

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

**Jahrgang 2017**

ISSN 2197-9197

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

**Jahrgang 2017**

## **Herausgeber**

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

*Professor Dr. Thomas Würtenberger,*

*Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht der Universität Freiburg,*

*Dr. Cornelia Feldmann, Rechtsanwältin in Freiburg*

## **in Verbindung mit**

*Dr. Nikolaus Blum, Oberkirchenrat,  
Leiter des Landesamtes der Evangelisch-  
Lutherischen Kirche in Bayern*      *Priv. Doz. Dr. Christian Picker, Zentrum für  
Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht an der  
Ludwig-Maximilians-Universität München*

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

*Professor Dr. Max Emanuel Geis, Forschungs-  
stelle für Wissenschafts- und Hochschulrecht,  
Friedrich-Alexander-Universität  
Erlangen-Nürnberg*      *Wiss. Ang. Dr. Sarah Tarantino, Forschungs-  
stelle für Hochschulrecht und Hochschularbeits-  
recht der Universität Freiburg*

*Ministerialrat Prof. Dr. Volker M. Haug,  
Institut für Volkswirtschaftslehre und Recht,  
Universität Stuttgart*      *Professor Dr. Silja Vöneky, Lehrstuhl für Öffent-  
liches Recht, Völkerrecht, Rechtsvergleichung  
und Rechtsethik an der Albert-Ludwigs-Universi-  
tät Freiburg. Mitglied des Deutschen Ethikrates*

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

*Hartmut Maier, Vorsitzender Richter am  
Verwaltungsgericht Münster*      *Dr. Frank Wertheimer, Rechtsanwalt in Lahr/  
Schwarzwald*

ISSN 2197-9197

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

## Impressum

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

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

**Redaktion**    **Urheber- und Verlagsrechte**  
Susanne Lutz    Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge sind  
Dr. Tobias Mandler    urheberrechtlich geschützt. Der Rechtsschutz gilt auch  
Rafael Müller    gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen.  
Dr. Andreas Schubert    Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheber-  
Dr. Sarah Tarantino    rechtsgesetzes ist ohne Zustimmung von OdW unzu-  
Laura Wegmann    lässig. Eine Verwendung zu wissenschaftlichen Zwe-  
cken unter Angabe der Quelle (Zitat) ist ausdrücklich  
gestattet, auch die Verlinkung auf das Dokument. Für  
jede weitergehende Verwendung ist die Zustimmung  
von OdW und des ausgewiesenen Autors erforderlich.

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

# ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2017

## Aufsätze

- I. *Wolfram Eberbach/Peter Hommelhoff/  
Johannes Lappe* Eine Kooperationsform für die  
Wissenschaft **1-12**
- II. *Carsten Morgenroth* Das Überdenkensverfahren – Mauerblümchen  
mit Schattendasein oder Retter in der Not –  
aktuelle Fragen zum Überdenkensverfahren  
**13-28**
- III. *Frank Wertheimer* Sicherung der Lehrfreiheit im „Masterplan  
Medizinstudium 2020“ **29-34**
- IV. *Klaus Bartels* Vom Leben der Wörter **35-40**
- V. *Maren Jantz* Sprachwahl und Wissenschaftsfreiheit **41-50**
- VI. *Michael Fehling* Unzureichende Kompetenzen des Senats im  
reformierten Landeshochschulgesetz Baden-  
Württemberg? – Anmerkungen zum Urteil  
des VerfGH BW vom 14. November 2016  
**63-74**
- VII. *Georg Sandberger* Die Zukunft wissenschaftlichen Publizierens  
Open Access und Wissenschaftsschranke  
Anmerkungen zu den Kontroversen über die  
Weiterentwicklung des Urheberrechts **75-96**
- VIII. *Max-Emanuel Geis* Hochschul-Selbstverwaltung –  
Ein Impulsreferat **97-100**

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2017

## Aufsätze

- IX. Manfred Löwisch /Susanne Lutz* Führung ausländischer Ehrendoktorgrade in Deutschland **101-106**
- X. Manfred Novak* Veröffentlichungspflicht und Aufgriffsrecht im Lichte der Wissenschaftsfreiheit **107-120**
- XI. Louisa Specht* „Bezahlen mit Daten“ – mögliche Auswirkungen des Richtlinienvorschlags über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte auf das nationale Vertrags- und Datenschutzrecht **121-128**
- XII. Hartmut Maier* Im Wunschstudium gescheitert! Was nun? – Eine kritische Bestandsaufnahme gesetzlicher Zugangshindernisse zu einem weiteren Studium nach vorausgegangenem endgültigen Nichtbestehen einer Hochschulprüfung **151-160**
- XIII. Lothar Zechlin* Wissenschaftsfreiheit und Organisation  
Die „Hochschullehrermehrheit“ im Grundrechtsverständnis der autonomen Universität **161-174**
- XIV. Armin von Weschpfennig* Verfassungs- und völkerrechtliche Zulässigkeit von Studiengebühren für Internationale Studierende – Novelle des baden-württembergischen Landeshochschulgebührengesetzes (LHGebG) **175-194**

# ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2017

## Aufsätze

- XV. Andreas von Mettenheim* Deutsche Studenten an der ENA  
Ein deutsch-französisches Projekt im Wandel  
der Zeiten **195-198**
- XVI. Tobias Mandler/Markus Meißner* Die Angemessenheit der Befristungsdauer  
nach § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG **199-210**
- XVII. Evelina Will* Der Brexit und die Forschung in der EU  
**211-214**
- XVIII. Ulrike M. Bohlmann/Tom Meinert* Die Rechtsverhältnisse der Mitarbeiter der  
ESA **221-228**
- XIX. Axel Flessner* Akademische Lehre nur auf Englisch? –  
Sprachpolitik an deutschen Hochschulen,  
rechtlich betrachtet **229-236**
- XX. Ute Mager* Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen  
der Akkreditierung von Studiengängen –  
Zugleich eine kritische Auseinandersetzung  
mit der Akkreditierungs-Entscheidung des  
Bundesverfassungsgerichts und eine verfas-  
sungsrechtliche Bewertung des Akkreditie-  
rungs-Staatsvertrags **237-246**
- XXI. Norbert Janz* Zahlen bitte! Die Akkreditierung von Studien-  
gängen aus Sicht der Finanzkontrolle **247-254**
- XXII. Olaf Bartz/Katrin Mayer-Lanterman* Wandel der Aufgaben des Akkreditierungsra-  
tes und der Agenturen durch den „Studienak-  
kreditierungsstaatsvertrag“ **255-262**

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2017

## Aufsätze

- XXIII. *Patrick A. Neuhaus/Thomas Grünwald* Weiterentwicklung einer bewährten Qualitätssicherung – Neuregelung der Akkreditierung **263-266**
- XXIV. *Volker M. Haug* Perspektiven der gemeinsamen Bund-Länder-Förderung unter dem neuen Art. 91 b GG: Chancen und Streitpunkte **267-272**

## Rechtsprechung

Verfassungsgerichtshof Baden-Württemberg: Regelungen des Landeshochschulgesetzes teilweise mit Wissenschaftsfreiheit unvereinbar **51-52**

## Buchvorstellung

- I. *Sebastian Madeja* Die Institution der Universitätsmedizin als Subjekt der Umsatzsteuer – Verfassungs- und umsatzsteuerrechtliche Problemfelder des Kooperationsmodells insbesondere in der Personalgestaltung **53-58**
- II. *Ulf Pallme König* Besprechung der 3. Auflage des von *Hartmer/Detmer* herausgegebenen Handbuchs für Hochschulrecht **129-132**
- III. *Patricia Wendel* Der Hochschulrat – unter besonderer Berücksichtigung der Hochschule als ausschließlicher Körperschaft des Öffentlichen Rechts **133-138**

# ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2017

## **Buchvorstellung**

*IV. Benjamin Unger* Möglichkeiten und Grenzen der Anfechtbarkeit juristischer (Staats)-Prüfungen **273-288**

*V. Andreas Schubert* Rezension zu *Carsten Morgenroth*, Hochschulstudienrecht und Hochschulprüfungsrecht, 1. Auflage 2017 **289-290**

## **Berichte**

*I. Manfred Löwisch* Förderung statt Zwang – Neue Open Access Strategie in Baden-Württemberg **59-60**

*II. Robert Brehm/Alexandra Brehm-Kaiser* Die Beschlüsse zur Zulassung zum Medizinstudium im Rahmen des Masterplans Medizinstudium 2020 **215-216**

*III. 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 **217-219**

## **Information**

*Andreas Schubert* Die Novelle zum Arzneimittelgesetz – Neue Rahmenbedingungen für die Arzneimittelforschung **139-148**



# ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2017

## **Ausgegraben**

- I. Helmut Engler* Gleich Staatsanstellung auf Lebenszeit? **61-62**
- II. C. F. Koch* Die Schulden der Studierenden nach der Kommentierung zum Allgemeinen Preußischen Landrecht **149-150**
- III. Otto von Gierke* Soll das Rechtsstudium den Realgymnasiasten zugänglich werden? Eine Kontroverse um die Juristenausbildung um 1900 **220**
- IV. Von Mohl* Und immer wieder: Reform der Universität **291-292**

# Wolfram Eberbach / Peter Hommelhoff / Johannes Lappe\*

## *Eine Kooperationsform für die Wissenschaft*

Trotz der Nobel-Preise für herausragende Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler: die Zeit der großen Einzelforscher ist weithin vorbei.<sup>1</sup> Schon seit langem sind es vornehmlich die unterschiedlich großen Forschungsverbände, die Kooperationen zwischen wissenschaftlichen Institutionen, namentlich diejenigen, die auf der Grenzlinie mehrerer Wissenschaftsgebiete interdisziplinär zusammenwirken, denen die Gesellschaft wesentliche Erkenntnisse, ja: Durchbrüche zu ganz neuen Ufern verdankt. Nicht selten werden solche Wissenschaftskooperationen, an denen auch private Wirtschaftsunternehmen beteiligt sein können, aus öffentlichen Kassen mit Beträgen in zwei-, wenn nicht gar dreistelliger Millionenhöhe gefördert. Dabei wird die kooperative Forschung von den Beteiligten bewusst gewählt und ihre Intensivierung als politisches Ziel verstanden.<sup>2</sup>

### I. Maßgeschneiderte Kooperationsverträge

Diese Kooperationen erfordern Regelungen in vielerlei Hinsicht, z.B.: Auf welchem Gebiet ist der Verbund mit welchem Ziel angesiedelt? Wer führt dessen Geschäfte und wer beruft die Geschäftsführer? Welche Entscheidungen fallen in deren Zuständigkeit und welche in die jener Institutionen, welche die Kooperation tragen? Wie werden die Forscher und ihre Leistungspotentiale dem Verbund zugeordnet? In welcher Weise werden die For-

scher in die Entscheidungsprozesse der Kooperation und in deren Informationsströme eingebunden? Wie wird mit Know-how umgegangen, das die Kooperationspartner in die Kooperation einbringen? Wem werden die in der Kooperation gewonnenen Erkenntnisse zugewiesen, wer kann sie sich ggf. patentieren lassen: der Verbund selbst oder seine Trägerinstitutionen? Und was ist mit den Forschern? Die Fördermittel: Wer legt wann in welcher Weise den Förderern Rechenschaft für die Mittelverwendung? Überhaupt: Welche Rolle sollen die Förderer innerhalb der Kooperation spielen? Schließlich dürfen die Risiken aus ihr (besonders bedeutsam bei patientenbezogenen Forschungsverbänden) nicht auf die Trägerinstitutionen durchschlagen, aber möglichst auch nicht auf die beteiligten Forscher.

In der Wissenschaftspraxis beschäftigen diese Fragen und regulatorischen Herausforderungen lang anhaltend und intensiv die zur Hilfestellung aufgerufenen Administrationen, die Universitätsverwaltungen und die der Kliniken ebenso wie die Verwaltungen der außeruniversitären Forschungseinrichtungen. Denn für Wissenschaftskooperationen gibt es keine speziell auf sie zugeschnittene Rechtsform im Gesetz. Auch bei den Musterverträgen, die Ministerien und andere Stellen Forschungsverbänden vorgeben oder diesen empfehlen, können die beteiligten Wissenschaftsinstitutionen und Forscher nicht sicher sein, dass alle aus ihrer Sicht rege-

\* Im November 2015 fand ein vom Deutschen Krebsforschungszentrum und der Universität Heidelberg initiiertes Rechtssymposium zum gleichnamigen Thema dieses Aufsatzes statt. Eine anschließend eingerichtete Arbeitsgruppe „Rechtsformalternative de lege ferenda“ hat die im Artikel angesprochenen Aspekte diskutiert und sich rechtlich mit verschiedenen weiteren Schwerpunkten, die das Thema umfassen, auseinandergesetzt. Die Autoren dieses Artikels danken den anderen Mitgliedern der Arbeitsgruppe Heidi Beuche / Universität Göttingen, Pius O. Dolzer / Universität Heidelberg, Stefan Geibel / Universität Heidelberg, Merit Grzeganeck / Helmholtz-Zentrum Dresden-Rossendorf, Jutta Hoppenau / DZNE, Angela Kalous / Universität Heidelberg, Svenja Deimel / DKFZ Heidelberg, für ihre engagierte Beteiligung an der Erarbeitung des Konzepts und das kritische Gegenlesen herzlich. Der Artikel gibt die Rechtsauffassung der Autoren wieder.

1 Vgl. exemplarisch für das Land Baden-Württemberg, das laut einer Studie des statistischen Landesamts die höchste Innovationskraft von 87 europäischen Regionen aufweist, Innovationsindex 2014, abrufbar unter [https://www.baden-wuerttemberg.de/de/service/presse/pressemitteilung/pid/baden-wuerttemberg-ist-](https://www.baden-wuerttemberg.de/de/service/presse/pressemitteilung/pid/baden-wuerttemberg-ist-innovationsstaerkste-region-in-europa/)

innovationsstaerkste-region-in-europa/ [zuletzt abgerufen am 16.11.2016]; Forschungs- und Entwicklungsmonitor Baden-Württemberg, Reihe Statistische Analysen 1/2014, S. 14 f. sowie S. 47 ff.; siehe auch FAZ vom 18.3.2015, Beruf und Chance, „Willkommen im Cluster-Ländle“.

2 Vgl. „Innovation durch Kooperation – Maßnahmen für eine effektive Nutzung des Forschungspotentials von Wissenschaft und Wirtschaft“, Positionspapier des Bundesverband der Deutschen Industrie, Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Deutsche Forschungsgemeinschaft, Fraunhofer-Gesellschaft, Helmholtz-Gemeinschaft, Hochschulrektorenkonferenz, Leibniz-Gemeinschaft, Max-Planck-Gesellschaft, Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft und des Wissenschaftsrats, 2007, S. 2, abrufbar unter: <https://www.mpg.de/9048617/071112-allianzforschungspotentials.pdf> [zuletzt abgerufen am 16.11.2016], Internationale Kooperation – Aktionsplan des Bundesministeriums für Bildung und Forschung, 2014, S. 16 f., abrufbar unter: [https://www.bmbf.de/pub/Aktionsplan\\_Internationale\\_Kooperation.pdf](https://www.bmbf.de/pub/Aktionsplan_Internationale_Kooperation.pdf) [zuletzt abgerufen am 16.11.2016].

lungsbedürftigen Punkte tatsächlich geregelt sind.<sup>3</sup> Für die Wissenschaftsverwaltungen bedeutet dies mühsame Handarbeit in jedem Einzelfall: Jeder einzelne Kooperationsvertrag muss maßgeschneidert werden. Das kostet Zeit, verschlingt Ressourcen, frustriert nicht selten die „Vertragsbaumeister“ und nicht weniger die Forscher.

Sie wollen endlich mit dem gemeinsamen Vorhaben beginnen – doch trotz allem Bemühen kann ihnen niemand jene Rechtssicherheit gewährleisten, die Forscher und beteiligte Wissenschaftsinstitutionen mit Recht für ihre Kooperation erwarten. Schnell sind sie mit dem Vorwurf bei der Hand: Das Recht behindert die Wissenschaft!

Kommt Weiteres hinzu: Wenn öffentlich-rechtliche Institutionen wie Universitäten, Universitätsklinika oder außeruniversitäre Forschungseinrichtungen (der Helmholtz-Gemeinschaft oder der Leibniz- oder der Max Planck-Gesellschaft) in Forschungsverbänden kooperieren, dann ist ihr Verbund trotz des öffentlich-rechtlichen Charakters der Beteiligten mangels einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform zivilrechtlich als Gesellschaft bürgerlichen Rechts und dann recht schnell als Außen-GbR zu qualifizieren.<sup>4</sup> Die Folge: die am Verbund beteiligten Wissenschaftsinstitutionen haben rechtlich zwingend für dessen Verbindlichkeiten, auf welchem Rechtsgrund auch immer sie beruhen mögen, selbst, unbeschränkt und unbeschränkbar in voller Höhe als Gesamtschuldner einzustehen<sup>5</sup> – eine Horrorvorstellung ganz besonders für jene Forschungseinrichtungen, die mit Universitätsklinika in patientenbezogener For-

schung translateral zusammenwirken wollen. Den mitunter beträchtlichen Haftungsrisiken lässt sich auch nicht durch „Rechtsformverneinungs“-Klauseln dergestalt entgegenstellen, dass durch den Vertrag keine GbR entstehe.<sup>6</sup>

Nicht allein diese Haftungsgefahren führen zwanglos zum Aufruf an den Gesetzgeber, für Forschungsverbände eine eigenständige Wissenschaftskooperationsform als rechtssicheres Organisationsvehikel zur Verfügung zu stellen. Vor allem jedoch ist der Gesetzgeber zum Handeln aufgerufen, da er sonst sein eigenes Bemühen konterkariert, die besonders fruchtbare (internationale) Verbundforschung zu fördern, und er sein Ziel verfehlt, staatliche Mittel zugunsten der Wissenschaften möglichst nicht mit reduzierbarem Verwaltungsaufwand zu vergeuden, sondern effizient einzusetzen.<sup>7</sup> Mit einer eigenständigen Rechtsform würde der Gesetzgeber zugleich seinem Auftrag aus Art. 5 Abs. 3 GG Rechnung tragen, zur Förderung der Wissenschaft personelle, finanzielle vor allem aber auch organisatorische Mittel bereitzustellen.<sup>8</sup> Indes – auch Gesetzgebung ist eine kostbare Ressource. Sie sollte erst dann in Anspruch genommen werden, wenn sich die beteiligten Wissenschaftseinrichtungen regelmäßig nicht selbst ohne größeren Aufwand helfen können.

## II. Rechtsformen-Abgleich

Daher ist zunächst der Rechtsformen-Schatz in den Blick zu nehmen, den das geltende Recht schon jetzt zur Verfügung stellt. Wesentliche Prüfkriterien sind:<sup>9</sup>

- 3 So hat sich eine wahre „Musterpraxis“ herausgebildet, exemplarisch für Kooperationen mit der Privatwirtschaft insbesondere, die sog. Berliner Vertragsbausteine; die Mustervereinbarung der IHK Nordrhein-Westfalen und Hessen, abrufbar unter: [http://www.ihk-nordwestfalen.de/fileadmin/medien/02\\_Wirtschaft/33\\_Innovation\\_Umwelt/00\\_Technologie/medien/IHK-Ratgeber\\_FuE-Vertraege\\_KMU\\_Hochschule.pdf](http://www.ihk-nordwestfalen.de/fileadmin/medien/02_Wirtschaft/33_Innovation_Umwelt/00_Technologie/medien/IHK-Ratgeber_FuE-Vertraege_KMU_Hochschule.pdf) [zuletzt abgerufen am 16.11.2016]; bspw. der Musterleitfaden der TU München, abrufbar unter: [https://www.tum.de/fileadmin/woobfo/www/Wirtschaft/Broschueren\\_Kooperationen/130318\\_TUM\\_CCC\\_Forsch-Wirt\\_Brosch-dt.pdf](https://www.tum.de/fileadmin/woobfo/www/Wirtschaft/Broschueren_Kooperationen/130318_TUM_CCC_Forsch-Wirt_Brosch-dt.pdf) [zuletzt abgerufen am 16.11.2016]; der Musterleitfaden des BMWi, abrufbar unter: [http://www.bmwi.de/Dateien/BMWi/PDF/mustervereinbarungen-fuer-forschungs-und-entwicklungskooperationen.property=pdf,bereich=bmwi,\\$prache=de,rwb=true.pdf](http://www.bmwi.de/Dateien/BMWi/PDF/mustervereinbarungen-fuer-forschungs-und-entwicklungskooperationen.property=pdf,bereich=bmwi,$prache=de,rwb=true.pdf) [zuletzt abgerufen am 16.11.2016]; sowie der Mustervertrag für Kooperationen, die seitens des „horizon2020“-Programms der EU Förderung erhalten wollen, abrufbar unter: <http://www.desca-2020.eu/> [zuletzt abgerufen am 16.11.2016].
- 4 Vgl. bspw. *Ulsenheimer*, Die zwischenbetriebliche Forschungs- und Entwicklungskooperation, Frankfurt a.M. 2002, S. 79: „Kooperationsabreden stets (...) dem Idealbild des § 705 BGB entsprechen“; *Winzer*, Forschungs- und Entwicklungsverträge, 2. Aufl. München 2011, S. 14 Rn. 28; *Ullrich*, GRUR 1993, 338, 340; differenzierter *Rosenberger*, Verträge über Forschung und Entwicklung, Köln 2010, S. 282, Kap. 6 II 1. Rn. 3 ff.; ferner *Lappe*, Kooperationen wissenschaftlicher Einrichtungen, passim, S. 167 ff. m.w.N.
- 5 Grundlegend zur akzessorischen Außenhaftung der BGB-Gesellschafter BGH, Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00 = BGHZ 146, 341 ff. = NJW 2001, 1056 ff.; zur Unbeschränkbarkeit der Haftung schon BGH, Urt. v. 27. 9.1999 - II ZR 371/98 = NJW 1999, 3483 ff.
- 6 Vgl. z.B. § 12 Abs. 4 TUM Muster für Kooperationsvereinbarungen Typ 2 (Verbundförderung), abrufbar unter [https://www.tum.de/fileadmin/woobfo/www/Wirtschaft/Broschueren\\_Kooperationen/130318\\_TUM\\_CCC\\_Forsch-Wirt\\_Brosch-dt.pdf](https://www.tum.de/fileadmin/woobfo/www/Wirtschaft/Broschueren_Kooperationen/130318_TUM_CCC_Forsch-Wirt_Brosch-dt.pdf) [zuletzt abgerufen am 16.11.2016], der festlegt, dass durch den geschlossenen Kooperationsvertrag keine gesellschaftsrechtliche Verbindung zwischen den Kooperationspartnern geschlossen werden soll.
- 7 So formuliert das BMBF in Internationale Kooperation – Aktionsplan des Bundesministeriums für Bildung und Forschung, 2014, S. 2, abrufbar unter: [http://www.bmbf.de/pub/Aktionsplan\\_Internationale\\_Kooperation.pdf](http://www.bmbf.de/pub/Aktionsplan_Internationale_Kooperation.pdf) [zuletzt abgerufen am 16.11.2016]: „Effektiver: Kooperationen und Förderverfahren sind so einfach wie möglich zu gestalten, Hindernisse in der bilateralen und multilateralen Zusammenarbeit müssen abgebaut werden.“
- 8 Vgl. zum objektiven Gewährleistungsgehalt von Art. 5 Abs. 3 GG *Kipping*, in: Epping/Hillgruber Beck'scher Onlinekommentar Grundgesetz, Stand: 01.09.2016, Art. 5 Rn. 186; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 77. EL Juli 2016, Art. 5 Rn. 116; vgl. grundlegend: BVerfG, Urt. v. 29. 5. 1973 - 1 BvR 424/71 u. 325/72 = BVerfGE 35, 79, 114 ff. = NJW 1973, 1176, 1177.
- 9 Auch hierzu und zu weiteren Kriterien *Lappe*, Kooperationen wissenschaftlicher Einrichtungen, passim, S. 15 ff.

- eine wissenschaftsadäquate Governance-Struktur. Sie muss auf der einen Seite die beteiligten Forscher mit einbeziehen, ihnen aber dennoch die unabdingbaren Handlungsfreiräume sichern. Auf der anderen Seite muss sie den die Kooperation tragenden Wissenschaftseinrichtungen in angemessenem Umfang Einfluss auf den Fortgang der Verbundforschung eröffnen und jene so hinreichend erkennbar bleiben lassen;

- Rechtssubjektivität, die es einerseits erlaubt, der Kooperation Sach- und Finanzmittel, aber ggf. auch Dienstverhältnisse zuzuordnen, andererseits aber auch die in der Verbundforschung gewonnenen Erkenntnisse einschließlich ihrer Verwertung rechtssicher gestaltet macht;

- Eingrenzbarkeit der mit gemeinsamer Forschung verbundenen Risiken, Haftungskanalisation auf die Kooperationsform und Haftungsbeschränkung.

### 1. Öffentlich-rechtliche Organisationsformen

Unter den öffentlich-rechtlichen Organisationsformen käme neben der gemeinsamen öffentlich-rechtlichen Anstalt vor allem der aus dem Kommunalrecht bekannte Zweckverband in Betracht. Er verfügt mit der Verbandsversammlung und dem Verbandsvorsteher – dieser ggf. von einem Verbandsgeschäftsführer unterstützt – über eine Governance-Struktur und ist als Personalkörperschaft des öffentlichen Rechts rechtsfähig.<sup>10</sup> Allerdings birgt er für seine Mitglieder insofern ein Finanzierungsrisiko, als deren Pflicht unbegrenzt ist, Umlagen an den Verband zu leisten, soweit dies für die Zweckerfüllung notwendig ist.<sup>11</sup> Überdies kann im Zuge einer Zweckverbands-Gründung gesamtschuldnerische Außenhaftung der Mitglieder entstehen; sie entspricht der – für Forschungsverbände unerwünschten – Haftung von BGB-Gesellschaftern.<sup>12</sup>

Trotz dieser grundsätzlichen Eignung des Zweckverbandes, Forschungsverbände zwischen wissenschaftli-

chen Einrichtungen zu organisieren, lässt diese Rechtsform die Tätigkeit des Gesetzgebers zugunsten der Wissenschaft nicht entfallen. Denn Zweckverbände sind keine allgemein verfügbare und nutzbare Organisationform, sondern werden von den einzelnen Landesgesetzgebern ihren Gemeinden und Landkreisen in speziellen Gesetzen für deren Zusammenarbeit bereitgestellt.<sup>13</sup> Dasselbe gilt für die neue Organisationsform der gemeinsamen Anstalt öffentlichen Rechts. Wollen Gebietskörperschaften aus mehreren Bundesländern zusammenarbeiten, so bedarf die Organisation ihrer Kooperation eines Staatsvertrages. Weiter denkbar – und auch der Praxis nicht unbekannt<sup>14</sup> – wäre die Einrichtung einer „Kooperationskörperschaft“ direkt per Gesetz. Zweckverbände, gemeinsame Anstalten und sonstige „maßgeschneiderte“ Körperschaften stehen somit den wissenschaftlichen Einrichtungen zur Organisation ihrer Forschungsverbände in und zwischen den Bundesländern nicht ohne erheblichen administrativen und oder gesetzgeberischen<sup>15</sup> Aufwand zur Verfügung.

Außer einem Zweckverband könnte im Einzelfall auch ein öffentlich-rechtlicher Vertrag in Betracht gezogen werden. Voraussetzung ist, dass *alle* Kooperationspartner Juristische Personen des öffentlichen Rechts (JPÖR) sind, wenn man nicht in komplexe Abgrenzungsprobleme zwischen Privat- und öffentlichem Recht im Einzelfall gelangen will.<sup>16</sup> Hierzu zählen auch Hochschulen. Es sind jedoch eher seltene Fälle, in denen an einer Wissenschaftskooperation ausschließlich Hochschulen beteiligt sind. In der Regel kooperieren zum Beispiel Hochschulen mit außeruniversitären Einrichtungen, also etwa Forschungsinstituten, solche Einrichtungen untereinander und mit Kliniken etc. Es wäre umständlich, müsste jeweils erst der öffentlich-rechtliche Status der Beteiligten geprüft werden, bevor dann ein öffentlich-rechtlicher Vertrag geschlossen werden könnte. Zudem ist ein solcher Vertrag sofort hinfällig, wenn nach einiger Zeit die Kooperation erweitert werden soll durch

10 Dazu *Th. I. Schmidt*, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2014, S. 254 ff; *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2003, S. 595 f. Rn. 934 f. sowie zur grundsätzlichen Organstruktur S. 598 Rn. 939.

11 Insofern zeigt sich ein fundamentaler Unterschied zu den Grundfesten einer personengesellschaftsrechtlichen, zivilrechtlichen Organisation: Hier schiebt § 707 BGB als „mitgliedschaftliches Grundrecht“, so BGH, *Urt. v. 5.3.2007 – II ZR 282/05 = NZG 2007, 381, 381*, zurückgehend auf *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, München 1980, S. 357 f., § 7 I 1. sowie S. 393 f., § 7 IV 1. a), einer unbeschränkten Vermögensmehrungspflicht der Kooperationspartner zur Erreichung des Kooperationszwecks einen Riegel vor. Es müssen im Grundsatz nur die einmal zugesagten Beiträge geleistet werden.

12 Vgl. BGH, *Urt. v. 18.12.2000 – II ZR 385/98 = NJW 2001, 748, 749 ff.*

13 S. die Fundstellen zu den Ländergesetzen bei *Th. I. Schmidt*, Kommunalrecht (Fn. 10), S. 254 Fn. 7; zudem *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2003, S. 595 f. Rn. 934 f; für den Bereich der Hochschulen s. aber auch § 6 Abs. 5 LHG Baden-Württemberg.

14 So bspw. bei der Niedersächsischen Technischen Hochschule, Nds. GVBl. 2008, 416 – § 1 NTH-Gesetz.

15 Vgl. Niedersächsische Landtagsdrucks. 16/410, S. 6 sowie Nds. GVBl. 2008, 416, wonach von April 2007 bis zur Verkündung des Gesetzes am 15.12.2008 annähernd zwei Jahre vergangen sind.

16 Vgl. zum Problem der Einordnung kooperativer Verträge zwischen Privaten und der öffentlichen Hand *Bonk/Neumann*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG*, 8. Aufl. 2014, § 54 Rn. 43 a ff. sowie Rn. 64.

Aufnahme eines Partners, der diesen öffentlich-rechtlichen Status nicht besitzt. Dann finge – gleichsam mitten im Forschungsprozess – die mühsame Suche nach der nunmehr geeigneten Rechtsform an. Dies kann sich als so problematisch erweisen, dass die Fortführung der Kooperation sogar infrage gestellt ist. Würde die (öffentlich-rechtliche) Rechtsform der Beteiligten darüber entscheiden, wie die Kooperation rechtlich zu gestalten ist, wäre dies der Übersichtlichkeit nicht förderlich. Daher ist es einfacher, übersichtlicher und „störungsfreier“, für alle Kooperationen eine Rechtsform vorzusehen.

## 2. Privatrechtliche Organisationsformen: die GmbH vorweg

Mithin verbleiben privatrechtliche Rechtsformen – vor allen anderen die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die als „Allzweckmöbel“<sup>17</sup> auch im staatlichen Bereich vielfältig genutzt wird.<sup>18</sup> Hinsichtlich des Unternehmensgegenstands und der Unternehmensziele frei gestaltbar,<sup>19</sup> verfügt diese rechtsfähige Organisationsform mit den Geschäftsführern, der Gesellschafterversammlung und dem (fakultativen) Aufsichtsrat schon in ihrer gesetzlichen Ausgestaltung über eine Governance-Struktur, die sich auch wissenschaftliche Einrichtungen für ihre gemeinsamen Forschungen nutzbar machen können. Das Privileg der Haftung allein mit dem Gesellschaftsvermögen (§ 13 Abs. 2 GmbHG) und nicht mit dem der Gesellschafter, für staatliche Organisationen eines der wichtigsten Elemente der GmbH, kommt hinzu. Damit erscheint diese Rechtsform auf den ersten Blick als nahezu ideal, um in ihr auch wissenschaftliche Kooperationen zu organisieren. Einer neuen eigenständigen Rechtsform bedürfte es dann anscheinend nicht.

Auffällig jedoch verwendet die Wissenschaftspraxis die GmbH nur selten,<sup>20</sup> ohne dass die Gründe für diese Zurückhaltung offen auf der Hand liegen. Das gesetzliche Mindestkapital und das aufwendige Gründungsverfahren allein können es nicht sein, seitdem der Gesetzgeber mit der „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ eine Mini-GmbH angeboten hat, die für eine

Kooperation nur wenige Euro Stammkapital erfordert und überdies ohne großen Aufwand schnell und kostengünstig im vereinfachten Verfahren gegründet werden kann (§§ 5a, 2 Abs. 1a GmbHG).<sup>21</sup> Die Gründe liegen tatsächlich tiefer.

Ein wesentlicher Grund ist in den Geschäftsführern zu sehen: Sie bilden innerhalb einer gefestigten Organisationsstruktur das Initiativ- und Aktivitätszentrum<sup>22</sup>; sie sind primär im Interesse der Gesellschaft tätig und nur nachgeordnet in dem der einzelnen Gesellschafter; ihnen gegenüber werden die von der Gesellschaft ergriffenen Aktivitäten schon durch sie als Rechtsperson mediatisiert.<sup>23</sup> Kommt hinzu: die Geschäftsführung, nach dem Konzept des GmbH-Gesetzes ein mit Gesellschafterfremden besetztes Organ (Fremdorganschaft und eben keine zwingende Selbstorganschaft der Gesellschafter), betreibt die Aktivitäten der Gesellschaft und verselbstständigt diese so weiter gegenüber ihren Gesellschaftern und deren Einfluss. Daran ändert auch ihr GmbH-spezifisches Weisungsrecht gegenüber den Geschäftsführern, das Hierarchiegefälle zwischen den Organen der Gesellschaft,<sup>24</sup> nichts. Diese Mediatisierung ist von Gesetzes wegen darauf angelegt, die Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern zu verselbständigen, diese hinter die Gesellschaft mit ihrer eigenen Firmierung zurücktreten, ja: unsichtbar werden zu lassen. Für die „normalen“ Gesellschafter einer unternehmenstragenden GmbH ist dieser Zug zur Verselbständigung und zur Anonymisierung der Gesellschafter nicht sonderlich störend: An einer Kapitalgesellschaft mit ihren geldwerten Einlagen beteiligt, sind sie nach dem gesetzlichen Grundkonzept allein am finanziellen Wert der Gesellschaft und an den finanziellen Erträgen aus ihr interessiert. Denn die GmbH ist nach ihrem normativen Grundkonzept auf wirtschaftlichen Gewinn ausgerichtet.<sup>25</sup>

Wissenschaftskooperationen dagegen zielen vorrangig auf den gemeinsamen Gewinn wissenschaftlicher Erkenntnisse. Die wissenschaftlichen Einrichtungen in ihrer Kooperation, in ihrem Zusammenwirken, wollen diesen Erkenntnisgewinn – auch wenn er gemeinsam

17 Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, 19. Aufl. 2016, Einl. Rn. 6.

18 Vgl. Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 1 Rn. 10; Fleischer, in: MünchKomm-GmbHG; 2. Aufl. 2015, Einleitung, Rn. 48 f.

19 Fleischer, in: MünchKomm-GmbHG; 2. Aufl. 2015, § 1 Rn. 17; Vgl. Begr. GmbHG S. 35 f. und S. 47 („Verschiedenartigkeit der Zwecke“).

20 So scheinen bspw. die Forschungs- und Entwicklungszentrum Fachhochschule Kiel GmbH oder Forschungszentrum Jülich GmbH eher Ausnahmen als die Regelentscheidung in Bezug auf die Organisationsstruktur eines Forschungsprojekts zu sein.

21 Vgl. zum vereinfachten Gründungsverfahren Seebach, Rhein-

NotZ, 2013, 261, 263; zu den allgemeinen Gründungsvoraussetzungen der UG Hücke/Holfter, JuS 2010, 861, 862.

22 Liebscher, in: MünchKomm-GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 37 Rn. 83; Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 37 Rn. 4.

23 Stephan/Tieves, in: MünchKomm-GmbHG, 2. Aufl. 2015, § 35 Rn. 88; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 35 Rn. 35.

