

Max-Emanuel Geis

Franchising-Modelle im Recht der Mediziner Ausbildung

ÜBERSICHT

I. Einführung in die Problematik

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

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

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

III. Fazit

I. Einführung in die Problematik*

1. „Franchising-Modell“ – eine Begriffsklärung

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

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

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

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

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

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

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

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

In dem jetzt vorgestellten Konzept in Nürnberg⁸ übernehmen die klinische Ausbildung Ärztinnen und Ärzte des kommunalen Klinikums Nürnberg, das mit 39 Fachkliniken und Instituten die meisten Fachgebiete abdeckt. Anatomie und Physiologie sollen Dozenten aus Filialinstituten lehren, die die Paracelsus Medizinische Universität Salzburg in Nürnberg gründet. Die naturwissenschaftlichen Fächer des Vorklinikums werden durch die Technische Hochschule Georg-Simon-Ohm (Fachhochschule) beigesteuert. Auch niedergelassene Ärzte oder Freiberufler sollen Lehraufträge erhalten.⁹

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

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

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

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

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

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

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

hochschule) mit abzudecken.

8 Vgl Fn 6.

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

Da dieser Automatismus in verschiedenen Mitgliedsstaaten gleichwohl mehrfach unterlaufen wurde, erarbeitete eine 2007 von der EU-Kommission eingesetzte Koordinationsgruppe¹⁰ 2009 einen zwar rechtlich nicht verbindlichen, aber in der Praxis gegenseitig einzuhaltenden Verhaltenskodex, mit dem bestimmte durchgeführte Nachprüfungen in die Kategorien „Optimales Verfahren“, „akzeptable Praxis“ und „inakzeptable Praxis“ eingeteilt wurden. Danach ist eine inhaltliche Überprüfung der Qualifikationen im Falle der automatischen Anerkennung reglementierter Berufe, namentlich auch solcher im Gesundheitswesen, keine akzeptable Praxis.

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

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

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

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

1. Zur Frage der Geltung inländischen Rechts

Die Berufsanerkennungsrichtlinie resp. ihre nationalstaatlichen Umsetzungen¹³ gestatten zwar die erleichterte Errichtung von Zweigniederlassungen ausländischer Hochschulen. Sie regeln allerdings nicht die Frage, ob und unter welchen Bedingungen Kooperationen zwischen ausländischen Hochschulen und inländischen Krankenhäusern nach dem „Franchising-Modell“ zulässig sind. Insbesondere entbinden sie nicht von der Prüfung der Frage, welchen rechtlichen Bindungen Kooperationspartner *im Inland* unterworfen sind, bzw. welche Mindestanforderungen einer wissenschaftlichen Mediziner Ausbildung insoweit zu beachten sind. Weder die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) noch das Diskriminierungsverbot Art. 18 AEUV) noch die RL 2005/36/EG, schließlich auch nicht die einschlägige EuGH-Rechtsprechung¹⁴ schaffen insofern einen quasi rechtsfreien Raum im Aufnahmestaat derart, dass inländische Kliniken oder Krankenhäuser damit ohne weiteres an Ausbildungen „nach ausländischem Recht“ mitwirken können, ohne das deutsche öffentliche Recht beachten zu müssen und ohne einer innerstaatlichen Aufsicht zu unterliegen. Es gilt insoweit nichts anderes wie auch im Allgemeinen innereuropäischen Rechtsverkehr. So hat etwa die einschlägige Rechtsprechung des EuGH zwar die Zulässigkeit der Teilnahme ausländischer Gesellschaftsformen wie insb. der Ltd., der S.A.R.L. und der

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

11 2013/55/EU, Nr 18.

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

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

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

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

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

2. Rechtliche Bindungen für Kooperationspartner und Aufsicht

a) Die Eröffnung eines Prüfraumes

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

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

sicht“ der Universitäten Teile der Ausbildung übernehmen sollen.

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

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

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

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

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

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

ist.“ (vgl http://www.asklepios.com/ams_Ueber-unSAsklepios Stand v 8.12.2013).

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

18 So etwa Art 86 Abs 1 BayHSchG.

19 Vgl etwa § 70 Abs 1 S 6 LHG BW.

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

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

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

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

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

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

b) Bindungen für Krankenhäuser in öffentlich-rechtlicher Rechtsform

aa) Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

32 Vgl dazu *Ossenbühl*, aaO, Rn 7.

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

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

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

Die Dogmatik hat hierzu drei Voraussetzungen herausgearbeitet,³⁶ die kumulativ vorliegen müssen:

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

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

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

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

bb) Erfordernis der Wissenschaftlichkeit der Lehre

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

cc) „unter Aufsicht einer Universität“

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Rechtsform gilt ferner, dass letztere zugleich der staatlichen Aufsicht unterliegen.⁴⁶

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

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

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

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

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

dd) Stellung von außerplanmäßigen Professorinnen/ Professoren

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

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

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

Tritt der außerplanmäßige Professor überdies durch Lehrtätigkeit im Rahmen eines Franchising-Modells quasi in Konkurrenz zu seiner Herkunftshochschule, so kommt nach manchen Landeshochschulgesetzen ein Entzug wegen Unwürdigkeit⁵² oder unter Umständen ein Widerruf der Titelführungsbefugnis nach § 49 Abs. 2 Zf. 3 des jeweiligen Landesverwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG) in Betracht. Die verstärkte Einbindung au-

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

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

48 Kahl, aaO Rn 66 mwN.

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

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

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

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

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

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

c) Bindungen für Krankenhäuser öffentlicher Träger in privater Rechtsform

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

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

d) Bindungen für Krankenhäuser in privater Trägerschaft

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

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

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

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

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

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

55 Im einzelnen *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen zu Public Private

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

56 *Wissenschaftsrat*, aaO S 46, 70.

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

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

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

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

III. Fazit

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

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

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

