

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 3 / 2017

Aufsätze

- Hartmut Maier* Im Wunschstudium endgültig gescheitert!
Was nun? – Eine kritische Bestandsaufnahme
gesetzlicher Zugangshindernisse zu einem
weiteren Studium nach vorausgegangenem
endgültigen Nichtbestehen einer
Hochschulprüfung – **151-160**
- Lothar Zechlin* Wissenschaftsfreiheit und Organisation
Die „Hochschullehrermehrheit“ im
Grundrechtsverständnis der autonomen
Universität **161-174**
- Armin von Weschpfennig* Verfassungs- und völkerrechtliche
Zulässigkeit von Studiengebühren für
Internationale Studierende – Novelle des
baden-württembergischen Landeshochschul-
gebührengesetzes (LHGebG) **175-194**
- Andreas von Mettenheim* Deutsche Studenten an der ENA
Ein deutsch-französisches Projekt im Wandel
der Zeiten **195-198**
- Tobias Mandler/Markus Meißner* Die Angemessenheit der Befristungsdauer
nach § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG **199-210**
- Evelina Will* Der Brexit und die Forschung in der EU
211-214

Berichte

- Robert Brehm und Alexandra Brehm-Kaiser* Die Beschlüsse zur Zulassung zum Medizin-
studium im Rahmen des Masterplans Medi-
zinstudium 2020 **215-216**
- Thomas Württenberger* Bericht über das Symposium des Ministeri-
ums für Wissenschaft, Forschung und Kunst
zum Urteil des Verfassungsgerichtshofs
Baden-Württemberg 1 VB 16/15 zum Lan-
deshochschulgesetz **217-220**

Ausgegraben

Otto von Gierke Soll das Rechtsstudium den Realgymnasiasten zugänglich werden? Eine Kontroverse um die Juristenausbildung um 1900 **221-222**

Hartmut Maier

*Im Wunschstudium endgültig gescheitert! Was nun?
– Eine kritische Bestandsaufnahme gesetzlicher
Zugangshindernisse zu einem weiteren Studium
nach vorausgegangenem endgültigen
Nichtbestehen einer Hochschulprüfung¹*

I. Studienabbrecher an den deutschen Hochschulen

Es liegt in der Natur der Dinge, dass nicht jedes selbst gesetzte Ziel auch immer erreicht wird. Hierzu zählt natürlich auch die Lebensplanung, nach Beendigung der schulischen Ausbildung einen Hochschulabschluss mit den damit verbundenen beruflichen Möglichkeiten zu erreichen. Die Wahl des Studiums nach Hochschultyp, Studiengang und Studienort ist dabei jedenfalls idealtypisch Ergebnis einer verantwortlichen Reflexion über die eigenen Fähigkeiten, Neigungen und sonstigen Möglichkeiten, natürlich auch unter Einschluss der jeweils geltenden Zugangsvoraussetzungen. Stellt sich innerhalb des so gesetzten Rahmens die konkrete Studienentscheidung, aus welchen Gründen auch immer, als ein Fehlgriff dar, hat dies oftmals weitgreifende Konsequenzen und Neuorientierungen zu Folge.

Wie viele Studierende sich jährlich mit dem vorzeitigen Ende ihres Hochschulstudiums konfrontiert sehen, ist den hierzu auffindbaren Statistiken und sonstigen Publikationen nur schwer und auch nur der groben Größenordnung nach zu entnehmen. Das Statistische Bundesamt² beschränkt sich auf die Definition des Begriffs „Studienabbrecher/innen“³ als diejenigen ehemaligen Studierenden, die ihr Erststudium ohne einen Hochschulabschluss beendet haben. Es bemerkt unter Weiterverweisung auf anderweitige Veröffentlichungen, etwa des Deutschen Zentrums für Hochschul- und Wissenschaftsforschung (DZHW GmbH), dass in der Hochschulstatistik keine expliziten Daten zu den Studienabbruchquoten vorliegen. Eine umfangreiche Studie der OECD mit dem Titel „Bildung auf einen Blick 2016“⁴ vermittelt zwar vielfältige Zahlen zu einem Vergleich der

Bildungssysteme der Mitgliedsländer. Die dabei ausgeworfenen Daten zu Erfolgsquoten im Tertiärbereich sind aber derart diversifiziert, dass auch hieraus griffige Größen über die deutsche Hochschullandschaft von dem nicht statistisch versierten Leser allenfalls erahnt werden können. Deutlicher sind verschiedene Medienberichte, in denen plakativ und generalisierend davon gesprochen wird, dass etwa 40 Prozent aller Studienanfänger „abbrechen“, wobei die Studienabbrecherquote in den Ingenieurwissenschaften, in den Naturwissenschaften und in Mathematik „besonders hoch“ sei. Betrachte man alle Studiengänge an Universitäten und Fachhochschulen, liege sie etwa bei einem Viertel.⁵ Dabei hätten bei einer bundesweiten Umfrage unter Exmatrikulierten im Jahre 2008 über 30 Prozent Leistungsprobleme als Grund für den Abbruch angegeben. 11 Prozent hätten explizit das Nichtbestehen von Prüfungen als entscheidenden Abbruchgrund benannt. Die bei der statistischen Erhebung und Auswertung bestehenden Probleme wurden in einem Bericht⁶ plastisch damit umrissen, dass es den „typischen Studienabbrecher“ nicht gebe und den Hochschulen nicht bekannt sei, warum Studierende „abbrechen“. Dabei sei schon nicht deutlich, ob das an der betreffenden Hochschule begonnene Studium insgesamt und endgültig aufgegeben werde oder ob und in welchem Umfang eine Fortführung mit einem anderen Studienort, Hochschultyp oder einem anderen Studiengang erfolge. Auch hier wurde unter Bezug auf Berechnungen des DZHW ausgeführt, dass bundesweit etwa ein Drittel der Studenten an Universitäten und knapp ein Viertel an Fachhochschulen das Studium nicht abschlossen. Vor allem Fächer wie Mathematik, Physik, Chemie und Ingenieurwissenschaften seien betroffen. Mehr als jeder vier-

1 Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung des Autors wieder. Sämtliche auf das Internet bezogene Nachweise beziehen sich, wenn nicht anders erwähnt, auf den Abfragezeitpunkt 20.4.2017.

2 Vgl. www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/BildungForschungKultur/FAQ/Studienabbrecher.html (Abfrage 1.4.2017).

3 Werden im Folgenden Personenbezeichnungen aus Gründen der besseren Lesbarkeit lediglich in der männlichen oder weiblichen

Form verwendet, so schließt dies das jeweils andere Geschlecht ein.

4 Vgl. www.bmbf.de/de/bildung-auf-einen-blick-2014-1231.html mit weiteren Links.

5 www.br.de/fernsehen/ard-alpha/sendungen/campusmagazin/studienabbrecher-studienfrust-100.html (Stand des Berichts 11.3.2015).

6 www.spiegel.de/lebenundlernen/uni/studienabbrecher-in-der-statistik-wie-viele-bleiben-a-988295.html (Stand August 2014).

te Bachelorstudent beende sein Studium nicht, durchschnittlich 28 Prozent brächen ab, an Universitäten deutlich mehr (33 Prozent) als an Fachhochschulen (23 Prozent). Nach einem Bericht von Dezember 2016⁷ habe sich die Abbrecherquote in jüngerer Zeit verändert. So sei die Bachelor-Abbrecherquote an Fachhochschulen von 19 Prozent (2012) auf 27 Prozent gestiegen, wohingegen die Universitäten gleichzeitig den Anteil an Abbrechern von 35 auf 32 Prozent hätten senken können. Nach aktuelleren Ermittlungen des DZHW läge die Abbrecherquote an Universitäten für den „Ingenieur-Bachelor“ jetzt bei 32 Prozent gegenüber 48 Prozent im Jahre 2012. Schließlich wurde im Oktober 2016 in den Medien⁸ veröffentlicht, dass an einer süddeutschen Hochschule bei den Bachelorstudiengängen nach Einführung einer vorausgehenden Eignungsfeststellung es im Laufe des Studiums 20 Prozent Exmatrikulationen gebe, bei den Universitäten, die dies nicht machten, mehr als 30 Prozent. In Mathematik brächen 19 Prozent der Studierenden an dieser Hochschule mit Eignungsfeststellungsverfahren ab, an den übrigen deutschen Universitäten gäbe es 47 Prozent Abbrecher. Dabei seien diejenigen eingerechnet, die nicht endgültig das Studium abbrächen, sondern in ihrem Fach nur die Universität wechselten. Nach einer Studie der Hochschul-Informationssystem GmbH (HIS) auf der Basis des Absolventenjahrgangs 2010⁹ habe die Bologna-Reform den Anteil der Studienabbrecher jedenfalls in der Umstellungsphase ansteigen lassen.

Vor diesem Hintergrund jedenfalls „über alles gesehen“ hoher Studienabbrecherzahlen lassen sich zahlreiche Handreichungen finden, die mit Ratschlägen und anderen – auch kommerziellen – Hilfsangeboten, etwa zur Selbstreflexion über Gründe und Lösungsansätze, den Betroffenen zur Seite stehen wollen.¹⁰ Konkrete Übersichten dazu, unter welchen rechtlichen Bedingungen nach dem endgültigen Scheitern in einem zunächst begonnenen Studiengang die Fortführung des Studiums in einem anderen Studiengang, ggf. an einer anderen Hochschule in der Bundesrepublik Deutschland, noch

möglich ist, finden sich demgegenüber kaum.¹¹ Dabei dürfte eine solche Neuorientierung hin zu einem anderen Studiengang und/oder Studienort für viele Studierende sowohl persönlich als auch in der Vermittelbarkeit im sozialen Umfeld vielfach naheliegen, zumal die Anrechnung von erfolgreich erbrachten Leistungen aus dem ersten Studienversuch in Rede steht. Hiermit lässt sich der Zeitverlust aus dem fehlgeschlagenen Studiengang vermindern. Dieser Beitrag will hierzu Informationen geben unter Einschluss einer als Diskussionsansatz zu verstehenden Betrachtung der zugrunde liegenden Rechtsnormen und Problemstellungen.

II. Die Regelungen der Länder zu Einschreibungshindernissen nach einem endgültigen Scheitern in einem vorausgegangen Studiengang

Die Hochschulgesetze der Länder regeln die Folgen des endgültigen Scheiterns in einem zuvor unternommenen Hochschulstudium für die Aufnahme eines erneuten Studiums hauptsächlich über das Instrument des sog. zwingenden Einschreibungshindernisses.¹² Diese gesetzlichen Normierungen stehen im Kontext mit gleichgerichteten Regelungen zu zwingend vorzunehmenden Exmatrikulationen. Ferner treten bei entsprechender gesetzlicher Ermächtigung von Hochschule zu Hochschule unterschiedliche untergesetzliche Vorschriften in Gestalt eigener den jeweiligen Studiengang betreffender Satzungs- oder (Prüfungs-)Ordnungen hinzu.¹³ Auch gibt es eine ansehnliche Zahl von Handhabungshinweisen einzelner Hochschulen zu ihren jeweiligen Einschreibungsmodalitäten. Schließlich lassen sich vereinzelt auf das Normengefüge des jeweiligen Landes bzw. die jeweilige Hochschule bezogene verwaltungsgerichtliche Entscheidungen finden. Die Landesgesetze bestimmen nach derzeitigem Rechtsstand¹⁵ die Voraussetzungen für ein zwingendes Einschreibungshindernis wegen des endgültigen Scheiterns im ersten Studienversuch wie folgt:

7 www.zeit.de/2016/50/studienabbrecher-anstieg-fachhochschulen-studie.

8 www.spiegel.de/lebenundlernen/uni/tu-muenchen-wolfgang-herrmann-ueber-notloesung-gegen-studienabbrecher-a-1115972.html.

9 Vgl. HIS: Forum Hochschule 3/2012 unter www.dzhw.eu/pdf/pub_fh/fh-201203.pdf, hierzu www.zeit.de/studium/hochschule/2012-05/studie-studienabbrecher-his.

10 Vgl. etwa BMBF „Wo stehe ich? Wohin gehe ich? – Reflexion und Orientierung bei Studienzweifeln“ unter www.studienabbruch-und-dann.de/de/wo-stehe-ich-wohin-gehe-ich-reflexion-und-orientierung-bei-studienzweifeln-1701.html; Studienabbruch: Tipps für Studenten unter karrierebibel.de/studienabbruch/.

11 Vgl. etwa Anmerkungen unter [www.anwalt.de/rechtstipps/hoch-](http://www.anwalt.de/rechtstipps/hochschulpruefung-endgueltig-nicht-bestanden-und-dann_018759.html)

[schulpruefung-endgueltig-nicht-bestanden-und-dann_018759.html](http://www.anwalt.de/rechtstipps/hochschulpruefung-endgueltig-nicht-bestanden-und-dann_018759.html) (2011); www.birnbaum.de/meldung/Neues-Studium-nach-nicht-bestaendener-Pruefung-moeglich.html (2009).

12 Allerdings kann ein bestehendes Einschreibungshindernis bereits Bedeutung für ein vorgeschaltetes Zulassungsverfahren haben, vgl. VG Münster, Beschluss vom 19.1.2017 – 9 L 1651/16 –, juris und www.nrwe.de.

13 Vgl. etwa www.hft-stuttgart.de/Studium/.../Weitere%20Satzungen/SatzungIRBE/de.

14 Vgl. etwa www.studium.uni-kiel.de/de/pruefungen/pruefungsverfahren/nichtbestehen; www.uni-bremen.de/studium/studienpruefungsverwaltung/endgueltig-durchgefallen-was-tun.html.

15 Stand: April 2017.

- Baden-Württemberg¹⁶

„§ 60 Abs. 2 Nr. 2: Die Immatrikulation nach Absatz 1 Sätze 1 bis 5 ist zu versagen, wenn eine nach der Prüfungsordnung erforderliche Prüfung im gleichen Studiengang endgültig nicht bestanden wurde oder der Prüfungsanspruch aus sonstigen Gründen nicht mehr besteht; durch Satzung der Hochschule kann bestimmt werden, dass dies auch für verwandte Studiengänge mit im Wesentlichen gleichem Inhalt gilt; für Studienabschnitte vor der Vor- und Zwischenprüfung genügt eine entsprechende Vergleichbarkeit der Studiengänge in diesem Abschnitt.“

- Bayern¹⁷

„Art. 46 Nr. 3: Die Immatrikulation ist durch die Hochschule zu versagen, wenn der Studienbewerber oder die Studienbewerberin eine nach der Prüfungsordnung erforderliche Prüfung oder an Kunsthochschulen auch eine durch Satzung festgelegte Probezeit endgültig nicht bestanden hat oder aus von ihm oder von ihr zu vertretenden Gründen die Voraussetzungen für die Meldung zu einer Prüfung endgültig nicht mehr beibringen kann, es sei denn, dass die betreffende Person in einen anderen Studiengang oder in sonstige andere Studien wechselt.“

Art. 51 S. 3: Die Hochschulen können durch Satzung weitere Fälle bestimmen, in denen die Immatrikulation versagt werden kann oder Studierende exmatrikuliert werden können, wenn Gründe vorliegen, die einem ordnungsgemäßen Studium entgegenstehen.“

- Berlin¹⁸

„§ 14 Abs. 3 Nr. 2: Die Immatrikulation ist zu versagen, wenn der Studienbewerber oder die Studienbewerberin in dem gewählten Studiengang vorgeschriebene Leistungsnachweise oder Prüfungen an einer Hochschule im Geltungsbereich des Hochschulrahmengesetzes endgültig nicht bestanden hat.“

- Brandenburg¹⁹

„§ 14 Abs. 3 Nr. 2: Die Immatrikulation ist zu versagen, wenn die Studienbewerberin oder der Studienbewerber die in dem gewählten Studiengang vorgeschriebenen Leistungsnachweise oder Prüfungen an einer Hochschule der Bundesrepublik Deutschland endgültig nicht bestanden oder den Prüfungsanspruch verloren hat.“

- Bremen²⁰

„§ 37 Abs. 1 Nr. 3: Die Immatrikulation ist zu versagen, wenn der Studienbewerber oder die Studienbewerberin in dem Studiengang, unabhängig von den belegten Fächern, für den er oder sie die Immatrikulation beantragt, oder in einem fachlich entsprechenden Studiengang an einer Hochschule im Geltungsbereich des Grundgesetzes eine nach der Prüfungsordnung erforderliche Prüfung endgültig nicht bestanden oder eine für das Bestehen erforderliche Prüfungsleistung endgültig nicht erbracht hat.“

- Hamburg²¹

„§ 41 Abs. 1 Nr. 4: Die Immatrikulation ist zu versagen, wenn das Studium aus den in § 44 genannten Gründen nicht fortgeführt werden kann.“

§ 44: Haben Studierende an einer Hochschule eine nach der Prüfungsordnung vorgeschriebene Prüfung endgültig nicht bestanden, so können sie das Studium an einer Hamburger Hochschule nicht in dem gleichen Studiengang fortsetzen. Sie können das Studium auch in einem anderen Studiengang nicht fortsetzen, wenn die Prüfungsgegenstände der endgültig nicht bestandenen Prüfung auch in diesem Studiengang durch die Prüfungsordnung verbindlich vorgeschrieben sind. Satz 2 gilt nicht für Wahlpflichtprüfungen.“

- Hessen²²

„§ 54 Abs. 1: Zum Studium in einem grundständigen Studiengang ist berechtigt, wer die dafür erforderliche Qualifikation nachweist (Hochschulzugangsberechtigung) und nicht nach § 57 an der Immatrikulation gehindert ist. § 57 Abs. 2: Die Immatrikulation kann insbesondere versagt werden, wenn die Bewerberin oder der Bewerber (Nr. 6) in dem Studiengang eine für die Fortsetzung des Studiums erforderliche Studien- oder Prüfungsleistung endgültig nicht erbracht hat.“

- Mecklenburg-Vorpommern²³

„§ 17 Abs. 2: Jede Deutsche und jeder Deutsche im Sinne des Artikels 116 des Grundgesetzes ist zu dem von ihm gewählten Hochschulstudium berechtigt, wenn sie oder er die für das Studium erforderliche Qualifikation nachweist und keine Immatrikulationshindernisse oder Gründe, aus denen die Immatrikulation versagt werden kann, vorliegen.“

16 LHG BW v. 1.4.2014.

17 BayHSchG v. 23.5.2006.

18 BerlHG v. 26.7.2011 i.d.F. v. 1.3.2016.

19 BbgHG v. 28.4.2014.

20 BremHG v. 9.5.2007 i.d.F. v. 1.7.2010.

21 HmbHG v. 1.7.2014.

22 HessHG v. 14.12.2009 i.d.F. v. 30.11.2015.

23 LHG M-V i.d.F. v. 25.1.2011.

§ 17 Abs. 5: Die Immatrikulation ist ... zu versagen, wenn (Ziff.2) die Studienbewerberin oder der Studienbewerber in dem gewählten oder einem verwandten Studiengang an einer Hochschule im Geltungsbereich des Grundgesetzes eine nach der Prüfungsordnung erforderliche Prüfung endgültig nicht bestanden oder einen nach der Prüfungsordnung erforderlichen Leistungsnachweis endgültig nicht erbracht hat.“

- Niedersachsen²⁴

„§ 19 Abs. 5 S. 2: Die Einschreibung ist abzulehnen, wenn ...in dem gewählten Studiengang eine Prüfung endgültig nicht bestanden wurde.“

- Nordrhein-Westfalen²⁵

„§ 50 Abs. 1: Die Einschreibung ist außer im Falle der fehlenden Qualifikation oder fehlender Nachweise gemäß § 48 Absatz 1 zu versagen, (Nr. 2) wenn die Studienbewerberin oder der Studienbewerber in dem gewählten Studiengang an einer Hochschule im Geltungsbereich des Grundgesetzes eine nach der Prüfungsordnung erforderliche Prüfung endgültig nicht bestanden hat; dies gilt entsprechend für Studiengänge, die eine erhebliche inhaltliche Nähe zu dem bisherigen Studiengang aufweisen, soweit dies in Prüfungsordnungen bestimmt ist.“

- Rheinland-Pfalz²⁶

„§ 68 Abs. 1: Personen, die sich für ein Studium bewerben, ist die Einschreibung zu versagen, wenn sie (Ziff. 3) an einer Hochschule in der Bundesrepublik Deutschland bereits in dem gewählten Studiengang oder insgesamt in zwei Studiengängen den Prüfungsanspruch verloren haben.“

- Saarland²⁷

„§ 80 Abs. 1: Die Einschreibung ist zu versagen, wenn die Bewerberin/der Bewerber (Ziff. 4) an einer deutschen Hochschule in dem gewählten Studiengang oder, sofern es die Prüfungsordnung bestimmt, in einem vergleichbaren Studiengang mit im Wesentlichen gleichem Inhalt den Prüfungsanspruch bereits verloren hat.“

- Sachsen²⁸

„§ 18 Abs. 2: Einem Studienbewerber ist die Immatrikulation in einen Studiengang zu versagen, wenn (Ziff.6)

er eine für den Abschluss des gewählten Studienganges erforderliche Prüfung endgültig nicht bestanden hat, (Ziff. 7) er im gewählten Studiengang oder einem Studiengang mit gleicher fachlicher Ausrichtung an einer deutschen Hochschule innerhalb von 4 Fachsemestern keinen in der Prüfungsordnung vorgesehenen Leistungsnachweis erbracht hat.“

- Sachsen-Anhalt²⁹

„§ 29 Abs.1 S. 1: Studienbewerber und Studienbewerberinnen sind zu immatrikulieren, wenn sie die Voraussetzungen gemäß den §§ 27 und 28 erfüllen und Versagungsgründe für die Immatrikulation nicht vorliegen.(Abs. 2) Die Immatrikulation muss versagt werden, wenn der Studienbewerber oder die Studienbewerberin (Ziff. 4) im gewählten Studiengang den Prüfungsanspruch verloren hat.“

- Schleswig-Holstein³⁰

„§ 40 Abs. 1: Die Einschreibung zum Studium ist zu versagen, (Ziff. 3) wenn die Studienbewerberin oder der Studienbewerber eine nach einer Prüfungsordnung erforderliche Prüfung an einer Hochschule in Deutschland in einem Studiengang endgültig nicht bestanden hat, für den jeweiligen Studiengang der jeweiligen Hochschulart.“

- Thüringen³¹

„§ 66 Abs. 1: Die Immatrikulation ist zu versagen, wenn der Studienbewerber (Ziff. 3) in dem gewählten Studiengang vorgeschriebene Leistungsnachweise oder Prüfungen an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule im Geltungsbereich des Grundgesetzes endgültig nicht bestanden hat.“

III. Die verschiedenen Regelungsmodelle der Länder

Die vorstehend aufgeführten gesetzlichen Bestimmungen, die sämtlich ihren Bezug in der rahmenrechtlichen Vorschrift des § 27 Abs. 1 Satz 3 Hochschulrahmengesetz (HRG) finden, wonach das Landesrecht Zugangshindernisse regelt, die in der Person des Studienbewerbers liegen, ohne sich auf die Qualifikation³² zu beziehen, lassen sich bei Vernachlässigung von Besonderheiten einzelner Länder verschiedenen Regelungsmodellen zuordnen. Dies ist einmal das jedenfalls in seinem Herkommen seit

24 NHG v. 26.2.2007 i.d.F. v. 15.12.2015.

25 HG NRW v. 16.9.2014.

26 HochSchG i.d.F. v. 19.11.2010.

27 SHSG v. 30.11.2016.

28 SächsHSFG i.d.F. v. 15.1.2013.

29 HSG LSA i.d.F. v. 14.12.2010.

30 HSG i.d.F. v. 1.2.2016.

31 ThürHG i.d.F. v. 13.9.2016.

32 Gemeint: die allgemeine oder fachgebundene Hochschulreife oder die Fachhochschulreife, namentlich das Abitur, s. § 27 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 HRG.

langer Zeit³³ bekannte „Standardmodell“ eines zwingenden Einschreibungshindernisses für die erneute Studienaufnahme bzw. -fortführung, wenn in dem nunmehr erstrebten Studiengang vorgeschriebene Leistungsnachweise oder Prüfungen bereits in einem vorausgegangenen gleichen Studium an einer Hochschule der Bundesrepublik Deutschland endgültig nicht bestanden worden sind oder in diesem vorausgehenden Studium den Prüfungsanspruch verloren wurde. Das weiter festzustellende Normenmodell (hier zur Abgrenzung als „Erweiterungsmodell“ bezeichnet) geht darüber deutlich hinaus. Es bestimmt ein zwingendes Einschreibungshindernis nicht nur im „gleichen“ Studiengang, sondern auch in Bezug auf weitere Studiengänge, in denen der Betroffene also bislang nicht studiert hat. Ein Einschreibungshindernis besteht nach diesen Bestimmungen, die ggf. einer untergesetzlichen Ergänzung durch eine entsprechende Regelung der Hochschule bedürfen, für Studiengänge, die wegen eines im Wesentlichen gleichen Inhalts „vergleichbar“, also fachlich deutlich „verwandt“ seien. Von der Vergleichbarkeit des ursprünglich erfolglos betriebenen Studiengangs mit dem nunmehr erstrebten Studiengang umfänglich abgelöst ist schließlich die für die Hochschulen in Hamburg geltende Normenlage. Dort folgt nach derzeitigem Recht³⁴ ein zwingendes Einschreibungshindernis daraus, dass das Scheitern in dem zunächst unternommenen Studium auf dem endgültigen Nichtbestehen einer Prüfung in einen Prüfungsgegenstand beruht, der auch in dem nunmehr erstrebten Studiengang – ohne dass dieser vergleichbar, ähnlich oder verwandt sein muss – durch die Prüfungsordnung als pflichtiger Prüfungsgegenstand vorgeschrieben ist.

Betrachtet man die tatbestandlichen Voraussetzungen der jeweiligen Regelungsmodelle, gilt im Wesentlichen Folgendes:

1. Das hier so bezeichnete „Standardmodell“ setzt einmal voraus, dass der ursprünglich – erfolglos – betriebene Studiengang und der nunmehr erstrebte Studiengang „gleich“ sind. Dies bedeutet Gleichheit der den jeweiligen Studiengang ausmachenden Curricula, mithin Gleichheit der aus der jeweiligen Studienordnung folgenden Studieninhalte und auch Gleichheit in den

korrespondierenden, in der jeweiligen Prüfungsordnung bestimmten Prüfungsgegenständen. Dabei kommt es nicht auf eine etwaige Namensgleichheit der Studiengänge oder der sie ausmachenden Teile (insb. Module) an,³⁵ sondern ausschließlich auf die inhaltliche Übereinstimmung. Dies festzustellen, kann erhebliche Schwierigkeiten in der Rechtsanwendung zur Folge haben, insbesondere wenn man sich manche Modulbeschreibungen mit eher plakativen Inhalts- und Lernzielbeschreibungen vor Augen führt. Oftmals dürfte ohne eine fachkompetente Beurteilung durch das jeweilige Prüfungsamt unter Einschluss der fachlichen Expertise eines das Fach vertretenden Hochschullehrers hier eine rechtssichere Beurteilung kaum möglich sein. Dies mag der Hochschule Mühe bereiten. Allerdings ist dabei zu beachten, dass sie diejenige ist, die dem „im Prinzip“ für diesen Studiengang Hochschulzugangsberechtigten ein Einschreibungshindernis entgegenzusetzen sucht. Dies wirkt sich auch in einem sich etwa anschließenden verwaltungsgerichtlichen Streitverfahren aus, in welchem der beklagten Hochschule für das – ausnahmsweise³⁶ – Bestehen eines Einschreibungshindernisses trotz aller Amtsermittlungspflichten des Gerichts jedenfalls eine Darlegungslast zukommt.³⁷ Eine Gleichheit der Studiengänge besteht von vornherein nicht, wenn das erste Studium an einer Hochschule eines anderen Hochschultyps unternommen wurde.³⁸ Studiengänge an einer Fachhochschule mit dem dort regelmäßig betont anwendungsorientierten Schwerpunkt in der Lehre sind strukturell abweichend von den – möglicherweise sogar namensgleichen – Studiengängen an Universitäten oder gleichgestellten Hochschulen.³⁹ Damit ist ein Wechsel von einer Universität oder gleichgestellten Hochschule zu einer Fachhochschule – und umgekehrt – durchaus möglich, soweit die sonstigen Zugangsberechtigungen gegeben sind. Bei privaten – staatlich anerkannten – Hochschulen mit möglicherweise deutlich individuellem Curriculum kann die Prüfung der „Gleichheit“ ebenfalls schwierig sein. Diplom- und Bachelor-Studiengänge sind von vornherein nach Umfang und Inhalt nicht gleich.⁴⁰ Eine „Gleichheit“ und auch eine „Vergleichbarkeit“ eines Bachelor-Studiengangs „Wirtschaftspädagogik“ mit einem auf das Lehramt an Berufs-

33 Haug u.a., Das HSchG in Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2009, Rn. 1178, §pricht hier von dem „Klassiker“.

34 In bewussten Abkehr von der zuvor geltenden gesetzlichen Regelung durch § 44 S. 2 Hs. 2 HmbHG 2001, wo noch an eine Entsprechung für „verwandte Studiengänge“ anknüpft wurde.

35 Vgl. etwa Knopp/Peine, Brandenburgisches Hochschulgesetz, 2. Aufl. 2012, § 13 Rn. 31.

36 Vgl. Reich, HRG, 11. Aufl. 2012, § 27 Rn. 3.

37 Vgl. VG Münster, Beschluss vom 19.1.2017 – 9 L 1651/16 –, juris und www.nrwe.de.

38 Vgl. Knopp/Peine, aaO., § 13 Rn. 32 m.w.N.; Nolden u.a., Sächsi-

ches Hochschulgesetz, 2011, S. 128; a.A. für das Niedersächsische Hochschulgesetz Epping, NHG, 2016, § 19 Rn. 37.

39 Die unterschiedlichen Profile und Bildungsziele an Universitäten und gleichgestellten Hochschulen sowie Fachhochschulen werden durch die Neustrukturierung der Studiengänge im Rahmen des Bologna-Prozesses nicht in Frage gestellt, vgl. Beschluss der KMK vom 10.10.2003/4.2.2010 „Ländergemeinsame Strukturvorgaben für die Akkreditierung von Bachelor- und Masterstudiengängen“, Teil A A1. 1.1.

40 Vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 30.3.2011 – 9 S 2080/10 –, juris.

kollegs gerichteten Studiengang „Wirtschaftswissenschaft“ ist in der Rechtsprechung abgelehnt worden.⁴¹ Ein Kernproblem der Rechtsanwendung wird dadurch aufgeworfen, dass in der heutigen Zeit, die stark durch das Bestreben der Hochschulen nach Profilbildung auch im Bereich der angebotenen grundständigen Studiengänge gekennzeichnet ist, eine hundertprozentige Deckungsgleichheit im Curriculum auch gleichnamiger (Bachelor-) Studiengänge eher selten sein dürfte. Hier die Feststellung zu treffen, ob eine der gesetzlichen Regelung genügende „Gleichheit“ der zu beurteilenden Studiengänge zu bejahen ist, ist keinesfalls banal. Eine bloße – evtl. auch deutliche – Ähnlichkeit in den Inhalten der zu vergleichenden Studiengänge reicht jedenfalls für das herkömmlich normierte Einschreibungshindernis nicht aus. Dies würde die Grenzen der Auslegung der zugrunde liegenden Normen überschreiten, was schon aus verfassungsrechtlichen Gründen rechtswidrig wäre. Wo die Grenze zwischen „gleichen“ und bloß „ähnlichen“ bzw. „verwandten“ oder „fachlich gleichgerichteten“ Studiengängen liegt, bedarf deshalb in Zweifelsfällen einer detaillierten Überprüfung. Der Schwerpunkt dieser Prüfung hat dabei in der sorgfältigen – auch quantifizierten – Analyse der zu vergleichenden Studien- und Prüfungsinhalte zu liegen.⁴² Hierzu gehört in Bachelor-Studiengängen ein Vergleich der Modulkataloge. Einzubeziehen sind zuvörderst die Pflichtmodule, da das Wahlverhalten bezogen auf Wahlpflichtmodule in einem Vergleich der Studiengänge kaum betrachtungsfähig ist. Augenfällig wird dies in Situationen, in denen der Betroffene bereits in einer frühen Studienphase, etwa der sog. Assessment- oder Orientierungsphase,⁴³ die noch nicht das Absolvieren von spezialisierenden Wahlpflichtmodulen beinhaltet, endgültig gescheitert ist. Eine Quantifizierung kann durch einen Vergleich der den jeweiligen Pflichtmodulen zugeordneten Leistungspunkte und deren Aufsummierung erfolgen. Ergibt dieser Vergleich, dass sich die zu betrachtenden Studiengänge in einer nicht zu vernachlässigenden Größenordnung unterscheiden, scheidet eine Gleichheit der Studiengänge aus. Denkbar ist hier als orientierender Grenzwert eine Überdeckung von mindestens 90 Prozent der pflichtigen Studieninhalte.

Weiter setzt dieses „traditionelle“ Einschreibungshindernis voraus, dass der Studienbewerber in einer „Prüfung“ endgültig gescheitert ist (bzw. den Prüfungsanspruch endgültig verloren hat), die auch in dem nunmehr erstrebten Studiengang verpflichtend zu absolvieren wäre. Hiervon erfasst wird in Bachelor-Studiengängen, in denen die Prüfung studienbegleitend angeknüpft an die jeweiligen Pflichtmodule durchgeführt wird, das endgültige Scheitern in schon einem Pflichtmodul, das mit gleichem Inhalt auch Gegenstand des nunmehr in Rede stehenden Studiengangs ist. Die Beurteilung, ob ein endgültiges Scheitern vorliegt bzw. ein endgültiger Verlust des Prüfungsanspruchs eingetreten ist, richtet sich dabei ausschließlich nach dem Recht der Hochschule, an der die zu betrachtende (Modul-)Prüfung unternommen wurde. Unerheblich ist, ob nach den prüfungsrechtlichen Bestimmungen der Hochschule, an der der Betroffene seine Studien nunmehr fortsetzen will, die Voraussetzungen für ein endgültiges Scheitern vorgelegen hätten, insbesondere ob dort noch weitere Wiederholungsversuche vorgesehen sind.⁴⁴

2. Diejenigen Regelungsmodelle, die hier als „Erweiterungsmodelle“ bezeichnet werden, verbreitern (mit der noch weitergehenden Rechtslage in Hamburg, die separat zu betrachten ist) das Spektrum zwingender Einschreibungshindernisse dahin, dass ein solches Hindernis nicht nur besteht, wenn man im „gleichen“ Studiengang, zumeist wegen des endgültigen Scheiterns in einer (Modul-)Prüfung nach Wahrnehmung aller Wiederholungsmöglichkeiten, den Prüfungsanspruch verloren hat, sondern auch dann, wenn der Bewerber sein Studium in einem „vergleichbaren“, „verwandten“ oder „fachlich entsprechenden“ Studiengang fortführen will, einem Studiengang also, der in seiner Ausrichtung einen „im Wesentlichen gleichen Studieninhalt“ oder eine „erhebliche inhaltliche Nähe“ zu dem bisherigen Studiengang aufweist und der diese Prüfung bzw. dieses Pflichtmodul ebenfalls beinhaltet.

Auch hier ist die Rechtsanwendung in formeller⁴⁵ und insbesondere materieller Hinsicht anspruchsvoll. Hilfreich ist sicherlich, wenn die maßgebliche Norm, insbesondere die einschlägige Prüfungsordnung, aus-

41 Vgl. VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 27.7.2011 – 4 L 501/11 –; hierzu OVG NRW, Beschluss vom 19.9.2011 – 13 B 1022/11 –, jeweils juris.

42 Vgl. *Neukirchen* u.a., Hamburgisches Hochschulgesetz, 2011, § 44 Rn. 2 m.w.N.

43 Vgl. etwa Universität Osnabrück, § 3 der Prüfungsordnung für den Bachelorstudiengang „Wirtschaftswissenschaft“, AMBl. 6/2014 u. 4/2016.

44 Vgl. *Neukirchen* u.a., Hamburgisches Hochschulgesetz, 2011, § 41

Rn. 11; *Brüggen* u.a., Handbuch des Sächsischen Hochschulrechts, 2011, Rn. 325 (zu § 18 SächsHG); *Reich*, Bayerisches Hochschulgesetz, 5. Aufl. 2007, Art. 46 Rn. 4; BayVGH, Beschluss vom 23. 8.2007 - 7 CE 07.10312 -, juris; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 20.9.2011 - OVG 5 N 25.08 -, juris.

45 Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 20.5.2010 – 15 A 164/10 –, juris, zu den Problemen, die auftauchen, wenn die maßgebliche Prüfungsordnung eine eigenständige Entscheidung des Prüfungsausschusses zur Frage der Vergleichbarkeit im Einzelfall fordert.

drückliche Bestimmungen dazu enthält, welche Studiengänge nach der fachkundigen Beurteilung des Normgebers „vergleichbar“ oder „verwandt“ seien, bzw. bei welchen Studiengängen dies nicht der Fall sei.⁴⁶ Allerdings unterliegen solche Regelungen der Prüfungsordnung, vor allem die, die zu Lasten des Bewerbers gehen, der vollen gerichtlichen Überprüfung. Gesetzlich gefordert ist eine normative Bestimmung der „verwandten oder vergleichbaren Studiengänge“ jedenfalls nicht.⁴⁷

Bei der inhaltlichen Überprüfung gelten in dem vorzunehmenden Vergleich der Studieninhalte zunächst die bereits dargestellten Grundsätze. Auch hier ist auf das jeweilige in der Studien- und Prüfungsordnung bestimmte Curriculum abzustellen und ein sowohl inhaltlicher als auch quantifizierter Vergleich vorzunehmen. Welcher Grad an Übereinstimmung der Studiengänge bestehen muss, um den Tatbestand der „Vergleichbarkeit“, „Verwandtschaft“ oder der „erheblichen inhaltlichen Nähe“ bejahen zu können, ist allerdings hochgradig unklar. Die Rechtsprechung hat hierzu bislang keine verallgemeinerungsfähigen Grundsätze herausgestellt. Die dem Verfasser zugänglichen Kommentierungen zu den Hochschulgesetzen der Länder beschränken sich auf allgemeine Ausführungen, ohne dem Rechtsanwender eine Subsumtion im Einzelfall deutlich zu erleichtern. Zieht man die Gesetzesmaterialien zu den einzelnen Normierungen heran, so ist der Erkenntnisertrag ebenfalls durchweg gering. Soweit ersichtlich lassen sich allein in den Gesetzesmaterialien zu § 50 Abs. 1 Nr. 2 HG NRW vom 16.9.2014⁴⁸ Einzelheiten dazu entnehmen, was der Landesgesetzgeber NRW mit dem Erfordernis einer zu einem Einschreibungshindernis führenden „erheblichen inhaltlichen Nähe“ von Studiengängen in den Blick genommen hat.⁴⁹

Dort wurde ausgeführt:

„Die Neuregelung in Nummer 2 dient sowohl dem Schutz der grundrechtlich geschützten Bildungsinteressen der Studienbewerberinnen und -bewerber als auch dem finanzpolitischen Ziel, die bildungsbezogenen Ressourcen der Hochschule dann nicht einzusetzen, wenn eine sehr schlechte Prognose über den Studienerfolg gegeben ist.

Wenn in einem Studiengang eine erforderliche Prüfung endgültig nicht bestanden ist, trägt dies eine schlechte Prognose für den erfolgreichen Abschluss des Studiengangs auch dann, wenn dieser Studiengang an einer anderen Hochschule innerhalb des Geltungsbereichs des Grundgesetzes fortgeführt werden soll. Absatz 1 Nummer 2 Halbsatz 1 zeichnet dies nach.

Eine vergleichbar schlechte Prognose stellt sich indes nach Absatz 1 Nummer 2 Halbsatz 2 auch durch das endgültige Nichtbestehen einer erforderlichen Prüfung in Bezug auf einen Studiengang ein, wenn der einschreibungsgegenständliche Studiengang und der aufgrund des endgültigen Nichtbestehens erfolglose Studiengang inhaltlich erheblich ähnlich sind. Ob eine derartige erhebliche inhaltliche Nähe angenommen werden kann, richtet sich dabei nicht danach, ob die beiden Studiengänge demselben Fachbereich zugeordnet worden sind. Vielmehr ist anhand des Einzelfalls zu bestimmen, inwieweit sich die Inhalte der Studiengänge in wesentlichen Bestandteilen der Curricula gleichen und das Ergebnis dieser Betrachtung zu einer eher schlechten Prognose hinsichtlich des erfolgreichen Studienabschlusses führt. Einzelvorkommende gleiche Prüfungsleistungen begründen dabei noch keine Erheblichkeit einer inhaltlichen Nähe. Erforderlich ist vielmehr eine Gesamtbetrachtung, nach der die Studiengänge durch überwiegend gleiche Module geprägt sein müssen. Wenn sich die Studiengänge in ihren Modulen nicht überwiegend insofern decken, als sie gleichen Inhalts sind, liegt daher keine inhaltliche Nähe vor. Denn bei diesem Befund kann keine Rede davon sein, dass die o. g. Prognose eines Studienerfolgs sehr schlecht ist. Diese Prognose setzt zumindest eine inhaltliche Deckungsgleichheit von mindestens 60 Prozent der Studieninhalte voraus.“

Diese Erwägungen gehen zunächst zutreffend davon aus, dass die Ablehnung einer Einschreibung in Bezug auf den Hochschulzugangsberechtigten einen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG bedeutet, und zwar in Gestalt eines subjektiven Berufszulassungshindernisses (hier: Hochschulzugangshindernisses), der einer verfassungsrechtlich hinreichenden Rechtfertigung bedarf. Diese wird mit der tra-

46 Vgl. etwa WWU Münster, Prüfungsordnung für den Bachelorstudiengang Betriebswirtschaftslehre (PO 2010 Fassung 2014), wonach der Zulassung zu diesem Studiengang das endgültige Nichtbestehen einer Prüfung in einem wirtschaftswissenschaftlichen Studiengang – außer Wirtschaftsinformatik – an einer Universität oder einer dieser gleichgestellten Hochschule entgegengehalten werden kann.

47 Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 20.5.2010 – 15 A 164/10 –, juris.

48 Vgl. Amtliche Begründung des Gesetzentwurfs zu § 50 Abs. 1 unter www.wissenschaft.nrw.de/fileadmin/Medien/Dokumente/.../HZG_mit_Begründung.pdf sowie www.wissenschaft.nrw.de/mediathek/broschueren/, dort Hochschulgesetz NRW (download, dort S. 226/311).

49 Aufgreifend VG Münster, Beschluss v. 19.1.2017 – 9 L 1651/16 –, juris und www.nrw.de.

dierten Rechtsprechung⁵⁰ darin gesehen, dass mit dem endgültigen Nichtbestehen einer Prüfung in einem Studiengang – zumeist nach zwei oder drei Fehlversuchen – typisierend eine hinreichend sichere „Prognosegrundlage“ dafür gegeben sei, der Studierende sei ausweislich der aus den Fehlversuchen folgenden persönlichen Befähigungsmängel für dieses Studium ungeeignet. Dies rechtfertigt auch verfassungsrechtlich den Ausschluss von einer Studienfortführung oder einer erneuten Studienaufnahme in diesem Studiengang, auch an einer anderen deutschen Hochschule. Der Anspruch aus Art. 12 Abs. 1 GG sei dann insoweit „verbraucht“.⁵¹ Zu beachten ist allerdings, dass diese Rechtsprechung noch aus der Zeit sog. Blockprüfungen⁵² stammt und mit dem heutigen System nach Bologna mit studienbegleitenden Modulprüfungen auch nicht ansatzweise befasst war. Wie sich dies auf die Validität der vom Gesetzgeber generalisierend zugrunde gelegten Prognose zu künftigen Studienmisserfolgen auswirkt, ist bislang nicht näher betrachtet oder beurteilt worden. Wenn dann in der vorzitierten Gesetzesbegründung ausgeführt wird, die Prognose, auch in dem nunmehr erstrebten Studiengang zu scheitern, sei nur gerechtfertigt bei einer Prägung beider zu vergleichender Studiengänge durch überwiegend gleiche Module, so mag dies als allgemeine Aussage zutreffen. Warum diese bei einer inhaltlichen Deckungsgleichheit von „mindestens 60 Prozent der Studieninhalte“ der Fall sein soll, bleibt allerdings ohne nähere Begründung. Sie stellt sich wohl eher als eine vom Normgeber wertend in den Blick genommenen Größenordnung dar. Derartige generalisierenden normgeberische Wertungen sind der Rechtsordnung nicht fremd.⁵³ Dass eine bloß „griffweise“ gefundene und schlechthin nicht nachvollziehbare Wertungsgrenze den verfassungsrechtlichen Anforderun-

gen nicht standhalten würde, liegt dabei auch auf der Hand. Wenn der Ansatz von „mindestens 60 Prozent gleicher Studieninhalte“ zunächst hoch erscheint, bedeutet dies doch anders gewendet, dass das Einschreibungshindernis bereits dann eintreten kann, wenn sich die zu vergleichenden Studiengänge inhaltlich nur etwas mehr als zur Hälfte überdecken. Schließlich taucht auch bei diesem Vergleich die Frage auf, welche Studienbestandteile (Module) in die quantifizierte Vergleichsrechnung einzubeziehen sind. Bei den Pflichtmodulen ist dies nicht zweifelhaft, anders jedoch bei den gerade die Bachelorstudiengänge deutlich mitprägenden Wahlpflichtmodulen. So sind Studiengänge nicht selten, in denen die fachliche Schwerpunktbildung im Einzelnen erst in der durch die Wahlpflichtmodule und die Bachelorarbeit zum Ausdruck gebrachten Spezialisierung des Studierenden erfolgt. Die dieser Spezialisierungsphase vorausgehenden Studienphasen (sog. Assessment- und Orientierungsphasen) sind demgegenüber fachlich deutlich breiter angelegt.⁵⁴ Aber auch eher tradiert ausgebildete Bachelorstudiengänge⁵⁵ sehen eine hohe Zahl von Wahlpflichtmodulen vor, die aus einem umfangreichen Lehrangebot mit dem Ziel der Spezialisierung ausgewählt werden können.

Schließlich soll nach der vorzitierten Gesetzesbegründung zu § 50 Abs. 1 Nr. 2 HG NRW im Falle der Nummer 2 Halbsatz 2 neben der erheblichen inhaltlichen Nähe der Studiengänge zusätzlich erforderlich sein, dass die Inhalte der Prüfungsleistung in dem gewünschten Studiengang mit den Inhalten der nicht bestandenen Prüfungsleistung des nicht erfolgreich abgeschlossenen Studienganges ebenfalls von erheblich inhaltlicher Nähe sein müssten. Auch diese inhaltliche Nähe der Inhalte der Prüfungsleistung setze eine Übereinstimmung von

50 Vgl. BVerwG, Urteil v. 14.6.1963 – VII C 145.61 – DVBl. 1964, 317; Beschluss v. 29.4.1966 – VII ER 212.65 –, juris; Urteil v. 24.5.1968 – VII C 50.67 –, juris; Urteil v. 27.11.1981 – 7 C 66.78 –, juris; aus jüngerer Zeit: BayVGh, Beschluss v. 17.8.2007 – 7 CE 07.10309 –, juris; BayVerfGH, Urteil v. 1.3.2014 Vf. 54 –VI–13 – unter Bezugnahme auf BVerfG, Beschluss vom 14.3.1989 1 BvR 1033/82BVerfGE 80, 1; OVG NRW, Beschluss v. 13.11.2014 – 13 A 1589/14 –, juris; s. auch *Niehues*, Schul- und Prüfungsrecht, 4. Aufl. 2004, Bd. 2 Rn. 745; *Sandberger*, LHG BW, 2. Aufl. 2015, § 32 V S. 230; *Epping*, NHG, 2016, § 19 Rn. 36 f.; *Neukirchen* u.a., HmbHG, 2011, § 44 Rn. 2; *Reich*, HRG, 11. Aufl. 2012, § 27 Rn. 4.

51 Vgl. *Thieme*, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 814.

52 Hierunter werden allgemein Prüfungen verstanden, die am Ende von definierten längeren und bestimmte Studienabschnitte erfassenden Studienzeiträumen oder zum Ende des Studiums insgesamt zu absolvieren sind.

53 Vgl. jüngst OVG NRW, Beschluss v. 31.3.2017 – 13 B 1510/16 –, www.nrwe.de, zum Erfordernis einer Mindestnote als Zugangsvoraussetzung zu einem Masterstudiengang; VG Braunschweig, Beschluss vom 31.3.2017 – 6 B 434/16 –, www.rechtsprechung.niedersachsen.de, zu der geforderten „engen fachlichen Verwandtschaft“ von Bachelorabschlüssen als Zugangsvoraussetzung

zu einem konsekutiven Masterstudiengang (hier verneint bei den Bachelorstudiengängen Psychologie und Gesundheitspsychologie).

54 Vgl. etwa Universität Osnabrück, Prüfungsordnung für den Studiengang „Wirtschaftswissenschaft“ v. 1.4.2014 in der aktuellen Fassung, der in den ersten zwei Studienjahren eine umfassende Grundlagenausbildung in den wichtigsten Bereichen der Betriebswirtschaftslehre, der Volkswirtschaftslehre und der wirtschaftswissenschaftlich relevanten Methoden vermittelt, während die inhaltliche Ausrichtung generalistische wirtschaftswissenschaftliche Ausrichtung, betriebswirtschaftliche Ausrichtung und volkswirtschaftliche Ausrichtung letztlich am Ende des zweiten Studienjahres getroffen wird, s. www.uni-osnabrueck.de/studieninteressierte/studiengaenge_a_z/wirtschaftswissenschaft_bachelor_of_science.html.

55 Vgl. etwa Universität Münster, Prüfungsordnung für den Bachelorstudiengang Betriebswirtschaftslehre (2010/2014), wonach 4 Wahlpflichtmodule im Kernbereich Betriebswirtschaftslehre und 1 Wahlpflichtmodul im Kernbereich Volkswirtschaftslehre zum Studieninhalt gehören; s. auch www.wiwi.uni-muenster.de/fakultaet/de/studium/bachelor/bwl/studium.

mindestens 60 Prozent voraus. Falls damit zum Ausdruck gebracht worden sein sollte, dass die endgültig nicht bestandene Prüfung bzw. das endgültig nicht bestandene Modul in beiden zu vergleichenden Studiengängen nicht – nahezu – „gleich“, sondern auch nur in einem mehr als hälftigen Umfang „inhaltlich nahe“ sein müsse, ist solches jedenfalls nicht eindeutig dem Wortlaut des § 50 Abs. 1 Nr. 2 HG NRW zu entnehmen. Wie die inhaltliche Ähnlichkeit bzw. Nähe von auf Module bezogenen Prüfungen quantifiziert werden könnte, ist bei der inhaltlichen Breite auch namensähnlicher oder fachlich verwandter Studiengänge ohnehin kaum erkennbar.⁵⁶ Zusammenfassend wird man deshalb durchaus mit Berechtigung die Frage aufwerfen müssen, inwieweit die auf eine „Vergleichbarkeit“ von Studiengängen abhebenden gesetzlichen Regelungen mit ihren etwaigen untergesetzlichen Ergänzungen überhaupt rechtssicher und den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügend angewandt werden können.⁵⁷

3. Die aktuell in Hamburg geltende Regelung zu einem zwingenden Einschreibungshindernis geht über die bisher behandelten Regelungsmodelle weit hinaus. §§ 41, 44 S. 2 HmbHG vom 1.7.2014, wonach Studierende das Studium auch in einem anderen Studiengang nicht fortsetzen und entsprechend hierfür auch nicht immatrikuliert werden können, wenn die Prüfungsgegenstände der endgültig nicht bestandenen Prüfung auch in diesem Studiengang durch die Prüfungsordnung verbindlich vorgeschrieben sind, löst sich bewusst⁵⁸ von dem hergebrachten und auch zuvor in Hamburg in § 44 S. 2 HambHG a.F. geltenden System der Erstreckung des Einschreibungshindernisses wegen einer endgültig fehlgeschlagenen Prüfung auf „verwandte“ Studiengänge. Abgestellt wird nunmehr „angesichts der zwischenzeitlichen Modularisierung der Studiengänge und der damit verbundenen studienbegleitenden Prüfungen“ allein darauf, ob die konkreten, der endgültig nicht bestandenen Prüfung zugrunde liegenden Prüfungsgegenstände durch die Prüfungsordnungen beider Studiengänge vorgeschrieben sind. Nur hierauf beziehe sich die Prognose

zu der Frage einer erfolgreichen Fortführung eines Studiums. Da eine (Modul-)Prüfung in einem Bachelorstudiengang erst nach dem dritten fehlgeschlagenen Prüfungsversuch endgültig nicht bestanden sei, bestehe – so die Gesetzesbegründung – eine hinreichende tatsächliche Grundlage für eine Prognose über den Studienerfolg. Falle diese negativ aus, müsse dies im Interesse sowohl der Studierenden als auch der Hochschulen zur Versagung der Fortführung des Studiums im betreffenden Studiengang führen. Die bisherige generelle Anknüpfung an lediglich „verwandte“ Studiengänge sei nicht mehr sachgerecht und unverhältnismäßig, da solche „verwandten“ Studiengänge in Teilbereichen sehr unterschiedliche Studien- und Prüfungsinhalte vorsähen, deren Nichtbestehen nichts über die Studieneignung in dem zur Fortführung des Studiums angestrebten Studiengangs aussage.⁵⁹ Der Immatrikulationsantrag der Universität Hamburg enthält eine entsprechende Passage zu pflichtigen Angaben über nicht bestandene Prüfungen (Modulprüfung, Vorprüfung, Abschlussprüfung).⁶⁰

Ob diese Abkehr vom hergebrachten Studiengangsprinzip⁶¹ und die Hinwendung zu einem „Modulprinzip“ verfassungsrechtlich tragfähig ist, insbesondere ob die in den Blick genommene Prognosegrundlage für die Annahme eines künftigen Scheiterns in einem anderen Studiengang, der auch dieses Modul enthält, hinreichend valide ist, ist bislang, soweit ersichtlich, nicht Gegenstand (ober-)gerichtlicher Prüfung gewesen. In welcher Breite dieses Modulprinzip die Möglichkeiten des Betroffenen einschränkt, ein – evtl. nicht einmal fachnahes – anderes Studium zu ergreifen, wird sich erweisen. Jedenfalls dürfte es durchaus häufig Pflichtmodule in Bachelorstudiengängen geben, die inhaltlich gerade darauf abzielen, den Studierenden Grundkenntnisse und -fertigkeiten zu vermitteln, die nicht nur in dem jeweiligen Studiengang, sondern darüber hinaus in einer hohen Zahl anderer Studiengänge erforderlich sind. Dabei mögen die jeweiligen Module jedenfalls in ihrer inhaltlichen Darstellung durch die Studien- oder Prüfungsordnung eine Betonung auf den jeweiligen Studiengang er-

56 Nach im Internet abrufbaren Quellen soll es bereits in NRW 53 Bachelorstudiengänge mit wirtschaftswissenschaftlichem Bezug geben, vgl. www.studieren-studium.com/studium/studieren/Wirtschaftswissenschaften-Nordrhein+Westfalen/; für alle Hochschulen in Deutschland wird von rd. 260 solchen Bachelorstudiengängen gesprochen, vgl. www.studieren-studium.com/studium/Wirtschaftswissenschaften/.