24 Vgl. Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, Einl. Rn.5.

25 Michalski, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, Systematische Darstellung 1 Überblick über das GmbH-Recht Rn. 193.

errungen ist – indes jede für sich nutzen. Um es am Beispiel zu verdeutlichen: Wenn eine Universität und eine außer-universitäre Forschungsinstitution sich für eine bestimmte Forschung über eine Kooperations-einheit verbunden haben, und wenn ein in dieser Einheit tätiger Forscher den Nobelpreis erringt, dann wollen sich auch die die Kooperation tragenden Einrichtungen in dem gewonnenen Ruhm und Ansehen sonnen;<sup>26</sup> die Kooperationseinheit darf sie nicht verdecken, wenn die Kooperationsziele aller Partner erreicht werden wollen. Verallgemeinert formuliert: Die wissenschaftliche Kooperationsform darf sich gegenüber ihren Trägereinrichtungen nicht verselbständigen, muss diese auch für außenstehende Dritte sichtbar bleiben lassen. Kurzum: In der Wissenschaft müssen die Kooperationsformen personengesellschaftsrechtliche Grundzüge<sup>27</sup> aufweisen.

Schon deshalb ist die GmbH für diese spezifischen Forschungsverbände regelmäßig keine geeignete Rechtsform. Hinzu kommen weitere Fehlstellen: Wie sollen die kooperierenden Forscher in die Aufbau- und Ablauforganisation eingefügt werden und wie die Institutionen, die für die gemeinschaftliche Forschung Mittel einschießen? Auf welchen Wegen sollen sie die Mittelverwendung kontrollieren können? Die hierfür notwendigen Regelungen gehen über die Governance-Struktur der GmbH hinaus und sollten, wenn auch dispositiv, vom Gesetzgeber geregelt werden, um Wissenschaftskooperationen zu fördern, die Wissenschaftsfreiheit auch in solchen Verbänden rechtsgewiss zu gewährleisten und um den beteiligten Wissenschaftsverwaltungen ressourcenschonend die Arbeit auf allseitig-gleicher Augenhöhe zu erleichtern.

### 3. „Gesetzgebung tut not“

Deshalb kann nach allem die GmbH die Anforderungen an eine Wissenschafts-adäquate Kooperationsform in aller Regel nicht erfüllen.<sup>28</sup> Dasselbe gilt *cum grano salis* für den auf Mitgliederwechsel angelegten Verein. Die

Stiftung wiederum ist eine nicht mitgliederschaftlich ausgestaltete, nach dem Stiftungsakt vom Stifter abgekoppelte Verwaltungsorganisation – auf „Ewigkeit“ angelegt und in ihrem Zweck allenfalls ganz begrenzt abänderbar.<sup>29</sup> Dies verträgt sich nicht mit der zeitlichen Begrenzung wissenschaftlicher Forschung auf definierten, wenn auch einvernehmlich veränderbaren Feldern.<sup>30</sup> Der deutsche Gesetzgeber sollte mithin eine eigenständige Rechtsform für wissenschaftliche Kooperationen kreieren, um die jedenfalls auf nationaler Ebene bestehende Regelungslücke zu schließen.<sup>31</sup>

Angesichts der Vielfalt und Vielgestalt wissenschaftlicher Kooperationen wird sich eine Kernregelung für alle Forschungsverbände empfehlen, die je nach den individuellen Bedürfnissen des einzelnen Verbundes durch fakultative Regelungen ergänzt werden kann; aber auch diese sollte der Gesetzgeber anbieten, um Rechtssicherheit zu gewährleisten.

### III. Governance-Strukturen

Im Statut der Kooperation sind sowohl der Bereich, das Feld festzulegen, in welchem die Forschung stattfinden soll, als auch das konkrete Ziel dieser Forschung. Um dies Ziel mit Nachdruck und ohne (auch juristische) Ab- und Umwege verfolgen zu können, muss der Kooperation eine Rechtsform zur Verfügung stehen, die – es wurde bereits beim Thema GmbH (oben II 2) ausgeführt – personengesellschaftsrechtliche Züge aufweisen sollte. So lässt sich die Wissenschaftskooperation eng und intensiv genug an ihre wissenschaftlichen Träger rückkoppeln, und bleiben diese damit zugleich hinreichend deutlich erkennbar.

Personengesellschaftsrechtlich geprägt sein sollten vor allem die Leitung der Kooperationsform und deren enges Verhältnis zu den Trägereinheiten. Für die Überwachung der Leitung und ihre wissenschaftliche Begleitung ist es dagegen vorzugswürdig, zusätzliche Anleihen beim dualistischen Aufsichtsrats-System zu nehmen.

26 Dies dürfte neben der Reputation mit Blick auf das Generieren weiterer Fördermittel auch daran liegen, dass für die weitere Arbeit in der Kooperation, aber auch für den einzelnen Kooperationspartner die öffentliche Anerkennung des Arbeitsergebnisses der wichtigste nicht monetäre Motivationsfaktor von Wissenschaftlern ist, vgl. *Lee/Meschke/Nicklas*, in: Hanebuth/et al. (Hrsg.), *Forschungskooperationen zwischen Wissenschaft und Praxis*, S. 169, 170 ff. sowie *Ortiz*, *Kooperation zwischen Unternehmen und Universitäten*, 2013, S. 126 f.

27 Vgl. *K. Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl. 2002, S. 46 f; *Wiedemann*, *Gesellschaftsrecht*, Band I, 1980, S. 103 f; *Windbichler*, *Gesellschaftsrecht*, 23. Aufl. 2013, S. 27 ff; dazu auch *Lappe*, *Kooperationen wissenschaftlicher Einrichtungen*, passim, S. 453 für die Perspektive *de lege ferenda*.

28 Ausführlich zur Eignung der GmbH als Kooperationsvehikel *Lappe*, *Kooperationen wissenschaftlicher Einrichtungen*, passim, S. 419 ff.

29 Vgl. *Weitemeyer*, in: *MünchKomm-BGB*, 7. Aufl. 2015, § 85 Rn. 2 m.w.N. Ein Stiftungsgeschäft, das die Änderungsmöglichkeiten des Zwecks in das Belieben der Stiftungsorgane stellt, ist nach ganz überwiegender Auffassung unzulässig, vgl. *Hüttemann/Rawert*, in: *Staudinger BGB*, Neubearb. 2011, § 85 Rn. 10 ff. m.w.N.

30 Vgl. zur Ungeeignetheit der Stiftung auch öffentlichen Rechts insbesondere für internationale Kooperationen *Blaurock/Hennighausen*, *OdW* 2016, 73, 76.

31 Vgl. zur Möglichkeit der Nutzung des Europäische Verbund territorialer Zusammenarbeit (EVTZ) als Vehikel für europaweite Kooperationen *Blaurock/Hennighausen*, *OdW* 2016, 73, 77 ff.

Daher sollte die Governance-Struktur zumindest zweigliedrig sein (two-tiers).<sup>32</sup>

### 1. Die Leitung

a) Geleitet werden muss die Kooperationseinheit von Wissenschaftlern, die in ihr und auf dem festgelegten Forschungsfeld tätig sind. Eine betont wissenschaftliche Leitung ist unabhängig davon geboten, in welchem Umfang Mittel in der Einheit eingesetzt und die Forschungsergebnisse voraussichtlich vermarktungsfähig sein werden. Dies mag im Einzelfall einen Administrator, einen „kaufmännischen Vorstand“ (unten III 1b) innerhalb der Geschäftsleitung erfordern; das Schwergewicht muss jedoch stets bei den Wissenschaftlern liegen, damit eine primär wissenschaftsgeleitete Ausrichtung der Kooperationseinheit gewährleistet ist. Im Interesse ihrer personengesellschaftsrechtlichen Struktur muss in der Leitung das Prinzip der Selbstorganschaft verwirklicht werden, soweit dies bei den Körperschaftlich verfassten Trägereinheiten möglich ist. Wissenschaftliche Leiter der Kooperation können daher nur Personen sein, die zugleich Repräsentanten der beteiligten Träger sind und bleiben.<sup>33</sup> Ihre Benennung erfolgt jeweils innerhalb eines Konsenssystems. Die Doppelfunktion der Repräsentanten wirkt sich u.a. auf die Zurechnung der Forschungsergebnisse aus: Diese „gebühren“ der Kooperationseinheit ebenso wie den Trägereinheiten;<sup>34</sup> im Ruhm des Nobelpreises kann sich die Kooperationseinheit ebenso spiegeln wie die Trägereinheit, die der Nobilitierte im Forschungsverbund repräsentiert.

b) Die finanzwirtschaftliche Leitung der Kooperationseinheit liegt in den Händen eines verantwortlichen Administrators. Dieser muss zwar nicht unbedingt Mitglied des Leitungsorgans und kann auch unterhalb von ihm positioniert sein. Konsequentermaßen tragen in diesem Fall die wissenschaftlichen Leiter zugleich die finanzwirtschaftliche Verantwortung. Ein solches Modell wird aber nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen. Deshalb sollte eine gesetzliche Regelung den Administrator grundsätzlich als Mitglied des Leitungsorgans vorsehen, dies aber zur Disposition des Kooperationsstatuts stel-

len. Anders als die wissenschaftlichen Leiter ist der Administrator kein Träger-Repräsentant (oben III 1a), selbst wenn er einer Trägereinheit entstammen sollte. Andernfalls könnte in dem Leitungsorgan einem einzelnen Träger ein zu großes Gewicht zufallen.

c) Ob es den Mitgliedern des mehrköpfigen Leitungsorgans freigestellt werden sollte, einen von ihnen zum „Wissenschaftlichen Vorstandsvorsitzenden“ zu berufen, oder ob das der kennzeichnenden Gleichheit der Forscher widersprechen würde, braucht an dieser Stelle nicht entschieden zu werden. Der Gesetzgeber könnte es auch bei einem bloßen „Sprecher“ als ausschließliche Gestaltungsoption belassen.

### 2. Die Trägerversammlung

a) Die Versammlung der Trägereinrichtungen ist das Basisorgan dieser Kooperationsform. In ihren Zuständigkeitsbereich fallen die Grundlagenentscheidungen für den Forschungsverbund, insbesondere: ob sein Forschungsfeld erweitert oder verkleinert, das Forschungsziel fortgeschrieben oder abgeändert werden soll; ob neue Trägereinrichtungen aufgenommen oder vorhandene verabschiedet werden sollen. Vor allem ist die Trägerversammlung der Adressat des obligatorischen Jahresberichts, in dem die Kooperationsleitung über ihre Tätigkeit im vergangenen Jahr Rechenschaft ablegt und die aktuelle sowie voraussichtlich künftige Lage des Forschungsverbundes schildert.

b) Aus dem Recht der Trägerversammlung, sich einen Jahresbericht vorlegen zu lassen, folgt keineswegs zwingend, dass ihr auch das Recht zur Prüfung und Überwachung der Kooperationsleitung zugewiesen werden müsste. Denn die Überwachung des Forschungsverbundes erschöpft sich nicht in der Kontrolle seiner finanzwirtschaftlichen Handlungen; darüber hinaus und vor allem bedürfen die Forschungsaktivitäten, ihre Erfolge, aber auch ihre Misserfolge der kritischen Begleitung. Im Regelfall erscheint zweifelhaft, ob dafür die Trägereinrichtungen selbst noch das fachkundige Personal haben, das nicht zugleich in der Kooperationseinheit engagiert ist. Deshalb sollte der Gesetzgeber ein selbständi-

32 So auch *Lappe*, Kooperationen wissenschaftlicher Einrichtungen, passim, S. 91 f.

33 Rechtstechnisch sollte den entsendenden Körperschaften die Organstellung zukommen, deren Ausübung durch die Benennung des Repräsentanten an diesen gebunden wird. Durch die Entsendung des Forschers könnten sodann die Organpflichten des Kooperationspartners u.U. in das etwaig fortbestehende Anstellungsverhältnis zum entsendenden Forschungsträger gespiegelt werden, wobei es freilich zu den Organpflichten zählen könnte, berechnete Interessen des entsendenden Forschungsträgers im Rahmen der Organtätigkeit wahrzunehmen. Durch die Spiegelung der Organpflichten in das etwaig fortbestehende

Anstellungsverhältnis ließen sich Pflichtenkollisionen, bekannt aus dem Problemkreis Drittanstellung, u.U. vermeiden. Vgl. jüngst zum (konzernrechtlichen) Problem der Drittanstellung von Leitungsorganen *Deilmann/Dornbusch*, NZG 2016, 201 ff.; *Vetter*, NZG 2015, 889 ff.

34 Nicht gesagt ist damit, wem die Arbeitgeberverwertungsrechte an etwaigen Erfindungen oder Urheberrechten zustehen. Dies bestimmt sich weiterhin *ex lege* nach dem Arbeitnehmererfindungsgesetz respektive den Grundsätzen des Arbeitnehmerurheberrechts sowie entsprechenden vertraglichen Regelungen im Kooperationsvertrag. Vgl. zu den gesetzlichen Rahmenbedingungen, *Ulrici*, WissR 2015, 318 ff.

ges Überwachungsorgan neben der Trägerversammlung etablieren (unten III 3), deren Einrichtung jedoch zur Disposition des Kooperationsstatuts stellen. Falls das Statut die anderweitige Überwachung ausschließt, ist die Trägerversammlung zur Kontrolle der Kooperationsleistung berufen.

c) Vergleichbar dem Personengesellschaftsrecht könnte für die Trägerversammlung zwar erwogen werden, ihr die Entscheidung über außergewöhnliche Maßnahmen der Kooperation zuzuweisen – etwa über die Anschaffung besonders teurer Geräte oder die Einstellung besonders teuren Personals. Eine Kompetenzabgrenzung zwischen gewöhnlichen Maßnahmen, die in der Entscheidungszuständigkeit des Leitungsorgans liegen, und außergewöhnlichen Maßnahmen, über welche die Trägerversammlung entscheidet, würde die Kooperationseinheit enger an die Trägereinrichtungen rückkoppeln. Jedoch wäre eine solche Trennung wegen der Schwerfälligkeit des Entscheidungsverfahrens und wegen der rechtsunsicheren Grenzlinie zumindest dort nicht empfehlenswert, wo außergewöhnliche Leiterentscheidungen an die Zustimmung eines Überwachungsorgans rückgebunden werden können. Diskussionswürdig, aber zugleich – bedürftig ist ein gesetzliches Weisungsrecht der Trägerversammlung gegenüber dem Leitungsorgan der Kooperationseinheit – allerdings bloß in den Grenzen der Wissenschaftsfreiheit ihrer Forscher.

### 3. Überwachung und Begleitung

Wie schon oben III 2b ausgeführt, sollte der Gesetzgeber ein Überwachungsorgan vorgeben.<sup>35</sup> Einer statutsdispositiv regelmäßigen und ggf. kontinuierlichen Überwachung bedarf das Leitungsorgan gewiss hinsichtlich der zur Verfügung gestellten Mittel und ihrer Verwendung. Das entspricht der klassischen Überwachung durch einen Aufsichtsrat, daher empfiehlt sich für den Gesetzgeber, auch der wissenschaftlichen Kooperationsform einen Aufsichtsrat (statutsdispositiv) vorzugeben. In ihm wäre dann auch Platz für jene finanziellen Förderer des Forschungsverbundes, die nicht zugleich dessen Trägereinrichtungen sind. Diesen externen Förderern stünde es konsequent frei, ob sie sich selbst (in Absprache mit den Trägern) in den Aufsichtsrat einbringen oder ohne ihre Beteiligung auf die sachgerechte Arbeit des

Aufsichtsrats vertrauen wollen. Im einen wie im anderen Fall würde eine solche Verwendungskontrolle durch den Aufsichtsrat den externen Förderern eine zusätzliche Kontrolle außerhalb der Wissenschaftskooperation und ihrer Organisation ersparen. Insoweit sind gesetzgeberische Vorgaben nicht nötig.

Einer kritischen Begleitung bedarf der Forschungsverbund aber auch und vor allem hinsichtlich seiner Forschungsaktivitäten unter wissenschaftlichen Aspekten. Zwar ist es in Unternehmens-tragenden Aktiengesellschaften ebenfalls Aufgabe des Aufsichtsrats, den Vorstand in seiner Unternehmensleitung zu überwachen. Deshalb spricht manches dafür, ebenfalls in der wissenschaftlichen Kooperationsform die Begleitung derer Forschungsaktivitäten dem Aufsichtsrat zuzuweisen. Dagegen spricht jedoch: diese kritische Begleitung verlangt ganz andere Kenntnisse, Befähigungen und Erfahrungen als die Überwachung der Forschungsaktivitäten unter finanziell-wirtschaftlichen Aspekten. Gewiss – diese beiden Herausforderungen lassen sich durch eine entsprechend diverse Zusammensetzung des Aufsichtsrats bewältigen.<sup>36</sup> Aber sie könnte zu übergroßen Überwachungs-gremien führen und innerhalb dieser zu unstimmgigen Beratungs-Abläufen: Forschung und Forschungsergebnisse sind in anderer Weise zu erörtern als Zahlenwerke, anhand derer über die Verwendung von Mitteln Rechenschaft abgelegt wird.

Für den Gesetzgeber wird es sich daher empfehlen, neben dem Aufsichtsrat ein eigenständiges Gremium zu etablieren, einen wissenschaftlichen Beirat (scientific advisory board, SAB). Allerdings sollte es den Trägereinrichtungen freigestellt bleiben, die beiden unterschiedlichen Grundfunktionen der Überwachung, Begleitung und Beratung im *einen* Aufsichtsrat statutarisch zusammenzuführen.

### 4. Forscherversammlung

In der Governance-Struktur der wissenschaftlichen Kooperationsform sollten schließlich die im Forschungsverbund tätigen Forscher mit ihren Interessen organisatorisch institutionalisiert werden. Denn in die Forschungsaufgabe und ihre Erledigung sind nicht allein die wissenschaftlichen Leiter des Verbundes involviert. Als viertes (oder gar fünftes) Organ neben Leitung, Überwa-

35 So empfiehlt auch das DESCA-Consortium Agreement, abrufbar unter [http://www.desca-2020.eu/fileadmin/content/Desca\\_2020\\_1.2/DESCA2020\\_v1.2\\_March\\_2016\\_with\\_elucidations.pdf](http://www.desca-2020.eu/fileadmin/content/Desca_2020_1.2/DESCA2020_v1.2_March_2016_with_elucidations.pdf) [zuletzt abgerufen am 16.11.2016] in section 6 eine dreigliedrige Governance-Struktur mit einem auch mit Kontrollaufgaben

bedachten Organ neben der als „Trägerversammlung“ fungierenden General Assembly, vgl. section 6.3.2 ff. DESCA-Consortium Agreement.

36 Hier könnte an eine Regelung entsprechend § 100 Abs. 5 AktG für die Zusammensetzung des Überwachungsorgans gedacht werden.



chung und Trägerversammlung sollte den Kooperationsseinheiten deshalb und zudem aus verfassungsrechtlichen Gründen (Art. 5 Abs. 3 GG) eine eigenständige Forscherversammlung vorgegeben werden – wenigstens denen mit einer gesetzlich definierten Mindestzahl von Forschern.<sup>37</sup>

Noch weiterer Diskussion bedarf, worüber die Forscherversammlung von der Leitung der Kooperationsseinheit zu informieren ist und was diese (und ggf. die Trägerversammlung) mit den Forschern zu erörtern haben. Rechtspolitisch zu beraten sind überdies mögliche Mitentscheidungsrechte der Forscherversammlung neben den anderen Organen der Kooperationsform.

#### 5. Ablauforganisation

Die Kompetenzabgrenzung zwischen den Organen im Detail kann an dieser Stelle ebensowenig geleistet werden wie die normative Gestaltung der Informationsströme innerhalb der wissenschaftlichen Kooperationsform. Dies alles muss einer Folgediskussion vorbehalten bleiben. Dasselbe gilt für mögliche Vorgaben zu einer Wissenschafts-adäquaten Rechnungslegung, ihrer sachverständigen Überprüfung und ggf. ihrer Veröffentlichung.

### IV. Die eigene Rechtsfähigkeit der Kooperationsform

Da der Bundesgerichtshof die nach außen auftretende BGB-Gesellschaft mit Zustimmung des Schrifttums befähigt hat, selbst Trägerin von Rechten und Pflichten zu sein,<sup>38</sup> ihr mithin Rechtssubjektivität verliehen hat, sollte der Gesetzgeber ebenfalls der Rechtsform „wissenschaftliche Kooperation“ Rechtsfähigkeit beimessen. Dieser Status sollte nicht vom tatsächlichen Außenauftritt des Forschungsverbundes abhängen, sondern den Trägereinrichtungen zur freien Wahl überlassen bleiben,<sup>39</sup> also auch dem (ggf. momentan noch) nicht nach außen auftretenden Verbund. Eine

andere Frage ist die Registrierung der Kooperationsseinheit und ihre Wirksamkeit gegenüber Dritten; hierüber wird noch weiter zu reflektieren sein.

#### 1. Einige Konsequenzen

Als rechtsfähiges Subjekt ist die Kooperationsseinheit Inhaberin der ihr übertragenen Vermögensgegenstände, insbesondere der ihr zugewiesenen Finanzmittel einschließlich der Rücklagen. Um jedoch auch insoweit die Einheit, der ursprünglichen Konzeption des Personengesellschaftsrechts folgend, enger an ihre Trägereinheiten zurück zu koppeln, könnte erwogen werden, gesetzlich vorzugeben, dass Verfügungen und verfügungsgleiche Geschäfte über materielle und immaterielle Vermögensgegenstände und –güter (ab einer gewissen Wertschwelle) nur mit Zustimmung der Trägerversammlung getroffen werden dürfen. Eine solche Rückkoppelung hätte insbesondere für die in der gemeinsamen Forschung erarbeiteten Erkenntnisse und ihre wirtschaftliche Verwertung große Bedeutung – mag diese doch in der weiteren Anwendung u.U. zu Gewinnen in Höhe vieler Millionen führen.

Mit der eigenen Rechtspersönlichkeit der Kooperationsform ist zugleich ihre Befähigung verbunden, Dienst- und Arbeitsverhältnisse einzugehen, also als Arbeitgeber zu fungieren.<sup>40</sup> Noch weiter zu erörtern ist dagegen, ob ihr überdies „Dienstherrenfähigkeit“ schon *ex lege* zugesprochen oder ob dies dem Landesgesetzgeber/den Wissenschaftsministerien für den konkreten Einzelfall überlassen werden soll. Die Dienstherreneigenschaft würde die Kooperationsseinheit auf Augenhöhe mit den Trägereinrichtungen bringen und den beteiligten Institutionen Gestaltungsspielräume eröffnen, um namentlich die Leiterpositionen und ihre Besetzung (oben III 1a) Kooperations-adäquat zuzuordnen.

#### 2. Weitergehende Normierungen

Im Anschluss an die Rechtssubjektivität der Kooperationsform stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber für die

37 Vgl. zu den Anforderungen, die sich aus dem organisationsrechtlichen Gewährleistungsgehalt, an die Ausgestaltung der Governance-Struktur einer Forschungskoooperation ergeben können *Lappe*, Kooperationen wissenschaftlicher Einrichtungen, passim, S. 346 ff.

38 BGH, Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00 = BGHZ 146, 341 ff. = NJW 2001, 1056 ff.; BGH, Urt. v. 23.10.2001 – XI ZR 63/01 = BGHZ 149, 80, 84 = NJW 2002, 368, 369; BGH, Urt. v. 25.1.2008 – V ZR 63/07 = NJW 2008, 1378, 1379 jeweils m.w.N.; BVerfG, Beschl. v. 2.9.2002 – 1 BvR 1103/02 = NJW 2002, 3533, 3533; BVerwG, Urt. v. 22.9.2004 – 6 C 29/03 = BVerwGE 122, 29, 38 f. = NZG 2005, 265, 268; BAG, Urt. v. 1.12.2004 – 5 AZR 597/03 = BAGE 113, 50, 53 f. = NJW 2005, 1004, 1005; BFH, Urt. v. 18.5.2004 – IX R 83/00 = BFHE 206, 164, 166 = NJW 2002, 2773, 2774; Ser-

vatus, in: Henssler/Strohn Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2014, § 705 Rn. 67; *Sprau*, in: Palandt BGB, 76. Aufl. 2017, § 705 Rn. 24, f. 33; a.A. *Stürmer*, in: Jauernig BGB, 16. Aufl. 2015, § 705 Rn. 1 m.w.N.

39 So mit Einschränkungen auch für die BGB-Gesellschaft *de lege lata Lappe*, Kooperationen wissenschaftlicher Einrichtungen, passim, S. 232 ff.

40 Vgl. zur „Arbeitgeberfähigkeit“ aufgrund der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR BAG, Urt. v. 30. 10. 2008 – 8 AZR 397/07 = NZA 2009, 485, 487; So schon zur Rechtslage vor BGHZ 146, 341 *Schip-pel*, GRUR 1962, 191, 192, der seinerzeit schon die Außen-GbR für arbeitgeberfähig hielt sowie *Bartenbach*, Zwischenbetriebliche Forschungs- und Entwicklungskooperationen und das Recht der Arbeitnehmererfindung, 1985, S. 69.

Forschungsverbände über deren Organisationsrecht hinausgehend noch weitere Materien in die Regelung der Form mit einbeziehen sollte; über eine in sich abgeschlossene Gesamtregelung würde er allen Beteiligten den Umgang mit dem rechtlichen Fundament der Kooperation erleichtern (enabling law). Gegenstand einer so erweiterten Normierung könnte auf der einen Seite das Datenschutzrecht sein, soweit es die Informationsströme zwischen der Kooperationseinheit und ihren Trägern betrifft sowie die Ströme zwischen den Trägern zur Verfolgung des Kooperationsgegenstands und –ziels (oben I/II 2). Auf der anderen Seite könnte Gegenstand erweiterter Normierung das IP-Recht des Forschungsverbundes sein: die Wissenschafts-adäquate Ordnung des Rechtsverhältnisses zwischen der Kooperationseinheit und den beteiligten Forschern in Fortschreibung des § 42 Arbeitnehmererfindungsgesetz; sodann die personengesellschaftsrechtlich geprägte Gestaltung der Rechtsverhältnisse zwischen der Kooperationseinheit und ihren Trägern (s. oben IV 1); schließlich die Regelung der wirtschaftlichen Nutzung und Verwertung der gewonnenen Erkenntnisse, insbesondere über einen wirtschaftlich-industriellen Partner, wenn auch dieser als Träger an der Kooperationseinheit beteiligt ist – gerade dann ist den wissenschaftlichen Einrichtungen im Umgang mit den regelmäßig hochprofessionellen Partnern aus der Wirtschaft der Rücken zu stärken. Unter diesem Aspekt müsste sich eine normierte Gesamtregelung gewiss auch mit der wissenschaftlichen Publikation der im Forschungsverbund gewonnenen Erkenntnisse befassen.

Darüber hinaus gibt eine so konzipierte Gesamtnormierung der Wissenschaftskooperation als Rechtsform dem Gesetzgeber gewiss zugleich Anlass, sich mit den steuerrechtlichen Fragen im Forschungsverbund näher zu befassen – namentlich im Umsatzsteuer – und im Gemeinnützigkeitsrecht. Daneben stehen kartell- und beihilferechtliche Fragen an. Auch sie sollten aus Anlass der rechtspolitischen Arbeiten an einer wissenschaftlichen Kooperationsform durchdacht werden. Allerdings sind diese Materien so stark in die jeweiligen Rechtsgebiete eingeflochten und mit diesen verwoben, dass sie wohl besser in ihrem jeweiligen Kontext geregelt werden und nicht innerhalb des Organisationsgesetzes für wissenschaftliche Kooperationen.

## V. Haftung und Haftungsbeschränkung

Zugleich mit der Zuerkennung der Rechtsfähigkeit für die BGB-Außengesellschaft hat der Bundesgerichtshof die Haftung der BGB-Gesellschafter statuiert – die unbeschränkte und (gesellschaftsvertraglich) unbeschränkbare Haftung in entsprechender Anwendung der §§ 128 ff HGB.<sup>41</sup> Im Bereich der wissenschaftsrechtlichen Trägereinrichtungen des öffentlichen Rechts, zu denen vor allem die Universitäten und Universitätsklinikum zählen, reibt sich diese zwingende Gesellschafterhaftung mit der ausnahmslosen Vorgabe des Bundes und der Länder, dass sich öffentlichrechtliche Rechtssubjekte allein dann an einer Gesellschaft oder sonstigen Organisationsform beteiligen dürfen, wenn die Risiken aus dieser Form nicht unbegrenzt auf die öffentlichrechtlichen Träger durchschlagen können.<sup>42</sup> Für Forschungsverbände hat diese Strukturvorgabe zum Beispiel und vor allem bei medizinischer Verbundforschung Bedeutung: Falls eine Trägereinrichtung der theoretischen Grundlagenforschung zusammen mit einem Universitätsklinikum Patienten-bezogene Forschung betreibt, muss die Einrichtung der Grundlagenforschung befürchten, dass sie im Kooperationsfeld für Behandlungsfehler aus dem Bereich des Klinikums nach den zwingenden Grundsätzen der höchstrichterlichen Rechtsprechung praktisch unentrinnbar dem Patienten mit einstehen muss.<sup>43</sup> Die Regressmöglichkeit beim Klinikum hilft nicht entscheidend weiter.

Aber damit scheint das Ziel, der wissenschaftlichen Kooperationsform ein personengesellschaftsrechtliches Gepräge zu verleihen (oben II 2), letzten Endes an der unbeschränkten Haftung der wissenschaftlichen Trägereinrichtungen zu scheitern. Indes – den gestaltenden Gesetzgeber kann der Bundesgerichtshof nicht binden; jenem steht es vielmehr frei, sogar Personengesellschafter vor unbeschränkter Haftung zu bewahren, wie er dies bereits im Partnerschaftsgesellschaftsgesetz mit dem Angebot an die Angehörigen der Freien Berufe getan hat, in einer besonders gekennzeichneten „Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung“ für Verbindlichkeiten der Partnerschaft aus Schäden wegen fehlerhafter Berufsausübung deren Gläubigern unter bestimmten Voraussetzungen allein mit dem Gesellschaftsvermögen, also nicht als Partner persönlich, eintreten

41 Siehe nur BGH, Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00 = BGHZ 146, 341, 358 = DNotZ 2001, 234, 244; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 1790 ff., § 60 III. 2. m.w.N.

42 Vgl. § 65 Abs.1 Nr. 2 BHO sowie die vergleichbaren Normen der Landeshaushaltsordnungen, die nur eine Beteiligung der öffentlichen Hand bei absoluter Haftungsbegrenzung zulassen, von Lewisnki/Burbat, in: NK-BHO, 1. Aufl. 2013, § 65 Rn. 8;

Wernsmann, in: Gröpl BHO/LHO 2011, § 65 Rn. 6; Strobl, NVwZ 2004, 1195, 1196 f.; offener für eine Beteiligungsmöglichkeit bei absehbaren Haftungsrisiken für die GbR Forst/Traut, DÖV 2010, 210, 212 f.

43 Vgl. ausführlich zu den etwaigen Möglichkeiten einer Außenhaftungsbeschränkung für eine Kooperations-GbR Lappe, Kooperationen wissenschaftlicher Einrichtungen, passim, S. 385 ff.

zu müssen (§ 8 Abs. 4 PartGG). Dem Bundesgesetzgeber bleibt es unbenommen, eine ungefähr vergleichbare Regelung für die wissenschaftliche Kooperationsform zu normieren.<sup>44</sup>

Allerdings darf dabei nicht der Schutz des geschädigten Dritten auf der Strecke bleiben. Seiner Interessen hat sich das Partnerschaftsgesellschaftsgesetz durch die Berufspflichtversicherung im gesetzlich vorgegebenen Umfang als Voraussetzung der Haftungsbeschränkung (§ 8 Abs. 4 S. 1 PartGG) angenommen. Ein solcher Versicherungsschutz (über den bereits in § 40 Arzneimittelgesetz bestehenden hinaus verallgemeinert) könnte auch für Forschungsverbände in Betracht kommen; freilich bedarf das noch vertiefter Reflektion. Denn bei der Beteiligung mehrerer Trägereinrichtungen des öffentlichen Rechts an einer Kooperationseinheit genügt die zusätzliche Haftung bloß eines Trägers gegenüber dem dritten Geschädigten, so lange nur sichergestellt ist, dass für die Trägerhaftung eine insolvenzfähige Gebietskörperschaft einzustehen hat. Vermieden werden muss bloß, dass der geschädigte Dritte auf das begrenzte Leistungspotential der wissenschaftlichen Kooperationseinheit abschließend verwiesen werden kann. Für die persönliche Haftungsfreistellung der beteiligten Forscher gegenüber dem Dritten kann auf § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG zurückgegriffen werden, sofern der Handelnde haftungsrechtlich als Beamter zu qualifizieren ist.<sup>45</sup> Zudem kommt ein Schutz des Forschers über die Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs in Betracht.<sup>46</sup>

## VI. Zusammenfassung in Thesen

1. Um sich für den internationalen Wettbewerb auch organisatorisch optimal aufstellen zu können, braucht die deutsche Wissenschaft für ihre zwischen wissenschaftlichen Institutionen begründeten und zunehmend bedeutsameren Forschungsverbände eine eigenständige Rechtsform, die den spezifischen Anforderungen wissenschaftlicher Kooperationen gerecht wird.

2. Diese spezifischen Anforderungen vermögen im geltenden Recht weder die Organisationsformen des Pri-

vatrechts vollauf befriedigend zu erfüllen, noch die des öffentlichen Rechts. Daher ist der Bundesgesetzgeber aufgerufen, eine „wissenschaftliche Kooperation“ als Rechtsform zu schaffen – auch, um seinem Gestaltungsauftrag aus Art. 5 Abs. 3 GG nachzukommen.

3. Die „wissenschaftliche Kooperation“ sollte an ihre Trägereinrichtungen hinreichend intensiv rückgekoppelt bleiben und diese nicht durch ihre Aktivitäten mediatisierend verdecken können. Deshalb sollte die „wissenschaftliche Kooperation“ schon von Gesetzes wegen personengesellschaftsrechtlich geprägt sein.

4. Das gilt vor allem für die Governance-Struktur der Kooperation. Um das Prinzip der Selbstorganschaft adäquat fortzuschreiben, sollte der Gesetzgeber für die Leitung der Kooperation ihre Besetzung mit Forschern als Repräsentanten ihrer jeweiligen Trägereinrichtungen vorgeben. Ein administrativer Mit-Leiter sollte nach Entscheidung des Kooperationsstatuts zusätzlich eingesetzt werden.

5. Die Trägereinrichtungen bilden in ihrer Gesamtheit die Trägerversammlung als Basisorgan der Kooperation. In ihren Entscheidungsbereich fallen die Grundlagenentscheidungen für den Forschungsverbund. Außerdem könnte der Trägerversammlung ein Weisungsrecht gegenüber dem Leitungsorgan verliehen werden – allerdings nur in den Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, die den in der Kooperation wirkenden Forschern zusteht; dies bedarf weiterer Diskussion.

6. Der „wissenschaftlichen Kooperation“ sollten (statutsdispositiv) ein Überwachungsorgan für die Mittelverwendung vorgegeben werden und ein Wissenschaftlicher Beirat für die kritische wissenschaftliche Begleitung der Forschungsaktivitäten unter wissenschaftlichen Aspekten. Es sollte dem Kooperationsstatut unbenommen bleiben, Überwachung und kritische Begleitung in einem Organ zusammenzufassen.

7. Zwingend vorgeben sollte der Gesetzgeber eine Versammlung der im Verbund tätigen Forscher zur

44 Hierfür auch *Lappe*, Kooperationen wissenschaftlicher Einrichtungen, passim, S. 473 ff.

45 Klassische Hochschulforschung stellt dabei die Ausübung eines öffentlichen Amtes dar, gesundheitliche Behandlungen auch bei öffentlichen Trägern der behandelnden Institution hingegen nicht, vgl. *Papier*, in: Maunz/Dürig GG, 77. EL 2016, Art. 34 Rn. 140 sowie Rn. 145.

46 Vgl. zu diesen Grundsätzen zusammenfassend nur BAG, Urt. v. 15. 11. 2012 – 8 AZR 705/11 = NJOZ 2013 709, 710 f. m.w.N. Vgl. zum Standard der Sorgfalt für Forschung *Lappe*, Kooperationen wissenschaftlicher Einrichtungen, passim, S. 111 ff.

Wahrnehmung ihrer Interessen – zumindest für Kooperationen mit einer bestimmten Mindestzahl von Forschern.

8. Obligatorisch sollten die Grundzüge der Ablauforganisation in der „wissenschaftlichen Kooperation“ geregelt werden, insbesondere das Zusammenwirken ihrer Organe und die Informationsströme zwischen ihnen.

9. Der Gesetzgeber sollte der „wissenschaftlichen Kooperation“ wie der BGB-Gesellschaft uneingeschränkte Rechtsfähigkeit nach Wahl der Trägereinrichtungen verleihen. Damit verbunden ist ihre Arbeitgeberfunktion; ob ihr auch „Dienstherrenfähigkeit“ eröffnet werden sollte, könnte der jeweiligen Landesgesetzgebung überlassen bleiben.