57 Vgl. auch HessVG, Beschluss v. 24.11.2011 – 11 B 2590/10 –, juris, zur – verneinten – Vergleichbarkeit eines Prüfungsmoduls „Psychologie“ in dem Studiengang „Gesundheit und Pflege (Pflegemanagement/Pflegepädagogik)“ an der kath. Fachhochschule Mainz mit den Pflichtmodulen „Sozialpsychologie 1 und 2“ im Studiengang „Allgemeine Pflege mit Schwerpunkt Casemanagement/Gesundheitsförderung“ an der Fachhochschule Mainz.

58 Vgl. Begründung des Gesetzentwurfs zur Verbesserung des Hochschulzugangs für beruflich Qualifizierte und zur Weiterentwicklung des Bachelor-Master-Studiensystems, BT-Drs. 19/6214 v. 18.05.2010, S. 2 und 12 (abrufbar über www.buergerschaft-hh.de/parldok/).

59 Vgl. zu der Regelung auch: *Neukirchen* u. a., HambHG, 2011, § 44 Rn. 2 ff.

60 Vgl. u. a. www.uni-hamburg.de/.../immatrikulationsantrag-stiftung-hochschulzulassung.

61 Vgl. bereits VG Braunschweig, Beschluss v. 28.3.1985 – 6 VG A 13/84 –, KMK-HSchR 1985, 1009.

fahren haben. Gleichwohl können sie auch andere Studiengänge in hohem Maße betreffen. Zu denken ist hier etwa an Grundlagenmodule aus dem wirtschaftswissenschaftlichen oder naturwissenschaftlich/technischen Bereich.⁶² Würde hier das endgültige Scheitern in einem derartigen Modul dazu führen, dass sämtliche diesen Modulinhalte auch enthaltenden anderen Studiengänge verschlossen wären, wäre dies ein ganz erheblicher Eingriff in die aus der allgemeinen Hochschulzugangsberechtigung folgenden Teilhaberechte des hochschulreifen Bewerbers.⁶³ Dabei ist es durchaus Hochschulwirklichkeit, dass der Lehrinhalt von Modulen und damit der hieran angeschlossene Prüfungsgegenstand zwar in den zugrunde liegenden Studienordnungen abstrakt umschrieben ist, er jedoch oftmals auch gekennzeichnet ist durch die an der jeweiligen Hochschule und dort von den jeweiligen Lehrkräften gesetzten Schwerpunkte, Ansprüche und Betonungen.⁶⁴ Die sonstigen konkreten Rahmenbedingungen des Studiengangs an der einzelnen Hochschule wirken auf die Studieninhalte ebenfalls ein. Die deutliche Variationsbreite, wie studienbegleitende Prüfungsleistungen erbracht werden können (durch Klausuren, Referate, Hausarbeiten, Praktika, praktische Übungen, Mitarbeit an Projekten, mündliche Leistungsüberprüfung, Vorträge, Protokolle, softwaregestützte Prüfungen u. a.),⁶⁵ tritt hinzu. All dies zeigt die – auch rechtliche – Schwäche auf, entsprechend dem in Hamburg normierten Modell an dem endgültigen Scheitern in einem Modul bei aller gesetzgeberischer Pauschalie-

rungsbefugnis eine tragfähige Misserfolgsprognose für eine nicht näher bestimmte Zahl von – nicht einmal „verwandten“ – Studiengängen anzuschließen, die dieses Modul ebenfalls in ihrem pflichtigen Studien und Prüfungsprogramm haben. Das Argument, der Betroffene habe schließlich für jenes Modul drei Prüfungsversuche gehabt, erscheint insoweit plakativ.

IV. Schlussbemerkung

Die gesetzlichen Regelungen der Länder zu zwingenden Einschreibungshindernissen wegen des endgültigen Scheiterns in einer vorausgegangen Hochschulprüfung sind höchst unterschiedlich. Sie werfen je nach Ausprägung zahlreiche verfassungs- und einfachrechtliche Fragen auf, die auch und gerade das Studiensystem nach Bologna betreffen. Die Rechtsanwendung im Einzelfall ist komplex und aufwändig. Die Fehleranfälligkeit erscheint als durchaus hoch. Grundlegende Fragestellungen sind bislang weder ober- oder höchstgerichtlich noch in der Literatur geklärt. Die Aussage,⁶⁶ dass der hier behandelte Regelungsbereich zu den streitanfälligen Problemfeldern des Hochschulrechts gehört, trifft weiterhin zu.

Hartmut Maier ist Vorsitzender Richter der u.a. mit Streitsachen aus dem Bereich des Hochschulzulassungsrechts befassten 9. Kammer des VG Münster.

62 Etwa Module, die das EDV-gestützte Erfassen und Auswerten von Daten verschiedenster Art, die Grundlagen der Chemie/Biologie, der Laboranalyse, der Mathematik oder der Konstruktion oder Statik beinhalten.

63 Zur Beachtlichkeit des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bei Eingriffen in das durch Art. 12 Abs. 1 GG garantierte einheitliche Grundrecht der Berufsfreiheit vgl. jüngst BVerfG, Beschluss vom 1.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u.a. –, juris, m.w.N.

64 Vgl. *Knopp/Peine*, BbgHG, 2. Aufl. 2012, § 13 Rn. 32.

65 Vgl. statt vieler: § 10 PrüfungsO für den Bachelorstudiengang Betriebswirtschaftslehre an der Universität Münster 2010/2014; § 10 PO für den Bachelorstudiengang Wirtschaftswissenschaften 2014/2016 an der Universität Osnabrück.

66 Vgl. www.birnbaum.de/meldung/Neues-Studium-nach-nicht-bestandener-Pruefung-moeglich.html (2009).

Lothar Zechlin

Wissenschaftsfreiheit und Organisation

Die „Hochschullehrermehrheit“ im Grundrechtsverständnis der autonomen Universität

Übersicht

- I. Thema und Fragestellung
- II. Ziel und Vorgehensweise
- III. Grundrechtsverständnis zwischen Organisation und Person
 - 1. Gelehrtenrepublik
 - 2. Gruppenuniversität
 - 3. Autonome Universität
- IV. Organisation
 - 1. Wissenschaft, Organisation, Person
 - 2. Strukturelle Gefahr und risikobewusstes Handeln
- V. Alternativen
 - 1. Inpersonales Grundrechtsverständnis
 - 2. Eine europäische Perspektive
- VI. Fazit

I. Thema und Fragestellung¹

Im November 2016 hat der baden-württembergische Verfassungsgerichtshof die Bestimmungen des Landeshochschulgesetzes über die Wahl und Abwahl der Hochschulleitungen für verfassungswidrig erklärt, weil sie nicht dem Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit entsprächen. Entscheidend komme es auf die Gruppe der Hochschullehrer an. Diese müsse sich, so das Gericht, von einem „Mitglied des Leitungsorgans, das ihr Vertrauen nicht mehr genießt, trennen können, ohne im Selbstverwaltungsgremium auf eine Einigung mit Vertretern anderer Gruppen und ohne auf die Zustimmung eines weiteren Organes oder des Staates angewiesen zu sein“.² Auch die Wahl selbst müsse sie verhindern können und dazu im Senat über die Mehrheit der Stimmen verfügen.

Mehr als vierzig Jahre zuvor hatte sich das Bundesverfassungsgericht³ erstmalig mit der Rolle der Hochschullehrer in der Hochschulorganisation befasst. Anlass war die Einführung der sog. Gruppenuniversität, mit der die tradierte Macht der Ordinarien auf paritätisch besetzte Entscheidungsorgane übergang. Das Gericht erklärte zwar das „organisatorische System der ‚Gruppenuniversität‘ als solches“ für verfassungskonform, allerdings mit einer Einschränkung: Bei Entscheidungen, die „unmittelbar“ die Lehre, Forschung oder Berufungen betreffen, müsse der Gruppe der Hochschullehrer ein „maßgeblicher“ oder „ausschlaggebender“ Einfluss, d.h. die Hälfte oder mehr als die Hälfte der Stimmen zukommen. Auch explizit stellte es klar, was ohnehin in dieser Logik lag: Die Professorenmehrheit erstreckte sich nicht auf „das Konzil (der Wahlkonvent)“,⁴ in dem der Rektor oder der Präsident gewählt wurde. Wahl oder Abwahl waren eben Angelegenheiten, die Forschung und Lehre nur mittelbar⁵ tangieren.

Von der Mehrheit oder der Hälfte der Stimmen nur bei unmittelbarem Wissenschaftsbezug zu der Ausweitung dieses Prinzips auch auf die Wahl und Abwahl der Hochschulleitung: Offenbar hat eine Verschiebung in dem Zeitraum stattgefunden, der zwischen diesen beiden Entscheidungen liegt.⁶ Sie wird im Folgenden mit der Art und Weise erklärt, in der die Rechtsprechung zur Wissenschaftsfreiheit ein für Hochschulen charakteristisches Spannungsverhältnis zwischen *Organisation* und *Person* zu erfassen versucht. Die Universität war einmal eine durch Informalität gekennzeichnete Institution,⁷ die ihre Verände-

1 Der Verfasser dankt Dr. *Michael Breitbach*, Gießen, für die vielen und anregenden Diskussionen, die die Erstellung dieses Beitrages begleitet haben, sowie Frau Prof. Dr. *Sibylle Raasch*, Hamburg, für die kritische Kommentierung einer früheren Fassung des Manuskripts.

2 VerfGH BW, Urteil v. 14.11.2016 – 1 VB 16/15, Juris Leitsatz 5; das Urteil ist besprochen von *Fehling*, Unzureichende Kompetenzen des Senats im reformierten Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg? OdW 2017, 63 ff.

3 BVerfGE 35, 79 ff.

4 BVerfGE 35, 79 ff., 140.

5 So auch *Fehling* (Fn. 2) 65.

6 A.A. *Hufen*, JuS 3 (2017) S. 279 ff., 280 („konsequente Rückkehr zu

den Grundsätzen, die das BVerfG in den 1970er Jahren entwickelt hat“).

7 Der Begriff wird hier nicht als formale rechtliche Struktur im Sinne von „Institutionalisierung“, sondern als Gesamtheit informeller Verhaltenserwartungen verstanden, die als immer schon vorhandene Gewohnheiten, Sitten und Gebräuche auf innerhalb und außerhalb der Universität geteilten Überzeugungen beruhen und als „geronnene“ Organisationskultur das Verhalten oft weit wirksamer beeinflussen als die formalen Regeln. Zu der auch juristischen Relevanz eines solchermaßen informalen „Gebildes“ vgl. *Vesting, Koriath, Augsberg*, Einleitung, in: dies., Grundrechts als Phänomene kollektiver Ordnung, Tübingen 2014, S. 1 ff., 6 ff. sowie die weiteren Beiträge dieses Bandes.

rungsimpulse vor allem durch die Selbstkoordination „Unter Professoren“⁸ erhielt. Als Reaktion auf veränderte Anforderungen aus ihrer Umwelt verändert sie sich in Richtung einer auch formal hierarchischen Organisation. Für ihre Leistungsfähigkeit bleiben jedoch weiterhin Personen, vor allem Hochschullehrer, von herausragender Bedeutung. Die Rechtsprechung versucht nun, beide Seiten in einem Grundrechtsverständnis zusammen zu bringen, in dem auch der Bezugspunkt für die Organisation durch personale Elemente, nämlich die „Träger der Wissenschaftsfreiheit“, bestimmt bleibt. Dieser Weg ist an seine Grenzen gelangt. Als Alternative wird ein stärker empirisch gestütztes organisationales Grundrechtsverständnis vorgeschlagen, das neben das personale Verständnis tritt und durch wechselseitige Beobachtung mit ihm verbunden ist.

II. Ziel und Vorgehensweise

Wenn sich die Realität von Hochschulen und Wissenschaft ändert, muss die Rechtsprechung auf diese Änderungen antworten und sich dabei auch selbst weiterentwickeln. Damit steht sie vor einem Spagat.⁹ Einerseits muss sie im Interesse der Rechtssicherheit in sich widerspruchsfrei, d.h. anschlussfähig an schon vorhandene Argumentationslinien bleiben, andererseits darf sie sich nicht von der vor- und außerjuristischen Realität abkoppeln. Verselbständigt sie sich zu einer selbstgenügsamen juristischen Feinmechanik, verliert sie mit dem Kontakt zu ihrem praktischen Gegenstand auch ihre Legitimationskraft, weil sie ihre gesellschaftlichen Gestaltungsaufgaben nicht mehr wahrnehmen kann. Sie wird zu einer Ideologie.¹⁰ Diese beiden Seiten stehen in einem Verhältnis der Wechselwirkung,¹¹ deren gemeinsamer Bezugspunkt in dem normativen Ziel der „Wissenschaftsfreiheit“ liegt. In der Eigenständigkeit und Behar-

rungskraft des Rechts gegenüber der Realität kommt die „Herrschaft des Rechts“ zum Ausdruck, in der Eigensinnigkeit einer sich verändernden Realität kommt deren Anspruch an die funktionale Rolle des Rechts zum Ausdruck. Die Realität kann allerdings nicht aus sich selbst heraus sprechen, sondern nur mittels sozialwissenschaftlicher Forschung zur Sprache gebracht werden. Wer sich mit der Rechtsprechung zu dem Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit befassen will, muss sich deshalb auch mit den empirisch gestützten Erkenntnissen der Hochschul- und Wissenschaftsforschung befassen.

Eine solche „zweispurige“ Vorgehensweise enthält ein Risiko: Die juristischen Teile können für die Juristen und die sozialwissenschaftlichen Teile für die Sozialwissenschaftler banal sein. Es gleichwohl einzugehen lohnt sich nur, wenn die Chance auf Erkenntnisse besteht, die bei einer isolierten Vorgehensweise nicht zu erwarten sind. Dazu müssten für die Sozialwissenschaftler die juristischen und für die Juristen die sozialwissenschaftlichen Argumentationen Relevanz für die je eigenen Überlegungen gewinnen. Sie müssen aufeinander beziehbar gemacht werden, denn ohne diese wechselseitige Anschlussfähigkeit bleiben sie einander äußerlich, ein bloßes „Rauschen“.¹² Der folgende Beitrag soll hierzu einen ersten Schritt unternehmen, der sich gelohnt hat, wenn er zu spezifischeren Forschungsarbeiten auf beiden Seiten anregt.

Mit dieser Zielsetzung wird das Verhältnis von Organisation und Person zunächst mit dem Fokus auf die Rechtsprechung dargestellt. Es geht um das Grundrechtsverständnis, dessen Veränderungen in dem historischen Kontext der „Organisationswerdung“ der Hochschule nachgezeichnet werden (III.). Anschließend wird eine sozialwissenschaftliche Perspektive eingenommen, in der einige zentrale Annahmen der Rechtsprechung zu diesem Verhältnis in Frage gestellt werden (IV.). Daraus

8 So der Titel des Campusromans, in dem *Willem Frederik Hermans* (Zürich 1986, Neuauflage Berlin 2016) seine jahrzehntelangen Erfahrungen als Lehrender an der Universität Groningen verarbeitet hat.

9 *Volkman*, Veränderungen der Grundrechtsdogmatik, JZ 2005, 261 ff., spricht von einem „Dilemma“ (263); ähnlich *Fehling* (Fn. 2) S. 72 und in seiner Fn. 78 („Zielkonflikt“).

10 *Habermas*, Technik und Wissenschaft als ‚Ideologie‘, Frankfurt am Main 1968 (dort vor allem der Aufsatz „Verwissenschaftlichte Politik und öffentliche Meinung“ mit den drei Modellen dezisionistischer Politik, technokratischer Wissenschaft und der pragmatischen Vermittlung im Medium öffentlicher Meinung). Vgl. auch *Vesting*, *Korioth*, *Augsberg* (Fn. 7) mit der Gegenüberstellung von „Beobachtung der Selbstorganisation“ und bloßer „Staats- und Gerichtsideologie“ (S. 10); *Augsberg*, Subjektive und objektive Dimensionen der Wissenschaftsfreiheit, in: Voigt (Hrsg.), *Freiheit der Wissenschaft*, Berlin 2012, S. 65 ff. spricht von „Verfassungspositivismus“ (S. 69).

11 Ablehnend *Gärditz*, Hochschulorganisation und verwaltungs-

rechtliche Systembildung, Tübingen 2009, S. 326 ff. („Sein-Sollen-Fehlschluss“, S. 327); grundsätzliches hierzu bei *Grimm*, Grundrechte und soziale Wirklichkeit. Zum Problem eines interdisziplinären Grundrechtsverständnisses, in: Hassemer, Hoffmann-Riem, Limbach (Hrsg.), *Grundrechte und soziale Wirklichkeit*, Baden-Baden 1982, S. 39 ff.

12 Für die Systemtheorie ist die System-Umwelt-Beziehung zentral. Generell wirkt die Umwelt auf die Eigenlogik des Systems nur „als Irritation, als Störung, als Rauschen, und sie wird für das System erst sinnvoll, wenn sie auf die Entscheidungszusammenhänge des Systems bezogen werden kann“ (*Luhmann*, *Organisation*, in: Küpper, Ortman [Hrsg.], *Mikropolitik – Rationalität, Macht und Spiele in Organisationen*, Opladen 1988, S. 165 ff., 173). Es geht um „die Differenz von Sinn und Welt als Differenz von Ordnung und Störung, von Information und Rauschen“ (*Luhmann*, *Soziale Systeme*, Frankfurt am Main 1987, S. 122). Unschwer schimmert die juristische Denkweise mit der „Schlüssigkeit“ der Klage und der „Erheblichkeit“ des Bestreitens durch.

ergeben sich Anforderungen an ein stärker empirisch und rechtsvergleichend gestütztes Grundrechtsverständnis (V.). Der Beitrag endet mit einem kurzen Fazit (VI.).

III. Grundrechtsverständnis zwischen Organisation und Person

Historisch lassen sich drei Stadien der sog. „Organisationswerdung“¹³ der Universität unterscheiden, denen jeweils ein spezifisches Grundrechtsverständnis korrespondiert. Dabei entsteht eine gewisse Ambivalenz zwischen Organisation und Person, die in der baden-württembergischen Entscheidung in Richtung Person beseitigt wird.

1. Gelehrtenrepublik¹⁴

Die Universität war jahrhundertlang als „Universitas Magistrorum et Scholarium“ eine Art Genossenschaft ihrer Mitglieder, die sich im Wesentlichen über die informale, auf gemeinsam geteilten Überzeugungen beruhende Selbstorganisation ihrer Professoren verwaltete. Durch die Humboldt'schen Universitätsreformen¹⁵ wurden ihr als Korporation zwar in den „administrativen“ Angelegenheiten (Haushalt, Personal und Organisation) stärkere staatliche Züge eingezogen, in Forschung und Lehre als den sog. „akademischen“ Angelegenheiten blieb es aber bei der professionellen Selbstorganisation der Ordinarien mit dem „Lehrstuhlprinzip“. Sie war keine *Organisation* mit formalen Hierarchien und Entscheidungen, sondern eine *Institution* mit ungeschriebenen Regeln, die sich im Laufe der Jahrhunderte herausgebildet hatten. Fakultäten waren keine Organisationseinheiten, sondern Orte der persönlichen, informellen Abstimmung. Noch heute hat der englische Begriff „faculty“ die Bedeutung von Lehrkörper.

Der starke Personenbezug dieser Entwicklungsphase drückt sich auch in dem Verständnis von der Wissenschaftsfreiheit aus, die Mitte des 19. Jahrhunderts im deutschsprachigen Raum entsteht.¹⁶ In dem Deutschen Bund findet zunächst mit dem Karlsbader Universitätsge-

setz 1819 und dem Bundes-Universitätsgesetz 1834 eine harte politische Unterdrückung liberaler und demokratischer Ideen statt, die „Demagogenverfolgung“, die ihren prominentesten Ausdruck in dem Protest und der nachfolgenden Landesverweisung der „Göttinger Sieben“ fand. Die Anfänge der Wissenschaftsfreiheit bestehen deshalb in der Forderung nach „Lehrfreiheit“ in einem individualistischen Verständnis, die zunächst in dem Offenburger Programm 1847 und einem Beschluss des Frankfurter Vorparlaments 1848 ihren Niederschlag findet. Ihre erste Kodifizierung als Verfassungsbestandteil erfolgte 1849 in der Paulskirchenverfassung und lautete „Die Wissenschaft *und* ihre Lehre ist frei“. Sie wird als ein Recht verstanden, das „Jedermann“ zusteht, der sich wissenschaftlich betätigt, also auch Nichtprofessoren. In dieser Tradition wird auch Art. 142 der Weimarer Reichsverfassung 1919 „Die Kunst, die Wissenschaft und ihre Lehre sind frei“ individualistisch verstanden. Zunächst ist sogar noch ein Verständnis vorherrschend, das Professoren aus dem Schutzbereich ausnimmt, denn diese sind Staatsbeamte, und Grundrechte richten sich gegen den Staat, sollen also nicht Rechte in der Hand seiner Beamten sein. Erst Mitte der Weimarer Republik wird es überwunden, auch beamtete Professoren gelten als Grundrechtsträger. Vertreten wird – angesichts der Differenzierung „Wissenschaft und ihre Lehre“ naheliegend – auch ein „institutionelles Verständnis“, das als „Grundrecht der deutschen Universität“¹⁷ einen korporatistischen Anklang hat oder als „institutionelle Garantie“¹⁸ auf die Bewahrung des Typus der deutschen Universität in seiner überkommenen Gestalt gerichtet ist.

2. Gruppenuniversität

Die Selbstorganisation der Professoren als hauptsächlicher Steuerungsmodus des inneruniversitären Geschehens erwies sich spätestens Ende der 1960er Jahre mit der Expansion des Hochschulbereichs als nicht mehr ausreichend. Zu heterogen waren die Studierenden und der Lehrkörper, zu unterschiedlich die Erwartungen aus Politik, Wirtschaft und Gesellschaft an die Nützlichkeit der „Produktivkraft Wissen-

13 *Kehm*, Hochschulen als besondere und unvollständige Organisationen? – Neue Theorien zur ‚Organisation Hochschule‘, in: Wilkesmann, Schmidt (Hrsg.), Hochschule als Organisation, Wiesbaden 2012, S. 17 ff.; *Huber*, Die Organisation Universität, in: Apelt, Tacke (Hrsg.), Handbuch Organisationstypen, Wiesbaden 2012, S. 239 ff.

14 Dieser Begriff ist ursprünglich von *Müller-Böling* als „Vorstellungstereotype“ eingeführt worden (Universitäten als Vorstellungstereotypen – Von der Gelehrtenrepublik zum Dienstleistungsunternehmen? CHE Arbeitspapier Nr. 1, April 1994). Er beschreibt deshalb nicht die historische Wirklichkeit, die komplexer und (auch) durch landesfürstlichen Einfluss gekennzeichnet ist, bringt aber ihr typisierendes Merkmal auf den Punkt.

15 Vgl. im einzelnen *Kahl*, Hochschule und Staat, Tübingen 2004, 22 ff.

16 Vgl. im Einzelnen *Löwer*, in: Mertens, Papier (Hrsg.), HGR IV, 2011, § 99 Rn. 4-10; *Fehling*, Bonner Kommentar Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaft) Rn. 1-8; *Kahl* (Fn. 15) S. 30 ff.; *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, 6. Aufl., München 2007, Rn. 243 ff.; die europäische Entwicklung bei *Stichweh*, Akademische Freiheit in europäischen Universitäten. Zur Strukturgeschichte der Universität und des Wissenschaftssystems, in: die hochschule (2) 2016, S. 19 ff.

17 *Smend*, Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 2., erw. Aufl., Berlin 1968, S. 89 ff. (S. 109 „Das Grundrecht (...) einer großen öffentlichen Institution“).

18 *Schmitt*, Verfassungslehre, Berlin 1928, 173; *ders.*, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung, in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze, Berlin 1958, S. 140 ff., 151 f.

schaft“ und zu vielfältig deshalb die Koordinationsaufgaben geworden, als dass sie weiterhin in den vertrauten Konsensmechanismen der „deutschen Mandarine“¹⁹ hätten wahrgenommen werden können. In der Perspektive eines Mehrebenensystems betrachtet verschiebt sich die Koordination von der *Mikroebene* des Professionshandelns in zwei Richtungen. Zum einen wuchs auf der *Makroebene* der Einfluss des Staates, indem erstmals Hochschulgesetze mit Regelungen der akademischen Angelegenheiten, insbesondere der Studienorganisation, verabschiedet wurden. Bis dahin hatten die Universitäten lediglich Satzungen verabschiedet und den Ministerien zur Genehmigung vorgelegt. Den Anfang machte 1966 Hessen,²⁰ der Bund folgte 1976 mit einem Hochschulrahmengesetz, dessen „wesentliches Anliegen (es war), das Hochschulstudium zu organisieren“.²¹ Zum anderen entwickelte sich auf einer erstmals in Erscheinung tretenden *Mesoebene* die Universität selbst in Richtung einer Organisation mit zentralen Entscheidungsgremien. Dadurch, dass in den Gremien der neuen „Gruppenuniversität“ neben den Professoren auch nicht-professorale Wissenschaftler, Studierende und Vertreter der Verwaltung Sitz und Stimme hatten, konnten kollektiv verbindliche Entscheidungen getroffen werden, an die die Universitätsmitglieder auch dann gebunden waren, wenn sie ihnen nicht persönlich zugestimmt oder sie sogar abgelehnt hatten. Der bis dato nur innerhalb des Lehrstuhls bekannte Governancemodus „Hierarchie“ ist schon mit dieser „Demokratisierung“ und nicht erst mit der „Autonomisierung“ in die Universität eingezogen.²² Beide Entwicklungen zusammen führten dazu, dass aus dem „lose gekoppelten“²³ Personenverband ein deutlich enger gekoppeltes System mit einer bislang in dieser Weise nicht bekannten Spannung zwischen Organisation und Person entstand. Ein erster Teilschritt auf dem Weg zur Organisation war begangen.

Diese Machtverschiebung ließ die Interpretation der Wissenschaftsfreiheit nicht unberührt.²⁴ In dem ein-

gangs zitierten grundlegenden Hochschulurteil zu der Gruppenuniversität macht das BVerfG 1973 einen halben, allerdings deshalb auch unvollständigen Schritt in Richtung eines organisationalen Grundrechtsverständnisses.²⁵ Danach erweitert sich der „subjektive“ Abwehranspruch des individuellen Wissenschaftlers gegen Eingriffe in seine wissenschaftliche Betätigung zu einer „objektiven“ Werteordnung, die sich auf die Organisation und Entscheidungsstruktur der Hochschule auswirkt. „Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG erklärt Wissenschaft, Forschung und Lehre für frei. Damit ist nach Wortlaut und Sinngehalt eine objektive, das Verhältnis von Wissenschaft, Forschung und Lehre zum Staat regelnde wertentscheidende Grundsatznorm aufgestellt, die neben die in derselben Norm enthaltene Freiheitsverbürgung für den Bereich der Kunst tritt. Zugleich gewährt die Verfassungsbestimmung für jeden, der in diesen Bereichen tätig ist, ein individuelles Freiheitsrecht“.²⁶ Das Gericht findet die Wissenschaftsfreiheit als „objektives Prinzip“²⁷ sogar schon in der Paulskirchenverfassung anerkannt, was im Hinblick auf deren Wortlaut in der Tat nahe liegt. Daraus ergeben sich Folgerungen für die Organisation: Dem Gesetzgeber sei weder „das überlieferte Strukturmodell der deutschen Universität“ noch „überhaupt eine bestimmte Organisationsform des Wissenschaftsbetriebs an Hochschulen“ vorgeschrieben, aus der Eigengesetzlichkeit der Wissenschaft ergäben sich „keine zwingenden ‚wissenschaftseigenen‘ Organisationsprinzipien“.²⁸ Dies alles ist aber noch keine positive Bestimmung eines organisationalen Grundrechtsverständnisses. Für diese Aufgabe gilt: „Kriterium für eine verfassungsgemäße Hochschulorganisation kann nur sein, ob mit ihr ‚freie‘ Wissenschaft möglich ist und ungefährdet betrieben werden kann“.²⁹ Treffe der Gesetzgeber bei der notwendigen Koordination zwischen den einzelnen Wissenschaftlern und zwischen den unterschiedlichen Funktionen der Hochschule für Wissenschaft und Praxis Regelungen, „die auf die freie wissenschaftliche Betäti-

19 Ringer, Die Gelehrten. Der Niedergang der deutschen Mandarine 1890-1993, München 1987.

20 Vgl. Staff, Das Hessische Hochschulgesetz, Neuwied 1967, Vorwort: „Das Hessische Hochschulgesetz hat, auch abgesehen von seinen speziellen Inhalten und Sachlösungen, eine breite Diskussion über die seit langem schwebende Problematik der Reform unserer wissenschaftlichen Hochschulen ausgelöst. (...) Das Gesetz, das den vier wissenschaftlichen Hochschulen des Landes zum ersten Mal eine einheitliche Rechtsgrundlage schafft, dient dem Zweck, Wege für die Hochschulreform und die besonders dringliche Studienreform frei zu machen“ (S. VII.).

21 Thieme, Deutsches Hochschulrecht, 2. Aufl. Köln 1986, S. Rn. 305.

22 Das verkennen m.E. weite Teile der Kritik an der „Autonomisierung“. Die neue Hierarchisierung war ja gerade einer der Hauptgründe für die Klage der Professorenvertreter gegen die „Gruppenuniversität“.

23 Weick, Educational Organizations as Loosely Coupled Systems“, in: Administrative Science Quarterly Vol. 21, No. 1 (Mar., 1976), pp. 1-19.

24 Einen prägnanten Überblick zu dem damaligen Positionen verschafft Dallinger, Wissenschaftsfreiheit und Mitbestimmung, JZ 1971, 665 ff.

25 Vertiefend und differenzierend hierzu Schmidt-Aßmann, Die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG als Organisationsgrundrecht, in: Becker, Bull, Seewald (Hrsg.), Festschrift für Werne Thieme, Köln 1993, S. 697 ff.

26 BVerfGE 35, 79 ff., 112, unter Verweis auf eine fast wortgleiche Formulierung zur Kunstfreiheit in der Mephisto-Entscheidung.

27 BVerfGE 35, 79 (119).

28 BVerfGE 35, 79 Leitsatz 4 und (122).

29 BVerfGE 35, 79 (117).

gung der Hochschulangehörigen nicht einwirken“,³⁰ sei er keinen Beschränkungen unterworfen. Das ist aber ohnehin klar und deshalb nicht Ausdruck der Wissenschaftsfreiheit. Geht es jedoch um „Angelegenheiten, die als ‚wissenschaftsrelevant‘ angesehen werden müssen, d.h. die Forschung und Lehre unmittelbar berühren“,³¹ steht nicht mehr die unpersönliche Koordination freier Wissenschaft, sondern die Rolle der Hochschullehrer als freie Wissenschaftler im Vordergrund, denen als „Inhaber der Schlüsselfunktion des wissenschaftlichen Lebens“³² der maßgebende oder ausschlaggebende Einfluss in den Gremien zukomme.

Die Spannung zwischen Organisation und Person kommt gut in dem Leitsatz 7 zum Ausdruck: „Organisationsnormen müssen den Hochschulangehörigen, insbesondere den Hochschullehrern, einen möglichst breiten Raum für freie wissenschaftliche Betätigung sichern; andererseits müssen sie die Funktionsfähigkeit der wissenschaftlichen Hochschule und ihre Organe gewährleisten“. Zwischen diesen beiden Polen verläuft die weitere Entwicklung der Rechtsprechung.

3. Autonome Universität

Die dritte Phase beginnt mit dem Übergang zu der „autonomen“ Universität. Ihr Ausgangspunkt liegt in der abnehmenden Steuerungs- und Planungsfähigkeit der allgemeinen Staatsverwaltung, die in Schlagwörtern wie „Staatsversagen“ oder „Unregierbarkeit“ ihren Ausdruck findet. Im Zuge der „New Public Managementreformen“ soll ihr mit einer Dezentralisierung von Entscheidungskompetenzen bei gleichzeitiger Ergebniskontrolle („Outputsteuerung“) begegnet werden. Das gilt auch für die Hochschulpolitik, in der Parlament und Regierung insbesondere mit Globalbudgets, dem Berufungsrecht, Gehaltsverhandlungen, der Einrichtung und Schließung von Studiengängen u.a.m. Entscheidungskompetenzen auf die Hochschulen delegie-

ren. Die Hochschule *darf* allerdings nicht nur derartige Entscheidungen selbst treffen, sie muss das auch *können* und deshalb ihre Entscheidungsfähigkeit sicherstellen. Aus einem gewissen Misstrauen³³ gegenüber Kollegialorganen wurden die neuen Kompetenzen deshalb mal mehr, mal weniger weitgehend den Rektoren zugeordnet.

Die Hochschule als Organisation handlungsfähig zu machen, das ist das Programm der „autonomen“ oder „entrepreneurial“ Universität, eine Wortschöpfung des amerikanischen Hochschulforschers *Burton Clark*. Er hatte in den 1980er Jahren nationale Hochschulsysteme in einem Dreieck aus Staat, Markt und Professionsystem auf die Frage hin untersucht, woher sie ihre Steuerungsimpulse erhalten.³⁴ Mit „unternehmerisch“ meint er, dass die Universität in diesem Kräftefeld ihre eigenen Ziele und Schwerpunkte entwickeln und für die Ergebnisse Verantwortung übernehmen soll, eben „etwas unternehmen“ kann. Es ist Unsinn, eine solche Idee nur wegen der Assoziationen, die der Begriff „unternehmerisch“ auch auslöst, als privatnützig und profitorientiert zu diskreditieren. Worum es geht, ist „Die Universität als Akteur“³⁵ aufzustellen und damit als Organisation von den in ihr tätigen Personen zu unterscheiden.

Erst im Zuge dieser Autonomisierung unternahm das BVerfG den ganzen Schritt zu einem personenunabhängigen organisationalen Grundrechtsverständnis, der allerdings nur von kurzer Dauer war. In seiner Entscheidung zu dem Brandenburgischen Hochschulgesetz aus dem Jahr 2004 prüfte es, ob durch die Hochschulorganisation eine „strukturelle Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit“ (Leitsatz 1) eintrete, wobei „das hochschulorganisatorische Gesamtgefüge mit seinen unterschiedlichen Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten in den Blick zu nehmen“ sei.³⁶ Diese Perspektive hat es in der Entscheidung zu dem Hamburgischen Hochschulgesetz im Jahr 2010³⁷ und der medizinischen Hochschule Hannover

30 BVerfGE 35, 79 (122).

31 BVerfGE 35, 79 (123).

32 BVerfGE 35, 79 (127).

33 Vgl. z.B. *Böckenförde*, Erinnerungen an die Kurator-Verfassung, in: Dress u.a. (Hrsg.), *Die humane Universität*. Festschrift für Karl Peter Grottemeyer, Bielefeld 1992, S. 151 ff., 157 f.; *Schimank*, Festgefahrene Gemischtwarenläden – Die deutschen Hochschulen als erfolgreich scheidende Organisationen, in: Stölting, *Schimank* (Hrsg.), *Die Krise der Universitäten*, Leviathan Sonderheft 20/2001, S. 223 ff. mit der häufig zitierten Feststellung, „dass in der hochschulischen Selbstverwaltung in hohem Maße faktische Nichtangriffspakte zwischen Professoren bestehen“ (233); *Thieme*, Organisationsstrukturen der Hochschulen, in: Flämig u.a. (Hrsg.), *Handbuch des Wissenschaftsrechts*, Band 1, S. 813 ff. („Das Problem der Entscheidungsfähigkeit“, 837 f.).

34 „We begin on simplest ground by constructing three ideal types – state system, market system, and professional system – which, in combination, offer two- and three- dimensional spaces for comparing national systems“ (*Clark*, *The Higher Education System: Academic Organization in Cross-National Perspective*, Berkeley 1983, S. 136.).

35 *F. Meier*, *Die Universität als Akteur*. Zum institutionellen Wandel der Hochschulorganisation. Wiesbaden 2009.

36 BVerfGE 111, 333 (355).

37 „Je stärker der Gesetzgeber das Leitungsorgan mit Kompetenzen ausstattet, desto stärker muss er im Gegenzug die direkten oder indirekten Mitwirkungs-, Einfluss-, Informations- und Kontrollrechte der Kollegialorgane ausgestalten“, BVerfGE 127, 87 (117 f.).

(MHH) für die Wahl und Abwahl der Leitungsorgane³⁸ beibehalten und mit der „Je-desto-Formel“ zu einem System gegenseitiger Kontrolle der Gewalten („Checks and Balances“³⁹) weiterentwickelt. Aus einer nachvollziehbaren Befürchtung gegenüber einem technokratischen Top-Down Management heraus war damit die Entscheidungsbildung zwischen Leitungs- und Kollegialorganen verteilt, der für die Gruppenuniversität charakteristische demokratische Zentralismus der Gremien also zugunsten einer Differenzierung von Entscheidung, Entscheidungsvorbereitung und Implementierung aufgehoben.⁴⁰ Diese Interaktion mit verteilten Argumentationslasten und Beschlusskompetenzen findet allerdings – ein wichtiger Unterschied – zwischen *Organen* und nicht wie zu Zeiten der Gelehrtenrepublik zwischen *Personen* in ihren Mitgliedschaftsrollen statt.

Die „Je-desto Formel“ hat sich aber als zu unpräzise erwiesen, um aus ihr konkrete Vorgaben für den Gesetzgeber herzuleiten. Sie ist mehr ein durch Politik und Gesetzgebung konkretisierungsbedürftiges Prinzip als eine verfassungsrechtliche Betriebsanleitung. Diese Offenheit hatte schon früh starke Kritik insbesondere unter den Hochschullehrern ausgelöst,⁴¹ die sich zudem durch den Satz getroffen sahen, der parlamentarische Gesetzgeber sei für die Gestaltung der Hochschulorganisation „besser geeignet als die an speziellen Interessen orientierten Träger der Wissenschaftsfreiheit“.⁴² Der „ganze Schritt“ zu einem organisationalen Verständnis wird deshalb in einem widersprüchlichen Vor und Zurück wieder relativiert:

Zum einen wird die Begrenzung, die mit der Formulierung „unmittelbar Forschung und Lehre berührend“ verbunden ist, unter dem Begriff der „Wissenschaftsrelevanz“

aufgehoben. War dieser Begriff in der Entscheidung zur Gruppenuniversität noch einengend für Agenden vorgesehen, „die Forschung und Lehre unmittelbar berühren“⁴³ und deshalb der Hochschullehrermehrheit unterliegen, wird mit ihm nunmehr das ganze Feld der Selbstverwaltung erfasst. Alle wissenschaftsrelevanten Angelegenheiten, auch solche, die in der früheren Terminologie nicht als „unmittelbar“ berührend oder dem Staat vorbehalten betrachtet worden wären, unterliegen dem Je-desto Prinzip. Das ist der ganze Schritt nach vorne zu der autonomen Universität, die den früheren Dualismus zwischen staatlichen und akademischen Angelegenheiten überwindet und alle Angelegenheiten in ihre Entscheidungskompetenz übernimmt.

Damit würde aber zum anderen der gesamte „Zugewinn“ an Entscheidungskompetenzen, der als Folge der Dezentralisierung vom Staat auf die Hochschulen eingetreten ist, außerhalb des für die Hochschullehrermehrheit reservierten Raumes anlanden. Diese werden deshalb neben oder an Stelle der „Träger der Wissenschaftsfreiheit“ wieder stärker hervor gehoben, meist in der Formulierung des „mit Hochschullehrermehrheit besetzen“ Kollegialorgans. Das geschieht in der Brandenburg-Entscheidung nur am Rande,⁴⁴ in der Entscheidung zu dem Hamburger Hochschulgesetz schon prominenter im 2. Leitsatz⁴⁵ und in der MHH Entscheidung erstaunlicherweise in der Presseberichterstattung,⁴⁶ obwohl diese Gruppe in der Entscheidung selbst nicht besonders hervorgehoben wird, sondern dort nur von den „Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern“ die Rede ist. Den Übergang zwischen diesen beiden Prinzipien markiert ein Beschluss aus dem Jahr 2001, mit dem das Gericht eine Verfassungsbeschwerde gegen die Wahl des Rektorats durch ein viertelparitätisch zusammengesetztes Konsistorium nach dem schleswig-holsteinischen

38 BVerfGE 136, 338, Leitsatz 2: „Je mehr, je grundlegender und je substantieller wissenschaftsrelevante personelle und sachliche Entscheidungsbefugnisse dem kollegialen Selbstverwaltungsorgan entzogen und einem Leitungsorgan zugewiesen werden, desto stärker muss im Gegenzug die Mitwirkung des Selbstverwaltungsorgans an der Bestellung und Abberufung dieses Leitungsorgans und an dessen Entscheidungen ausgestaltet sein.“ Man mag sich zwar fragen, welche Befugnisse dem Selbstverwaltungsorgan „entzogen“ worden seien, da es sich hauptsächlich um früher in den Ministerien wahrgenommene staatliche Aufgaben handelt. Zutreffender wäre die Formulierung „vorenthalten“ gewesen. Aber gerade darin, dass die frühere Aufspaltung in staatliche und akademische Angelegenheiten überwunden wird, kommt die Organisationswerdung der Universität zum Ausdruck.

39 Knopp, Zauberformel „Mehr Hochschulautonomie“? – Mit einem Fokus auf Brandenburg, in: Knopp, Peine, Nowacki, Schröder (Hrsg.): Hochschulen im Umbruch. Baden-Baden 2009, S. 15 ff., 22, 26. Bei einem Vergleich mit politischen Regierungssystemen

ist es allerdings kein Präsidialsystem nach US amerikanischem Muster, aus dem der Begriff stammt, da der Präsident unabhängig von dem Parlament gewählt wird. Sofern der Rektor nicht zugleich Vorsitzender des Senats ist, wie z.B. in NRW und Österreich, entspricht es am ehesten einem parlamentarischen System mit starker Regierungsgewalt.

40 Dazu Zechlin, Zwischen Interessenorganisation und Arbeitsorganisation? Wissenschaftsfreiheit, Hierarchie und Partizipation der ‚unternehmerischen‘ Hochschule, in: Wilkesmann/Schmidt, Hochschule als Organisation, Wiesbaden 2012, S. 41 ff., 53 ff.

41 Nachweise bei Gärditz, Anmerkungen, JZ 2011, S. 314 ff.

42 BVerfGE 111, 333 (355).

43 BVerfGE 35, 79 (123).

44 BVerfGE 111, 333 (364).

45 BVerfGE 127, 87, Leitsatz 2.

46 Vgl. die Überschriften „Verfassungsrichter geben den Hochschullehrern mehr Macht“ und „Mehr Mitsprache für Professoren“ in der SZ bzw. FAZ v. 25.7.2014.

Hochschulgesetz nicht zur Entscheidung angenommen hatte,⁴⁷ weil die Hochschullehrer anderweitig Einfluss ausüben können.

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten: Das BVerfG hat die Entscheidungsmacht der Kollegialorgane gegenüber den Rektoraten und den Hochschulräten gestärkt. Damit ist die *Organisation* angesprochen, deren Funktionsfähigkeit auf freie Wissenschaft als Kommunikations- und Handlungszusammenhang bezogen ist. Durch die verstreuten Hinweise auf die „mit Hochschullehrermehrheit besetzten“ Kollegialorgane entsteht aber parallel dazu eine *personenbezogene* Ausrichtung. Auch wenn sie als lediglich deskriptive Hinweise auf die Gegebenheiten des jeweiligen Falls gelesen werden könnten, bleibt die Ambivalenz zwischen der „Funktionsfähigkeit der Organisation“ und der individuellen Freiheit der „Hochschullehrer“ erhalten.

Der VerfGH Baden-Württemberg beseitigt nun diese Ambivalenz und verschiebt die Gewichte in Richtung Personensystem. Sehr plastisch kommt das darin zum Ausdruck, dass er in seinem Leitsatz 3 die Formulierung zur Wahl und Abwahl aus der MHH-Entscheidung⁴⁸ wörtlich übernimmt, aber an den beiden Stellen, an denen von „Selbstverwaltungsorgan“ die Rede ist, jeweils den Zusatz „und den dort vertretenen Hochschullehrern“⁴⁹ anfügt. Rechtsdogmatisch ist diese Ausdehnung der Professorenmehrheit zwar in keiner Weise zwingend, angesichts der Ambivalenz in der Rechtsprechung aber auch nicht völlig ausgeschlossen. Sie verstellt aber den ganzen Schritt zu einem organisationalen Grundrechtsverständnis und revidiert sogar den halben Schritt, den das BVerfG in seiner Entscheidung zur Gruppenuniversität gegangen ist.

Organisationales und individuelles Grundrechtsverständnis lassen sich offenbar schlecht in der Weise mitei-

inander verbinden, dass aus einer individualistisch gedachten Basis heraus ein organisationales Verständnis entsteht. Es kommt zu keiner stabilen Balance, sondern Ausschlägen⁵⁰ mal zu der organisationalen und mal zu der personale Seite. Wenn es „eng wird“, überwiegt das tradierte individualistische Verständnis.

IV. Organisation

Wie stellt sich das Verhältnis von Organisation und Person in einer sozialwissenschaftliche Perspektive dar? Sozialwissenschaften *beschreiben* nicht einfach die „soziale Faktizität“⁵¹, sondern versuchen sie auf Gesetzmäßigkeiten hin zu *erklären*, sodass Wirkungszusammenhänge deutlich werden. Auf dieser Grundlage entstehen Theorien als Grundlage für zukünftiges Handeln, die durch weitere Empirie falsifizierbar bleiben. Solche Erklärungen sind auch für die Wirkungsannahmen der Rechtswissenschaft wichtig. Eine nur auf ihre interne Widerspruchlosigkeit bedachte Rechtsdogmatik hätte zwar den zitierten Fehlschluss von dem Sein auf das Sollen⁵² vermieden, ihr droht aber der umgekehrte Fehlschluss von dem Sollen auf das Sein. Im Folgenden sollen deshalb zwei zentrale Annahmen der Rechtsprechung problematisiert werden.

1. Wissenschaft, Organisation, Person

Zahlreich sind die Publikationen, die unter Begriffen wie „Loosely coupled systems“ (*Weick*), „Organized Anarchy“ (*March*), „Professional Bureaucracy“ (*Mintzberg*), „Uncomplete Organisation“ (*Brunsson, Sahlin-Andersson*) oder „Specific Organization“ (*Musselin*) den besonderen Charakter der Universität als durch Personen geprägte Organisation betonen.⁵³ Einer der Gründe für diese Besonderheiten liegt genau in der Eigenart, aus der

47 DVBl. 2001, S. 1137 ff. Begründung: „Hinsichtlich der Rektorswahl ergibt sich ein weitgehender Einfluss der Gruppe der Hochschullehrer im Konsistorium bereits daraus, dass die Mitglieder des Rektorats sämtlich auf Vorschlag des Senats gewählt werden“, der wiederum mit Hochschullehrermehrheit besetzt ist. Kurz danach stellt das Gericht fest, „die Aufgaben des Rektorats sind nicht typischerweise unmittelbar wissenschaftsrelevant“ (1139), was den Verweis auf die Hochschullehrermehrheit streng genommen überflüssig macht.

48 Oben Fn. 38.

49 In der ersten der beiden Stellen wird allerdings die Konjunktion „und“ durch die Formulierung „und damit den dort vertretenen Hochschullehrern“ (kursiv durch LZ) wieder relativiert.

50 „Zickzackkurs der Rechtsprechung“, so *Groß*, Kollegialprinzip und Hochschulselbstverwaltung, DÖV (11) 2016, S. 449 ff., 450.

51 In diese Richtung aber *Gärditz* (Fn. 11) S. 326.

52 Siehe oben Fn. 11.

53 *Weick*, (Fn. 23); *Cohen, March & Olsen*: A Garbage Can Model of Organizational Choice, in: Administrative Science Quarterly 17 (1972) 1-25; *Mintzberg*, The Professional Bureaucracy, in:

ders., (Ed.), The Structuring of Organizations. A Synthesis of the Research, 1979; *Brunsson, Sahlin-Andersson*, Constructing Organizations: The Example of Public Sector Reform, in: Organization Studies 21 (2000), S. 721-746; *Musselin*, Are Universities Specific Organisations?, in: Krücken, Kosmützky, Torka (Eds.), Towards a Multiversity? Bielefeld 2007, S. 63-84. Anregende deutschsprachige Überblicke geben z.B. *Engels*, Eine Annäherung an die Universität aus organisationssoziologischer Sicht, in: die hochschule. journal für wissenschaft und bildung, (1) 2004, S. 12 ff.; *Nickel*, Dezentralisierte Zentralisierung. Die Suche nach neuen Organisations- und Leitungsstrukturen für Fakultäten und Fachbereiche, ebenda, S. 87 ff.; *Kehm* (Fn. 13); *Huber* (Fn.13); *Hüther/Krücken*, Wissenschaftliche Karriere und Beschäftigungsbedingungen. Organisationssoziologische Überlegungen zu den Grenzen neuer Steuerungsmodelle an deutschen Hochschulen in: Soziale Welt, 62 (2011) 3, S. 305-325; *Minssen, Wilkesmann*, Lassen Hochschulen sich steuern?, in: Soziale Welt 54 (2003), S. 123-141; *Hanft*, Bildungs- und Wissenschaftsmanagement, München 2008, S. 66 ff.

heraus die Hochschullehrer in der Rechtsprechung als „Inhaber der Schlüsselfunktion“⁵⁴ bezeichnet werden: Hochschulen sind Wissensorganisationen, das Wissen ist ihr eigentliches „Kapital“,⁵⁵ aber es „gehört“ nicht der Organisation, sondern Personen. Die Leistungsfähigkeit der Organisation hängt von diesen Personen ab, die sich als Juristen, Mediziner, Natur- oder Geisteswissenschaftler u.a. aber eher an ihren Professionsystemen oder wissenschaftlichen Communities⁵⁶ orientieren als an ihrer Universität. Dort erfolgt die Anerkennung als Experte, die sich in einer entsprechenden Reputation in der Öffentlichkeit ausdrückt, in dieser Spannung zwischen Organisation und dem Fachsystem der Profession findet die Organisationswerdung deshalb ihre Grenze. Das bedeutet, dass die Führung und das Management der Universität sie in besonderer Weise in die Entscheidungsbildung einbeziehen müssen, keine Universität kann gegen ihre Professoren „regiert“ werden; es bedeutet aber nicht, dass ihnen die Führung oder das Management „maßgebend“ oder „ausschlaggebend“ überlassen bleiben müsste.⁵⁷

Da Personen nicht Teil der Organisation sind, Organisationen aber ohne Personen ihre Aufgaben nicht erfüllen können, bedarf es einer Verbindung. Die erfolgt über den soziologischen Rollenbegriff.⁵⁸ Er vermeidet die totale Vereinnahmung der Person und ermöglicht es, sie lediglich in bestimmten Ausschnitten zu integrieren, die zu der jeweiligen Position und Funktion in der Orga-

nisation passen. Auf diese Weise kann dieselbe Person in mehreren Funktionen angesprochen sein. Hochschullehrer sind z.B. als Wissenschaftler tätig, können aber auch in Leitungs- oder Kollegialorganen über die Organisation von Wissenschaft entscheiden. Beide Rollen sind aber zu unterscheiden.⁵⁹ Wissenschaft ist auf *Wahrheit* ausgerichtet. Wahrheit ist nicht substantiell „gegeben“, sondern wird in der Scientific Community in kontroversen Diskussionen zeitlich begrenzt hergestellt und immer wieder in Frage gestellt. Es kann Jahre, sogar Generationen dauern, bis eine einigermaßen gefestigte Auffassung von dem, was als wahr angesehen werden soll, entstanden ist, und selbst dann bleibt sie ein falsifizierbarer *Wahrheitsanspruch*.⁶⁰ Deshalb muss das Funktionssystem Wissenschaft frei sein und seiner Eigengesetzlichkeit folgen. Organisationen sind hingegen auf *Entscheidungen* angewiesen, die jetzt getroffen werden müssen und nicht endlos verschoben oder immer wieder in Frage gestellt werden können. Globalbudgets wollen verteilt, Berufungsvorschläge entschieden und Studiengänge unterstützt, geschlossen oder neu eingerichtet werden. Gremienentscheidungen beruhen deshalb auf *Mehrheit*, nicht auf *Wahrheit*,⁶¹ es geht um praktische Vernunft, nicht um Wissenschaft. Diese Unterscheidung ist wichtig. Wer in einer Mehrheitsentscheidung unterliegt, kann trotzdem Recht haben,⁶² sie aber – sofern sie in einem fairen Verfahren getroffen worden ist – akzep-

54 BVerfGE 35, 79 (127).

55 Grossmann, Pellert, Gotwald, Krankenhaus, Schule, Universität: Charakteristika und Optimierungspotentiale, in: Grossmann, (Hrsg.), Besser Billiger Mehr. Zur Reform der Expertenorganisationen Krankenhaus, Schule, Universität, iff Texte, Wien 1997, S. 24 ff., 25.

56 Stichweh, Neue Steuerungsformen der Universität und die akademische Selbstverwaltung. Die Universität als Organisation, in: Sieg, Korsch (Hrsg.), Die Idee der Universität heute, München 2005, S. 123 ff.

57 Das zeigt auch ein Blick auf andere Wissens- oder Expertenorganisationen wie Krankenhäuser (mit den Chefarzten), Werbeagenturen (mit den Textern und Graphikern) oder Schulen (mit den Lehrern), selbst wenn Grundrechte im Spiel sind wie bei Zeitungen und Rundfunkanstalten (mit den Redakteuren) oder Opernhäuser, Orchester und Theater (mit Diven, Ersten Geigern und Schauspielstars). Die Beispiele zeigen, dass es eher um die Garantie der Selbstverwaltung als um die Grundrechte aus Art. 5 GG geht; vgl. auch Groß, Das Selbstverwaltungsrecht der Universitäten – Zusätzliches zur Wissenschaftsfreiheit, DVBl. 2006, S. 721 ff. sowie ders., (Fn. 50); Fehling, Neue Herausforderungen an die Selbstverwaltung in Hochschule und Wissenschaft, Die Verwaltung 35 (2002), S. 399 ff.

58 Immer noch grundlegend, klar und zeitlos aktuell Mayntz, Soziologie der Organisation, Reinbek bei Hamburg 1963, S. 81 ff.; vgl. auch Seliger, Das Dschungelbuch der Führung, Heidelberg 2008, S. 73 ff.

59 Vgl. hierzu Fangmann, Gelehrtenrepublik und staatliche Anstalt – Verfassungsrechtliche Grundlagen und systemischer Kontext, in: Wilkesmann, Schmidt (Hrsg.), Hochschule als Organisation, Wiesbaden 2012, S. 61 ff.; Hochschulangehörigen dürfte die

vergleichbare Unterscheidung zwischen Fachwissenschaft und der Organisation des fachwissenschaftlichen Unterrichts geläufiger sein: Die besten Mathematiker, Historiker etc. sind nicht zugleich die besten Mathematik-, Geschichts- etc. Lehrer. Das Gleiche lässt sich auch für die Führungskräfte selbst sagen, die nicht zu den Top-Wissenschaftlern gehören müssen, was wiederum Anlass für satirische Darstellungen bietet, vgl. Zechlin, „Er ist als Wissenschaftler eine Niete und hat sich deshalb der Universitätspolitik verschrieben“. Der Campus, in: Heidi Möller, Thomas Giernalczyk (Hrsg.), Organisationskulturen im Spielfilm. Von Banken, Klöstern & der Mafia: 29 Film- & Firmenanalysen. Berlin, Heidelberg 2017, S. 205–218.

60 Löwer (Fn. 16) Rn. 11, 12.

61 Sie sind als organisationspolitische Entscheidungen „arbiträr“ (Zintl, Politisches Wissen und Wissen in der Politik, in: Engel, Halfmann, Schulte (Hrsg.), Wissen – Nichtwissen – Unsicheres Wissen, Baden-Baden 2002, S. 93 ff., 94); vgl. demgegenüber Starck, der die Hochschullehrermehrheit mit der „Richtigkeit wissenschaftsrelevanter Entscheidungen“ rechtfertigt (Mangoldt/Klein, Art. 5 Abs. 3 Rn. 392); Blankenagel, Partizipation von Wissenschaftlern in der Wissenschaftspolitik, KritV 1989, S. 247 ff., schlägt abgestufte Beteiligungsmodi (263) in einem „viereckigen Orientierungsmuster“ (271) als Aufgabe der Politik vor.

62 Anders der Rousseau'sche Gemeinwille, der – ähnlich wie Moral und Ethik – „offenbar“ ist und nur zur Not durch Abstimmung ermittelt wird: „Wenn mithin meine Ansicht der entgegengesetzten unterliegt, so beweist dies nichts anderes, als dass ich mich geirrt hatte, und dasjenige, was ich für den allgemeinen Willen hielt, es nicht war“ (Rousseau, Der Gesellschaftsvertrag, Stuttgart 1966, S. 154, IV/2).

tieren, wer sich hingegen auf die Wahrheitssuche macht, wird auf dem Unterschied von „richtig“ und „falsch“ beharren und dabei keine Mehrheitsentscheidungen akzeptieren.

Der Rechtsprechung scheint nun eine Verwechslung der beiden Rollen zugrunde zu liegen. So argumentiert das BVerfG, wenn es die Hochschullehrermehrheit damit begründet, es müsse verhindert werden, dass „wissenschaftlicher Sachverstand ... in dem Beschlussorgan der Wissenschaftsverwaltung überspielt wird“.⁶³ Es kommt aber nicht auf den wissenschaftlichen Sachverstand der Gremienmitglieder sondern ihre Sachnähe zur Wissenschaft und ihren organisatorisch-praktischen Sachverstand an. *Helmut Willke* bringt den Unterschied zwischen klugen Mitgliedern und kluger Organisation gut auf dem Punkt: „Die europäischen Universitäten sind ein Hauptbeispiel für dumme Organisationen, in denen – so sollte man annehmen können – leidlich intelligente Menschen arbeiten. Dumm sind sie, weil ihre organisatorische Intelligenz bestenfalls auf der Stufe der Humboldt’schen Reformen stehen geblieben ist. Sie schaffen es nach wie vor nicht, institutionelle Regelsysteme, Anreizsysteme und organisationale Karrieremuster zu etablieren, welche aus der Summe konkurrierender Einzelkämpfer, isolierter Individuen und ‚einsamer‘ Forscher vernetzte Gemeinschaften, kooperierende Gruppen, Teams oder Projekte bilden würden. (...) Dagegen sind etwa die Parlamente alter, entwickelter Demokratien herausragende Beispiele für intelligente Organisationen, die sehr gut mit durchschnittlichen Mitgliedern auskommen. (...) Insgesamt führt dies bei allen verbleibenden Schwächen zu einer institutionellen Weisheit, welche die für den demokratischen Prozess kennzeichnende Mittelmäßigkeit der Mitglieder der Parlamente zu kompensieren in der Lage ist“.⁶⁴

Unter Organisationsgesichtspunkten spricht also nichts dafür, die Professorenmehrheit derart zu verfestigen, dass sie in Verfassungsrang erhoben wird.⁶⁵ Auch andere Universitätsangehörige haben eine Sachnähe zur Wissenschaft. Die hohe Bedeutung der Professoren ist Bestandteil der informellen Organisationskultur, deren Verfestigung in formale Organisationsstruktur immer problematisch ist.⁶⁶ 1973 stellte sie einen pragmatischen Kompromiss des BVerfG in einer Zeit dar, in der die tradierte *institutionelle* Prägung der Hochschule stark weiterwirkte und der ganze Schritt zu einem *organisationalen* Grundrechtsverständnis noch zu groß gewesen wäre. Darin liegt der Grund dafür, dass das Minderheitenvotum nicht mehrheitsfähig war, nicht in der „richtigeren“ Rechtsauffassung der Mehrheit.

2. Strukturelle Gefahr und risikobewusstes Handeln

Burton Clark hat die Organisationswerdung als Chance für selbstbestimmtes Handeln gesehen, die Rechtsprechung betrachtet sie als Gefahr.⁶⁷ Schon in dem Urteil zur Gruppenuniversität erklärt das BVerfG, Art. 5 Abs. 3 GG verbiete dem Gesetzgeber eine Organisationsgestaltung, bei der „die Gefahr der Funktionsunfähigkeit oder der Beeinträchtigung des für die wissenschaftliche Betätigung der Mitglieder erforderlichen Freiheitsraumes herbeigeführt wird“.⁶⁸ Es soll nicht erst abgewartet werden, bis ein „Eingriff“ in die individuelle Freiheit vorliegt, sondern schon präventiv dafür gesorgt werden, dass eine solche Grundrechtsverletzung unterbleibt. In dem klassischen rechtsstaatlichen Instrumentarium des Polizeirechts, bei dem hier Anleihen gemacht werden, wird der Gefahrenbegriff präzise definiert, damit die Freiheit gegenüber vorhandenen Gefahren geschützt und nicht durch paternalistische Vorsorge gegenüber der potentiellen Entstehung künftiger Gefahren erstickt wird. Eine Gefahr droht erst „wenn eine Sachlage

63 BVerfGE 35, 130; vgl. dazu schon das Minderheitenvotum mit seiner Feststellung, „dass der fachwissenschaftliche Sachverstand selbst hervorragender Gelehrter nicht mit einer besonderen Qualifikation für die Wissenschaftsverwaltung identisch ist. Entspricht es zudem nicht gerade dem Wesen freier Wissenschaft, dass sich Qualifikation durch das sachliche Gewicht von Argumenten ausweist und nicht eine formalisierte Entscheidungsposition beansprucht, durch welche alle übrigen in eine permanente Minderheitenposition verwiesen werden?“ (S. 161).

64 *Willke*, Dumme Universitäten, intelligente Parlamente. Wie es kommt, dass intelligente Personen in dummen Organisationen operieren können, und umgekehrt. In: Grossmann (Hrsg.), *Wie wird Wissen wirksam?* Wien 1997, S. 107 ff.

65 Schon *Wilhelm von Humboldt* schrieb in einem Brief an seine Frau Caroline: „Mit wieviel Schwierigkeiten ich bei alledem zu kämpfen habe, wie die Gelehrten, die unbändigste und am schwersten zu befriedigende Menschenklasse – mit ihren ewig sich durchkreuzenden Interessen, ihrer Eifersucht, ihrem Neid, ihrer Lust zu regieren, ihren einseitigen Ansichten, wo jede

meint, dass nur sein Fach Unterstützung und Beförderung verdient, mich umlagern, ... davon haßt du keinen Begriff“; zitiert nach *Kahl* 2004, (Fn. 13) S. 26; *Schelsky*, *Einsamkeit und Freiheit*. 2., um einen ‚Nachtrag 1970‘ erweiterte Auflage, Düsseldorf 1971, S. 119.

66 Beide Seiten müssen unterscheidbar bleiben, aber zusammenwirken, vgl. *Kühl*, *Organisationen*. Eine sehr kurze Einführung, Wiesbaden 2011, S. 88 ff.; *Schreyögg*, *Organisation*, Wiesbaden 2008, S. 343 ff.

67 Hierzu treffend und unter dem schönen Titel „Die Hochschule als Gefahr für die Wissenschaftsfreiheit“ *Sieweke*, *DÖV* 2011, S. 472 ff.; vgl. zu der Gegenüberstellung auch *Eifert*, *Wissenschaftsfreiheit und Rundfunkfreiheit*. Grundrechte mit spezifischem Organisationsgehalt im Vergleich, in: *Britz* (Hrsg.), *Forschung in Freiheit und Risiko*, Tübingen 2012, S. 17 ff., S. 23 mwN.; *Trute*, *Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung*, Tübingen 1994, S. 330 f. („Ambivalenz organisierter Freiheit“).

68 BVerfGE 35, 79 (124).

oder ein Verhalten bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit Wahrscheinlichkeit ein polizeilich geschütztes Rechtsgut schädigen wird“.⁶⁹

Die Rechtsprechung zur Wissenschaftsfreiheit weitet demgegenüber die *Abwehr* von Gefahren zu einer schon im Vorfeld der Gefahr angesiedelten *Vermeidung* von Gefährdungen aus, die zudem mit keinerlei empirischer Evidenz unterlegt wird. Es kommt hier auf sprachliche Nuancen an, was sich schon in dem oben zitierten Hochschulurteil ausdrückt („herbeigeführt wird“). Die Brandenburg-Entscheidung 2004 stellt einerseits darauf ab, ob durch die Organisationsnormen die freie wissenschaftliche Betätigung und Aufgabenerfüllung strukturell gefährdet „werden“, andererseits darauf, ob eine Regelung Strukturen schafft, die sich gefährdend auswirken „können“. Aufkommende Zweifel, ob damit die sog. *Gefahrenvorsorge* gemeint sein könnte, beseitigt sie allerdings durch die Klarstellung, dass „eine nur hypothetische Gefährdung nicht aus(reicht)“.⁷⁰ Die Hamburger Entscheidung wiederholt 2010 die Formulierung aus der Brandenburg Entscheidung,⁷¹ wohingegen die MHH Entscheidung 2014 davon spricht, dass Gefahren für die Freiheit von Lehre und Forschung „vermieden“ werden.⁷² Eine klare Grenzziehung⁷³ zwischen der Abwehr vorhandener und der Vermeidung möglicherweise entstehender künftiger Gefahren unterbleibt.

Vermeiden ist jedoch keine Lösung, wie ein Vergleich zeigt: Bergsteigen ist mit der Gefahr des Abstürzens verbunden. Wer diese Gefahr vermeiden will, verzichtet am besten auf diese Freizeitbeschäftigung. Wer dennoch nicht darauf verzichten will, wird trotzdem nicht blind gegenüber den Gefahren sein, sondern versuchen, sie durch Achtsamkeit im Handeln zu beherrschen. Die Kehrseite der juristischen Gefahrenabwehr ist deshalb der sozialwissenschaftliche Risikobegriff.⁷⁴ In den Worten eines Grenzgängers zwischen Rechtswissenschaft

und Soziologie geht es „um Fälle, in denen ein möglicher Schaden *leicht* (...) *vermeidbar* ist, da man einfach zu Hause bleiben kann, es aber trotzdem zu empfehlen ist, *die Möglichkeit eines Schadens aktiv herbeizuführen*“.⁷⁵ Gefahrenabwehr verspricht Sicherheit, der Risikobegriff hält dies für eine Überforderung, denn „es gibt keine risikofreie Sicherheit“.⁷⁶ Entscheidungen absorbieren zwar Unsicherheit, aber sie beseitigen sie nicht. Sie erfordern auf der Zeitachse weitere Entscheidungen und stellen damit die Unsicherheitsabsorption auf eine kontinuierliche Basis, einen ständigen Kreislauf von Beobachtung, Bewertung und Entscheidung.⁷⁷ Die große „Einmalentscheidung“ (dazu gehören auch Grundsatzurteile der Verfassungsrechtsprechung zu der Leitungs- und Entscheidungsstruktur von Universitäten) schafft keine dauerhafte Sicherheit, sie führt eher zu der Illusion davon und trägt dadurch zu der Verdrängung von Risiken bei. Die Verfassungsrechtsprechung selbst kann aber nicht ständig beobachten und neu entscheiden, sondern das ist Aufgabe der Politik,⁷⁸ die deshalb „einspringen muss. Man wird, und man sollte vielleicht auch, den Mechanismus kollektiv bindender Entscheidung benutzen, um das zu entscheiden, was weder richtig noch falsch entschieden werden kann“.⁷⁹

Politik besteht einer geläufigen Definition nach aus der Herstellung kollektiv verbindlicher Entscheidungen. Das geschieht nicht nur auf der Makroebene des Staates, sondern auch der Mesoebene der Hochschule und ist das schon erwähnte Organisieren, das sich von der Wissenschaft selbst unterscheidet. Es erfordert *Risikobewusstsein* und *Handeln*, nämlich die kontinuierliche und situative Vorbereitung, Herstellung und Umsetzung von Entscheidungen, die Beobachtung ihrer Auswirkungen und das Nutzen dieser Beobachtungen für das Herstellen von Anschlussentscheidungen. Die Rechtsprechung befasst sich aber nur mit der Leitungs- und Entscheidungs-

69 BVerwG 45, 51 (57).

70 Alle Zitate BVerfGE 111, 333 (355).

71 BVerfGE 127, 87 (116).

72 Juris Rn. 57; der VerfGH BW referiert die MHH-Entscheidung, nach der Gefahren „vermieden werden“ sollen und setzt bei der Darstellung seiner eigenen Maßstäbe „abwehren“ und „vermieden“ in zwei aufeinanderfolgenden Sätzen unkommentiert nebeneinander (Juris Rn. 84).

73 Die „Gefahrenschwelle“, vgl. dazu *Sieweke* (Fn. 67) S. 473 f.

74 Vgl. *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, Tübingen 1994, S. 52 ff.; *Scherzberg*, Wissen, Nichtwissen und Ungewissheit im Recht. In: Engel, Halfmann, Schulte (Fn. 61) S. 113 ff., Fn. 122; *Britz*, Wagnisse moderner Hochschulverfassung, in: dies. (Fn. 67) S. 31 ff.; *Kaufhold*, Systemaufsicht. Anforderungen an die Ausgestaltung einer Aufsicht zur Abwehr systemischer Risiken entwickelt am Beispiel der Finanzaufsicht. Tübingen 2016.

75 *Luhmann*, Gefahr und Risiko, in: *Soziologische Aufklärung*.

Konstruktivistische Perspektiven, 4. Aufl., S. 126 ff., 127.

76 *Luhmann*, (Fn. 75) S. 152, wir leben eben in einer „Risikogesellschaft“ (*Beck*, *Risikogesellschaft*. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt am Main 1986).

77 „Für uns liegt das Besondere des Risikos darin, dass es aus der unbegrenzten Fülle von Handlungen, die mit Unsicherheit und möglichen Schäden verknüpft sein können – also aus dem Schattenbereich der Gefahr – herausgeholt wurde, dass es durch gesellschaftliche Diskurse thematisiert und benennbar wurde, abgrenzbar und letztlich abwägbar“ (Adalbert Evers, Helga Nowotny, zitiert nach *Luhmann*, S. 129). *Beck* (Fn. 76) hat hierfür den Begriff „Reflexive Modernisierung“ entwickelt.

78 „in der Politik gewinnen Risikothesen im Vergleich zu Normthesen (Rechtsetzung) und Verteilungsthesen an Bedeutung“ (*Luhmann*, S. 138); vgl. dazu insgesamt auch *Willke*, *Supervision des Staates*, Frankfurt am Main 1997.

79 *Luhmann*, (Fn. 75) S. 156.

struktur. Sie vernachlässigt damit das Handeln und seine Wechselwirkung⁸⁰ mit der Struktur. Risikobewusstes (Führungs-)handeln⁸¹ benötigt dafür einen gewissen Freiraum. Damit ist zwar wiederum ein Risiko verbunden, nämlich das schlechter Führung. Dieses Risiko muss aber hingenommen werden,⁸² wenn man nicht „zu Hause bleiben“ will, denn die Einbetonierung des Führungshandelns in immer feiner gestrickte Strukturvorgaben stellt das größere Risiko dar. Mit der Wahl von Führungskräften wird eben „die Möglichkeit eines Schadens aktiv herbeigeführt“. Ob ein Schaden tatsächlich eintritt, hängt dann von den Führungspersonen ab, die aber auch selber wissen, dass eine Universität nicht gegen ihre Professoren regiert werden kann. Wenn er eintritt, kann das durch die Verwaltungsgerichte überprüft werden, die auf diese Weise zu einer empirischen Basis für die Beurteilung auch der Struktur beitragen. Wirkliche Gefahren drohen erst, wenn das Spannungsverhältnis von Struktur und Handeln in eine der beiden Richtungen hin aufgelöst wird.

Wegen der Interdependenz wird auch die „Passung“ zwischen Struktur und Person⁸³ wichtig. Unter den Bedingungen offener Diskussion in Selbstverwaltungsorganen werden Personen mit Mut⁸⁴ zur Klarheit benötigt, die Unterschiede verdeutlichen und dazu beitragen, dass Kontroversen nicht unter den Teppich gekehrt werden. Man kann auf eine offene Streitkultur und die integrierende Kraft vernünftig ausgetragener Konflikte setzen.⁸⁵ Unter den Bedingungen der Hochschullehrermehrheit werden hingegen geschmeidige Hinterzimmerdiplomaten gefragt, die geräuschlos Kompromisse herbeiführen und dadurch kontroversen Diskussionen in den Gremi-

en vorbeugen. Drohte in der Anfangsphase der „Autonomen Hochschule“ die öffentliche Kommunikation durch die Entscheidungsmacht der Leitung erstickt zu werden, tritt nunmehr derselbe Effekt durch die Macht der Hochschullehrer ein. Die Gremien mögen zwar noch abstimmen, aber eher als Staffage. Die eigentlichen Weichenstellungen sind schon in den Vorbesprechungen des „Professorium“ erfolgt.

V. Alternativen

Auch bei einer sozialwissenschaftlichen Betrachtung kommt es nicht zu einer harmonischen Einheit von Organisation und Person. Ganz im Gegenteil treten die *Unterschiede* beider Seiten klarer hervor. Wenn man diesen Befund wieder in das Grundrechtsverständnis „rückübersetzt“, gelangt man auch dort statt einer Synthetisierung zu einer deutlicheren Trennung. Auf dieser Grundlage wird eine andere Art von Verbindung möglich.

1. Inpersonales Grundrechtsverständnis

Helmut Ridder hat 1975 die Wissenschaftsfreiheit als „ein ‚inpersonales‘ Grundrecht“⁸⁶ bezeichnet. Ähnlich wie für die Presse⁸⁷ spreche das Grundgesetz „von der Freiheit der Wissenschaft, nicht von der Freiheit der Wissenschaftler“.⁸⁸ Dieser durch eine grammatikalische Interpretation gewonnene Befund wird für eine Reihe von Landesverfassungen auch durch eine systematische Interpretation gestützt. Art. 20 der baden-württembergischen Landesverfassung z.B. lautet nicht nur „Die Hochschule ist frei“ (also nicht „der Wissenschaftler“ oder gar

80 Vgl. aus einer akteurstheoretischen Perspektive *Schimank*, Handeln und Strukturen. Weinheim und München, 2. Aufl. 2002, S. 14 ff.; in diesem Gedanken liegt der Kern der Governanceansätze: Governance ist „Management von Interdependenz“ (*Mayntz*, Governance im modernen Staat, in: Benz, Dose (Hrsg.), Governance – Regieren in komplexen Regelsystemen, Wiesbaden 2010, S. 37 ff., 43); *Zechlin*, Governance als Führungshandeln, in: Luzia Truniger (Hrsg.), Führen in Hochschulen. Anregungen und Reflexionen aus Wissenschaft und Praxis. Wiesbaden 2017, S.33ff.

81 „Risikomanagement statt Gefahrenabwehr und -vorsorge“, so prägnant *Scherzberg* (Fn. 74) S. 135; Beispiele für Risikobearbeitung, die zeigen, dass die Sache auch schief gehen kann, bei *Britz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaft) Rn. 102, die aber auf Struktur als Gegenmittel setzt.

82 *Britz* (Fn. 74) S. 43: „Es bleiben nicht unbeachtliche Restrisiken mächtige Hochschulleitungen, die verfassungsrechtlich hinzunehmen sind“.

83 *Löschper*, Es kommt auch auf Personen an, in: Hochschulmanagement, 4 (2016) S. 104-110.

84 Das bezieht sich nicht nur auf Rektoren. Mut kann auch von Senaten, die sich bei der Wahl der Rektoren nicht durch die Hochschulräte unter Druck setzen lassen (z.B. in Siegen, Saarbrücken, Leipzig), von einzelnen Hochschulangehörigen (vgl. die Thematik

„Political correctness versus Freiheit der Wissenschaft?“ der DHV-Jahrestagung 2017) oder Dekanen, denen von dem Präsidium Pressekontakte untersagt werden (Hamburg), bewiesen werden. Vgl. auch *Imboden*, Deutschen Unis fehlt es an Mut, in: ZEIT v. 4.2.2016; *Schmoll*, Wo bleibt der Mut? FAZ v. 1.4.2017 und *dies.*, Der Hochschulverband verteidigt die Wissenschaftsfreiheit. FAZ v. 12.4.2017.

85 *Dubiel*, Integration durch Konflikt?, KZfS 1999, Sonderheft (H. 39) S. 132 ff.

86 *Ridder*, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes. Leitfaden zu den Grundrechten einer demokratischen Verfassung, Opladen 1975, S. 134; vgl. dazu auch *Ladeur*, Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie, Kritische Justiz 1999 (2), S. 281 ff.

87 „Der prinzipielle Fehler liegt überall wieder darin, dass von dem Wortlaut des Grundrechts gar keine Notiz mehr genommen wird: Das Grundgesetz sagt doch unmissverständlich, dass es auf die Freiheit der Presse, nicht aber auf die Verlegerfreiheit usw. ankommt“ (*Ridder* (Fn. 86) S. 87).

88 Fn. 86, S. 136 f.; dort auch eine deutliche Kritik an der „Hochschullehrermehrheit“ als verfassungsrechtlicher Vorgabe mit dem Ergebnis: „Das ist falsch (wenn man auch die Meinung vertreten kann, dass es sinnvoll sei“.

„der Hochschullehrer“), sondern er befindet sich auch in einem mit „Erziehung und Unterricht“ überschriebenen Abschnitt, der einen Sachbereich, aber keine Grundrechte regelt.⁸⁹ Auch wenn die Dogmatik der Inpersonalität bei *Ridder* nicht genauer ausgearbeitet wird, zielt er doch entsprechend dem Charakter der Wissenschaftsfreiheit als Kommunikationsgrundrecht auf eine eigenständige Sphäre des Öffentlichen in einer demokratischen Gesellschaft, „die konkrete Freiheit eines sozialen Feldes durch dessen Organisation“.⁹⁰ Eine solche Vorstellung kommt der objektivrechtlichen Interpretation des BVerfG zwar nahe, wird im Unterschied hierzu aber nicht als Fernwirkung des individuell verstandenen Abwehrrechts unter den heutigen Bedingungen einer „Organisationsgesellschaft“, sondern unabhängig davon als Funktionsbereich Wissenschaft konzipiert, der sich nach seinen Eigengesetzlichkeiten entwickelt.⁹¹

Die Sicherung der Wissenschaftsfreiheit liegt in einer solchen Vorstellung nicht in der Gefahrenabwehr durch die alles entscheidende Struktur, sondern der kontinuierlichen Beobachtung der empirischen Auswirkungen, die in der Interdependenz von Struktur und Handeln erzeugt werden. Das kann aber nicht Aufgabe der Verfassungsrechtsprechung selbst sein. Es überfordert sie, die Einhaltung der „objektiven Werteordnung“ jeweils abstrakt ex ante auf Gefährdungen hin zu beurteilen und die Beurteilung zu verändern, wenn auf der einen Seite der Abwägung 10 Gramm

Macht mit dem Gewichtungsfaktor x zugegeben oder auf der anderen Seite 20 Gramm mit dem Gewichtungsfaktor y entfernt werden.⁹² Stattdessen ist es Pflicht des Gesetzgebers, die empirischen Auswirkungen zu beobachten, über die Ergebnisse der Beobachtung zu berichten und daraus Konsequenzen für die Gesetzgebung ziehen und zu verantworten.⁹³ Empirische Erkenntnisse zu dem Thema Macht und dem tatsächlichen Verhalten der Leitungskräfte liegen zwar mittlerweile in wachsendem Umfang vor,⁹⁴ werden jedoch in der Rechtsprechung nicht herangezogen, weil sie nicht in ihrem abstrakt auf die Struktur gerichteten Suchraster liegen. In dem Verfahren vor dem VerfGH BW ist z.B. gutachtlich auf die zentrale Bedeutung der *Praxis* abgestellt und vorgetragen worden, „*dass* und *wie* die hochschulrechtlichen Vorschriften in Baden-Württemberg in verfassungskonformer Weise praktiziert und vollzogen werden“.⁹⁵ Folgerungen in der Argumentation des Urteils sind jedoch nicht ersichtlich. Erst auf der Grundlage solcher Informationen ließe sich aber, u.a. durch Verwaltungsgerichte, beurteilen, ob Beeinträchtigungen für die Wissenschaftsfreiheit eingetreten *sind* und auch zukünftig *drohen*.

Das BVerfG hat in vielen Bereichen die Relevanz von Empirie für die Rechtsprechung hervorgehoben.⁹⁶ Es „verpflichtet“ auch den Hochschulgesetzgeber dazu, „bisherige Organisationsformen kritisch zu beobachten und zeitgemäß zu reformieren“.⁹⁷ Als Vorbild könnte die schweizerische Bundesverfassung dienen, die weit über die Hoch-

89 Ähnlich Art. 60 Hess. Verf. und Art. 16, 18 Verf. NRW; dieses systematische Argument verwendet schon *Smend* (Fn. 17).

90 Fn. 86, S. 91; insgesamt vertiefend und weiterführend hierzu *Augsberg* (Fn. 10).

91 *Laddeur* (Fn. 86) zufolge hat *Ridder* sein Konzept der „Institution“, mit dem er zeitweilig gearbeitet hat, wegen der Nähe zu der Auffassung *Carl Schmitts* (Fn. 18) aufgegeben, obwohl es „eigentlich nicht missverständlich war“ (286 f.). Es geht nicht um den Typus Universität als institutioneller „Garantie des Hergebrachten“, sondern um den „eigensinnige[n] Kommunikations- und Handlungszusammenhang der Wissenschaft“, so *Trute* (Fn. 67) S. 275. Vgl. auch *Grimm*, Wissenschaftsfreiheit vor neuen Grenzen? Göttingen 2007, der in Abgrenzung von den „personalen Grundrechten“ wie der Meinungsfreiheit, der Gewissensfreiheit, dem Recht auf körperliche Unversehrtheit etc. von der Wissenschaftsfreiheit als „Funktionsgrundrecht“ spricht (S. 26).

92 Zu einem solchen Modell tendiert aber der VerfGH BW (Fn. 2), indem er sachliche und personelle Entscheidungskompetenzen miteinander verrechnet (Juris Rn. 169). Wäre alles wieder ganz anders, wenn – wie in Österreich und NRW – der Rektor nicht Senatsvorsitzender ist?

93 Dazu *Laddeur*, Die Wissenschaftsfreiheit der „entfesselten Hochschule“, DÖV 2005, S. 753 ff., 761 ff.; in diesem Sinne auch *Groß*, Wissenschaftsadäquates Wissenschaftsrecht, WissR 2002, 307 ff., 318; ablehnend *Gärditz* (Fn. 11) S. 362 ff. („kein empirisches Problem“).

94 Vgl. nur die umfangreichen und theoretisch fundierten Untersuchungen von *Kleimann*, Universitätsorganisation und präsidiale Leitung. Führungspraktiken in einer multiplen Hybridorganisation, Wiesbaden 2016 und *Hüther*, Von der Kollegialität zur Hier-

archie? Eine Analyse des New Managerialism in den Landeshochschulgesetzen, Wiesbaden 2010; ferner *Hüther/Krücken* (Fn. 53) mit der Unterscheidung von Organisations- und Personalmacht; *Minssen/Wilkesmann* (Fn. 53); *Woiwode, Frost, Hattke*, Hochschulleitungen zwischen Repräsentation und Ergebnisorientierung – Handlungs(un)fähigkeiten und Vermittlungstaktiken. Vorgehen für: Scherm (Hrsg.), Strategische Entscheidungen in Universitäten. Themenheft 6 (2017) Betriebswirtschaftlichen Forschung und Praxis.

95 *Würtenberger*, Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der Hochschulleitung im Landeshochschulgesetz von Baden-Württemberg, OdW 2016, 1 ff., 5; *Hagmann* (BeckOK BW LHG/Hagmann § 15 Rn. 9a) kritisiert das Fehlen empirischer Belege für die Gefährdungen und benennt eine Reihe alternativer Gefahren, die umgekehrt mit dem Regime der Hochschullehrermehrheit entstehen können; schon *Hüther* (Fn. 94) unterscheidet zwischen dem politischen „Diskurs“, seiner „gesetzliche Umsetzung“ (das eigentliche Thema seines Buches) und den „Praktiken der bzw. in der Organisation“ (S. 26 Fn. 9).

96 Vgl. jüngst *Bieback*, Beobachtungs- und Evaluationsaufträge an den Gesetzgeber in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Vortrag auf der Tagung „Herausforderungen der Gesetzesevaluation und Rechtswirkungsforschung“ des Wissenschaftszentrum Berlin v. 30/31.3.2017, Publikation vorgesehen in der Zeitschrift für Rechtssoziologie, 2017 Heft 2, sowie *I. Augsberg*, S. *Augsberg*, Prognostische Elemente in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Verwaltungsarchiv, 98 (2007), S. 290 ff.

97 BVerfGE 111, 333 (356, 360) unter Verweis auf BVerfGE 35, 79 (117) und 95, 267 (314).

schulgesetzgebung hinaus in Art. 170 bestimmt „Die Bundesversammlung sorgt dafür, dass die Maßnahmen des Bundes auf ihre Wirksamkeit überprüft werden“. Die individuelle Wissenschaftsfreiheit wird dabei nicht geschwächt oder gar ersetzt,⁹⁸ sondern ihre Verletzung gehört zu der empirischen Grundlage der Beobachtung. Organisation und individuelle Freiheit bleiben eigenständig, kommunizieren aber miteinander. In dem Kreislauf von Beobachtung, Diskussion und Entscheidung wäre die Organisationsgestaltung nicht ex ante juristisch formalisiert, sondern bildete sich erst allmählich in einem öffentlichen Diskurs heraus, der zu einer stärker verwissenschaftlichten⁹⁹ (so jedenfalls die Hoffnung) und weniger verrechtlichten Politik beitrüge.

2. Eine europäische Perspektive

Wechselseitig Beobachtung, das wäre auch ein gutes Motto für einen rechtsvergleichenden Blick auf Europa.¹⁰⁰ Die Wissenschaftsfreiheit ist schließlich keine rein deutsche Erfindung,¹⁰¹ sondern gilt als Teil der westlichen Wertegemeinschaft auch in anderen Ländern, so z.B. Österreich¹⁰² und der Schweiz.¹⁰³ Dort gilt aber keine Professorenmehrheit bei der Wahl der Hochschulleitung. § 23 Abs. 3 des österreichischen Universitätsgesetzes 2002¹⁰⁴ hatte für die Professoren zunächst die Mehrheit der Sitze im Senat vorgesehen, schreibt seit 2009 aber nur noch die Hälfte vor. Wahl und Abwahl der Rektoratsmitglieder erfolgt in dem extern zusammengesetzten Universitätsrat, der bei der Wahl lediglich an einen drei Personen umfassenden Vorschlag des Senats gebunden ist und die Abwahl auch alleine vornehmen kann. Auch in der Schweiz (§ 29 Abs. 5 Ziff. 7 iVm. § 30 Abs. 2 UniG) kommt es nicht auf einen Professo-

renmehrheit an. Gibt es dort also keine Wissenschaftsfreiheit?¹⁰⁵

Mit der Überlegung, dass Europa schließlich von seiner Vielfalt lebt und solche Unterschiede deshalb zu begrüßen seien, kann sich die Rechtsprechung nicht zufrieden geben. Nach Art. 23 des Grundgesetzes wirkt die Bundesrepublik an einer europäischen Integration mit, die „einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet“. Dieser Satz bindet auch die Rechtsprechung. In Österreich hat es der Verfassungsgerichtshof aber schon im Jahr 1977¹⁰⁶ abgelehnt, für die entscheidungsberechtigten drittelparitätischen Studienkommissionen professorale Mehrheiten aus Art. 17 des Staatsgrundgesetzes „abzuleiten“. Er interpretiert die Wissenschaftsfreiheit klassisch liberal als subjektives Abwehrrecht, mit dem „jedermann, der wissenschaftlich forscht und lehrt“, gegenüber Staatseingriffen geschützt sei. Die Vorstellung, diese Vorschrift verpflichte den Staat dazu, „den Hochschullehrern zur Sicherung dieses Grundrechts eine maßgebende Mitwirkung an der unmittelbaren Wissenschaftsverwaltung einzuräumen“,¹⁰⁷ sei „weder dem Wortlaut zu entnehmen noch aus der historischen Entwicklung ableitbar“. Sie würde „nur die den Hochschullehrern zukommende Wissenschaftsfreiheit“ schützen, „allen anderen Adressaten“ dieser Freiheitsgarantie diesen Schutz aber vorenthalten. In einer jüngeren Entscheidung zu dem Universitätsgesetz 2002 (das als eine Art „Blaupause“ für das nordrhein-westfälische „Hochschulfreiheitsgesetz“ aus dem Jahr 2007 fungiert hat) hat es die Wahl und Abwahl der Rektoratsmitglieder durch den Universitätsrat gebilligt.¹⁰⁸ Das Bundesverfassungsgericht müsste sich also gemeinsam mit den Gerichten der anderen Länder um eine Angleichung der

98 In dieser Befürchtung liegt der Hauptgrund dafür, dass derartigen Ansätze „zur Zielscheibe polemischer Kritik“ (Volkman (Fn. 9) 264 mwN.) geworden sind; prononciert ablehnend z.B. Gärditz (Fn. 11) 312 ff.

99 So unter Bezugnahme auf Habermas (Fn. 10) schon Schulze-Fielitz, Freiheit der Wissenschaft, in: Benda, Maierhofer, Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, Berlin 1994, § 27 Rn. 34.

100 Eifert, Lernende Beobachtung des Verwaltungsrechts durch das Verfassungsrecht, in: Bäuerle (Hrsg.), Demokratie-Perspektiven. Festschrift für Brun-Otto Bryde, Tübingen 2013, S. 355 ff., 356 spricht von Rechtsvergleichung als „weicher Koordination“ im europäischen Rechtsprechungsverbund; vgl. schon Groß, Die Autonomie der Wissenschaft im europäischen Rechtsvergleich, Baden-Baden 1992; ders. (Fn. 93) S. 325 („Notwendig ist eine Abkehr vom nationalen Sonderweg der Hypertrophie des Art. 5 Abs. III GG“); Schulze-Fielitz (Fn. 99) Rn. 24; Britz, (Fn. 81) Rn. 9; Fehling BK (Fn. 16) Rn. 276 ff.

101 Sehr wohl aber ist sie in dem deutschsprachigen Raum entstanden, vgl. Löwer (Fn. 16) Rn. 4 mwN.

102 Art. 17 Abs. 1 Staatsgrundgesetz von 1867: Die Wissenschaft und ihre Lehre ist frei.

103 Art. 20 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft: Die Freiheit der wissenschaftlichen Lehre und Forschung ist gewährleistet.

104 Vgl. zu der österreichischen Entwicklung Fraenkel-Haeberle, Die Universität im Mehrebenensystem. Modernisierungsansätze in Deutschland, Italien und Österreich, Tübingen 2014, S. 142 ff.

105 „Wissenschaft ist notwendigerweise international: Hochschulsystem, die sich durch Forschungs- und Ausbildungsleistungen Anerkennung erworben haben, können aus der Sicht des deutschen Verfassungsrechts nicht ohne weiteres als inakzeptabel betrachtet werden“ Ladeur (Fn. 93) S. 762.

106 Erk. v. 3.10.1997, G 13/76, G 7/77, EuGRZ 1978, S. 7 ff.; Hinweise hierauf bei Groß, Die Autonomie der Wissenschaft im europäischen Rechtsvergleich, Baden-Baden 1992, S. 45 ff.; ders. (Fn. 93) S. 309; Gärditz (Fn. 11) S. 313 Fn. 273 sowie schon frühzeitig Dallinger, § 3 Anm. 8, in: Dallinger, Bode, Dellian, Hochschulrahmengesetz. Kommentar, Tübingen 1987.

107 Alle Zitate aaO. (Fn. 106) S. 13, rechte Spalte. Man mag darüber spekulieren, ob der Begriff „maßgebende Mitwirkung“ eine Reaktion auf das vier Jahre zuvor ergangene BVerfG Urteil mit seiner Unterscheidung von „maßgeblich“ und „ausschlaggebend“ darstellt.

108 Sammlungsnummer 17101 v. 23.1. 2004, G359/02, S. 31 (Gliederungsnummer 4.1.2.4.).

Rechtsprechung bemühen. Keine Gleichmacherei „von oben“, auch keine Ausübung von Druck im Sinne eines „Man spricht wieder Deutsch in Europa“, sondern eine Art „Policy Learning“ zwischen den europäischen Verfassungsgerichten durch gegenseitige Beobachtung.¹⁰⁹

VI. Fazit

Welche Ergebnisse lassen sich aus all diesen Überlegungen ziehen?

Die Hochschullehrermehrheit auf die Wahl und Abwahl der Hochschulleitung auszuweiten, ist in keiner Weise überzeugend: Entweder man beschränkt sie mit dem Hochschulurteil 1973 auf Angelegenheiten, die Forschung und Lehre „unmittelbar“ betreffen. Dann gehören die Wahl und Abwahl nicht dazu. Oder man hält diese Unterscheidung für überholt, weil in der autonomen Universität mehr oder weniger alle Entscheidungen „wissenschaftsrelevant“ werden. Das erscheint als der plausiblere Weg, stellt die Hochschullehrermehrheit aber als verfassungsrechtliche Vorgabe generell in Frage. Sie selbst erscheint dann als ein heutzutage überholter Kompromiss aus einer Zeit, in der die institutionelle Prägung der Universität als Ordinarienuniversität noch stark fortwirkte. Damit landet man bei der Position der Richterin *Rupp von Brünneck* und des Richters *Simon* in dem Minderheitenvotum zu dem Hochschulurteil. Die Hochschulgesetze könnten die Professorenmehrheit vorsehen, von ihr absehen oder die Entscheidung der Satzungsautonomie der Hochschulen überlassen. Damit wäre nicht nur der gewachsenen Heterogenität zwischen und innerhalb der Hochschulen Rechnung getragen, sondern auch der Anschluss an Europa erreicht. Was nicht angeht, ist, sich aus beiden Welten das für die eigene politische Auffassung Beste herauszupicken und zum Bestandteil der Verfassung zu erklären.

Über diese konkrete Frage hinaus macht der Verzicht auf die Hochschullehrermehrheit den Weg frei für ein *eigenständiges organisationales Verständnis der Wissenschaftsfreiheit*, das nicht aus dem individuellen Abwehrrecht „abgeleitet“ wird. Das hätte Folgen: Zum einen würde auch die landesverfassungsrechtlich garantierte Selbstverwaltung eine eigenständige Bedeutung gewinnen. Die Betonung liegt auf dem „Selbst“.¹⁰⁹ Nur als Akteur kann sich die Universität gegen den passiven Nachvollzug der zahlreichen ex-

ternen Vorgaben der Politik zur Wehr setzen, die ganz im Gegensatz zu der Rhetorik ihrer Autonomie stehen. Gegen einen solche „Versteinerung“ der Verhältnisse hilft keine Struktur, sondern nur selbstbewusstes Handeln der Universität als Organisation. Dazu gehört auch ein Führungshandeln, das zur Entstehung eines risikobewussten Selbstbewusstseins der Universität beiträgt und nicht lediglich als strukturell zu bändigende Gefahr konzipiert wird. Zum anderen würden Beeinträchtigungen der Wissenschaftsfreiheit durch empirische Beobachtungen erfasst. Zwar sind Beobachtungspflichten, selbst wenn sie wie in der Schweiz Bestandteil der Verfassung sind, auch nur Normen, deren Auswirkungen erst wieder zu beobachten wären, und die sind, jedenfalls wenn man die Fülle von Hochschulevaluierungen in Deutschland betrachtet, nicht gerade ermutigend.¹¹⁰ Häufig handelt es sich nur um bürokratische Routineübungen zur bloßen Legitimationsbeschaffung. Das ist aber kein Grund, auf sie zu verzichten, sondern Anlass, die Erhöhung ihrer Wirksamkeit zu betreiben. Ob und wie das gelingt, hängt allerdings auch von dem Handeln der Hochschulangehörigen selbst, nicht zuletzt der Professoren, und deren „Zivilcourage“ ab. Auch für die Wissenschaftsfreiheit gilt der Satz *Böckenfördes*, nach dem der freiheitliche, säkularisierte Staat von Voraussetzungen lebt, die er selbst nicht garantieren kann.¹¹¹

Die Bearbeitung solcher Fragen erfordert einen stärkeren Austausch der Rechtswissenschaft mit der empirischen Hochschulforschung, der für beide Seiten ein Gewinn wäre. Schon vor über 50 Jahren hat *Niklas Luhmann* auf die „Komplementarität der Aufgaben von Soziologie und Dogmatik“ hingewiesen und „diese Kontakte“ gefordert, übrigens mit dem Hinweis, dass sie „am ehesten (...) im Rahmen der Bemühungen um Rechtsvergleichung“ entstehen. Allerdings „drängt sich“ ihm schon damals „die Frage auf (...), ob die Grundrechtsdogmatik in ihrer gegenwärtigen Gestalt zu einem solchen Gedankenaustausch bereit und gerüstet ist“.¹¹² Es wäre schon viel gewonnen, wenn der Dialog stärker als bisher in Gang käme.

Lothar Zechlin ist Professor i.R. für Öffentliches Recht im Institut für Politikwissenschaft der Universität Duisburg-Essen, deren Gründungsrektor er bis 2008 war. Von 1992 bis 2003 leitete er als Präsident bzw. Rektor die Hochschule für Wirtschaft und Politik Hamburg und die Karl-Franzens-Universität Graz.

109 Vgl. insgesamt hierzu *Germelmann*, Das europäische Grundrecht auf Wissenschaftsfreiheit, *WissR Beiheft* 24, S. 19 ff.

110 Zu den unterschiedlichen Konzipierungen des „Selbst“ im Rahmen der Akteurstheorie *Meier* (Fn. 36) S. 40 ff., 63 ff.; vgl. auch *Stichweh* (Fn. 16) S. 31.

111 Deshalb ist die Kritik von *Gärditz* (Fn. 11) S. 363, derartige Ansätze blieben „weitgehend eine Leerformel“, nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen; vgl. auch *Ladeur* (Fn. 93) S. 761: Beobachtung- und Nachbesserungspflicht als „eine dogmatisch

durchaus produktive, aber bisher konturlos gebliebene Figur“.

112 *Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: ders., *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt am Main 1976, S. 42 ff., 60 (übrigens unter ausdrücklichen Hinweis darauf, dass die „Proklamierung eines ‚objektiven Wertesystems‘“ keinen Ausweg darstellt).

113 *Luhmann*, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, 5. Aufl. (1. Aufl. 1965) Berlin 2009, alle Zitate auf S. 205.

Armin von Weschpfennig

Verfassungs- und völkerrechtliche Zulässigkeit von Studiengebühren für Internationale Studierende – Novelle des baden-württembergischen Landeshoch- schulgebührengesetzes (LHGebG)

I. Einleitung

II. Die Novelle des Landeshochschulgebührengesetzes

III. Prüfungsmaßstab für die Ungleichbehandlung

1. Grundsätzliche Bindung an Grund- und Menschenrechte
2. Gleichheitsgerechte Teilhabe am Hochschulstudium nach dem Grundgesetz

a) Ausgangspunkt – Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip

b) Art. 2 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht

c) Art. 3 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht

d) Zwischenfazit

3. Art. 11 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg

4. Europarecht, Völkerrecht und Bedeutung im nationalen Recht

a) Sozialpakt

aa) Äußerungen des UN-Sozialausschusses

bb) Rezeption in Deutschland

cc) Exkurs – Bedeutung des Sozialpakts bei der Anwendung nationalen Rechts

b) EMRK

c) Assoziierungsabkommen

IV. Verfassungs- und Völkerrechtmäßigkeit der selektiven Abgabenerhebung

1. Teilhabe an der hochschulischen Ausbildung, insbesondere Art. 11 LV

a) Der Vorbehalt des Möglichen

b) Differenzierung nach der Teilhabe an der Staatsfinanzierung?

c) Gegenseitigkeit, Verbindung zum Lebens- und Kulturkreis, Sozialstaat

aa) Völkerrechtliche Gegenseitigkeit

bb) Verankerung im Lebens- und Kulturkreis auch im Lichte des Sozialstaates

cc) Weitere Gleichstellungen nach Maßgabe der Verfassungsrechtsprechung?

d) Sicherung der Studienplätze

e) Art. 2 Abs. 1 GG als Abwehrrecht

2. Ungleichbehandlung bei der Abgabenerhebung – Reichen fiskalische Zwecke?

V. Abschließende Bemerkungen zur Abgabenhöhe

VI. Fazit

I. Einleitung

Nur kurz währte die relative Ruhe um Studiengebühren, nachdem die allgemeine Abgabepflicht für das Erststudium zuletzt in Niedersachsen im Jahre 2014¹ aufgehoben wurde. Nach mehrmonatiger gesellschaftlicher und politischer Debatte ist in Baden-Württemberg am 17. Mai 2017 das Gesetz zur Änderung des Landeshochschulgebührengesetzes und anderer Gesetze² in Kraft getreten. Kern der Novelle ist die Einführung von Studienabgaben für Nicht-EU- und Nicht-EWR-Staatsangehörige – im Gesetz daher zu weitgehend und missverständlich³ als Studiengebühren für Internationale Studierende bezeichnet – sowie von Zweitstudiengebühren, die im Folgenden nicht näher betrachtet werden sollen. Die Idee ist nicht neu. Die Hochschule für Musik und Theater „Felix Mendelssohn Bartholdy“ Leipzig erhebt basierend auf § 12 Abs. 3 Sächsisches Hochschulfreiheitsgesetz (SächsHSFG) seit dem Wintersemester 2013/14 Abgaben in Höhe von 1.800 EUR pro Semester von Nicht-EU-Ausländern.⁴ 2013 ließ auch die damalige grün-rote baden-württembergische Landesregierung im Anschluss an einen Bericht des Landesrechnungshofes zu Musikhochschulen⁵ die rechtliche Zulässigkeit von selektiven Abgaben prüfen. Obwohl das Gutachten zu einem

1 Volker Epping, in: ders., Niedersächsisches Hochschulgesetz mit Hochschulzulassungsgesetz. Handkommentar, 2016, Einleitung Rn. 19.