10. Für ihre Verbindlichkeiten hat die „wissenschaftliche Kooperation“ einzustehen. Die wissenschaftlichen

Trägereinrichtungen sollten vor Mithaft nach dem Vorbild der „Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung“ bewahrt werden, wenn die Interessen geschädigter Dritter anderweit geschützt werden. Die dafür notwendigen Vorgaben des Gesetzgebers bedürfen noch weiterer Erörterung.

Rechtsanwalt Prof. Dr. Wolfram Eberbach, Ministerialdirigent a.D., war Abteilungsleiter für Hochschulen, Wissenschaft und Forschung im Thüringer Kultusministerium.

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff, em. Ordinarius für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und ihr Altrektor.

Referendar Johannes Lappe, wiss. Mitarbeiter am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg.



# Carsten Morgenroth

## Das Überdenkensverfahren<sup>1</sup> – Mauerblümchen mit Schattendasein oder Retter in der Not – aktuelle Fragen zum Überdenkensverfahren

### ÜBERSICHT

#### I. Einleitung

#### II. Hintergründe

1. Anwendbarkeit nur für berufsbezogene Prüfungen?
2. Gesetzgeber
3. Detailfragen

#### III. Rechtliche Hintergründe des Überdenkensverfahrens

1. Verfassungsrechtliche Hintergründe
  - a. Bedeutung der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG
  - b. Grundsatz der Chancengleichheit, Art. 3 Abs. 1 GG
  - c. Grundsatz effektiver Rechtskontrolle, Art. 19 Abs. 4 GG
  - d. Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG
  - e. Zusammenfassung
2. Verfahrenstechnische Hintergründe

#### IV. Ausgestaltung des Überdenkensverfahrens

1. Facetten des Überdenkensverfahrens
  - a. Persönliche Komponenten des Überdenkensverfahrens
  - b. Zeitliche Komponenten
  - c. Inhaltliche Komponenten
  - d. Besonderheiten im Verhältnis des Prüflings zum Prüfer
2. Fragen aus der Praxis zum Überdenkensverfahren

#### V. Das Verhältnis des Überdenkensverfahrens zum Widerspruchsverfahren

1. Allgemeines zum Verhältnis
2. Verfahrensstrukturelle Unterschiede
3. Abkehr vom Leitbild der Fremdkontrolle
4. Keine Zweckmäßigkeitkontrolle in Prüfungsentscheidungen
5. Inflexibilität des Widerspruchsverfahrens
6. Rechtliche Konsequenzen bei unzutreffender kommunikativer Verbindung

#### VI. Mögliche gesetzliche Regelungen zum Überdenkensverfahren

1. Landesrechtliche Regelung
2. Regelung im Hochschulinnenrecht

#### VII. Fazit und Darstellung der eigenen Ergebnisse

##### 1. Fazit

##### 2. Darstellung der eigenen Ergebnisse

#### Anlage 1 – Musterregelung zum Überdenkensverfahren in (Rahmen)Prüfungsordnung

Bereits im Jahre 1991 bereitete das BVerfG in einem Urteil,<sup>2</sup> das vielerseits als „Blitzstrahl aus Karlsruhe“<sup>3</sup> bezeichnet wird, den Weg für das Überdenkensverfahren. Die effektive Durchsetzung des Grundrechts eines Studierenden aus Art. 12 GG gebiete es bei berufsbezogenen Prüfungen, dem Studierenden zu ermöglichen, substantiierte Einwendungen nicht nur gegen formelle Verfahrensfragen, sondern gerade auch gegen prüfungsspezifische Bewertungen wirksam geltend machen zu können. In der Tat ergibt sich gerade in Bezug auf die Bewertung ein nicht unerhebliches Rechtsschutzdefizit für den Studierenden, denn prüfungsspezifische Bewertungen unterliegen einer nur eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung: die Situation der Prüfung und deren Bewertung ist auf Grund ihrer Einzigartigkeit gerichtlich nicht nachholbar, zudem wird dem Prüfer ein gewisser Beurteilungsspielraum eingeräumt, den das Gericht nicht ersetzen kann.<sup>4</sup> Seit nunmehr über 25 Jahren ist das Überdenkensverfahren damit ein höchstrichterlich nicht nur akzeptiertes, sondern etabliertes Begleitinstrument des Prüfungsrechts und allein deshalb höchst relevant und beachtenswert.

Dennoch scheint ein Blick in die herrschende Praxis anzudeuten, dass das Überdenkensverfahren in den deutschen Hochschulen ein Schattendasein fristet. Explizite Regelungen finden sich nur vereinzelt,<sup>5</sup> teilweise im Zusammenhang mit dem Widerspruchsverfahren.<sup>6</sup>

1 Teilweise synonym als Überdenkungsverfahren bezeichnet.  
2 BVerfG NJW 1991, 2005 ff. Kritisch besprochen wird das Urteil von Löwer, Festschrift Redeker, 1993, 515 ff. und Redeker, NVwZ 1992, 305 ff. Wegen der Bindungswirkung von Entscheidungen des BVerfG nach § 31 BVerfGG ist die Entscheidung für die Rechtspraxis jedoch maßgebend, weshalb die Kritik an dieser Stelle nicht näher ausgeführt werden soll.  
3 Als renommierte Vertreter seien hier beispielhaft die Autoren Dr. Norbert Niehues und Edgar Fischer genannt, welche dieses Bild im Vorwort der 5. Auflage ihres Werkes zum Prüfungsrecht (2010) verwendeten.

4 BVerfG NVwZ 1993, 681, Leitsatz Nr. 2.  
5 Vor allem in Prüfungen auf landesgesetzlicher Grundlage, etwa den Juristischen Staatsprüfungen, finden sich häufig Regelungen. Dagegen sind Regelungen hierzu in Hochschulprüfungsordnungen die Ausnahme, z.B. der Universität Flensburg oder der Hochschule Coburg.  
6 Dies betrifft z.B. die Evangelische Fachhochschule Bochum oder die Hochschule Wismar.

Insgesamt erweckt die Lektüre zugänglicher prüfungsrechtlicher Literatur und Gerichtsentscheidungen sowie der kollegiale Austausch<sup>7</sup> den Eindruck, das Überdenkensverfahren sei noch nicht flächendeckend, schon gar nicht verstärkt in der alltäglichen Hochschulpraxis angeht.

Dieser Beitrag unternimmt es, das Überdenkensverfahren etwas stärker ins Bewusstsein der deutschen Hochschulpraxis zu stellen. Dabei soll zunächst auf mögliche Gründe für dieses wenig entwickelte Bewusstsein eingegangen werden (II.). Danach werden die rechtlichen Hintergründe (III.) und Ausgestaltungen (IV.) des Überdenkensverfahrens aufgezeigt. Anschließend wird das Verhältnis des Überdenkensverfahrens zum Widerspruchsverfahren besprochen (V.). Es folgen Ausführungen dazu, wie das Überdenkensverfahren sinnvollen Eingang in gesetzliche Regelungen des Landeshochschulrechts oder des Hochschulinnenrechts finden könnte (VI.) Ein Fazit sowie die Zusammenstellung der Ergebnisse runden die Betrachtung ab (VII.).

## II. Hintergründe

Die möglichen Hintergründe eines in den Hochschulen noch nicht hinreichend entwickelten Bewusstseins für das Überdenkensverfahren könnten dreierlei sein. Zunächst besteht für den modularen Prüfungsbetrieb an Hochschulen ein gewisses Veröffentlichungsdefizit, insbesondere ist das Überdenkensverfahren nach der ausdrücklichen Darstellung durch *BVerfG*<sup>8</sup> und *BVerwG*<sup>9</sup> für sog. berufsbezogene Prüfungen, also Studienabschlussprüfungen, entwickelt worden (1.). Sodann ist der Gesetzgeber trotz gesetzgeberischen Auftrags seiner gesetzlichen Ausgestaltungspflicht nicht oder nur marginal nachgekommen (2.). Schließlich stellen sich für den Anwender in den Hochschulen diffizile rechtliche Fragen, denen keine/ geringe gesetzliche oder versprengte gerichtliche Klärung gegenübersteht (3.).

### 1. Anwendbarkeit nur für berufsbezogene Prüfungen?

Unter berufsbezogenen Prüfungen versteht die Rechtsprechung solche Prüfungen, die einen unmittelbaren

Einfluss auf den Zugang zum angestrebten Beruf ausüben.<sup>10</sup> Entsprechend finden sich in den einschlägigen Regelungen zu Staatsprüfungen oder Laufbahnprüfungen detaillierte Regelungen zum Überdenkensverfahren.<sup>11</sup> Die weit überwiegende Mehrheit der gerichtlichen Verfahren mit Bezug zum Überdenkensverfahren spielt ebenfalls im Bereich der berufsbezogenen Prüfungen.<sup>12</sup> Nur vereinzelt und in jüngster Vergangenheit finden sich einschlägige Entscheidungen der Gerichte.<sup>13</sup> Auch die Aufarbeitung des Themas in der prüfungsrechtlichen Literatur geschieht schwerpunktmäßig durch Aufarbeitung von Gerichtsentscheidungen zu berufsbezogenen Prüfungen<sup>14</sup> bzw. streift die Thematik des Überdenkensverfahrens nur am Rande.<sup>15</sup> Vor diesem Hintergrund ist es nur zu verständlich, dass HochschulmitarbeiterInnen im modularen Prüfungsbetrieb weder Relevanz noch erforderliche rechtliche Dimensionen des Überdenkensverfahrens für ihren Bereich hinreichend erkennen können.

Dass das Überdenkensverfahren über die höchstrichterliche Verankerung bei den berufsbezogenen Prüfungen hinaus jedoch gleichermaßen für die modulare Prüfungsstruktur gelten muss, zeigt sich nicht nur aus der insoweit selbstverständlichen gerichtlichen Darstellung.<sup>16</sup> Zwei weitere Argumente stützen diese These. Denn erstens hat das *BVerwG* bereits 1986, also vor Einführung des Überdenkensverfahrens, anerkannt, dass die rechtlichen Implikationen von Art. 12 Abs. 1 GG zugunsten der Studierenden nicht nur für den Fall einer einmaligen Studienabschlussprüfung (berufsbezogenen Prüfung), sondern auch für das System gestufter Leistungskontrollen gilt.<sup>17</sup> Das geltende modulare System ist auf die vom *BVerwG* gezeichnete Studienstruktur vollständig anwendbar, denn das modulare System baut auf einer gestuften Abfolge von Teilleistungskontrollen auf, wobei bestimmte Kontrollen aufeinander aufbauen und Voraussetzungen für den Zugang zur nächsten Leistungskontrolle sind. Schon daraus lässt sich das Erfordernis ableiten, die Dimensionen des Überdenkensverfahrens vollständig auf das modulare Prüfungssystem zu übertragen. Ein zweites Argument wirkt flankierend und unterstützend. In mindestens der weit überwiegenden Mehrheit aller Studiengänge ist geregelt, dass das end-

7 Der Autor hatte im Rahmen von Referententätigkeiten im Prüfungsrecht unter den jeweiligen TeilnehmerInnen Fragen zum Thema gestellt – die nachfolgenden Ausführungen spiegeln die wesentlichen Eindrücke und Ergebnisse dieser Befragungen wider.

8 S. oben, Fußn. 2.

9 S. oben, Fußn. 4.

10 *BVerfG*, o. Fußn. 2, S. 2006.

11 § 9 Abs. 6 JAPO Rheinland-Pfalz, s. dazu *VG Mainz NVwZ-RR* 2013, 645; zur Unterbringung des Überdenkensverfahrens im Widerspruchsverfahren in der *JAPO M-V VG Schwerin, Urt. v. 7.8.2012, Az. 3 A 492/07*.

12 Neben den bereits mehrfach zitierten höchstrichterlichen Entscheidungen und nachfolgender obergerichtlicher Behandlung, z.B. *OVG Bremen NJW* 2000, 2915, sei hier stellvertretend für andere Rechtsgebiete die Steuerberaterprüfung genannt, hierzu z.B. *FG Hamburg, Gerichtsbescheid v. 28.12.1995, Az. V 16/94*.

13 Exemplarisch *VG Berlin, Beschl. v. 21.6.2015, Az. 12 K 1265.13*.

14 *Zimmerling/ Brehm, NVwZ* 2009, 358 ff.

15 *Linke, NJW* 2007, 2825 ff.; *Birnbaum, NVwZ* 2006, 286 ff.

16 *VG Berlin, o. Fußn. 12*.

17 *BVerwG NVwZ* 1987, 978 (979).

gültige Nichtbestehen auch nur eines der vielen Module des Studiengangs die zwingende Exmatrikulation und damit den Studienabbruch nach sich zieht. Damit kommt einer Modulprüfung zwar ihrem originären Charakter nach nicht die Funktion einer berufsbezogenen Prüfung zu, denn eine Modulprüfung während des Studiums ermöglicht noch nicht für sich den Zugang zum Beruf, sondern „nur“ die Fortsetzung des Studiums. Im Falle des endgültigen Nichtbestehens verhindert aber auch jede einzelne Modulprüfung das angestrebte Berufsziel und wird damit einer berufsbezogenen Prüfung stark vergleichbar.<sup>18</sup>

Im Ergebnis verwundert die bisherige Zurückhaltung der juristischen Literatur, das hiesige Themenfeld aufzuarbeiten, bedeutet aber nicht, dass dieses Feld keine Relevanz für die tägliche Arbeit hätte.

## 2. Gesetzgeber

Eine weitere mögliche Erklärung für die bestehende Rechtsunsicherheit könnte sein, dass der Gesetzgeber seinem mehrfach beschriebenen<sup>19</sup> gesetzlichen Auftrag bislang nicht gerecht geworden ist. Erkennbar kein einziges Landeshochschulgesetz enthält eine explizite Aussage über das Überdenkungsverfahren. Auch das Widerspruchsverfahren in Prüfungsangelegenheiten wird sehr divers ausgestaltet.<sup>20</sup> Weil sich das Hochschulrecht als verwaltungsrechtliche Sondermaterie ansonsten eines nicht geringen Regelungsgrades erfreut,<sup>21</sup> verwundert nicht, dass die Verwaltungspraxis aus der Abwesenheit einer Regelung auch eine nicht oder gering ausgeprägte Relevanz ableitet.

## 3. Detailfragen

Aus der weitgehend fehlenden gesetzlichen Regelung und juristischen Rezeption lassen sich demnach verlässliche Informationen nur aus der Vielzahl der Gerichtsentscheidungen ziehen, welche angesichts der Arbeitsbelastung nicht durch alle MitarbeiterInnen vollständig gesichtet werden können. Daraus ergeben sich viele Unsicherheiten in Bezug auf Detailfragen zum Überdenkungsverfahren. Muss ich innerhalb eines Monats nach

Bekanntgabe der Prüfung, also regelmäßig während der Semesterpause, einen Klausureinsichtstermin anbieten? Hat der Studierende einen Anspruch auf individuelle Klärung der Fragen oder darf auch ein Globaltermin angesetzt werden? Hat der Studierende Anspruch auf Fotokopie bzw. ein Fotorecht auf Smartphones oder ähnlichen Geräten zum Zwecke der Vorbereitung seiner Substanziierung? Muss ich neben dem Widerspruchsverfahren ein eigenständiges Überdenkungsverfahren anbieten? Muss dieses Verfahren auch so heißen oder darf es einen anderen Namen haben? Wer hat beim Überdenkungsverfahren mitzuwirken: Prüfer, andere Prüfer, Studiendekan, Prüfungsausschuss etc.? Diese und viele weitere Fragen tauchen regelmäßig in der täglichen Verwaltungspraxis der Hochschulen auf und sind ein Spiegel der eben beschriebenen, möglicherweise noch weiterer Ursachen.

## III. Rechtliche Hintergründe des Überdenkungsverfahrens

An relevanten rechtlichen Hintergründen für das Überdenkungsverfahren lassen sich verfassungsrechtliche (1.) und verfahrensrechtliche (2.) Hintergründe unterscheiden.

### 1. Verfassungsrechtliche Hintergründe

Die verfassungsrechtlichen Hintergründe ergeben sich aus dem Zusammenspiel mehrerer Grundrechte, die ohnehin im Prüfungsrecht eine große Rolle spielen, nämlich Art. 12 Abs. 1 GG (a.) und Art. 3 Abs. 1 GG (b.). Zusätzlich wird hier die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG einbezogen (c.). Auf Grund faktischer Besonderheiten spielen schließlich auch Elemente des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 20 Abs. 3 GG eine Rolle (d.).

#### a. Bedeutung der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG

Das Grundrecht der Studierenden aus Art. 12 Abs. 1 GG auf freie Wahl und Ausübung einer beruflichen Tätigkeit bildet eine Begrenzung des Gestaltungsspielraums der Hochschulen; deren Regelungen müssen sich an Art. 12

18 Vollständige Vergleichbarkeit ist indes nicht gegeben, denn möglicherweise kann der Studierende sein Studium an anderer Stelle unter Anrechnung erbrachter Leistung noch fortsetzen.

19 BVerwG NVwZ 1993, 681, Leitsatz Nr. 4; Muckel, NVwZ 1992, 348; Fliegauß, Prüfungsrecht, 196, S. 22 ff.

20 Beispielsweise enthalten das ThürHG oder das BayHSchG keine Regelung über ein Widerspruchsverfahren in Hochschul- oder Prüfungsangelegenheiten. Eine indirekte Aussage trifft § 66 HambHG über die Einrichtung eines sog. Widerspruchsausschusses in Prüfungsangelegenheiten, wodurch der Widerspruch an sich legitimiert wird. § 34 Abs.1 Nr. 18 SächsHSFG beinhaltet dagegen das Widerspruchsverfahren als zwingende Regelung für

jede Prüfungsordnung. Das Land Berlin hat die Möglichkeit eines Widerspruchsverfahrens in Prüfungsangelegenheiten wiederum ausgeschlossen, s. § 26 Abs.2 AllgZustG.

21 So enthalten alle Landeshochschulgesetze differenziert ausgestaltete, stark detaillierte Kataloge von Mindestanforderungen an eine Prüfungsordnung, z.B. Art. 61 BayHSchG, § 49 ThürHG, während in der Rechtsprechung allgemein anerkannt ist, dass die Regelungsintensität im Prüfungsrecht wegen des einschlägigen Verfassungsrechts, aus dem sich alle relevanten Aspekte ableiten lassen, eher gering ausgeprägt sein muss, s. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 30.11.2011; Az. OVG 10 N 48/09.



Abs. 1 GG messen lassen. Dies gilt für viele Bereiche des Studienbetrieb und für Prüfungen, z.B. das für die Aufnahme bestimmter Berufe eine vorherige Ausbildung erforderlich sein kann<sup>22</sup> oder dass Prüfungen bestanden werden müssen<sup>23</sup> sowie welche inhaltlichen Maßstäbe an diese Prüfungen angelegt werden müssen.<sup>24</sup> Speziell für das Überdenkensverfahren spielt statt dessen ein anderer Aspekt eine Rolle, nämlich ein verfahrensrechtlicher. Soweit es für die effektive Durchsetzung des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG auch bestimmte Verfahrensbedingungen gibt, so sind diese ebenfalls einzuhalten.<sup>25</sup> Art und Intensität dieser Verfahrensbedingungen bestimmen sich dabei nach zwei Kriterien: nach der Intensität des Grundrechtseingriffs sowie nach der nachträglichen gerichtlichen Überprüfbarkeit.<sup>26</sup> Hier spielen beide Aspekte auf interessante Art und Weise ineinander, die im Ergebnis ein durchaus differenziertes Bild ergeben. Zunächst ist die gerichtliche Überprüfbarkeit nur vermindert gegeben, was die Verfahrensbedingungen aktiviert und intensiviert. Prüfungsentscheidungen sind aus zwei Gründen heraus nicht vollständig überprüfbar. Einmal ist eine Prüfung ein einmaliges, nicht rekonstruierbares Geflecht von kommunizierten Informationen und subjektiven Eindrücken. Die sich hieraus für das Verfahren ergebenden Anforderungen haben jedoch eher Bedeutung für das rechtsstaatliche Handeln der Hochschule insgesamt (s. unten, d.), Art. 12 Abs. 1 GG ist nicht direkt betroffen.<sup>27</sup> Außerdem steht speziell einem Prüfer jedoch ein inhaltlicher Beurteilungsspielraum bei der Findung und Anwendung seines Bewertungsmaßstabes zu, den er durch vergleichende Kontrolle der Prüfungsleistungen erreicht hat und der durch das Gesetz deshalb bereits faktisch nicht ersetzbar ist.<sup>28</sup> Dieser Umstand bildet die hauptsächliche Anforderung für eine Aktivierung von verfahrenstechnischen Mechanismen zugunsten der effektiven Grundrechtsdurchsetzung des Studierenden: das Überdenkensverfahren hat das gerichtliche Überprüfungsdefizit so zu kompensieren, dass dennoch eine hinreichend effektive Durchsetzung des Grundrechts möglich ist. Das *BVerfG* leitet hieraus wiederum zwei Konsequenzen ab: der Studierende muss rechtzeitig über

den Verfahrensstand informiert sein, und die Berücksichtigung des Vorbringens des Studierenden muss bei der Entscheidungsfindung des Prüfers gewährleistet sein.<sup>29</sup> Das *BVerwG* sieht darüber hinaus noch ein Gebot der zeitnahen Befassung mit dem Vorbringen des Studierenden im Verhältnis zur Prüfung als erforderlich an, das Überdenkensverfahren solle vor einem gerichtlichen Verfahren liegen.<sup>30</sup> Das Gebot der zeitnahen Befassung gilt vordergründig für mündliche Prüfungen, bei denen der Prüfer weitgehend aus dem Gedächtnis heraus agieren müsste. Aber auch die Bewertungen schriftlicher oder alternativer Prüfungsleistungen sind nicht immer so vollständig ausformuliert, dass sich der komplette Gedankengang allein aus der Lektüre der Korrekturhinweise vollständig erschließt. Hinsichtlich der Intensität des Grundrechtseingriffs, also dem zweiten großen Gradmesser zur Bestimmung der Verfahrensbedingungen für das Überdenken, ergibt sich ein differenziertes Bild mit drei Abstufungen. Prüfungsleistungen, welche Gefahr laufen, zu einem endgültigen Nichtbestehen zu führen, bedeuten im Ergebnis einen sehr intensiven Eingriff in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG des Studierenden – die Verfahrensbedingungen an ein Überdenken sind für diese Fälle am höchsten. Die zweite Gruppe bilden Prüfungsleistungen, welche zwar ebenfalls mit nicht bestanden bewertet wurden, jedoch noch Wiederholungsmöglichkeiten bestehen. Hier ist der Grundrechtseingriff ebenfalls intensiv. Schließlich besteht mit den bestandenen Prüfungsleistungen die Mehrheit der zu betrachtenden Bewertungen. Weil diese Prüfungsleistungen in aller Regel<sup>31</sup> den Zugang zum gewünschten Beruf ermöglichen oder zur Weiterführung des Studiums berechtigen, ist die Intensität des Grundrechtseingriffs hierbei am geringsten.

b. Grundsatz der Chancengleichheit in Art. 3 Abs. 1 GG

Das zweite essenzielle Grundrecht im Prüfungsrecht ist dasjenige aus Art. 3 Abs. 1 GG. Aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitet,<sup>32</sup> hat das Grundrecht primäre Bedeutung für das Leistungsermittlungsverfahren, indem es gleiche Startchancen für alle Prüflinge vermitteln soll,<sup>33</sup> was sich

22 BVerfGE 37, 342 (352).

23 BVerfG NVwZ 1989, 645 ff.

24 BVerfG NVwZ 1989, 850 ff.

25 BVerfG, o. Fußn. 2, S. 2005.

26 BVerfG, o. Fußn. 2, S. 2006.

27 *Bryde*, DÖV 1091, 193 ff.

28 Allgemein zu den rechtlichen Wurzeln des Beurteilungsspielraums *Ule*, Gedächtnisschrift f. Jellinek, 1955, 309 ff.; *Bachof*, JZ 1955, 97 ff.

29 BVerfG, o. Fußn. 2, S. 2006.

30 BVerwG NVwZ 1993, 681.

31 Es sind in seltenen Fällen Konstellationen denkbar, dass eine Prüfungsleistung in einem Bachelorstudiengang zwar bestanden wurde, die Note aber den Gesamtdurchschnitt des Bachelorstudienganges insgesamt unter die erforderliche Mindestqualität bringt, um einen angestrebten Masterstudiengang auch erreichen zu können.

32 *Osterloh*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl., 2011, Art. 3, Rn. 58.

33 *Niehues/ Fischer/ Jeremias*, Prüfungsrecht, 6. Aufl., 2015, Rn. 402.

jedoch gut auch auf den gesamten Prozess der Leistungserbringung ausdehnen lässt.<sup>34</sup> Für den hiesigen Kontext erlangt das Gebot der Chancengleichheit allerdings Bedeutung für das Leistungsbewertungsverfahren. Denn es ist nach Auffassung des *BVerfG* eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung, wenn ein Prüfling infolge gerichtlicher Überprüfung seiner Bewertung den eingeschränkten Prüfungsmaßstab des Gerichts<sup>35</sup> erlebt, während alle anderen Prüflinge dem allgemeinen Bewertungsmaßstab des Prüfers unterliegen.<sup>36</sup> Das Defizit gerichtlicher Überprüfungsmöglichkeit von Prüfungsergebnissen erhält damit neben den faktischen Gegebenheiten eine rechtliche Komponente aus Art. 3 Abs. 1 GG.

#### c. Grundrecht effektiver Rechtskontrolle,

Art. 19 Abs. 4 GG

Diese Ergebnisse werden im Wesentlichen ohne weitere Erkenntnis durch das Verfahrensgrundrecht des Art. 19 Abs. 4 GG flankiert. Art. 19 Abs. 4 GG vermittelt dem Studierenden ein Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz gegen Akte staatlicher Gewalt, wie es Prüfungsentscheidungen sind.<sup>37</sup> Dies bedeutet die Vermittlung mindestens einer gerichtlichen Instanz gegen alle staatlichen Entscheidungen<sup>38</sup> sowie vollständige inhaltliche und rechtliche Überprüfung ohne Bindung an behördliche Auslegungen.<sup>39</sup> Das Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG vermittelt diese Grundsätze aber nicht, sondern setzt sie voraus.<sup>40</sup> Der prozessuale Schutz geht damit nicht über den Maßstab hinaus, welchen die materiellen Grundrechte, hier diejenigen aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG vermitteln. Faktisch und rechtlich vermittelte Verkürzungen der gerichtlichen Kontrolle vermag deshalb auch das Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG nicht zu kompensieren. Immerhin hat das *BVerfG* anerkannt, dass die Intensität der gerichtlichen Kontrolle der Verwirklichung des materiellen Rechts wirkungsvoll dienen muss.<sup>41</sup> Das *BVerfG* sieht in diesem Kontext die Möglichkeit für die Verwaltungsgerichte, auf niedrigem Abstraktionsniveau generelle Bewertungsmaßstäbe zu etablieren, zumindest für die Bewertung juristischer Fragestellungen, um den Bereich gerichtlicher Kontrolle zugunsten des Studierenden ein bisschen

verbessern zu können.<sup>42</sup> Derartige Maßstäbe sind jedoch bislang erkennbar nicht eingerichtet worden.

#### d. Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG

Aus dem in Art. 20 Abs. 3 GG niedergelegten Rechtsstaatsprinzip schließlich folgt das Gebot bestmöglicher Sicherstellung von Objektivität und Neutralität des Prüfungsverfahrens.<sup>43</sup> Ähnlich der rechtlichen Flankierung des faktischen Beurteilungsspielraums des Prüfers durch Aspekte aus Art. 3 Abs. 1 GG ist aus dem Rechtsstaatsprinzip eine rechtliche Unterlegung abzuleiten, welche es unternimmt, der anderen faktischen Besonderheit bei Prüfungen entgegenzuwirken, nämlich, dass eine Prüfung eine von subjektiven Eindrücken des Prüfers, von seiner individuellen fachlichen Ausrichtung sowie von im Einzelfall nicht nachstellbaren Prozessen kommunikativer Interaktion geprägt ist. Hier gebietet es nicht nur der gesunde Menschenverstand, sondern auch das Recht, nämlich Art. 20 Abs. 3 GG, diesen Unwägbarkeiten bestmöglich entgegenzutreten, beispielsweise durch transparente und sachgerechte Verfahren der Prüferbestellung.<sup>44</sup>

Ein weiterer wesentlicher Aspekt zur Begründung des Überdenkungsverfahrens ist, dass wesentliche informatorische bzw. partizipative Elemente<sup>45</sup> in Prüfungsangelegenheiten ausgeschlossen oder stark eingeschränkt sind. Denn § 2 Abs. 3 Nr. 2 *VwVfG* bestimmt, dass das Gebot der Anhörung des Betroffenen der Entscheidung (des Prüflings) vor Mitteilung der Entscheidung, § 28 *VwVfG*, sowie das Gebot, die Entscheidung zu begründen, § 39 *VwVfG*, nicht gelten. Vor diesem Hintergrund vermittelt sich die Notwendigkeit einer kompensatorischen Kraft zugunsten des Prüflings neben der faktischen Unmöglichkeit gerichtlicher Prüfungsbewertung, sondern daneben auch aus dem daraus rechtlich abgeleiteten Defizit an informatorischer Beteiligung des Adressaten.

#### e. Zusammenfassung

Im Ergebnis hat das Verfassungsrecht dem Überdenkungsverfahren folgende Prägungen verliehen:

- Auch das Prüfungsverfahren hat sich an Art. 12 Abs. 1 GG messen zu lassen. Dies kann im Ergebnis die Intensivierung bestehender bzw. sogar die Einrichtung neuer

34 Denkbar sind hier z.B. die Vermeidung von Baulärm während einer Klausur oder die Sicherstellung weitgehend gleicher Redezeit während einer mündlichen Gruppenprüfung.

35 Bei nichtjuristischen Inhalten ggf. unter Zuhilfenahme von Sachverständigen.

36 *BVerfG*, o. Fußn. 2, S. 2007.

37 Soweit private Hochschulen im Rahmen ihres einschlägigen Landesrechts oder ihrer staatlichen Anerkennung für Prüfungen den Rang eines Beliehenen erhalten haben, nehmen auch private Hochschulen mit ihren Prüfungen Akte staatlicher Gewalt vor.

38 *BVerfGE* 4, 74 (94 f.).

39 *BVerfGE* 15, 275 (282).

40 *BVerfGE* 78, 214 (226).

41 *BVerfGE* 60, 253 (269).

42 *BVerfG*, o. Fußn. 2, S. 2007.

43 *BVerfG*, o. Fußn. 2, S. 2006.

44 *BVerfG*, o. Fußn. 2, S. 2006 m.w.N.

45 Einen anschaulichen Überblick über dem „Überdenken“ verwandte Einrichtungen des Verwaltungsrechts bietet *Niehues*, Festschrift für Mahrenholz, 1994, 593 ff.

Verfahren bedeuten. Entscheidend hierfür ist, wie intensiv der Grundrechtseingriff ist und wie gut die gerichtliche Kontrolle eingerichtet ist.

- Die gerichtliche Kontrolle ist aus zwei Gründen stark eingeschränkt: der faktische Beurteilungsspielraum des Prüfers, rechtlich flankiert durch chancengleiche Anwendung einheitlicher Bewertungsmaßstäbe (Art. 3 Abs. 1 GG), sowie die Subjektivität und Einzigartigkeit der Prüfungssituation, bestmöglich kompensiert durch Objektivierungstendenzen aus dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG. Das Überdenkensverfahren vermittelt sich damit in erster Linie aus der Anwendung von Art. 12 GG und schließt faktisch und rechtlich basierte Rechtsschutzlücken vor Gericht durch Zuwendung hin zum originären Prüfer.

- Die Intensität des Grundrechtseingriffs in Art. 12 GG ist dagegen differenziert, je nachdem, ob die betroffene Prüfungsleistung in der Gefahr des endgültigen Nichtbestehens, des Nichtbestehens mit Wiederholungsmöglichkeit oder im Bereich des Bestehens liegt.

- Das Verfahrensgrundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG liefert derzeit keine weiteren verfassungsrechtlichen Implikationen. Aus der dienenden Funktion des Verfahrensrechts ließen sich allerdings Verbesserungen des gerichtlichen Rechtsschutzes, etwa durch abstrakte Bewertungsmaßstäbe der Gerichte, einrichten, welche aber bislang noch nicht erfolgt sind.

- Das Überdenkensverfahren findet schließlich seinen Ursprung auch in rechtsstaatlichen Erwägungen als Kompensation der fehlenden Anhörung vor bzw. Begründung der Prüfungsentscheidung.

## 2. Verfahrenstechnische Hintergründe

Neben den bereits erwähnten faktischen Besonderheiten bei Prüfungen ergeben sich insbesondere aus der herausgearbeiteten Diversität der Grundrechtseingriffe interessante Folgerungen in Bezug auf das Zusammenspiel der Rechtsbehelfs- bzw. -schutzverfahren, vor allem zum Verhältnis des Überdenkensverfahrens zum Widerspruchsverfahren.

Das BVerwG hat bereits 1993 betont, dass das Überdenken des Prüfers nicht in einem gesonderten Kontrollverfahren geschehen muss, sondern insbesondere auch in ein Widerspruchsverfahren eingebettet werden kann, soweit dieses statthaft ist.<sup>46</sup> Bekanntlich ist ein Widerspruchsverfahren jedoch in aller Regel<sup>47</sup> nur gegen behördliche Entscheidungen statthaft, welche die Quali-

tät eines Verwaltungsakts aufweisen.<sup>48</sup> Ob und ggf. inwieweit Prüfungsergebnisse Verwaltungsakte sind, lässt sich oft nur mit Bezug zum Einzelfall feststellen.<sup>49</sup> Das BVerwG billigt dem Satzungsgeber der Prüfungsordnung hierbei einen großen Spielraum zu mit der Folge, dass auch Entscheidungen der Hochschule, welche unter regulärer Bestimmung der Verwaltungsaktsqualität nach § 35 LVwVfG keine Verwaltungsakte wären, durch die Prüfungsordnung zu Verwaltungsakten erklärt werden können.<sup>50</sup> In aller Regel jedoch sind Mitteilungen über nicht bestandene Prüfungsleistungen Verwaltungsakte: die Frage, ob das Prüfungsrechtsverhältnis beendet ist oder in ein wiederholtes Prüfungsverfahren zu überführen ist, ist eine hinreichende Einwirkung auf die Rechtsposition des Prüflings im Sinne einer Regelung.<sup>51</sup>

Für die oben herausgearbeiteten drei Gruppen verschieden intensiver Grundrechtseingriffe bedeutet dies: Die beiden Gruppen der nicht bestandenen Prüfungsleistungen werden mit Verwaltungsakten entschieden, gegen die ein Widerspruchsverfahren statthaft wäre. Die Hochschulen könnten hierbei aus Gründen der Verfahrenseffizienz überlegen, ob sie das Überdenkensverfahren in das Widerspruchsverfahren einbetten. Zusätzlich werden Entscheidungen aus Gruppe 1 mit einiger Wahrscheinlichkeit unter anwaltlicher Beteiligung angefochten. Hierbei bietet sich deshalb eine – inhaltlich und formell! – besonders sorgfältige Handlungsweise an, sowohl für das Widerspruchsverfahren als auch für das Überdenkensverfahren. Für bestandene Prüfungsergebnisse (Gruppe 3) ist dagegen zu unterscheiden, ob diese nach der Prüfungsordnung Verwaltungsaktsqualität erhalten haben oder nicht. Im ersteren Falle sind sie mit Entscheidungen der Gruppen 1 und 2 gleich zu setzen. Im letzteren Falle jedoch, und das wird aller Voraussicht nach für die Mehrheit aller Prüfungsentscheidungen zutreffen, kann das Überdenkensverfahren nicht in ein Widerspruchsverfahren eingebettet werden. Speziell hierfür muss die Hochschule also eigenständige Verfahren etablieren, die sich nicht auf das formelle Korsett des Widerspruchsverfahren stützen, sich wohl aber daran orientieren können.

## IV. Ausgestaltung des Überdenkensverfahrens

Nach Aufbereitung der Hintergründe können nun die einzelnen Facetten des Überdenkensverfahrens aufgezeigt und behandelt werden (1.), bevor sich mit den zehn

46 BVerwG NVwZ 1993, 681, Leitsatz Nr. 2.

47 § 126 Abs.3 BRRG, im Hinblick auf die Widerspruchsmöglichkeit gegen dienstliche Beurteilungen exemplarisch BVerwG NVwZ-RR 2002, 201.

48 §§ 68 Abs.1, 42 Abs.1 VwGO.

49 Morgenroth, NVwZ 2014, 31 ff.

50 BVerwG NJW 2012, 2901; Morgenroth, DÖV 2016, 30 (31).

51 VG Gera, Urt. v. 10.4.2013, Az. 2 K 1766/11 Ge, S. 7; Niehues/Fischer/ Jeremias, o. Fußn. 33, Rn. 815 m.w.N.

wichtigsten Fragen aus der Praxis beschäftigt werden soll, welche sich nach der Darstellung unter 1. noch stellen (2.).