2 GBl BW 2017, S. 245 sowie LT-Drs. 16/2010. Siehe auch LT-Drs. 16/1617 (Gesetzentwurf) und LT-Drs. 16/1942 (Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wissenschaft, Forschung und Kunst). Der Anhörungsentwurf des Ministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst Baden-Württemberg vom 17. November 2016 ist abrufbar unter https://mwk.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-mwk/intern/dateien/pdf/Landeshochschulgesetz/Anh%C3%B6rungsentwurf_%C3%84nd erung_des_LHGebG_und_des_Akademienengesetzes_17_11_2016.pdf (zuletzt abgerufen am 29. Mai 2017).

3 Vgl. auch die Kritik der Universität Konstanz und Antwort der Landesregierung, LT-Drs. 16/1617, S. 43.

4 Siehe § 7 Abs. 2 der aktuellen Gebühren- und Entgeltordnung, http://www.hmt-leipzig.de/hmt/downloads/fileaccess_item_59786/view/ordnungen/o_ao_gebuehrenordnung_161108_000000.pdf (zuletzt abgerufen am 29. Mai 2017); kritisch hierzu Armin von Weschpfennig, Rechtliche Grenzen von allgemeinen Studienabgaben. Studienbeiträge oder Akademikersteuer?, 2015, S. 368 ff.

5 Beratende Äußerung. Die Musikhochschulen in Baden-Württemberg, Juli 2013, http://www.rechnungshof.baden-wuerttemberg.de/media/978/B%C4_Musikhochschulen.pdf, S. 23 ff., 47 f., 52, 57 ff. (zuletzt abgerufen am 29. Mai 2017).

grundsätzlich positiven Ergebnis kam,⁶ war ein entsprechendes Gesetz politisch zunächst nicht durchsetzbar.

Die Frage nach der Zulässigkeit solcher selektiven Abgaben wirft eine Vielzahl von bislang nicht abschließend geklärten und eng miteinander verwobenen verfassungs- und völkerrechtlichen Problemen auf. An eine kurze Vorstellung der Novelle (II.) schließt eine umfassende Darstellung des rechtlichen Prüfungsmaßstabs für selektive Studienabgaben an (III.), an dem die Benachteiligung von Ausländern zu messen ist (IV.). Abschließend folgen einige Bemerkungen zur Abgabebemessung (V.).

II. Die Novelle des Landeshochschulgebührengesetzes

Die Novellierung tritt gesetzessystematisch in die Lücke, die die Abschaffung der allgemeinen Abgabepflicht im Landeshochschulgebührengesetz (LHGebG) hinterlassen hat.⁷ Die Ergebnisse der seit Ende 2016 erfolgten umfassenden Anhörung zu einem Anhörungsentwurf wurden teils in den endgültigen Gesetzentwurf eingearbeitet,⁸ den der Landtag wiederum nahezu unverändert beschlossen hat. Nach § 3 Abs. 1 LHGebG n.F. erheben die Hochschulen für das Land ohne Begrenzung auf die Musikhochschulen von den sogenannten Internationalen Studierenden – per definitionem sind dies Studierende, die nicht die Staatsangehörigkeit des Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum (EWR) besitzen – ab dem Wintersemester 2017/18 bzw. dem Herbst-/Wintersemester 2017 für ihr Lehrangebot einschließlich der damit verbundenen spezifischen Betreuung der Internationalen Studierenden in Bachelorstudiengängen, konsekutiven Masterstudiengängen sowie in grundständigen Studiengängen nach § 34 Abs. 1 des Landeshochschulgesetzes (LHG) wie etwa Staatsexamensstudiengängen Studiengebühren. Ausgenommen sind die Hochschulen für den öffentlichen Dienst. § 4 Abs. 1 Satz 1 LHGebG n.F. setzt die Höhe auf 1.500 Euro pro Semester fest. 20 Prozent hiervon erhal-

ten die Hochschulen, wobei die Mittel für die Betreuung und Förderung sonstiger Belange der Internationalen Studierenden verwendet werden sollen, § 4 Abs. 3 LHGebG n.F., während der Rest in den Landeshaushalt fließt, um Kürzungen im Hochschulbereich zu vermeiden.⁹

Dieses Grundkonzept ergänzt der Gesetzgeber durch zahlreiche und nicht einfach zu überblickende Ausnahmen und Befreiungen etwa für Studierende mit einem gefestigten Inlandsbezug, aus Gründen der besonderen Schutzbedürftigkeit, nach Maßgabe von Kooperationsvereinbarungen oder zur Begabtenförderung. Zunächst klammert § 3 Abs. 2 LHGebG n.F. Internationale Studierende mit diversen näher konkretisierten inländischen Hochschulzugangsberechtigungen aus. § 5 Abs. 1 LHGebG n.F., der im Wesentlichen¹⁰ den Regelungen über eine Förderungsberechtigung nach § 8 Abs. 1 bis 3 BAföG nachgebildet ist, sieht Ausnahmen etwa für Ausländer mit qualifiziertem EU-/EWR-Bezug (Familienangehörige),¹¹ mit qualifiziertem Inlandsbezug (Niederlassungserlaubnis, Daueraufenthaltserlaubnis – EU, Mindestaufenthaltsdauer in Deutschland mit Erwerbstätigkeit) sowie aus Gründen besonderer Schutzbedürftigkeit (z.B. anerkannte Flüchtlinge, anerkannte Asylberechtigte, heimatlose Ausländer) vor. Zur letzten Gruppe zählt auch § 6 Abs. 6 LHGebG n.F., nach dem unter bestimmten Voraussetzungen Studierende mit einer Aufenthaltsgestattung nach § 55 Abs. 1 AsylG von der Gebührenpflicht befreit werden. Darüber hinaus sieht § 6 LHGebG n.F. Gebührenbefreiungen und teils auch -ermäßigungen im Rahmen von Vereinbarungen auf landes-, bundes- und internationaler Ebene sowie unter bestimmten Voraussetzungen auch im Rahmen von Hochschulvereinbarungen (Abs. 1), aus Gründen geringer Inanspruchnahme der universitären Einrichtungen etwa während einer Beurlaubung (Abs. 2), durch Rechtsverordnung (Abs. 3), bei besonderer Begabung (Abs. 4, 5) sowie bei Behinderungen (Abs. 7) vor und eröffnet damit teils erheblichen Gestaltungsspielraum. Bei Befreiungen wegen besonderer Begabung, die auf 5 Prozent der Internationalen Studienanfängerinnen und -anfänger begrenzt

6 Eibe Riedel, Zur rechtlichen Zulässigkeit der gesetzlichen Einführung selektiver Studiengebühren in Baden-Württemberg, 2013, https://mwk.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/mwkwk/intern/dateien/pdf/Studium_und_Lehre/14_11_20_Gutachten_Prof_Riedel_Nicht-EU-Auslaender.pdf (zuletzt abgerufen am 29. Mai 2017).

7 Art. 2 des Änderungsgesetzes normiert die Gebührenpflicht im Akademiengesetz und sieht einen Verweis auf die entsprechenden Regelungen im Landeshochschulgebührengesetz vor.

8 Vgl. die ausführliche Zusammenfassung in der Entwurfsbegründung, LT-Drs. 16/1617, S. 34 ff.

9 LT-Drs. 16/1617, S. 22.

10 Die Regelungsgefüge unterscheiden sich insbesondere in der Behandlung der EU-Ausländer. Diese sind bereits per definitionem von der Abgabepflicht nach dem LHGebG-E ausgenommen, während das BAföG eine Förderungsberechtigung hier differenziert regelt.

11 Zur Anwendbarkeit des FreizügG/EU auf EWR-Staatsangehörige siehe § 12 FreizügG/EU.

werden, sollen die Hochschulen in besonderem Maße Studierende mit der Staatsangehörigkeit eines Unterzeichnerstaates des Partnerschaftsabkommens der Europäischen Union 2000/483/EG (Cotonou-Abkommen) oder eines Staates, der nach der Feststellung der Vereinten Nationen zu den am geringsten entwickelten Ländern gehört, berücksichtigen. Schließlich kann die Hochschule in Fällen unverschuldeter Notlagen Gebühren ganz oder teilweise stunden oder erlassen, § 7 LH-GebG n.F.

Verfahrensvorschriften enthalten die §§ 9 f. LHGebG n.F. § 20 LHGebG n.F. regelt u.a. den Vertrauensschutz. Insbesondere wird die Gebührenfreiheit des Studiums für zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes bereits immatrikulierte Studierende festgeschrieben, Abs. 1 Satz 1. Dagegen verzichtet die Novelle auf ausdifferenzierte Darlehensregelungen, wie sie noch § 7 LHGebG a.F. im Rahmen der allgemeinen Abgabepflicht vorsah.

III. Prüfungsmaßstab für die Ungleichbehandlung

Selektive Abgabenmodelle müssen nicht nur deutschen Grundrechten und finanzverfassungsrechtlichen Anforderungen genügen, sondern auch völkerrechtlichen Verpflichtungen Rechnung tragen. Letztere entfalten ihrerseits Rückwirkungen auf das nationale Recht. Die fol-

genden Ausführungen veranschaulichen zunächst die abstrakten Prüfungsmaßstäbe sowie deren Beziehung zueinander, um im Anschluss (IV.) die Verfassungs- und Völkerrechtmäßigkeit der Benachteiligung von Ausländern im LHGebG zu untersuchen.

1. Grundsätzliche Bindung an Grund- und Menschenrechte

Selbstverständlich können sich Ausländer innerhalb der Territorialgewalt der Bundesrepublik Deutschland grundsätzlich auf Grund- und Menschenrechte berufen. Gleiches gilt – u.U. mit Abstufungen je nach Einzelfall – bei grenzüberschreitenden Sachverhalten.¹² Insoweit ist es problematisch, Ausländern, die sich außerhalb der Territorialgewalt befinden, bereits im Ausgangspunkt den grundrechtlichen Schutz zu versagen, wenn sie einen Antrag auf Immatrikulation stellen.¹³ Tatsächlich spielt die im Einzelfall schwierige Frage nach der Reichweite der Grund- und Menschenrechte gegenüber Ausländern außerhalb der territorialen Hoheitsgewalt im hier relevanten Kontext nahezu keine Rolle, weil der Territorialbezug spätestens mit der Einreise hergestellt wird.¹⁴ Auch wenn man kein (Grund-)Recht auf Einreise anerkennt,¹⁵ berechtigt dies nicht zur (grund-)rechtlich ungebundenen Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse während des Aufenthalts.¹⁶

12 Zu grenzüberschreitenden Sachverhalten und zur Ausübung der Hoheitsgewalt über das eigene Territorium hinweg siehe BVerfGE 100, 313 (362 ff.) – Telekommunikationsüberwachung; EGMR, Urteil vom 23. Februar 2012 – 27765/09, NVwZ 2012, S. 809 Rn. 70 ff. – Hirsi Jamaa u.a./Italien; Peter Badura, Der räumliche Geltungsbereich der Grundrechte, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band II, Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I, 2006, § 47 Rn. 13 ff., 33; Wolfgang Durner, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 10 Rn. 64 f. (Stand: Januar 2010); Matthias Herdegen, in: Maunz/Dürig, wie vor, Art. 1 Abs. 3 Rn. 71 ff. (Stand: Februar 2005); Helmut Quaritsch, Der grundrechtliche Status der Ausländer, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V, Allgemeine Grundrechtslehren, 1. Auflage 1992, § 120 Rn. 74 ff.; Frank Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit. Konflikt und Harmonie in den auswärtigen Beziehungen Deutschlands, 2007, S. 118 ff.

13 So vertritt Riedel (Fn. 6), S. 6 f., 53, dass ein Zulassungsantrag (aus dem Ausland) lediglich einen Verwaltungsvorgang im Inland auslöse, der die Eröffnung des Schutzbereiches eines Grundrechts aber noch nicht präjudiziere. Mangels Territorialitätsbezug und personaler Anbindung über die Staatsangehörigkeit könnten sich Ausländer, die außerhalb des deutschen Hoheitsgebietes leben, normalerweise nicht gegenüber deutschen Behörden auf Grund- und Menschenrechte berufen, Riedel (Fn. 6), S. 12. Auch sei eine uneingeschränkte Gewährleistung sämtlicher Rechte des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte gegenüber der gesamten Weltbevölkerung nicht Ziel des Pakts, Riedel (Fn. 6), S. 25. Hieraus schlussfolgern Jakob

Lohmann/David Werdermann, Studiengebühren für Schwache: Baden-Württemberg und das Verfassungs- und Völkerrecht, Blogbeitrag vom 13. Dezember 2016, <http://verfassungsblog.de/studiengebuehren-fuer-schwache-baden-wuerttemberg-und-das-verfassungs-und-voelkerrecht/> (zuletzt abgerufen am 29. Mai 2017), Riedel wende Rechte des Sozialpakts nicht auf Ausländer an, die erst zum Studium nach Deutschland kommen.

14 Nach Lohmann/Werdermann (Fn. 13) wäre *allenfalls* eine vor Studienbeginn und vor Einreise zu entrichtende Studiengebühr nicht an Grund- und Menschenrechten zu messen. Ein gegenteiliges Ergebnis vertritt auch Riedel (Fn. 6) nicht, der allerdings nur den Gegensatz gefestigter Inlandsbezug vs. Aufenthalt im Ausland sieht, vgl. S. 4 ff., 9 f., ferner 24 f., und damit die dazwischenliegende Fallgruppe (nicht gefestigter Inlandsbezug bei inländischem Aufenthalt) augenscheinlich nicht beleuchtet. So würden die gutachterlichen Untersuchungen „Personen mit hinreichendem Territorialbezug nicht betreffen, das heißt Personen, die sich im Bundesgebiet aufhalten sowie im Ausland befindliche Personen mit sonstigem hinreichenden Inlandsbezug“ (S. 10). Gerade um diese Personengruppe geht es aber im Kern, wie die Zusammenfassung auch verdeutlicht, S. 52 ff. (Nr. 5, 10, 17).

15 BVerfGE 76, 1 (71) – Familiennachzug; Josef Isensee, Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, VVDStRL 32 (1974), S. 49 (60 ff.); a.A. Michael Sachs, Das Recht zum Aufenthalt im Staatsgebiet, in: Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1, Die einzelnen Grundrechte, § 102, S. 714 (748 ff.) mit zahlreichen Nachweisen.

16 Lohmann/Werdermann (Fn. 13).

2. Gleichheitsgerechte Teilhabe am Hochschulstudium nach dem Grundgesetz

a) Ausgangspunkt – Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip

Im Zentrum der Grundrechtsprüfung einer Abgabepflicht für das Studium steht das seit der ersten *numerus-clausus*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts¹⁷ aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip abgeleitete derivative Teilhaberecht auf freien und gleichen Zugang zum Hochschulstudium.¹⁸ Hiergegen kann eine Abgabepflicht in nicht unerheblicher Höhe mit einem nur rudimentären System zur sozialen Absicherung verstoßen, weil die Hochschulzulassung in Abhängigkeit von den finanziellen Voraussetzungen in unterschiedlichem Maße erschwert wird. Freiheits- und gleichheitsrechtliche Schutzgehalte greifen ineinander über. Gestaltet, wie bei einer selektiven Studienabgabe, der Gesetzgeber die Anforderungen für verschiedene Gruppen unterschiedlich aus, findet *zudem* eine primär am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG zu messende unmittelbare Ungleichbehandlung im Rahmen eines Gebrauchs des Rechts auf Ausbildungsfreiheit statt. Der Gewährleistungsgehalt der als einheitliches Grundrecht¹⁹ zu verstehenden Berufsfreiheit wird personell jedoch nur Deutschen gewährleistet,²⁰ sodass auch die teilhaberechtlichen Elemente Studierenden mit anderer Staatsangehörigkeit nicht zustehen.²¹

b) Art. 2 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts greift im Bereich der Deutschengrundrechte aber Art. 2 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht²² – allerdings nur im Rahmen der dort geregelten Schranken unter Wahrung rechtsstaatlicher Anforderungen,²³ sodass das Schutzniveau reduziert ist.²⁴ Die Auffangfunktion des Art. 2 Abs. 1 GG zielt jedoch primär auf den abwehrrechtlichen Gehalt und nicht auf Leistungs- und Teilhaberechte, die unter dem Vorbehalt endlicher Ressourcen stehen. Hier ist der Staat zunächst freier, inwieweit er den Kreis der Berechtigten auf Ausländer erstreckt, da es um die Verteilung eines knappen Guts geht.²⁵ Allerdings ist speziell bei der Ausgestaltung des Hochschulzugangs zu berücksichtigen, dass das Bundesverfassungsgericht das Recht auf Hochschulzulassung dem abwehrrechtlichen Schutzgehalt angenähert hat.²⁶ So ist es konsequent, auch einem etwaigen derivativen Teilhaberecht aus Art. 2 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip) eine Auffangfunktion für Ausländer beizumessen.

Um nicht die speziellen Garantien des Art. 12 GG zu unterlaufen, setzt ein entsprechendes Teilhaberecht aus Art. 2 Abs. 1 GG aber voraus, dass es nicht erst als Substitut für die fehlenden Garantien im Rahmen der Berufsfreiheit konstruiert werden muss, sondern *ungeachtet* der Ergänzungsfunktion zum Deutschengrundrecht in die dogmatische Struktur eingepasst werden kann. Gera-

17 BVerfGE 33, 303 (331 f.) – *numerus clausus I*.

18 BVerfGE 134, 1 Rn. 36 ff. – *Landeskinderregelung*; BVerfGE 134, 1 Rn. 18 ff.

19 BVerfGE 33, 303 (329 f.) – *numerus clausus I*; *Gerrit Manssen*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, 6. Auflage 2010, Art. 12 Rn. 2.

20 Ausdrücklich auch BVerfGE 78, 179 (196) – *Heilpraktikergesetz*.

21 Anders muss dies möglicherweise wegen des Diskriminierungsverbotes aus Art. 18 AEUV gegenüber sonstigen EU-Staatsangehörigen beurteilt werden, vgl. BVerfGE 129, 78 (91) – *Le Corbusier* – zu Art. 19 Abs. 3 GG. Jedenfalls ist über Art. 2 Abs. 1 GG ein äquivalentes Schutzniveau zu gewähren, *Manssen* (Fn. 19) Rn. 267. Anknüpfend an die baden-württembergischen Neuregelungen, die EU-Ausländer nicht belasten, kann auf eine nähere Auseinandersetzung verzichtet werden.

22 Näher zu möglichen Auffanggrundrechten siehe *von Weschpfennig* (Fn. 4), S. 344 ff.

23 BVerfGE 35, 382 (399 ff.) – *Ausländerausweisung*; 78, 179 (196) – *Heilpraktikergesetz*; 104, 337 (346) – *Schächten*; ebenso *Udo Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Fn. 12), Art. 2 Abs. 1 Rn. 32 ff. (Stand: Juli 2001); *Jörg Gundel*, *Der grundrechtliche Status der Ausländer*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band IX, *Allgemeine Grundrechtslehren*, 3. Auflage 2011, § 198 Rn. 6.

24 In der Literatur werden weitergehende Begrenzungen vertreten, um der Wertung des Grundgesetzes mit seinen ausdrücklich nur Deutschen vorbehaltenen Rechten Rechnung zu tragen, siehe etwa *Christian Hillgruber*, *Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff*, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 23), § 200 Rn. 42 ff.: keine Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und Differenzierung nach Sinn und Zweck der Beschränkung des personellen Geltungsbereichs auf Deutsche; *Christian Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 19), Art. 1 Rn. 207, Art. 2 Rn. 46: Beschränkung auf den Menschenrechts-, bzw. Menschenwürdegehalt. Teilweise wird die Anwendbarkeit des Art. 2 Abs. 1 GG im sachlichen Geltungsbereich eines Deutschengrundrechts sogar gänzlich abgelehnt, *Wolfgang Kahl*, *Die Schutzergänzungsfunktion von Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz*, 2000, S. 22 ff., der einzig Art. 1 Abs. 1 GG für einschlägig hält; *Rupert Scholz*, in: Maunz/Dürig (Fn. 12), Art. 12 Rn. 104 (Stand: Juni 2006).

25 Vgl. *Isensee* (Fn. 15), S. 86 f.; *Angelika Siehr*, *Die Deutschengrundrechte des Grundgesetzes. Bürgerrechte im Spannungsfeld von Menschenrechtsidee und Staatsmitgliedschaft*, 2001, S. 432 f.

26 Vgl. BVerfGE 33, 303 (336 ff.) – *numerus clausus I*; 134, 1 Rn. 45 ff. – *Landeskinderregelung*; näher hierzu *von Weschpfennig* (Fn. 4), S. 98 ff.

de hier zeigt sich die Literatur und Rechtsprechung bei der Begründung von Teilhaberechten aber sehr zurückhaltend.²⁷ Etwa im Bereich der Bildung werden solche Rechte bislang allenfalls bei der schulischen Bildung angenommen,²⁸ sodass ohne deutliche dogmatische Erweiterung des Garantiefumfangs kein entsprechendes Auffangrecht für Ausländer besteht.²⁹ Denkbar ist hingegen, die Abgabepflicht nicht mehr als Voraussetzung für derivative Teilhabe, sondern als ausbildungsbezogene Belastung und damit als originären Eingriff in eine (auffang)freiheitsrechtlich geschützte Betätigung zu verstehen.³⁰ Dann könnte in der Tat Art. 2 Abs. 1 GG im Rahmen seines Schutzzumfangs aktiviert werden, wobei letzterer hinter demjenigen eines – hier abgelehnten – Teilhaberechts zurückbleiben dürfte.³¹

c) Art. 3 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht

Eine Auffangfunktion kann zudem Art. 3 Abs. 1 GG zukommen. Zwar spricht hiergegen die bereits im Verfassungstext angelegte Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit,³² sodass jede weitere Prüfung von Ungleichbehandlungen im Rahmen von Deutschengrundrechten in potenziellen Widerspruch hierzu tritt.³³ Berücksichtigt man jedoch den (objektiv zu ermittelnden³⁴) Sinn und Zweck des jeweiligen Deutschenvorbehalts, kann diese Friktion aufgelöst werden.³⁵ Nur wenn die Ungleichbehandlung mit plausiblen Gründen hierfür korrespondiert, ist sie gerechtfertigt.³⁶ Wegen der Nähe zu den Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 GG ist eine vertiefte Prüfung erforderlich.³⁷

Hingegen ist die Ungleichbehandlung *innerhalb* der Gruppe der abgabepflichtigen Ausländer aufgrund unter-

schiedlicher Teilhabemöglichkeiten nicht an Art. 3 Abs. 1 GG zu messen, weil sie in der Tat nur Folge einer durch das Grundgesetz selbst legitimierten Differenzierung ist. Insbesondere ersetzt Art. 3 Abs. 1 GG nicht den Schutz durch ein (hier verneintes) derivatives Teilhaberecht auf Hochschulzulassung. Vielmehr sind entsprechende Belastungen nur *reflexhaft* bei der Frage zu berücksichtigen, ob eine bestimmte Gruppe von Ausländern selektiv mit Abgaben belastet werden darf. Auch das Sozialstaatsprinzip oder die Menschenwürde können das Fehlen einer freiheitsrechtlichen Anknüpfung nicht ersetzen,³⁸ sondern gewährleisten nur die prinzipielle Berücksichtigung einer Zugangerschwerung.

d) Zwischenfazit

Entgegen einer ersten Annahme ist die Benachteiligung von Nicht-EU- und Nicht-EWR-Staatsangehörigen rechtefertigungsbedürftig, während die Erschwernis beim Hochschulzugang mangels eines derivativen Teilhabe(freiheits)rechts nur reflexhaft bei der Gleichheitsprüfung und im Rahmen eines etwaigen Eingriffsabwehrrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG berücksichtigt wird.

3. Art. 11 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg

Nach Art. 11 Abs. 1 LV³⁹ hat jeder junge Mensch – und damit nicht nur Deutsche – ohne Rücksicht auf Herkunft oder wirtschaftliche Lage das Recht auf eine seiner Begabung entsprechende Erziehung und Ausbildung. Abs. 3 verpflichtet Staat, Gemeinden und Gemeindeverbände, die erforderlichen Mittel, insbesondere auch Erziehungsbeihilfen, bereitzustellen. Nach Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes Baden-Württemberg⁴⁰ handelt es sich bei Art. 11 Abs. 1 LV nicht um

27 Siehe etwa *Di Fabio* (Fn. 23), Rn. 57 ff.; *Horst Dreier*, in: ders., Grundgesetz, Kommentar, Band I, 3. Auflage 2013, Art. 2 I Rn.66.

28 BVerwGE 47, 201 (206); 56, 155 (158); vgl. BVerfGE 96, 288 (304 ff.) – Integrative Beschulung; kritisch *Di Fabio* (Fn. 23), Rn. 58, der ein „Grundrecht auf Bildung“ jenseits einer Unterschreitung des Mindeststandards ablehnt; vgl. VGH München, Beschluss vom 14. August 2008 – 7 CE 08.10592, NVwZ-RR 2009, S. 110 (111), dazu kritisch *Gundel* (Fn. 23) Rn. 75.

29 Offener dagegen *Riedel* (Fn. 6), S. 39 f.

30 So BVerfGE 7, 465 (471); 7, 477 (481); BVerwGE 134, 1 Rn. 19, freilich jeweils zu Art. 12 GG; vgl. *Hillgruber* (Fn. 24), Rn. 46.

31 BVerwGE 134, 1 Rn. 20 spricht etwas nebulös vom „potenziell weiter ausgreifende[n] Teilhaberecht“.

32 Schon daher überzeugt es nicht, eine Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit abzulehnen, weil die Länder keine vergleichbare Verantwortung wie der Bund für die Staatsangehörigen tragen, da diese schließlich in ein anderes Bundesland umziehen könnten und damit nicht dem „Rechtsschicksal der Unentrinnbarkeit“ unterlägen, so aber *Tobias Langeloh*, Die Zulässigkeit von finanziellen Einheimischenprivilegierungen, 2016, S. 187 f. Neben der Existenz des Deutschenvorbehalts findet zudem das vom Bundesverfassungsgericht reklamierte bundesweit zusammenhängende System des Hochschulwesens, BVerfGE 33, 303 (352) – numerus clausus I; 134, 1 Rn. 62 – Landeskinderregelung, keine ausreichende Berücksichtigung. Gleiches gilt – trotz der Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Regelungsgehalts – hinsichtlich Art. 33 Abs. 1 GG, siehe hierzu *von Weschpfennig* (Fn. 4), S. 385 ff.

33 Ablehnend daher *Di Fabio* (Fn. 23), Rn. 29 unter Verweis auf BVerwGE 22, 66 (70 f.).

34 Die Materialien des Parlamentarischen Rates sind hierzu unergiebig, vgl. *Quaritsch* (Fn. 12), Rn. 108 mit Fn. 249.

35 Die Nichtanwendbarkeit des Gleichheitssatzes im Anwendungsbereich von Deutschengrundrechten wäre vergleichbar mit einer Beschränkung von Freiheitsrechten ohne Ansehung der konkreten Umstände nur aufgrund der Existenz eines Schrankenvorbehalts, so *Siehr* (Fn. 25), S. 408.

36 Vgl. *Isensee* (Fn. 15), S. 81 ff.; *Quaritsch* (Fn. 12), Rn. 114 ff.; *Siehr* (Fn. 25), S. 426 ff.

37 BVerfGE 130, 240 (255 f.) – Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz; *Riedel* (Fn. 6), S. 43 f. Art. 3 Abs. 3 GG ist nicht anwendbar, weil die Staatsangehörigkeit dort nicht genannt ist, BVerfGE 51, 1 (30); a.A. *Manfred Zuleeg*, Zur staatsrechtlichen Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland. I. Menschen zweiter Klasse?, DÖV 1973, S. 361 (363 f.).

38 Anders wohl *Zuleeg* (Fn. 37), S. 369, der ein Teilhaberecht aus dem Sozialstaatsprinzip in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG konstruiert.

39 Darüber hinaus sind nach Art. 2 Abs. 1 LV die im Grundgesetz festgelegten Grundrechte Bestandteil der Landesverfassung und unmittelbar geltendes Recht.

40 Urteil vom 30. Mai 2016 – 1 VB 15/15, juris, Rn. 48 ff.; dem folgend *Lohmann/Werdermann* (Fn. 13); ähnlich *Riedel* (Fn. 6), S. 48ff.

einen bloßen Programmsatz,⁴¹ sondern um ein klares Verfassungsgebot. Darüber hinaus könne aus der Vorschrift ein subjektives Teilhaberecht auf Bildung abgeleitet werden, welches auch den Bereich der Hochschulen einbeziehe. Dieses Teilhaberecht auf Zugang zu geschaffenen öffentlichen berufsbezogenen Ausbildungseinrichtungen sei entsprechend den zu Art. 12 Abs. 1 GG entwickelten Grundsätzen auszuweisen.⁴² Damit besteht auf Landesebene ein derivatives Teilhaberecht, welches grundsätzlich ein dem Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip äquivalentes Schutzniveau ohne Beschränkung auf Studierwillige mit deutscher Staatsangehörigkeit gewährleistet.⁴³

4. Europarecht, Völkerrecht und Bedeutung im nationalen Recht

Bereits seit Jahrzehnten ist geklärt und soll daher nicht näher vertieft werden, dass EU-Staatsangehörige wegen des Diskriminierungsverbots nach nunmehr Art. 18 AEUV nicht einer Abgabepflicht für das Studium unterworfen werden dürfen, wenn diese nicht gleichermaßen Inländer trifft.⁴⁴ Ebenso bestehen sekundärrechtliche Verpflichtungen zur Gleichbehandlung mit Inländern,⁴⁵ die mit § 5 Abs. 1 Nr. 1, 2 LHGebG n.F. umgesetzt werden.⁴⁶ Weniger eindeutig sind etwaige Verpflichtun-

gen nach diversen Assoziierungsabkommen zwischen der Europäischen Union, den Mitgliedstaaten und Drittstaaten.

Im Bereich der menschenrechtlichen Verträge kann der EMRK Bedeutung zukommen.⁴⁷ Im Zentrum der Diskussion um die Erhebung von Studienabgaben stehen jedoch Bestimmungen des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dezember 1966 (Sozialpakt).⁴⁸ Klar ist, dass die Bundesrepublik Deutschland im Außenverhältnis Völkerrecht wahren muss, um nicht vertragsbrüchig zu werden. Ungeachtet dessen strahlt Völkerrecht auch auf die Verfassungsauslegung selbst aus, sodass ein Völkerrechtsverstoß gleichzeitig einen Verfassungsverstoß begründen kann.

a) Sozialpakt

Nach Art. 13 Abs. 1 Satz 1 Sozialpakt erkennen die Vertragsstaaten das Recht eines jeden auf Bildung an. Sie erkennen ausweislich des Art. 13 Abs. 2 lit. c Sozialpakt an, dass im Hinblick auf die volle Verwirklichung dieses Rechts der Hochschulunterricht auf jede geeignete Weise, insbesondere durch die allmähliche Einführung der Unentgeltlichkeit jedermann gleichermaßen entsprechend seinen Fähigkeiten zugänglich gemacht werden muss.⁴⁹ Nach Art.

41 Offengelassen von BayVGh, Entscheidung vom 28. Mai 2009 – Vf. 4-VII-07, BayVBl 2009, S. 593 (595), der die Frage nach dem Bestehen eines Grundrechts auf Bildung offenlässt, jedenfalls aber den Charakter als unmittelbar geltendes objektives Recht bejaht. Zum Meinungsstand siehe *Foroud Shirvani*, Soziale Grundrechte, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VIII, Landesgrundrechte in Deutschland, 2017, § 242 Rn. 52 ff.

42 A.A. *Meinhard Schröder*, Landesgrundrechte in Baden-Württemberg, in: Merten/Papier (Fn. 41), § 245 Rn. 34, der eine Ableitung des Inhalts aus Art. 12 GG verneint.

43 Soweit die Ausweitung des personellen Schutzes für unvereinbar mit Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG und damit nach Art. 31 GG unwirksam angesehen wird, VGh Kassel, Beschluss vom 22. November 2001 – 8 TZ 2949/01 und 8 TG 3044/01, NVwZ-RR 2002, S. 501 (502), überzeugt dies *jedenfalls* dann nicht, wenn nicht die gleiche Teilhabe an zulassungsbeschränkten Studiengängen im Raum steht, näher von *Weschpennig* (Fn. 4), S. 353 f. m.w.N.

44 EuGH, Urteil vom 13. Februar 1985 – C-293/83, ECLI:EU:C:1985:69 – Gravier. Das gilt nicht gleichermaßen für Unterhaltsbeihilfen, siehe EuGH, Urteil vom 15. März 2005 – C-209/03, ECLI:EU:C:2005:169, Rn. 43 ff. – Bidar; Urteil vom 18. November 2008 – C-158/07, ECLI:EU:C:2008:630, Rn. 55 – Förster.

45 Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38/EG vom 29. April 2004 (Freizügigkeitsrichtlinie), ABl. L 158 vom 30. April 2004, S. 77 (vgl. auch Fn. 113); Art. 11 Abs. 1 lit. b RL 2003/109/EG vom 25. November 2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, ABl. L 16 vom 23. Januar 2004, S. 44.

46 LT-Drs. 16/1617, S. 23.

47 Nicht näher behandelt wird im Folgenden das UNESCO-Übereinkommen gegen Diskriminierung im Unterrichtswesen, siehe hierzu *Riedel* (Fn. 6), S. 28.

48 BGBl II 1973, S. 1569; für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 3. Januar 1976, BGBl II 1976, S. 428.

49 Auch die Europäische Sozialcharta vom 18. Oktober 1961, BGBl II 1964, S. 1261, für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 26. Februar 1965, BGBl II 1965, S. 1122, fordert die Vertragsparteien im Rahmen des Rechts auf berufliche Ausbildung auf, Möglichkeiten des Hochschulzugangs nach alleiniger Maßgabe der persönlichen Eignung zu schaffen, Art. 10 Nr. 1. Gemäß Art. 10 Nr. 4 lit. a Sozialcharta verpflichten sich die Vertragsparteien, durch geeignete Maßnahmen zur vollen Ausnutzung der geschaffenen Möglichkeiten anzuregen, zum Beispiel dadurch, dass alle Gebühren und Kosten herabgesetzt oder abgeschafft werden. Während die Bundesrepublik Deutschland gemäß Art. 20 Abs. 1 lit. c Sozialcharta den allein eignungsabhängigen Hochschulzugang als für sich bindend ansieht, wurde die Geltung u.a. des Art. 10 Nr. 4 Sozialcharta durch einen Vorbehalt ausgeschlossen, BGBl II 1965, S. 1122, ausdrücklich auch BVerwGE 115, 32 (49 f.), missverständlich BVerfGE 134, 1 Rn. 43 – Landeskinderregelung, sodass hieraus keine weiteren Rechte oder Vorgaben abgeleitet werden können. Aus Art. 10 Nr. 1 Sozialcharta können keine weitergehenden Verpflichtungen abgeleitet werden als aus dem Sozialpakt. Im Übrigen beschränkt Abs. 1 des Anhangs zur Sozialcharta den erfassten Personenkreis auf Staatsangehörige anderer Vertragsparteien. Allgemein zur Bindungswirkung der Sozialcharta siehe *Juliane Kokott*, Die Staatsangehörigkeit als Unterscheidungsmerkmal für soziale Rechte von Ausländern, in: Kay Hailbronner, Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts. Bilanz und Ausblick an der Jahrtausendwende, 2000, S. 25 (32 f.). Soweit allerdings *Riedel* (Fn. 6), S. 37 aus der ebenfalls in Abs. 1 des Anhangs genannten Voraussetzung, dass erfasste Ausländer zudem ihren rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalt im Hoheitsgebiet der betreffenden Vertragspartei haben oder dort ordnungsgemäß beschäftigt sein müssen, schließt, dass bei Ausländern ohne gefestigten Inlandsbezug kein Anspruch auf Befreiung von Studiengebühren bestehen könne, ist dem zu entgegen, dass rechtmäßig in Deutschland Studierende gerade hier ihren rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalt haben.

2 Abs. 2 Sozialpakt verpflichten sich die Vertragsstaaten u.a. zu gewährleisten, dass die in diesem Pakt verkündeten Rechte ohne Diskriminierung hinsichtlich der nationalen Herkunft ausgeübt werden. Das Diskriminierungsverbot ist damit kein selbstständiges Recht, sondern steht immer im Zusammenhang mit sonstigen Paktrechten.⁵⁰ Abs. 3 ermöglicht den Entwicklungsländern eine abgestufte Gewährleistung der wirtschaftlichen Rechte aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Die Auslegung dieser Bestimmungen richtet sich nach den Grundsätzen in Art. 31 ff. des für die Bundesrepublik Deutschland am 20. August 1987 in Kraft getretenen⁵¹ Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (WVK)⁵² als Ausdruck allgemeinen Völkerwohnheitsrechts.⁵³

aa) Äußerungen des UN-Sozialausschusses

Über die Einhaltung des Sozialpakts wacht im Wesentlichen⁵⁴ der UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UN-Sozialausschuss) als Unterorgan des Wirtschafts- und Sozialrates der Vereinten Nationen im Rahmen eines Staatenberichtsverfahrens und verfasst hierzu Abschließende Bemerkungen (*concluding observations*). Darüber hinaus konkretisiert er die Paktrechte durch Allgemeine Kommentare (*general comments*). Beide sind völkerrechtlich nicht verbindlich, jedoch können die Abschließenden Bemerkungen Hinweise auf die allgemeine konsenterte Staatenpraxis geben und die Allgemeinen Kommentare als Interpretationshilfe herangezogen werden.⁵⁵ Gerichtliche Entscheidungen sieht der Sozialpakt hingegen nicht vor.

Auch das mittlerweile in Kraft getretene Fakultativprotokoll, welches u.a. ein Individualbeschwerdeverfahren vor dem UN-Sozialausschuss vorsieht,⁵⁶ hat die Bundesrepublik Deutschland bislang weder unterzeichnet noch ratifiziert.⁵⁷

Eine Analyse der Äußerungen des UN-Sozialausschusses hinterlässt im Ergebnis⁵⁸ ein ambivalentes Bild. Die Allgemeinen Kommentare stellen zunächst klar, dass Beeinträchtigungen grundsätzlich rechtfertigungsfähig sind. So erklärt der UN-Sozialausschuss in seinem Allgemeinen Kommentar Nr. 13 (1999), dass die Staaten zwar die Bereitstellung eines unentgeltlichen Grundschulunterrichts in den Vordergrund stellen müssten, darüber hinaus aber auch verpflichtet seien, konkrete Maßnahmen zur Verwirklichung u.a. einer unentgeltlichen Hochschulbildung zu ergreifen.⁵⁹ Zwar bestehe eine starke Vermutung für die Unzulässigkeit aller Maßnahmen, die das Recht auf Bildung beschneiden würden, jedoch sei eine Rechtfertigung solcher Maßnahmen, die bewusst auf eine Beschneidung abzielen, nach sorgfältigster Abwägung aller Alternativen möglich. Zu berücksichtigen seien hierbei die Gesamtheit der in dem Pakt gewährten Rechte sowie die volle Nutzung aller dem Vertragsstaat zur Verfügung stehenden Ressourcen.⁶⁰ Unterschiedliche Behandlungen etwa aus Gründen der Nationalität sind ausweislich des Allgemeinen Kommentars Nr. 20 (2009) rechtfertigungsfähig. Ziele und Wirkungen der Maßnahmen oder Unterlassungen müssten rechtmäßig und mit der Natur der im Pakt niedergelegten Rechte vereinbar sein sowie ausschließlich dem Zweck der Förderung des allgemeinen Wohls in einer

50 Siehe den Allgemeinen Kommentar Nr. 20 vom 2. Juli 2009, UN-Doc. E/C.12/GC/20, Abs. 7. Ein allgemeines Diskriminierungsverbot ohne Beschränkung auf die konkreten Paktrechte normiert Art. 26 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966, BGBl II 1973, S. 1533, für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 23. März 1976, BGBl II 1976, S. 1068, der aber gerade wegen seiner Allgemeinheit nicht über die Garantien des Sozialpakts hinausgehen dürfte. Im Übrigen sind Ungleichbehandlungen rechtfertigungsfähig, vgl. den Allgemeinen Kommentar Nr. 18 des UN-Menschenrechtsausschusses vom 10. November 1989, insb. Ziff. 3, 12, 13. Ausweislich des Vorbehalts, BGBl II 1994, S. 311, zum ersten Fakultativprotokoll, BGBl II 1992, S. 1246, darf schließlich der UN-Menschenrechtsausschuss Diskriminierungen in Bezug auf andere als im Pakt garantierte Rechte im Individualbeschwerdeverfahren nicht überprüfen.

51 BGBl II 1987, S. 757.

52 BGBl II 1985, S. 926.

53 BVerwGE 134, 1 Rn. 47. Relevant sind u.a. die gewöhnliche Bedeutung der Bestimmungen in ihrem Zusammenhang, Ziel und Zweck des Vertrags (Art. 31 Abs. 1 WVK), jede spätere Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung des Vertrags oder die Anwendung seiner Bestimmungen und jede spätere Übung bei der Anwendung des Vertrags, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung

hervorgeht (Art. 31 Abs. 3 lit. a und b WVK). Der Entstehungsgeschichte des Vertrags kommt hingegen nur subsidiäre Bedeutung zu (vgl. Art. 32 WVK).

54 Näher Jakob Schneider, Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte, Studie des Deutschen Instituts für Menschenrechte, 2004, S. 11 ff. Darüber hinaus werden teils Sonderberichterstatter eingesetzt, die dem UN-Menschenrechtsrat berichten, Sven Söllner, Studiengebühren und das Menschenrecht auf Bildung, 2007, S. 63; Mirja A. Trilsch, Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im innerstaatlichen Recht, 2012, S. 23.

55 BVerwGE 134, 1 Rn. 48; vgl. Andreas von Arnould, Völkerrecht, 3. Auflage 2016, Rn. 278; David Kretzmer, Human Rights, State Reports, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oktober 2008, Rn. 28; Nisuke Ando, General Comments/Recommendations, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, November 2008, Rn. 41.

56 Ausführlich hierzu Trilsch (Fn. 54), S. 55 ff.

57 Siehe http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?Treaty=CESCR&Lang=en (zuletzt abgerufen am 29. Mai 2017).

58 Ausführlich Söllner (Fn. 54), S. 172 ff.; zusammenfassend BVerwGE 134, 1 Rn. 53 ff.; von Weschpfennig (Fn. 4), S. 285 ff.

59 UN-Doc. E/C.12/1999/10 vom 8. Dezember 1999, Abs. 14, 20.

60 UN-Doc. E/C.12/1999/10 vom 8. Dezember 1999, Abs. 45.

demokratischen Gesellschaft dienen.⁶¹ Speziell zur Staatsangehörigkeit stellt der UN-Sozialausschuss klar, dass diese der Inanspruchnahme der Paktrechte nicht entgegenstehen sollte. Alle Kinder innerhalb eines Staates, einschließlich solcher mit undokumentiertem Status, hätten beispielsweise das Recht auf Bildung.⁶²

Diesen recht strikten Anforderungen steht der Duktus der Abschließenden Bemerkungen entgegen. Hier verzichtet der UN-Sozialausschuss in seinen Äußerungen zur Abgabenerhebung regelmäßig darauf, eine Paktverletzung ausdrücklich festzustellen,⁶³ zeigt sich aber häufig besorgt über die Kostenentwicklung im Hochschulwesen und empfiehlt in unterschiedlichen Kombinationen und Akzentuierungen, Hochschulausgaben zu erhöhen, höhere Studienabgaben zu vermeiden, sie zu senken, sozialgerecht auszugestalten oder für einen teilhabegerechten Hochschulzugang zu sorgen.⁶⁴ Gegenüber Deutschland zeigte sich der UN-Sozialausschuss zuletzt 2011 ebenfalls besorgt darüber, dass einer früheren Empfehlung zur Senkung und Abschaffung von Studiengebühren⁶⁵ nicht nachgekommen worden sei, wiederholte seine Empfehlung und forderte, mehr Zuständigkeiten für bildungspolitische Maßnahmen auf die Bundesebene zu verlagern (*national framework legislation, federal government*).⁶⁶ Australien⁶⁷ und Neuseeland⁶⁸ wurden hingegen nicht für die Erhebung von Studienabgaben gerügt.

Ähnlich ambivalent verhält sich der UN-Sozialausschuss zu Ungleichbehandlungen gegenüber Ausländern bei der Abgabenerhebung. 2009 empfahl er dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland, Ungleichbehandlungen zwischen Staatsangehörigen von Mitglied-

staaten der Europäischen Union und anderen Staatsangehörigen hinsichtlich Ermäßigungen bei Universitätsgebühren und finanziellen Unterstützungen zu beseitigen.⁶⁹ 2016 finden sich derartige Empfehlungen nicht mehr,⁷⁰ obwohl das Vereinigte Königreich im Staatenbericht auf Unterschiede beim Kreditzugang und der Abgabenhöhe hingewiesen hatte.⁷¹ Ähnliches gilt für Schweden⁷² und Österreich,⁷³ die freilich nur hervorgehoben hatten, welche Gruppen unentgeltliche Hochschulbildung genießen, so wie Neuseeland.⁷⁴

bb) Rezeption in Deutschland

Entgegen mancher Stimmen in der Literatur⁷⁵ betrachtet die Rechtsprechung Studienabgaben in Höhe von 500 Euro pro Semester im Ergebnis zu Recht durchgehend als völkerrechtskonform. Das Bundesverwaltungsgericht stellt in seiner Leitentscheidung vom 29. April 2009⁷⁶ ein aus Art. 13 Abs. 2 lit. c Sozialpakt abgeleitetes Recht auf chancengleichen Zugang zur Hochschulbildung unabhängig von der finanziellen Leistungsfähigkeit der Studierenden in den Vordergrund, während die Unentgeltlichkeit der Hochschulbildung kein verbindlicher Selbstzweck sei, sondern nur dienende Funktion habe. Dabei stützt sich der Senat im Kern auf systematische Erwägungen, die Staatenpraxis, welche Studienabgaben aufgeschlossen gegenübersteht, sowie die mitunter wohlwollende Äußerungspraxis des UN-Sozialausschusses. Folglich gingen die Paktrechte materiell nicht über die grundgesetzlich garantierten Teilhabegarantien aus Art. 12 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip hinaus und der Gesetzgeber habe einen beträchtli-

61 UN-Doc. E/C.12/GC/20 vom 2. Juli 2009, Abs. 13.

62 UN-Doc. E/C.12/GC/20 vom 2. Juli 2009, Abs. 30.

63 Söllner (Fn. 54), S. 184.

64 Vgl. etwa jüngst UN-Doc. E/C.12/GBR/CO/6 vom 14. Juli 2016, Abs. 65 f. zu Studienabgaben im Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland; UN-Doc. E/C.12/CAN/CO/6 vom 23. März 2016, Abs. 57 f. zu Studienabgaben in Kanada.

65 UN-Doc. E/C.12/1Add.68 vom 24. September 2001, Abs. 29, 47.

66 UN-Doc. E/C.12/DEU/CO/5, Abs. 30 vom 12. Juli 2011. Im anschließenden Staatenbericht vom 16. März 2017, UN-Doc. E/C.12/DEU/6, Abs. 239 f., erläutert die Bundesrepublik Deutschland die Kompetenzverteilung im Föderalismus sowie die einschlägige Verfassungsrechtsprechung und merkt die Abschaffung der allgemeinen Studienabgaben an.

67 Staatenbericht vom 7. Januar 2008, UN Doc. E/C.12/AUS/4 i.V.m. HRI/CORE/AUS/2007 vom 22. Juli 2008, Abs. 569 f.; Abschließende Bemerkungen vom 12. Juni 2009, UN Doc. E/C.12/AUS/CO/4, Abs. 31.

68 Staatenbericht vom 17. Januar 2011, UN Doc. E/C.12/NZL/3, Abs. 587 f.; Abschließende Bemerkungen vom 31. Mai 2012, UN Doc. E/C.12/NZL/CO/3.

69 UN-Doc. E/C.12/GBR/CO/5 vom 12. Juni 2009, Abs. 44.

70 UN-Doc. E/C.12/GBR/CO/6 vom 14. Juli 2016.

71 UN-Doc. E/C.12/GBR/6 vom 25. September 2014, Abs. 100 ff.

72 Staatenbericht vom 16. März 2015, UN Doc. E/C.12/SWE/6, Abs.

531; Abschließende Bemerkungen vom 14. Juli 2016, UN Doc. E/C.12/SWE/CO/6.

73 Staatenbericht vom 29. Oktober 2012, UN Doc. E/C.12/AUT/4, Abs. 294; Abschließende Bemerkungen vom 13. Dezember 2013, UN Doc. E/C.12/AUT/CO/4.

74 Staatenbericht vom 17. Januar 2011, UN Doc. E/C.12/NZL/3, Abs. 589, 595 ff.; Abschließende Bemerkungen vom 31. Mai 2012, UN Doc. E/C.12/NZL/CO/3.

75 Thorsten Deppner/Daniel Heck, Studiengebühren vor dem Hintergrund der Umsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen im Bundesstaat und der Vorgaben materiellen Verfassungsrechts, NVwZ 2008, S. 45 (47); Stefan Lorenzmeier, Völkerrechtswidrigkeit der Einführung von Studiengebühren und deren Auswirkung auf die deutsche Rechtsordnung, NVwZ 2006, S. 759 f.; differenzierend hingegen Bodo Pieroth/Bernd J. Hartmann, Studienbeitragsdarlehen am Maßstab höherrangigen Rechts, NWVBl 2007, S. 81 (82); Eibe Riedel/Sven Söllner, Studiengebühren im Lichte des UN-Sozialpakts, JZ 2006, S. 270 ff.; Söllner (Fn. 54), S. 217 ff.

76 BVerwGE 134, 1 Rn. 46, 49 ff.; siehe hierzu Stefan Lorenzmeier, Entscheidungsanmerkung, ZJS 2009, S. 438 ff.; Armin von Weschpfennig, BVerwGE 134, 1 (Urt. v. 29.04.2009; Az. 6 C 16.08). Verfassungs- und Völkerrechtmäßigkeit allgemeiner Studienabgaben, in: Armin Steinbach, Verwaltungsrechtsprechung, 2017, S. 218 ff.

chen Regelungsspielraum. Die nordrhein-westfälische Regelung genüge diesen Anforderungen, sodass die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 13 Abs. 2 lit. c Sozialpakt dahinstehen könne.

Ob die Bewertung hinsichtlich der gegenständlichen Abgaben in Höhe von 1.500 EUR je Semester ebenso ausfällt, kann hier noch dahinstehen. Denn Art. 13 Abs. 2 lit. c Sozialpakt gewährt im Grunde keinen weitergehenden Schutz als Art. 11 LV, wie bereits die nach Art. 31 Abs. 3 lit. b WVK für die Auslegung relevante Vertragspraxis und die weichen Äußerungen des Sozialausschusses zeigen. Auch gleichheitsrechtlich kann die Beurteilung nicht anders ausfallen, zumal der UN-Sozialausschuss eine höhere Belastung von Ausländern implizit akzeptiert.⁷⁷ Jedoch ist der Sozialpakt nach Maßgabe der folgenden Ausführungen im Blick zu behalten.

cc) Exkurs – Bedeutung des Sozialpakts bei der Anwendung nationalen Rechts

Fasst man den Schutzgehalt des Sozialpakts entgegen der hier vertretenen Auffassung bereits im Ansatz weiter als denjenigen nationaler Grundrechte und hält demnach

die Einführung von Studienabgaben pauschal für unzulässig,⁷⁸ kommt der Rezeption im nationalen Rechtsgefüge entscheidende Bedeutung zu,⁷⁹ da keinerlei völkerrechtliche Sanktionen drohen.⁸⁰ Auch ansonsten stellt sich die Frage, welchen Einfluss die soeben gewonnenen Erkenntnisse zum Sozialpakt auf das nationale Recht haben.

Ausgangspunkt hierbei war in der Vergangenheit⁸¹ die Vorstellung, dass der Sozialpakt als Teil des einfachen Bundesrechts⁸² landesrechtliche Studienabgaben nach Art. 31 GG⁸³ sperre, wenn Art. 13 Abs. 2 lit. c Sozialpakt unmittelbar anwendbar ist⁸⁴ und zudem der (Wieder-) Einführung von Studienabgaben entgegensteht.⁸⁵ Mit der Föderalismusreform 2006 hat der Verfassungsgeber allerdings seine Rahmenkompetenz für das Hochschulwesen, worauf auch Art. 13 Abs. 2 lit. c Sozialpakt gestützt war,⁸⁶ aufgegeben. In diesem Bereich ist nunmehr im Grunde abweichendes Landesrecht zulässig.⁸⁷

Allerdings bliebe dabei außer Acht, dass die Bundesrepublik Deutschland mit der Ratifizierung des Sozialpakts völkerrechtliche Verpflichtungen übernommen hat und derartige Bindungen nicht durch eine inner-

77 A.A. wohl Söllner (Fn. 54), S. 219 ff. Die dort näher behandelten Fälle sind aber auch unter Art. 3 Abs. 1 GG zu berücksichtigen, siehe unten in und bei Fn. 137.