### 1. Facetten des Überdenkungsverfahrens

Das Überdenkungsverfahren hat persönliche (a.), zeitliche (b.) und inhaltliche (c.) Komponenten. Speziell im Verhältnis des Prüflings zum Prüfer gelten weitere Aspekte (d.).

#### a. Persönliche Komponenten des Überdenkungsverfahrens

Kernelement eines Überdenkungsverfahrens ist, dass im Grundsatz nur derjenige Prüfer auch überdenken kann, der die ursprüngliche Bewertung vorgenommen hat.<sup>52</sup> Hintergrund ist wiederum das Gebot der Chancengleichheit:<sup>53</sup> ein neuer Prüfer würde ebenso wie ein Gericht einen anderen Bewertungsmaßstab einbringen als der ursprüngliche Prüfer, was wiederum zu einer Ungleichbehandlung des Prüflings (zu dessen Vorteil oder Nachteil) führen würde. Nur ausnahmsweise dürfen deshalb andere Personen als Prüfer herangezogen werden, etwa bei Befangenheit des Prüfers, weil dieser eine Neubewertung verweigert<sup>54</sup> oder bei faktischer Hinderung des Prüfers, z.B. durch dessen Tod.<sup>55</sup> Hierbei ist – soweit möglich – ein Prüfer, der die gleiche Klausur für eine andere Gruppe von Prüflingen bewertet hat, einem bisher nicht beteiligten Prüfer vorzuziehen.<sup>56</sup> Der Fall, dass ein Prüfer zum Überdenken gebeten wird, der jahrelang nicht mehr als Prüfer gearbeitet hat und sich deshalb seiner Bewertungsmaßstäbe nicht mehr sicher ist,<sup>57</sup> wird wohl angesichts der bestehenden zeitlichen Korridore<sup>58</sup> eine Ausnahme bleiben. Für bundesrechtlich geregelte Prüfungen<sup>59</sup> ist entschieden worden, dass der Eintritt in den Ruhestand und damit der Statuswechsel vom Beamten zum Beamten im Ruhestand kein rechtlicher Hinderungsgrund für eine Prüfertätigkeit im Überdenkungsverfahren sein soll.<sup>60</sup> Ob dies für landesrechtlich geregelte Staats- bzw. Modulprüfungen ebenso gelten kann, ist zweifelhaft. Zumindest für Hochschullehrer ist eine Aufrechterhaltung von Dienstpflichten

nach Eintritt in deren Ruhestand nicht oder nur in Ausnahmefällen<sup>61</sup> vorgesehen.

Die Pflicht, grundsätzlich den ursprünglichen Prüfer heranzuziehen, trägt noch zwei weitere Konsequenzen. Zunächst dürfen andere Personen nicht bewertungswirksam eingebunden werden.<sup>62</sup> Relevant könnte dies für Hochschulen etwa werden, wenn in Überdenkungsverfahren automatisch der Modulverantwortliche (obwohl abweichend vom Prüfer), der Studiendekan, der Prüfungsausschussvorsitzende oder ähnliche Personen beteiligt werden. Darüber hinaus sind bei mehreren Prüfern grundsätzlich auch alle Ausgangsprüfer in das Überdenkungsverfahren einzubeziehen,<sup>63</sup> insbesondere natürlich Erst- und Zweitprüfer. Ausnahmen bestehen nur dann, wenn die Prüfer die Ausgangsbewertung des anderen Prüfers nicht kannten<sup>64</sup> oder wenn der Prüfling nur die Bewertung eines von mehreren Prüfern beanstandet.<sup>65</sup>

#### b. Zeitliche Komponenten

Das Gebot eines „zeitnahen“ Überdenkens<sup>66</sup> indiziert bereits, dass das Überdenken umso effektiver sein kann und wird, je frischer das Gedächtnis der Prüfungsbeteiligten noch ist. Eine Bitte eines Prüflings auf Überdenken unmittelbar nach Abschluss einer mündlichen Prüfung etwa ist vor diesem Hintergrund nicht nur denkbar,<sup>67</sup> sondern aus Sicht des Prüflings vorzugswürdig. Darauf hat sich die Hochschule strukturell einzustellen. Es dürfte vor dem Hintergrund der Sicherstellung eines effektiven Prüfungsbetriebs erlaubt sein, derartige sofortige Überdenkengesuche eines Studierenden im Hinblick auf die geplante Prüfungskampagne an das Ende aller Prüfungen zu stellen, soweit nicht am Ende des Prüfungstages noch Zeit verbleibt. Ob für mündliche Prüfungen, die zum Kernbereich des Studiums zählen und erfahrungsgemäß mit einer nicht unerheblichen Nichtbestehensquote absolviert werden, vor dem Hintergrund der erforderlichen Zeitnähe eine Zeitplanung erforderlich ist, welche für jeden Tag eine angemessene Zeit zum Überdenken belässt, etwa vor der Mittagspause und am Ende des Prüfungstages, kann nur für den

52 Zimmerling/ Brehm, Der Prüfungsprozess, 2004, Rn. 19 m.w.N.

53 Niehues/ Fischer/ Jeremias, o. Fußn. 33, Rn. 792.

54 BVerwG NVwZ 1993, 686; Niehues/ Fischer/ Jeremias, o. Fußn. 33, Rn. 792.

55 Zimmerling/ Brehm, o. Fußn. 52, Rn. 28.

56 Brehm, NJW 2003, 2808 (2810).

57 BVerwG NVwZ 2000, 915.

58 S. dazu sogleich, b.

59 Beispielsweise die Steuerberaterprüfung nach dem StBerG und der DVStB.

60 BFH NJW-RR 2003, 421.

61 Beispielsweise sieht § 90 Abs.9 ThürHG vor, dass ein Professor im

Ruhestand als sog. Seniorprofessor für eine gewisse Zeit Rechte und Pflichten aus seinem Dienstverhältnis nach Maßgabe einer Beauftragung durch die Hochschule weiterführen kann. Selbst hierbei würde die Berechtigung einer Prüfertätigkeit jedoch von der Erfassung dessen in der Beauftragung abhängen.

62 VG Berlin, Urt. v. 22.5.2009, Az. 33 A 35.06.

63 VG Aachen, Urt. v. 4.9.2014, Az. 1 K 2070/12 mw.N.

64 OVG Münster NWVBl. 1997, 377.

65 OVG Bremen NVwZ 2000, 944.

66 S. oben, Fn. 30.

67 Niehues, o. Fußn. 45, S. 601.

Einzelfall beurteilt werden – die höhere Eingriffsintensität einer nicht bestandenen Prüfungsleistung indiziert jedenfalls eine sorgfältigere Planung seitens der Hochschule. Bedenklich dürfte es in derartigen Fällen sein, eine Struktur zuzulassen, nach der die Prüfer für eine geraume Zeit nach der Prüfung, etwa die gesamte Semesterpause, nicht zur Verfügung stehen müssen, weil das Gebot der Zeitnähe auf diese Weise sicherlich nicht mehr gewährleistet werden könnte.

In zeitlicher Hinsicht spannend ist noch das Verhältnis des Überdenkensverfahrens zum Widerspruchs- bzw. Klageverfahren. Ist ein Widerspruchsverfahren vorgesehen und statthaft, so wird in Anlehnung an das *BVerwG*<sup>68</sup> überwiegend vertreten, dass das Überdenkensverfahren in das Widerspruchsverfahren integriert werden kann.<sup>69</sup> In dieser Abhandlung wird dagegen dargestellt, dass sich das Widerspruchsverfahren nicht oder nur bedingt zur Integrierung des Überdenkensverfahrens eignet<sup>70</sup> mit der Folge, dass im Falle einer Untauglichkeit des Widerspruchsverfahrens die Möglichkeit des Überdenkens nicht mit Ablauf der Widerspruchsfrist endet, sondern sich auch weiterhin an der Faustregel „je zeitnaher, desto effektiver“ orientiert. Ist das Überdenken vor Erhebung einer Klage noch nicht erfolgt, so hat das Gericht das Verfahren nach § 94 VwGO auszusetzen und das Überdenken der Hochschule abzuwarten.<sup>71</sup>

### c. Inhaltliche Komponenten

In inhaltlicher Hinsicht ist zunächst zu beachten, dass das Überdenkensverfahren nur diejenigen Aspekte umfassen kann, die sich gerade aus dem verkürzten Rechtsschutz infolge des Beurteilungsspielraums des Prüfers ergeben. Das *BVerfG* hatte hierzu im „Blitzstrahl-Beschluss“ 1991<sup>72</sup> zunächst aus den einschlägigen Grundrechten abgeleitet, dass die Frage der Richtigkeit oder Vertretbarkeit einer Antwort nicht (mehr) dem Bewertungsspielraum des Prüfers zugehören soll, sondern in den Bereich der vollständigen gerichtlichen Überprüfbarkeit überführt wird. Macht ein Prüfling also – auch neben Bewertungsfragen – geltend, der Prüfer habe eine als vertretbar geltende Lösung als falsch bewertet, so ist zur Behandlung dieses Einwandes das Überdenkensverfahren nicht zulässig, dies ist im Wege des (gleichzeitigen?) Widerspruchs bzw. der Klage geltend zu machen.<sup>73</sup> Auch andere Rügen, etwa diejenigen wegen

Befangenheit oder äußerer Störungen,<sup>74</sup> sind keine im Überdenkensverfahren zu behandelnden Fragen.

Eine weitere inhaltliche Frage ist, ob der Prüfer im Rahmen des Überdenkens seine Bewertung auch zu Ungunsten des Prüflings abändern darf, sog. *reformatio in peius*. Hierbei folgt zunächst aus der grundsätzlichen Personenidentität von Ausgangs- und Überdenkensprüfer, dass der Prüfer den gleichen Bewertungsmaßstab beim Überdenken anzulegen hat.<sup>75</sup> Weil der Studierende im Rahmen seiner Einwendung wohl ausschließlich Argumente hervorbringen wird, welche eine Verbesserung der Bewertung herbeiführen sollen und der Prüfer diesen Ausführungen entweder folgen oder diese verwerfen kann, wird in aller Regel keine Verschlechterung der Bewertung möglich sein. In seltenen Ausnahmefällen ist jedoch eine Verböserung denkbar. So kann sich im Rahmen des Überdenkens ergeben, dass der Prüfer in der Ausgangsbewertung einen Kalkulationsfehler zugunsten des Prüflings vorgenommen hatte, welcher nun korrigiert wird. Denkbar ist aber auch, dass im Rahmen des Überdenkens entdeckt wird, dass der Prüfling eine Täuschung begangen hat.<sup>76</sup> Hierbei wird zu differenzieren sein. Wird die Täuschung durch nochmalige Prüfung der konkret vom Studierenden beanstandeten Passagen entdeckt, so wird dies eher zulässig sein als wenn andere Passagen nochmals betrachtet werden, welche der Studierende gar nicht überdacht haben wollte. Außerdem ist diese Frage keine Kompensation des Bewertungsspielraums des Prüfers, sondern ein sonstiger Rechtsfehler, der im Widerspruchs- bzw. Klageverfahren zu behandeln ist. Legt der Prüfling neben seinem Überdenkensgesuch aber keine formellen Rechtsbehelfe ein, so sollte die Hochschule durch ihre Bindung an Recht und Gesetz, Art. 20 Abs. 3 GG, diese Grenzen auch beachten müssen und die Bewertungsentscheidung insoweit nicht als Täuschung werten dürfen.

### d. Besonderheiten im Verhältnis des Prüflings zum Prüfer

Neben den eben beschriebenen allgemeinen Dimensionen des Überdenkensverfahrens gibt es spezielle für das Verhältnis des Prüflings zum Prüfer einige Besonderheiten zu beachten.

So besteht ein Anspruch auf Überdenken nur dann, wenn der Prüfling dem Prüfer hinreichend konkrete Passagen der Bewertung benennt.<sup>77</sup> Ein genereller An-

68 BVerwG NVwZ 1993, 681.

69 Zimmerling/ Brehm, o. Fußn. 52, Rn. 19 m.w.N.

70 S. sogleich, V.

71 Niehues/ Fischer/ Jeremias, o. Fußn. 33, Rn. 800.

72 BVerfG, o. Fußn. 2.

73 Niehues/ Fischer/ Jeremias, o. Fußn. 33, Rn. 790.

74 Soweit nicht verwirkt, weil unverzüglich einzulegen.

75 BVerwG, o. Fußn. 54.

76 Kingreen, DÖV 2003, 1 (2).

77 Zimmerling/ Brehm, o. Fußn. 52, Rn. 33.

spruch auf ein Überdenken insgesamt besteht nicht. Der Prüfer muss wissen, welche Teile der Bewertung überdacht werden sollen – auf diese Teile hat sich sein Überdenken zu beschränken.<sup>78</sup>

Des Weiteren hat der Prüfling seine konkreten Beanstandungen hinreichend zu substantizieren.<sup>79</sup> Form und Umfang dieser Substanziierungspflicht hängen vom Einzelfall ab. Hierbei ist zwischen zunächst schriftlich fixierten Bewertungen und mündlichen Prüfungen zu unterscheiden, innerhalb der mündlichen Prüfung sicherlich auch danach, ob das Gesuch unmittelbar nach Prüfungsende geschieht oder nach mehreren Wochen.

Damit der Prüfling seiner Substanziierungspflicht nachkommen kann, ist dem Prüfling insbesondere für schriftlich fixierte Bewertungen hinreichend Gelegenheit zu geben, Einsicht in die Bewertungsunterlagen zu nehmen.<sup>80</sup> Auch hier sind Umfang und Intensität der Einsichtsmöglichkeit, also z.B. Einsichtszeiten, Einzel- oder Gruppeneinsicht etc. der jeweiligen Prüfungsform anzupassen. Die Pflicht zur Ermöglichung von Fotokopien sollte auf seltene Ausnahmefälle beschränkt bleiben, etwa für Fälle, in denen für die Formulierung der Beanstandung außer dem Prüfling weitere Personen beteiligt sein müssen, die aber zum Einsichtstermin verhindert oder nicht zugelassen waren. In Berücksichtigung des verstärkten Grundrechtseingriffs bei – für die Hochschule vorhersehbar – nicht bestandenen Prüfungen kann sich auch eine Pflicht der Hochschule zur Protokollierung mündlicher Prüfungen ergeben, wobei die Intensität der Protokollierung sicherlich dem Gestaltungsspielraum der Hochschule überlassen bleiben und ins Verhältnis zur Möglichkeit effektiver Prüfungsabwicklung gestellt werden muss.

## 2. Fragen aus der Praxis zum Überdenkungsverfahren

Aufbauend auf diesen allgemeinen Bemerkungen sei nun auf wichtige Fragen eingegangen, welche sich in der Praxis zum Überdenkungsverfahren stellen, soweit diese nicht bereits in der Darstellung unter 1. behandelt wurden.

### a. Muss dieses Verfahren „Überdenkungsverfahren“ heißen?

Das Überdenkungsverfahren – oder synonym Überdenkungsverfahren genannt – muss nicht so heißen. Es können auch andere Namen gewählt werden, z.B. Einwandverfahren. Inhaltlich ist aber darauf zu achten, dass alle rechtlichen Vorgaben enthalten sind. Formell ist emp-

fehlenswert, einen Begriff zu wählen, der rechtlich sonst nicht für andere Rechtsbehelfe verwendet wird, z.B. „Widerspruch“ oder „Einspruch“.

### b. Ist das Überdenkungsverfahren trotz Einrichtung von Klausureinsichtsterminen noch erforderlich?

Ja und nein. Für schriftliche Prüfungsleistungen wird gerade durch den Einsichtstermin die erforderliche Konkretisierung und Substanziierung des Prüflings ermöglicht. Insofern ist die Klausureinsicht Bestandteil des Überdenkungsverfahrens für schriftliche Prüfungsleistungen. Für andere Prüfungsleistungen, etwa für alternative Prüfungsleistungen oder für mündliche Prüfungen, ist oft strukturell kein Überdenkungsverfahren vorgesehen. Für derartige Prüfungsleistungen besteht das rechtliche Erfordernis einer Möglichkeit des Überdenkens aber gleichermaßen. Denkbar könnten hier ähnliche Termine mit einer Vielzahl von Prüflingen sein, z.B. für alternative Prüfungsleistungen in Gruppenprüfungen. Individuell bietet sich auch die übliche Sprechstunde des Prüfers an, d.h. ein Gespräch über die Leistung oder Einsicht in die Bewertungsbegründung bei alternativen Prüfungsleistungen.

### c. Wann haben der Klausureinsichtstermin und ggf. andere Termine statt zu finden?

Das Gebot der Zeitnähe gibt vor, dass die Hochschule im Rahmen des ihr Möglichen und Zumutbaren alles zu tun hat, um dem Prüfling die Vorbereitung eines zeitnahen Überdenkens zu ermöglichen. Hier wird das Spannungsverhältnis zwischen dem rechtsstaatlichen Gebot der Bindung an Recht und Gesetz und dem Gebot der Verwaltungseffizienz<sup>81</sup>, in dem sich die Hochschule im Rahmen des Überdenkungsverfahrens befindet, besonders deutlich. Für Bewertungen, die schriftlich fixiert sind und für deren Überdenken es mehr auf die Lektüre der Bewertung als auf das Gedächtnis ankommt, wird ein längerer Zeitraum seit der Bewertung eher hinnehmbar als für mündliche Prüfungen.

Eine zumindest grundlegend ausgeprägte Anwesenheit der Prüfer in der Semesterpause für mündliche Prüfungen im Prüfungszeitraum unmittelbar vor der Semesterpause wird dabei strukturell durch die Hochschule häufiger sicherzustellen sein als das Anfertigen von Niederschriften und deren Umfang bei mündlichen Prüfungen.<sup>82</sup>

<sup>78</sup> S. soeben, c.

<sup>79</sup> Niehues/ Fischer/ Jeremias, o. Fußn. 33, Rn. 791.

<sup>80</sup> OVG Saarlouis NVwZ-RR 2013, 719.

<sup>81</sup> Niehues, o. Fußn. 45, S. 597.

<sup>82</sup> S. unten, g.

d. Ist es dem Prüfling zum Einsichts- bzw. Überprüfungstermin gestattet, Kopien zu erhalten oder Fotokopien mit tragbaren Kameras anzufertigen?

Grundsätzlich ist dies durch das Gebot effektiven Rechtsschutzes, welches das Überdenkensverfahren prägt, nicht angezeigt. Der Prüfling muss in die Lage versetzt werden, selbst die Bewertungen des Prüfers zu verstehen, um sie beanstanden zu können. Hierfür ist eine Einsicht in die Unterlagen bzw. das Gespräch mit dem Prüfer hinreichend, eine Aufnahme auf einen Datenträger ist nicht erforderlich. Für mündliche Prüfungen bietet sich ggf. ein Gesprächsprotokoll an.

Ausnahmsweise steht dem Prüfling allerdings Hilfe durch andere Personen zu. In diesem Fall ist es ggf. erforderlich, diesen Personen die Bewertung zukommen zu lassen. Das kann etwa der Fall sein, wenn personelle Schreibhilfen als zulässiger Nachteilsausgleich angesehen wurden, die Schreibhilfe zum Einsichtstermin aber nicht anwesend sein kann.

e. Ist es erlaubt, zum Einsichtstermin einen Rechtsbeistand mitzubringen?

Soweit es keine Regelungen der Hochschule gibt, welche dies verbieten, ist das Hinzuziehen eines Rechtsbeistandes gestattet. Ein Verbot kann sich aus der soeben beschriebenen Struktur ergeben, dass der Prüfling grundsätzlich für Beanstandungen seiner Bewertungen selbst verantwortlich sein sollte, zumal eigenverantwortliches Handeln regelmäßig in den Landeshochschulgesetzen<sup>83</sup> als allgemeines Studienzziel verankert ist.

f. Wäre dem Rechtsbeistand im Falle eines Rechtsanwalts erlaubt, Kopien anzufertigen?

Eine rechtliche Pflicht hierzu besteht nicht. § 29 VwVfG begründet insoweit ein Einsichts- bzw. Kopierrecht nur im Verwaltungsverfahren,<sup>84</sup> was für Prüfungen ohne Charakter als Verwaltungsakte, welche die Mehrheit darstellen, nicht zutrifft. Soweit nicht landesrechtliche Regelungen bestehen, ergibt sich das Recht zur Anfertigung von Kopien dann im gerichtlichen Verfahren, § 100 VwGO. Ob die Hochschule deshalb bereits im Überdenkensverfahren ein Recht auf Kopien freiwillig einräumt, obliegt ihrer internen Gestaltung. Weil das Überdenkensverfahren noch kein eigener Rechtsbehelf, sondern die Erweiterung der Prüfungsbewertung ist, scheint die gedankliche Nähe zum Klageverfahren noch nicht allzu stark zu sein.

83 Exemplarisch § 40 ThürHG.

84 Kallerhoff, in: Stelkens/ Bonk, Sachs, VwVfG, Kommentar, 8. Aufl., 2014, § 29 Rn. 18.

g. Ist das Überdenkensverfahren aktenkundig zu machen und, wenn ja, wie?

Eine überdachte Prüfungsbewertung ist wie jede andere Prüfungsbewertung auch gewissen Risiken einer gerichtlichen Prüfung ausgesetzt, wo die bekannten Regeln zur Beweislast gelten. Insoweit ist es für den Prüfling immer sowie für die Hochschule im Rahmen der Verwaltungseffizienz gegebenenfalls ratsam, die wesentlichen Ereignisse und Ergebnisse des Überdenkensverfahrens schriftlich zu fixieren, soweit dies nicht ohnehin geschieht, so etwa bei mündlichen Prüfungsleistungen.

Je nach den Umständen des Einzelfalles kann die Hochschule überlegen, ob sie derartige Dokumentationen beim Prüfer belässt oder zumindest auch in allgemeine Strukturen überführt, z.B. beim Prüfungsamt, sei es in Papierform oder – effizienter – elektronisch, z.B. auf einer gemeinschaftlich zugänglichen Plattform.

h. Muss im Rahmen des Überdenkens eine Veränderung der Bewertung geschehen?

Nein. Der Prüfer kann nach Prüfung der Beanstandungen des Prüflings zum Ergebnis kommen, dass die ursprüngliche Bewertung zutrifft.

i. Muss ich den Prüfer im Überdenkensverfahren heranziehen, der sich im Forschungssemester befindet?

Die Regelungen in den einzelnen Landeshochschulgesetzen zur Aufrechterhaltung bzw. Suspendierung einzelner Pflichten aus dem Dienstverhältnis im Forschungssemester sind verschieden. Soweit die Berechtigung bzw. Verpflichtung zur Prüfertätigkeit im Forschungssemester nicht gesetzlich aufrechterhalten wurde, ist an eine Nebenpflicht im Rahmen der beamten- bzw. arbeitsrechtlichen Treuepflicht zu denken. Um Unklarheiten von vornherein wirksam zu begegnen, könnte die Hochschule mit dem Prüfer im Vorfeld der Bewilligung im Wege von Vereinbarungen oder der Etablierung von Nebenbestimmungen Prüfertätigkeiten im Überdenkensverfahren sicherstellen, die sich im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren bewegen müssen – so wird ein Auslandsaufenthalt eines Prüfers wegen eines Überdenkensgesprächs nicht abgebrochen werden müssen, ein Mailverkehr, eine Videokonferenz oder ähnliche Maßnahmen, soweit strukturell vorhanden, dürften dagegen zumutbar sein.

j. Gibt es die Möglichkeit eines „Überdenkens einer überdachten Bewertung“?

Grundsätzlich nicht. Ausnahmsweise ist ein wiederholtes Überdenken denkbar, wenn der Prüfer im Rahmen der Bekanntgabe seiner überdachten Entscheidung unklare oder fehlerhafte prüfungsspezifische Umstände mitteilt.

## V. Das Verhältnis des Überdenkungsverfahrens zum Widerspruchsverfahren

In vielfacher Hinsicht spannend ist das Verhältnis des Überdenkungsverfahrens zum Widerspruchsverfahren, so z.B. in zeitlicher,<sup>85</sup> struktureller und inhaltlicher Hinsicht.

### 1. Allgemeines zum Verhältnis

Bereits das *BVerwG* hatte 1993 strukturell vorbereitet, dass ein Überdenken des Prüfers in ein Widerspruchsverfahren eingebettet sein kann. Die Hochschulpraxis hat dies an vielen Stellen übernommen. In der Tat hat diese Praxis namhafte Fürsprecher<sup>86</sup> und gute Gründe.

Denn das Widerspruchsverfahren bietet ein verlässliches strukturelles Korsett an Verfahrenshandlungen zur Sicherstellung materieller Gerechtigkeit, die für das Überdenkungsverfahren in weiten Teil so übernommen werden können. Bedenkt man auch den Maßstab, der hinsichtlich Ausmaß und Intensität des Überdenkens anzulegen ist, so scheint eine Einbettung in ein Widerspruchsverfahren noch plausibler zu sein: nicht der bestmögliche Schutz, sondern ein (angemessen) wirksamer Schutz ist gefordert.<sup>87</sup> Bildlich gesprochen hat der Prüfling keinen Anspruch auf einen „Maßanzug“ an Überdenken, sondern ein „Anzug von der Stange“ ist rechtlich hinreichend.<sup>88</sup> Die besseren Gründe sprechen dennoch gegen eine von vornherein strukturelle Anbindung des Überdenkungsverfahrens an das Widerspruchsverfahren. Dies sind namentlich die verfahrensstrukturellen Unterschiede (2.), die Abkehr des Überdenkens vom Leitbild des Widerspruchsverfahrens als Fremdkontrolle (3.), die Unerheblichkeit der Zweckmäßigkeitsdimension des Widerspruchsverfahren bei Prüfungsbewertungen (5.) und die Inflexibilität der Widerspruchsverfahrens (5.). Wird das Überdenkungsverfahren dennoch in Verbindung mit dem Widerspruchsverfahren kommu-

niziert, so könnten sich daraus rechtliche Nachteile für die Hochschule ergeben (6.).

### 2. Verfahrensstrukturelle Unterschiede

Das Überdenkungsverfahren ist bereits deshalb gedanklich vom Widerspruchsverfahren zu trennen, weil verschiedene Teile des Prüfungsverfahrens betroffen sind. Das Überdenkungsverfahren zählt systematisch (als „Korrekturschleife“) zum Leistungsbewertungsverfahren,<sup>89</sup> während das Widerspruchsverfahren den Beginn des Rechtsschutzverfahrens ausmacht. Diese Unterscheidung ist rechtlich alles andere als unbedeutend. Denn beide Verfahrensabschnitte folgen sehr unterschiedlichen rechtlichen Orientierungen. Während für das gesamte Prüfungsverfahren, also auch für das Leistungsbewertungsverfahren – hier das Überdenkungsverfahren – der Einfluss von Art. 3 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG sehr groß ist,<sup>90</sup> steht in Rechtsschutzverfahren der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG im Vordergrund.

### 3. Abkehr vom Leitbild der Fremdkontrolle

Inhaltlich gewichtig ist, dass das Überdenken im Rahmen des Überdenkungsverfahrens grundsätzlich von den Ausgangsprüfern zu erfolgen hat.<sup>91</sup> Dies ist im Hinblick auf mögliche strukturelle Befangenheitspotenziale kritisiert worden,<sup>92</sup> jedoch wegen der höchstrichterlichen Vorgabe für die Hochschulpraxis bindend.<sup>93</sup> Diese Personenidentität bewirkt eine strukturelle Selbstkontrolle der Hochschule. Dieses Postulat steht damit im direkten Kontrast zum Leitbild des Widerspruchsverfahrens, wo mit der Widerspruchsbehörde eine andere als die Ausgangsbehörde tätig wird.<sup>94</sup> Die Grundregelung zum Widerspruchsverfahren, § 68 VwGO, ist entsprechend so ausgestaltet, dass entweder eine andere Behörde tätig wird oder es wegen Nichtvorhandensein einer anderen Behörde kein Widerspruchsverfahren gibt. Überdenkungsverfahren und Widerspruchsverfahren sind damit nicht nur verfahrensstrukturell,<sup>95</sup> sondern auch ihrem Zweckansatz nach grundverschieden.

### 4. Keine Zweckmäßigkeitskontrolle in Prüfungsentscheidungen

Verschiedentlich, teilweise von höchster Stelle, wird als möglicher Grund für die Einbettung in das Wider-

85 S. oben, IV. 2. b.

86 Niehues, o. Fußn. 45.

87 Niehues, o. Fußn. 45, 601.

88 Niehues, o. Fußn. 45, 601.

89 Zimmerling/ Brehm, o. Fußn. 52, Rn. 18 m.w.N.

90 S. oben, III.

91 S. oben, IV. 1. a.

92 Löwer, o. Fußn. 2, S. 518, 522 f. m.w.N.

93 § 31 Abs.1 BVerfGG.

94 Löwer, o. Fußn. 2, 517; OVG Münster NVwZ-RR 2002, 193 unter Berufung auf BVerwG NVwZ 1993, 686.

95 S. oben, 2.



spruchsverfahren angeführt, dass die Gebote der Prüfungsgerechtigkeit keine Rechtmäßigkeitserwägungen, sondern Zweckmäßigkeitserwägungen seien und deshalb das Widerspruchsverfahren besonders gut passe.<sup>96</sup> Das ist nicht überzeugend und deshalb nicht zu akzeptieren. Obwohl die genaue Definition der Zweckmäßigkeitserwägungen in Abgrenzung zu Rechtmäßigkeitserwägungen weder einheitlich noch unproblematisch ist,<sup>97</sup> geht man tendenziell davon aus, dass Zweckmäßigkeitserwägungen außerrechtliche Elemente betreffen, für Verwaltungshandeln insbesondere Erwägungen der Effektivität und Effizienz.<sup>98</sup> Stattdessen ist die Anwendung eines Prüfungsbewertungsmaßstabs reine Rechtsanwendung.<sup>99</sup> Wie bereits ausführlich dargelegt, sind das Erfordernis von inhaltlichen Prüfungsvoraussetzungen und die Entwicklung eines Prüfungsbewertungsmaßstabs zwingende Ausflüsse aus Art. 12 Abs. 1 GG, während die einheitliche Anwendung dieses Bewertungsmaßstabs aus Art. 3 Abs. 1 GG folgt.<sup>100</sup> Dass durch diese Rechtmäßigkeitserwägungen gleichzeitig allgemeine Gerechtigkeitsempfindungen bedient werden, trifft zwar zu, stellt sich jedoch als von den Rechtmäßigkeitserwägungen abhängiger, mit diesen untrennbar verbundener Reflex dar. Denn werden die Rechtmäßigkeitserwägungen aus den Grundrechten verletzt, so wird gleichzeitig die Prüfungsgerechtigkeit eingeschränkt. Es steht nicht zu befürchten, dass ein veränderter Bewertungsmaßstab und damit eine Rechtsverletzung zu mehr Prüfungsgerechtigkeit führen kann. Inhaltlich ist die Chancengleichheit bereits unmittelbarer Ausdruck von Gerechtigkeit. Und sollte in persönlicher Hinsicht ein Prüfer den Eindruck von Befangenheit durch das Überdenkensgesuch erwecken, so stehen ebenfalls hinreichende rechtliche Mittel zu deren Kompensation zur Verfügung.<sup>101</sup> Im Ergebnis ist für Überdenkensverfahren also ein weiterer wesentlicher inhaltlicher Teil des Widerspruchsverfahrens, nämlich die Zweckmäßigkeitserwägungskontrolle, nicht einschlägig und damit unergiebig.

##### 5. Inflexibilität des Widerspruchsverfahrens

Schließlich passt das Widerspruchsverfahren in vielen Fällen, vor allem für mündliche Prüfungen, nicht. In erster Linie ergeben sich zeitliche Probleme. Denn begehrt ein Prüfling unmittelbar nach dem Ende der mündlichen Prüfung ein Überdenken, gerade vor dem Hinter-

grund optimaler Zeitnähe, so müsste der Prüfling im Falle der Einbettung des Überdenkens in ein Widerspruchsverfahren zunächst bei der richtigen Stelle schriftlich Widerspruch einlegen. Das sind unpassende und wenig effektive Verfahrensanforderungen, sie ermöglichen einen wirksamen Grundrechtsschutz nicht. *Niehues* meint zu diesen Fällen zwar, die Hochschule dürfe in diesen Fällen das Widerspruchsverfahren nicht missbräuchlich überformell ansehen und müsse das Überdenken dennoch zulassen.<sup>102</sup> Wie dies im Einzelnen vonstatten gehen soll, wird dagegen nicht beschrieben. Statt Missbrauchserwägungen aus § 242 BGB heranzuziehen, die eine Korrekturfunktion für rechtliche Schieflagen haben, ist es daher geeigneter, von vornherein das Widerspruchsverfahren gedanklich vom Überdenkensverfahren abzutrennen.

Darüber hinaus sieht das Widerspruchsverfahren auch schriftliche Behandlung vor, während es im Überdenkensverfahren häufig mit einem Gespräch mit dem Prüfer erledigt sein wird und schriftliche Gesprächsdokumentationen nur in Ausnahmefällen zur Vorbereitung möglicher gerichtlicher Auseinandersetzungen angezeigt sind.<sup>103</sup>

##### 6. Rechtliche Konsequenzen bei unzutreffender kommunikativer Verbindung

Es ist denkbar, dass eine Hochschule das Überdenkensverfahren dennoch in Verbindung mit einem Widerspruchsverfahren kommuniziert, etwa indem behauptet wird, dass der Studierende in jedem Falle ein Widerspruchsrecht gegen die Bewertung hat, während eine entsprechende landesrechtliche Grundlage hierfür nicht vorhanden ist und das Widerspruchsverfahren auch sonst nicht eröffnet ist, etwa, weil die Prüfungsentscheidung kein Verwaltungsakt ist. In diesem Falle suggeriert die Hochschule dem Studierenden einen Standard an rechtlichem Schutz, der ihm in Wirklichkeit nicht zusteht. Die Hochschule treffen im Hinblick auf die Information des Prüflings differenzierte Pflichten zu vielen Aspekten des Prüfungsverfahrens.<sup>104</sup> Dies betrifft in erster Linie, aber nicht abschließend die Prüfung selbst. Soweit in der Prüfungsordnung nicht geregelt, ergibt sich aus § 25 Abs. 2 (L)VwVfG die Pflicht der Hochschule, den Prüfling über die ihm zustehenden Rechte und Pflichten im Prüfungsverfahren zu informieren.<sup>105</sup> Dies

96 BVerwG, o. Fußn. 4; *Niehues*, o. Fußn. 45, 602.

97 Details bei *Sachs*, in: *Stelkens/ Bonk/ Sachs, VwVfG Kommentar*, 8. Aufl., 2014, § 40 Rn. 15 m.w.N.; *Klüsener NVwZ* 2002, 816 ff.

98 *Klüsener*, o. Fußn. 97.

99 Im Ergebnis auch *Löwer*, o. Fußn. 2, 519. Eine andere Frage ist, ob und ggf. inwieweit der Widerspruchsbehörde in Prüfungsfragen nur eine eingeschränkte Kontrollbefugnis zukommt, s. *Zimmerling/ Brehm*, o. Fußn. 52, Rn. 13 ff. m.w.N.

100 S. oben, III. 1. a. und b.

101 *Niehues/ Fischer/ Jeremias*, o. Fußn. 33, Rn. 336 ff.

102 *Niehues*, o. Fußn. 45, 602.

103 S. oben, IV. 2. g.

104 *Niehues/ Fischer/ Jeremias*, o. Fußn. 33, R. 176 ff.

105 *Niehues/ Fischer/ Jeremias*, o. Fußn. 33, R. 177.

erstreckt sich demnach auch auf die Aspekte der Bewertungskorrektur (Überdenken) bzw. des Rechtsschutzes (ggf. Widerspruch). Verletzungen dieser Pflicht kann Ansprüche aus Amtshaftung wegen Amtspflichtverletzung nach sich ziehen, z.B. dann, wenn sich der Prüfling auf eine Anfechtungsklage einstellt und im gerichtlichen Verfahren eine Umstellung auf eine Leistungsklage nicht mehr möglich ist. In diesen Fällen könnte noch daran zu denken sein, dem Prüfling im Sinne des sog. Meistbegünstigungsgrundsatzes<sup>106</sup> denjenigen Rechtsschutz bereitzustellen, der ihm durch die Verwaltung eröffnet wird, auch wenn dieser Rechtsschutz regulär nicht bestanden hätte. Konkret könnte die – fälschliche – Information der Hochschule, dem Prüfling stünde ein Widerspruchsverfahren zu, zur Eröffnung desselben sowie der folgerichtigen Klagearten führen. Im Prüfungsrecht besteht jedoch die Besonderheit, dass die Hochschule Prüfungsentscheidungen, die regulär keine Verwaltungsakte wären, durch Regelung in der Prüfungsordnung zu Verwaltungsakten erklären kann.<sup>107</sup> Hat die Hochschule dies unterlassen und damit eine bewusste Entscheidung getroffen, so dürfte sich die Hochschule konsequenterweise auch nicht über den Meistbegünstigungsgrundsatz aus unzutreffenden Informationen herausretten dürfen.

## VI. Mögliche gesetzliche Regelungen zum Überdenkensverfahren

Für die Regelungen im Landesrecht (1.) sowie im Hochschulinnenrecht (2.) ergeben sich daraus interessante Konsequenzen.

### 1. Landesrechtliche Regelung

Da die Pflicht des Gesetzgebers zur Regelung wesentlicher grundrechtsrelevanter Umstände speziell auch für das Überdenkensverfahren mehrfach betont wurde,<sup>108</sup> ist zunächst die Erfassung des Überdenkensverfahrens in genereller Form in einer landesrechtlichen Regelung zu empfehlen. Geeignete Ort hierfür wären Regelungen über Mindestbestandteile der Prüfungsordnung oder für übergeordnete Rahmen- bzw. Musterordnungen.

In dieser Regelung sollten mindestens das Gebot der Effektivität und – daraus abgeleitet – der Zeitnähe sowie das Postulat der Personenidentität des Prüfers beim Überdenken erfasst werden. Diese Umstände sind nach dem BVerfG maßgeblich für die Beherrschung der potenziellen Grundrechtseingriffe.

Eine Verbindung des Überdenkensverfahrens mit einer Regelung zum Widerspruchsverfahren ist dagegen nicht empfehlenswert.<sup>109</sup> Außerdem wird das Überdenkensverfahren von einer Regelung zum Widerspruchsverfahren wegen seiner vielen Unterschiede gedanklich nicht mit erfasst.<sup>110</sup>

### 2. Regelung im Hochschulinnenrecht

Die Details des Überdenkensverfahrens können darauf aufbauend dann in einer Rahmenprüfungsordnung oder in speziellen Prüfungsordnungen für einzelne Studiengänge geregelt werden. Zu nennen wären hier insbesondere das Erfordernis hinreichender Konkretisierung und Substanziierung durch den Prüfling sowie die Einsicht- bzw. sonstigen Informationszugangsrechte für den Studierenden. Ein mögliches Muster einer solchen Regelung hängt dieser Abhandlung als Anlage 1 an.

## VII. Fazit und Darstellung der eigenen Ergebnisse

### 1. Fazit

Zu Unrecht spielt das Überdenkensverfahren in der täglichen Hochschulpraxis eine untergeordnete Rolle. Es ist ebenso relevant wie für sog. berufsbezogene Prüfungen, da die Kompensation von prüferseitigem Bewertungsspielraum das gerichtliche Überprüfungsdefizit gleichermaßen besteht. Die dominierenden Grundrechte des Prüfungsrechts insgesamt, Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG, drücken auch dem Überdenkensverfahren ihren Stempel auf, hierbei allerdings in ihrer verfahrensrechtlichen Dimension und deshalb folgerichtig flankiert durch verfahrensrechtliche Erwägungen aus Art. 19 Abs. 4 GG und allgemeine rechtstaatliche Erwägungen, verankert in Art. 20 Abs. 3 GG.

### 2. Darstellung der eigenen Ergebnisse

- Die Intensität des Grundrechtseingriffs in Rechts des Studierenden/ Prüflings aus Art. 12 Abs. 1 GG determinieren zum Teil die Anforderungen an die Ausgestaltung des Überdenkensverfahrens, soweit das BVerfG. Infolge dessen könnte sich die Intensität des Überdenkensverfahrens für nicht bestandene, nicht wiederholbare, nicht bestandene, aber wiederholbare und bestandene Prüfungsleistungen unterscheiden. Jeder Hochschule sei, auch eingedenk des Grundsatzes der Verwaltungseffizienz, anheimgestellt, hier verschiedene Verfahrensstufen zu etablieren.

106 BVerwG NVwZ 1985, 280.

107 Morgenroth, s. oben Fußn. 49.

108 Muckel, o. Fußn. 19; Niehues, o. Fußn. 45.

109 S. soeben, V.

110 S. soeben, V. 96.

- Das Überdenkensverfahren unterscheidet sich in wesentlichen Elementen, etwa verfahrensstrukturell (Leistungsbewertungsverfahren versus Rechtsbehelfsverfahren), seinem Leitbild nach (Selbstkontrolle contra Fremdkontrolle), inhaltlich (keine Zweckmäßigkeitskontrolle) und verfahrensinhaltlich (Schriftlichkeit gegen häufige Mündlichkeit, Fristen versus sofortiges Überdenken), so gravierend vom Widerspruchsverfahren, dass eine gedankliche Einbettung darin nicht empfohlen wird.

- Entsprechend sollte eine gesetzliche Regelung speziell zum Überdenkensverfahren ergehen. Der aus dem Wesentlichkeitsgrundsatz folgenden und mehrfach angemahnten Pflicht einer wenigstens grundsätzlichen gesetzlichen Regelung entsprechend sollten wenigstens die beiden tragenden Aspekte des Überdenkensverfahrens, Effektivität des Grundrechtsschutzes und daraus folgende Zeitnähe der Überprüfung, im jeweiligen Landeshochschulgesetz verankert werden. Darauf aufbauend können in Prüfungsordnungen der Hochschule Details zum Überdenkensverfahren eingebaut werden.

- Die Gebote effektiven Grundrechtsschutzes und der Zeitnähe bedeuten grundsätzliche strukturelle für die Hochschulen. So kann sich hieraus insbesondere für mündliche Prüfungen eine Pflicht zur Ermöglichung zeitnaher Überdenkensgesuche bei der Prüfungsplanung ebenso ergeben wie die Dokumentation von mündlichen Prüfungen, insbesondere bei besonders wichtigen Modulprüfungen, die erfahrungsgemäß von einer erheblichen Nichtbestehensquote begleitet werden.

- Angesichts der bestehenden beamtenrechtlichen Regelungen zur grundsätzlichen Entpflichtung von Hochschullehrern bei deren Eintritt in den Ruhestand wird eine Reaktivierung eines Professors im Ruhestand zu Zwecken eines Überdenkens – anders als möglicherweise bei landesrechtlich geregelten Prüfungen – nur in Ausnahmefällen denkbar sein.

- Es kann im Einzelfall sinnvoll sein, eine Struktur einzurichten, nach der Dokumentationen von Überdenkensprozessen neben dem Prüfer auch bei allgemeinen Prüfungsbehörden der Hochschule, etwa dem Prüfungsamt, hinterlegt sind.

- Entdeckt der Prüfer im Rahmen des Überdenkens eine Täuschung des Prüflings, so ist eine Verböserung seiner Entscheidung (sog. *reformatio in peius*) nur dann zulässig, wenn die Täuschung gerade in vom Prüfling angezeigten Passagen der Prüfungsleistung liegt oder zumindest angelegt ist.

- Für Professoren im Forschungssemester kann sich, je nach landesrechtlicher Regelung zur Aufrechterhaltung von Prüferrechten bzw. -pflichten, anbieten, diese

im Wege einer Vereinbarung oder durch Nebenbestimmungen zur Genehmigung sicherzustellen.

- Das Recht des Prüflings zur Anfertigung von Fotokopien oder Fotos der Prüfungsleistung ist nur im Ausnahmefall und nur dann gegeben, wenn die Wahrnehmung der Prüfungsleistung durch eine berechtigte dritte Person erfolgen muss, welche zum Einsichtstermin nicht anwesend sein kann.

- Prüfungsbewertungen folgen ausschließlich Kriterien der Rechtmäßigkeit, so viel ist zwar strittig, aber bereits gesagt. Erwägungen der Prüfungsgerechtigkeit sind darüber hinaus aber deshalb keine Erwägungen der Zweckmäßigkeit, weil die Prüfungsgerechtigkeit zwingend der Anwendung der etablierten Rechtmäßigkeitsmaßstäbe folgt.

### **Anlage 1 – Musterregelung in der (Rahmen)Prüfungsordnung**

#### § ... Überdenkensverfahren

(1) Der Prüfling hat das Recht, vom Prüfer zu verlangen, dass die Bewertung der gesamten Prüfungsleistung oder einzelner Teile der Prüfungsleistung vom Prüfer überdacht und die Bewertung ggf. korrigiert wird.

(2) Ein entsprechender Antrag des Prüflings ist dem Prüfer gegenüber abzugeben. Er wird vom Prüfer unverzüglich an das zuständige Prüfungsamt weitergeleitet.

(3) Der Prüfling hat im Rahmen dieses Überdenkensverfahrens die Pflicht, alle Teile der Prüfungsleistung, deren Bewertung er überprüft haben möchte, anzuzeigen und ausführlich darzulegen, aus welchen Gründen er die Bewertung für fehlerhaft hält. In Ausübung dieser Pflicht hat der Prüfling das Recht, bei mündlichen Prüfungen das Prüfungsprotokoll sowie bei schriftlichen Prüfungen seine Prüfungsleistung sowie alle Bewertungsbemerkungen des Prüfers bzw. der Prüfer einzusehen. Im Rahmen der Einsicht ist der Prüfling nicht berechtigt, Kopien oder Abschriften anzufertigen.

(4) Der Prüfer hat die Pflicht, sich an Hand der Ausführungen des Prüflings mit den angegriffenen Teilen der Prüfungsleistung nach bestem Erinnerungsvermögen zu befassen und eine erneute Einschätzung vorzunehmen. Der Prüfer ist berechtigt, im Rahmen des vom Prüfling zum Überdenken angezeigten Bereichs auch sonstige Fragen mit Einfluss auf die Bewertung, insbesondere im Zusammenhang mit einer Täuschung, zu behandeln. Der Prüfer ist nicht berechtigt, andere als die

vom Prüfling angezeigten Teile der Prüfung zu betrachten. Eine andere Person als der Prüfer der antragsgegenständlichen Bewertung ist nur berechtigt, diesen Pflichten nach Satz 1 für den Prüfer nachzukommen, wenn der ursprüngliche Prüfer nicht verfügbar ist.

(5) In Rahmen der Neubewertung hat der Prüfer den gleichen Bewertungsmaßstab anzulegen.

(6) Das Überdenkungsverfahren kann auch im Rahmen eines Widerspruchsverfahrens, § ... durchgeführt werden. Die Gebote des effektiven und zeitnahen Schutzes der Rechte des Prüflings sind einzuhalten.

Carsten Morgenroth ist Justiziar und Vertreter des Kanzlers der Ernst-Abbe-Hochschule Jena sowie Referent und Fachautor zum Hochschulprüfungsrecht.



# Frank Wertheimer

## *Sicherung der Lehrfreiheit im „Masterplan Medizinstudium 2020“*

### ÜBERSICHT

#### I. „Masterplan Medizinstudium 2020“

#### II. Praktisches Jahr (PJ) als Teil des Medizinstudiums

#### III. Rechtliche Rahmenbedingungen für die Lehre im Medizinstudium

##### 1. Art. 24 Abs. 2 Richtlinie 2005/36/EG

##### 2. Verfassungsrechtliche Vorgaben nach Art. 5 Abs. 3 GG

#### IV. Auswirkungen des Grundrechtsschutzes auf die Umsetzung des „Masterplans Medizinstudium 2020“

##### 1. Gewährleistung des Grundrechtsschutzes bei der Ausbildung im stationären Bereich

##### 2. Gewährleistung des Grundrechtsschutzes bei der Ausbildung im ambulanten Bereich

#### V. Auswahl und Bestellung von Prüfern für das Fach Allgemeinmedizin

##### 1. Status quo

##### 2. Bestimmung von Prüfern für das Fach Allgemeinmedizin

### I. „Masterplan Medizinstudium 2020“

Aktuell wird an einer Reform des Medizinstudiums unter der Überschrift „Masterplan Medizinstudium 2020“ gearbeitet. Angestoßen wurde diese Reform von den Regierungsparteien CDU, CSU und SPD. In deren Koalitionsvertrag vom 14.12.2013 für die 18. Legislaturperiode ist im Abschnitt 2.4 (Gesundheit und Pflege) unter den Punkten „Gesundheitsberufe und Medizinstudium“ vorgesehen, dass in einer Konferenz der Gesundheits- und Wissenschaftsminister von Bund und Ländern für eine zielgerichtetere Auswahl der Studienplatzbewerber, zur Förderung der Praxisnähe und zur Stärkung der Allgemeinmedizin ein „Masterplan Medizinstudium 2020“ entwickelt wird.

Ein konkretes Dokument zu diesem Masterplan ist bislang nicht öffentlich gemacht worden. Offenbar existieren aber Vorschläge, das Praktische Jahr (PJ) am Ende des Medizinstudiums zukünftig nicht mehr in Tertiale zu unterteilen, sondern in vier Quartale. Neben den bereits bestehenden Pflichtabschnitten in den Fächern Chirurgie und Innere Medizin soll ein weiteres Pflichtquartal für den ambulanten Bereich eingeführt werden,

welches die Medizinstudierenden ausschließlich in Vertragsarztpraxen absolvieren sollen. Praxisinhaber können sich hierfür, so offenbar die Vorstellung der Politik, freiwillig melden, um als Lehrpraxen an diesem praktischen Studienabschnitt mitzuwirken. Hingegen scheint derzeit nicht daran gedacht, die Hochschulambulanzen und Akademischen Lehrkrankenhäuser in dieses ambulante Pflichtquartal einzubeziehen. Der vierte Abschnitt des PJ soll weiterhin der Wahlfreiheit der Studierenden unterliegen.

Ferner sieht der Masterplan offenbar vor, dass in der nach dem Ende des Praktischen Jahres liegenden, das Medizinstudium abschließenden mündlich-praktischen Prüfung das Fach Allgemeinmedizin verpflichtend für alle Studierenden geprüft wird.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, welche Rolle den Medizinischen Fakultäten bei der Auswahl, Bestellung und Qualitätssicherung der vertragsärztlichen Lehrpraxen zukommt, dies insbesondere vor dem Hintergrund der zu wahrenen Autonomie der Universitäten. Hinsichtlich der zukünftig vorgesehenen verpflichtenden Prüfung des Faches Allgemeinmedizin geht es im gleichen Kontext um den Einfluss der Medizinischen Fakultäten auf Auswahl, Bestellung und Qualitätssicherung der einzusetzenden Prüfer und auch dort um die Reichweite der Lehrfreiheit.

### II. Praktisches Jahr (PJ) als Teil des Medizinstudiums

Das Praktische Jahr (PJ) ist Bestandteil der ärztlichen Ausbildung und damit Teil des Medizinstudiums. Dies folgt unmittelbar aus § 1 Abs. 2 Nr. 1 S. 2 ÄAppO. Dort ist bestimmt, dass das letzte Jahr des Studiums eine zusammenhängende praktische Ausbildung von 48 Wochen umfasst. Abgeschlossen wird das Studium durch den Dritten Abschnitt der Ärztlichen Prüfung gem. § 1 Abs. 3 Nr. 3 ÄAppO.

Regelungen, die – wie das im „Masterplan Medizinstudium 2020“ vorgesehene Pflichtquartal im ambulanten Bereich – das PJ betreffen, zielen auf die Ausbildung der Medizinstudierenden ab und betreffen damit die Lehre im Fach Medizin.

### III. Rechtliche Rahmenbedingungen für die Lehre im Medizinstudium

#### 1. Art. 24 Abs. 2 Richtlinie 2005/36/EG

Soweit in der Vergangenheit Änderungen der ÄAppO anstanden, die Auswirkungen auf das Praktische Jahr hatten, wiesen die Medizinischen Fakultäten darauf hin, dass das PJ unverändert unter universitärer Leitung, Koordination und Verantwortung bleiben müsse und beriefen sich hierfür auf die Vorgaben der EU Richtlinie 2005/36/EG.<sup>1</sup>

In der Richtlinie 2013/55/EU zur Änderung der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen und der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems wurde Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2005/36/EG dahingehend neugefasst, dass die ärztliche Grundausbildung mindestens fünf Jahre umfasst und aus mindestens 5500 Stunden theoretischer und praktischer Ausbildung an einer Universität oder unter Aufsicht einer Universität besteht.

Diese Bestimmung bringt zwar eine universitäre Gesamtverantwortung für das gesamte Medizinstudium zum Ausdruck, was dafür spricht, dass auch das Praktische Jahr unter universitärer Leitung und Verantwortung stehen muss. Indessen darf die Regelung von ihrem Gehalt her nicht überbewertet werden. Das hängt damit zusammen, dass die EU nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 EUV) keine eigenständige Kompetenz zum Erlass von Rechtssetzungsakten hat, die das Hochschulstudium betreffen. Zwar stehen der EU gem. Art. 165, 166 AEUV Kompetenzen im Bildungsbereich zu, sie ist dabei aber auf Unterstützungs- und Ergänzungsmaßnahmen beschränkt.<sup>2</sup> Dem trägt u.a. auch Art. 24 Abs. 2 der o.g. Richtlinie Rechnung, die mit dem Ziel geschaffen wurde, die bis dahin existierenden 15 verschiedenen sektoralen, allgemeinen und koordinierenden Richtlinien zur Berufsanerkennung zu konsolidieren und zu vereinfachen. Insbesondere wird mit der Berufsanerkennungsrichtlinie für die einzelnen Unionsbürger die materielle Grundlage für die Freizügigkeit

gewährleistet, die für den Einzelnen unvollkommen ist, solange er seinen erlernten Beruf nicht im europäischen Ausland ausüben kann. Aus dem Europarecht lassen sich die aufgeworfenen Fragen daher nicht unmittelbar beantworten.

#### 2. Verfassungsrechtliche Vorgaben nach Art. 5 Abs. 3 GG

Zur Klärung der eingangs genannten Fragen ist vornehmlich auf die Verfassung abzustellen. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet die Freiheit von Wissenschaft, Forschung und Lehre. Die Wissenschaftsfreiheit schützt hierbei die „auf wissenschaftlicher Eigengesetzlichkeit beruhenden Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen bei der Suche nach Erkenntnissen, ihrer Deutung und Weitergabe“.<sup>3</sup>

Grundrechtsträger sind nach allgemeiner Auffassung nicht nur die einzelnen Wissenschaftler, also Professoren, Hochschuldozenten, Akademische Räte und wissenschaftliche Mitarbeiter, sondern auch die wissenschaftlichen Einrichtungen, insbesondere die Universitäten.<sup>4</sup> Dass dem so ist, spiegelt sich auch in etlichen Länderverfassungen wieder – so etwa in Art. 20 Abs. 1, 3 LV Baden-Württemberg, Art. 107 Abs. 1 LV Sachsen, Art. 39 Abs. 1 LV Rheinland-Pfalz oder in Art. 33 Abs. 2 S. 2 LV Saarland – und findet einfachgesetzlichen Ausdruck in den Hochschulgesetzen der Länder. So bestimmt beispielsweise § 3 Abs. 1 S. 1 LHG BW, dass die Hochschulen frei sind in Forschung, Lehre und Kunst. Entsprechende Regelungen enthalten die Hochschulgesetze der anderen Bundesländer.

Der Schutzbereich von Art. 5 Abs. 3 GG zielt damit, bezogen auf die Universitäten als Grundrechtsträger, auf die Selbstverwaltung im akademischen, d.h. dem auf Forschung und Lehre bezogenen Bereich ab und umfasst folglich auch die Organisation von Forschung und Lehre.<sup>5</sup> Damit können sich auch die Fakultäten (bzw. Fachbereiche) auf die Freiheit der Lehre berufen; als teilrechtsfähige Untereinheiten der Universität obliegt ihnen die Organisation und Koordination des Lehrbetriebs.<sup>6</sup>

1 Vgl. etwa die Kurzfassung der Stellungnahme der Deutschen Hochschulmedizin e.V. zum Entwurf einer Ersten Verordnung zur Änderung der Approbationsordnung für Ärzte vom 18.10.2011 ([www.uniklinika.de/media/file/3617.11-10-18\\_Kurzfassung\\_AO-Stellungnahme\\_Hochschulmedizin.pdf](http://www.uniklinika.de/media/file/3617.11-10-18_Kurzfassung_AO-Stellungnahme_Hochschulmedizin.pdf)) oder die Resolution des Medizinischen Fakultätentages vom 24.06.2011 ([www.mft-online.de/files/resolution\\_schriftl\\_m2\\_pruefungen\\_720mft.pdf](http://www.mft-online.de/files/resolution_schriftl_m2_pruefungen_720mft.pdf)) zur Verlagerung des schriftlichen Teils des Zweiten Abschnitts der Ärztlichen Prüfung vor das Praktische Jahr und zur Beachtung der universitären Verantwortung für das Universitätsstudium.

2 Vgl. Lindner, in: HSChR-Praxishandbuch, 3. Aufl. 2017, Kap. XI, Rn. 28.

3 BVerfG v. 26.1.2004, 1 BvR 911, 927, 928/11, BVerfGE 111, 333, 354.

4 BVerfG v. 14.4.1987, 1 BvR 775/84, BVerfGE 75, 192; BVerfG v. 10.3.1992, 1 BvR 454 u.a./91, BVerfGE 85, 360; Kempen, in: HSChR-Praxishandbuch, a.a.O., Kap. I, Rn. 12 ff.

5 BVerfG v. 29.5.1979, 1 BvR 424/71 und 325/72, BVerfGE 35, 79; Kempen, in: HSChR-Praxishandbuch, a.a.O., Rn. 23; Löwisch, OdW 2016, 154.

6 BVerfG v. 14.4.1987, a.a.O.; v. 31.5.1995, 1 BvR 1413/94, BVerfGE 93, 85; vom 26.10.2004, 1 BvR 911/00 u.a., BVerfGE 111, 333; zuletzt bestätigt durch BVerfG v. 17.2.2016, 1 BvL 8/10, juris; Kempen, in: HSChR-Praxishandbuch, a.a.O., Rn. 26.

Bei diesen Organisations- und Koordinationsaufgaben, einfachgesetzlich wiederum in den Landeshochschulgesetzen geregelt (z.B. § 22 Abs. 1 LHG Baden-Württemberg), handelt es sich um Maßnahmen bzw. Handlungen, die unmittelbar zur wissenschaftlichen Forschung und Lehre beitragen und daher ebenso dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG unterfallen.<sup>7</sup>

Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet der Fakultät nicht nur die Freiheit, über Inhalt, Ablauf und methodischen Ansatz eines Studiengangs und der Lehrveranstaltungen zu bestimmen, sondern die Studienangebote gegenständig, zeitlich und örtlich zu koordinieren.<sup>8</sup>

Zu diesen, grundrechtlich geschützten, Koordinationsaufgaben gehört auch die Auswahl derjenigen Partner, auf deren Zusammenarbeit die Fakultät, vorliegend die Medizinische Fakultät, bei der praktischen Ausbildung der Medizinstudierenden im PJ angewiesen ist. Über den Auswahlprozess hinaus muss die Fakultät auch frei darin sein, die Kooperation mit diesen Partnern inhaltlich zu gestalten. Es würde einen schwerwiegenden Eingriff in die durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geschützte Lehrfreiheit bedeuten, wenn die Festlegung dieser Partner weitgehend anderen Akteuren überlassen und den Medizinischen Fakultäten entsprechender Einfluss vorzuenthalten und ihnen auch nicht mehr das Recht zugesichert würde, wie bisher Kooperationsvereinbarungen mit ihren Partnern abzuschließen.

#### IV. Auswirkungen des Grundrechtsschutzes auf die Umsetzung des „Masterplans Medizinstudium 2020“

Wenn der „Masterplan Medizinstudium 2020“ die Einführung eines Pflichtquartals für den ambulanten Bereich vorsieht, in dem die Studierenden der Medizin in Vertragsarztpraxen eine praktische Ausbildung erfahren sollen, so wird hierdurch eine parallele Struktur zur stationären Ausbildung in den Bereichen Chirurgie und Innere Medizin etabliert, für die den Studierenden die Universitätsklinik sowie die Akademischen Lehrkrankenhäuser zur Verfügung stehen.

##### 1. Gewährleistung des Grundrechtsschutzes bei der Ausbildung im stationären Bereich

Nach § 3 Abs. 2 ÄAppO wird die Ausbildung der Medizinstudierenden im Praktischen Jahr in den Universitätskrankenhäusern oder in Krankenhäusern durchgeführt, mit denen die Universität eine Vereinbarung hierüber getroffen hat (Akademische Lehrkrankenhäuser).

Die Vorschrift garantiert den Universitäten hierbei, dass ihnen die Auswahl dieser Krankenhäuser obliegt, auch wenn hierfür noch ein Einvernehmen mit der zuständigen Gesundheitsbehörde hergestellt werden muss. Dieses soll aber lediglich sicherstellen, dass die gesetzlichen Anforderungen (§ 4 Abs. 1 und 2 ÄAppO) in diesen Krankenhäusern erfüllt werden.

Nach § 3 Abs. 2 S. 4 ÄAppO muss das Akademische Lehrkrankenhaus gewährleisten, das Logbuch, also den von der Universität erstellten Ausbildungsplan (vgl. § 3 Abs. 1a) ÄAppO), einzuhalten. Die Universität wird demnach nur solche Krankenhäuser als Lehrkrankenhäuser auswählen, die ihre Vorgaben in der Ausbildung erfüllen. Damit ist auch gewährleistet, dass die Universität bzw. die Medizinische Fakultät in der Koordination der Lehre frei ist. Über die Kooperationsvereinbarung, die die Universität mit einem Akademischen Lehrkrankenhaus abschließt, wird dieser über die Gewährleistung des Logbuchs hinaus weiterer Gestaltungsspielraum eingeräumt, für sie wesentliche Punkte in der praktischen Ausbildung der Studierenden zu regeln.

Flankierend hat der Gesetzgeber in § 4 Abs. 1 und 2 ÄAppO Qualitätskriterien verankert, die eine gesicherte und strukturierte praktische Ausbildung der Studierenden ermöglichen sollen. Dazu gehört eine ausreichende Anzahl von Ärzten in den Lehrkrankenhäusern, die sowohl für die ärztliche Versorgung als auch für die Ausbildungsaufgaben zur Verfügung stehen. Ferner müssen regelmäßige pathologisch-anatomische Demonstrationen durch einen Facharzt für Pathologie und klinische Konferenzen gewährleistet sein. Zur Ausbildung auf den Fachgebieten der Inneren Medizin und der Chirurgie bedarf es überdies einer bestimmten Anzahl von Behandlungsplätzen sowie der Sicherstellung konsiliarärztlicher Expertise in den in § 4 Abs. 1 genannten Fachgebieten. Nach Abs. 2 der Vorschrift muss ein Lehrkrankenhaus schließlich über bestimmte Einrichtungen, etwa im Bereich der Radiologie oder der Laboratoriumsmedizin verfügen und müssen geeignete Räumlichkeiten zur Unterrichtung der Studierenden vorhanden sein. Mit diesen Vorgaben sichert der Gesetzgeber die Lehrqualität ab.

##### 2. Gewährleistung des Grundrechtsschutzes bei der Ausbildung im ambulanten Bereich

Überträgt man die vorstehenden Grundsätze auf die geplante Umstrukturierung des Praktischen Jahres mit der Einrichtung eines Pflichtquartals im ambulanten

<sup>7</sup> *Kempfen*, a.a.O., Rn. 26; *Löwisch*, OdW 2016, 153, 154.

<sup>8</sup> BVerfG v. 17.2.2016, a.a.O. unter Hinweis auf BVerfG v.20.7.2010, 1 BvR 748/06, BVerfG 127, 87; *Kempfen*, a.a.O., Rn. 96.



Bereich, folgt daraus, dass es den Universitäten – und damit den Medizinischen Fakultäten – vorbehalten bleiben muss, die Vertragsarztpraxen auszuwählen, in denen die praktische Ausbildung der Studierenden stattfinden soll. Würde diese Auswahl hingegen den Kassenärztlichen Vereinigungen und/oder den Fachgesellschaften zugeordnet, stellte dies einen nicht mit Art. 5 Abs. 3 GG vereinbaren Eingriff in die Freiheit der Lehre dar. Insbesondere in der Akkreditierungsentscheidung hat das Bundesverfassungsgericht<sup>9</sup> verdeutlicht, dass die Wissenschaftsfreiheit, zu der die Lehrfreiheit zählt, durch den Gesetzgeber in Systemen der Qualitätskontrolle prozedural und organisatorisch zu sichern ist. Neben dem Abwehrrecht gegen punktuelle und personenbezogene Eingriffe stehe auch hier eine Garantie hinreichender Teilhabe der Wissenschaft selbst, die vor wissenschaftsinadäquaten Entscheidungen sowohl innerhalb der Hochschulen wie auch durch Dritte, im Wissenschaftssystem mit Entscheidungsbefugnissen ausgestattete Akteure schützt.<sup>10</sup>

Indessen zeigt die seit dem 01.04.2013 geltende Regelung des § 3 Abs. 2a) ÄAppO, dass der Gesetzgeber diese Grundsätze berücksichtigt hat. Zwar ist die Einbeziehung von Lehrpraxen dort bislang nur fakultativ geregelt, die Auswahlentscheidung liegt aber bei den Universitäten, die lediglich – analog dem Verfahren bei den Akademischen Lehrkrankenhäusern – das Einvernehmen mit den zuständigen Gesundheitsbehörden herstellen müssen. Entsprechend den Lehrkrankenhäusern ist auch vorgesehen, dass die Universitäten Vereinbarungen mit den Lehrpraxen abschließen und letztere sich verpflichten müssen, den Ausbildungsplan der Universitäten einzuhalten. Art. 5 Abs. 3 GG wird dadurch ausreichend Rechnung getragen.

Wird, wie dies der „Masterplan Medizinstudium 2020“ offenbar vorsieht, das Pflichtquartal im ambulanten Bereich eingeführt, ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die in § 3 Abs. 2a) ÄAppO bislang fakultative Regelung bzgl. der Lehrpraxen an die in § 3 Abs. 2 ÄAppO bestehende Bestimmung anpasst. Bleiben die jetzigen Rahmenbedingungen dabei erhalten, sind die Schutzinteressen der Medizinischen Fakultäten gewahrt.

Im Unterschied zu § 4 Abs. 1 ÄAppO, der Anforderungskriterien für Lehrkrankenhäuser definiert, fehlen solche bislang für Vertragsarztpraxen, die als Lehrpraxen in die praktische Ausbildung von Medizinstudierenden einbezogen werden sollen. Solche Kriterien könnte

der Gesetzgeber definieren, ohne die Lehrfreiheit der Universitäten zu verletzen. Solange dies nicht der Fall ist, resultieren daraus keine Nachteile für die Medizinischen Fakultäten, weil sie die Anforderungen an solche Einrichtungen nach § 4 Abs. 4 ÄAppO im Einvernehmen mit der nach Landesrecht zuständigen Stelle selbst festlegen können. Bleibt diese Befugnis auch bei der Einführung eines Pflichtquartals im ambulanten Bereich bestehen, ist Art. 5 Abs. 3 GG nicht beeinträchtigt.

## V. Auswahl und Bestellung von Prüfern für das Fach Allgemeinmedizin

### 1. Status quo

Regelungen zur mündlich-praktischen Prüfung, mit deren Absolvieren das Medizinstudium gem. § 1 Abs. 3 Nr. 3 ÄAppO abgeschlossen wird, enthält § 15 ÄAppO. Nach dessen Abs. 1 S. 2 werden die Kommissionen für diese Prüfung von den nach Landesrecht zuständigen Stellen, also den Staatlichen Prüfungsämtern, bestellt. Nach § 15 Abs. 1 S. 6 ÄAppO können als Mitglieder der Prüfungskommissionen für den Dritten Abschnitt der Ärztlichen Prüfung auch dem Lehrkörper der Universität nicht angehörende Ärzte, wie Fachärzte für Allgemeinmedizin oder anderer Fachgebiete, bestellt werden.

Qualifikationsvoraussetzungen an die Person des Prüfers enthält § 15 Abs. 4 HRG, der – wie sich aus Abs. 1 der Vorschrift ergibt – auch für staatliche Prüfungen gilt. Danach dürfen Prüfungsleistungen nur von Personen bewertet werden, die selbst zumindest die durch die Prüfung festzustellende oder eine gleichwertige Qualifikation besitzen. Als Prüfer soll demnach nur tätig werden dürfen, wer nach Maßgabe formaler Kriterien den nötigen fachbezogenen oder wenigstens fachnahen Sachverstand unter Beweis gestellt hat.<sup>11</sup>

Die Frage der Gleichwertigkeit einer Qualifikation wird im Regelfall anhand förmlicher Leistungs- und Befähigungsnachweise beurteilt.<sup>12</sup>

In der jetzigen Praxis nehmen die staatlichen Prüfungsämter bei Entscheidungen nach § 15 Abs. 1 S. 6 ÄAppO lediglich den formalen Beststellungsakt vor. Da sie selbst keinen Zugang haben, wer als Prüfer überhaupt in Betracht kommt und die Qualifikation des Prüfers auch nicht einschätzen können, erfolgt dies nicht ohne Einbeziehung der Medizinischen Fakultäten, die den Vorschlag, eine bestimmte Person zum Prüfer zu bestellen, an die staatlichen Prüfungsämter herantragen. So-

9 BVerfG v. 17.2.2016, a.a.O.

10 BVerfG v. 17.2.2016, a.a.O., juris Rn 60.

11 BVerwG v. 18.6.1981, 7 CB 22.81, *Buchholz* 421.0 Prüfungswesen

Nr. 149 und v. 20.8.1997, 6 B 25.97, NJW 1998, 323; *Schnellenbach* in HSchR-Praxishandbuch, a.a.O., Kap. XII, Rn. 41.

12 Vgl. *Schnellenbach*, a.a.O., Rn. 41.

mit ist der Einfluss der Medizinischen Fakultät gewahrt, was auch erforderlich ist, da auch das Prüfungsrecht vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG umfasst wird.<sup>13</sup>

## 2. Bestimmung von Prüfern für das Fach Allgemeinmedizin

Nach § 30 Abs. 2 S. 2 ÄAppO erstreckt sich die mündlich-praktische Prüfung auf patientenbezogene Fragestellungen aus der Inneren Medizin, der Chirurgie und dem Gebiet, auf dem der Prüfling seine praktische Ausbildung nach § 3 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 ÄAppO erfahren hat. Das kann auch nach jetzt geltender ÄAppO das Fach Allgemeinmedizin sein, so dass es der Bestellung entsprechender Prüfer bedarf. Wird das Fach Allgemeinmedizin, wie im „Masterplan Medizinstudium 2020“ offenbar vorgesehen, zukünftig Pflichtfach in der mündlich-praktischen Prüfung, erhöht sich in der Konsequenz lediglich der Bedarf an Prüfern, die die oben dargestellten Kriterien erfüllen.

Sofern bei der Bestellung von Prüfern im Fach Allgemeinmedizin die beschriebenen Verfahrensabläufe eingehalten werden, sind die Interessen der Medizinischen Fakultäten gewahrt. Nicht vereinbar mit Art. 5 Abs. 3 GG wäre es hingegen, wenn es – unter Umgehung der Medizinischen Fakultäten – beispielsweise den Kassenärztlichen Vereinigungen und/oder den Fachgesellschaften obläge, Prüfer aus den Vertragsarztpraxen vorzuschlagen.

Um dies klarzustellen, könnte der Gesetzgeber in § 15 Abs. 1 S. 6 hinter das Wort „stattdessen“ die Worte „im Einvernehmen mit den Universitäten“ einfügen.

Frank Wertheimer ist Partner der Kanzlei KRAUSS LAW in Lahr/Schwarzwald. Zuvor war er 17 Jahre im Universitätsbereich, davon über 10 Jahre in der Hochschulmedizin tätig. Zu seinen Beratungsfeldern gehört im Bereich des Arbeitsrechts auch das Hochschulrecht.

<sup>13</sup> Schnellenbach, a.a.O., Rn. 17 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.



# Klaus Bartels

## Vom Leben der Wörter

### Gedenken an Helmut Engler (14.4.1926 - 25.10.2015)

Rektorat und rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg haben am 25. Oktober 2016 in einer Feier ihres ein Jahr zuvor verstorbenen Mitglieds *Helmut Engler*, ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht an der Universität Freiburg und von 1978 bis 1991 Minister für Wissenschaft und Kunst des Landes Baden-Württemberg gedacht. Sie haben sein wissenschaftliches Werk, vor allem seine Zeit als Wissenschaftsminister gewürdigt, in die etwa die Gründung der Berufsakademien (heute duale Hochschulen) fällt.