78 Einen Verstoß annehmend Lohmann/Werdermann (Fn. 13), allerdings ohne Berücksichtigung der Vertragspraxis und der Spruchpraxis des UN-Sozialausschusses.

79 Trilsch (Fn. 54), S. 64.

80 Eibe Riedel/Sven Söllner, Studiengebühren im Lichte des UN-Sozialpakts, JZ 2006, S. 270 (275).

81 Ausführlich und kritisch zum Stand der Diskussion von Weschpfennig (Fn. 4), S. 287 ff.

82 BVerwGE 134, Rn. 46; Söllner (Fn. 54), S. 126 ff. Zur Bedeutung des Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG siehe BVerfGE 74, 358 (370); 111, 307 (316 f.); 128, 326 (367); Werner Heun, in: Horst Dreier, Grundgesetz. Kommentar, Band II, 3. Auflage 2015, Art. 59 Rn. 47; Christian Tomuschat, Staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band XI, Internationale Bezüge, 3. Auflage 2013, § 226 Rn. 26; vgl. Matthias Herdegen, in: Maunz/Dürig (Fn. 12), Art. 1 Abs. 2 Rn. 41 (Stand: März 2006). Grundlegend kritisch zur Konzeption Mehrdad Payandeh, Grenzen der Völkerrechtsfreundlichkeit. Der Treaty-Override-Beschluss des BVerfG, NJW 2016, S. 1279 (1280 f.) unter Verweis auf Heiko Sauer, vgl. etwa den Hinweis bei Heiko Sauer, Staatsrecht III, 4. Auflage 2016, § 6 Rn. 38d; Dietrich Rauschning, Verfassungspflicht zur Befolgung völkerrechtlicher Verträge, in: Marten Breuer/Astrid Epiney/Andreas Haratsch/Stefanie Schmahl/Norman Weiß, Der Staat im Recht. Festschrift für Eckart Klein zum 70. Geburtstag, 2013, S. 287 (296 ff.).

83 Siehe VG Minden, Urteil vom 26. März 2007 – 9 K 3614/06, NWVBl 2007, S. 314 (315); OVG Münster, Urteil vom 9. Oktober 2007 – 15 A 1596/07, NWVBl 2008, S. 22; Riedel/Söllner (Fn. 75), S. 277, ohne dass jeweils eine kompetenzielle Sperrwirkung vorab thematisiert würde.

84 Zumindest eine partielle unmittelbare Anwendbarkeit annehmend etwa VG Minden, Urteil vom 26. März 2007 – 9 K 3614/06,

NWVBl 2007, S. 314 (315 f.); Deppner/Heck (Fn. 75), S. 46 f.; Söllner (Fn. 54), S. 134 ff.; a.A. OVG Münster, Urteil vom 9. Oktober 2007 – 15 A 1596/07, NWVBl 2008, S. 22 ff. mit einer teils völkerrechtsverweigernden Argumentation. Für die Geltung als Bundesrecht kommt es hingegen nicht darauf an, dass der Vertrag auch unmittelbar anwendbar ist, Rudolf Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht mit Europarecht, 6. Auflage 2013, S. 165 f.; Martin Nettesheim, in: Maunz/Dürig (Fn. 12), Art. 59 Rn. 179 f. (Stand: Januar 2009); Ondolf Rojahn, in: Ingo von Münch/Philip Kunig, Grundgesetz. Kommentar, 6. Auflage 2012, Art. 59 Rn. 37 ff.; Michael Schweitzer/Hans-Georg Dederer, Staatsrecht III, 11. Auflage 2016, Rn. 825; Söllner (Fn. 54), S. 134 f.; Rudolf Streinz, in: Michael Sachs, Grundgesetz. Kommentar, 7. Auflage 2014, Art. 59 Rn. 66 f.; Trilsch (Fn. 54), S. 103 mit Fn. 357; missverständlich OVG Münster, Urteil vom 9. Oktober 2007 – 15 A 1596/07, NWVBl 2008, S. 22 f.; BVerfGE 29, 348 (360) – Finanzvertrag.

85 Siehe oben Fn. 75. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf Art. 28 Sozialpakt, der ausdrücklich die Geltung der Paktrechte für alle Teile eines Bundesstaates normiert. Trotz des Rangs als Bundesgesetz ist der materielle Gehalt nach den oben umrissenen völkerrechtlichen Auslegungsregeln zu bestimmen, BVerfGE 4, 157 (168); Rojahn (Fn. 84), Rn. 46 ff. Auf Basis der Transformationslehre ist dies eigentlich wenig konsequent, Sauer (Fn. 82), Rn. 11; Geiger (Fn. 84), S. 165; das Bundesverfassungsgericht hat sich zur Frage der Vollzugs-, oder Transformationslehre bislang nicht eindeutig positioniert, vgl. hierzu Streinz (Fn. 84), Rn. 46, wendet aber dennoch die völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze an.

86 Der Bundesgesetzgeber hatte nach der Rahmenkompetenz des Art. 75 Nr. 1a GG a.F. und der Bedürfnisprüfung nach Art. 72 Abs. 2 GG a.F. die Gesetzgebungskompetenz für die hier relevante Vorschrift des Sozialpakts, BVerwGE 134, 1 Rn. 46; Söllner (Fn. 54), S. 121 ff.; a.A., jedoch ohne Thematisierung der Rahmenkompetenz Deppner/Heck (Fn. 75), S. 46, 48; Riedel (Fn. 6), S. 48.

87 Näher – auch zu abweichenden Auffassungen – siehe von Weschpfennig (Fn. 4), S. 306 ff.

staatliche Anpassung des Kompetenzgefüges aufgehoben werden (können). Der Landesgesetzgeber muss den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes⁸⁸ beachten, nach dem innerstaatliches Recht einschließlich der Verfassung nach Möglichkeit so auszulegen ist, dass es mit Völkerrecht nicht in Widerspruch steht.⁸⁹ Eine andere Beurteilung erfordert auch nicht die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum steuerrechtlichen *treaty override*, in der die besondere Bedeutung menschenrechtlicher Verträge – also auch des Sozialpakts – im Anschluss an Art. 1 Abs. 2 GG betont wird.⁹⁰ Damit sind bei der Auslegung von Grundrechten die völkerrechtlichen Garantien aus Art. 13 Abs. 2 lit. c Sozialpakt zu berücksichtigen, ohne dass dessen unmittelbare Anwendbarkeit hierfür zwingende Voraussetzung wäre. Denn auch nicht unmittelbar vollziehbares Völkerrecht kann als Auslegungshilfe herangezogen werden, wird aber im Ergebnis oftmals weniger gewichtig sein.⁹¹ Die Äußerungen des UN-Sozialausschusses sind

nach Maßgabe der obigen Ausführungen im Blick zu behalten, *obwohl* diese völkerrechtlich nicht bindend sind.⁹² Eine den Entscheidungen des EGMR vergleichbare Wirkung⁹³ kommt ihnen aber nicht zu, zumal die Bundesrepublik Deutschland das Fakultativprotokoll weder unterzeichnet noch ratifiziert hat und somit eine quasi-judizielle Funktion⁹⁴ des Ausschusses gerade nicht anerkennt. Im Ergebnis kann daher der Schutzgehalt des Sozialpakts bedeutsam für die Auslegung von Grundrechten werden.

b) EMRK

Nach Art. 2 Satz 1 des Zusatzprotokolls vom 20. März 1952 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten⁹⁵ (EMRK-ZP) darf niemandem das Recht auf Bildung verwehrt werden. Art. 14 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 04. November 1950⁹⁶ (EMRK), der nach Art. 5 EMRK-ZP auf das Recht auf Bildung anzuwenden

88 BVerfGE 111, 307 (315 ff.) – Görgülü; 128, 326 (367 ff.) – Sicherungsverwahrung.

89 Näher von *Weschpfennig* (Fn. 4), S. 309 ff.

90 BVerfGE 141, 1 Rn. 76, vgl. auch die einleitende Bemerkung des Sondervotums, S. 44 Rn. 1. Zwar erscheint es problematisch, jedem Menschenrecht (auch) unter Bezugnahme auf Art. 1 Abs. 2 GG eine quasi-verfassungskräftige Stellung einzuräumen, vgl. *Wolfram Höfling*, in: Sachs (Fn. 84), Art. 1 Rn. 77, der eine „Rezeptionsautomatik in dem Sinne, dass jedes neue internationale Abkommen integrativer Bestandteil des Art. 1 II wird“, ablehnt und hier ausdrücklich auch auf den Sozialpakt verweist. Problematisch ist zunächst, dass der Sozialpakt, anders als die EMRK, mit deutlichem Abstand zur Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes ausgearbeitet wurde. Jedoch findet das Recht auf Bildung im Sozialpakt eine materielle Anknüpfung an Art. 26 Nr. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 (UN Doc. A/RES/217 A (III)). Hiernach hat jeder das Recht auf Bildung. Die Bildung ist unentgeltlich, zum mindesten der Grundschulunterricht und die grundlegende Bildung. Der Hochschulunterricht muss allen gleichermaßen entsprechend ihren Fähigkeiten offenstehen. Diese Erklärung, die der Parlamentarische Rat bei der Ausarbeitung des Grundgesetzes vor Augen hatte (*Herdegen* (Fn. 82), Rn. 2 (Stand: Februar 2004); *Karl-Peter Sommermann*, Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Maßstab der Verfassungskonkretisierung – Die Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes –, AöR 114 (1989), S. 391 (417); vgl. *Werner Matz*, in: JöR n.F. 1 (1951), S. 50), wird durch die korrespondierende Garantie im Sozialpakt auf vertraglicher Ebene gesichert, sodass sie Auslegungsmaßstab auch für die Verfassung ist, *Herdegen* (Fn. 82), Rn. 50 (Stand: März 2006); vgl. auch *Sommermann*, wie vor, S. 419. Kritisch zur Einschränkung der Vertragsbindung etwa *Ulrich Fastenrath*, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 15. Dezember 2015 – 2 BvL 1/12, JZ 2016, S. 636 (637 ff.); *Christina Henrich*, Das Bundesverfassungsgericht und die Verteidigung der Demokratie. Was kümmert mich meine Zustimmung von gestern?, NVwZ 2016, S. 668 ff.

91 *Sommermann* (Fn. 90), S. 420 f. Zu berücksichtigen ist zudem, dass sich zwar die materielle Auslegung des Vertrages nach Völkerrecht richtet, die unmittelbare Anwendbarkeit aber nach nationalen Maßstäben zu beurteilen ist, so BVerfGE 29, 348 (360); OVG Münster, Urteil vom 9. Oktober 2007 – 15 A 1596/07,

NWVBl 2008, S. 22 f.; *Trilsch* (Fn. 54), S. 104, sodass im Einzelfall ein völkerrechtlicher Verstoß festgestellt werden kann, obwohl es an der unmittelbaren Anwendbarkeit fehlt. Enger dagegen *Frank Hoffmeister*, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Grundrechtsverfassung und ihre Bedeutung in Deutschland, Der Staat 40 (2001), S. 349 (369 f.).

92 Vgl. auch *Kristina Schönfeldt*, Soft Law makes hard cases: Transformation von Soft Law in Hard Law durch nationale Behörden und Gerichte? – am Beispiel des Flüchtlingsrechts, in: Rechtskultur und Globalisierung, Tagungsband der 57. Assistententagung, Hagen 2017 (im Erscheinen, Nomos), unter VI. und VII. Zurückhaltend BVerfG (K), Beschluss vom 8. Dezember 2014 – 2 BvR 450/11, NVwZ 2015, S. 361, Rn. 45 f. im Rahmen der Genfer Flüchtlingskonvention.

93 So hat das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Geltungskraft der EMRK klargestellt, dass selbst Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Verfahren gegen andere Vertragsstaaten, in denen die Bindungswirkung des Art. 46 Abs. 1 EMRK nicht greift, Anlass geben, „die nationale Rechtsordnung zu überprüfen und sich bei einer möglicherweise erforderlichen Änderung an der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs zu orientieren“, BVerfGE 111, 307 (320)., ähnlich BVerfGE 128, 326 (368): faktische Orientierungs- und Leitfunktion. Dogmatisch wird diese Pflicht in der Literatur durch die Überlegung untermauert, dass die Rechtsprechung des EGMR den aktuellen Entwicklungsstand der Konvention und ihrer Protokolle widerspiegeln. Vom Gerichtshof geschaffenes Richterrecht entwickle die EMRK fort und habe an der völkerrechtlichen Verbindlichkeit der Konvention teil, *Jens Meyer-Ladewig/Kathrin Brunozzi*, in: Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer, EMRK. Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar, 4. Auflage 2017, Art. 46 Rn. 16 f.

94 *Trilsch* (Fn. 54), S. 58.

95 BGBl II 1956, S. 1879, für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 13. Februar 1957, BGBl II 1957, S. 226, Bekanntmachung der Neufassung vom 22. Oktober 2010, BGBl II 2010, S. 1196.

96 BGBl II 1952, S. 685, 953, für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 3. September 1953, BGBl II 1954, S. 14, Bekanntmachung der Neufassung vom 22. Oktober 2010, BGBl II 2010, S. 1196.

ist, garantiert den Genuss der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ohne Diskriminierung u.a. wegen der nationalen Herkunft. Nach der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte schließt das Recht auf Bildung auch das höhere Unterrichtswesen, also die Hochschulausbildung, ein.⁹⁷ Einschränkungen müssen für die Betroffenen vorhersehbar sein und ein berechtigtes Ziel verfolgen; die verwendeten Mittel müssen zudem verhältnismäßig zu dem verfolgten Ziel sein.⁹⁸ Speziell zur Erhebung von Schulgeld ausschließlich von Ausländern hebt das Gericht hervor, dass der Beurteilungsspielraum mit der Bildungsebene wachse, sodass – ohne dass dies entscheidungserheblich gewesen wäre – auf Hochschulebene höhere Gebühren oder Gebühren überhaupt für Ausländer üblich zu sein schienen und derzeit als gerechtfertigt gelten könnten.⁹⁹ Damit ergeben sich aus der EMRK freiheitsrechtlich keine weitergehenden Verpflichtungen, die über die grundrechtlichen Anforderungen hinausgehen. Gleichheitsrechtlich werden Differenzierungen zwischen Staatsangehörigen und Ausländern sogar ausdrücklich gebilligt.

c) Assoziierungsabkommen

Weitere Vorgaben können etwa Assoziierungsabkommen enthalten, die in der Regel als gemischte Abkommen¹⁰⁰ geschlossen werden.

So bestimmt im Verhältnis der Europäischen Union zur Türkei Art. 9 des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziierungsrates vom 19. September 1980 über die Entwick-

lung der Assoziation,¹⁰¹ dass türkische Kinder, die in einem Mitgliedstaat der Gemeinschaft ordnungsgemäß bei ihren Eltern wohnen, welche dort ordnungsgemäß beschäftigt sind oder waren, unter Zugrundelegung derselben Qualifikationen wie die Kinder von Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaates¹⁰² u.a. zur beruflichen Bildung zugelassen werden. Sie können in diesem Mitgliedstaat Anspruch auf die Vorteile haben, die nach den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften in diesem Bereich vorgesehen sind. Der EuGH sieht sowohl Assoziierungsabkommen¹⁰³ als auch hierzu ergangene Beschlüsse des Assoziierungsrates¹⁰⁴ als „integrierende Bestandteile“ der Unionsrechtsordnung an und begründet so die eigene Entscheidungszuständigkeit.¹⁰⁵ Einzelne Bestimmungen könnten ohne Durchführungsvorschriften in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar sein,¹⁰⁶ was das Gericht für den hier relevanten Art. 9 Beschluss Nr. 1/80 angenommen hat.¹⁰⁷ Inhaltlich garantiert die Bestimmung trotz der einschränkenden Formulierung („können“) im Grunde einen diskriminierungsfreien Zugang zum Bildungssystem¹⁰⁸ einschließlich des Hochschulzugangs.¹⁰⁹ Türkischen Kindern, die unter die Norm fallen, darf daher der Vorteil des kostenlosen Studiums, den Deutsche genießen, nicht vorenthalten werden.¹¹⁰

Auch das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 2. Mai 1992 (EWR-Abkommen)¹¹¹ verbietet in Art. 4 unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Abkommens *in seinem Anwendungsbereich* jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit.

97 EGMR, Urteil vom 10. November 2005 – 44774/98, NVwZ 2006, S. 1389 Rn. 134 ff. – Leyla Sahin/Türkei.

98 EGMR, Urteil vom 10. November 2005 – 44774/98, NVwZ 2006, S. 1389 Rn. 154 – Leyla Sahin/Türkei.

99 EGMR, Urteil vom 21. Juni 2011 – 5335/05, Rn. 56 – Ponomaryov/Bulgarien.

100 Marc Bungenberg, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage 2015, AEUV Art. 217 Rn. 40; Silja Vöneky/Britta Beylage-Haarmann, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, AEUV Art. 217 Rn. 21 (Stand: April 2015).

101 Abrufbar u.a. bei beck-online. Gestützt auf das Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei vom 12. September 1963, BGBl II 1964, S. 509, für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 1. Dezember 1964, BGBl II 1964, S. 1959.

102 Es findet keine Gleichbehandlung mit deutschen Staatsangehörigen sondern nur mit Unionsbürgern statt, Art. 59 des Zusatzprotokolls für die Übergangsphase der Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei, BGBl II 1972, S. 385; hierzu Thomas Oberhäuser, in: Rainer M. Hofmann, Ausländerrecht, 2. Auflage 2016, EWG-Türkei Artikel 9 Rn. 6 f. Wegen des Diskriminierungsverbots nach Art. 18 AEUV wird sich hier regelmäßig kein Unterschied ergeben.

103 EuGH, Urteil vom 30. September 1987 – C-12/86, ECLI:EU:C:1987:400, Rn. 7 – Demirel.

104 EuGH, Urteil vom 14. November 1989 – C-30/88, ECLI:EU:C:1989:422; Rn. 13 – Griechenland/Kommission; Urteil vom 20. September 1990 – C-192/89, ECLI:EU:C:1990:322, Rn. 9f. – Sevince.

105 Zur Problematik bei gemischten Abkommen siehe Vöneky/Beylage-Haarmann (Fn. 100), Rn. 69.

106 Zur grundsätzlichen Zulässigkeit der Annahme einer unmittelbaren Wirkung siehe Kirsten Schmalenbach, in: Christian Callies/Matthias Ruffert, EUV/AEUV. Kommentar, 5. Auflage 2016, AEUV Art. 217 Rn. 26 ff.; Vöneky/Beylage-Haarmann (Fn. 100), Rn. 68; differenzierend hinsichtlich gemischter Abkommen Bungenberg (Fn. 100), Rn. 44.

107 EuGH, Urteil vom 7. Juli 2005 – C-374/03, ECLI:EU:C:2005:435, Rn. 19 ff., 34 ff. – Gürol. LT-Drs. 16/1617, S. 23, 44 stellt insoweit klar, dass das Wissenschaftsministerium den Hochschulen entsprechende Durchführungshinweise gibt, während eine ausdrückliche gesetzliche Normierung nicht erfolgt.

108 Vgl. Clemens Kurzidem, in: Winfried Kluth/Andreas Heusch, BeckOK Ausländerrecht, 13. Edition, Stand: 1. Februar 2017, EWG-Türkei Artikel 9 Rn. 1 f.; Oberhäuser (Fn. 102).

109 EuGH, Urteil vom 7. Juli 2005 – C-374/03, ECLI:EU:C:2005:435 – Gürol – betraf die Gewährung von Ausbildungsförderung für ein Auslandsstudium nach dem BAföG.

110 I.E. ebenso Riedel (Fn. 6), S. 8.

111 BGBl II 1993, S. 266, für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 1. Januar 1994, BGBl II 1994, S. 515.

Nach Art. 78 EWR-Abkommen im Anschluss an Art. 1 Abs. 2 lit. f EWR-Abkommen verstärken und erweitern die Vertragsparteien ihre Zusammenarbeit im Rahmen der Gemeinschaftsaktionen u.a. im Bereich der allgemeinen und beruflichen Bildung. Etwa das Protokoll Nr. 29 über die berufliche Bildung greift dies auf und erklärt die Übereinkunft der Vertragsparteien, sich um eine Verbesserung der Bedingungen für Studenten aus anderen EWR-Staaten zu bemühen. Ausdrücklich unberührt bleiben bereits vor Inkrafttreten des Abkommens bestehende Möglichkeiten einzelner Mitgliedstaaten in Bezug auf von Ausländern erhobene Studiengebühren. Da die Vorschriften parallel zum Unionsrecht auszulegen sind,¹¹² ist auch hier ebenso wie bei Art. 18 AEUV der Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots eröffnet, sodass Studienabgaben von EWR-Staatsangehörigen nur dann erhoben werden dürfen, wenn Inländer ebenso abgabepflichtig sind. Diese Verpflichtung greifen die Neuregelungen im LHGebG n.F. auf.¹¹³

Relevant ist schließlich das entwicklungspolitisch ausgerichtete Cotonou-Abkommen zwischen den Staaten in Afrika, im Karibischen Raum und im Pazifischen Ozean (sog. AKP-Staaten), der Europäischen Gemeinschaft und deren Mitgliedstaaten vom 23. Juni 2000.¹¹⁴ Nach Art. 1 Satz 1 Cotonou-Abkommen soll das Abkommen – im Sinne eines Beitrags zu Frieden und Sicherheit und zur Förderung eines stabilen und demokratischen politischen Umfelds – die wirtschaftliche, kulturelle und soziale Entwicklung der AKP-Staaten fördern und beschleunigen. Nach dem ausweislich der Überschrift die Einwanderung regelnden Art. 13 Abs. 1 Cotonou-Abkommen bestätigen die Vertragsparteien ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen zur Gewährleistung der Achtung der Menschenwürde und zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung. Abs. 2 erklärt – sehr verschachtelt – Einigkeit in der Auffassung, dass Partnerschaft im Zusammenhang mit Einwanderung bedeutet, dass sich legal im Hoheitsgebiet aufhaltende Staatsangehörige von Drittländern im Rahmen einer Integrationspolitik Rechte und Pflichten erhalten, die denjenigen der eigenen Staatsangehörigen „vergleichbar“ sind, die Dis-

kriminierung im wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und kulturellen Leben verringert wird und dass Maßnahmen gegen Rassismus und Fremdenfeindlichkeit entwickelt werden. Ein spezielles Diskriminierungsverbot für Arbeitnehmer hinsichtlich der Arbeits-, Entlohnungs- und Kündigungsbedingungen enthält Abs. 3. Die bloße Erklärung der Einigkeit zielt nicht auf zwingende Verpflichtungen ab,¹¹⁵ jedenfalls erfordert die „vergleichbare“ Rechtsgewährung im Rahmen einer Integrationspolitik nicht die *sofortige* Gleichstellung eines jeden AKP-Staatsangehörigen nach Einreise, sodass weder im Hinblick auf die Unentgeltlichkeit noch Gleichbehandlung *konkrete* Pflichten bestehen. Art. 13 Abs. 2 Cotonou-Abkommen ist mehr als politische Leitlinie zu verstehen. Weiterhin unterstützt nach Abs. 4 die Gemeinschaft durch nationale und regionale Kooperationsprogramme die Ausbildung von AKP-Staatsangehörigen u.a. auch in Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Auch dies begründet noch keine unmittelbare Verpflichtung zur Unentgeltlichkeit, gleichwohl erscheint es sinnvoll, die besondere Stellung der AKP-Staatsangehörigen besonders zu berücksichtigen, um die Vertragsziele nicht zu konterkarieren.¹¹⁶

IV. Verfassungs- und Völkerrechtmäßigkeit der selektiven Abgabenerhebung

Bereits nach der Darstellung des Prüfungsmaßstabs ist klar, dass EU-Ausländer, EWR-Staatsangehörige und auch unter bestimmten Voraussetzungen Kinder von in Deutschland lebenden türkischen Staatsangehörigen bezüglich der Erhebung von Studienabgaben nicht gegenüber Inländern benachteiligt werden dürfen. Dem trägt § 3 Abs. 1 LHGebG n.F. mit der Definition des erfassten Personenkreises weitgehend Rechnung. Die Verpflichtung zur Gleichstellung bestimmter türkischer Staatsangehöriger ist unmittelbar anwendbar; eine ausdrückliche gesetzgeberische Klarstellung wäre aber wünschenswert gewesen.

Weiterhin sind bei der Vereinbarkeit der Abgaben mit höherrangigem Recht gedanklich zwei Problemkrei-

112 Vgl. Ulrich Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 100), AEUV Art. 45 Rn. 42 (Stand: September 2010).

113 Gleiches gilt im Ergebnis für die Behandlung von Familienangehörigen nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 LHGebG n.F., siehe oben in und bei Fn. 45, weil nach dem Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 158/2007 vom 7. Dezember 2007, ABl. L 124 vom 08. Mai 2008, S. 20 die Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG in das EWR-Abkommen aufgenommen wurde. Die Privilegierung von Angehörigen nicht erwerbstätiger EWR-Staatsangehöriger (vgl. § 3 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 5 FreizügG/EU), dürfte dagegen nicht notwendig gewesen sein, weil derartige Aufenthaltsrechte nicht allgemein Gegenstand des EWR-Abkommens sind. Nicht überzeugend ist es, die Gleichbehandlungspflicht für EWR-Staats-

angehörige pauschal auf Art. 28 EWR-Abkommen zu stützen, weil dort nur die Arbeitnehmerfreizügigkeit normiert ist, so aber LT-Drs. 16/1617, S. 20.

114 BGBl II 2002, S. 325, für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 1. April 2003, BGBl. II 2007, S. 533.

115 Vgl. Andreas Zimmermann, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 100), AEUV Artikel 209 Rn. 44 f., der nur zu Art. 13 Abs. 3 des Abkommens die unmittelbare Anwendbarkeit feststellt; vgl. auch Cordula Kreis/Effe Schmid, Bosman und kein Ende? Zur Vereinbarkeit von Ausländerklauseln mit dem AKP-EG-Partnerschaftsabkommen, NZA 2003, S. 1013 (1015 f.).

116 Ähnlich Riedel (Fn. 6), S. 8 f.

se zu unterscheiden. *Erstens*: Ist eine selektive Studienabgabe in Höhe von 1.500 Euro pro Semester ohne Darlehenssystem mit derivativen Teilhaberechten vereinbar? Prüfungsmaßstab ist im Ausgangspunkt Art. 11 LV, der seine Gewährleistung nicht auf Deutsche beschränkt, und auf Bundesebene ggf. Art. 2 Abs. 1 GG. *Zweitens*: Darf der Gesetzgeber Ausländer gegenüber deutschen Staatsangehörigen benachteiligen? Welche Ausländer sind Deutschen gleichzustellen? Prüfungsmaßstab ist Art. 3 Abs. 1 GG, wobei bei dem Ausmaß der Ungleichbehandlung die Erschwerung des Hochschulzugangs als Reflex zu berücksichtigen ist. Beide Problemkreise haben große Schnittmengen und können – wie sogleich zu zeigen ist – nicht getrennt behandelt werden.

1. Teilhabe an der hochschulischen Ausbildung, insbesondere Art. 11 LV

Bedenkt man den argumentativen Aufwand, mit dem die Gerichte die Sozialverträglichkeit von Studienabgaben in Höhe von 500 EUR je Semester bei ausdifferenzierten Darlehenssystemen begründen, spricht einiges dafür, dass sie – jedenfalls am Maßstab des berufsbezogenen Teilhaberechts und damit auch des Art. 11 LV – *allgemeine* Abgaben in dreifacher Höhe ohne nennenswerte soziale Abfederungen nicht akzeptieren würden, weil sie abschreckende Wirkungen in nicht mehr nur unerheblichem Ausmaß haben dürften. Fraglich ist, ob die Rechtslage anders zu beurteilen ist, wenn nur eine kleine Gruppe von ausländischen Staatsangehörigen betroffen ist.

a) Der Vorbehalt des Möglichen

Nach ständiger Rechtsprechung stehen Teilhaberechte unter dem Vorbehalt des Möglichen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen

kann.¹¹⁷ Welcher materielle Gehalt hinter dieser Formel steht, bleibt aber auch nach Jahrzehnten einigermaßen im Dunklen.¹¹⁸ Klar dürfte hingegen sein, dass nicht alle, die aus dem Ausland durch ein Immatrikulationsbegehren *selbst* den Kontakt zur deutschen Hoheitsgewalt suchen, die gleichen Teilhabegarantien wie Einheimische genießen.¹¹⁹ An diesem Befund wird *prima facie* auch ein nur kurzzeitiger (legaler) Aufenthalt im Inland nichts grundsätzlich ändern,¹²⁰ selbst wenn innerhalb dieser Gruppe eine sozialgerechte Teilhabe nach obigem Verständnis nicht mehr gesichert ist.¹²¹ Hingegen ist eine *pauschale* Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit ohne Ansehung der näheren Umstände ebenfalls nicht tragfähig,¹²² zumal damit völlig außer Acht gelassen würde, dass Art. 11 LV gerade nicht zwischen Deutschen und Ausländern differenziert.¹²³ Mit der notwendigen Grenzziehung ist eine Ungleichbehandlung verbunden, sodass der *gleichheitsrechtliche* Aspekt¹²⁴ an Bedeutung gewinnt.

b) Differenzierung nach der Teilhabe an der Staatsfinanzierung?

In der politischen Diskussion wird zuweilen das Steuerargument bemüht, wonach diejenigen, die in Deutschland keine Steuern zahlen, einen anderweitigen Beitrag zur ansonsten steuerfinanzierten Hochschulbildung leisten müssten.¹²⁵ Diese plakative Aussage greift bei näherer Betrachtung zu kurz. Es ist gerade eine Errungenschaft des Steuerstaates, keine Dienst- und Sachleistungen der Bürger in Anspruch nehmen zu müssen, sondern staatliche Aufgaben selbst mittels Steuerfinanzierung zu erfüllen. Dabei werden Steuern *unabhängig* von einer bestimmten Gegenleistung erhoben und ermöglichen es dem Staat, seine Ziele und die Mittelverwendung selbst zu bestimmen.¹²⁶ Folglich verfängt es nicht, tatsächlich

117 BVerfGE 33, 303 (333) – numerus clausus I; BVerwGE 134, 1 Rn. 20.

118 *Trilsch* (Fn. 54), S. 364 ff., 448.

119 Dies akzeptieren im Grunde wohl auch *Lohmann/Werdermann* (Fn. 13) zur fehlenden extraterritorialen Anwendbarkeit des Sozialpakts.

120 Diese Schlussfolgerung ziehen *Lohmann/Werdermann* (Fn. 13) unter Berufung auf die nunmehr bestehende territoriale Anwendbarkeit dann nicht mehr. Anders verhält es sich bei einem Anspruch auf ein menschenwürdiges Existenzminimum, welches nach BVerfGE 132, 134 Rn. 94 f. – Asylbewerberleistungsgesetz – auch migrationspolitisch nicht zu relativieren ist.

121 A.A. wohl *Langeloh* (Fn. 32), S. 200 f.; Wie hier wohl *Riedel* (Fn. 6), S. 44 f., 49, der zwar einerseits die sozialgerechte Ausgestaltung für auf dem Territorium befindliche Ausländer fordert, andererseits aber Ausländer ohne gefestigten Inlandsbezug hieran wohl nicht teilhaben lässt (anders wiederum S. 54 selbst für „illegale“ Ausländer).

122 BVerfGE 130, 240 (253, 255) – Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz; *Klaus Ferdinand Gärditz*, Der Bürgerstatus im Lichte

von Migration und europäischer Integration, VVDStRL 72 (2012), S. 44 (82); *Gundel* (Fn. 23) Rn. 86; *Lohmann/Werdermann* (Fn. 13); *Jörg Menzel*, Internationales Öffentliches Recht. Verfassungs- und Verwaltungsgrenzrecht in Zeiten offener Staatlichkeit, 2011, S. 585, ferner S. 431 f.

123 Eine pauschale Differenzierung trägt gleichheitsrechtlich aber auch nicht im Bereich der Deutschengrundrechte, siehe oben III. 2. c).

124 Vgl. auch *Riedel* (Fn. 6), S. 41 ff.

125 Vgl. Studiengebühren für EU-Ausländer in Baden-Württemberg, *Forschung & Lehre* 2017, S. 7 zu einer Erklärung des Ministerpräsidenten *Winfried Kretschmann*; BT-Drs. VI/1975, S. 25 zu § 8 BAföG.

126 Näher *Josef Isensee*, Steuerstaat als Staatsform, in: Rolf Stödter/Werner Thieme, Hamburg, Deutschland, Europa. Beiträge zum deutschen und europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Hans Peter Ipsen zum 70. Geburtstag, 1977, S. 409, (414 ff.); vgl. BVerfG, Beschluss vom 2. Juni 2003 – 2 BvR 1775/02, NJW 2003, S. 2600 zur Steuerermäßigung aus Gewissensgründen.

nicht bestehende Gegenleistungsverhältnisse zwischen Steuerschuldern und staatlicher Leistung in Form der Hochschulausbildung zu konstruieren und als Abgrenzungsmerkmal zu stilisieren. Im Übrigen tragen ausländische Studierende während ihrer Ausbildung *zumindest* über indirekte Steuern zur Staatsfinanzierung bei. Differenzierungen nach einer Steuerschuldnerschaft mögen als *politisch* legitim betrachtet werden, verfassungsrechtlich belastbar sind sie nicht.¹²⁷

c) Gegenseitigkeit, Verbindung zum Lebens- und Kulturkreis, Sozialstaat

So folgt das Gesetz einem anderen Ansatz, nämlich der Frage nach (völkerrechtlichen) Verpflichtungen gegenüber anderen Staaten oder Hochschulen sowie – was allerdings eine gewisse Definitionsunschärfe einschließt – der Verbindung des einzelnen Studierwilligen zur „Gesellschaft“ bzw. zum Lebens- und Kulturkreis¹²⁸ (Stichwort: Solidargemeinschaft), die wiederum von sozialstaatlichen Aspekten flankiert wird. Wer hierin bereits im Ausgangspunkt ein Indiz für ein „vormoderne Zugehörigkeitsverständnis“ erblickt,¹²⁹ läuft Gefahr, entgegen der weltweit durchaus üblichen und etwa vom EGMR und in neuerer Zeit implizit auch vom UN-Sozialausschuss akzeptierten Staatspraxis die verfassungsrechtliche Reichweite von Teilhaberechten an endlichen Ressourcen überzustrapazieren und den Gestaltungsspielraum des demokratisch legitimierten Gesetzgebers deutlich einzuengen. Auch im offenen Staat sind Unterscheidungen nach der Staatsangehörigkeit grundsätzlich legitim¹³⁰ zumal sie das Grundgesetz vielfach vorsieht.¹³¹ Soweit Leistungs- und Teilhaberechte – wie bei Art. 11 LV – nicht nur Deutschen garantiert werden, können entsprechende Differenzierungen dennoch zulässig sein,¹³² müssen aber ihrerseits völker- und europarecht-

lichen Verpflichtungen genügen. Die Öffnung des Staates nach außen entfaltet darüber hinaus Rückwirkungen auf die grundrechtlichen Garantien selbst und kann deren Verständnis im Laufe der Zeit ändern.¹³³ Dem muss (und kann) eine Differenzierung nach der Verbindung zum hiesigen Lebens- und Kulturkreis Rechnung tragen.¹³⁴

aa) Völkerrechtliche Gegenseitigkeit

In Umsetzung des Grundsatzes der völkerrechtlichen Gegenseitigkeit¹³⁵ sind zunächst wechselseitige Verpflichtungen zur Unentgeltlichkeit oder zumindest zur Gleichbehandlung mit Inländern zu beachten. Hieran knüpfen neben den bereits thematisierten europarechtlichen Verpflichtungen – wenngleich sehr zurückhaltend – die Öffnungsklauseln des § 6 Abs. 1 LHGebG n.F. für völkerrechtliche Verträge, die Abgabefreiheit garantieren, sowie entsprechende Hochschulkooperationen an.

Darüber hinaus ist es rechtspolitisch zu begrüßen, wenn Staatsangehörige der AKP-Staaten bei individuellen Befreiungsentscheidungen durch die Hochschulen nach § 6 Abs. 4 Satz 2 LHGebG n.F. besonders zu berücksichtigen sind. Systematisch verfehlt ist jedoch die Implementierung im Befreiungstatbestand für besondere Begabungen. Befreiungen aus entwicklungspolitischen Gründen und solche zur Begabtenförderung haben im Ausgangspunkt nicht gemein und können sich lediglich bei der jeweiligen Einzelperson treffen. Da die Befreiungen nach § 6 Abs. 5 LHGebG n.F. prozentual gedeckelt sind, konterkariert die Ergänzung des ursprünglichen Anhörungsentwurfs, der die Berücksichtigung der AKP-Staatsangehörigen noch nicht enthielt, die Begabtenförderung. Hier wäre ein gesonderter Befreiungstatbestand systematisch vorzugswürdig gewesen.

127 Vgl. auch BVerfG (K), Beschluss vom 13. Januar 1993 – 1 BvR 1690/92, NVwZ 1993, S. 881 (882).

128 BVerfG (K), Beschluss vom 13. Januar 1993 – 1 BvR 1690/92, NVwZ 1993, S. 881 (882).

129 *Lohmann/Werdermann* (Fn. 13) zur Berufung auf den Lebens- und Kulturkreis.

130 Dies stellen auch *Lohmann/Werdermann* (Fn. 13) nicht gänzlich in Abrede. Vgl. *Gärditz* (Fn. 122), S. 68 f.; *Christian Walter*, Der Bürgerstatus im Lichte von Migration und europäischer Integration, VVDStRL 72 (2012), S. 7 (25 f.), der auch nach Auswertung der neuesten Verfassungsrechtsprechung die Unterscheidung nach der Staatsangehörigkeit lediglich als „tendenziell ‚verdächtig‘“ sieht; vgl. *Menzel* (Fn. 122), S. 111 f., 431 f.; ferner *Schorkopf* (Fn. 12), S. 13 ff.

131 *Gundel* (Fn. 23) Rn. 84.

132 Siehe etwa BVerfGE 123, 267 Rn. 350 – Lissabon – zu Sozialleistungen gegenüber Unionsbürgern.

133 Vgl. *Walter* (Fn. 130), S. 26 zur rasanten Entwicklung in der Sozialrechtsprechung: „Was gestern noch unionsrechtliche Zumutung war, ist heute verfassungsrechtliche Selbstverständlichkeit“ für alle Ausländer.

134 Vgl. auch die einfachrechtliche Bestandsaufnahme bei *Gärditz* (Fn. 122), S. 60 ff.

135 Siehe hierzu BVerfGE 30, 409 ff., sehr zweifelhaft allerdings in abwehrrechtlichen Konstellationen; allgemein *Matthias Knauff*, Reziprozität, in: Burkhard Schöbener, Völkerrecht. Lexikon zentraler Begriffe und Themen, 2014. Soweit BVerfGE 130, 240 (259 f.) – Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz – wegen der Bundeskompetenz nach Art. 32 Abs. 1 GG Zweifel daran hat, ob sich ein Landesgesetzgeber im Verhältnis zu anderen Staaten auf Gegenseitigkeit berufen kann, trägt dies jedenfalls dann nicht, wenn durch Landesrecht nur Gegenseitigkeitsverpflichtungen des Bundes Rechnung getragen wird. Näher zum Problem siehe *Langeloh* (Fn. 32), S. 194 f.

bb) Verankerung im Lebens- und Kulturkreis auch im Lichte des Sozialstaates

Eine Gleichstellung kann auch dann vernünftigerweise von der Gesellschaft beansprucht werden, wenn die betroffene Gruppe ausreichend im Lebens- und Kulturkreis verankert ist, was insbesondere bei sogenannten Bildungsinländern und solchen, die bereits längere Zeit in Deutschland rechtmäßig leben und aufgrund ihrer Erwerbstätigkeit in der Gesellschaft integriert sind,¹³⁶ anzunehmen ist. Hinzu kommen bei besonderer Gewichtung des Sozialstaatsprinzips Befreiungen bei Behinderungen sowie insbesondere Fälle besonderer Schutzbedürftigkeit, bei denen ein längerfristiger Aufenthalt regelmäßig zu erwarten ist.¹³⁷ Soweit zusätzlich Familienangehörige begünstigt werden, ist dies durch Art. 6 GG angezeigt. Insgesamt ist daher die Übernahme der Regelungsinhalte des § 8 BAföG zu begrüßen, ohne dass hier jeder Tatbestand zur uneingeschränkten Gleichstellung separat auf seine verfassungsrechtliche Notwendigkeit überprüft werden soll.¹³⁸

cc) Weitere Gleichstellungen nach Maßgabe der Verfassungsrechtsprechung?

Ausgehend von der jüngeren Verfassungsrechtsprechung vertreten *Lohmann/Werdermann*, dass eine Belastung der Gruppe der abgabepflichtigen Ausländer gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoße, weil tatsächlich „ein großer Teil der ausländischen Studierenden nach dem Studium in Deutschland“ verbleibe.¹³⁹ Damit könnte – übertragen auf das Teilhaberecht an der Hochschulbildung – die Kostenfreiheit vernünftigerweise von der Gesellschaft verlangt werden, da jedenfalls künftig ein relevanter Anteil im Lebens- und Kulturkreis verankert sein wird. Tatsächlich besteht hieran auch ein staatliches Interesse¹⁴⁰; § 16 Abs. 4 AufenthG stellt entsprechende Rechtsgrundlagen bereit.¹⁴¹ Dies liefe im Ergebnis man-

gels Prognostizierbarkeit, wer genau in Deutschland verbleiben wird, auf einen *teilhaberechtlichen* Anspruch aller studierwilligen Ausländer an einer sozialgerecht ausgestalteten Hochschulzulassung ungeachtet einer Bindung zum Lebens- und Kulturkreis hinaus und würde *gleichheitsrechtlich* weitergehend eine Gleichstellung mit deutschen Studierenden – derzeit also die Kostenfreiheit – bedeuten.

In der Tat genügt die Staatsangehörigkeit nicht als alleiniges Differenzierungskriterium, sondern bedarf ausweislich der neueren Verfassungsrechtsprechung eines hinreichenden Sachgrundes,¹⁴² sodass eine Differenzierung nach einem prognostizierten längerfristigen Aufenthalt nur dann tragfähig ist, wenn hierzu eine gesicherte Prognose möglich erscheint. Ist dies nicht der Fall oder werden sogar zahlreiche Ausländer, die später in Deutschland verbleiben, entgegen der Prognose benachteiligt, entfällt der Sachgrund.¹⁴³ Ganz in diesem Sinne hat das Bundesverfassungsgericht – was seinerzeit eine deutliche Erweiterung des verfassungsrechtlichen Schutzes bedeutete¹⁴⁴ – zu familienbezogenen staatlichen Geldleistungen entschieden, dass zwar im Grunde Differenzierungen nach dem voraussichtlichen dauerhaften Aufenthalt zulässig seien, allerdings die jeweilige gesetzliche Gruppenbildung diesen Anforderungen nicht genüge.¹⁴⁵

Im Unterschied hierzu geht es bei der Abgabenerhebung gegenüber ausländischen Staatsangehörigen allerdings nicht um eine Benachteiligung in einem durch Art. 6 GG besonders geschützten Bereich, sondern um die Ausgestaltung einer grundsätzlich gewährten Teilhabe an der hochschulischen Ausbildung, sodass schon die Frage nach der Vergleichbarkeit der Sachverhalte aufgeworfen werden kann. Abgesehen davon handelte es sich in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts um benachteiligte Ausländer, die bereits seit Jahren in Deutschland lebten und entsprechende Aufenthaltsbe-

136 *Langeloh* (Fn. 32), S. 193 f.; *von Weschpfennig* (Fn. 4), S. 351 f.

137 Ähnlich *Söllner* (Fn. 54), S. 221 f. zum Sozialpakt unter Auswertung der Äußerungen des UN-Sozialausschusses; vgl. BVerfGE 111, 160 (174 f.) – Kindergeld für Ausländer.

138 Eine bundesrechtliche Verpflichtung zur Gleichstellung besteht gegenüber heimatlosen Ausländern nach § 14 Abs. 1 HAuslG. Zu den Anforderungen an eine verfassungsmäßige Differenzierung vgl. zunächst BVerfGE 111, 160 (171 ff.) – Kindergeld für Ausländer.

139 *Lohmann/Werdermann* (Fn. 13) unter Verweis auf Studien und Analysen des DAAD, <https://www.daad.de/der-daad/analysen-und-studien/de/39273-verbleib-auslaendischer-studierender-und-absolventen-in-deutschland/> (zuletzt abgerufen am 29. Mai 2017), die allerdings keine gesicherten Erkenntnisse ermöglichen, ausdrücklich https://www.daad.de/medien/der-daad/analysen-studien/final_blickpunkt-verbleib.pdf (zuletzt abgerufen am 29. Mai 2017), S. 2 f.

140 Zur Situation an Musikhochschulen siehe unten d).

141 In diesem Zusammenhang könnte noch ein Verstoß gegen den Grundsatz der Bundestreue in Betracht zu ziehen sein, der im Ergebnis aber jedenfalls daran scheitert, dass der Landesgesetzgeber weder eine bundesgesetzlich nur vage formulierte Zielrichtung konterkarieren will, noch dies mit der bloßen Einführung von Ausländerstudienabgaben bei gleichbleibenden Vorabquoten für Ausländer im Zulassungsrecht tatsächlich könnte.

142 BVerfGE 130, 240 (255) – Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz.

143 Vgl. auch *Langeloh* (Fn. 32), S. 189 ff.

144 *Walter* (Fn. 130), S. 26. Siehe etwa die deutlich liberalere Grundtendenz bei *Kokott* (Fn. 49), S. 36 ff.

145 BVerfGE 111, 160 (174 f.) – Kindergeld für Ausländer; 111, 176 (185) – Erziehungsgeld für Ausländer; 130, 240 (257 f.) – Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz; 132, 72 Rn. 26 ff. – Elterngeld für Ausländer; vgl. ferner BVerfGE 116, 229 – Asylbewerberleistungsgesetz – zur (verfassungswidrigen) Pflicht zum Einsatz von Schmerzensgeld für den Lebensunterhalt.

fugnisse bzw. -erlaubnisse hatten. Derartige Fallgestaltungen werden durch das LHGebG n.F. ausreichend aufgefangen.¹⁴⁶ Wird die Bindung zur Bundesrepublik Deutschland jedoch erst durch das Studium und typischerweise ausschließlich zum Zwecke des Studiums begründet, trägt der Staat keine vergleichbare Verantwortung, jene Leistungen ebenso kostenlos zur Verfügung zu stellen wie Deutschen und im Inland verankerten Personen.¹⁴⁷ Dies akzeptiert auch das Bundesverfassungsgericht, wenn die Leistung von Landeserziehungsgeld von einem gewissen Mindestaufenthalt abhängig gemacht werden darf, um „Mitnahmeeffekte“ zu vermeiden.¹⁴⁸ Dies korrespondiert mit der Rechtsprechung des EGMR, der Differenzierungen nach der Staatsangehörigkeit bei der Erhebung von Studienabgaben billigt,¹⁴⁹ und im Grunde auch mit der Äußerungspraxis des UN-Sozialausschusses. Gleiches gilt im Bereich der Ausbildungsförderung trotz Art. 18 AEUV sogar gegenüber EU-Ausländern.¹⁵⁰

Dass Ausländer u.U. *gleichheitsrechtlich* benachteiligt werden dürfen, bedeutet aber noch nicht zwangsläufig, dass der Gesetzgeber ihnen auch *teilhaberechtlich* eine sozialgerechte Ausgestaltung vorenthalten darf. Aber selbst wenn man aus dem Sozialstaatsprinzip eine teilhabeberechtigte Ausgestaltung auch gegenüber ausländischen Studierenden ohne festen Bezug zur Bundesrepublik ableitet,¹⁵¹ gilt dies nicht im selben Maße wie gegenüber der Allgemeinheit. Nimmt der Gesetzgeber besonders Schutzbedürftige wie etwa Flüchtlinge oder Staatenlose von der Abgabepflicht aus, stellt besondere Befreiungstatbestände für Angehörige aus Entwicklungsländern bereit und schafft eine Verordnungsermächtigung für weitere Ermäßigungen oder Befreiungen, genügt er etwaigen Verpflichtungen aus dem Sozialstaatsprinzip.¹⁵²

Auch Völkerrecht gewährt nach den obigen Feststellungen keine weitergehenden Rechte.

Ein uneingeschränktes Recht auf sozialgerechte Teilhabe an der Hochschulbildung für alle, die einen Kontakt zur Bundesrepublik nur durch die Studienaufnahme begründen, besteht folglich nicht und ginge über das hinaus, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann. Entsprechend dürfte vonseiten der ausländischen Studierenden häufig die Erwartungshaltung, im Ausland unentgeltlich zu studieren, fehlen. Entscheidungsspielräume sollen auch künftig beim demokratisch legitimierten Gesetzgeber verbleiben und nicht durch immer weiter gerichtlich präzisierete verfassungsrechtliche Direktiven überformt werden.¹⁵³

d) Sicherung der Studienplätze

Einschränkungsmöglichkeiten ergeben sich darüber hinaus u.U. zum Zwecke der Sicherung der Studienplätze für Studieninteressierte mit inländischer Hochschulzugangsberechtigung sowie EU-/EWR-Staatsangehörige.¹⁵⁴ Gerade dies war Motivation des Landesrechnungshofes bei der Forderung der Studienabgabe für Ausländer, weil an den Musikhochschulen ein sehr hoher Ausländeranteil und abgesehen davon ohnehin über den Bedarf des inländischen Arbeitsmarkts ausgebildet werde.¹⁵⁵ Dieser Einwand verfährt allerdings nicht für die gesamte Hochschulausbildung, zumal dem bereits durch Vorabquoten für Ausländer im Rahmen der Hochschulzulassung Rechnung getragen wird. Speziell für die Musikhochschulen würde sich die Frage stellen, ob nicht ebenso eine Quotenregelung und damit eine Anpassung des § 10 HZG BW als milderer Mittel in Betracht käme.¹⁵⁶ Darüber hinaus wäre zu diskutieren,

146 Darüber hinaus enthält § 6 Abs. 3 LHGebG n.F. eine Verordnungsermächtigung für Gebührenermäßigungen oder -befreiungen aus Gründen der Billigkeit oder aus öffentlichem Interesse.

147 Anders verhält es sich allenfalls, sobald gesicherte Erkenntnisse über einen dauerhaften Verbleib des (weit) überwiegenden Teils der ausländischen Studierenden in der Bundesrepublik nach Studienabschluss vorliegen. Dann könnte eine Differenzierung jedenfalls aus diesem Grunde ausscheiden. Zu überlegen wäre zudem, dass auch deutsche Staatsangehörige, die dauerhaft nicht in Deutschland leben, der Abgabepflicht unterworfen werden müssten. Hier besteht aber zumindest eine Bindung und damit auch Verantwortlichkeit über das Band der Staatsangehörigkeit.

148 BVerfGE 130, 240 (258) – Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz.

149 Siehe oben in und bei Fn. 99.

150 Siehe Art. 24 Abs. 2 Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG.

151 Siehe die Nachweise in Fn. 121.

152 Bei der Gewährung von Darlehensansprüchen unter den vergangenen Studienabgabenmodellen, die gerade die sozialgerechte Ausgestaltung der Abgabenerhebung sichern sollten, wurden

Differenzierungen nach der Intensität der Zugehörigkeit meist stillschweigend und selten – freilich aus gleichheitsrechtlicher Perspektive – ausdrücklich, so BayVerfGH, Entscheidung vom 28. Mai 2009 – Vf. 4-VII-07, BayVBl 2009, S. 593 (600) akzeptiert.

153 Folgt man der hier favorisierten Bewertung nicht, ist nicht zwangsläufig jede Differenzierung verfassungswidrig. In Betracht zu ziehen ist etwa, eine Rückzahlungspflicht des Staates bei einer bestimmten Aufenthaltsdauer nach Studienabschluss vorzusehen, um so dem verfassungsgerichtlich akzeptierten Differenzierungskriterium des dauerhaften Aufenthalts zu genügen. Ebenso möglich ist eine umfassend sozialgerechte Ausgestaltung der Abgabenerhebung von Ausländern, sodass teilhaberechtlich keine Einwände bestehen. Eine gleichheitsrechtliche Rechtfertigung erschiene vor diesem Hintergrund ebenfalls denkbar.