Helmut Engler war auch Minister für Kunst und so zuständig auch für Literatur. Deren Förderung war ein Schwerpunkt seiner Tätigkeit. Sinnbild dafür ist sein Engagement für die alten Sprachen im Rahmen der von ihm fast zwei Jahrzehnte geleiteten „Stiftung Humanismus heute“. Mit *Klaus Bartels*, dem Autor des nachfolgenden Beitrags, verband ihn in der Stiftung eine der Sprache gewidmete Freundschaft. *Engler* pflegte in seiner täglichen Arbeit sorgsam die Sprache und ging der Bedeutung von ihm (und anderen) gebrauchten Wörtern nach. Interesse für deren Leben war ihm eigen. Indem *OdW* den Beitrag von *Klaus Bartels* wiedergibt, möchte sie solches Interesse auch bei anderen in der Wissenschaft Tätigen neu wecken.

*Manfred Löwisch*

Wörter, einfach Wörter: Das ist die schlichteste Ware, die ein Philologe bringen kann: Die Wörter sind der Stoff, aus dem die Texte sind, von den lyrischen Gedichten bis zu den Gesetzestexten. Und sie leben darin ihr ureigenes verborgenes Leben. Nehmen wir nur gleich dies Wörtchen „Text“ beim Wort: Da erscheint hinter unserem „Text“ ein lateinisches *texere*, „weben“; da verwandelt sich der schwarzweisse „Text“ in ein aus den Kettfäden und Schussfäden der Wörter gewobenes farbiges „Gewebe“. Soweit wir sehen, hat Cicero als erster das Weben von den Textilien auf die Texte übertragen. Er schreibt an einen Freund: „In einer Privatklage gebrauchen wir eine eher fachliche, in einem politischen Prozess eine eher kunstvolle Sprache; einen Freundesbrief dagegen pflegen wir aus ganz alltäglichen Wörtern zu weben – lateinisch: *texere solemus* – oder wieder deutsch: zu texten“ (Briefe an Freunde 9, 21, 1).

Wortgeschichte: Zum einen Teil geht es da um Sprachgeschichte: um Sprachverwandtschaften und Lautgesetze, um den grossen Baukasten aus Präfixen vorneweg, Wortstämmen und Suffixen hinterdrein. Zum anderen Teil geht es da um Kulturgeschichte: um die so vollkommen menschlichen Lebenswege der Wörter durch die Zeiten und die Sprachen, ihre Bedeutungssprünge und Beziehungskisten, ihr Aufsteigen und ihr Wiederabsinken, ihr abenteuerliches Hakenschlagen querfeldein. Da gilt allemal, frei nach der lustigen Person im „Faust“: „Greift nur hinein ins volle Wörterleben! ... und wo ihr's packt, da ist's interessant.“

Und oft genug auch irritierend. Schlagen wir auf der Fährtsuche nach einer „Kanzlei“ oder einem „Kanzler“ im guten alten „Georges“ nach, so finden wir da unter dem Stichwort *cancellarius* zunächst ein Substantiv mit der Bedeutung „Türsteher“ oder „Kanzleidirektor“ und dann ein Adjektiv mit der Bedeutung „hinter Gittern gemästet“. Was in aller Welt hat das mit einem „Kanzler“ oder gar mit einer „Kanzlerin“ zu tun? Die „Gitter“ bringen uns auf die rechte Fährte. Ein „Lattenzaun mit Zwischenraum, hindurchzuschauen“, die Latten über Kreuz schräggestellt, hieß im Lateinischen *cancelli*, im Plural: „die Latten, die Schranken“. Daher kommt die Bezeichnung *cancellarius*, „der an den Schranken“, für den Gerichtsdienner, der zwischen dem Gericht und den Parteien vermittelte, Schriftsätze entgegennahm und Urkunden aushändigte, und daher rührt dann, nebenbei, das Qualitätsprädikat *cancellarii* für die hinter Gittern – in Käfighaltung – gemästeten Wacholderdrosseln.

Ein solcher *cancellarius* „an den Schranken“ zwischen Gericht und Parteien, Behörde und Publikum hatte im Sinne des Wortes eine Schlüsselfunktion inne. Von dem spätantiken *cancellarius*, „Bürochef, Kanzleichef“, im Dienst eines hohen Magistraten ist der Titel auf den mittelalterlichen kaiserlichen *kanzelaere* oder auch schon kurz *kanzler* übergegangen; auch der vermittelte ja sozusagen „an den Schranken“ zwischen Kaiser und Volk.

Die gleichen *cancelli* haben dann auch der „Kanzel“ in der Kirche den Namen gegeben: An der Schranke zwischen Chor und Schiff hatte das erhöhte Lesepult seinen Platz, von dem herab der Priester seine Predigt hielt. Die Kanzel ist sozusagen das Predigtstuhl „an den Schranken“. Und von der hohen Warte dieser Kirchenkanzel ist das Wort dann weiter auf die Aussichtskanzel hoch über Berg und Tal übergesprungen und schliesslich noch auf den Hochsitz der Pilotenkanzel hoch über der Startpiste.

Damit sind wir, scheint es, nun weit jenseits aller Lattenzäune und überhaupt aller Gitterwerke. Und doch nur solange, bis der Pilot da oben in seiner Pilotenkanzel eine kabelknabbernde Maus entdeckt und dann auf der großen Tafel in der Abflughalle plötzlich die anglolateinische Anzeige *Cancelled*, neudeutsch „gekänzelt“, erscheint: Das lateinische *cancellare*, eigentlich „kreuzweise vergittern“, bedeutete ja schon unter römischen Juristen soviel wie „streichen, tilgen“, entsprechend unserem „Ausixen“ auf der alten Schreibmaschine.

Familienverhältnisse, Verwandtschaftsverhältnisse: Da gibt es wie unter den Menschen, so unter den Wörtern nahe Bluts- und Stammverwandte, die sich so weit auseinandergelebt haben, dass sie nichts mehr voneinander wissen wollen. Wer denkt denn, aller augen- und ohrenfälligen Familienähnlichkeit zum Trotz, bei einem Bau-„Kran“ gleich an einen „Kranich“, griechisch *géranos*, dessen lautmalender Name schon in klassischer Zeit an die gleich langhalsigen und gleich laut krächzenden Bau- und Theaterkräne übergegangen ist? Wer denkt denn bei einem Bund knackiger Radieschen, wörtlich: „Würzelchen“, gleich an einen Links- oder Rechts-Radikalen, diese blindwütigen „Wurzelburschen“, die alles, was ihnen nicht passt, immer gleich mit der Wurzel ausreißen wollen?

Wo die Bedeutungsbezüge die Verwandtschaft nicht mehr erkennen lassen, werden die augen- und ohrenfälligen Familienähnlichkeiten – wie bei jenen „Texten“ und den „Textilien“ – nicht mehr wahrgenommen. Wer denkt denn bei einem „Konjunktur“-Aufschwung noch an die glückverheißende Planeten-Konjunktion, die Planeten-„Verbindung“ am Himmel, die ihn im Voraus angekündigt hat, oder bei einem „Konjunktur“-Rückgang an die grammatischen Konjunktionen vom Schlage eines „Wenn“ und „Aber“ oder an die irrealen Konjunktive vom Schlage eines „Wäre da doch“ oder „Hätte ich doch“, die dann im Nachhinein zu hören sind? Wenn ein neues Fußball-Stadion aus der Projektierung in sein Planungs-Stadium eintritt, wechseln die Wörter auf der Schwelle ein fröhliches Augenzwinkern.

Und zugleich gibt es da, neben diesen verleugneten Bluts- und Stammverwandten, immer wieder bloße Doppelgänger, die einander täuschend ähnlich sehen, auch aufeinander Bezügliches bedeuten – und doch verwandtschaftlich nichts miteinander zu tun haben. So ist es, aller Sachbezüglichkeit zum Trotz, mit dem „Ball“, den der Stürmer in hohem Bogen ins Tor schießt, und der „Ballistik“, die derlei Geschossbahnen berechnen könnte: Da ist auf der einen Seite der prall aufgeblasene „Ball“ gleichen Stammes mit dem prall geschnürten Stoff-„Ballen“ und dem muskelgestaltigen, „mäuschen“-gestaltigen Hand-„Ballen“; und da ist auf der anderen

Seite die von dem griechischen Verb *bállein*, „werfen“, abgeleitete „Ballistik“ gleichen Stammes mit dem festlichen anderen „Ball“, auf dem die Tänzer ihre Arme und Beine herumwirbeln – als ob es da um die Flugbahnen außer Kontrolle geratener, quer durch den Ballsaal gewirbelter Tanz-Partnerinnen ginge.

Aus der „Atmosphäre“, einem neuzeitlichen, aus griechischen Elementen destillierten Retortenwort, weht uns nicht etwa ein germanischstämmiger „Atem“, sondern eine griechische *atmé* entgegen. Bei ihrem ersten Auftritt bei Hesiod (*Theogonie* 862) bezeichnet diese *atmé* einen sengenden, dörrenden „Gluthauch“ über der vom Blitz des Zeus getroffenen „brennenden, schmelzenden Erde“. Und später bei Aischylos (*Agamemnon* 1311) spricht die Seherin Cassandra von dem *atmós*, dem „Modergeruch“, der ihr aus dem Palasttor von Mykene „gleichwie aus einem Grab“ entgegenschlägt. Gluthauch und Moder: Was uns aus dieser zwei, drei Jahrtausende tiefen Lexikonspalte glutheiß und feuchtkalt in die Nase steigt, kann einem heute angesichts der aktuellen Klimaszenarien und Kassandrarufo ja schier den Atem verschlagen.

Vollends verwirrend wird das Vexierspiel dieser Doppelgänger, wenn das Kassationsgericht eine Geldstrafe kassiert und die Gerichtskasse dann nichts mehr zu kassieren hat. Bei einem Doping-„Test“ – eigentlich einer alchemistischen „Schmelztiegel“ –, der einem Radrennfahrer allzu männliche Testosteronwerte attestiert, haben wir es sogar mit einem wortgeschichtlichen Dreifachgänger zu tun, und bei dem super-männlichen Raser, dessen rasante, das heißt ja: alle Tempolimit-Tafeln wegrasierende Fahrt zu übler Letzt unterm grünen Rasen endet, haben wir noch einmal einen solchen veritablen Dreifachgänger vor uns.

Manchmal hilft das ungelehrte „Volk“ mit seinen wortdeutenden, sinnstiftenden „Volksetymologien“ einer solchen Beinahe-Begegnung noch ein wenig nach. Die Marmeltiere in den Bündner Bergen murmeln ja nicht mit dem Bergbach um die Wette. Darin stecken lateinische *mures montani*, „Bergmäuse“ von der kolossalen Art, die im Rätoromanischen einen tausendjährigen Winterschlaf gehalten haben, dann im Mittelhochdeutschen als kauderwelsche *mürmendin* erscheinen und sich schließlich zu ordentlichen „Marmeltieren“ gemauert haben – da konnte man sich bei dem Wort doch wieder etwas denken. Aber mit diesem „Sich-Mausern“ haben wir die Mäusewelt schon wieder verlassen – dahinter steckt ein lateinisches *mutare*; die „Maus“ der Vögel ist eine *mutatio vestis*, ein „Wechsel“ des Federkleids.

Nicht alles ist Griechisch oder Latein, was auf den ersten Blick antikisch aussieht. Es passte ja gut, wenn wir in dem klopfenden, stampfenden „Rap“-Sänger einen

homerischen Rhapsoden ausmachen dürften oder wenn wir diesen „Rap“ an dem von Cicero getadelten „rasenden, in seinem tollen Tempo unverständlichen Wortswall“, dieser „*rapida et celeritate caecata oratio*“ (Brutus 264) festmachen könnten. Aber das sind Holzwege: Der „Rap“ ist germanischen Ursprungs, nichts als Lautmalerei für ein lautes Klopfen und Pochen.

Aber manches ist tatsächlich Griechisch oder Latein, was gar nicht mehr antikisch aussieht. Da ist zum Beispiel die „Brezel“, die ihre Herkunft von den erst griechischen, dann lateinischen *braccia*, den „Armen“, mit ihren butterbestrichenen Schultern und ihren kreuzweise übereinander geschlagenen Armen ja noch ganz anschaulich vor Augen stellt. Der Weg von den lateinischen *braccia* zu unserer „Brezel“ ist mit einem spätlateinischen *bracciatellum*, einer althochdeutschen *brezzitella* und einer mittelhochdeutschen *brezel* bestens ausgemalt.

Oder da ist der scheinbar so urdeutsche Dorf-„Weiher“: Darin steckt ein lateinisches *vivarium*, wörtlich: ein „Lebend-Becken“. In der Antike bezeichnete dieses *vivarium* die am Meeresstrand künstlich angelegten Salzwasserbecken, in denen Lucullus die auf Vorrat gefangenen Salzwasserfische bis auf Weiteres sich tummeln ließ; im Mittelalter bezeichnete dieses *vivarium* – oder dann, im Munde der nicht lateinkundigen Laienbrüder, der „Weiher“ – den klösterlichen Fischteich, in dem die Ordensbrüder die fetten Karpfen für die nächsten Fastenzeiten heranzüchteten.

In unserem „Grill“ verbirgt sich eine lateinische *craticula*, ein hölzernes „Flechtwerk“ oder ein eiserner „Grillrost“. Auf dem Grillrost der Wortgeschichte, auf dem Weg aus der alten in die neuen Sprachen, hat sich diese Neun-Buchstaben-*craticula* wie eine wirkliche Grillade zu unserem Fünf-Buchstaben-„Grill“ zusammengezogen, aber das Pünktchen auf dem „i“ genau in der Mitte dieses à point gebratenen „Grills“ ist noch ein Pünktchen blutige Antike.

Wer diesen weitverzweigten Familiengeschichten, diesen verschlungenen Wörterlebensläufen nachspürt, findet leicht Hundertschaften derart merkwürdiger solcher Wörterlebensläufe mit ihrem kunterbunten, beziehungsreichen Auf und Ab und Hin und Her durch die Zeiten und die Sprachen. Unsere Sprache ist ja unser urmenschliches Menschenwerk; da hat jedes einzelne Wort wie jeder einzelne Mensch sein eigenes Leben; da ist kein Wörterleben wie das andere, so wenig wie ein Menschenleben wie das andere.

Wenn die Schweizer Pfadfinder ihrem Stammführer mit einem kräftigen „B-R-A-V-O!“ für das Herbstlager danken, mögen diese Rufe allenfalls noch italienisch tö-

nen; aber was steckt alles hinter einem solchen „Bravo!“. Erst bei Homer die „barbarophonen“, lautmalend „bla-bla-bla-tönenden“ kleinasiatischen Fremden, bei denen die Griechen immer nur „Bahnhof“ verstanden; dann bei Herodot die im abschätzigen Sinne „barbarischen“ Perser mit ihrer aus griechischer Sicht unwürdig-herrischen, menschenverachtenden Königsherrschaft; dann in der frühen Neuzeit der italienische „Bravo“ im Sinne des kaltblütigen Killers und im Deutschen der tapfer für seinen Kriegsherrn dreinschlagende „brave“ Landsknecht; dann, mit dem alles umkehrenden Sprung von den kriegerischen Söldnertugenden zu den friedlichen Bürgertugenden, der eben gerade nicht dreinschlagende biederemännlich „brave“ Bürger, und dann zuletzt die begeisterten „Bravo!“-Rufe des Opernfans für den Helden-tenor und seine Bravourarie – welch ein Wörterleben über die Jahrtausende hinweg!

Ich erinnere mich noch, wie ich mir als junger Schüler einen „Erz“-Engel mit stahlblau schimmernden, metallisch klingenden Flügeln vorstellte. Beim Griechischlernen kam ich dann dahinter, dass dieser herrliche Erzengel, griechisch *archángelos*, wörtlich verdolmetscht einfach ein „Erster Engel“ ist; das griechische Verb *árchein*, das sich im „Architekten“, dem „Ersten Baumeister“, und in der „Archäologie“ noch prägefrisch erhalten hat, bedeutet „anfangen, der Erste sein, herrschen“.

Und ich erinnere mich noch an das Aha-Erlebnis, mit dem ich in unserem Hausarzt einen Chefarzt entdeckte. Der griechische Ehrentitel *archiatrós*, „Erster Arzt“, war den Leibärzten der hellenistischen Könige und den Stadtärzten der großen Metropolen vorbehalten, bis die Titelinflation in der Spätantike die Ärzte allesamt zu solchen *archiatroí*, lateinisch *archiatri*, aufsteigen ließ. Aber dann schnurrte im lateinischen Westen, wo derlei griechische Titel keine sprechenden Titel mehr waren, der viersilbige *archiater* zu einem althochdeutschen *arzat*, einem mittelhochdeutschen *arzet* und schliesslich zu einem einsilbigen „Arzt“ zusammen. Seit her hat ein zweiter Beförderungsschub die Titelinflation wenigstens teilweise wieder ausgeglichen und neue „Chefärzte“, eigentlich ja schon „Chef-Chefärzte“ hervorgebracht. Das ist, wie wenn nächstens alle Ärzte in einem weiteren Inflationsschub zu Chef-Ärzten avancierten, alle diese „Chef-Ärzte“ allmählich zu „Schärzten“ zusammenschnurrten und ein dritter Beförderungsschub nochmals neue Chef-Schärzte, eigentlich dann schon „Chef-Chef-Chefärzte“ generierte.

Sie haben sich jetzt vielleicht an ähnliche wortgeschichtliche Aha-Erlebnisse erinnert. Ja wirklich? fragen wir uns da auf den ersten Blick, und Ja natürlich! sagen wir uns auf den zweiten Blick, und damit sind wir unver-

sehens an zwei echt Aristotelische Antiquitäten geraten. Dieses „wirklich“ und dieses „natürlich“: das sind, recht betrachtet, doch recht merkwürdige Wörter. Wenn einer mich ungläubig fragt, ob der „Skandal“ denn „wirklich“ nach dem fein justierten Stellholz in der Mausefalle heiße – was ist da eigentlich am „Wirken“? Und wenn ich ihm dann erkläre: Ja, „natürlich“, dieses fein justierte Stellholz heiße im Griechischen eben *skándalon*, und da lasse man besser die Finger davon – was hat das eigentlich mit der „Natur“ zu schaffen? Sehen wir uns hier nur jenes „wirklich“ etwas näher an – und dazu schalten wir jetzt 99 Sekunden Zoologie ein:

„Wirklich“ und „Wirklichkeit“: das sind Lehnübersetzungen aus dem griechischen Begriffspaar *dynamis* und *enérgēia*, lateinisch „Potenzialität“ und „Aktualität“, deutsch „Möglichkeit“ und „Wirklichkeit“, mit dem Aristoteles das alte Problem von Ei und Huhn wenigstens begrifflich hatte lösen wollen. Das Ei, erklärt Aristoteles, sei *dynámei*, „dem Entwicklungspotenzial nach“, lateinisch *potentialiter*, zu deutsch „möglicherweise“, ein Huhn, insofern als vielleicht einmal eines daraus werden könne; das ausgewachsene Huhn sei *energeíai*, „dem Am-Werke-Sein nach“, lateinisch *actualiter*, zu deutsch „wirklich, in Wirklichkeit“, ein Huhn, insofern als es nunmehr so recht hühnermässig werke und wirke – wobei dieses Werken und Wirken hier im Körnerpicken und Scharren, Eierlegen und Gackern besteht. Vom Misthaufen herab hören wir einen stolzen Hahn die schuldige Political Correctness anmahnen, und natürlich – hier wirklich „natürlich“ – zu Recht: Auch er ist mit seinem Krähen ja wirklich „am Werk“ und damit „wirklich“ ein Hahn.

Menschenkarrieren, Wörterkarrieren: Da gibt es neben derlei unwahrscheinlichen Abstürzen von der hohen Philosophie in die alltägliche Umgangssprache gerade so unwahrscheinliche Aufstiege, wie zum Beispiel den des griechischen Allerweltswörtchens *autós*, entsprechend unserem deutschen „selbst“, das im letzten Jahrhundert über das „Automobil“ und den „Automaten“ zu einem sprachlichen Leitfossil unseres technischen Zeitalters geworden ist. Wer im Deutschen sagt „mein Auto“, sagt griechisch ja buchstäblich „mein Selbst“ – und meint doch nicht sein eigenstes, innerstes Selbst, an dem sein Selbstverständnis und sein Selbstbewusstsein hängt, sondern nur sein „Automobil“, sein ohne Pferde von Fleisch und Blut kraft eigener Pferdestärken selbstanfahrendes „Selbstbewegliches“.

Dieses „Auto-mobil“, vorne Griechisch, hinten Latein, ist ein zweisprachiges Zwitterwesen, wie im griechischen Mythos die Chimäre: „Vorne Löwe“, sagt Homer, „hinten Drache ...“ Kein Wunder, dass dieses zweisprachige „Auto-mobil“ seinen lateinischen Echsenschwanz,

das „-mobil“, bald einmal abgeworfen hat; die Zoologen sprechen bei derlei Echsen von einer „Autotomie“, einer „Selbstverstümmelung“. Im nah verwandten Fall des „Omnibus“, dieses Automobils „für alle“, eines simplen Dativs Plural, hat umgekehrt der Schwanz den Rumpf, das „Omni-“, abgeworfen und ist seither als „Bus“ allein durch die Welt kutschiert. Aber nach dieser doppelten Autotomie ist es zu guter Letzt doch noch zu einem Happy End gekommen, als der griechische „Auto“-Rumpf und der lateinische „Bus“-Schwanz sich glücklich zu einem neuen griechisch-lateinischen Zwitterwesen, zum „Auto-bus“, vereinigten: Das ist eine echt automobiler Beziehungskiste.

Andere Wörter springen fröhlich sozusagen als Quereinsteiger von einem Lebenskreis zum anderen, von einer Bildlichkeit zur anderen:

So ist das griechische *kéntron*, eigentlich der „Stachel“ der Bienen und Wespen und der „Sporn“ der Hähne und der Reiter, in der Platonischen Akademie über die Spitze des Zirkels zum Fachwort für den Mittelpunkt, sozusagen den „Stachelpunkt“ des Kreises geworden und hat in der Folge über das lateinische *centrum* allen möglichen gar nicht mehr stacheligen, gar nicht mehr spitzigen Zentren, Centers und Zentralen den Namen gegeben;

so ist die ägyptische Königin Berenike II. über die ihr zu Ehren benannte ostlibysche Hafenstadt Berenike alias heute Bengási und einen wieder nach diesem Herkunfts-ort benannten Lack, lateinisch *veronice*, italienisch *vernice*, französisch *vernis*, englisch *varnish*, bei uns „Firnis“, unfehlbar Ehrengast bei allen festlichen Vernissagen geworden. Bei den Gemälde-Vernissagen des 19. Jahrhunderts legte der Künstler ja tatsächlich noch letzte Hand und schließlich letzten Lack an seine Bilder.

Lassen Sie sich anstecken von diesem philologischen, wortgeschichtlichen Spleen! Hinter dem englischen „Spleen“ steckt ja auch schon wieder Griechisches: ein pathologischer *splen*, in diesem Fall eine von fortgeschrittener Philologitis befallene „Milz“. In diesen Wortgeschichten zeigt sich die Sprache in ihrem ureigenen urmenschlichen Leben. Wie auf dem Ausgrabungsfeld die alten Steine und Scherben, so beginnen auf dem geschichtsträchtigen Boden der Sprache die alten und neuen Wörter zu sprechen und mit ihrer eigenen Geschichte überhaupt Geschichte zu erzählen.

Wenn wir die „Rakete“ nach ihrer Wortgeschichte fragen, so erinnert sie uns an die ferne Zeit, in der ein häuslicher Spinn-„Rocken“ um der bloßen äußeren Ähnlichkeit willen zuerst den chinesischen Feuerwerkskörpern und dann den amerikanischen „Apollo“-Mond-Raketen und den europäischen „Ariane-V“-Raketen seinen Namen leihen konnte. Und zu diesen „Ariane“-Ra-

keten kann ich Ihnen jetzt nach all dem Alten vielleicht noch etwas Neues sagen – und etwas, an dem Helmut Engler seine besondere Freude hatte.

Ariane, Ariadne – das ist doch die mit dem Faden, den Theseus beim Hineingehen in das Labyrinth abwickeln und dann zum Hinausfinden wieder aufwickeln sollte, dem „Ariadnefaden“, der seither zum alles und jedes vernetzenden „Leitfaden“ geworden ist. Mittlerweile gibt es hunderterlei nun nicht mehr gesponnene, sondern getextete, „gewobene“, solche „Leitfäden“ durch hunderterlei Labyrinth. Aber welcher Leitfaden leitet uns jetzt von der alten Ariadne auf Kreta zu der neuen „Ariane V“ auf Kourou? In einem Schweizer Fernseh-Magazin kam ich einmal mit einem leitenden Raketentechniker auf Kourou zusammen, und der gab mir die folgende Erklärung: Zuerst sei mit dem europäischen Raumfahrtprogramm alles, aber auch alles schiefgelaufen; doch dann habe ein neuer Projektleiter nochmals ganz von vorne angefangen und die Sache vom Kopf auf

die Füße gestellt. Angesichts dieses Neubeginns habe die Europäische Raumfahrtagentur die Rakete dann nach der mythischen Ariadne benannt: „Die hat damals doch auch“, sagte er, „aber das wissen Sie ja viel besser als ich – die hat damals doch auch ihren hoffnungslos verknoteten Faden einfach mitten durchgehauen!“

Prof. Dr. phil. Klaus Bartels, geb. 1936, Philologe, lebt in Kilchberg bei Zürich.

Buchpublikationen: „Veni vidi vici. Geflügelte Worte ...“ (15. Auflage 2016) und ein „Lesebuch“ dazu: „Geflügelte Worte aus der Antike – woher sie kommen und was sie bedeuten“; die Wortgeschichtensammlungen „Wie Berenike auf die Vernissage kam“, „Wie die Marmelade murmelte“, „Trüffelschweine im Kartoffelacker“, „Die Sau im Porzellanladen“; die Zitatensammlung „Jahrtausendworte – in die Gegenwart gesprochen“; die Inschriftensammlung „Roms sprechende Steine“ (4. Auflage 2012, sämtlich im Verlag Philipp von Zabern, Mainz/Darmstadt).





# Maren Jantz

## *Sprachwahl und Wissenschaftsfreiheit*

### A. Einleitung

Forschung und Lehre an deutschen und europäischen Universitäten werden stetig internationaler.<sup>1</sup> In der Europäischen Union mit ihren 24 verschiedenen Amtssprachen bedeutet dies, dass vermehrt in englischer Sprache kommuniziert wird, da diese dem größtmöglichen Personenkreis verständlich ist.<sup>2</sup> An deutschen Universitäten wurden im Jahr 2015 über 1.000 englischsprachige Kurse angeboten. Auch deswegen studierten an den deutschen Universitäten vermehrt internationale Studenten (erstmalig über 300.000 ausländische Studierende in Deutschland in 2014).<sup>3</sup> Zudem ist es in vielen Fachbereichen (insbesondere den Naturwissenschaften) inzwischen üblich, dass deutsche Wissenschaftler, die an deutschen Forschungseinrichtungen beschäftigt sind, auf Englisch publizieren.<sup>4</sup> Universitäten und Forschungseinrichtungen haben ein Interesse daran, ihre Internationalisierung voranzutreiben, um ihren Ruf im Ausland zu stärken und dadurch sowohl attraktiv für renommierte internationale Gastwissenschaftler und Studenten zu werden als auch im Rennen um internationale Forschungsgelder gut abzuschneiden. Vor allem das Volumen der von der Europäischen Union gestellten Forschungsgelder hat sich in den vergangenen Jahrzehnten stark erhöht.<sup>5</sup> Zudem wird das Einwerben von europäischen Fördergeldern inzwischen auch bei der nationalen Forschungsförderung positiv berücksichtigt.<sup>6</sup>

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, inwieweit deutsche Hochschulen und außeruniversitäre Forschungseinrichtungen ihr internationales Profil dadurch stärken dürfen, dass sie den bei ihnen beschäftigten Forschern und Lehrern Vorgaben hinsichtlich der Sprache ihrer Publikationen und ihrer Lehrveranstaltungen ma-

chen. Des Weiteren ist der Frage nachzugehen, inwiefern die Europäische Union im Rahmen ihrer Forschungsförderung den geförderten Forschern die Publikation ihrer Forschungsergebnisse in einer bestimmten Sprache vorschreiben darf. In beiden Fällen ergeben sich Einschränkungen aus der Wissenschaftsfreiheit.

### B. Sprachwahl als Teil der Wissenschaftsfreiheit nach dem Grundgesetz und die Möglichkeit ihrer Beschränkung

#### I. Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit

##### 1. Sachlicher Schutzbereich

Art. 5 Abs. 3 GG schützt jede wissenschaftliche Tätigkeit, also alles, „was nach Inhalt und Form als ernsthafter planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist.“<sup>7</sup> Die Wissenschaftsfreiheit umfasst die Forschung, als „die geistige Tätigkeit mit dem Ziele, in methodischer, systematischer und nachprüfbarer Weise neuer Erkenntnisse zu gewinnen“<sup>8</sup> ebenso wie die Lehre als „der wissenschaftlich fundierten Übermittlung der durch die Forschung gewonnenen Erkenntnisse“.<sup>9</sup>

Die Wissenschaftsfreiheit garantiert nicht nur dem Einzelnen ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe in seine Freiheit der Forschung und Lehre, sondern verkörpert als verfassungsrechtliche Grundentscheidung auch eine objektive Wertordnung. Diese objektive Wertordnung bekräftigt sowohl den Schutz des Einzelnen als auch die Bedeutung, die der freien Wissenschaft für die gesamtgesellschaftliche Entwicklung zukommt und daraus resultierend das gesellschaftliche Interesse an einem funktionsfähigen Wissenschaftsbetrieb.<sup>10</sup>

1 Hendl, VVDStRL 2005 (65), 258 ff.

2 Die Europäer und ihre Sprachen, S. 4, abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/public\\_opinion/archives/ebs/ebs\\_243\\_sum\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_243_sum_de.pdf) [abgerufen am 30.11.2016].

3 BMBF Pressemitteilung 098/2015, abrufbar unter: <https://www.bmbf.de/de/erstmalig-ueber-300-000-auslaendische-studierende-in-deutschland-956.html> [abgerufen am 30.11.2016].

4 Hornborstel/Klingsporn/von Ins, in: Publikationsverhalten in unterschiedlichen wissenschaftlichen Disziplinen, 2. Auflage 2009, S. 26, abrufbar unter: [https://www.humboldt-foundation.de/pls/web/docs/F13905/12\\_disk\\_papier\\_publicationsverhalten2\\_kompr.pdf](https://www.humboldt-foundation.de/pls/web/docs/F13905/12_disk_papier_publicationsverhalten2_kompr.pdf) [abgerufen am 30.11.2016]; Empfehlung „Sprachenpolitik an deutschen Hochschulen“ - Empfehlung der 11. Mitgliederversammlung der HRK am 22.11.2011 in Berlin, abrufbar unter: <https://www.hrk.de/positionen/beschluesse-nach-thema/convention/empfehlung-sprachenpolitik-an-deutschen-hochschulen/> [abgerufen am 30.11.2016].

5 Das erste Forschungsrahmenprogramm (1984) hatte einen Umfang von unter 4 Milliarden Euro, das aktuelle achte Forschungsrahmenprogramm hat einen Förderungsrahmen von insgesamt ca. 78 Milliarden Euro; vgl. Stamm, Europas Forschungsförderung und Forschungspolitik – Auf dem Weg zu neuen Horizonten, S. 19.

6 Stamm, Europas Forschungsförderung und Forschungspolitik – Auf dem Weg zu neuen Horizonten, S. 50.

7 BVerfG, Urteil vom 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 und 325/72 = BVerfGE 35, 79.

8 Bundesbericht Forschung III BT-Drs. V/4335, S. 4.

9 BVerfG, Urteil vom 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 und 325/72 = BVerfGE 35, 79.

10 BVerfG, Urteil vom 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 und 325/72 = BVerfGE 35, 79.

Die Wissenschaftsfreiheit als Abwehrrecht des Einzelnen schützt unstreitig unter anderem die Freiheit der Verbreitung von Forschungsergebnissen.<sup>11</sup> Umstritten ist lediglich, ob die Verbreitungsfreiheit dem Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit an sich,<sup>12</sup> der Forschungsfreiheit<sup>13</sup> oder zumindest hinsichtlich der Publikation von Lehrbüchern und von Artikeln in Ausbildungszeitschriften der Lehrfreiheit<sup>14</sup> zuzuordnen ist. Die exakte dogmatische Einordnung hat hinsichtlich der Zulässigkeit von Einschränkungen der Veröffentlichungsfreiheit keine Auswirkungen, da die Wissenschafts-, die Forschungs- und die Lehrfreiheit denselben Schranken unterliegen.

Die Verbreitungsfreiheit umfasst Ort und Zeit der Publikation sowie deren Modalitäten.<sup>15</sup> Unter die geschützten Modalitäten fällt nicht zuletzt die Sprache, in der das wissenschaftliche Werk verfasst ist.<sup>16</sup> Die Sprache ist stets eine entscheidende Komponente des wissenschaftlichen Werkes, wenn auch ihre Bedeutung in einigen Fachbereichen zentraler ist als in anderen. Eine besondere Bedeutung kommt der Veröffentlichungssprache in den Geistes-, Sozial- und Rechtswissenschaften zu, da sie in diesen Bereichen ein wesentliches Instrument des Wissenschaftlers ist und nur wenige Wissenschaftler es vermögen, sich in mehreren Sprachen mit derselben der Sache nach erforderlichen Präzision auszudrücken. Außerdem kann das Thema eines Forschungsvorhabens die Verwendung einer bestimmten Sprache, wenn auch nicht zwingend vorgeben, so doch besonders sinnvoll erscheinen lassen.

Gegenstand der Lehrfreiheit ist unter anderem das Recht des Lehrenden, selbst den Inhalt sowie den Ablauf seiner Lehrveranstaltung festzulegen.<sup>17</sup> Zum Inhalt und Ablauf der Lehrveranstaltung gehört auch, in welcher Sprache sie stattfindet. Auch für den Inhalt und die Qualität der Lehrveranstaltung ist die Sprache

ein entscheidender Bestandteil, da der lehrende Wissenschaftler nur in einer begrenzten Anzahl an Sprachen in der Lage sein wird, die Veranstaltung auf einem hohen Niveau anzubieten. Außerdem gilt ebenso für die Lehrveranstaltung wie für die Publikation, dass gewisse Themen die Kommunikation in einer bestimmten Sprache vorgeben.

Die aus der Verbreitungsfreiheit folgende wissenschaftliche Sprachfreiheit hat das Recht des Einzelnen zur Konsequenz, die von ihm in Schrift und Wort verwendete Sprache selbst zu wählen. Ein Wissenschaftler hat daher nach Art. 5 Abs. 3 GG also zunächst grundsätzlich ein verfassungsrechtlich verbürgtes Recht, die Sprache, in der er seine Forschungsergebnisse publiziert oder seine Lehrveranstaltungen abhält, selbst zu bestimmen.

## 2. Persönlicher Schutzbereich

Die Wissenschaftsfreiheit ist ein Jedermann-Grundrecht und schützt als solchen „jeden, der wissenschaftlich tätig ist oder tätig werden will“.<sup>18</sup> Das umfasst zunächst die Wissenschaftler selbst, im nächsten Schritt über Art. 19 Abs. 3 GG aber auch die Hochschulen sowie deren Fakultäten und Fachbereiche<sup>19</sup>, die außeruniversitären Forschungseinrichtungen<sup>20</sup> sowie forschende Wirtschaftsunternehmen.<sup>21</sup>

## 3. Abgrenzung zur allgemeinen Sprachfreiheit sowie zur Meinungs- bzw. Pressefreiheit

Die Sprachfreiheit wird im Grundgesetz nicht explizit geschützt.<sup>22</sup> Da die Sprache allerdings ein essentieller Bestandteil der Identität des Einzelnen ist und ihm die Möglichkeit der Persönlichkeitsentfaltung bietet, ist sie Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.<sup>23</sup> Die allgemeine Sprachfreiheit schützt das Recht des Einzelnen die von ihm im öffentlichen und im privaten Gebrauch in Schrift und Wort verwendete Sprache selbst zu wäh-

11 BVerfG, Urteil vom 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 und 325/72 = BVerfGE 35, 79; Mager, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band 7, 3. Aufl., Heidelberg 2009, § 166 Rn. 17; Scholz, in: Maunz/Dürig, 77. EL Juli 2016, Art. 5 Abs. 3, Rn. 13.

12 Mager, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band 7, 3. Aufl., Heidelberg 2009, § 166 Rn. 17.

13 Kempfen, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), 2. Aufl. 2011, Kap. I, Rn. 67.

14 Scholz, in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, 77. EL Juli 2016, Art. 5 Abs. 3, Rn. 108; Starck, in: Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, 6. Auflage 2010, Art. 5 Abs. 3, Rn. 376.