154 Vgl. EuGH, Urteil vom 13. April 2010 – C-73/08, ECLI:EU:C:2010:181, Rn. 82 – Bressol u.a., Chaverot u.a., der sogar eine Benachteiligung von EU-Ausländern unter bestimmten Umständen akzeptiert.

155 Siehe oben Fn. 5, insb. S. 47 f.

156 So, allgemein, Langeloh (Fn. 32), S. 189; a.A. der Bericht des Landesrechnungshofes (Fn. 5), S. 57 f.

ob einzig ausländische Studierende an Musikhochschulen belastet werden dürfen. Da sich der Landesgesetzgeber für ein anderes Regelungssystem entschieden hat, soll den hiermit verbundenen Rechtsproblemen nicht weiter nachgegangen werden.

e) Art. 2 Abs. 1 GG als Abwehrrecht

Ist, etwa in einem Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, Art. 2 Abs. 1 GG Prüfungsmaßstab, genügt das Gesetz im Ergebnis ebenfalls den verfassungsrechtlichen Anforderungen, schon weil der Schutz deutlich weniger ausgeprägt ist.¹⁵⁷

2. Ungleichbehandlung bei der Abgabenerhebung – Reichen fiskalische Zwecke?

Da die teilhaberechtliche Prüfung bereits im Wesentlichen gleichheitsorientiert ausgerichtet ist, spricht *a limine* alles für die Verfassungsmäßigkeit der Benachteiligung von Ausländern ohne ausreichenden Inlandsbezug, zumal hierbei die Intensität der Beschränkung des Hochschulzugangs nur als Reflex zu berücksichtigen ist.¹⁵⁸ Allerdings wurde bislang nur die zulässige Differenzierung im Rahmen des Vorbehalts des Möglichen diskutiert. Ausgeblendet wurde die Frage, inwieweit der Gesetzgeber überhaupt aus fiskalischen Gründen (Stichwort: Einnahmeerzielung) differenzieren darf.

Die Abgabenerhebung dient neben dem Zweck der Einnahmeerzielung der Kostendeckung und ist damit als solche vor dem Grundsatz der Belastungsgleichheit gerechtfertigt.¹⁵⁹ Eine Ungleichbehandlung *innerhalb* der Gruppe der Studierenden ist hiervon aber nicht erfasst, insbesondere deckt die Abgabe nur zu einem geringen Teil (geplante) Zusatzangebote für Ausländer. Lenkungszwecke¹⁶⁰ kommen nach der gegenständlichen Regelung

nicht in Betracht, weil eine Reduzierung der Anzahl ausländischer Studierender gar nicht beabsichtigt ist.¹⁶¹ Das Bundesverfassungsgericht geht in ständiger Rechtsprechung zu (Geld-)Leistungen und zur Steuererhebung davon aus, dass rein fiskalische Gründe keine Schlechterstellung begründeten, weil dann Differenzierungen stets mit der Absicht von Teileinsparungen gerechtfertigt werden könnten.¹⁶² Finanzpolitische Belange dürfen aber auch dann berücksichtigt werden, wenn die Ungleichbehandlung nicht auf einer sachfremden Differenzierung beruht.¹⁶³ Zulässiges Differenzierungskriterium ist auch hier das Maß an Verbindung zum Lebens- und Kulturkreis der Bundesrepublik Deutschland. Die (rein) gleichheitsrechtliche Bewertung korrespondiert auch insoweit mit der teilhaberechtlichen.

V. Abschließende Bemerkungen zur Abgabenhöhe

Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Erhebung nichtsteuerlicher Abgaben finden ihren Ausgangspunkt in der Überlegung, dass im Steuerstaat die Einnahmeerzielung grundsätzlich durch Steuern erfolgen muss und sonstige Einnahmequellen besonders rechtfertigungsbedürftig sind.¹⁶⁴ Notwendig sind insbesondere eine deutliche Unterscheidbarkeit gegenüber der Steuer sowie die Wahrung des Grundsatzes der Belastungsgleichheit der Abgabepflichtigen, die regelmäßig auch Steuern leisten.¹⁶⁵

Gebühren und Beiträge (sog. Vorzugslasten) unterscheiden sich gegenüber der Steuer durch die Abhängigkeit von einer besonderen staatlichen Leistung (Gegenleistung).¹⁶⁶ Bei der Kategorisierung ist weder eine etwaige Abgabenüberhöhung¹⁶⁷ noch die geplante Mittelverwendung¹⁶⁸ relevant. Eine selektive Studienabgabe für

157 Jedoch ist zu überlegen, aus Gründen der Völkerrechtsfreundlichkeit den Schutzgehalt im Lichte des Art. 13 Abs. 2 lit. c Sozialpakt zu verstärken.

158 Auch hier ist über eine Schutzbereichsverstärkung nachzudenken, siehe Fn. 157.

159 Näher hierzu sowie zur zulässigen Höhe siehe unten V.

160 Siehe unten V.

161 Siehe im Übrigen oben III. 1. c).

162 BVerfGE 107, 218 (253) – Beamtenbesoldung Ost I; 111, 160 (172) – Kindergeld für Ausländer; 121, 241 (258) – Teilzeitbeamter; 122, 210 (233) – Pendlerpauschale; 130, 240 (258 f.) – Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz, jeweils m.w.N.

163 BVerfGE 130, 240 (258 f.) – Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz. Zu konstruktiven Schwierigkeiten einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im strengen Sinne siehe von Weschpfennig (Fn. 4), S. 155 ff.

164 BVerfGE 93, 319 (342 f.) – Wasserpfeffennig; Hans-Wolfgang Arndt/Holger Jenzen, Grundzüge des allgemeinen Steuer- und Abgabenrechts, 2005, S. 46 f.; Helmut Siekmann, in: Sachs (Fn. 84), Vor Art. 104a Rn. 69 ff. Näher zur Entwicklung der Rechtsprechung sowie zur Kritik siehe von Weschpfennig (Fn. 4), S. 166 ff., 190 ff.

165 Näher BVerfGE 93, 319 (342 f.) – Wasserpfeffennig; 108, 1 (15 ff.)

– Rückmeldegebühr; 123, 132 (141) – Holzabsatzfonds; Hanno Kube, in: Volker Epping/Christian Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 32. Edition, Stand: 1. März 2017, Art. 105 Rn. 10; Klaus Vogel/Christian Waldhoff, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Vorbem. z. Art. 104a-115 Rn. 404 ff. (Stand: November 1997).

166 Markus Heintzen, in: von Münch/Kunig (Fn. 84), Art. 105 Rn. 20; Siekmann (Fn. 164), Rn. 95, 97.

167 BVerfGE 108, 1 (13 f.) – Rückmeldegebühr – m.w. N. auch zur Gegenposition.

168 BVerfGE 134, 1 Rn. 17 im Anschluss an Marcel Bosse, Zur Rechtmäßigkeit des nordrhein-westfälischen Studiengebührenmodells – Zugleich eine kritische Auseinandersetzung mit dem Kronthaler-Gutachten, NWVBl 2007, S. 87 (89 f.); a.A. Ludwig Kronthaler, Gestaltungsmöglichkeiten und Grenzen bei der Einführung von Studienbeiträgen. Verfassungsrechtlicher Rahmen und einfachrechtliche Spielräume, WissR 39 (2006), S. 276, (295 ff.) und Ingo-Jens Tegebauer, Zur Verfassungsmäßigkeit der Finanzierung von Studienfonds durch Sonderabgaben, DÖV 2007, S. 600 (601), die eine Sonderabgabe annehmen, soweit mit der Studiengebühr ein Ausfallfonds finanziert wurde.

das „Lehrangebot einschließlich der damit verbundenen spezifischen Betreuung der Internationalen Studierenden“, § 3 Abs. 1 LHGebG n.F., ist aufgrund des Gegenleistungscharakters eine Vorzugslast.¹⁶⁹

Die nichtsteuerliche Abgabe muss dem *Grunde* und der *Höhe* nach gerechtfertigt sein.¹⁷⁰ Gebühren und Beiträge sind dem Grunde nach bereits durch ihre Ausgleichsfunktion (Kostendeckung und Vorteilsausgleich) gerechtfertigt.¹⁷¹ Die Höhe richtet sich nach legitimen Abgabenzwecken, zu denen jedenfalls die Kostendeckung, der Vorteilsausgleich, die Verhaltenslenkung sowie soziale Zwecke zählen. Diese Zwecke müssen nach der tatbestandlichen Ausgestaltung der konkreten Regelung „von einer erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidung getragen werden“.¹⁷² Diese Prüfung ist letztlich eine grundrechtlich determinierte,¹⁷³ wurde aber später zugunsten einer finanzverfassungsrechtlichen Kontrolle verschoben¹⁷⁴ und schließlich komplett unter der Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers verortet.¹⁷⁵ Neuere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts lassen einen etwaigen Kompetenzverstoß wiederum dahinstehen und prüfen die materielle Verfassungswidrigkeit der nichtsteuerlichen Abgabe im Lichte der Begrenzung- und Schutzfunktion der Finanzverfassung (Art. 104a ff. GG) gemeinsam mit der Wahrung der Belastungsgleichheit der Abgabepflichtigen (Art. 3 Abs. 1 GG).¹⁷⁶

Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 LHGebG n.F. erheben die Hochschulen die Studiengebühren für ihr Lehrangebot einschließlich der damit verbundenen spezifischen Betreuung der Internationalen Studierenden. Klar ist, dass hiermit zunächst die (teilweise) Kostendeckung verbunden ist. Ausweislich der Entwurfsbegründung soll bei der Bemessung aber auch der wirtschaftliche und ideelle

Wert des Hochschulstudiums berücksichtigt werden,¹⁷⁷ womit ein Element des Vorteilsausgleichs gemeint sein dürfte. Da dieses allerdings keine ausreichende tatbestandliche Anknüpfung erfährt, kann die Verfassungsmäßigkeit gleichwohl nur unter Kostendeckungsgeichtspunkten geprüft werden.

Während Abgaben in Höhe von 500 EUR je Semester als unproblematisch eingestuft wurden, weil jedenfalls auch das kostengünstigste Studium teurer sei,¹⁷⁸ drängt sich diese Argumentation bei der dreifachen Höhe nicht mehr auf. Von den anrechenbaren Kosten sind zunächst reine Forschungskosten¹⁷⁹ sowie Kosten für die grundlegenden Voraussetzungen für ein funktionierendes Hochschulsystem herauszurechnen, da der Staat zur Bereitstellung bereits gemäß Art. 5 Abs. 3 GG verpflichtet ist.¹⁸⁰ Bedenkt man, dass günstige Studiengänge weniger als 3.000 EUR im Jahr kosten können,¹⁸¹ scheint sich die hier veranschlagte Abgabenhöhe auch unter Berücksichtigung eines Beurteilungsspielraums des Gesetzgebers an der Grenze zur verfassungswidrigen Kostenüberdeckung zu bewegen. Dabei bliebe aber unberücksichtigt, dass der Gesetzgeber bei der Bemessung nicht an das günstigste Studium gebunden ist, sondern die mittleren Kosten – bezogen auf die gesamte Lehre – zugrunde legen darf.¹⁸² Würde der Gesetzgeber stattdessen einen prozentual fixen Anteil an den Kosten des jeweiligen konkreten Studiengangs erheben, könnte dies zu Verdrängungseffekten in günstige Studiengänge führen.¹⁸³

Verfassungsrechtlich unzulässig wäre dagegen eine kostenüberdeckende vorteilsabschöpfende Studienabgabe,¹⁸⁴ die die Hochschulen nur von Ausländern erheben würden. Abgesehen von grundsätzlichen Schwierigkeiten bei der Berechnung des Vorteils würde eine derarti-

169 Richtigerweise wird man entgegen dem Duktus des Gesetzes den Charakter eines *Beitrags* im Rechtssinne annehmen müssen, weil die Abgabe bereits für die Möglichkeit der Nutzung, siehe die Nachweise in Fn. 166, zu leisten ist, näher *von Weschpfennig* (Fn. 4), S. 183 ff. Irritierend ist zunächst, dass die Abgabe „für das Land“ erhoben wird, sodass das Geld dem Staatshaushalt zufließt und nicht unmittelbar den Hochschulen zugutekommt. Unproblematisch ist dies im Ergebnis *jedenfalls* deshalb, weil die Hochschulen nach § 8 Abs. 1 Satz 1 LHG BW nicht nur rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts, sondern zugleich staatliche Einrichtungen sind.

170 BVerfGE 108, 1 (17) – Rückmeldegebühr; 135, 155 Rn. 121 – Filmabgabe.

171 BVerfGE 93, 319 (343 f.) – Wasserpennig; 108, 1 (17) – Rückmeldegebühr.

172 BVerfGE 108, 1 (18 ff.) – Rückmeldegebühr.

173 Vgl. BVerfGE 50, 217 (226 ff.).

174 Vgl. BVerfGE 93, 319 (342 ff., 348 ff.) – Wasserpennig; zur Sonderabgabe: BVerfGE 55, 274 (298 ff.) – Berufsausbildungsabgabe.

175 BVerfGE 108, 1 (15 ff.) – Rückmeldegebühr; dem folgend BVerwGE 134, 1 Rn. 14 ff. Bereits BVerfGE 55 274 (298 ff.) – Berufsausbildungsabgabe – prüft die Sonderabgabe in kompetenzieller Hinsicht, erkennt aber einen Grundrechts-Kompetenz-Zusammenhang (S. 302).

176 BVerfGE 132, 334 Rn. 47 – Berliner Rückmeldegebühr; 135, 155 Rn. 120 f. – Filmabgabe; BVerfG, Beschluss vom 17. Januar 2017 – 2 BvL 2/14 u.a., juris, Rn. 61 f. zu den brandenburgischen Rückmeldegebühren.

177 LT-Drs. 16/1617, S. 16.

178 Siehe nur BVerwGE 134, 1 Rn. 16, 22.

179 Im Hinblick auf die Einheit von Forschung und Lehre wird eine sinnvolle Trennung allerdings häufig nicht möglich sein.

180 *Von Weschpfennig* (Fn. 4), S. 203 ff. Diese Verpflichtung trifft den Staat zwar nicht gegenüber ausländischen Studierenden. Jedoch müssen etwa Hörsäle ohnehin errichtet und unterhalten werden – unabhängig von der Zusammensetzung der Studierendenschaft.

181 Vgl. *Riedel* (Fn. 6), S. 66 f.; *von Weschpfennig* (Fn. 4), S. 139 ff.

182 Enger *Riedel* (Fn. 6), S. 61.

183 Näher *von Weschpfennig* (Fn. 4), S. 207 ff. Zwar ist der Gesetzgeber gegenüber ausländischen Studierenden nicht im selben Maße in der Pflicht unerwünschte Allokation zu verhindern; gleichwohl *darf* er derartige Aspekte berücksichtigen. Ebenso zulässig wäre aber auch eine anteilmäßige Abgabe bezogen auf das konkrete Studium, ebenso *Riedel* (Fn. 6), S. 60 ff.

184 Näher zum grundsätzlich zulässigen Vorteilsausgleich siehe *von Weschpfennig* (Fn. 4), S. 215 ff.

ge Abgabe über die eigene Kostenverursachung hinaus nur die Hochschulen quersubventionieren.¹⁸⁵ Wird eine derartige Abgabe nicht gleichzeitig von Inländern erhoben, fehlt es – anders als bei der bloßen Kostendeckung – an einem ausreichenden Differenzierungsgrund.

VI. Fazit

Die Frage nach der Zulässigkeit von selektiven Studienabgaben für Nicht-EU-/EWR-Ausländer gestaltet sich wegen der zahlreichen (potenziell) einschlägigen völkerrechtlichen Verträge und einer sich wandelnden Rechtsauffassung zur Ungleichbehandlung von ausländischen Staatsangehörigen als komplex. Der baden-württembergische Gesetzgeber sieht zahlreiche Ausnahmen für im Lebens- und Kulturkreis verankerte Ausländer sowie aus Gründen besonderer Schutzbedürftigkeit vor. Gegenüber der hiernach verbleibenden Gruppe besteht keine grund- oder völkerrechtliche Verpflichtung, ein kosten-

loses Studium zur Verfügung zu stellen. Die erhöhten Rechtfertigungsanforderungen des Bundesverfassungsgerichts zu Benachteiligungen von Ausländern im sozialrechtlichen Kontext lassen keine anderen Rückschlüsse zu. Über Sinn und Unsinn selektiver Abgaben hat der politische Diskurs zu entscheiden sowie die Bewährung in der Praxis zu zeigen. Die Gerichte sollten in etwaigen Verfahren gegen die Abgabenerhebung die Anforderungen an eine zulässige Differenzierung nicht weiter ausdifferenzieren und eine Gleichbehandlungspflicht als verfassungsrechtlich vorgegeben ansehen, sondern stattdessen dem Gesetzgeber einen Handlungsspielraum belassen.

Armin von Weschpfennig ist Akademischer Rat a.Z. an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Institut für Öffentliches Recht (Lehrstuhl Prof. Dr. Dr. Wolfgang Durner LL.M.).

¹⁸⁵ Ein Zufluss in den allgemeinen Staatshaushalt wäre dagegen problematisch, vgl. von Weschpfennig (Fn. 4), S. 238 ff., 248 f., 487.

Andreas von Mettenheim

Deutsche Studenten an der ENA

Ein deutsch-französisches Projekt im Wandel der Zeiten

I. Die Schule

Die École nationale d'administration (ENA) ist vielleicht die bekannteste, wenn auch bei weitem nicht die älteste der das französische Bildungssystem ganz spezifisch auszeichnenden „grandes écoles“.¹

Das System ist ziemlich einzigartig.

Ein anonymisierter Wettbewerb der Kandidatinnen und Kandidaten, die bereits einen Hochschulabschluss haben oder bereits in der französischen Verwaltung tätig sind, der „*concours*“, ist der Aufnahme in die Schule vorgeschaltet. Danach sind die „Schüler“² bereits bezahlte Beamte. Am Ende der Studienzeit steht das sog. „*classement*“, das fachübergreifend die Zuordnung der Absolventen zu den jeweils offenen Beamtenstellen in den verschiedensten Ressorts nach der in der Abschlussprüfung erworbenen Platzierung ordnet. Die Funktionsweise der ENA ist einfacher zu verstehen, wenn man sie nicht als unabhängige Ausbildungsinstitution begreift, die ihre Eleven nach getaner Bildungsarbeit in die Welt entlässt, sondern eher als eine interne Aus- und Fortbildungseinrichtung für die höheren Beamten und Angestellten der Zentralverwaltung.

Die Absolventen, die in der großen Mehrheit ihr gesamtes Berufsleben im Staatsdienst verbringen, verpflichten sich zu fachlicher Mobilität, die in der Praxis auch eingefordert wird.

Die Schule ist anwendungsorientiert. Sie vermittelt Fähigkeiten in Arbeitsmethoden der Verwaltung, wie etwa in Verhandlungstechnik, Kommunikationsstrategie und Krisenmanagement ebenso wie sie vertiefte Behandlung europapolitischer Fragen anbietet. Theoretischer Unterricht und die Praktika in Verwaltung, Unternehmen und im Ausland ergänzen einander. Teil der Ausbildung sind mehrwöchige oder mehrmonatige Praktika in der französischen Territorialverwaltung oder bei internationalen Organisationen.

Die französische Öffentlichkeit diskutiert seit vielen Jahren kontrovers und zum Teil sogar scharf über die ENA, deren Alumni der französische Soziologe Pierre Bourdieu einmal als „Staatsadel“ gezeichnet hat.

Dem häufig zu hörenden, nicht gänzlich abwegigen Vorwurf, sie sei eine Männerdomäne und eine Hochburg der Pariser Bourgeoisie versucht die Schule durch eine breitgefächerte Modernisierung zu begegnen. Die ENA von heute ist nicht mehr die ENA von vor 30 Jahren. Der Aufnahmewettbewerb ist reformiert worden, um die Schule einem breiteren sozialen Spektrum zu öffnen, und Bestandleil des Curriculums ist heutzutage auch die Sozialarbeit mit benachteiligten Schichten. Bereits 1992 ist die ENA im Zuge der französischen Dezentralisierungspolitik und als politisches Signal für Europa von Paris nach Straßburg umgezogen.

Der Reformprozess bleibt ein *work in progress*. Die Schule rechnet es sich heute als Erfolg an, dass 60 % der Schüler ihr Abitur nicht in Paris gemacht haben und sich selbst als „Provinzler“ bezeichnen. Der Anteil der Schülerinnen liegt bei einem guten Drittel. Die Schule wird zur Zeit von einer Frau geleitet, die selbst nicht ENA-Absolventin war.

Die ENA, kaum denkbar ohne den französischen Zentralstaat und seine Vorliebe für formale Ausleseprozesse, bleibt in ihrer Funktionsweise im internationalen Vergleich gleichwohl atypisch. Obwohl sich Elemente ihrer Konstruktion auch in Bildungs- und Rekrutierungseinrichtungen anderer Länder finden, kann sie nur schwer mit Universitäten oder Business Schools verglichen werden. Aber auch hier soll sich einiges ändern. Die ENA will sich der Forschung öffnen und erwägt in gewissem Umfang einen eigenen Lehrkörper aufzubauen, wobei aber der öffentliche Dienst („*management public*“) als Markenkern erhalten bleiben soll.

II. Politische Funktion

Im Rahmen der breit geführten internationalen Diskussion über das sinkende Vertrauen in die Eliten steht die ENA geradezu automatisch im Fadenkreuz der Kritiker.

Hier ist etwas Nüchternheit angeraten. 1945 von Charles de Gaulle gegründet, sollte die Schule den Zugang zu leitenden Beamtenstellen fachübergreifend formalisieren und damit transparenter machen. Ziel war es

1 <https://www.ena.fr/> [zuletzt abgerufen am 29.5.2017].

2 Die Absolventen sind Schüler (*élèves*) und nicht Studenten. Da es für erstere keine geschlechtsneutrale Bezeichnung im Deutschen

gibt, ist der Lesbarkeit halber im folgenden immer nur von „Schülern“ die Rede.

vor allem, eine Ethik der *valeurs de service public* zu vermitteln und damit eine leistungsfähige, loyale Beamtenschaft als Element der Kontinuität auch unter wechselnden politischen Bedingungen zu garantieren. Dies ist im Kern auch heute noch die Aufgabe der Schule, denn der allergrößte Teil der „Enarchen“ versieht seinen Dienst diskret und über Jahrzehnte in vielerlei Institutionen der französischen Verwaltung. Die Schule macht darauf aufmerksam, dass der Anteil der in der nationalen Politik agierenden Absolventen derzeit bei lediglich 2 % und der dauerhaft in Unternehmen Beschäftigten bei 8 % liegt.

Die Tatsache, dass Absolventen der Schule ihre Beamtenlaufbahn unterbrechen oder aufgeben, um - z.T. mit großem Erfolg - in zentrale Positionen in Politik und Wirtschaft Frankreichs zu wechseln, wird von der Öffentlichkeit gleichwohl mit größter Aufmerksamkeit verfolgt. Mit inzwischen vier französischen Staatspräsidenten, sieben Premierministern sowie etlichen Topmanagern finden oder fanden sich ehemalige Schüler in Positionen, für die die Schule ja gerade nicht eigens ausbildet und die ja gerade nicht über das beschriebene System des „classement“ zu erreichen sind.

Die Ursachen für die außergewöhnliche Stellung der ENA als *talent pool* der französischen Politik und der Wandel von einer der Politik dienenden zu einer die Politik gestaltenden Funktion - jedenfalls einiger ihrer Absolventen - sind vielfältig und können hier nicht im Einzelnen nachgezeichnet werden. So wie die Dinge nun einmal liegen, gehört dazu jedenfalls eine gehörige *Prise selffulfilling prophecy*. Wer in Frankreich etwas werden will, nimmt nun einmal die Mühe auf sich, den mühevollen Marsch durch mehrere hintereinander geschaltete unerbittliche Auswahlprozesse anzutreten.

Vielleicht mit Ausnahme der Kommunisten bedienen sich sämtliche französischen Parteien, einschließlich des Front National, aus dem Reservoir der ENA-Absolventen. Auch der mit dem Anspruch, Frankreich grundlegend zu reformieren und „viele Dinge ganz anders zu machen“ angetretene neue Staatspräsident Emmanuel Macron ist geradezu das perfekte Rollenmodell des zunächst in die Wirtschaft und dann in die Politik gewechselten Enarchen. Zur Zeit ist noch nicht absehbar, ob der von Macron angestoßene und noch zu konkretisierende politische Reformprozess, der von einigen Beobachtern schon als Abgang auf die „Fünfte Republik“ bezeichnet wird, die Schule völlig unberührt lassen wird. Unter Präsident Macron sind in einer vielgestaltigen Regierungsmannschaft immerhin noch der Premierminister und zwei zentrale Ressorts (Wirtschaft und Verteidigung) von zwei ehemaligen ENA-Absolventen und einer Absolventin besetzt.

Die eigentliche Frage ist die, warum es in Frankreich den Parteien, den Gewerkschaften und anderen gesellschaftlichen Gruppen und Institutionen augenscheinlich immer noch schwer fällt, in der französischen Politik andere Führungsreserven in angemessener Weise ins Spiel zu bringen oder auszuschöpfen.

III. Internationale Zusammenarbeit

Bereits 1949 wurden die ersten ausländischen Schüler an der ENA aufgenommen. Zu den ca. 5600 französischen ENA-Ehemaligen kommen deshalb gegenwärtig mehr als 2000 ausländische ehemalige ENA Absolventen hinzu, darunter etwa 400 Deutsche. Systematisch etabliert wurde die Aufnahme deutscher Schüler in Folge des 1963 von Adenauer und de Gaulle unterzeichneten Élysée-Vertrags. Das Stipendienprogramm des Deutschen Akademischen Austauschdienstes (DAAD) feierte im September 2016 sein fünfzigjähriges Bestehen. Was für die ENA als Schule gilt, gilt auch für die Integration ausländischer Stipendiaten in die Schule. In den letzten dreißig Jahren hat sich viel verändert. Heutzutage sind letztere im wesentlichen in die Programme der Franzosen integriert, während zu Zeiten des Studiums des Verfassers die Teilnahme an dem damals so genannten „cycle étranger“ offengestanden eher „*ENA Light*“ bedeutete. Hier lag übrigens im Rückblick der wichtigste Kritikpunkt der meisten deutschen Ehemaligen.

Ein symmetrisches Gegenstück von Frankreich in Richtung Deutschland gibt es nicht. Die ENA kooperiert aber mit deutschen Partnern, wie der Bundesakademie für öffentliche Verwaltung, der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften in Speyer und Institutionen in Bayern und Baden-Württemberg. Daneben beteiligt sich die ENA in gewissem Umfang an deutsch-französischen berufs begleitenden Fortbildungsprogrammen, u.a. dem *Master européen de gouvernance et d'administration* (MEGA).

Im Laufe der Zeit haben darüberhinaus mehr als 600 französische ENA-Schüler im Rahmen ihrer Ausbildung mehrmonatige Praktika in Deutschland, an französischen Botschaften oder Handelsförderungsstellen, in Bundes- oder Länderverwaltungen absolviert.

IV. Die Programme

1. Cycle international long (CIL) 14 (+2) Monate

Das Programm richtet sich an deutsche Graduierte wissenschaftlicher Hochschulen und qualifizierte Nachwuchskräfte des höheren Dienstes der öffentlichen Verwaltung. Der größte Teil der Ausbildung erfolgt gemein-

sam mit den französischen Schülern. Er besteht aus den Kursen in Straßburg, einer viermonatigen Verwaltungsstation in der Territorialverwaltung oder bei Internationalen Organisationen.

Die Ausbildung wird mit einem *Diplôme international d'administration publique* abgeschlossen und kann durch das Verfassen einer Masterarbeit (während zusätzlicher 2 Monate) mit einem *Master professionnel* ergänzt werden.

2. Cycle International de Perfectionnement (CIP)

8 Monate

Dieses Programm ist geöffnet für deutsche Beamte oder Angestellte des höheren Dienstes der öffentlichen Verwaltung mit mindestens fünfjähriger Berufserfahrung. Drei Monate der Ausbildung werden gemeinsam mit französischen Schülern des „cycle supérieur de perfectionnement des administrateurs“ absolviert. Darin enthalten ist eine siebenwöchige Station in der französischen Verwaltung (Zentralverwaltung, Präfekturen, Gebietskörperschaften, öffentliche Anstalten). Die Abschlüsse ähneln denen des CIL.

Da sich die ENA in einem permanenten Reformprozess befindet, ist es angeraten, über Rahmendaten, Stipendienbedingungen und Bewerbungsfristen beim DAAD aktuelle Informationen einzuholen.³

IV. Deutsche Erfahrungen

Im deutschen höheren Verwaltungsdienst ist der Anteil der ENA-Absolventen aufs ganze gesehen gering. Sie leben in einem anderen gesellschaftlichen und administrativen Umfeld, einer anderen Verwaltungskultur, die die Ansprüche und Erwartungen an die Folgen, die sich aus ihrem Studium an einer französischen Verwaltungshochschule ergeben, anders formen müssen als dies in Frankreich der Fall ist. Dennoch sind nicht wenige deutsche ENA-Stipendiaten in der Verwaltung, in Hochschulen oder in der Wirtschaft, aber auch in freien Berufen erfolgreich.

Unter den deutschen Ehemaligen finden sich eine ehemalige Ministerin, ehemalige Staatssekretäre in Bundes- oder Landesministerien, ein Richter am Europäischen Gerichtshof, ehemalige Berater eines Bundeskanzlers, Botschafter, Bürgermeister, Professoren, Journalisten, aber auch Rechtsanwälte und andere Angehörige der freien Berufe. Die Breite der beruflichen Orientierung der deutschen Stipendiaten und der Anteil an Freien Berufen ist in Deutschland vermutlich höher als in

Frankreich. Dagegen finden sich unter den deutschen Absolventen weniger Mitglieder aus der Industrie oder aus Beratungsfirmen.

Eine Sonderstellung nimmt der deutsche Auswärtige Dienst ein. In seine Reihen sind im Laufe der Jahre bisher ca. 30 ENA-Absolventen eingetreten.

Wer mehr über Jahrzehnte deutscher (und französischer) ENA - Erfahrungen wissen möchte, sei auf das Buch „*La coopération franco-allemande et L'ENA*“ hingewiesen. Es enthält eine Vielzahl von Erlebnisberichten ehemaliger Stipendiaten und gibt damit einen ganz spezifischen Einblick in Motivation und Erfahrungen deutscher Stipendiaten. Dabei steht emotional das *souvenir sympathique* ganz im Vordergrund, fachlich hingegen werden die erforderliche geistige Öffnung gegenüber einem anderen Verwaltungssystem und das Generalistenprinzip als Vorzüge benannt. Das Buch kann bezogen werden über die *documentation française*.⁴

Das Interesse deutscher Universitätsabsolventen oder Beamten an der ENA, an dieser Feststellung führt kein Weg vorbei, ist in den letzten Jahren geringer geworden. Die Bewerberzahlen sind zurückgegangen. Die Ursachen hierfür sind vielfältig. Mangelnde Sprachkompetenz in Kombination mit einem konkurrierenden vielfältigen Fortbildungsangebot in der angelsächsischen Welt spielen eine Rolle.

Während der DAAD bemüht ist, die Programme in der akademischen Welt vorzustellen, fehlt es an einer systematischen Werbung im Bereich der öffentlichen Verwaltung. Bedauerlicherweise ist im Gegensatz zu anderen europäischen Partnern, die die Programme intensiver nutzen, auch die Bereitschaft gerade deutscher Behörden, Beamte für einen längeren Zeitraum zu entsenden, in letzter Zeit stark zurückgegangen.

Die „Gesellschaft der deutschen ehemaligen ENA-Schüler“ bemüht sich als Alumni-Vereinigung das Thema aus eigener Überzeugung sachgerecht zu kommunizieren.

V. Gründe für ein Studium an der ENA

Die Tatsache, dass in Frankreich eine lebendige Diskussion über die Rolle einer immer wieder als Eliteinstitution apostrophierten Einrichtung geführt wird, sollte zumindest bei aufgeweckten Geistern den Appetit auf ein ENA-Studium eher anregen als dämpfen. Der Besuch ist für den deutschen Schüler jedenfalls ein großer Gewinn. Unter diesem Gesichtspunkt kann der geschilderte Bewerberrückgang in Deutschland durch-

3 <https://www.daad.de/ausland/studieren/stipendium/de/70-stipendien-finden-und-bewerben/?detail=50015213>.

4 <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/catalogue/9782110095435/index.shtml>).

aus als Chance verstanden werden. Von erfurchtsvoller Schockstarre angesichts der gelegentlich auch an den Fakten vorbeigehenden Elitedebatte ist dringend abzurufen.

Das anwendungsbezogene Studium vermittelt wertvolle berufliche Qualifikationen und bietet eine geradezu einzigartige Möglichkeit, Frankreich politisch, wirtschaftlich und kulturell kennenzulernen. Die französischen Schüler kommen aus den verschiedensten fachlichen Bereichen und sind übrigens entgegen einem oft zu hörenden Vorteil durchaus individuelle Charaktere. Als Deutsche(r) mit ihnen zusammen zu studieren, ist eine große Chance, einen einzigartigen zu produktiven Vergleichen anregenden Eindruck von den politisch-administrativen Funktionsmechanismen Frankreichs, unserem wichtigsten Partner in Europa, aufzunehmen. Gleichzeitig erwerben die Stipendiaten ein europapolitisches und verhandlungstechnisches Know How, das es dem erfolgreichen deutschen Absolventen später erleichtert, dem von uns oft bewunderten französischen Verhandlungsgeschick auf Augenhöhe gegenüberzutreten. Für viele deutsche Ehemalige ist die Erinnerung an ihre Zeit an der ENA nicht zuletzt geprägt von unvergesslichen Momenten menschlicher Begegnungen.

In einer Zeit, in der die Handlungsfähigkeit und der Zusammenhalt in Europa auf dem Prüfstand stehen, wird die deutsch-französische Partnerschaft noch wichtiger. Sie muss sich jeden Tag und auf allen politischen und gesellschaftlichen Ebenen neu bewähren. Von der Teilnahme deutscher Absolventen an der gemeinsam mit den französischen Schülern besuchten Ausbildung hat in der Vergangenheit und profitiert in der Gegenwart Deutschland ebenso wie Frankreich. Angesichts der aktuellen Situation gewinnt die deutsche Präsenz an der ENA wieder die ursprünglich intendierte politische Bedeutung zurück. Letztere sollte zwar den einzelnen Studierenden, für den der individuelle Mehrwert naturgemäß im Vordergrund steht, nur mittelbar Ansporn sein. Unmittelbar sollte sie allerdings ein Aufruf an die Exekutive auf Bundes- oder Landesebene sein, sich stärker als das in der jüngeren Zeit der Fall war, natürlich auch im eigenen Interesse durch Entsendung von Beamten in die einschlägigen Programme der ENA zu engagieren.

Andreas von Mettenheim (Promotion Simone Weil),
Botschafter a.D., ist Vorsitzender der Gesellschaft der
deutschen ehemaligen ENA-Schüler e.V. (andreasv.
mettenheim@yahoo.de)

Tobias Mandler/Markus Meißner

Die Angemessenheit der Befristungsdauer nach § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG

Kernziel der Novellierung des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes war die Bekämpfung unangemessen kurzer Befristungslaufzeiten.¹ Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber das Merkmal der Angemessenheit zwischen angestrebter Qualifikation und Befristungsdauer besonders betont und zur Wirksamkeitsvoraussetzung der Befristung in Qualifikations- und Post-Doc-Phase gemacht: „Die vereinbarte Befristungsdauer ist jeweils so zu bemessen, dass sie der angestrebten Qualifizierung angemessen ist.“ Wie diese „Angemessenheit“ genau zu bestimmen ist, bleibt allerdings unklar und stellt die Hochschulen, Universitätsklinika und außeruniversitären Forschungseinrichtungen vor erhebliche Schwierigkeiten.² So sind die Einrichtungen angesichts der bestehenden Rechtsunsicherheiten und der ansonsten drohenden Unwirksamkeit vereinbarter Befristungsabreden weithin zu einer deutlich großzügigeren Befristungspraxis übergegangen und haben vielfach auch die in den Gesetzesmaterialien angesprochenen Leitlinien zur Bestimmung der Angemessenheit mit pauschalen Mindestbefristungslaufzeiten von 24-36 Monaten erlassen. Welche Vorgaben das Gesetz zur Bestimmung der Angemessenheit aber genau macht und wie sich diese gegenüber den Höchstbefristungsgrenzen, Verlängerungen der Befristung – etwa nach § 2 Abs. 5 WissZeitVG – oder Leitlinien verhalten, bleibt weiterhin unklar. Hier einen Beitrag zur Eingrenzung des Angemessenheitserfordernisses zu leisten, ist Anliegen der nachstehenden Ausführungen.

Die Angemessenheit wird dazu zunächst in Bezug auf die gesetzliche Intention (I.) und im Zusammenhang zur angestrebten Qualifizierung (II.) untersucht. Im Anschluss werden Gestaltungsspielräume und -grenzen konkretisierender Leitlinien (III.) besprochen. Schließlich werden Sonderfragen zur Verlängerung der Befristung (IV.) erörtert, bevor die Ergebnisse im Fazit (V.) zusammengefasst und um einen Leitlinienvorschlag im Anhang (VI.) ergänzt werden.

I. Gesetzliche Intention

Die Angemessenheit ist als Ergänzung der Befristungstatbestände in § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 WissZeitVG in Satz 3 zusammengefasst und als solche Teil der Prognoseentscheidung des Arbeitgebers im Zeitpunkt der Vertragsschlusses geworden.³ Gefordert wird nach der neuen Gesetzeslage neben der überwiegend wissenschaftlichen Beschäftigung iSv. § 1 WissZeitVG⁴ auch die Angemessenheit der individuellen Befristungsdauer, die jeweils so zu bemessen ist, „dass sie der angestrebten Qualifizierung angemessen ist.“ Das Gesetz beschreibt die Angemessenheit damit als normatives Tatbestandsmerkmal und eröffnet Raum für wertende Überlegungen im Sinne des Ziels der Novellierung, unangemessen kurze Befristungslaufzeiten zu verhindern.

Der Gesetzgeber beanstandete die Befristungspraxis der Hochschulen, Universitätsklinika und außeruniversitären Forschungseinrichtungen. Diese hatten nach Ansicht des Gesetzgebers in der Vergangenheit vermehrt und flächendeckend die fehlende gesetzliche Einschränkung der Befristungslaufzeiten dazu genutzt, um mit den Beschäftigten, insbesondere im wissenschaftlichen Mittelbau, möglichst kurze Vertragslaufzeiten zu vereinbaren, um sich so Planungs- und Haushaltssicherheit unabhängig von eventuellen Kündigungsrisiken zu schaffen. Diese Praxis führte nach Ansicht des Gesetzgebers zu einer unsachgemäßen Beeinträchtigung der Belange der Beschäftigten, die sich aufgrund der kurzen Vertragslaufzeiten einer längerfristig gesicherten Beschäftigung und des daraus resultierenden Einkommens kaum sicher sein konnten. Aufgrund der weitgehenden Befristungsmöglichkeiten nach dem WissZeitVG konnten Beschäftigte vielfach nicht erfolgreich gegen unangemessene Kurzbefristungen vorgehen. Einzig der Einwand des Rechtsmissbrauchs ermöglichte eine gewisse Eingrenzung.

1 Erstes Gesetz zur Änderung des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes vom 11. März 2016 (BGBl. I Nr. 12).

2 Siehe hierzu schon Mandler/Meißner, OdW 2016, 40; zusammenfassend zu den Reaktionen siehe Meißner, Entstehung und Entwicklung des Hochschulbefristungsrechts, 2016, S. 158 ff., 165 ff.

3 Nicht erfasst werden damit sowohl Drittmittelbefristungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG, Befristungen nach dem TzBfG, als auch

der neue Befristungstatbestand für wissenschaftliche und künstlerische Hilfstätigkeiten nach § 6 WissZeitVG. Zu Letzterer siehe Müller, Die neue studienbegleitende Beschäftigung nach Wissenschaftszeitvertragsgesetz öAT 2016, 90.

4 Die ebenfalls erfasste künstlerische Qualifikation bleibt im Folgenden außen vor. Vgl. zu dieser unlängst LAG München, Urteil vom 31.8.2016 – 8 Sa 118/16.

Diese Ausgangslage hat der Gesetzgeber bei der Novellierung des WissZeitVG zugrunde gelegt und hat – in Vollzug der Festlegungen des Koalitionsvertrages⁵ – insbesondere die Vertragslaufzeiten einzelner Befristungen nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG durch die Ergänzung des Befristungstatbestandes um das Merkmal der Angemessenheit ergänzt. Ziel war es, den „*Fehlentwicklungen in der Befristungspraxis entgegenzuwirken, ohne die in der Wissenschaft erforderliche Flexibilität und Dynamik zu beeinträchtigen.*“⁶

Was der Gesetzgeber dabei genau als unsachgemäße Kurzbefristung empfunden hat, wird zumindest in den Materialien nicht konkret offengelegt. Dies ist vor dem Hintergrund des gewählten flexiblen Lösungsansatzes und der Vielfalt praktischer Fälle letztlich auch stimmig. Aus der Praxis bis zur Novellierung ergeben sich aber Rückschlüsse auf die zukünftig als angemessen zu betrachtenden Befristungen. Die bisherige – als unangemessen empfundene – Befristungspraxis war Ausgangspunkt der gesetzgeberischen Überlegungen und ist damit Teil des Willensbildungs- und Gesetzgebungsprozesses geworden.

Im Erhebungszeitraum vom 1. Februar 2009 bis zum 31. Januar 2010 betrug die mittlere Befristungsdauer 12,3 Monate an Universitäten und 14,3 Monate an außeruniversitären Forschungseinrichtungen.⁷ Ferner wurden im

Mittel an außeruniversitären Forschungseinrichtungen 50 % der Verträge und an Hochschulen sogar 53 % der Verträge kürzer als 1 Jahr befristet.⁸ Zu berücksichtigen ist allerdings, dass sich die Befristungspraxis der einzelnen Wissenschaftseinrichtungen bisweilen stark unterscheidet.

Aufgrund der bisherigen mittleren Befristungsdauer muss man davon ausgehen, dass zumindest Verträge über 3 bis 6 Monate ohne besondere Rechtfertigung im Einzelfall nicht angemessen sein können. 3 bis 6-Monatsverträge liegen um mehr als die Hälfte unter der bisherigen mittleren Befristungsdauer, die den Gesetzgeber zur Novellierung des WissZeitVG veranlasst hat. Wären 3 bis 6-Monatsverträge regelmäßig angemessen, so liefe die Novellierung der Befristungstatbestände letztlich leer.⁹

Abstrakt kann die Angemessenheit der Befristung auch durch den Vorschlag des Bundesrats im Gesetzgebungsprozess eingegrenzt werden:¹⁰ „*Die vereinbarte Befristungsdauer soll bei einer ersten nach den Sätzen 1 und 2 befristeten Beschäftigung 24 Monate nicht unterschreiten, sofern keine sachlichen Gründe eine kürzere Dauer rechtfertigen.*“ Dieser Vorschlag wurde nicht übernommen, sondern aufgrund seiner Inflexibilität und beschränkten Anwendung auf die Erstbefristung nicht weiterverfolgt.¹¹ Die Dimension, bei der von keiner regel-

5 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 27: „Befristete Beschäftigungsverhältnisse aufgrund von Qualifizierungsphasen, zeitlich befristeten Forschungsprojekten und anderen Sachgründen liegen in der Natur des Wissenschaftsbetriebs; ihr Anteil – insbesondere über sehr kurze Zeiträume – hat in den letzten Jahren ein Maß erreicht, das Handlungsbedarf entstehen lässt. An erster Stelle ist ein aktives Gegensteuern Aufgabe der Hochschulen und Forschungseinrichtungen in ihrer Rolle als Arbeitgeber. Wir begrüßen entsprechende Aktivitäten der Wissenschaftsorganisationen und werden deren Bemühungen durch eine Novellierung des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes flankieren. Wir wollen für den wissenschaftlichen Nachwuchs planbare und verlässliche Karrierewege schaffen. Der Bund wird im Rahmen seiner Förderung und bei Vereinbarungen zu neuen Instrumenten auf angemessene Laufzeiten der Anstellungsverträge achten.“

6 BT-Drs. 18/6489 S. 17.

7 Jongmanns, Evaluation des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes S. 71 ff.; Jongmanns, Das Wissenschaftszeitvertragsgesetz und die Beschäftigungsbedingungen im wissenschaftlichen Mittelbau, Osnabrück, 12.3.2015, abrufbar unter https://www.uni-osnabrueck.de/fileadmin/documents/public/4_forschung/4.3_nachwuchsfoerderung/zeptos/Vorträge_und_Präsentationen__Nachwuchstage/11_Osnabrücker_Nachwuchstage_2015-03-12_Jongmanns.pdf, abgerufen am 12.5.2017. Teil dieser Erhebung waren dabei allerdings neben den Befristungen nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG auch die typischerweise für längere Zeiträume abgeschlossenen Drittmittelbefristungen nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG.

8 Jongmanns, Evaluation des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes S. 73.

9 An § 30 Abs. 3 TVöD – „(3) Ein befristeter Arbeitsvertrag ohne sachlichen Grund soll in der Regel zwölf Monate nicht unter-

schreiten; die Vertragsdauer muss mindestens sechs Monate betragen...“ – anknüpfend Rambach in Arnold/Gräfl/Imping, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 4. Aufl. 2016, WissZeitVG § 2 Rn. 6; vgl. auch Preis/Ulber, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 36 f.

10 BR-Drs. 395/15 (Beschluss) S. 5, vgl. auch die Begründung: „Die Festlegung von konkreten Mindestbefristungszeiten soll in stärkerem Maße als es der Gesetzentwurf der Bundesregierung vorsieht unsachgemäße Kurzbefristungen verhindern und damit den betroffenen Nachwuchswissenschaftlerinnen und -wissenschaftlern eine gerade in der Phase der Qualifikation erforderliche höhere Beschäftigungssicherheit garantieren. Im Ausnahmefall bleiben auch kürzere Befristungen möglich, die auch im Interesse der Beschäftigten im Einzelfall erforderlich sein können.“; siehe dazu Mandler/Meißner, Entwurfsdiskussion WissZeitVG, OdW 2016, 41.

11 BT-Drs. 18/6489 S. 24: „Die vorgeschlagene Festlegung einer festen Mindestvertragslaufzeit von 24 Monaten für die erstmalige Befristung erscheint nicht geeignet, das mit dem Gesetzentwurf der Bundesregierung verfolgte Ziel, unsachgemäße Kurzbefristungen zu begrenzen, zu verwirklichen. Sie ist in der Festlegung eines fixen Zeitraums unflexibel und verzichtet durch Beschränkung auf die jeweils erste Befristung darauf, dem Ziel der Begrenzung unsachgemäßer Kurzbefristungen auch für Folgeverträge Geltung zu verschaffen. Vor dem Hintergrund, dass Organisation und Ausgestaltung der Qualifizierungsprozesse ureigene Aufgaben der Hochschulen und wissenschaftlichen Einrichtungen sind, würde eine bundesgesetzliche Festlegung einer bestimmten Mindestvertragslaufzeit der Vielfalt der in der Praxis existierenden Ausgestaltungen von Qualifizierungswegen und -möglichkeiten nicht gerecht werden.“; siehe zur möglichen Anpassung Mandler/Meißner, Entwurfsdiskussion WissZeitVG, OdW 2016, 41.

mäßig unangemessen kurzen Befristung mehr ausgegangen wird, lässt sich hieraus aber bedingt ableiten. Die 24 Monate finden sich mittlerweile auch in zahlreichen verabschiedeten Leitlinien und werden als grundsätzlich angemessen empfunden.¹² Insofern ist bei den Personalabteilungen bereits ein – für diese im Übrigen auch entlastendes – Umdenken zu erkennen.

Auf der anderen Seite können auch Befristungen von mehr als 24 Monaten nicht automatisch, sondern nur regelmäßig, als angemessen angesehen werden.¹³ In starren zeitlichen Grenzen hat der Gesetzgeber außerhalb möglicher Leitlinien nicht gedacht, sondern eine in beide Extreme grundsätzlich offene Regelung befürwortet.

II. Angestrebte Qualifizierung

Das Angemessenheitserfordernis wird getragen vom Ziel der Verhinderung unsachgemäßer Kurzbefristungen in Abhängigkeit zur „angestrebten Qualifizierung“ unter Wahrung der erforderlichen Flexibilität und Dynamik im Wissenschaftsbereich. Entscheidend für die Beurteilung der Angemessenheit ist damit zunächst die Eingrenzung der Qualifizierung.

1. Qualifizierung

Der Hinweis auf die angestrebte Qualifizierung in § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG ist zunächst lediglich klarstellend zu verstehen. Ihm kommt keine eigenständige Bedeutung zu.¹⁴ Er greift die (überwiegend) wissenschaftliche oder künstlerische Tätigkeit im Sinne des Anwendungsbereiches nach § 1 WissZeitVG¹⁵ auf, die

für die Befristung nach dem WissZeitVG seit je her konstitutiv ist.¹⁶ Es ist allerdings auch weiterhin nicht notwendig, dass innerhalb der Qualifikations- oder Post-Doc-Phase zwingend formale Qualifikationsziele, wie etwa eine Promotion, ein Ph.D. oder eine Habilitation, tatsächlich angestrebt werden.¹⁷ Tauglich sind nach wie vor auch sonstige wissenschaftliche Qualifikationsziele, wie etwa die Erlernung bestimmter wissenschaftlicher Methoden oder Kompetenzen¹⁸ oder die Forschung zu einem bestimmten wissenschaftlichen Thema als Teil einer Forschungsgruppe oder allein. Das Hervorbringen eigener Forschungsergebnisse wird dabei grundsätzlich nicht vorausgesetzt.¹⁹

Leitend ist hier stets der Gedanke eines kontinuierlichen Zustroms neuer Wissenschaftler zur Sicherung der Leistungs- und Funktionsfähigkeit der Hochschulen und Forschungseinrichtungen, der gerade nicht auf die Erreichung bestimmter formaler Qualifikationsziele beschränkt ist oder an diesen endet.²⁰ Aus diesem Grund kann etwa auch die Vertiefung oder Erlernung wissenschaftlichen Arbeitens durch das Zuarbeiten in Forschungsgruppen eine wissenschaftliche Qualifizierung begründen.²¹ Auch wissenschaftsfremde Tätigkeiten sind dabei nicht zwingend schädlich, solange im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine überwiegende wissenschaftliche Tätigkeit prognostiziert werden kann.

2. Qualifizierungsziel

Das Gesetz benennt lediglich die Qualifizierung und hebt damit an sich nicht auf das jeweilige Qualifikationsziel ab. Dies ist letztlich auch konsequent, denn – wie

12 *Rambach* in Arnold/Gräfl/Imping, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 4. Aufl. 2016, WissZeitVG § 2 Rn. 6.

13 Vgl. insofern grundsätzlich *Rambach* in Arnold/Gräfl/Imping, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 4. Aufl. 2016, WissZeitVG § 2 Rn. 6 bei Erstbefristungen.

14 A.A. *Hauck-Scholz*, Erneuter Systemwechsel bei Befristungen im Wissenschaftsbereich, RdA 2016, 262 f.

15 Vgl. zum persönlichen Anwendungsbereich etwa BAG, Urteil vom 29.4.2015 – 7 AZR 519/13; dazu *Mandler/Meißner*, Der persönliche Anwendungsbereich des WissZeitVG, OdW 2016, 127 ff.; *Boemke*, Zugehörigkeit der Lehrkräfte für besondere Aufgaben zum wissenschaftlichen Personal, jurisPR-ArbR 45/2015 Anm. 3. Bei Drittmittelbefristungen vgl. BAG, Urteil vom 8.8.2016 – 7 AZR 259/14; vgl. auch *Mandler*, Rechtsmissbrauch bei Drittmittelbefristungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG, 217 ff.; neue Unsicherheit besteht hier bei Bachelorabsolventen, die mangels Immatrikulation nicht mehr in den Anwendungsbereich des § 6 WissZeitVG fallen und vor allem mit unterstützenden Tätigkeiten beschäftigt werden. Letztlich muss auch hier im Einzelfall ermittelt werden, ob wissenschaftliche Dienstleistungen bei Vertragsschluss prognostiziert werden konnten. Eine pauschale Lösung verbietet sich. Wissenschaftliche Dienstleistungen kann und darf jeder für sich in Anspruch nehmen, der es will und kann – und zwar unabhängig von der Bezeichnung des Verhältnisses oder dem akademischem Abschluss, Art. 5 Abs. 3 GG.

16 Vgl. etwa BT-Drs. 18/6489 S. 8: „Unsachgemäße Kurzbefristungen sollen im WissZeitVG künftig unterbunden werden. Die Befristungstatbestände werden um Aussagen ergänzt, dass bei der sachgrundlosen Qualifizierungsbefristung die Befristungsdauer so zu bemessen ist, dass sie der angestrebten Qualifizierung angemessen ist, und sich bei der Befristung wegen Drittmittelfinanzierung an der Dauer der Mittelbewilligung orientieren soll (vergleiche Artikel 1 Nummer 2 Buchstabe a – § 2 Absatz 1 Satz 3 – und Buchstabe b Doppelbuchstabe aa)“; *Mandler/Meißner*, Entwurfsdiskussion WissZeitVG, OdW 2016, 35, 39; *Rambach* in Arnold/Gräfl/Imping, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 4. Aufl. 2016, WissZeitVG § 2 Rn. 4; umfassend *Preis/Ulber*, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 8 ff. mZn.; *Maschmann/Konertz*, Das Hochschulbefristungsrecht in der Reform, NZA 2016, 258 f. zu Mischstätigkeiten siehe *Kroll*, Die Novellierung des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes, ZTR 2016, 237 f.

17 Aus diesem Grund ist die Bezeichnung als Promotionsphase letztlich ungenau.

18 BT-Drs. 18/6489 S. 10; *Müller-Glöge* in Erfurter Kommentar, 17. Aufl. 2017, WissZeitVG § 2 Rn. 2b.

19 LAG Düsseldorf, Urteil vom 3.11.2016 – 13 Sa 436/16.

20 BT-Drs. 18/6489 S. 7; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 24.4.1996 – 1 BvR 712/86 = BVerfGE 94, 268.

21 Vgl. eingehend *Maschmann/Konertz*, Das Hochschulbefristungsrecht in der Reform, NZA 2016, 259 ff.

gesehen – ist der Bestand eines formalen Qualifikationsziels, wie etwa einer Promotion, gerade nicht Voraussetzung für die sachgrundlose Befristung. Auch wenn ein formales Qualifikationsziel nicht verfolgt werden muss, bietet sich zumindest gedanklich die Bildung eines gedachten Qualifikationsziels sowie dessen Dokumentation²² an. Denn die Angemessenheit eines Zeitraums lässt sich letztlich nur sicher bestimmen, wenn bekannt ist, gegenüber welchem Zweck der gewählte Zeitraum angemessen sein soll. Die fachliche Eignung des Beschäftigten muss dabei grundsätzlich unberücksichtigt bleiben.²³ Das Gesetz spricht nur von der „jeweils angestrebten Qualifizierung“ und beschreibt die Qualifizierung damit abstrakt.

Würde man hingegen auf die fachliche Eignung des Beschäftigten abstellen, wäre das Angemessenheitskriterium in der Tat nicht justiziabel. Wie sollte etwa die Befristungsdauer eines Doktoranden angemessen bestimmt werden können, wenn dessen Fähigkeiten der Hochschule noch unbekannt sind? Weder Noten, noch Vorbildung, noch Zeugnisse wären hier taugliche Anhaltspunkte. Gerade die Promotion zeichnet sich durch eine meist kaum abzuschätzende Entwicklung des Themas aus. Durch wissenschaftliche Methodik soll letztlich Neuland erst erschlossen werden. Die Dauer der Promotion steht deshalb letztlich erst nach Abschluss des Vorhabens sicher fest und ist zuvor nur einer Prognose unter typisierender Betrachtung zugänglich. Promotionsvereinbarungen mögen hier zwar Anhaltspunkte für die konkrete Dauer der Vorhaben geben,²⁴ diese sind aber für die Beurteilung der Befristungsdauer letztlich ungeeignet. Selbst wenn diese einmal Bearbeitungszeiten beinhalten sollten,²⁵ muss die Beschäftigung noch lange nicht für die Promotion allein oder umfassend erfolgen. Man denke hier etwa an den Medizinstudenten, der für ein Jahr im Labor Forschungsdaten erarbeitet, die er dann im Verlauf seines weiteren Studiums außerhalb einer Beschäf-

tigung in seiner Promotion verarbeitet; oder den Juristen, der einen Teil der Promotionsarbeit planvoll während des Referendariats erstellt.

Daneben bietet auch das Thema der Promotion und dessen Schwierigkeitsgrad im Verhältnis zum Doktoranden keine sinnvolle Bewertungsgrundlage. So bearbeitet etwa ein exzellenter Doktorand das Thema eventuell deutlich umfassender und damit länger, als dies ein mitelmäßiger getan hätte, weshalb selbiger möglicherweise sogar weniger Zeit für dasselbe Thema benötigt hätte. Gleiches gilt für Befristungen, die einer Vielzahl von Qualifizierungen dienen und so die prognostische Abwägung letztlich zu einer Gesamtbetrachtung zwingen. So ist es etwa üblich, Doktoranden sowohl zur Förderung der Promotion, als auch zur Bewältigung anderer Forschungsprojekte oder Lehraufgaben zu beschäftigen.

Diese Problematik wird letztlich nur zu vermeiden sein, wenn man mit der Gesetzesbegründung die persönlichen Fähigkeiten und Eigenheiten des Beschäftigten und das Thema selbst ausblendet und einen abstrakteren Ansatz bezogen auf die Art der Qualifizierung wählt. Maßgebend muss eine typisierende Betrachtung sein,²⁶ die gepaart mit einem weiten Einschätzungsspielraum der Hochschule, Universitätsklinik oder außeruniversitären Forschungseinrichtung,²⁷ dann ein abstrakteres Verständnis der Angemessenheit in den Grenzen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens erlaubt.²⁸

Dass dies dem Willen des Gesetzgebers entspricht, wird daran sichtbar, dass er den Einrichtungen über Leitlinien letztlich die Möglichkeit zur Gestaltung auf abstrakter Ebene zugestanden hat, da er sich selbst außer Stande sieht die wissenschaftliche Vielfalt zu reglementieren. Der Gesetzgeber geht deshalb davon aus, dass bei formalen Qualifikationszielen die „übliche Dauer“ angemessen ist,²⁹ was auf den insoweit anzunehmenden weiten Einschätzungsspielraum

22 So auch *Rambach* in *Arnold/Gräfl/Imping*, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 4. Aufl. 2016, *WissZeitVG* § 2 Rn.20. Die Dokumentation sollte indes nicht im Vertrag selbst erfolgen. Hierdurch entstünden ggf. prozessuale Unzulänglichkeiten, wenn neben dem dokumentierten Ziel auch andere verfolgt wurden. Aus diesem Grund ist auch eine Inbezugnahme evtl. Betreuungsvereinbarungen idR. ungeeignet die Ziele abschließend zu bestimmen.

23 Abweichend *Preis/Ulber*, *WissZeitVG*, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 31.

24 Vgl. *Maschmann/Konertz*, *Das Hochschulbefristungsrecht in der Reform*, *NZA* 2016, 263.

25 Zu den Mindestinhalten in Baden-Württemberg siehe *Löwisch/Würtenberger*, *Betreuungsvereinbarungen im Promotionsverfahren*, *OdW* 2014, 103 ff.

26 Ähnlich *Maschmann/Konertz*, *Das Hochschulbefristungsrecht in der Reform*, *NZA* 2016, 263.

27 So schon *Mandler/Meißner*, *Entwurfsgesetz* *WissZeitVG*, *OdW* 2016, 40; vgl. auch *Brötzmann*, *Die Änderung des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes 2016*, *öAT* 2016, 48; *Rambach* in *Arnold/Gräfl/Imping*, *Teilzeit- und Befristungsgesetz*, 4. Aufl. 2016, *WissZeitVG* § 2 Rn. 5; *Anton*, *Das Erste Gesetz zur Änderung des*

Wissenschaftszeitvertragsgesetzes und seine Auswirkungen auf die Personalpraxis der Universitätsklinik, *ZTR* 2016, 434.

28 Die Darlegungs- und Beweislast folgt dann – in Bezug auf die Angemessenheit der Befristungsdauer – dem bekannten System für die Prüfung des Vorliegens eines Sachgrundes analog, vgl. zu diesem etwa *Meinel* in *Meinel/Heyn/Herms*, 5. Aufl. 2015, *TzBfG* § 14 Rn. 36; *Bayreuther* in *BeckOK ArbR*, 43. Ed. 1.3.2017, *TzBfG* § 14 Rn. 21 ff.; vgl. hierzu auch *Preis/Ulber*, *WissZeitVG*, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 36, *Rambach* in *Arnold/Gräfl/Imping*, *Teilzeit- und Befristungsgesetz*, 4. Aufl. 2016, *WissZeitVG* § 2 Rn. 6.

29 *BT-Drs. 18/6489* S. 10: „Welche Vertragsdauer im Einzelfall angemessen ist, entzieht sich einer gesetzlichen Festlegung. Soweit in der Qualifizierungsphase ein formales Qualifizierungsziel (beispielsweise Promotion oder Habilitation) verfolgt wird, kann zwar allgemein gesagt werden, dass eine Orientierung der Vertragslaufzeit an der üblichen Dauer solcher Qualifizierungsvorhaben angemessen ist. Die übliche Dauer kann dabei – abhängig von der jeweiligen Fachkultur – allerdings höchst unterschiedlich sein“.

der Wissenschaftseinrichtungen hinweist. Die Novellierung des WissZeitVG sollte zudem die „erforderliche Flexibilität und Dynamik“ in der Wissenschaft nicht beeinträchtigen.³⁰ Gerade vor dem Hintergrund der jüngsten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, die einen Rückgriff auf das TzBfG für entsprechend durch das WissZeitVG erfasste Sachverhalte ausschließt,³¹ würde ohne den genannten abstrakten Ansatz ansonsten eine für die Wissenschaftseinrichtungen kaum zu rechtfertigende Schlechterstellung auf dem Boden dann hinzunehmender Rechtsunsicherheiten gegenüber dem Privatsektor anzunehmen sein – insbesondere wegen Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG.³²

Methodisch ist daher im Lichte des Ziels der Novellicierung, die unsachgemäße Kurzbefristungen unterbinden soll, auf eine teleologische Reduktion des Angemessenheitserfordernisses zu schließen, soweit die Befristung zu lang erfolgt ist.³³ Zwar lässt sich sagen, dass weiterhin das unbefristete Arbeitsverhältnis im allgemeinen Arbeitsrecht den Regelfall darstellt und deshalb auch eine zu lange Befristung prinzipiell unangemessen sein kann, dies gilt jedoch aus bekannten Gründen gerade nicht im Wissenschaftsbereich. Ausreichende Grenzen setzt hier bereits der Höchstbefristungsrahmen, dem im Übrigen ebenfalls nur eine typisierende Betrachtung zu Grunde liegt. Auch ein Rechtsmissbrauch ist hier – wenngleich theoretisch vorstellbar – letztlich ausgeschlossen.³⁴

Sind daher keine Leitlinien erlassen, kann der Arbeitgeber im Rahmen seiner Prognoseentscheidung dann auf die gewöhnliche Dauer entsprechender Qualifikationsvorhaben zurückgreifen und eventuelle Abweichungen in der Befristungsdauer schließlich mit von ihm zu beweisenden sachlichen Gründen rechtfertigen. In Bezug auf das jeweilige Qualifikationsvorhaben ist dabei anhand der aus diesen resultierenden Qualifikationen zu unterscheiden.

a) Formale Qualifikationsziele

Unter einem formalen Qualifikationsvorhaben ist ein bestimmter formalisierter Abschluss zu verstehen. Gemeint ist damit neben der in der Gesetzesbegründung erwähnten Promotion oder Habilitation³⁵ auch der Ph.D., die Schwerpunktbezeichnung, der Facharzt oder sonstige Spezialisierungen, wie sie etwa im zahnärztlichen Bereich zu finden sind. Hier ist bei der Bestimmung der Angemessenheit zunächst von der typischen Dauer zur Erlangung des jeweiligen Ziels auszugehen und anschließend – ggf. gestützt auf sachliche Gründe – zu verlängern oder zu verkürzen. Bei der Bestimmung der üblichen Dauer ist wiederum auf einen weiten Einschätzungsspielraum der Wissenschaftseinrichtungen zu erkennen. Im Zweifel wird der Beweis aber durch entsprechende Analysen und Statistiken zu führen sein.

Bezugspunkt für die Bestimmung der Angemessenheit ist hier zuvorderst die jeweilige „Fachkultur“.³⁶ Es kommt damit beispielsweise nicht auf die Promotion an sich, sondern auf die typische Promotionsdauer im jeweiligen Bereich an.³⁷ Dass hierbei durchaus große fachspezifische Zeitunterschiede bestehen können, ist bekannt und vom Gesetzgeber auch vorausgesetzt worden. Aus diesem Grund gilt es zu beachten, dass die Vorgabe weithin pauschaler Befristungszeiträume für eine Vielzahl ansonsten grundverschiedener Fächer, ein Indiz für eine fehlerhafte Prognose sein kann.

Bei der Bestimmung der Angemessenheit sind allerdings auch sachliche Gründe anzuerkennen, die ein Abweichen von typischen Zeiträumen erlauben. Nur so kann der gesetzlichen Intension einer flexiblen und dynamischen Befristungspraxis ausreichend Rechnung getragen werden. Auch insoweit ist daher der Begriff der Angemessenheit wertend zu verstehen. Prinzipiell geeignet für ein solches Abweichen ist danach bspw. das vorzeitige Ende eines Projektes, wenn Beschäftigung über-

30 BT-Drs. 18/6489 S. 17.

31 BAG, Urt. v. 28.9.2016 – 7 AZR 549/14 = NZA 2017, 249 ff.; BAG, Urt. v. 8.6.2016 – 7 AZR 259/14; BAG, Urteil vom 18.5.2016 – 7 AZR 533/14 = NZA 2016, 1276: „Die Befristung von Arbeitsverträgen mit wissenschaftlichem Personal an Hochschulen im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG kann auf Sachgründe nach § 14 Abs. 1 TzBfG nicht gestützt werden, wenn die Befristung ausschließlich mit der wissenschaftlichen Qualifizierung des Arbeitnehmers begründet wird. Insoweit verdrängt § 2 Abs. 1 WissZeitVG als Sonderregelung § 14 Abs. 1 TzBfG.“; diese Rechtsprechung ist vor dem Hintergrund des § 1 Abs. 2 WissZeitVG indes nicht zweifellos, letztlich aber konsequent. Siehe hierzu AP WissZeitVG § 1 Nr. 7 (m. Anm. Deutzmann/Preis).

32 Etwa die Befristung über § 14 Abs. 2 TzBfG, der das Erfordernis der Angemessenheit nicht kennt, ist daher für die Erstbefristung

im wissenschaftlichen Bereich – vor dem Hintergrund neuerer Rechtsprechung des BAG (Fn. 31) – zumindest zu hinterfragen. Weiterhin für das Wahlrecht AP WissZeitVG § 1 Nr. 7 (m. Anm. Deutzmann/Preis) unter IV.

33 Im Ergebnis auch Löwisch in Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, AR-Kommentar, 8. Aufl. 2016, WissZeitVG § 2 Rn. 3.

34 Vgl. BAG, Urteil vom 9.12.2015 – 7 AZR 117/14.

35 BT-Drs. 18/6489 S. 10.

36 BT-Drs. 18/6489 S. 10.

37 Es wäre daher etwa denkbar zwischen experimentellen und klinischen Doktorarbeiten in der Medizin zu unterscheiden. Erfolgt die Promotion während des Studiums im Rahmen einer Anstellung, die gem. § 6 WissZeitVG befristet ist, können diese Zeiten gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG berücksichtigt werden, vgl. Preis/Ulber, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 6 Rn. 31.

wiegend im Rahmen eines Projektes oder Drittmittelprojektes nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG erfolgt und dieses vor Ablauf der regelmäßigen oder besonderen Befristungsdauer endet.³⁸ Des Weiteren kann der zu dokumentierende Wunsch des Beschäftigten eine kürzere Befristung rechtfertigen. Das Ziel unsachgemäßer Kurzbefristungen durch die Wissenschaftseinrichtungen wird dann nicht gefährdet. Dies gilt insbesondere mit Blick auf mögliche Sperrfristen bei ansonsten notwendiger vorzeitiger Aufhebung des Arbeitsverhältnisses. Selbiges gilt, wenn mit der Promotion etc. bereits begonnen und damit ein Teil der üblichen Dauer bereits aufgewandt wurde. Ein Beispiel mag hier etwa ein erfolgter Hochschulwechsel während der Promotion sein. Längere Befristungen bleiben aber freilich auch hier möglich. Weiter kann eine Kürzung der angemessenen Dauer auch erfolgen, soweit durch eine Befristung die jeweiligen Höchstbefristungsgrenzen des WissZeitVG überschritten würden. Die Höchstbefristungsgrenzen sind eine vom Gesetzgeber gesetzte fiktive Grenze, die im Rahmen einer typisierenden Betrachtung als angemessener zeitlicher Rahmen für die wissenschaftliche Qualifizierung gesetzt wurde. Es darf aus diesem Grund nicht zulasten der Angemessenheit gewertet werden, wenn die Wissenschaftseinrichtungen die gesetzlich gesetzten (angemessenen) Höchstbefristungsgrenzen maximal ausschöpfen. Das Angemessenheitserfordernis ist insoweit vor dem Hintergrund des Höchstgrenzensystems des WissZeitVG sowie der *ratio* erneut teleologisch zu reduzieren, wenn eine ansonsten angemessene Befristungsdauer die Höchstbefristungsgrenzen überschreiten würde. Es kann nicht dem Sinn der Angemessenheitsvorgabe entsprechen, wenn eine Beschäftigung unterbleibt, weil die Befristung über die Höchstbefristungsgrenzen hinaus notwendig wäre. Beginnt also ein Beschäftigter mit seiner Promotion erst nach 4 Beschäftigungsjahren und ist die übliche Promotionsdauer – nach der Fachkultur – 2,5 Jahre, so kann wirksam nur für die verbleibenden 2 Jahre befristet werden.

Gerade hier wird erkennbar, dass sich das Angemessenheitserfordernis im Zusammenhang mit der angestrebten Qualifikation nur schwerlich in das System einer sachgrundlosen Befristung einfügt.

b) Funktionale Qualifikationsvorhaben

Schwieriger gestaltet sich die Bestimmung der Angemessenheit, wenn kein formales Qualifikationsziel verfolgt

wird. Hier verlangt die Gesetzesbegründung eine funktionale, sinnvolle Befristungsdauer. Bei diesen Vorhaben handelt es sich letztlich mehrheitlich um Einzelfälle, die von einer Vielzahl von Faktoren abhängig sein können. Hierzu rechnen etwa die Erprobungsphasen, die Findung eines Promotions- oder Habilitationsthemas, die Posthabilitationsphase zur Erlangung einer Professur oder die Vertiefung oder Erlernung bestimmter wissenschaftlicher Methoden und Kompetenzen. Auch bei diesen Qualifikationen ist aber eine abstrakte Sichtweise zu wählen. „Funktional“ und „sinnvoll“ sind deshalb auch Zeiträume die typischerweise genügen, um das jeweilige Vorhaben abzuschließen oder nachhaltig zu fördern.³⁹ Auch insoweit wird allerdings von einem weiten Entscheidungsspielraum der Wissenschaftseinrichtungen und der Möglichkeit der Kürzung mit sachlichen Gründen auszugehen sein.

c) Teilzeitverträge

Zunächst unklar ist zudem, ob die in typisierender Betrachtung ermittelten angemessenen Zeiträume in Bezug auf die jeweiligen Qualifikationsziele zusätzlich anzupassen sind, wenn nur eine Beschäftigung in Teilzeit erfolgen soll. Die Entscheidung fällt hier deshalb schwer, weil bestimmte Qualifikationsziele teils im Rahmen eines Anstellungsverhältnisses, teils aber auch außerhalb dieser verfolgt werden. So ist es etwa üblich „Vollzeit“ zu promovieren, obschon nur eine Anstellung für 50% des regelmäßigen Beschäftigungsumfangs besteht. Dies kann unterschiedliche Gründe haben. Denn neben Budgetgrenzen ist etwa im Zusammenhang mit dem Erhalt eines Stipendiums eine umfassende Beschäftigung vielfach nicht gewünscht, bzw. würde eine Kürzung nach sich ziehen. Die Teilzeitanstellung bedeutet damit nicht zwingend, dass Qualifikationsziele nicht im typischen zeitlichen Rahmen erreicht werden könnten.

Aus diesem Grund muss auch der jeweilige Beschäftigungsumfang bei der Bestimmung der Angemessenheit grundsätzlich außer Betracht bleiben. Sofern allerdings bereits bei Abschluss des Vertrags prognostiziert werden kann, dass das jeweilige Qualifizierungsziel allein wegen der Teilzeitbeschäftigung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit nicht zu erreichen ist, kann die Teilzeitbeschäftigung entsprechend berücksichtigt werden. Einen Anwendungsfall wird man hier bspw. bei Facharztausbildungen sehen können, denn diese setzt letztlich für die Erreichung des Qualifikationsziels notwendige

38 BT-Drs. 18/6489 S. 10; siehe auch *Meißner*, Entstehung und Entwicklung des Hochschulbefristungsrechts, 2016, S. 156.

39 BAG, Urteil vom 27.1.1988 – 7 AZR 53/87 = BAGE 57, 256 ff.; vgl. *Rambach* in *Arnold/Gräfl/Imping*, Teilzeit- und Befristungs-

gesetz, 4. Aufl. 2016, WissZeitVG § 2 Rn. 5; siehe auch *Löwisch* in *Dornbusch/Fischermeier/Löwisch*, AR-Kommentar, 8. Aufl. 2016, WissZeitVG § 2 Rn. 3 „plausibles Verhältnis“.

Beschäftigungszeiten nach den Weiterbildungsordnungen voraus.

III. Leitlinien

1. Gestaltung durch Leitlinien

Die vorstehenden Schwierigkeiten erkennend, hat der Gesetzgeber den Wissenschaftseinrichtungen die Gestaltung im Rahmen von sog. Leitlinien zugebilligt und damit den besprochenen weiten Einschätzungsspielraum der Wissenschaftseinrichtungen grundsätzlich anerkannt.⁴⁰

Exemplarisch benennt die Begründung dabei den von Mitgliederversammlung der Hochschulrektorenkonferenz 2014 beschlossenen Orientierungsrahmen zur Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses nach der Promotion und akademischer Karrierewege neben der Professur sowie die 2015 hierzu beschlossenen Kernthesen zum „Orientierungsrahmen zur Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses und akademischer Karrierewege neben der Professur“ und die von ihr 2012 beschlossenen Leitlinien für die Ausgestaltung befristeter Beschäftigungsverhältnisse mit wissenschaftlichem und künstlerischem Personal.⁴¹

Für die außeruniversitären Forschungseinrichtungen wird beispielhaft auf die Leitlinien für die Arbeitsbedingungen und die Karriereförderung promovierender und promovierter Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler in den Instituten der Leibniz-Gemeinschaft (2013), die Leitlinie Befristungspolitik der Fraunhofer-Gesellschaft (2014), die Leitlinien zur Durchführung von Promotionsvorhaben in der Helmholtz-Gemeinschaft (2015) sowie die Leitlinien für die Ausbildung von Doktorandinnen und Doktoranden in der Max-Planck-Gesellschaft (2015) verwiesen.⁴²

Die Reichweite dieser Leitlinien soll dabei wohl auf die jeweilige Wissenschaftseinrichtung beschränkt sein, denn der Gesetzgeber geht davon aus, dass entsprechende Leitlinien „jeweils“ von den Hochschulen, Universitätsklinika oder außeruniversitären Forschungseinrichtungen zu erlassen sind. Es ist daher auch schlüssig, wenn sich die Einrichtungen nur auf eigene Leitlinien berufen können. Freilich steht es den Wissenschaftseinrichtungen offen, sich die Inhalte entsprechend fremder Leitlinien durch Bezugnahme oder Praxis zu eigen zu machen. Beachtet werden muss dabei aber, dass eine all-

zu unreflektierte Übernahme fremder Richtlinien Indiz mangelnder Plausibilität sein kann.

Allerdings zeichnet sich ab, dass die Wissenschaftseinrichtungen über kurz oder lang jeweils über eigene Richtlinien verfügen werden, die dann die bei ihnen auftretenden Sachverhalte spezifisch – und wie vom Gesetzgeber intendiert – regeln.

Dieser Grundüberlegung folgend, haben eine Vielzahl von Hochschulen und Forschungseinrichtungen bereits entsprechende Leitlinien erlassen. Diese gleichen sich vielfach und sehen mehrheitlich pauschale Festlegungen von mindestens 12 Monaten, 24-36 Monate oder 36 Monaten vor. Jene Festlegungen sind dabei für sich bereits ein Zeichen dafür, dass die Befristungspraxis vor der Novellierung des WissZeitVG nicht zwingend war. Die Wissenschaftseinrichtungen können anscheinend auch mit derartigen Vertragslaufzeiten leben und so hat sich der Erfolg der Neuerungen in Bezug auf die Vertragslaufzeiten verschiedentlich bereits eingestellt. Gleichwohl verschenken derartig pauschale Modelle auch Gestaltungsmöglichkeiten und laufen aufgrund ihrer unreflektierten Betrachtungsweise Gefahr im Einzelfall als zu unspezifisch verworfen zu werden. Zudem bieten etwa Festlegungen, die Befristungen von „24 bis 36 Monaten“ vorsehen, einige Auslegungsrisiken: Kann auch ein Promotionsvorhaben, das üblicherweise 3 Jahre dauert für 2 Jahre befristet werden oder ist zwingend auf 36 Monate zu befristen? Nach welchen Maßstäben beurteilt sich die Nutzung dieser gegebenen Spielräume? Wann kann von diesen Vorgaben abgewichen werden? Vorzugswürdiger erscheinen daher Leitlinienmodelle, die zwar mit einer regelmäßigen Befristungsdauer operieren, diese aber um einrichtungsbezogene Spezifika ergänzen und einen Katalog für eventuell notwendige Abweichungen zu den getroffenen Festlegungen enthalten.⁴³

2. Grenzen der Leitliniengestaltung

Weithin unklar sind die Grenzen der Leitliniengestaltung. Offensichtlich geht der Gesetzgeber, der hierzu keine besonderen Schranken außerhalb eines verantwortungsvollen Umgangs anzeigt, von einem großen Gestaltungsspielraum der Wissenschaftseinrichtungen aus: Ziel ist die flexible Regelung der Vielfalt wissenschaftlicher Beschäftigungssituationen. Gleichwohl muss berücksichtigt werden, dass die Leitlinien ein vom

40 Siehe Mandler/Meißner, Entwurfsdiskussion WissZeitVG, OdW 2016, 40; vgl. auch Brötzmann, Die Änderung des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes 2016, öAT 2016, 48; Rambach in Arnold/Gräfl/Imping, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 4. Aufl. 2016,

WissZeitVG § 2 Rn. 6.

41 BT-Drs. 18/6489 S. 11.

42 BT-Drs. 18/6489 S. 11.

43 Ein Beispiel für ein solches Modell findet sich unter V.

Arbeitgeber gestaltbares Medium sind und dass aus diesem Grund potentiell die Gefahr einer strukturellen Übervorteilung des Arbeitgebers durch eine allzu großzügige Befristungspraxis besteht.⁴⁴ Dies darf jedoch nicht dazu führen, dass den Leitlinien letztlich jeglicher Nutzen abgesprochen wird. Die Leitlinien werden Teil der prüffähigen Prognoseentscheidung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Verlangt wird bei dieser Prüfung aber lediglich, dass innerhalb der vereinbarten Befristungsdauer das angestrebte Qualifikationsziel mit hinreichender Wahrscheinlichkeit⁴⁵ – mithin voraussichtlich – erreicht werden kann. Ausgehend von verantwortungsbewussten Wissenschaftseinrichtungen ist daher zwar eine gerichtliche Plausibilitätskontrolle der Leitlinieninhalte unerlässlich,⁴⁶ diese muss aber stets im Lichte der gesetzlich zugestanden Einschätzungsspielräume und vor dem Hintergrund der Aufrechterhaltung flexibler Befristungsmöglichkeiten innerhalb der Wissenschaft erfolgen. Eine gerichtliche Überprüfung muss daher den besprochenen weiten Einschätzungsspielraum der Wissenschaftseinrichtung auch im Rahmen der jeweiligen Leitlinienüberprüfung berücksichtigen, weshalb die Festlegungen grundsätzlich nur bei offensichtlich missbräuchlichen oder fehlgehenden Festlegungen zu beanstanden sind.

Allein auf diesem Weg kann dann der vom Gesetzgeber gewählten Leitlinienlösung im Rahmen der Angemessenheitsbetrachtung Rechnung getragen werden. In soweit muss auch darauf verwiesen werden, dass anders als bei der Prüfung der Prognoseentscheidung im Rahmen einer Sachgrundbefristung, hier eine gesetzliche Sonderlage besteht. Es handelt sich um eine sachgrundlose Befristung, die lediglich in Nuancen der bekannten Sachgrundbefristung entspricht und damit nicht am identischen Maßstab einer Sachgrundbefristung zu messen ist. Eine solche Gleichschaltung stünde der gesetzlichen Intention entgegen. Aus diesem substantiellen Unterschied müssen sich daher vor dem Hintergrund wissenschaftsbezogener Freiheiten die genannten Unterschiede ableiten und rechtfertigen.

Insbesondere muss es deshalb den Wissenschaftseinrichtungen möglich sein, auch regelmäßige Befristungsdauern festzulegen, die gerade für Qualifikationsvorhaben ohne formales Qualifikationsziel einen festen Rahmen setzen.⁴⁷ Andernfalls steht zu befürchten, dass die Einrichtungen entsprechende Befristungen – aus Angst

unbefristete Arbeitsverhältnisse zu begründen – nicht mehr eingehen. Dies wird ihnen aber auch im Rahmen der Novelle weiter zugesichert und ist im Lichte der garantierten Wissenschaftsfreiheit, die auch den Einrichtungen selbst zu Teil wird, letztlich auch zu fordern.

Die festgelegten Inhalte sind zudem – wie auch bei sonstigen Prognoseentscheidungen – nur auf entsprechenden Angriff des Arbeitnehmers hin zu prüfen. Im Übrigen wird die Wissenschaftseinrichtung durch einen entsprechenden Verweis auf die jeweiligen Richtlinieninhalte die Angemessenheit ausreichend darlegen und beweisen können.⁴⁸

Schließlich wird deshalb vorgeschlagen Leitlinien zu erlassen und dann so aufzubauen, dass eine feste regelmäßige Befristungsdauer gesetzt wird, die zunächst sämtliche Fälle fasst, dann aber durch speziell geregelte häufige besondere Qualifikationsziele/-vorhaben modifiziert wird, so dies erforderlich ist. Die regelmäßige Befristungsdauer sollte zudem mit Abweichungsgründen versehen werden, die wiederum Ausdruck der wissenschaftsnotwendigen Flexibilität und Teil der Einschätzungsspielräume der Wissenschaftseinrichtungen im Rahmen der Prognoseentscheidung sind. Dies erlaubt dann ein ausreichendes Maß an Differenzierung und bedeutet letztlich die Chance zur reflektierten Befristung im Sinne einer verantwortungsvollen Befristungspraxis.

IV. Verlängerungen der Befristung

Sonderfragen ergeben sich im Zusammenhang mit Verlängerungen der befristeten Arbeitsverhältnisse. Hierbei ist zwischen der einseitigen Verlängerung gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG und der beiderseitigen Vertragsverlängerung bzw. „Weiterbeschäftigung“ zu unterscheiden.

1. Verlängerung gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG

Die Novelle hat auch neue Gestaltungsmöglichkeiten in Bezug auf die Verlängerung nach § 2 Abs. 5 WissZeitVG ergeben.⁴⁹ Danach hat der Beschäftigte, der während eines nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG befristeten Arbeitsverhältnisses bestimmte Unterbrechungszeiten iSd. Nrn. 1-6 erfüllt, die einseitige Option sein Arbeitsverhältnis um diese (ggf. auch auf 2 Jahre beschränkte) Zeiträume zu verlängern (Verlängerungsoption). Infolge der Ausübung dieser gesetzlich vorgesehenen Option verlängert

44 Hierzu schon *Mandler/Meißner*, Entwurfsdiskussion WissZeitVG, OdW 2016, 40.

45 Vgl. BAG vom 12.9.1996 – 7 AZR 790/95 – AP Nr. 182 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag = EzA BGB § 620 Nr. 142.

46 Strenger *Preis/Ulber*, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 33.

47 Siehe unter VI.

48 Vgl. auch *Preis/Ulber*, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 33.

49 Zum Ganzen siehe *Mandler*, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG, OdW 2014, 221.

sich dann das befristete Arbeitsverhältnis durch das formlos erklärbare einseitige Einverständnis. Eine Beteiligung des Personalrates ist nicht erforderlich.⁵⁰

Dies kann bisweilen zu beträchtlichen Verlängerungszeiträumen führen. Unterbrechungszeiten von mehreren Jahren sind gerade mit Blick auf Mutterschutz und Elternzeit (Nr. 3) keine Seltenheit. Gleichwohl ist der Arbeitnehmer nicht verpflichtet die Zeiten gänzlich oder auf einmal zu nehmen, sondern kann die Verlängerungsoption auch teilweise und gestückelt ausüben.⁵¹ Es gilt sich zu vergegenwärtigen, dass das Einverständnis in die Verlängerung nicht nur das Befristungsende verschiebt, sondern gleichzeitig auch die arbeitsvertraglichen Pflichten der Arbeitnehmer mit dem Ziel der Kompensation der Unterbrechungszeiträume verlängert. Bereits aus Art. 12 Abs. 1 GG muss deshalb Vorsicht gegenüber eventuellen Vorabbindungen oder gestuften Systemen ausgeübt werden.

Nimmt nun ein Beschäftigter durch sein Einverständnis die Verlängerungsoption für bestehende Unterbrechungszeiten ganz oder teilweise in Anspruch, so verlängert sich das Arbeitsverhältnis im entsprechenden Umfang. Dies bedeutet für die Hochschulen, Universitätsklinika und außeruniversitären Forschungseinrichtungen zunächst einen teilweise kaum beherrschbaren Rechenaufwand. Dieser ergibt sich zumeist daraus, dass sich die Unterbrechungszeiten bei einer teilweisen Erwerbstätigkeit entsprechend vermindern und so gerade beim unbegrenzten Verlängerungstatbestand für Mutterschutz und Elternzeiten (Nr. 3) bei veränderlichem Beschäftigungsumfang kaum noch händisch sicher zu errechnen sind.⁵² Mit den nunmehr vorhandenen Programmen zur Berechnung der Verlängerungszeiten,⁵³ hat sich die Problematik jedoch zumindest auf der Berechnungsebene deutlich vereinfacht und erlaubt nun ei-

nen sicheren Umgang mit den Unterbrechungszeiten für eine Vielzahl von Sachverhalten. Dies ist insbesondere mit Blick auf den aus der Ausübung der Option folgenden Anspruch und dem Risiko einer eventuellen Überschreitung der Höchstbefristungszeiten bedeutsam. Durch ein fehlerhaftes Vorgehen können unbefristete Arbeitsverhältnisse entstehen. Zudem sollte auch der Wissenschaftseinrichtung daran gelegen sein, die Unterbrechungszeiten schnellstmöglich abzubauen. Aufgesparte Verlängerungszeiten, die auch durch eine Neubefristung idR. nicht verloren gehen,⁵⁴ können ansonsten innerhalb eines Arbeitsverhältnisses auch Jahre später noch eingesetzt werden. Hieraus kann für die Wissenschaftseinrichtungen ein beträchtliches Risiko erwachsen, dass eventuelle Planungen aufgrund des oft großen Umfangs der Zeiten nachhaltig gefährden kann.

Wird nun für einen bestimmten Zeitraum die Verlängerung erklärt, so stellt sich die Frage, wie sich die damit ausgelöste gesetzliche Verlängerung gegenüber der Angemessenheit der Befristung verhält. Es ist zunächst klar, dass die Verlängerung und der damit einhergehende Zeitraum selbst nicht § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG unterliegen können. Die Verlängerung ist gerade nicht Teil der vereinbarten Befristung im Zeitpunkt des Vertragschlusses und muss aus diesem Grund bei der Bemessung der Angemessenheit auch außer Betracht bleiben. Ebenso eindeutig lässt sich sagen, dass der Verlängerungszeitraum selbst gerade nicht angemessen sein muss, denn erst die einseitige Entscheidung des Beschäftigten verlängert das Arbeitsverhältnis. Dieser muss daher nicht etwa darauf achten, dass sich sein eigenes Beschäftigungsverhältnis nur angemessen verlängert. Dies ist auch der Grund dafür, warum die Hochschulen, außeruniversitären Forschungseinrichtungen und insbesondere die Universitätsklinika aktiv auf die Nutzung

50 VG Mainz, Beschluss vom 6.12.2016 – 5 K 664/16.MZ, so schon Mandler, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG, OdW 2014, 221.

51 Einer Vorabbindung, die durch die Erklärung über das „Ob“ der Verlängerung denkbar wäre – in diese Richtung Preis/Ulber, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 178 –, bedarf es nicht. Die Verlängerung kann auch zunächst nur für einen Unterbrechungstag erklärt werden, um so den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses über die Unterbrechungszeiten hinaus zu gewährleisten. Ein Verzicht für kommende Zeiten liegt darin nicht. Die Zeiten sind ohne weiteres teilbar und sollen nach dem Ziel des Gesetzes auch erhalten bleiben, vgl. etwa den in der Praxis häufig anzutreffenden Wechsel des Beschäftigungsumfangs während Teilzeit in Elternzeit. Das Einverständnis verlängert zudem die beiderseitigen Haupt- und Nebenpflichten. Ein gewisses Mindestmaß an Bestimmtheit ist daher für beide Seiten insb. im Lichte des Art. 12 Abs. 1 GG zu fordern. Die Parteien müssen sich insb. über Neben- und Fürsorgepflichten im Klaren sein. Mithin kann die Verlängerung auch aufschiebend bedingt für künftige Zeiten

erklärt werden. Einer vorab bindenden Erklärung über das „Ob“ bedarf es daher nicht. Anderes folgt auch nicht aus BAG, Urteil vom 28.5.2014 – 7 AZR 456/12. Hier wurde das Einverständnis ausdrücklich erklärt, vgl. LAG Hamburg, Urteil vom 22. März 2012 – 1 Sa 65/11. Daneben reicht insbesondere bei einer Teilzeitbeschäftigung die Erklärung über das Ob der Verlängerung dann nicht aus, wenn ohne konkretes Einverständnis das Befristungsende überschritten würde. Siehe hierzu Mandler, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG, OdW 2014, 228; Rambach in Arnold/Gräfl/Imping, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 4. Aufl. 2016, WissZeitVG § 2 Rn. 31.

52 Zu Rechenbeispielen siehe Mandler, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG, OdW 2014, 228 ff.

53 R. Fitch Software, Bad Krozingen.

54 Siehe zur Verlängerung einer Befristung nach WissZeitVG: BAG, Urteil vom 9.12.2015 – 7 AZR 117/14; vgl. Mandler, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG, OdW 2014, 223; Preis/Ulber, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 2

dieser Zeiten hinwirken sollten. Die Frage der Angemessenheit stellt sich dann nicht, wodurch risikolos weitere Befristungsabschnitte geschaffen werden können.

Unklar ist letztlich aber, ob die durch Einverständnis ausgelöste gesetzliche Verlängerung des Arbeitsverhältnisses Einfluss auf die Angemessenheit der bereits erfolgten oder sich anschließenden Befristung hat; schließlich verlängert sich durch die Verlängerung die effektive Befristungsdauer kraft Gesetzes, die dann an der Angemessenheit zu messen ist.

Die Beantwortung dieser Frage gestaltet sich für die Verlängerung einer zuvor unangemessenen Befristung überaus schwierig, wenn sich diese nur im Zusammenhang mit den genommenen Verlängerungszeiten als angemessen darstellt.

Die Verlängerung führt zunächst nur dazu, dass diejenigen Zeiten, für die eine Unterbrechung eingetreten ist, nicht verloren gehen. Obschon sich daher die zeitliche Ausdehnung des Arbeitsverhältnisses nach der Verlängerung als angemessen darstellen mag, so bleibt maßgeblicher Zeitpunkt der Vertragsschluss. Dieser kennzeichnet den maßgeblichen Betrachtungszeitpunkt für die Angemessenheitsprognose. Zudem muss gesehen werden, dass die Verlängerung maximal im Umfang der Unterbrechung abzüglich eventueller Teilzeitbeschäftigungen erfolgen muss. Eine qualifikationsbezogene Beschäftigung ist daher mit der Verlängerung prinzipiell nicht verbunden. Es wird lediglich eine zeitliche, nicht aber auch eine auf das Qualifikationsvorhaben bezogene materielle Verlängerung des Arbeitsverhältnisses erreicht. Gegenstand der Neuregelung ist aber gerade die sachgemäße Befristungsdauer in Bezug auf die jeweilige Qualifizierung.

Andererseits lässt sich anführen, dass eine unangemessene Befristungsdauer zur Unwirksamkeit der Befristung führt und somit den Wegfall einer Bedingung für die Verlängerung – „befristeten Arbeitsvertrages“ – selbst bedeutet. Daneben muss die Unterbrechung nicht zwingend mit einem wissenschaftlichen Stillstand einhergehen. So sieht etwa § 2 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 WissZeitVG gerade auch Verlängerungen um Zeiten für eine Beurlaubung für wissenschaftliche Tätigkeit oder eine außerhalb des Hochschulbereichs oder im Ausland durchgeführte wissenschaftliche oder berufliche Aus-, Fort- oder Weiterbildung vor.

Gleichwohl ist im Ergebnis eine Heilung grundsätzlich zu verneinen. Die Verlängerung greift letztlich nur auf den eigentlichen Befristungsgrund zu und erlaubt die einseitige zeitliche Dehnung der vereinbarten Zeiten durch den Be-

schäftigten. Adressat des Angemessenheitserfordernisses ist aber stets die Wissenschaftseinrichtung, die ihre Prognose im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ggf. darlegen und angemessen befristen muss. Zufälligkeiten, die durch eine Verlängerung iSd. § 2 Abs. 5 WissZeitVG entstehen, müssen daher hinsichtlich der Befristungsdauer außer Betracht bleiben. Allerdings dürfte es treuwidrig sein, wenn sich Beschäftigte auf die Unangemessenheit ihrer Befristungsdauer berufen und innerhalb der Verlängerungszeiten das angestrebte Qualifikationsziel gleichwohl erreicht haben. In diesem Fall hat sich die vormalige kurze Prognose dann als zutreffend herausgestellt, da von einem Erreichen des Ziels auch ohne Unterbrechung auszugehen sein dürfte. Dies wird aber vom Einzelfall abhängig sein.

Anders gestaltet sich aber die Rechtslage, wenn einer Verlängerung nach § 2 Abs. 5 WissZeitVG eine weitere Befristung bezogen auf dasselbe Qualifikationsziel folgt. Hier kann die Wissenschaftseinrichtung im Rahmen ihrer Prognoseentscheidung die durch die Verlängerung erreichten Fortschritte letztlich einbeziehen und entsprechend einrechnen. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass damit allein ein mittelbarer Zusammenhang und kein Anrechnungsautomatismus besteht. Im Einzelfall kann deshalb eine Korrektur der abstrakten Anrechnung geboten sein.

2. Verlängerungen innerhalb der Befristungsdauer

Offen lässt das Gesetz zunächst auch, ob die beiderseitige Verlängerung eines Arbeitsverhältnisses dem Angemessenheitserfordernis unterliegen muss. § 2 Abs. 1 Satz 7 WissZeitVG ist Satz 3 systematisch nachgeordnet und formuliert auch nach der Novelle, dass „innerhalb der jeweils zulässigen Befristungsdauer Verlängerungen eines befristeten Arbeitsvertrages möglich“ sind. Mit Befristungsdauer ist dabei in Satz 7 aber freilich nicht die Befristungsdauer nach Satz 3 gemeint. Ausgehend vom identischen § 2 Abs. 1 Satz 4 WissZeitVG a.F. meint der Begriff der Befristungsdauer hier die jeweilige Höchstbefristungsdauer.⁵⁵

Gleichwohl bleibt angesichts der systematischen Stellung des Satzes 7 die Frage, ob die Angemessenheit etwa nur für Erstverträge und nicht auch für deren Verlängerung („Weiterbeschäftigung“) gelten soll. Dies ist zu verneinen. Wie aus der Ablehnung der im Entwurf des Bundesrates vorgesehenen 24-Monatsgrenze hervorgeht, ist die Anwendung des Angemessenheitserfordernisses auch auf Verlängerungen anzunehmen.⁵⁶ Dies ist zudem mit Blick auf die bisherige Praxis stimmig. Ein Änderungswille ist hier überdies den Gesetzesmaterialien nicht zu entnehmen, weshalb schließlich auch die Verlängerung des befristeten Arbeitsvertrages – ebenso wie

55 Vgl. BAG, Urteil vom 9.12.2015 – 7 AZR 117/14.

56 BT-Drs. 18/6489 S. 24.

die grundsätzlich mögliche Neubefristung⁵⁷ – angemessen sein muss.⁵⁸

Offen bleibt freilich, ob die Verlängerung eines unangemessen kurz befristeten Arbeitsvertrages heilende Wirkung hat. Auch dies ist mit Blick auf den Prüfungszeitpunkt abzulehnen – wird sich aber im Lichte des zeitlichen Prüfungshorizonts der dann nur die letzte Befristung erfasst⁵⁹ kaum auswirken. Wird allerdings dasselbe Qualifikationsziel weiterverfolgt, sind zumindest offensichtliche Fehler – etwa bei der Leihlinienanwendung – einzurechnen.

V. Fazit

Die Angemessenheit der Befristung nach § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG ist ein schwer greifbares Tatbestandsmerkmal. Es hat sich gezeigt, dass die vom Gesetzgeber angestrebte Lösung zur Unterbindung unsachgemäßer Kurzbefristungen bei gleichzeitiger Anerkennung und Aufrechterhaltung flexibler Befristungsmöglichkeiten der Wissenschaftseinrichtungen nur unter Mühen zu den vorhandenen Denkmustern passt. Inwieweit hier ein stimmiges System etabliert werden kann, wird dabei maßgeblich auch von den Gerichten abhängen. Insbesondere an der Anerkennung und Reichweite der notwendigen Einschätzungsspielräume und abstrakten Qualifikationsbetrachtungen wird dabei entschieden werden, ob das Gesetz in seiner gegenwärtigen Form Bestand haben kann. Andernfalls wird über kurz oder lang eine erneute gesetzliche Nachbesserung unumgänglich sein.

Tobias Mandler ist wissenschaftlicher Mitarbeiter der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Markus Meißner ist Rechtsanwalt im Bereich des Arbeitsrechts bei CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB in Stuttgart.

VI. Anhang

Leitlinien zur Laufzeit von Arbeitsverträgen im wissenschaftlichen Dienst⁶⁰

Präambel

Zum verantwortungsvollen Umgang mit den Befristungsregelungen des novellierten Wissenschaftszeitver-

tragsgesetzes erlässt die ... folgende Leitlinie. Ziel dieser Leitlinie ist es die jeweils zulässigen Befristungszeiträume bei Befristungen nach dem WissZeitVG transparent und planbar festzulegen und so die Vereinbarung angemessener Befristungsdauern sicherzustellen.

1. Allgemeine Regelungen

(1) Gem. § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG ist die vereinbarte Befristungsdauer für die sog. Promotionsphase (§ 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG) und auch für die nachfolgende Post-Doc-Phase (§ 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG) jeweils so zu bemessen, dass sie gegenüber der angestrebten Qualifizierung angemessen ist.

(2) Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung der Angemessenheit in diesem Sinne ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

(3) Soweit diese Leitlinie keine Sonderregeln (besondere Befristungsdauer) vorsieht, soll die Befristungsdauer bei Befristungen nach § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 WissZeitVG ... Monate⁶¹ nicht unterschreiten (regelmäßige Befristungsdauer). Die besondere und regelmäßige Befristungsdauer darf unterschritten werden, soweit sachliche Gründe eine kürzere Dauer rechtfertigen. Bestehen Zweifel über das Vorliegen sachlicher Gründe, so ist mit der regelmäßigen bzw. besonderen Befristungsdauer zu befristen.

(4) Ein sachlicher Grund im Sinne des Absatzes 3 Satz 2 liegt insbesondere vor,

a) soweit die Beschäftigung überwiegend im Rahmen eines Projektes oder Drittmittelprojektes nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG erfolgt und dieses vor Ablauf der regelmäßigen oder besonderen Befristungsdauer voraussichtlich endet,

b) soweit die Beschäftigung auf den Wunsch des Beschäftigten kürzer erfolgen soll und dieser Wunsch auf sachliche Gründe zurückzuführen ist;

c) soweit die eigene wissenschaftliche Qualifizierung, die Promotion, der Ph.D. oder die Habilitation des Beschäftigten vor Ablauf der regelmäßigen oder besonderen Befristungsdauer voraussichtlich abgeschlossen sein wird,

d) soweit die Beschäftigung zur Überbrückung für eine Anschlussstätigkeit erfolgt,

e) wenn die Beschäftigung für ein auslaufendes Drittmittelprojekt erfolgt, um die Antragsstellung für ein Anschlussprojekt zu ermöglichen,

f) soweit durch eine Befristung die jeweiligen Höchstbefristungsgrenzen des WissZeitVG überschritten würden;

57 Zur Abgrenzung BAG, Urteil vom 9.12.2015 – 7 AZR 117/14.

58 *Rambach* in Arnold/Gräfl/Imping, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 4. Aufl. 2016, WissZeitVG § 2 Rn. 19 f.

59 BAG, Urteil vom 9.12.2015 – 7 AZR 117/14.

60 Leitlinien sind von der jeweiligen Wissenschaftseinrichtung – je nach Inhalt der Landespersonalvertretungsgesetze auch unter Beteiligung der Arbeitnehmervertretungen – zu erlassen. Im Zusammenhang mit den

Universitätsklinikum gilt in Baden-Württemberg die Besonderheit, dass die Leitlinien für wissenschaftliches Personal, das Aufgaben am Universitätsklinikum erfüllt, im Einvernehmen mit der Universitätsklinik von der Medizinischen Fakultät und nicht der Universität zu erlassen sind, vgl. hierzu eingehend Mandler, Drittmittelverwaltung und -befristung im Verbund zwischen Land, Universität, Medizinischer Fakultät und Universitätsklinikum in Baden-Württemberg, OdW 2016, 221.

(5) Eine gegenüber der regelmäßigen Befristungsdauer kürzere Befristung grundsätzlich soll nicht in aufeinander folgenden Verträgen vereinbart werden, sofern nicht eine besondere Befristungsdauer Anwendung findet oder ein neuer sachlicher Grund hinzugetreten ist.

(6) Verlängerungszeiten nach § 2 Abs. 5 WissZeitVG können auf nachfolgende regelmäßige oder besondere Befristungsdauer angerechnet werden, soweit die angestrebte Qualifikation während der Unterbrechungszeiten iSd. § 2 Abs. 5 Satz 1 WissZeitVG fortgeschritten ist.

(7) Die Festlegungen gelten auch im Falle einer Teilzeitbeschäftigung, soweit das Erreichen des Qualifikationsziels nicht von der Dauer einer vergüteten hauptberuflichen Anstellung abhängt. Soweit das Erreichen des Qualifikationsziels von der Dauer einer vergüteten hauptberuflichen Anstellung abhängt, erhöht sich der Befristungszeitraum.

(8) Eine Befristung kann über die besondere oder regelmäßige Befristungsdauer hinaus erfolgen.

(9) § 1 Abs. 2 WissZeitVG bleibt unberührt.

2. Regelungen für die besondere Befristungsdauer

(1) Für die unter III. und IV. genannten Qualifikationsziele gelten die dort genannten besonderen Befristungsdauern.

(2) Die jeweils angegebene Befristungsdauer schließt eine längere Befristung nicht aus.

(3) Sind keine gesonderten Angaben für die Verlängerung enthalten, soll die angegebene besondere Befristungsdauer auch für die jeweiligen Verlängerungen des Vertrages Anwendung finden.