15 BVerfG, Urteil vom 3.9.2015 – 1 BvR 1983/15, ArbR 2015, 513; Starck, in: Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, Art. 5 Abs. 3, Rn. 416.

16 Kahl, VVDStRL 65 (2006), 386, 402 f.; Kahl, JuS 2007, 201, 203.

17 Vgl. § 4 III HRG, s. auch BVerfG, Beschluss vom 7. 10. 1980 – 1 BvR 1289/78.

18 BVerfG, Urteil vom 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 und 325/72 = BVerfGE 35, 79.

19 BVerfG, Urteil vom 16.1.1963 – 1 BvR 316/60, BVerfGE 15, 256; Mager, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band 7, 3. Aufl., Heidelberg 2009, § 166 Rn. 37; Arnold, Die Bedeutung der Wissenschaftsfreiheit für die Fraunhofer-Gesellschaft, S. 97.

20 BVerfG vom 10.3.1992, 1 BvR 454 u.a./91, BVerfGE 85, 360; Schmidt-Assmann, Die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG; in: FS für Werner Thieme zum 70. Geburtstag, S. 707; Scholz, in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, 77. EL Juli 2016, Art. 5 Abs. 3, Rn. 125.

21 Ruffert, VVDStRL 65 (2006), 145, 179.

22 Anders ist dies beispielsweise in Art. 18 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

23 Kahl, VVDStRL 65 (2006), 386, 395 m.w.N.; Kahl, JuS 2007, 201.

len.<sup>24</sup> Die allgemeine Sprachfreiheit kommt für forschende bzw. lehrende Wissenschaftler nicht zur Anwendung, da Art. 5 Abs. 3 GG die speziellere wissenschaftliche Sprachfreiheit schützt.<sup>25</sup>

Die Meinungs- und die Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG spielen für die Veröffentlichungsfreiheit des Wissenschaftlers keine Rolle, da die Wissenschaftsfreiheit als spezielleres Grundrecht wissenschaftliche Publikationen zumindest hinsichtlich der Rechte der Wissenschaftler schützt.<sup>26</sup>

#### 4. Grundrechtsbindung

Nach Art. 1 Abs. 3 GG sind die Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung unmittelbar an die Grundrechte gebunden. Die staatlichen Hochschulen sind als staatliche Organe, die als juristische Personen des öffentlichen Rechts organisiert sind, unmittelbar nach Art. 1 Abs. 3 GG gegenüber ihren wissenschaftlich tätigen Mitgliedern an die Wissenschaftsfreiheit gebunden.<sup>27</sup>

Viele außeruniversitäre Forschungseinrichtungen werden überwiegend vom Staat finanziert und von diesem gesellschaftsrechtlich beherrscht. Zudem nehmen sie staatliche Aufgaben wahr, sodass sie dem Staat zugerechnet werden. Sie sind dementsprechend im Verhältnis zu ihrem wissenschaftlichen Personal gemäß Art. 1 Abs. 3 GG direkt an die Grundrechte gebunden.

Außeruniversitäre Forschungseinrichtungen, die nicht öffentlich-rechtlich organisiert sind, sowie solche, die aufgrund ihrer Finanzierung, organisatorischen Selbstständigkeit bzw. ihrer Aufgabenerfüllung nicht als staatlich angesehen werden können, sind durch die mittelbare Drittwirkung, die aus der objektiven Wertentscheidung des Art. 5 Abs. 3 GG folgt, an die Wissenschaftsfreiheit gebunden.<sup>28</sup> Auch forschende Wirtschaftsunternehmen sind gegenüber ihren angestellten Forschern durch die mittelbare Drittwirkung der Wissenschaftsfreiheit an diese gebunden.<sup>29</sup>

Die grundrechtliche Wertordnung wirkt sich auch bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln aus.<sup>30</sup> Zentral ist dabei § 106 GewO als allgemeine Vorschrift über das Weisungsrecht.

<sup>24</sup> Kahl, VVDStRL 65 (2006), 386, 398 f sowie Fn 48.

<sup>25</sup> Kahl, VVDStRL 65 (2006), 386, 396.

<sup>26</sup> Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 77. EL Juli 2016, Rn 13; umstritten ist der Schutz des Art. 5 Abs. 3 hinsichtlich der Rechte der Verleger, siehe Scholz, ebenda, m.w.N.

<sup>27</sup> Sterzel, Die Wissenschaftsfreiheit des angestellten Forschers, S. 52; Scholz, in Maunz/Dürig, GG Kommentar, 77. EL Juli 2016, Art. 5 Abs. 3, Rn. 128.

<sup>28</sup> Schmidt-Assmann, Die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG; in: FS für Werner Thieme zum 70. Geburtstag, S. 708. 29 vgl. Riefner, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band 7, 3. Aufl., Heidelberg 2009, § 196 Rn 88 ff.; Schubert/Tarantino,

## II. Sprachvorgaben als Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit

Aus dem Vorstehenden folgt: Vorgaben der Grundrechtsverpflichteten gegenüber den Wissenschaftlern hinsichtlich der Sprache, in der eine Publikation abgefasst sein oder eine Lehrveranstaltungen gehalten werden muss, stellen einen Eingriff in die Verbreitungsfreiheit und die Lehrfreiheit als Teile der Wissenschaftsfreiheit dar.

Solche Vorgaben können den Wissenschaftlern auf verschiedensten Wegen gemacht werden. Im Folgenden sollen Vorgaben, welche die unterschiedlichen Grundrechtsadressaten den Grundrechtsträgern im Arbeitsvertrag und durch Weisung machen, auf ihre Zulässigkeit untersucht werden.

### 1. Sonderstellung der Professoren an staatlichen Hochschulen

Professoren an staatlichen Hochschulen befinden sich gegenüber den anderen wissenschaftlich Tätigen in zweierlei Hinsicht in einer Sonderstellung. Zum einen werden sie in der Regel nicht auf Grundlage eines Arbeitsvertrages beschäftigt, sondern sind Beamte.<sup>31</sup> Aus der Beamtenstellung folgen gewisse Amtspflichten, die geeignet sind, die Wissenschaftsfreiheit einzuschränken. Eine solche Einschränkung ist aber zumindest im Kernbereich der Wissenschaftsfreiheit, der Forschung und der Lehre, weitgehend weder zulässig (Art. 5 Abs. 3 GG) noch bezweckt. Denn die Beamtenstellung soll dem Professor die persönliche und sachliche Unabhängigkeit verleihen, die er zur Ausübung seiner von Art. 5 Abs. 3 GG garantierten Freiheiten bedarf.<sup>32</sup> Daraus folgt die andere Besonderheit im Vergleich zu sonstigen wissenschaftlich Tätigen, dass sich Professoren an staatlichen Hochschulen nämlich nur sehr begrenzt Weisungsrechten gegenüber sehen.<sup>33</sup> Nur hinsichtlich der Lehrverpflichtungen unterliegen Professoren dem Weisungsrecht der Präsidenten bzw. Dekane der Fakultäten.<sup>34</sup> Bei der Ausübung dieses Weisungsrechts sind die Weisungsbefugten unmittelbar an Art. 5 Abs. 3 GG gebunden.<sup>35</sup> In der Ausübung seiner Forschungstätig-

OdW 2016, 169, 170.

<sup>30</sup> Schubert/Tarantino, OdW 2016, 169, 170.

<sup>31</sup> Löwisch/Wertheimer, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 2. Auflage 2011, Kap X, Rn 1 ff.

<sup>32</sup> Scholz, in Maunz/Dürig, GG Kommentar, 77. EL Juli 2016, Art. 5 Abs. 3, Rn. 172.

<sup>33</sup> Scholz, in Maunz/Dürig, GG Kommentar, 77. EL Juli 2016, Art. 5 Abs. 3, Rn. 172; Schubert/Tarantino, OdW 2016, 169, 175; Thieme, Deutsches Hochschulrecht, 3. Auflage 2004, Rn 701.

<sup>34</sup> Vgl. bspw. § 24 Abs. 2 S. 1 LHG BaWü; Art. 28 Abs. 4 S. 2 BayHSchG; § 28 Abs. 2 S. 2 ThürHG; § 27 Abs. 1 S. 2 HG NRW.

<sup>35</sup> S.o. B.I.4.

keit hingegen ist der Professor weisungsfrei, was den besonderen Schutzgehalt des Art. 5 Abs. 3 GG widerspiegelt. Für Sprachvorgaben in Bezug auf die Veröffentlichungen von Professoren an staatlichen Hochschulen fehlt daher schon ein Weisungsrecht.

## 2. Die übrigen wissenschaftlich Tätigen

Wissenschaftliche Mitarbeiter an staatlichen Hochschulen stehen in einem arbeitsrechtlichen Verhältnis zum Bundesland, zu dem die Universität gehört, an der sie tätig werden.<sup>36</sup> Sie unterliegen daher dem Weisungsrecht nach § 106 GewO.<sup>37</sup>

Das wissenschaftliche Personal der außeruniversitären Forschungseinrichtung, zu dem auch deren leitende Wissenschaftler gehören, und das wissenschaftliche Personal der forschenden privaten Wirtschaftsunternehmen steht in einem Arbeitsverhältnis<sup>38</sup> zu den jeweiligen Einrichtungen für die es tätig wird. Alle diese Personen sind daher ebenso wie die Wissenschaftlichen Mitarbeiter an staatlichen Hochschulen und im Gegensatz zu den Professoren an staatlichen Hochschulen grundsätzlich bei der Ausübung ihrer Tätigkeit umfassend weisungsgebunden, § 106 GewO.<sup>39</sup>

Wie weit dieses Weisungsrecht reicht, hängt sowohl von der Ausgestaltung des Arbeitsvertrages als auch von der konkreten Weisung im Einzelfall ab.<sup>40</sup>

Die Ausgestaltung des Arbeitsvertrages und die daraus resultierende Einbindung in weisungsrechtliche Strukturen entscheidet zunächst darüber, ob ein Wissenschaftlicher Mitarbeiter an einer staatlichen Hochschule oder das wissenschaftliche Personal von außeruniversitären Forschungseinrichtung sowie forschenden privaten Wirtschaftsunternehmen sich überhaupt auf die Wissenschaftsfreiheit berufen kann. Denn auf die Wissenschaftsfreiheit kann sich nur berufen, wer wissenschaftlich tätig wird. Ob der Einzelne wissenschaftlich tätig wird oder nur qualifizierte Dienstleistungen in einem wissenschaftlichen Umfeld erbringt, legt der Arbeitsvertrag fest. Sieht der Vertrag also eine vollständig weisungsgebundene Tätigkeit vor, so kann sich der Arbeitnehmer nicht auf die Wissenschaftsfreiheit berufen, da nur eigenverantwortliche Tätigkeiten als Wissenschaft vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG umfasst sind.<sup>41</sup>

Sieht der Arbeitsvertrag hingegen vor, dass eine, wenn auch auf einen gewissen abtrennbaren Bereich beschränkte, unabhängige und damit wissenschaftliche Tätigkeit geschuldet wird, so kann sich der Einzelne bei der speziellen Vertragsgestaltung in diesem Bereich auf die Wissenschaftsfreiheit berufen. Wissenschaftliche Mitarbeiter an staatlichen Hochschulen sowie an dem Staat zuzuordnenden außeruniversitären Forschungseinrichtungen können sich ihrem Arbeitgeber gegenüber direkt auf Art. 5 Abs. 3 GG berufen, da ihre Arbeitgeber gemäß Art. 1 Abs. 3 GG direkt an die Grundrechte gebunden sind.<sup>42</sup> Das wissenschaftliche Personal der übrigen außeruniversitären Forschungseinrichtungen und der forschenden privaten Wirtschaftsunternehmen kann sich aufgrund der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte gegenüber seinem Arbeitgeber auf § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB berufen, soweit die die Wissenschaftsfreiheit einschränkenden Regelungen vom Arbeitgeber allgemein vorgegeben werden.

## III. Rechtmäßigkeit der Beschränkung der Sprachfreiheit

### 1. Schranken

Art. 5 Abs. 3 GG enthält keine Schrankenregelung. Die Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG sind aufgrund der Spezialität der Wissenschaftsfreiheit gegenüber den Freiheiten aus Art. 5 Abs. 1 GG nicht anwendbar.<sup>43</sup> Die Wissenschaftsfreiheit ist dennoch nicht schrankenlos gewährleistet. Sie wird eingeschränkt durch andere verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter.<sup>44</sup> Bei einer Kollision von verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern sind diese im Wege der praktischen Konkordanz so gegeneinander abzuwägen, dass beide so weit wie möglich zur Geltung kommen.<sup>45</sup>

### 2. Rechtmäßigkeit von Sprachvorgaben durch staatliche Hochschulen und dem Staat zuzuordnende außeruniversitäre Forschungseinrichtungen

Unterschiedlich zu behandeln sind Sprachvorgaben von staatlichen Hochschulen und dem Staat zuzurechnenden außeruniversitären Forschungseinrichtungen einer-

36 Löwisch/Wertheimer, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 3. Auflage 2017, Kapitel X, Rn 10.

37 Löwisch/Wertheimer, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 3. Auflage 2017, Kapitel X, Rn 57ff; Schubert/Tarantino, OdW 2016, 169, 175.

38 Mit Ausnahme der leitenden Wissenschaftler, die Organe der von ihnen geleiteten Forschungseinrichtung sind.

39 Schubert/Tarantino, OdW 2016, 169, 170.

40 Schubert/Tarantino, OdW 2016, 169.

41 Classen, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, S. 152; Scholz, in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, 77. EL Juli 2016, Art. 5

Abs. 3, Rn. 172; Schubert/Tarantino, OdW 2016, 169, 170 f. und 175 f.

42 S.o. B.I.4.

43 Kempen, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 2. Auflage 2011, Kapitel I Rn 95; Mager, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band 7, 3. Aufl., Heidelberg 2009, § 166 Rn. 30.

44 Löwisch, OdW 2016, 153, 154; Mager, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band 7, 3. Aufl., Heidelberg 2009, § 166 Rn. 30.

45 Callies, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Band II, 2006, § 44, Rn 34; Schulte, VVDStRL 65 (2006), 110, 120.

seits und dem Staat nicht zurechenbaren außeruniversitären Forschungseinrichtungen und privaten Wirtschaftsunternehmen andererseits. Denn die staatlichen Hochschulen und die dem Staat zurechenbaren außeruniversitären Forschungseinrichtungen können sich neben Art. 5 Abs. 3 GG nicht auf andere Grundrechte berufen.<sup>46</sup> Demgegenüber stehen dem Staat nicht zugeordneten außeruniversitären Forschungseinrichtungen ebenso wie privaten Wirtschaftsunternehmen das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG zur Seite.<sup>47</sup>

#### a) Sprachvorgaben für Lehrveranstaltungen

Wird durch einen Grundrechtsverpflichteten die Lernfreiheit eingeschränkt, so kommen als Schranke der Wissenschaftsfreiheit des lehrenden Wissenschaftlers die verfassungsrechtlich geschützten Güter der Studien- bzw. Lernfreiheit der Studenten<sup>48</sup> und der Ausbildungsauftrag der Universität in Betracht.<sup>49</sup> Es ist also eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen mit dem Ziel der Erreichung praktischer Konkordanz.

Legitim sind sprachliche Vorgaben, welche den Studenten die Möglichkeit geben sollen, ihrem Grundrecht auf Lernfreiheit gemäß ausgebildet zu werden oder welche einen ordnungsgemäßen Ablauf des Lehrbetriebes garantieren sollen. Die Weisung, eine Lehrveranstaltung in englischer Sprache abzuhalten, ist beispielsweise von diesem Zweck gedeckt, wenn es sich um Veranstaltungen des Fachbereichs Anglistik oder um englischsprachige Spezialveranstaltungen im Rahmen des Lehrangebots anderer Fachbereiche einer staatlichen Hochschule handelt, die ihre Veranstaltungen ansonsten grundsätzlich auf Deutsch abhalten. Nicht gedeckt wäre diese Vorgabe hingegen an einer staatlichen Hochschule in Bezug auf Lehrveranstaltungen, deren Thema keine besondere Verbindung zur englischen Sprache aufweist.<sup>50</sup>

Soweit ein solcher legitimer Zweck besteht, ist die Weisung, etwa die englische Sprache zu verwenden, geeignet und erforderlich, da kein milderes Mittel zur Gewährleistung der Lernfreiheit sowie eines ordnungsgemäßen Lehrbetriebs vorhanden ist.

Im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist im Wege der praktischen Konkordanz zu gewährleisten, dass sowohl die Wissenschaftsfreiheit

des Lehrenden als auch die Lernfreiheit der Studenten weitestmöglich zur Geltung kommen. Ein Wissenschaftler, der zu einem Thema forscht und lehrt, das eine enge Verbindung zur englischen Sprache aufweist, wird in seiner Lernfreiheit durch die Weisung zur Verwendung der englischen Sprache kaum eingeschränkt sein, da diese ein wesentlicher Bestandteil seiner Forschung ist. Dementsprechend ist es nur angemessen, der Lernfreiheit in diesem Zusammenhang den Vorzug zu geben, da diese durch auf deutscher Sprache abgehaltene Lehrveranstaltungen, die den Gebrauch des Englischen thematisch verlangen, stark eingeschränkt würde. Weist das Thema der Lehrveranstaltung also eine enge Verbindung zur englischen Sprache auf, ist eine entsprechende Vorgabe der englischen Sprache rechtmäßig.

#### b) Sprachvorgaben für Publikationen

Wird einem Wissenschaftler eine Vorgabe hinsichtlich der Sprache, in der er seine wissenschaftlichen Ergebnisse publizieren soll, gemacht, so schränkt dies seine Wissenschaftsfreiheit in ihrem Kernbereich ein, da die Kommunikation für die Wissenschaft von herausragender Bedeutung ist<sup>51</sup> und die zur Vermittlung von wissenschaftlichen Aussagen gewählte Sprache einen entscheidenden Einfluss auf die Art der Kommunikation hat. Es muss daher dem gegenläufigen Interesse zunächst ein verfassungsrechtlich garantiertes Rechtsgut zur Seite stehen.<sup>52</sup>

Ein solches Rechtsgut kann die Wissenschaftsfreiheit anderer Wissenschaftler sein, mit denen der betroffene Wissenschaftler im Rahmen der Hochschule oder der Forschungseinrichtung zusammenarbeitet. Hat sich eine Forschergruppe für die Veröffentlichung der gemeinsamen Forschungsergebnisse in einer bestimmten Sprache entschieden, muss sich diese Entscheidung gegen die abweichende Meinung einzelner Mitglieder der Forschergruppe durchsetzen können.

Hingegen reicht das Interesse der staatlichen Hochschule oder außeruniversitären Forschungseinrichtung, ihr wissenschaftliches Profil bzw. ihre Ausgangsposition im Wettbewerb um Forschungsförderungsgelder durch die Wahl einer gängigen Sprache und der damit einhergehenden Möglichkeiten eines besseren „Rankings“ zu stärken, nicht aus. Zwar sind die staatlichen Hochschu-

46 *Bethge*, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 7. Auflage 2014, München, Art. 5, Rn 220.

47 *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, S. 144, 155.

48 Umstritten ist, ob der Schutz aus Art. 5 Abs. 3 GG folgt (so: *Bethge*, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 7. Auflage 2014, München, Art. 5, Rn 208) oder aus Art. 2 Abs. 1 GG (so: *Thieme*, Deutsches Hochschulrecht, 3. Auflage 2004, 847).

49 BVerfG, Beschluss vom 7. 10.1980 – 1 BvR 1289/78; *Kahl*, VVD-

StRL 65 (2006), 386, 404; *Kempfen*, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 2. Auflage 2011, Kapitel I Rn 96.

50 *Kahl*, VVDStRL 65 (2006), 386, 402 f.

51 *Pernice*, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Band I, 2. Auflage 2004, Art. 5 III (Wissenschaft), Rn 28; *Steinfort*, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Veröffentlichungsfreiheit des Wissenschaftlers, Bonn 1987, S. 28 f.

52 A.A. *Starck*, in: Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, 6. Auflage 2010, Art. 5 Abs. 3, Rn 416.

len und die dem Staat zugeordneten außeruniversitären Forschungseinrichtungen grundsätzlich Träger der Wissenschaftsfreiheit. Auf diese können sie sich aber regelmäßig nur im Verhältnis zum Staat berufen. Den für sie tätigen Wissenschaftlern gegenüber sind sie in erster Linie grundrechtspflichtig.<sup>53</sup> Nur wenn und soweit sie ihre Aufgabe, den ihr angehörenden Wissenschaftlern die freie Betätigung zu ermöglichen und ihre sonstigen Aufgaben in der Wissenschaftspflege anders nicht mehr erfüllen können, kommt eine Einschränkung der Wissenschaftsfreiheit in Betracht.<sup>54</sup> Davon aber kann im Hinblick auf die Sprachwahl bei Publikationen in aller Regel nicht gesprochen werden.

### 3. Rechtmäßigkeit von Sprachvorgaben durch nicht dem Staat zuzuordnende außeruniversitäre Forschungseinrichtungen und forschende private Wirtschaftsunternehmen

Da in den hier zu behandelnden Institutionen nur geforscht und nicht gelehrt wird, kann es nur um die Zulässigkeit von Sprachvorgaben hinsichtlich der Publikation von Forschungsergebnissen gehen.

Als Schranke der Wissenschaftsfreiheit der Forscher kommen als kollidierende verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter die Wissenschaftsfreiheit der anderen Wissenschaftler und die Wissenschaftsfreiheit des Arbeitgebers sowie dessen unternehmerische Freiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG in Betracht.<sup>55</sup> Auf die Wissenschaftsfreiheit können diese Arbeitgeber sich allerdings nur berufen, sofern organisatorisch sichergestellt ist, dass ihre Arbeitnehmern wissenschaftlich tätig werden können,<sup>56</sup> sie ihnen also einen gewissen Freiraum bei der Forschung garantieren.

Diese Grundrechte der Arbeitgeber sind als kollidierendes Verfassungsrecht im Arbeitsverhältnis zu beachten, da die Grundrechte mittelbar zu Gunsten und zu Lasten beider Vertragsparteien wirken.<sup>57</sup>

Es ist also eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen, um die Zulässigkeit einer Weisung über die Verwendung einer bestimmten – oftmals der englischen – Sprache für Publikationen zu beurteilen.

Ebenso wie in der staatlichen Hochschule bzw. der dem Staat zuzuordnenden außeruniversitären For-

schungseinrichtung gilt auch hier, dass bei der Zusammenarbeit mehrerer Wissenschaftler an einem größeren Forschungsprojekt dem Einzelnen Sprachvorgaben zur Wahrung der Wissenschaftsfreiheit der übrigen Wissenschaftler gemacht werden dürfen. Sie sind also soweit rechtmäßig, als sie für die Durchführung und den Erfolg des Projekts erforderlich sind.

Das Interesse der Arbeitgeber, das hinter einer Sprachvorgabe steht, ist die Stärkung seines wissenschaftlichen Profils. Damit einhergehen soll die Möglichkeit, renommierte internationale Wissenschaftler als Arbeitnehmer gewinnen zu können und eine möglichst gute Ausgangsposition bei der Bewerbung um Forschungsförderungsgelder zu haben. Es soll also die wissenschaftliche Leistung der außeruniversitären Forschungseinrichtung bzw. des forschenden privaten Wirtschaftsunternehmens gestärkt werden, um wirtschaftlich wertvolle Ergebnisse zu erzielen und es sollen Fördergelder akquiriert werden. Diese Interessen werden sowohl von Art. 5 Abs. 3 als auch von Art. 12 Abs. 1 GG geschützt und sind damit als legitim anzusehen.

Eine Sprachvorgabe ist geeignet und erforderlich, um das Interesse des Arbeitgebers an internationaler Aufmerksamkeit zu erfüllen, da allein die Verwendung der englischen Sprache es garantiert, dass die internationale „scientific community“ die Forschungsergebnisse zur Kenntnis nehmen kann.

Fraglich ist allerdings, ob die Sprachvorgabe des Arbeitgebers als verhältnismäßig im engeren Sinne angesehen werden kann. Dies wäre wohl anzunehmen, wenn man mit *Starck* davon ausginge, dass die Art und Weise der Veröffentlichung lediglich eine Akzidenz der Forschungsfreiheit ist und Eingriffe daher einfacher zu rechtfertigen sind.<sup>58</sup> Anders ist es allerdings zu beurteilen, wenn man die Ansicht von *Pernice* und *Steinfort*,<sup>59</sup> dass die Veröffentlichungsfreiheit auch in Bezug auf ihre Modalitäten, wovon auch die Veröffentlichungssprache umfasst ist, zum Kernbereich der Wissenschaftsfreiheit gehört. Diese Ansicht ist überzeugender, da die Sprache einen wesentlichen Teil der Veröffentlichung darstellt. Sie ist das Medium, mit dem das Forschungsergebnis vermittelt wird. Erst die sprachliche Vermittlung macht die Ergebnisse für die „scientific community“ verständ-

53 *Hanau/Ossenbühl*, Kündigungsschutz und Wissenschaftsfreiheit, S. 74; *Löwer*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, 2011, Band IV, § 99, Rn 21; *Starck*, in: Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Auflage 2010, Art. 5 Abs. 3, Rn 409.

54 *Mallmann/Strauch*, Die Verfassungsgarantie der freien Wissenschaft, S. 14 f.; *Schulte*, VVDStRL 65 (2006), 110, 122.

55 *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, S. 144, 155; vgl. *Brenner*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Band V, 2013, § 155, Rn 15 ff.

56 *Schmidt-Assmann*, Die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG; in: FS für Werner Thieme zum 70. Geburtstag, S. 708; *Starck*, in: Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, 6. Auflage 2010, Art. 5 Abs. 3, Rn 411.

57 *Starck*, in: Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, 6. Auflage 2010, Art. 5 Abs. 3, Rn 411.

58 *Starck*, in: Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, 6. Auflage 2010, Art. 5 Abs. 3, Rn 416.

59 S.o. Fn 51.

lich und so zu einem Teil des wissenschaftlichen Dialogs. Außerdem ermöglicht es die Wahl der Sprache dem Wissenschaftler, den Adressatenkreis für seine Forschungsarbeit zu bestimmen, was je nach deren Thema ein wesentlicher Gesichtspunkt sein kann. Eine Sprachvorgabe stellt demnach einen Eingriff in den Kernbereich der Wissenschaftsfreiheit des Betroffenen dar. Eingriffe in den Kernbereich der Wissenschaftsfreiheit sind wesentlich schwieriger zu rechtfertigen.<sup>60</sup> Denn der aus der Verwehrung einer Sprachvorgabe resultierende Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit und die unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers ist weit weniger einschneidend. Zwar ist ihm die Möglichkeit der Schärfung seines internationalen Profils erschwert, er kann aber dennoch weiterhin auf dem von ihm gewünschten Gebiet forschen lassen und dadurch wirtschaftlich verwertbare Forschungsergebnisse erzielen.

#### IV. Ergebnis

Die Sprachwahl des Wissenschaftlers bezüglich seiner Publikationen und seiner Lehrveranstaltungen wird von Art. 5 Abs. 3 GG geschützt. Einschränkungen dieser Freiheit sind nur auf der Grundlage von kollidierenden verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern zulässig.

In Bezug auf Lehrveranstaltungen sind Sprachvorgaben zulässig, sofern die Studier- bzw. Lernfreiheit der Studenten und der ordnungsgemäße Ablauf der Lehrveranstaltungen es erfordern. Dies wird in der Regel am Beispiel der Vorgabe der Verwendung des Englischen nur zu bejahen sein, wenn Lehrveranstaltungen des Fachbereichs Anglistik oder Spezialveranstaltung anderer Fachbereiche, deren Thematik eine enge Verbindung zur englischen Sprache aufweisen, betroffen sind.

Sprachvorgaben für Publikationen sind in der Regel unzulässig, da entsprechende Eingriffe in den Kernbereich der Forschungsfreiheit nur schwer zu rechtfertigen sind. Eine Ausnahme ergibt sich insbesondere bei der Kooperation mehrerer Wissenschaftler, die nur mit Hilfe der gemeinsamen Verwendung derselben Veröffentlichungssprache möglich ist.

### C. Sprachwahl als Teil der Wissenschaftsfreiheit nach der Europäischen Grundrechte Charta und die Möglichkeit ihrer Beschränkung

#### I. Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit

In Art. 13 GRCh ist die Wissenschaftsfreiheit auf europarechtlicher Ebene garantiert. In Art. 13 heißt es, dass die Forschung frei ist und die akademische Freiheit geachtet wird. Die Begriffe Wissenschaft, Forschung und akademische Freiheit sind in der GRCh nicht definiert. Es gibt auch keine Rechtsprechung des EuGH, die sich mit der Wissenschaftsfreiheit der GRCh beschäftigt.<sup>61</sup>

Für den Begriff der Wissenschaftsfreiheit kann zwar nicht auf die Definition des Grundgesetzes abgestellt werden<sup>62</sup>, aber im europäischen Sekundärrecht findet sich zumindest eine Definition der Forschungsfreiheit, die Anhaltspunkte liefern kann.

So definiert die Richtlinie des Rates vom 12.10.2005 über ein besonderes Zulassungsverfahren für Drittstaatsangehörige zum Zwecke der wissenschaftlichen Forschung in Art. 2 lit. b) Forschung als „systematisch betriebene, schöpferische Arbeit mit dem Zweck der Erweiterung des Wissensstands, einschließlich der Erkenntnisse über den Menschen, die Kultur und die Gesellschaft, sowie der Einsatz dieses Wissens mit dem Ziel, neue Anwendungsmöglichkeiten zu finden“.

Von der Wissenschaftsfreiheit ist auch die Publikation der Forschungsergebnisse umfasst.<sup>63</sup> Dies erscheint allein schon aufgrund der Tatsache, dass die Wissenschaftsfreiheit der GRCh als Ausfluss der Meinungs- und Gedankenfreiheit gesehen wird,<sup>64</sup> zwingend. Denn für die Meinungsfreiheit ist es elementar, nicht nur eine Meinung zu haben, sondern diese auch kommunizieren zu dürfen. Da zum Kommunikationsvorgang entscheidend die Sprache gehört, in der kommuniziert wird, ist davon auszugehen, dass Art. 13 GRCh auch die wissenschaftliche Sprachfreiheit umfasst.

Persönlich können den Schutz der Wissenschaftsfreiheit des Art. 13 GRCh sowohl natürliche als auch juristische Personen, die wissenschaftlich tätig werden, in Anspruch nehmen.<sup>65</sup> Einem Wissenschaftler wird demnach durch

60 BVerfG, Beschlüsse vom 22.7.1999 – 1 BvR 709/97 und 7. 8.2007 – 1 BvR 2667/05.

61 *Kotzur*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht - Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 3. Auflage 2015, 2. Teil § 38 Bildung und Kultur, Rn 45; *Mann*, in: Hesselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 26, Rn 56.

62 *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEU, 5. Auflage 2016, Art. 13 GRCh mwN.

63 *Ruffert*, in Calliess/Ruffert, EUV/AEU, 5. Auflage 2016, Art. 13 GRCh, Rn 8.

64 *Kempfen* in: Stern/Sachs, Europäische Grundrechte-Charta, 2016, Art. 13, Rn 17, 24; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEU, 5. Aufl. 2016, Art. 13 GRCh, Rn 7.

65 *Kempfen*, in: Stern/Sachs, Europäische Grundrechte-Charta, 2016, Art. 13, Rn 9.



Art. 13 GRCh das Recht garantiert, eine wissenschaftliche Publikation in der Sprache seiner Wahl zu verfassen.

## II. Eingriff und dessen Zulässigkeit

Schränkte die Europäische Union im Rahmen der Vergabe ihrer Fördergelder dieses Recht durch sprachliche Vorgaben ein, läge darin ein Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit.<sup>66</sup>

### 1. Forschungsförderung durch die EU

Art. 179 AEUV schreibt das Ziel der Union fest, 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.

Zur Zielerreichung werden nach Art. 180 lit. a) AEUV unter anderem Programme für Forschung, technologische Entwicklung und Demonstration unter Förderung der Zusammenarbeit mit und zwischen Unternehmen, Forschungszentren und Hochschulen durchgeführt.

Die Forschungsrahmenprogramme werden gemäß Art. 182 Abs. 1 AEUV vom Europäischen Parlament und dem Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses aufgestellt. Diese fassen alle Aktionen der Union in diesem Bereich zusammen.

Zur Durchführung des Rahmenprogramms legt die Union unter anderem die Regeln für die Verbreitung der Forschungsergebnisse fest, Art. 183 AEUV.

Durch die Verordnung Nr. 1291/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2013 über das Rahmenprogramm für Forschung und Innovation Horizont 2020 (2014-2020) und zur Aufhebung des Beschlusses Nr. 1982/2006/EG wurde das aktuelle achte Forschungsrahmenprogramm eingeführt. Das Ziel des Programms ist es, zum Aufbau einer unionsweiten wissenschafts- und innovationsgestützten Gesellschaft und Wirtschaft beizutragen, indem es zusätzliche Fördermittel für Forschung, Entwicklung und Innovation mobilisiert und

einen Beitrag zur Verwirklichung der Ziele im Bereich Forschung und Entwicklung leistet, Art. 5 Abs. 1 der Verordnung.<sup>67</sup>

Zur Zielerreichung sollen drei Schwerpunkte dienen: „wissenschaftliche Exzellenz“, „führende Rolle der Industrie“ und „gesellschaftliche Herausforderungen“, Art. 5 Abs. 2 der Verordnung.

Im Rahmen dieses Beitrags ist es nicht möglich sämtliche Forschungsförderungsmaßnahmen der EU ausführlich darzustellen, weshalb der Blick im Folgenden auf den Schwerpunkt „wissenschaftliche Exzellenz“ und dort noch spezieller auf das Einzelziel „Stärkung der Pionierforschung durch Tätigkeiten des Europäischen Forschungsrates“ (ERC = European Research Council), Art. 3 Abs. 1 lit. a) des Beschlusses des Rates vom 3. Dezember 2013 über das Spezifische Programm zur Durchführung des Rahmenprogramms für Forschung und Innovation „Horizont 2020“ (2014-2020) gerichtet wird. Dieses Einzelziel ist aus zwei Gründen besonders interessant. Zum einen wird Projektförderung betrieben, in deren Rahmen Vorgaben bezüglich der Veröffentlichung der Forschungsergebnisse gemacht werden, zum anderen ist dieses Einzelziel mit einer finanziellen Ausstattung von ca. 13 Milliarden Euro eines der finanziell am besten ausgestatteten Einzelziele von Horizon 2020.<sup>68</sup>

Der ERC bietet Forschern eine Langzeitförderung für Projekte im Bereich der Grundlagenforschung. Die Fördermittel werden auf der Grundlage der Exzellenz des Förderantrags innerhalb eines peer review Verfahrens vergeben. Als Kriterien werden das Potential des Antragstellers, das Potential des Projekts und das Umfeld des Antragstellers herangezogen.<sup>69</sup> Mit den in diesem Verfahren erfolgreichen Teilnehmern werden Finanzhilfvereinbarungen / Grant Agreements geschlossen, Art. 18 Abs. 2 Verordnung (EU) Nr. 1290/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2013. Diese Vereinbarungen legen die Rechte und Pflichten der Teilnehmer und des ERC fest, Art. 18 Abs. 3 Verordnung (EU) Nr. 1290/2013.

### 2. Zulässigkeit von Sprachvorgaben im Rahmen der Finanzhilfvereinbarung

Die aktuellen Musterfinanzhilfvereinbarungen des ERC (Model Grant Agreements) enthalten keine Vorgaben zur Sprache, in der Publikationen zu verfassen sind.<sup>70</sup>

66 Vgl. *Bernsdorff*, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Auflage 2014, Artikel 13, Rn 15 und *Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Auflage, Berlin, Rn 11, die davon ausgeht, dass sich Art. 13 GRCh bei der Forschungsförderung und dort insbesondere bei Verhaltensanforderungen an Wissenschaftler auswirken kann.

67 Zu Horizon 2020: *Becker*, Das Rahmenprogramm der Europäischen Union für Forschung und Innovation, OdW 2014, 97.

68 Anhang II zur Verordnung (EU) Nr. 1291/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2013.

69 *S. Groß*, EuR 2010, 299, 301, der das Antragsverfahren, das Bewertungsverfahren und die Organisation des ERC ausführlich darstellt.

70 Model Grant Agreements abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/research/participants/portal/desktop/en/funding/reference\\_docs.html#h2020-mga-erc](http://ec.europa.eu/research/participants/portal/desktop/en/funding/reference_docs.html#h2020-mga-erc) [abgerufen am 30.11.2016].

Sprachvorgaben sind im Model Grant Agreement lediglich hinsichtlich der Berichte (Art. 20.5), der Bewertung (Art. 22.1.2.) und Audits (Art. 22.1.3) enthalten. Es wird in allen genannten Klauseln vorgeschrieben, dass die Sprache der Finanzhilfvereinbarung zu verwenden ist. Hinsichtlich der Veröffentlichungen finden sich im Model Grant Agreement Regelungen in Art. 29. Hier wird insbesondere in Art. 29.2 vorgeschrieben, dass die Publikation online kostenlos abrufbar sein muss („open access“).