(4) Werden mehrere Qualifikationsziele parallel verfolgt, so ist grundsätzlich auf die das Beschäftigungsverhältnis prägende Qualifizierung abzustellen.

Qualifikationsziel ⁶²	Besondere Befristungsdauer ⁶³
Heranführung an das wissenschaftliche Arbeiten	... Monate/Jahr(e)
Die Erlangung von Kenntnissen, Fertigkeiten, Erfahrungen oder Kompetenzen in besonderen wissenschaftlichen Verfahren oder Fachgebieten	... Monate/Jahr(e)
Evaluation und Auswahl eines Promotions- oder Ph.D.-Themas	... Monate/Jahr(e)
Promotion (sofern nicht anderweitig bestimmt)	Erstbefristung: ... Monate/Jahr(e) Verlängerung(en), sofern noch kein Abschluss: ... Monate/Jahr(e)
Promotion im Bereich Monate/Jahr(e)
Spezialisierung in ... im Rahmen der Programme von Fachgesellschaften	... Monate/Jahr(e)
Ph.D. (sofern nicht anderweitig bestimmt)	Erstbefristung: ... Monate/Jahr(e) Verlängerung, sofern noch kein Abschluss: ⁶⁴ ... Monate/Jahr(e)
Evaluation und Auswahl eines Habilitationsthemas	... Monate/Jahr(e)
Habilitation	... Monate/Jahr(e)
Posthabilitationsphase zur Erlangung einer Professur	... Monate/Jahr(e)
Bewerbungsphase im Anschluss an die Habilitation bei Vertiefung der wissenschaftlichen Qualifikation in einem bestimmten Bereich	... Monate/Jahr(e)

61 Nach dem Dafürhalten der Autoren bietet sich hier eine regelmäßige Befristungsdauer von 24 Monaten an, vgl. auch Rambach in Arnold/Gräfl/Imping, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 4. Aufl. 2016, WissZeitVG § 2 Rn. 6. Zwingend ist dieser zeitliche Umfang freilich nicht und von den Besonderheiten der jeweiligen Wissenschaftseinrichtung abhängig. Die Praxis zeigt jedoch, dass dieser Zeitraum weithin als Mittelwert vereinbart wird.

62 Die gewählten Qualifikationsziele sind lediglich exemplarisch, der Detaillierungsgrad können insbesondere je nach fachlicher und wissenschaftlicher Ausrichtung der Hochschule, des Universitätsklinikums oder der außeruniversitären Forschungseinrichtung höchst unterschiedlich ausgestaltet werden. Ein Aufgreifen eines jeden Qualifikationsziels ist durch die Bestimmung der regelmäßigen Befristungsdauer gerade nicht notwendig. Werden Qualifikationsziele nicht im besonderen Teil aufgenommen, so folgt hieraus, dass die Wissenschaftseinrichtung durch regelmäßige Befristungsdauer für ausreichend befunden hat und insoweit ebenfalls von ihrem weiten Einschätzungsspielraum Gebrauch gemacht hat.

63 Der Vorschlag konkreter Zeiten unterbleibt. Ausgangspunkt für die Festlegung sollte die jeweilige Erfahrung der Wissenschaftseinrichtung sein, die dann insbesondere auch spezifische Besonderheiten einschließt.

64 Eine solche Festlegung ist nicht zwingend geboten. Vielfach wird nach dem Überschreiten der Erstbefristungszeiträume im Einzelfall eine genauere Aussage über die notwendigen Zeiten getroffen werden können. ff. mwN.

I. Einleitung

Nachdem die englische Premierministerin *Theresa May* am 29. März 2017 „die Scheidungspapiere“ in Brüssel eingereicht hat, stehen nunmehr Verhandlungen über die Modalitäten des Ausscheidens der Briten aus der EU an.

Die Berechtigung zum Austritt aus der EU findet ihren normativen Niederschlag im EUV. Nach Art. 50 I EUV kann jeder Mitgliedstaat im Einklang mit seinen verfassungsrechtlichen Vorschriften beschließen, aus der Union auszutreten. Ein Mitgliedstaat, der auszutreten beschließt, teilt dem Europäischen Rat seine Absicht mit, Art. 50 II 1 EUV. Die Formulierungen veranschaulichen, dass diese einseitige Austrittserklärung an keinerlei europarechtliche, wohl aber an innerstaatliche Voraussetzungen geknüpft ist.¹ Herrschte im Vereinigten Königreich (UK) zunächst Unsicherheit hinsichtlich des Erfordernisses der Einbeziehung des Parlaments im Zusammenhang mit der Austrittserklärung, sorgte der *Supreme Court* mit seiner Entscheidung am 24. Januar 2017 für Klarheit: Die Mitwirkung des Parlaments wurde für notwendig erachtet.² Nachdem dieses seine Zustimmung zur Absichtserklärung im Sinne des Art. 50 II 1 EUV erteilt hatte, wurde selbige – wie oben angedeutet – am 29. März 2017 abgegeben. Derzeit schwelen zahlreiche Konflikte rund um die Details der Austrittsverhandlungen sowie um die Kosten des Austritts.

Auch Wissenschaft und Forschung sind vom Brexit betroffen. Die Bedeutung der EU für Wissenschaft und Forschung im UK wird durch ein Zitat des nicht nur in Forscherkreisen weltweit bekannten britischen Astrophysikers *Stephen William Hawking*, der 1979 bis 2009 an der Universität Cambridge forschte und lehrte, illustriert. Dieser gab bereits vor dem Plebiszit zu verstehen, dass ein Votum für den Brexit aus seiner Sicht gleichbedeutend mit einem „*disaster for UK science*“ sei.³

Dieser Bericht möchte – ausgehend von Hawkings Zitat – die Auswirkungen des Brexits auf den Gebieten Wissenschaft und Forschung darstellen. Zudem möchte er Perspektiven einer künftigen Zusammenarbeit beleuchten.

II. Die Zusammenarbeit der EU und des UK auf den Gebieten Wissenschaft und Forschung

1. Vertragsrechtliche Grundlagen

Gemäß Art. 179 I AEUV hat die Union „zum Ziel, ihre wissenschaftlichen und technologischen Grundlagen dadurch zu stärken, dass ein europäischer Raum der Forschung geschaffen wird, in dem Freizügigkeit für Forscher herrscht und wissenschaftliche Erkenntnisse und Technologien frei ausgetauscht werden, die Entwicklung ihrer Wettbewerbsfähigkeit einschließlich der ihrer Industrie zu fördern sowie alle Forschungsmaßnahmen zu unterstützen, die aufgrund anderer Kapitel der Verträge für erforderlich gehalten werden“. Die Vorschrift unterstreicht den Stellenwert, den die Forschung in der Europäischen Union genießt.

Ein wichtiger Bestandteil des in Art. 179 I AEUV angesprochenen Forschungsraumes ist das UK mit seinen angesehenen Universitäten. EU und UK profitierten bislang wechselseitig von der Mitgliedschaft der Briten in der EU: Während die Anziehungskraft von Cambridge, Oxford und anderen britischen Hochschulen auf den Wissenschafts- und Forschungsstandort EU ausstrahlte, konnten sich die britischen Hochschulen an den EU-Fördergeldern erfreuen.⁴ So entfielen bislang zehn Prozent der europäischen Fördergelder für Forschung und Innovation, mithin die höchste Summe, auf Großbritannien.⁵

2. Horizont 2020

Das bislang umfangreichste Forschungs- und Innovationsprogramm der EU ist das Rahmenprogramm *Horizont 2020*. Es dient unter anderem dazu, den in Art. 179 I AEUV angesprochenen Forschungsraum zu verwirklichen.⁶ Darüber hinaus soll durch *Horizont 2020* eine Bündelung mehrerer einzelner Programme der Forschungs- und Innovationsförderung und somit eine erleichterte Überführung der gewonnenen Erkenntnisse in Wachstum und Arbeitsplätze bewirkt werden.⁷ Das Rahmenprogramm trat am 1.1.2014 in Kraft. Man ging davon aus, dass bis 2020 alle Mitgliedsstaaten im Ver-

1 *Callies/Ruffert*, 5. Aufl. 2016, EU-Vertrag (Lissabon), Art. 50 Rn. 3.

2 Supreme Court United Kingdom, Urt. V. 24.1.2017 – [2017] UKSC 5, BeckRS 2017, 100409.

3 Dazu *Sperber*, Sorge um EU-Forschungsgelder – Brexit könnte Unis eine Milliarde kosten, ZDF heute, abrufbar unter [http://](http://www.heute.de/sorge-um-eu-forschungsgelder-brexit-koennte-unis-eine-milliarde-kosten-46683434.html)

www.heute.de/sorge-um-eu-forschungsgelder-brexit-koennte-unis-eine-milliarde-kosten-46683434.html [19.5.2017].

4 Ebd.

5 Ebd.

6 *Becker*, Horizont 2020 – Das Rahmenprogramm der Europäischen Union für Forschung und Innovation, OdW 2014, 97.

bund an den im Rahmen der Schaffung von *Horizont 2020* gesteckten Zielsetzungen mitwirken würden.

Auch im UK sind Forschung und Wissenschaft stark in das Programm involviert, wie ein Blick auf die finanziellen Modalitäten zeigt. So lag der britische Finanzierungsanteil am 7. EU-Forschungsrahmenprogramm, das einer der Vorläufer von *Horizont 2020* war und von 2007 bis 2013 lief, bei 5,4 Milliarden Euro.⁸ Diesem Finanzierungsbeitrag stehen 8,8 Milliarden Euro gegenüber, die britischen Hochschulen während dieser Laufzeit zugewiesen wurden.⁹ Zudem förderte der *European Research Council (Europäischer Forschungsrat)* britische Institutionen zwischen 2007 und 2015 mit 636 Stipendien, die aus Mitteln des Programms *Horizont 2020* bereitgestellt wurden.¹⁰

Der britische Referendumsentscheid zeitigte schon nach wenigen Wochen erste Folgen: So wird von Bewerbungen für Gelder aus dem Programm berichtet, in denen britische Teilnehmer von anderen Teilnehmern gebeten wurden, untergeordnete Rollen bei dem jeweils beworbenen Forschungsvorhaben einzunehmen.¹¹

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass EU und UK bislang wechselseitig von *Horizont 2020* profitieren. Da es sich um ein bedeutendes Rahmenprogramm handelt, stellt der Brexit nicht nur die wissenschaftliche Kooperation im Zusammenhang mit dem Programm als solchem, sondern auch die Existenzberechtigung der einzelnen an dem Programm teilhabenden Forschungsprojekte infrage.

3. Erasmus+

Das am 15. Juni 1987 durch Beschluss des Rates ins Leben gerufene Erasmus-Programm¹² – seit 2014 in *Erasmus+* umbenannt und inhaltlich modifiziert – erlebt in diesem Jahr sein dreißigjähriges Jubiläum. Während das Programm anfänglich als Austauschprogramm für Hochschulstudenten konzipiert war, ist es nunmehr ein umfangreiches Bildungsprogramm auf den Gebieten Wissenschaft und Forschung.¹³

Das Programm *Erasmus+* unterscheidet seit 2015 zwischen Programm- und Partnerländern. Zu den insgesamt 33 Programmländern zählen neben den 28 Mitgliedstaaten aktuell Island, Liechtenstein, Norwegen, die Republik Mazedonien und die Türkei, nicht aber die Schweiz. Diese nehmen am *Erasmus+*-Programm uneingeschränkt teil.¹⁴ Partnerländer sind andere Länder außerhalb der EU, die einen Austausch mit EU-Mitgliedstaaten pflegen.¹⁵ Der Austausch mit Partnerländern wird mit einem geringeren Budget unterstützt.¹⁶

Das Erasmus-Programm kann seit seiner Begründung im Jahr 1987 einen stetigen Zuspruch verzeichnen. In einem durch das Programm geförderten Auslandsaufenthalt erblicken viele junge Menschen, vor allem Studierende, eine bereichernde Lebenserfahrung. So nahmen im Hochschuljahr 2013/2014 40.732 Studierende, Lehrende und Hochschulmitarbeiter aus Deutschland am Programm teil.¹⁷

Das UK spielt im Zusammenhang mit *Erasmus+* eine bedeutende Rolle. Es war einer der Mitgliedstaaten, die *Erasmus* ins Leben gerufen haben. Als vollwertiges Programmland hat es die Erfolgsgeschichte bis heute mitgeschrieben. Für deutsche Studierende zählt das UK als renommierter Wissenschaftsstandort zu den attraktivsten Austauschländern. Dies manifestiert sich nicht zuletzt in der Statistik für das Hochschuljahr 2013/2014: damals steuerten 3.140 von insgesamt 36.256 deutschen Erasmus-Studierenden (10,5 Prozent) im Rahmen ihres Auslandsaufenthalts das UK an.¹⁸ Britischen Nachwuchswissenschaftlern kommt durch die Partizipation ihres Heimatlandes an *Erasmus+* das Privileg zu, im EU-Ausland zu deutlich günstigeren Konditionen, häufig sogar gebührenfrei zu studieren. Vor dem Hintergrund der vergleichsweise hohen Studiengebühren im UK war dies für viele Studierende ein Anreiz, einen Teil ihres Studiums in Kontinentaleuropa zu verbringen.

Sobald der Brexit vollzogen ist, wird das UK – jedenfalls nicht kraft seines dann nicht mehr vorhandenen Status als Mitgliedstaat – kein Programmland mehr sein.

7 Ebd.

8 Krawietz, Gravierende Folgen, Forschung und Lehre vom 8.8.2016, abrufbar unter: <http://www.forschung-und-lehre.de/wordpress/?p=21644> [19.5.2017].

9 Ebd.

10 Das Vereinigte Königreich belegte damit den Spitzenplatz, vgl. ebd.

11 Ebd.

12 Beschluss des Rates vom 15. Juni 1987 über ein gemeinschaftliches Aktionsprogramm zur Förderung der Mobilität von Hochschulstudenten (ERASMUS), 87/327/EWG.

13 Das Programm dient mittlerweile ganz allgemein der Mobilität von Einzelpersonen und fördert vor diesem Hintergrund – neben dem Austausch von Studierenden – auch Praktika, berufliche

Bildung, Erwachsenenbildung, Jugend und Sport, vgl. DAAD, Fact Sheet – 30 Jahre Erasmus, abrufbar unter https://www.daad.de/medien/30_jahre_erasmus_fact_sheet_pk.pdf [19.5.2017].

14 Erasmus+ Jahresbericht 2015, S. 7 f., abrufbar unter <https://eu.daad.de/service/medien-und-publikationen/publikationsdatenbank/de> [19.5.2017].

15 Ebd.

16 Erasmus+ Jahresbericht 2015, S. 50, abrufbar unter <https://eu.daad.de/service/medien-und-publikationen/publikationsdatenbank/de> [19.5.2017].

17 Erasmus+ Jahresbericht 2014, S. 13, abrufbar unter <https://eu.daad.de/service/medien-und-publikationen/publikationsdatenbank/de> [19.5.2017].

18 Ebd.

Denkbar ist, dass sich junge Europäer in Zukunft in Richtung Kanada oder USA orientieren werden, wenn sie einen Auslandsaufenthalt im englischsprachigen Raum absolvieren möchten.¹⁹ Dabei werden sie deutlich höhere Studiengebühren erwarten.

4. Forschungsprojekte

Vom Brexit betroffen sind auch Forschungsprojekte. So unterhält die *Albert-Ludwigs-Universität* Freiburg nach Darstellung von *Hans-Jochen Schiewer*, Rektor der Universität Freiburg, 41 Forschungsk Kooperationen mit fünf Universitäten, darunter Oxford und Cambridge.²⁰ Hierbei handelt es sich nach Auskunft der Universität um Kooperationen in EU-Verbundprojekten, bei denen gemäß den Vorgaben der EU stets mindestens drei Partner aus drei verschiedenen EU- oder assoziierten Staaten beteiligt sind.

Die Auswirkungen des Brexits auf diese Projekte sind – zunächst – beschränkt. *Christian Jäger*, Leiter des EU-Büros der Universität Freiburg, weist darauf hin, dass die bis zum Ausscheiden Großbritanniens aus der EU abgeschlossenen Verträge über EU-Projekte bis zum Ende ihrer Laufzeit fortgeführt werden. Hintergrund sei die (europarechtliche) Verpflichtung der britischen Regierung zur Unterstützung dieser Projekte. Da die Laufzeit vieler Kooperationen bis zu fünf Jahre beträgt, wird es auch nach vollzogenem Brexit noch EU-geförderte Forschungsk Kooperationen mit britischen Partnern geben.

IV. Perspektiven der Wissenschaft und Forschung in der EU nach vollzogenem Brexit

1. Allgemeines

Auf beiden Seiten des Ärmelkanals herrscht Einigkeit hinsichtlich der Notwendigkeit einer zukünftigen Kooperation. So wird auf Seiten der EU befürchtet, dass die Wissenschaftsregion Europa ohne eine enge Zusammenarbeit mit dem UK und seinen renommierten Forschungseinrichtungen verarmen könnte; außerdem könnte die EU – angesichts der Konkurrenz durch andere „Wissenschaftsregionen“, etwa Nordamerika, Ost- und Südostasien – in Sachen Wissenschaft und Forschung zunehmend ins Hintertreffen geraten.²¹ Das *House of*

Commons Education Committee, gewissermaßen der Bildungsausschuss des britischen Unterhauses, gibt zu bedenken, dass der Brexit die internationale Wettbewerbsfähigkeit und den langfristigen Erfolg britischer Universitäten gefährden könnte, und unterbreitet der britischen Regierung umfangreiche Vorschläge zur Sicherung des derzeitigen Niveaus der „higher education“.²²

Diese grundsätzlich kooperative Grundstimmung wird indes von politischen Aussagen überlagert, die zunehmend schärfer werden.²³ Zwar ist der Ausgang der nun zu führenden Verhandlungen offen; die auf einen „harten Brexit“ hindeutenden Äußerungen schränken jedoch die Handlungsspielräume der Unterhändler – auch auf den Gebieten Wissenschaft und Forschung – ein. So erweist es sich zum derzeitigen Zeitpunkt als fraglich, ob dem UK bestimmte Teilhabemöglichkeiten in der EU eingeräumt werden und sich im UK ansässige EU-Bürger im Gegenzug auf Grundfreiheiten, insbesondere die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 ff. AEUV), berufen können. Mittlerweile erscheint sogar ein ungeordnetes Ausscheiden des UK denkbar.

Die europäischen Verträge stehen einer zukünftigen intensiven Kooperation von EU und UK in Angelegenheiten der Wissenschaft und Forschung indes selbst dann nicht entgegen, wenn das UK fortan den Status eines Drittstaates innehat. So fordert die Vorschrift des Art. 180 lit. b AEUV unter anderem eine Förderung der Zusammenarbeit mit dritten Ländern und internationalen Organisationen auf dem Gebiet der Forschung der Union. Ziel ist demnach, den in Art. 179 AEUV angelegten europäischen Forschungsraum international zu vernetzen, um auch Wissenschaftler aus Drittländern zur Forschung in der EU zu bewegen.²⁴ Daran anknüpfend normiert Art. 186 AEUV eine Vertragsschlusskompetenz der Union, die diesem Anliegen Rechnung tragen soll.

Im Folgenden sollen die Perspektiven einzelner Kooperationen auf den Gebieten Wissenschaft und Forschung untersucht werden.

2. Perspektiven von *Horizont 2020*

Horizont 2020 eröffnet auch solchen Staaten, die kein EU-Mitgliedstaat sind, die Möglichkeit einer Partizipati-

19 *Bamler*, Diese Auswirkungen hat der Brexit für Studenten, jetzt (SZ) vom 24.6.2016, abrufbar unter: www.jetzt.de/politik/brexit-auswirkungen-fuer-britische-studenten-und-erasmus-studierende [19.5.2017].

20 Diese Darstellung hat *Schiewer* bei einer Podiumsdiskussion am 24. Januar 2017 in der britischen Botschaft in Berlin abgegeben, vgl. dazu den Beitrag des DAAD, abrufbar unter: <https://www.daad.de/der-daad/daad-aktuell/de/51909-brexit-und-dann-die-zukunft-britisch-deutscher-bildungs-und-forschungskoope-ration/> [19.5.2017].

21 *Krawietz*, Gravierende Folgen, Forschung und Lehre vom

8.8.2016, abrufbar unter: <http://www.forschung-und-lehre.de/wordpress/?p=21644> [19.5.2017].

22 House of Commons Education Committee, *Exiting the EU: challenges and opportunities for higher education*, S. 3, abrufbar unter: <https://www.publications.parliament.uk/pa/cm201617/cmselect/cmeduc/683/683.pdf> [19.5.2017].

23 Dies manifestierte sich nicht zuletzt in der vielbeachteten Rede der britischen Premierministerin *Theresa May* vom 17.1.2017, vgl. dazu FAZ v. 18.1.2017, S. 1, 3, 8, 17.

24 *Callies/Ruffert*, 5. Aufl. 2016, AEUV, Art. 186 Rn. 5.

on. Dabei werden zwei Kategorien unterschieden: die sog. assoziierten Staaten und die Drittstaaten. Assoziierte Staaten sind Israel, Norwegen, Island, Liechtenstein, Mazedonien, Türkei, Bosnien Herzegowina, Albanien, Montenegro, Serbien, die Faröer Inseln, Moldawien, Ukraine, Tunesien, Georgien und die Schweiz. Während natürliche und juristische Personen aus assoziierten Staaten erleichterten Zugang zu den Fördertöpfen von *Horizont 2020* erhalten, können Institutionen aus Drittstaaten nur unter deutlich engeren Voraussetzungen gefördert werden.²⁵ Ob eine assoziierte Mitgliedschaft im Programm für das UK in Betracht käme, ist fraglich. So wäre die Begrenzung der Freizügigkeit – eines der zentralen Anliegen des Referendumsentscheids – nur schwer mit dem Status eines assoziierten Staates zu vereinbaren: schließlich ist die Reise- und auch Niederlassungsfreiheit der Wissenschaftler bedeutender Bestandteil internationaler Forschungsprojekte.²⁶ Vor diesem Hintergrund könnte das UK im Rahmen von *Horizont 2020* zukünftig als Drittstaat behandelt werden. Dass Drittstaat nicht gleich Drittstaat ist, zeigen indes die Beispiele Kanada und USA – diese genießen Zugangserleichterungen bei von *Horizont 2020* geförderten Forschungsprojekten.²⁷

3. Perspektiven von Erasmus+

Das Programm *Erasmus+* wird auf Seiten des UK sehr geschätzt. Dies manifestiert sich nicht zuletzt in dem erwähnten Statement des *House of Commons Education Committee* zum Brexit. Dort heißt es: „*Erasmus+ is an important programme for student and staff mobility and continued membership should be a Government target; (...)*“²⁸ Trotz dieser Wertschätzung müssen die Modalitäten für die Beteiligung des UK an *Erasmus+* für die Zeit nach dem Vollzug des Brexits neu verhandelt werden. Von Bedeutung wird sein, ob das UK als Programmland, Partnerland oder gar als – grundsätzlich nicht an *Erasmus+* teilnehmender – Drittstaat eingestuft wird. Parallel zur Diskussion um den Status des UK bei *Horizont 2020* ist die zukünftige Einstufung als Programmland als eher unwahrscheinlich einzuschätzen.

Unter dieser Prämisse kann eine Einschränkung der Mobilität der Nachwuchswissenschaftler prognostiziert werden. Diese könnte gegebenenfalls durch Begründung bilateraler Austauschprogramme oder eines eigenen, mit *Erasmus+* vergleichbaren Programmes (das *House of Commons Education Committee* spricht insofern von einem „*home-grown replacement*“) abgedeckt werden.

4. Perspektiven der Forschungsprojekte

Hinter der Finanzierung zukünftiger Forschungsk Kooperationen mit britischen Partnern steht ein großes Fragezeichen. *Jäger* weist darauf hin, dass sie stark davon abhängig ist, wie das UK in Zukunft in das Forschungsrahmenprogramm *Horizont 2020* involviert ist. Da die Rolle des UK in diesem Programm momentan völlig unklar ist, sind zukünftig auch bilaterale Forschungsk Kooperationen mit einzelnen britischen Universitäten denkbar.

E. Fazit

Das UK ist ein wichtiger Bestandteil des EU-Forschungsraums. Die EU kann an der erstklassigen Forschung und dem großen Renommee britischer Universitäten teilhaben. Das UK profitiert seinerseits insbesondere von der europarechtlich gewährleisteten Mobilität von Wissenschaftlern sowie der finanziellen Förderung durch die EU. Diese bislang fruchtbare Konstellation wird durch den („harten“) Brexit von umfangreichen Verwerfungen bedroht. Es bleibt zu hoffen, dass die anstehenden Austrittsverhandlungen wissenschaftsfreundlich geführt werden, um bisher erreichte Errungenschaften zu erhalten.

Evelina Will ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Sie dankt Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch herzlich für die Unterstützung bei der Erstellung dieses Berichts.

25 Diese sind in Art. 27 der Verordnung 1291/2013/EU niedergelegt, vgl. dazu Becker, *Horizont 2020 – Das Rahmenprogramm der Europäischen Union für Forschung und Innovation*, OdW 2014, 97 (98).

26 Ebenfalls skeptisch *Cressey/Abbott*, Was bedeutet der Brexit für die Wissenschaft, *Spektrum* v. 24.6.2016.

27 Becker, *Horizont 2020 – Das Rahmenprogramm der Europäischen Union für Forschung und Innovation*, OdW 2014, 97 (98).

28 House of Commons Education Committee, *Exiting the EU: challenges and opportunities for higher education*, S. 3, abrufbar unter: <https://www.publications.parliament.uk/pa/cm201617/cmselect/cmeduc/683/683.pdf> [19.5.2017].

Robert Brehm und Alexandra Brehm-Kaiser

Die Beschlüsse zur Zulassung zum Medizinstudium im Rahmen des Masterplans Medizinstudium 2020

Im Rahmen des „Masterplans Medizinstudium 2020“, den der Bundesgesundheitsminister, die Bundesforschungsministerin sowie Vertreterinnen und Vertreter der Gesundheits- und der Kultusministerkonferenz der Länder und der Koalitionsfraktionen des Deutschen Bundestages am 31.3.2017 beschlossen haben,¹ haben diese wichtige Aussagen getroffen und Beschlüsse gefasst, die wir zusammengefasst und mit unseren eigenen Kommentaren versehen haben. Allerdings wird die Umsetzung – wie wir am Ende des Beitrags berichten – noch einige Zeit dauern.

Vorbehalt der erwarteten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG)

Alle Beschlüsse stehen unter dem Vorbehalt der seit langem erwarteten Entscheidung des BVerfG auf die sogenannten Vorlagebeschlüsse des Verwaltungsgerichts (VG) Gelsenkirchen vom 18.3.2014 – Aktenzeichen 6z K 4455/13 –, mit denen das VG begründete Zweifel daran angemeldet hat, dass das jetzige Vergabesystem mit dem Grundgesetz – insbesondere dem Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz – vereinbar ist. Insbesondere hat das VG durchgreifende Zweifel an der Wartezeitquote von (nur) 20%, die dazu geführt hat, dass in den medizinischen Studiengängen die für eine Zulassung in der Wartezeitquote erforderliche Zahl von Wartesemestern regelmäßig die Dauer eines normalen Studiums übersteigt. So betrug die Wartezeit im Sommersemester 2017 in der Humanmedizin 15 Halbjahre/Semester bis zu einer Note von 3,0, im übrigen 16 Semester und in der Zahnmedizin 12 Halbjahre/Semester bis zu einer Note von 2,1, im übrigen 13 Semester.

Auf diese Entscheidung warten die Studienbewerber und die interessierte Öffentlichkeit seit langem. Sie war bereits für 2016 angekündigt und steht auch – weit vorne – auf dem Entscheidungsplan des BVerfG für 2017.

Daher haben die Wissenschafts- und Gesundheitsressorts von Bund und Länder auch vereinbart, nach dem Urteil des BVerfG zur Bedeutung der Wartezeit für die Auswahl der Studienplatzbewerberinnen und -be-

werber zeitnah gemeinsam die Frage zu erörtern, welche Konsequenzen das Urteil z.B. auf eine

- Erhöhung der Wartezeitquote,
- Gleichstellung von Ausbildungszeiten und Studienzeiten,
- Privilegierung medizinischer Ausbildungs- und Studienzeiten bei der Wartezeit und
- Anrechnung von Wartezeit als Boni auf die Abiturnote

haben wird.

Die Beschlüsse

Ziel des Zulassungsverfahrens ist es nach allgemeiner Auffassung, die in den Beschlüssen nochmals bestätigt wird, die Bewerberinnen und Bewerber zum Medizinstudium zuzulassen, die die beste Aussicht dafür bieten, gute Ärztinnen und Ärzte insbesondere in der Versorgung der Patientinnen und Patienten zu werden oder in der Wissenschaft und Forschung erfolgreich tätig zu sein. Daneben muss das Auswahlverfahren auch gewährleisten, dass die zum Medizinstudium zugelassenen Bewerberinnen und Bewerber eine gute Aussicht haben, das Studium erfolgreich zu absolvieren.

Die Abiturnote gewährleistet nicht nur einen für alle Beteiligten rechtssicheren und planbaren Weg zum Studium. Nach wissenschaftlichen Studien – insoweit können wir insbesondere auf eine von Mitarbeitern der Medizinischen Fakultät der Universität Heidelberg durchgeführte Längsschnittanalyse mit dem Titel „Der Vorhersagewert der Abiturdurchschnittsnote und die Prognose der unterschiedlichen Zulassungsquoten für Studienleistung und -kontinuität im Studiengang Humanmedizin Bezug nehmen – besteht eine deutliche Korrelation zwischen Abiturnoten und späterem Studierfolg. Allerdings erlaubt die Abiturnote keine Aussage über die Eignung und Bereitschaft für eine spätere Tätigkeit in der kurativen Versorgung. Dies entspricht auch unserer langjährigen Erfahrung als Studienplatzanwälte: Wir erleben immer wieder, dass gerade mit der Zutei-

¹ Die Pressemitteilung findet sich im Internet unter <https://www.bmbf.de/de/masterplan-medizinstudium-2020-4024.html> [zuletzt abgerufen am 15.5.2017]; der vollständige Beschluss zum Masterplan

unter <https://www.bmbf.de/de/wichtiger-schritt-zu-modernem-medizinstudium-masterplan-medizinstudium-2020-4026.html>.

lung eines Studienplatzes – oft nach mehrjähriger Wartezeit – eine starke Motivation verbunden ist, es zu schaffen, bzw. „es allen zu zeigen“.

Zutreffend ist die Aussage, dass der zu erwartende Studienerfolg angesichts der Kosten eines Medizinstudienplatzes – nach den Ermittlungen des Statistischen Bundesamtes für 2013 sind dies 31.690 € pro Jahr, für ein sechsjähriges Studium mit AiP zusammen also rund 190.000 € – ein wichtiges Kriterium gerade für Medizin ist, weil die Gesellschaft ein berechtigtes Interesse daran hat, dass der finanzielle Aufwand nicht ins Leere läuft und im Ergebnis der Gesellschaft auch Ärzte – und nicht nur Wissenschaftler – für die medizinische Versorgung der Bevölkerung zur Verfügung stehen.

Daher soll die Abiturnote – zu Recht – auch weiterhin ein wichtiges Auswahlkriterium im Zulassungsverfahren bleiben, ihr Gewicht soll sich jedoch an der Anzahl zusätzlicher Kriterien relativieren. So sollen u.a. auch soziale und kommunikative Kompetenzen sowie einschlägige Berufserfahrung im Auswahlverfahren künftig stärkeres Gewicht haben. Derzeit ist die Universität Gießen die einzige, die für 10% (zukünftig 15%) der Studienplätze auch die Berufsausbildung mit nachgewiesener mindestens zweijährigen Berufsausbildung berücksichtigt und innerhalb dieser Quote nach 51% Abiturleistung und 49% Testleistung gewichtet.

Da der größte Teil der Studienplätze über das Auswahlverfahren der Hochschulen (AdH) vergeben wird, nämlich 60%, soll dieses stärker auf solche Fähigkeiten ausgerichtet werden, die nach Ansicht der Beteiligten für die zukünftigen Ärztinnen und Ärzte wichtig sind.

Danach sollen die Hochschulen in ihren Auswahlverfahren neben der Abiturnote mindestens zwei weite-

re Auswahlkriterien anwenden. Diese sollen insbesondere die sozialen und kommunikativen Fähigkeiten sowie die Leistungsbereitschaft der Studienbewerberinnen und -bewerber einbeziehen. Weiterhin soll eine Ausbildung oder Tätigkeit in medizinischen Berufen stärker gewichtet werden. Auch andere Erfahrungen im Rahmen von Studien-, Ausbildungs- oder Praxiszeiten im Gesundheits- und/oder Pflegebereich bzw. durch ehrenamtliches Engagement in einem medizinnahen Bereich sollen als Nachweis einer besonderen Motivation für den Arztberuf berücksichtigt werden. Zur Einschätzung arztrelevanter Kompetenzen empfiehlt sich der Einsatz von Studierfähigkeitstests und Auswahlgesprächen.

Die Hochschulen sollen ihre Auswahlkriterien entsprechend ihrem Profil in Forschung und Lehre aus der gesamten Bandbreite der möglichen Kriterien wählen.

Die Umsetzung der Beschlüsse wird noch dauern

Wann allerdings diese Änderungen durch einen – neuen – Staatsvertrag umgesetzt werden, steht in den Sternen. Derzeit ist nicht einmal der Staatsvertrag 2016 in allen Ländern durch entsprechende Zustimmungsgesetze umgesetzt. Hinzu kommt, dass sich zunächst eine Expertenkommission mit den Vereinbarungen beschäftigen und genau zu ermitteln versuchen wird, was der Masterplan „unter dem Strich“ kostet. Erst dann können die Neuregelungen des Staatsvertrags, der Vergabeverordnung und – nicht zuletzt – der Approbationsordnung formuliert werden.

Robert Brehm und Alexandra Brehm-Kaiser, Rechtsanwältinnen und Spezialisten für Hochschulzulassungsrecht, Frankfurt am Main, www.studienplatzklage-brehm.de.

Thomas Würtenberger

Bericht über das Symposium des Ministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst zum Urteil des Verfassungsgerichtshofs Baden-Württemberg 1 VB 16/15 zum Landeshochschulgesetz

Das als „Kracher“¹ bezeichnete und auf Kritik stoßende² Urteil des Verfassungsgerichtshofs Baden-Württemberg vom 14.11.2016³ hat den in den Senat oder in ein Leitungsorgan gewählten Hochschullehrern eine dominierende Rolle zuerkannt: Bei der Wahl der Mitglieder des Leitungsorgans einer Hochschule sei nur dann ein hinreichendes Mitwirkungs-niveau der Hochschullehrer gewährleistet, wenn ein Selbstverwaltungsgremium mit der Stimmenmehrheit der gewählten Vertreter der Gruppe der Hochschullehrer die Wahl eines Leitungsorgans verhindern kann, das das Vertrauen der Gruppe der gewählten Hochschullehrern nicht genießt. Vergleichbares soll für die Abwahl gelten: „Die in ein Selbstverwaltungsorgan gewählten Vertreter der Hochschullehrer müssen sich von dem Mitglied eines Leitungsorgans, das ihr Vertrauen nicht mehr genießt, trennen können, ohne im Selbstverwaltungsgremium auf eine Einigung mit den Vertretern anderer Gruppen und ohne auf die Zustimmung eines weiteren Organs oder des Staates angewiesen zu sein“ (LS 5). Diese Reduzierung von Wahl und Abwahl auf eine besondere Gruppe der gewählten Hochschullehrer war für das Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst Anlass, zu einem Symposium zur Zukunft der Hochschulgovernance in Baden-Württemberg einzuladen. In ihrem Grußwort erhoffte Ministerin *Theresia Bauer* vom Symposium konkrete Vorschläge für die Reform der hochschulrechtlichen Leitungsstruktur. Keine Urteils-kritik, sondern ein konstruktiver Umgang mit der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs BW war angesagt.

Unter der kundigen Leitung des Journalisten für Bildung und Wissenschaft *Jan-Martin Warda* diskutierte

ein unterschiedliche Sichtweisen garantierendes Podium zunächst untereinander und sodann mit dem Auditorium von weit über 200 Personen eine Reihe von Reformvorschlägen. Die Hochschullehrerseite auf dem Podium wurde von Prof. Dr. *Jens-Peter Schneider*, Universität Freiburg, und Prof. Dr. *Wolfgang Löwer*, Universität Bonn, repräsentiert. Die Seite der Wirtschaft wurde von Dipl.-Vw. *Stefan Küpper*, Geschäftsführer des Arbeitgeberverbandes Südwestmetall, vertreten. Gleichermassen der Wirtschaft wie der Wissenschaft zurechenbar war Prof. Dr. Dr. *Andreas Barner*, u. a. Präsident des Stifterverbandes für die Deutsche Wissenschaft.

In den vier Eingangsstatements war man sich darin einig, dass die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs BW, trotz seiner besonderen Akzentsetzung, auf der Linie der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den hochschulrechtlichen Leitungsstrukturen liege. *Jens-Peter Schneider* hob die von der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung immer wieder betonte weite Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers in Sachen Hochschulorganisation hervor, die mit den nun äußerst detaillierten Vorgaben des Verfassungsgerichtshofs BW nur schwer in Einklang zu bringen seien. Für die zentrale Frage, wie die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs BW landesrechtlich umgesetzt werden könne, hatte *Jens-Peter Schneider* einen Vorschlag bereit, der in der nachfolgenden Diskussion weitgehend auf Zustimmung stieß: Die Abwahl eines Rektors solle eine Angelegenheit des Senats bleiben, besondere Abwahlgremien sollten nicht geschaffen werden. Um den Anforderungen des Urteils des Verfassungsgerichtshofs BW auch für den Fall gerecht zu werden, dass sich der Gesetzgeber ent-

1 *Max-Emanuel Geis*, Hochschul-Selbstverwaltung – Ein Impulsreferat, OdW 2017, 97.

2 *Timo Rademacher/Jens-Peter Schneider*, Die „Hochschullehrermehrheit“ des § 10 Abs. 3 LHG in der Rechtsprechung des baden-württembergischen Verfassungsgerichtshofs, VBlBW 2017, 155, 156: schlichte Behauptungen des Verfassungsgerichtshofs BW statt gebotener Auseinandersetzung mit Literatur und Rechtsprechung, keine Berücksichtigung der abweichenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 158 f.: keine Rechtsfortbildung nach anerkannten Methoden sowie S. 159: Überschreiten der Grenzen verfassungskonformer Auslegung. *Michael Fehling*, Unzureichende Kompetenzen des Senats im reformierten Landeshochschulgesetz

Baden-Württemberg, OdW 2017, 62 kritisiert u. a. das Reden von „prozessualen Mitwirkungs- oder Entscheidungsbefugnissen des Senats“, wobei man offensichtlich „prozessual“ und „prozedural“ verwechselt, S. 67 ff.: eine verzerrte Rezeption der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 69: Verkennt, dass ein Gruppenmodell mit Gruppenrepräsentation nicht demokratisch ist, sondern vordemokratisch-ständisch.

3 VerfGH BW, Urteil vom 14.11.2016, 1 VB 16/15, juris; zu dieser Entscheidung vgl. die Nachw. in Fn. 1 und 2; *Lothar Zechlin*, Wissenschaftsfreiheit und Organisation. Die „Hochschullehrermehrheit“ im Grundrechtsverständnis der autonomen Universität, OdW in diesem Heft, S. 263 ff; *Friedhelm Hufen*, JuS 2017, 279 ff.

scheiden sollte, dass zur Abwahl eine qualifizierte Mehrheit etwa von zwei Dritteln erforderlich sein soll, könnten die gewählten Senatoren aus der Hochschullehrergruppe durch ihre Stellvertreter ergänzt werden. Damit könne ein hinreichend legitimes und nicht allzu kleines Gremium von gewählten Hochschullehrern aufgrund von senatsinternen Diskussionen die Abwahlentscheidung treffen. Allerdings vermochte er, wie die große Mehrheit der Diskutanten, die These des Verfassungsgerichtshofs, allein durch Wahl legitimierte Professoren seien zur Abwahl berechtigt, nicht zu teilen.

Wolfgang Löwer begrüßte demgegenüber die Exklusion der Dekane von Abwahlentscheidungen. Seiner Ansicht nach würden die Dekane keine fachwissenschaftlichen Interessen vertreten, sondern seien auf die Vertretung von Fakultätsinteressen festgelegt. Sollen allein die in den Senat gewählten Hochschullehrer über eine Abwahl entscheiden, müsse funktionelle Pluralität gesichert sein. Diese setze ein hinreichend breites, die Wissenschaftsdisziplinen spiegelndes Abwahlgremium voraus, so dass er den Vorschlag von *Jens-Peter Schneider* für nachdenkenswert hielt. Davon abgesehen forderte er stärkere Beteiligungsrechte des Senats an Zielvereinbarungen und an der Entwicklungsplanung.

Mit deutlichen Worten kritisierte *Stefan Küpper* die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs BW. Denn deren Umsetzung könne die hohe Leistungsfähigkeit der Hochschulen in Baden-Württemberg bedrohen, was für die Wirtschaft negative Folgen haben könne. Um den neuen Herausforderungen gerecht zu werden, dürfe aber auch nicht an alten Leitungsstrukturen festgehalten werden. Eine moderne Hochschulorganisation müsse entscheidungsfähig sein, um in Reaktion auf eine sich wandelnde Forschungslandschaft und den gesellschaftlichen Wandel immer wieder veränderte hochschulstrategische Konzepte auf den Weg bringen können.

Andreas Barner warnte, die in Deutschland derzeit von der Verfassungsgerichtsbarkeit vorgeschriebene Neugestaltung der hochschulrechtlichen Leitungsstrukturen zu verabsolutieren. So habe die ETH in Zürich ganz andere Leitungsstrukturen; und dennoch herrsche auch dort ein Ausmaß an Wissenschaftsfreiheit, die diese Hochschule in den Rang einer Spitzenuniversität hat gelangen lassen. Seiner Ansicht nach benötige eine ideale Universität nur wenig rechtliche Vorgaben für ihre Leitungsstrukturen; denn wenn das Hochschulrecht bemüht werden müsse, wären meist Defizite in der Hochschulkommunikation der Anlass. Hochschulsteuerung müsse in einem iterativen Dialog der Leitungsorgane mit einer Reihe von ganz unterschiedlichen Partnern stattfinden. Eine Gruppe, wie etwa die der Hochschullehrer,

ganz besonders herauszuheben, sei falsch. So könne etwa der Hochschulrat positive Akzente setzen. Zudem sei wichtig, junge Forscher in die Entscheidungsfindung einzubeziehen, eine Einführung hochschulinterner Kommunikation in Sachen Wissenschaft auf die Professorengruppe sei anachronistisch.

Nach diesen Statements wandte sich die Diskussion auf dem Podium und mit dem Publikum einer Reihe von Fragen zu, die durch die jüngere verfassungsgerichtliche Rechtsprechung aufgeworfen sind:

Wer sind die Grundrechtsträger im Hochschulorganisationsrecht? Muss die traditionelle Konzeption, dass nur die Hochschullehrer die Wissenschaftsfreiheit in der Hochschulorganisation repräsentieren, aufgebrochen werden? Es streitet, so die überwiegende Ansicht in der Diskussion, vieles dafür, jedenfalls besonders qualifizierte „Juniorforscher“ in den Kreis der für die Repräsentation relevanten Grundrechtsträger einzubeziehen. Vom Verfassungsgerichtshof BW ist diese Frage allerdings völlig ausgeblendet worden. Ob eine gewisse Öffnung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erfolgt, bleibt nach Ansicht von *Jens-Peter Schneider* abzuwarten.

Wie stark muss die Stellung des Rektorats in der Hochschulorganisation sein? Die geläufige Formel, dass eine starke Stellung des Rektorats zum Ausgleich erhebliche Mitentscheidungsrechte des Senats erfordere, wurde aus guten Gründen nicht weiter thematisiert. Denn diese Formel krankt daran, dass starke Mitentscheidungsrechte des Senats eine starke Stellung des Rektorats verhindern und wichtige strategische Entscheidungen des Rektorats erschweren können. Nach *Andreas Barner* stehen die Universitäten mittlerweile unter erheblichem internationalem Konkurrenzdruck. Um konkurrenzfähig zu bleiben, müssen die Universitäten Prioritäten setzen und umsteuern können, was nur einem starken Rektorat gelingen kann. In diesem Zusammenhang betonte *Andreas Barner*: In der Exzellenzinitiative war Baden-Württemberg auch darum äußerst erfolgreich, weil es starke Rektorate hatte. Die Stärke der baden-württembergischen Rektorate müsse daher erhalten bleiben.

Welche Abwahlregelungen sollten getroffen werden? In der Diskussion sprach man sich überwiegend für gewisse Hürden bei den Abwahlregelungen aus. Bei zu weit reichenden Abwahlregelungen könne, so wurde befürchtet, der Universitätsleitung der Mut zu Reformen fehlen. Für *Stefan Küpper* führen erleichterte Abwahlregelungen zu Kompromisskandidaten des Mittelmaßes. Auf deutlichen Widerspruch stießen Vorschläge, den Rektor durch Urwahl zu bestimmen oder durch Urabwahl abzulösen. *Jens-Peter Schneider* verwies mit Nach-

druck darauf, dass ein Wahlverfahren unter Beteiligung einer Findungskommission den Vorteil einer besonders sachkundigen Kandidatenauslese habe.

Sollen die Dekane im Senat entgegen der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs BW mit Stimmrecht an der Wahl und Abwahl eines Rektors beteiligt sein? Nach *Jens-Peter Schneider* bedeutet es einen Kulturwechsel in Baden-Württemberg, wenn künftig in den Senaten eine Mehrheit gewählter Hochschullehrer notwendig sei. Es komme zudem zu schwer handhabbaren Folgeprobleme: Wie schafft es die Professorenschaft, Wahllisten zu erstellen, die dem Prinzip der wissenschaftspluralistischen Repräsentation genügen? *Wolfgang Löwer* schloss in diesem Zusammenhang ein Mehrfachstimmrecht in der Professorengruppe aus, weil dies wissenschaftspluralistische Entscheidungen hindern könne. *Andreas Barner* plädierte, anders als *Wolfgang Löwer* in seinem Eingangsstatement, dafür, dass die Dekane ihr Stimmrecht bei der Abwahl eines Rektors behalten müssten. Denn die Dekane würden als Repräsentanten ihrer Fakultäten eine gemeinsame, gesamtuniversitäre Verantwortung wahrnehmen.

Die Ergebnisse des Stuttgarter Symposiums lassen sich sehen. Was verfassungsrechtlich möglich und was für die Behauptung der Universität in einer Phase raschen Wandels der Forschungslandschaft, gesellschaftlichen Wandels und Wandels der internationalen Rahmenbedingungen sinnvoll ist, lässt sich, wie das Symposium deutlich machte, nicht immer in Einklang zu bringen. Für die Umsetzung des Urteils des Verfassungsgerichtshofs BW konnten gleichwohl wichtige Vorschläge diskutiert werden. Da es starker Hochschulleitungen bedürfe, um die nötige innere Reformfähigkeit von Hochschulen zu sichern, sah man fast einhellig bei der im Landeshochschulgesetz geregelten Kompetenzverteilung zwischen Senat und Rektorat keinen grundsätzlichen Änderungsbedarf. Man darf gespannt sein, wie die problematischen Vorgaben des Verfassungsgerichtshofs BW bei der Novellierung des Landeshochschulgesetzes umgesetzt werden.

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

Soll das Rechtsstudium den Realgymnasiasten zugänglich werden? Eine Kontroverse um die Juristenausbildung um 1900¹

Frankfurter Juristen hatten an das Königlich Preussische Staatsministerium eine Petition gerichtet, in der sie die Zulassung von Realgymnasiumsabiturienten zum juristischen Studium befürworteten. Diese Petition führte 1900 zu einer ebenso lebhaften wie kontroversen Diskussion in der Deutschen Juristen-Zeitung. Fast alle Juristen von Rang und Namen waren an dieser Diskussion beteiligt. Auf Otto von Gierkes Beitrag in der Juristen-Zeitung wurde immer wieder Bezug genommen:

„Unerheblich für die Berechtigungsfrage ist die Erwägung, ob es dem einzelnen Realgymnasialschüler bei gehöriger Veranlagung gelingen mag, ein tüchtiger Jurist zu werden. Warum denn nicht? Was ihm etwa fehlt, kann er nachholen. Schließlich mag er in jeder Hinsicht den unbegabten Genos vom Gymnasium weit hinter sich lassen. Aber nicht darauf kommt es an. Stünde nur das Individuelle in Frage, so könnte man überhaupt von dem Erfordernis einer bestimmten Schulbildung absehen und jedem anheimstellen, wie weit er es mit beliebiger Grundlegung bringt. Ob es ihm gelungen ist, sich zu genügender juristischer Bildung hindurchzuarbeiten, werden ja die Prüfungen und die Leistungen im Vorbereitungsdienst zeigen. In Wahrheit sind es ganz andere Fragen, die hier zur Erörterung stehen. Fragen von allgemeinerer Bedeutung und höherem Range! Es handelt sich vor allem um zweierlei: um die Zukunft des Rechtsunterrichts auf den Universitäten und um die Zukunft der Gesamtbildung des Juristenstandes. Der Universitätsunterricht, von dem in der Begründung der Petition merkwürdigerweise kaum ein Wort verlautet, muß auf die Voraussetzung einer bestimmten Schulbildung gegründet sein. Unser bisheriger deutscher Rechtsunterricht ist auf die humanistische Vorbildung zugeschnitten. Würde die realistische Vorbildung gleichgestellt, so

würde er über kurz oder lang, ja müßte gerechterweise sich ihr anpassen. Damit aber müßte er eine Wesensveränderung erfahren, die ihn auf eine niedrigere Stufe hinabzöge.

Alle Vertiefung des Rechtsstudiums ist durch historische und philosophische Grundlegung bedingt. Denn das Recht als Gesetzeserzeugnis der menschlichen Gesellschaft kann nur aus seinem Werdegang von außen begriffen und nur aus den geistigen Zusammenhängen von innen erschaut werden. Zur Erschließung des geschichtlichen Verständnisses unseres geltenden Rechts ist nicht nur die eindringende Beschäftigung mit dem ursprünglichen deutschen Recht, sondern auch das gründliche Studium des von uns aufgenommenen fremden Rechts erforderlich. Wirkliches Verständnis des römischen Rechts erschließt sich nur auf Grund einer gewissen Vertrautheit mit dem gesamten antiken Leben, wie sie eben die humanistische Schulbildung und sie allein erzeugt. Der angehende Jurist, der mit Nutzen den Universitätsunterricht genießen will, muß sich einigermaßen in Rom zu Hause fühlen. Und nicht bloß in Rom, sondern auch in Athen! Denn das römische Recht in der Gestalt, in der es auf uns vererbt ist, hat wie ein großes Sammelbecken alle Ströme der antiken Rechtsgeschichte in sich aufgenommen und bildet den juristischen Niederschlag der gesamten Kultur des Altertums, die griechisch-römisch und im Innersten mehr griechisch als römisch war. Und darum ist auch der griechische Sprachunterricht für den künftigen Studierenden der Rechte unentbehrlich.

So würde in der That, wenn der Wunsch der Petenten in Erfüllung ginge, der Rechtsunterricht auf den deutschen Universitäten in eine abwärts führende Bahn gedrängt werden. Ohnehin hat er ja heute – angesichts neuer umfassender und schwer zu bewältigender Kodifi-

1 Otto von Gierke, Juristenzeitung 1900, S. 240 ff.

kationen mit gewaltigen Schwierigkeiten zu kämpfen, um sich auf der erreichten Höhe zu halten. Vielleicht aber wäre im Sinne mancher Vorkämpfer der realistischen Bildung eine minder „wissenschaftliche“ und dafür um so „praktischere“ Einrichtung des Rechtsstudiums gar nicht bedauerlich. Es entspräche ja verbreiteten Stimmungen und Strebungen, wenn an Stelle der Einführung in die Wissenschaft mehr und mehr die Abrichtung für die Praxis träte. Wird als Ziel nur die Erlernung

des juristischen Handwerks, die Aneignung des Stoffes und die Beherrschung der Technik ins Auge gefaßt, so mögen wir uns getrost des Erbes der Vergangenheit, das unser Schiff beschwert, als unnützen Ballastes entledigen. Darum handelt, wer dem Rechtsstudium kein anderes Ziel steckt, lediglich folgerichtig, wenn er für die Streichung des Erfordernisses humanistischer Vorbildung wirkt.“