Fraglich ist, ob Sprachvorgaben zulässig wären, sollten sie eingeführt werden. Dies ist anhand der Wissenschaftsfreiheit der geförderten Wissenschaftler zu beurteilen. Die Exekutivagentur (ERCEA), die die Verwaltung des ERC übernimmt und die Finanzhilfvereinbarung abschließt, handelt im Namen der Europäischen Kommission.<sup>71</sup> Dementsprechend muss sie bei ihrer Tätigkeit die GRCh beachten, vgl. Art. 51 Abs. 1 GRCh.

Die Wissenschaftsfreiheit des Art. 13 GRCh ist unter anderem nach Art. 52 GRCh einschränkbar.<sup>72</sup> Nach Art. 52 Abs. 1 S. 1 GRCh muss jede Einschränkung der Ausübung der in dieser Charta anerkannten Rechte und Freiheiten gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten. Als gesetzliche Norm kommt für die Einschränkung der Wissenschaftsfreiheit hinsichtlich der Veröffentlichungen Art. 183 AEUV in Betracht, der vorsieht, dass die Union zur Durchführung des Rahmenprogramms die Regeln für die Verbreitung der Forschungsergebnisse festlegt.

Einschränkungen der Wissenschaftsfreiheit dürfen jedoch unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nur vorgenommen werden, wenn sie erforderlich sind und den von der Union anerkannten, dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen, Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh.

Rechtfertigend kommt also zunächst die Wissenschaftsfreiheit anderer Forscher in Betracht. Hier ist ebenso wie auf nationaler Ebene<sup>73</sup> davon auszugehen, dass bei Kooperationen mehrerer Wissenschaftler dem Einzelnen Sprachvorgaben gemacht werden dürfen, wenn die Veröffentlichung der Forschungsergebnisse der Forscher in einer Sprache für die Durchführung des gemeinsamen Forschungsprojekts erforderlich ist.

Als von der Union anerkannte, dem Gemeinwohl dienende Zielsetzung, aufgrund derer die Wissenschaftsfreiheit eingeschränkt werden kann, kommt Art. 179 AEUV in Betracht. Danach hat die Union das 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 Vorgabe der Publikation der Forschungsergebnisse in englischer Sprache wäre zur Erreichung der Ziele der Förderung der Mobilität der Forscher und des Austausches von wissenschaftlichen Erkenntnissen geeignet, da Englisch inzwischen die lingua franca der Wissenschaften ist.<sup>74</sup> Der Adressatenkreis der von der EU geförderten Publikationen wäre somit größtmöglich und auch Wissenschaftler, die der Amtssprache eines Landes, in dem sie forschen, nicht mächtig sind, könnten dort Publikationen auf Englisch anfertigen.

Eine solche Sprachvorgabe wäre hingegen nicht erforderlich. Die Wissenschaftsfreiheit würde durch Sprachvorgaben für die Publikation von Forschungsergebnissen erheblich eingeschränkt.<sup>75</sup> Die vorgenannten Ziele der Union müssen dagegen zurückstehen. Dafür spricht neben der Bedeutung der Wissenschaftsfreiheit der Grundgedanke des Art. 22 GRCh, demgemäß die Union die Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen achtet. Es ist also auch die Sprachwahl des Wissenschaftlers bei der Veröffentlichung seiner Forschungsergebnisse zu achten. Zumal die Kommission sich in Art. 38.1 das Recht sichert, für ihre Kommunikations- und Veröffentlichungstätigkeiten („communication and publicising activities“), Informationen zum Forschungsprojekt, Dokumente, insbesondere Zusammenfassungen, und andere Materialien der Forscher zu nutzen und in diesem Zuge auch zu übersetzen.

### III. Ergebnis

Die Sprachfreiheit bezüglich wissenschaftlicher Publikationen wird auch von der Wissenschaftsfreiheit des Art. 13 GRCh geschützt. Dementsprechend stellen Sprachvorgaben für die Veröffentlichung von wissenschaftlichen Ergebnissen in Finanzhilfvereinbarungen Einschränkungen dieser Freiheit dar. Diese sind regel-

71 [http://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/erc\\_de](http://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/erc_de) [abgerufen am 30.11.2016]; Stamm, Europas Forschungsförderung und Forschungspolitik – Auf dem Weg zu neuen Horizonten?, S. 37.

72 Kempen, in: Stern/Sachs, Europäische Grundrechte-Charta, 2016, Art. 13, Rn 22; Kotzur, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht – Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 3. Auflage 2015; 2. Teil § 38 Bildung und Kultur, Rn 77.

73 S.o. B.III.2–b).

74 Hornborstel/Klingsporn/von Ins, in: Publikationsverhalten in unterschiedlichen wissenschaftlichen Disziplinen, 2. Auflage 2009, S. 26, abrufbar unter: [https://www.humboldt-foundation.de/pls/web/docs/F13905/12\\_disk\\_papier\\_publicationsverhalten2\\_kompr.pdf](https://www.humboldt-foundation.de/pls/web/docs/F13905/12_disk_papier_publicationsverhalten2_kompr.pdf). [abgerufen am 30.11.2016].

75 Zur Bedeutung der Veröffentlichungssprache für die Wissenschaftsfreiheit, s.o. B.III.3.

mäßig nicht zu rechtfertigen. Ausnahmsweise sind sie jedoch zulässig, wenn sie für die Zusammenarbeit einer Gruppe von Wissenschaftlern erforderlich sind, wenn also eine gemeinsame Veröffentlichung oder mehrere aufeinander aufbauende Publikationen innerhalb dieser Gruppe geplant sind.

#### **D. Gesamtergebnis**

Die Freiheit der Sprachwahl ist ein wesentlicher Bestandteil der Wissenschaftsfreiheit sowohl des Grundgesetzes als auch der Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Einschränkungen dieser Freiheit sind daher nur aufgrund eines starken gegenläufigen Interesses, das ver-

fassungsrechtlich geschützt ist bzw. einer von der Union anerkannten, dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen entspricht. Ein solches Interesse wird bei Sprachvorgaben hinsichtlich der Publikation von wissenschaftlichen Ergebnissen in der Regel nicht vorliegen. Anders ist dies bei sprachlichen Vorgaben bezüglich der Lehre. In diesem Fall muss die Freiheit der Sprachwahl, soweit dies durch die Thematik der Lehrveranstaltung vorgegeben ist, zurücktreten gegenüber der Lern- bzw. Studierfreiheit der Studenten und dem ordnungsgemäßen Ablauf des Lehrbetriebes.

Maren Jantz ist Rechtsanwältin bei Kliemt & Vollstädt in Berlin.

## Rechtsprechung

### *Verfassungsgerichtshof Baden-Württemberg: Regelungen des Landeshochschulgesetzes teilweise mit Wissenschaftsfreiheit unvereinbar*

Mit Urteil vom 14.11.2016 (1 VB 16/15) hat der Verfassungsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg auf die Verfassungsbeschwerde eines Professors an der Hochschule Karlsruhe die Regelungen im Landeshochschulgesetz (LHG) über die Wahl und Abwahl der haupt- und der nebenamtlichen Rektoratsmitglieder (§ 18 Abs. 1 bis 3, 5 Satz 1 bis 4 und Abs. 6 Satz 1 und 5 LHG) für unvereinbar mit der in Art. 20 Abs. 1 der Landesverfassung (LV) verankerten Wissenschaftsfreiheit erklärt. Die Regelungen über die Wahl und Abwahl der haupt- und der nebenamtlichen Rektoratsmitglieder genügten nicht, um eine strukturelle Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer durch die Kompetenzen des Rektorats einer Hochschule auszuschließen. Das Rektorat verfüge über erhebliche wissenschaftsrelevante Befug-

nisse, insbesondere bei Personal-, Sach- und Finanzentscheidungen. Diese Befugnisse des Rektorats würden nicht durch hinreichende Mitwirkungsrechte der im Senat vertretenen Hochschullehrer bezüglich der Wahl- und Abwahl der Rektoratsmitglieder kompensiert.

Das Urteil ist abrufbar unter [https://verfgh.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-stgh/dateien/161114\\_1VB16-15\\_Urteil.pdf](https://verfgh.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-stgh/dateien/161114_1VB16-15_Urteil.pdf) (zuletzt abgerufen am 5.12.2016) und wird in einer der nächsten Ausgaben von OdW von *Fehling* besprochen werden. Siehe zum Problem auch *Württemberg*, Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der Hochschulleitung im Landeshochschulgesetz von Baden-Württemberg, OdW 1 / 2016, S. 1-18.



Sebastian Madeja

*Die Institution der Universitätsmedizin als Subjekt der Umsatzsteuer – Verfassungs- und umsatzsteuerrechtliche Problemfelder des Kooperationsmodells insbesondere in der Personalgestaltung*

Die Dissertation „Die Institution der Universitätsmedizin als Subjekt der Umsatzsteuer – Verfassungs- und umsatzsteuerrechtliche Problemfelder des Kooperationsmodells insbesondere in der Personalgestaltung“ wurde an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg erstellt. Betreut wurde diese Arbeit von Prof. Dr. Max-Emanuel Geis.

### **I. Einführung**

Aufgrund der Einheit von Forschung, Lehre und Krankenversorgung nimmt die Universitätsmedizin eine herausragende Stellung ein. Um sowohl dem wissenschaftlichen Auftrag als auch dem Gesundheitsauftrag gegenüber der Bevölkerung nachzukommen, vereint die Institution Universitätsmedizin Wissenschaftsbetrieb der Universität und Wirtschaftsbetrieb des Universitätsklinikums. Zielkonflikte sind im Hinblick auf Organisation und Finanzierung der Wissenschaft<sup>1</sup> und die bedarfsgerechte Krankenversorgung durch ein leistungsfähiges eigenverantwortlich wirtschaftendes Universitätsklinikum vorhanden.<sup>2</sup> Damit verbunden sind umsatzsteuerrechtliche Problemstellungen durch das Zusammenwirken der nichtunternehmerischen medizinischen Wissenschaft der Universität und der grundsätzlich unternehmerischen Tätigkeit Krankenversorgung des Universitätsklinikums. Allerdings ist es diese Gemengelage hoheitlicher und unternehmerischer Tätigkeiten, die Anlass für eine besondere umsatzsteuerrechtliche Beurteilung der Universitätsmedizin gibt.

Mitunter deshalb ist die Zusammenarbeit in der Universitätsmedizin Gegenstand zahlreicher Reformbewegungen.<sup>3</sup> In der Praxis haben sich hierfür die Organisationsformen des Kooperations- und des Integrationsmodells<sup>4</sup> entwickelt. Eine Steigerung der Zusammengehörigkeit dieser Institutionen, aber auch der umsatzsteuerlichen Problemstel-

lungen, bringt die Personalgestaltung mit sich, die wissenschaftliches Personal der Universität mit der Dienstaufgabe in der Krankenversorgung des Universitätsklinikums zusammenbringt. Demgegenüber „dienen“ oder „unterstützen“ die Universitätskliniken im Rahmen der landesrechtlichen Regelungen die Forschung und Lehre der Universität. In der Konsequenz findet somit ein institutionalisierter Austausch sachlicher und personeller Mittel statt, weshalb umsatzsteuerrechtlich relevante Sachverhalte nahezu zwingend realisiert werden. Wird unter dem Gesichtspunkt des unternehmerischen Handelns bzw. fehlender Wettbewerbsneutralität der öffentlichen Hand Umsatzsteuer erhoben, wirkt sich dies auf die Universitätsmedizin besonders belastend aus; schließlich ist mangels Vorsteuerabzugsberechtigung der Universität und des Universitätsklinikums für hoheitliche (wissenschaftliche) oder steuerbefreite Tätigkeiten (Krankenversorgung) eine Kostenneutralität ausgeschlossen.

Die Zielsetzung der Untersuchung ist daher, das Umsatzsteuerrecht im Lichte der hochschul- und verfassungsrechtlichen Vorgaben der universitätsmedizinischen Organisation zu beurteilen. Letztendlich sind es diese wissenschaftlichen Rahmenbedingungen und Strukturen, die in der Zusammenarbeit der Universitätsmedizin sicherzustellen sind. Folgen die kooperativen Tätigkeiten diesen Vorgaben dürften unternehmerische und umsatzsteuerpflichtige Sachverhalte anders zu beurteilen sein.

### **II. Bedeutung und Ausprägung der Kooperation in der Universitätsmedizin**

In der Universitätsmedizin sind die Aufgaben landesgesetzlich zwischen Universität – bzw. dem Fachbereich Medizin – und dem Universitätsklinikum aufgeteilt. Die

1 Vgl. zur sachgerechten Organisation von Forschung und Lehre, BVerfGE 35, 79 (129 ff.); BVerfGE 111, 333 (355 ff.).

2 Sandberger, in: Hailbronner/Geis, Hochschulrecht in Bund und Ländern Bd. II, Hochschulmedizin und Universitätsklinika, S. 2 f.

3 Zur Hochschulmedizin: WR, Allgemeine Empfehlungen zur Universitätsmedizin, S. 35 ff., siehe auch Balders, WissR 31 (1998),

S. 91 ff.; Sandberger, WissR Beiheft 17 (2006), S. 1 ff.; Pallme König, WissR Beiheft 17 (2006), S. 63 ff.; Kingreen/Banafsche/Szabados, WissR 40 (2007), S. 283 ff.

4 WR, Allgemeine Empfehlungen zur Universitätsmedizin, S. 35 ff.; Musil, Steuerliche Fragen der Gesundheitsreform I, S. 112 ff.

medizinische Forschung und Lehre wird durch die Universität und die Krankenversorgung durch das Universitätsklinikum bzw. am Universitätsklinikum wahrgenommen.<sup>5</sup> Das Klinikum wird dienend bzw. unterstützend in Forschung und Lehre tätig,<sup>6</sup> so dass aufgrund dieser Trennung das Universitätsklinikum keinen eigenen wissenschaftlichen Aufgabenbereich hat; gleichwohl diese Aufgabenverteilung vermehrt aufgeweicht wird, indem Landesgesetzgeber auch den Universitätskliniken per Gesetz Forschung und Lehre zurechnen. Die Zusammenarbeit findet im Verhältnis Universität und Universitätsklinikum statt, wobei diese schwerpunktmäßig auf der Ebene des Fachbereichs Medizin zu verorten ist.<sup>7</sup> Die Kooperation manifestiert sich in institutionellen, personellen, verfahrensrechtlichen und funktionellen Verknüpfungen, die zur bestmöglichen Realisierung der Einheit von Forschung, Lehre und Krankenversorgung existieren und die Annahme eines geschlossenen Systems erlauben, innerhalb dessen Tätigkeiten ggf. nicht unternehmerisch bzw. umsatzsteuerpflichtig sind.

Institutionell findet die Zusammenarbeit in medizinischen Einrichtungen statt, die zwischen Universität, Fachbereich Medizin und Universitätsklinikum begründet werden.<sup>8</sup> Diese dezentralen Einheiten beinhalten zugleich die Schnittstellen von Forschung, Lehre und Krankenversorgung.<sup>9</sup> Personell wird die Zusammenarbeit durch die Verflechtungen auf zentraler und dezentraler Ebene gefestigt. Auf zentraler Ebene wird dies durch die Mitbestimmung und Teilnahme des Fachbereichs Medizin bei der Besetzung der Leitungsorgane des Universitätsklinikums, und umgekehrt,<sup>10</sup> sichergestellt. Auf dezentraler Ebene gewährleistet die Personalstellung zwischen Universität und Universitätsklinikum die Durchführung der Aufgaben in Forschung, Lehre und Krankenversorgung. Verfahrensrechtlich sorgen Kooperationsvereinbarungen, Abstimmungs- und Schlichtungsverfahren sowie gemeinsame Berufungsverfahren für die erforderliche Sicherstellung der Aufgabentrias. Zusätzlich ist über die funktionellen Verknüpfungen eine Zusammenarbeit vorhanden, die dem

Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit als Organisationsgrundrecht gem. Art. 5 III GG geschuldet ist. Indessen sind es die gemeinsame Zielsetzung und Aufgabenstellung in der Universitätsmedizin, aber auch die Modalitäten der Zusammenarbeit, deren Einfluss auf die umsatzsteuerrechtliche Beurteilung untersucht werden.

### III. Umsatzbesteuerung juristischer Personen des öffentlichen Rechts und Einfluss des Art. 5 III GG

#### 1. Grundlagen der Umsatzbesteuerung juristischer Personen des öffentlichen Rechts

Juristische Personen öffentlichen Rechts sind nur im Rahmen ihrer Betriebe gewerblicher Art (§ 1 I Nr. 6, § 4 KStG) unternehmerisch tätig (§ 2 III UStG). Dazu gehören aufgrund des Verweises in § 2 III 1 UStG auf das KStG nicht die Hoheitsbetriebe (§ 4 V 1 KStG), d.h. Betriebe die überwiegend der Ausübung öffentlicher Gewalt dienen. Letztere gehören der nichtunternehmerischen Sphäre an und sind mit ihren Leistungen nicht umsatzsteuerbar. Daraus resultiert eine allgemeine Aufteilung der Steuersphären in nicht steuerbare Hoheitsbetriebe, steuerpflichtige Betriebe gewerblicher Art und die Vermögensverwaltung,<sup>11</sup> die im weiteren auf die Universitätsmedizin angewandt wird. Europarechtlich wurde die Besteuerung der juristischen Personen öffentlichen Rechts in Art. 13 I, II MwStSystRL umgesetzt.<sup>12</sup> Staaten, Länder, Gemeinden und sonstige Einrichtungen des öffentlichen Rechts gelten im Grundsatz nicht als Steuerpflichtige, soweit sie Tätigkeiten ausüben oder Leistungen erbringen, die ihnen im Rahmen „der öffentlichen Gewalt“ obliegen. Ausdrücklich wird dabei in Art. 13 I UA 2 MwStSystRL normiert, dass ein Wettbewerbsverhältnis zu Privaten einer hoheitlichen Tätigkeit entgegensteht.

#### 2. Einfluss des Art. 5 III GG auf die Umsatzbesteuerung

Vor diesem Hintergrund wird die Zusammenarbeit mit- samt der Modalitäten und Einflüsse hoheitlicher Tätigkeit im Rahmen des Art. 5 III GG beurteilt. Nachdem die

5 § 4 I UKG BW; Art. 2 I 1, 2 BayUniKlinG; § 5 II HessUniKlinG; § 2 I 2 UKVO NW; § 8 II 1 HMG LSA.

6 Vgl. Art. 2 I 1 BayUniKlinG; § 2 I UniKlinG M.-V.; § 31 a I HG NW; § 2 I UKVO NW; § 8 I 1 HMG LSA; § 5 I 1, 2 HessUniKlinG; § 2 I 3 UKG Sachsen; § 83 II HSG SH.

7 Vgl. § 7 I UKG BW, § 27 I 1 LHG BW; Art. 13 BayUniKlinG, Art. 34 I 1 BayHSchG; § 15 HessUniKlinG, § 50 I 1 HessHG; § 2 III UKVO NW, § 31 I HG NW.

8 Siehe auch *Kingreen*, in: Geis, Hochschulrecht im Freistaat Bayern, S. 437 Rn. 4; *Kingreen/Banafsche/Szabados*, WissR 40 (2007), S. 292.

9 *Schröder*, MedR 1986, 59 (60); *Sandberger*, in: Flämig u.a., Hdb-WissR Bd. I, S. 930.

10 Vgl. Art. 34 II 3 BayHSchG; s.a. *Sandberger*, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, S. 381 Rn. 51.

11 Der BFH ordnet die Vermögensverwaltung der wirtschaftlichen Tätigkeit zu, vgl. BFH, Urteil vom 15.4.2010, V R 10/09, DStR 2010, 1280 (1283); differenzierend *Küffner*, Umsatzsteuerliche Behandlung, S. 60 f.; s.a. *Seer*, DStR 1997, 436 (437 ff.); *Walz/Wulff*, WissR 37 (2004); S. 27.

12 RL 2006/112/EG des Rates vom 28.11.2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ABl. Nr. L 347 S. 1, ber. ABl. Nr. L 335 S. 60, zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndRL 2010/88/EU vom 7.12.2010 (Abl. Nr. 326 S.1).

Organisation und die Abläufe der Universitätsmedizin dem Art. 5 III GG als Grundlage universitärer (medizinischer) Wissenschaft folgen, sind daher die Implikationen auf die Besteuerung<sup>13</sup> zu analysieren. Für eine Wettbewerbsneutralität als Abgrenzungskriterium unternehmerischer und hoheitlicher Tätigkeit, sind es die Inhalte des Art. 5 III GG als Organisationsgrundrecht, die Unterschiede zur unternehmerischen Tätigkeit Privater feststellen lassen. Nachdem die Ausübung öffentlicher Gewalt vom eigens für die juristische Person geltenden öffentlichen Sonderrechts abhängig ist, wobei der Gebrauch hoheitlicher Befugnisse<sup>14</sup> erforderlich ist, entfaltet eine verfassungsrechtliche Norm wie Art. 5 III GG nach der europäischen und auch nationalen Rechtsprechung umsatzsteuerliche Wirkung. Unter Wettbewerbsgesichtspunkten sind es spezielle Abläufe und Organisationsvorgaben, die allein die Universitätsmedizin betreffen und damit die Wettbewerbsrelevanz in Frage stellen.

Hinsichtlich des Wettbewerbs wird zugleich der Frage nachgegangen, ob ein Funktions- und Finanzierungs-kreislauf zugunsten einer Tätigkeit ein Wettbewerbsverhältnis zu privaten Marktteilnehmern ausschließt. Werden Leistungen innerhalb der gesetzlich vorgegebenen, geschlossenen Strukturen der Universitätsmedizin bewirkt, ist erst Recht unter der Vorgabe des Art. 5 III GG als Kooperationsgrundrecht eine nicht marktrelevante Stellung gegeben. Unter den Ausübungsmodalitäten des Wissenschaftsbetriebs und der Bindungswirkung der verfassungsrechtlichen Vorgaben ist eine vergleichbare Leistung Privater gegebenenfalls ausgeschlossen.

#### IV. Umsatzsteuerliche Einordnung der Universität und des Universitätsklinikums

##### 1. Allgemeine Einordnung von Universität und Universitätsklinikum

Die Einordnung der jeweiligen Einrichtung hat Bedeutung für die umsatzsteuerliche Beurteilung von Leistungen innerhalb der Kooperation. Im Grundsatz ist die Universität als Hoheitsbetrieb und das Universitätsklinikum als Unternehmer bzw. Betrieb gewerblicher Art<sup>15</sup> einzuordnen. Dies führt dazu, dass die Universität stets mit einem Betrieb gewerblicher Art kooperieren würde und ein etwaiger Leistungsaustausch umsatzsteuer-

pflichtig ist; ohne die Möglichkeit des Vorsteuerabzugs für die Universität, sofern an den Hoheitsbetrieb der Universität geleistet wird. Leistungen der Universität an einen Betrieb gewerblicher Art einer anderen juristischen Person öffentlichen Rechts (Universitätsklinikum), wie z.B. die Personalgestellung, die in der Arbeit ausführlich beleuchtet wird, würden ihrerseits als unternehmerisch beurteilt.<sup>16</sup> Daher gewinnt die Beurteilung der Steuersphäre von Universität und Universitätsklinikum an großer Bedeutung. Unter den systematischen umsatzsteuerlichen Gegebenheiten bleiben bislang jedoch organisatorische und funktionale Besonderheiten der Universitätsmedizin unberücksichtigt, weshalb die Implikationen der Einheit von Forschung, Lehre und Krankenversorgung und einer hoheitlichen „dienenden“ Funktion des Universitätsklinikums für die medizinische Wissenschaft einen Schwerpunkt dieser Arbeit einnehmen.

##### 2. Einfluss der Einheit von Forschung, Lehre und Krankenversorgung

Die überwiegende Zweckbestimmung der Krankenversorgung in der Universitätsmedizin für die medizinische Wissenschaft lässt eine andere Beurteilung als eine rein unternehmerische Tätigkeit der Krankenversorgung zu. Ein Hoheitsbetrieb der Krankenversorgung begründet sich vor allem in der bestehenden Einheit von Forschung, Lehre und Krankenversorgung. Diese untrennbare Einheit führt zu der Annahme, dass es eine zur Wissenschaft akzessorische und eine nicht-akzessorische Krankenversorgung gibt. Daher wird in der vorliegenden Arbeit dargelegt, dass das Universitätsklinikum im Rahmen der akzessorischen Krankenversorgung hoheitlich tätig wird. Zugleich wird im Rahmen der überwiegenden Zweckbestimmung die wissenschaftliche Tätigkeit der Universität in der Krankenversorgung umsatzsteuerrechtlich berücksichtigt. Nach der hier vertretenen Auffassung verhält sich dies wettbewerbsneutral, da eine Umsatzsteuerentlastung nicht zum Nachteil privater Marktteilnehmer führen würde. Der Fachbereich Medizin würde somit mit einem Hoheitsbetrieb des Universitätsklinikums kooperieren, mit der Folge potentieller nichtsteuerbarer Beistandsleistungen oder nichtsteuerbarer Personalgestellung.

13 Grundsätzlich wird dies verneint. Relativierend: *Heintzen/Musil*, Das Steuerrecht des Gesundheitswesens, S. 94; ablehnend: *Stal-leiken*, FR 2010, 929 (937); für einen Einfluss: *Seer*, DStR 1997, 436 (438).

14 EuGH, Urteil vom 15.5.1990, C-4/89, „Carpaneto Piacentino“, UR 1991, 225; BFH, Urteil vom 15.4.2010, V R 10/09, DStR 2010, 1280 (1284); vgl. auch zur Rspr. *Ismer/Keyser*, UR 2011, 81 (83 f.).

15 Vgl. RFH, Urteil vom 9.7.1937, V D 1/37, RStBl. 1937, 1306, Gutachten S. 253 (Ls.); RFH, Urteil vom 2.7.1938, V D 5/38, RStBl. 1938, 743, Gutachten S. 198 Ls. 1; S. 200; OFD Köln, VfG. vom 3.9.1984, S 2706-46-St31; *Erhard*, in: Blümich, EStG KStG GewStG Kommentar, § 4 Rn. 121.

16 Vgl. 2.11 XV Beispiel Nr. 3 UStAE.



### 3. „Dienende Funktion“ des Universitätsklinikums

Ein etwaiger Hoheitsbetrieb des Universitätsklinikums wird im Rahmen der „dienenden Funktion“ des Universitätsklinikums für die medizinische Wissenschaft unter zwei Aspekten untersucht: dem öffentlich-rechtlichen Sonderrecht und den nichtsteuerbaren Beistandsleistungen. Öffentlich-rechtliches Sonderrecht ist der landesrechtlichen Anordnung zu entnehmen, demzufolge Universität und Universitätsklinikum zur Zusammenarbeit verpflichtet sind. Mit der dienenden Tätigkeit begründet das Universitätsklinikum einen Hoheitsbetrieb, soweit dies der Grundausrüstung hoheitlicher Tätigkeit der Universität zukommt. Anders ist dies hingegen zu beurteilen, wenn die unternehmerische Tätigkeit der Universität unterstützt wird bzw. nicht die Grundausrüstung sondern eine Zusatzleistung erbracht wird. Diese Erkenntnisse werden am Instrument der nichtsteuerbaren Beistandsleistungen gegengeprüft. Grundsätzlich ist der Rechtsprechung des BFH<sup>17</sup> zufolge an nichtsteuerbaren Beistandsleistungen aus Gründen der Wettbewerbsverzerrungen gegenüber Privaten nicht mehr festzuhalten. Allerdings wird in dieser Arbeit vertreten, dass die Beistandsleistung nicht wettbewerbsbegründend ist, wenn sie für eine hoheitliche Tätigkeit der juristischen Person öffentlichen Rechts erfolgt. Dies setzt jedoch weiterhin voraus, dass diese Beistandsleistungen institutionsbedingt festgelegt sind und nicht gegenüber Dritten eingesetzt werden.

### 4. Steuerliche Auswirkung des beliebigen Universitätsklinikums

Die steuerliche Beurteilung des Universitätsklinikums wird im weiteren anhand eines privatrechtlichen Universitätsklinikums vor dem Hintergrund der Beleihung durchgeführt. Indessen werden am dienenden Auftrag und der Beleihung des Universitätsklinikums vergleichbare Implikationen wie bei einem öffentlich-rechtlichem Universitätsklinikum auf die Besteuerung festgestellt, so dass die Kooperation mit einem privatrechtlichen Universitätsklinikum nicht automatisch der Umsatzsteuerpflicht zu unterwerfen ist. Insoweit wird vor dem Hintergrund der nichtunternehmerischen Beleihung eine Entscheidung dahingehend getroffen, dass die Kooperationsform Universität und privatrechtliches Universitätsklinikum nicht umsatzsteuerschädlich ist.

17 BFH, Urteil vom 10.11.2011, V R 41/10, BB 2012, 1070 ff.

18 Vgl. dazu OFD Hannover, 22.8.2002, S 2706-143-StO 214, S 2706-178 StH 231; OFD München, 25.1.2005, S 2706-69 St 42; OFD Koblenz, 1.4.2000, S 7106 A-St 44 2; VV MV, FinMin 1998-11-19 IV 320-S 7106-20/98.

19 Vgl. 2.11 XV 1 UStAE, s.a. Knorr/Klafmann, Die Besteuerung der

## V. Personalgestellung

### 1. Zweck und Ablauf der Personalgestellung

Unter der Personalgestellung ist der Austausch von Personal der Universität an das Universitätsklinikum und umgekehrt zu verstehen.<sup>18</sup> Dabei geht es darum, dass die gestellende juristische Person Arbeitgeber / Dienstherr bleibt, das Personal seine Dienste beim Empfänger erbringt und der Empfänger hierfür ein Entgelt entrichtet.<sup>19</sup> Die überlassende Einrichtung behält ihre Arbeitgeber- oder Dienstherrnenpflichten weiterhin gegenüber dem wissenschaftlichen und nichtwissenschaftlichen Personal. Dabei wird die Personalgestellung ausführlich anhand der besonderen Personalstruktur des wissenschaftlichen Personals, der Professoren und des nichtwissenschaftlichen Personals erörtert; Gegenstand sind ebenso die verschiedenen Konstellationen der Personalgestellung zwischen Universität und Universitätsklinikum.

Kern der Ausführungen ist die wissenschaftliche Notwendigkeit der Gestellung, die neben den Hochschulgesetzen auch dem Verfassungsrecht folgt. Indessen wird der Nachweis angetreten, dass die Personalgestellung aufgrund sonderrechtlicher Grundlagen und fehlender Wettbewerbsrelevanz nicht unternehmerisch motiviert ist und keine Umsatzsteuerpflicht auslöst. Die Rahmenbedingungen sind in den Landesgesetzen der Universitätsklinikum geregelt<sup>20</sup> und werden in Kooperationsvereinbarungen näher ausgestaltet. Die Personalgestellung folgt insoweit einem „hoheitlichen Zweck“, als es die Dienstpflicht der Hochschullehrer und des wissenschaftlichen Personals ist, neben der Forschung und Lehre auch Aufgaben in der Krankenversorgung wahrzunehmen. Zusätzlich ist dem Art. 5 III GG für das universitäre Personal bzgl. des akademischen Selbstverwaltungsrechts und der Verknüpfung von Wissenschaft und Krankenversorgung eine große Bedeutung beizumessen. Schließlich verlangt das statusrechtliche Amt des Beamten entsprechende Rahmenbedingungen diese Tätigkeiten in dieser Form auszuüben.<sup>21</sup> Um die Einheit von Forschung, Lehre und Krankenversorgung zu gewährleisten, ist eine Besonderheit der universitätsmedizinischen Personalstruktur, dass sowohl das wissenschaftliche, als auch das nichtwissenschaftliche Personal doppelunktional zur Forschung und Lehre der Universität, als auch zur Krankenversorgung am Universitätsklinikum eingesetzt wird.

Krankenhäuser, S. 344.

20 Siehe §§ 7 II, 12 I UKG BW; Art. 14 BayUniKlinG; § 22 HessUniKlinG; § 25 a V HessUniKlinG für ein privatrechtliches Universitätsklinikum; §§ 12, 14 UKVO NW; §§ 6, 20 HMG LSA.

21 Vgl. BVerfG, NVwZ-RR 2008, 217 f.; VGH BW, NVwZ-RR 2004, 751 (751); s.a. Klilian, LKV 2007, 145 (150 f.).

## 2. Steuerliche Beurteilung der Personalgestellung

Die umsatzsteuerliche Beurteilung wird einerseits anhand der Erlasse der Finanzverwaltung unter Berücksichtigung der Analyseergebnisse aus der Überprüfung der Steuersphären von Universität und Universitätsklinikum vorgenommen. Andererseits wird die Personalgestellung nach öffentlich-rechtlichem Sonderrecht beurteilt. Im Zuge dessen wird die Gestellung wissenschaftlichen Personals der Universität auf Art. 5 III GG zurückgeführt. Hierzu gehören Inhalte wie das akademische Selbstverwaltungsrecht, die Personalunion von Wissenschaftler und Arzt, die wissenschaftliche Weisungsunabhängigkeit und der Beamtenstatus. Im Ergebnis könnte die Personalgestellung zur Krankenversorgung als hoheitlich nicht steuerbar behandelt werden, dies unter der Voraussetzung, dass vergleichbare Sachverhalte privater Marktteilnehmer von der Umsatzsteuer befreit sind.

Die Beurteilung nach öffentlich-rechtlichem Sonderrecht berücksichtigt die verfassungs-, hochschul- und beamtenrechtlichen Besonderheiten der Kooperation. Auswirkungen zeigt dieser Ansatz in der Personalgestellung zur Krankenversorgung und in der Gestellung nichtwissenschaftlichen Personals zu Forschung und Lehre, die ansonsten als unternehmerisch zu beurteilen wären. Indessen wird der Nachweis geführt, dass mithilfe der Personalgestellung dem Grundsicherungsauftrag hoheitlich, wissenschaftlicher Tätigkeit nachgegangen wird. Diese Wertung fließt nur anhand des öffentlichen Sonderrechts unter Korrektur des Wettbewerbsverhältnisses im Rahmen des Funktions- und Finanzierungsreislaufs der Universitätsmedizin mit ein. Folglich ergeben sich unter den verfassungsrechtlich notwendigen Vorgaben Zwänge in der Ablauforganisation, denen nach der hier vertretenen Auffassung auch umsatzsteuerlich Rechnung zu Tragen ist.

## VI. Ergebnis

Anhand der Untersuchung zeigen sich mehrere Ansätze, eine Kooperation wie in der Universitätsmedizin umsatz-

steuerrechtlich nicht als unternehmerisch zu beurteilen. Dies begründet sich überwiegend an der umsatzsteuerrechtlichen Bedeutung des Art. 5 III GG für die Kooperation in der Universitätsmedizin. Es sind nun mal die Wertungen des Art. 5 III GG, die im Hinblick auf Organisation und Tätigkeitsabläufen Vorgaben für den Wissenschaftsbetrieb beinhalten, die am Universitätsklinikum fortwirken. Dieser hoheitliche Zweck steht einem unternehmerischen Handeln entgegen. Somit sind die Tätigkeiten im Rahmen des Art. 5 III GG als Sonderrecht im Umsatzsteuerrecht entlastend zu berücksichtigen, sofern keine Wettbewerbsverzerrungen zu anderen Marktteilnehmern auftreten. Damit führen die unterschiedlichen Kooperationsformen in der Universitätsmedizin mitsamt der Verselbständigung der Universitätskliniken nicht zwangsläufig zu umsatzsteuerschädlichen Konstellationen, die die Landeshaushalte empfindlich belasten könnten.

Sebastian Madeja hat Rechtswissenschaften an der Universität Erlangen-Nürnberg studiert. Im Anschluss an das Referendariat war er als akademischer Rat am Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Öffentliches Recht Lehrstuhl für Deutsches und Bayerisches Staats- und Verwaltungsrecht Prof. Dr. Max-Emanuel Geis tätig. Für seine Promotion hat er den Promotionspreis des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Universität Erlangen-Nürnberg, den Rödl-Promotionspreis der Kanzlei Rödl & Partner sowie den Preis des Wissenschaftsrechts 2015 verliehen bekommen.

Die Institution der Universitätsmedizin als Subjekt der Umsatzsteuer – Verfassungs- und umsatzsteuerrechtliche Problemfelder des Kooperationsmodells insbesondere in der Personalgestellung, ist 2013 im NOMOS-Verlag erschienen (311 S., Broschiert, ISBN 978-3-8487-0437-8). Das Werk ist Teil der Reihe Schriften zum Bildungs- und Wissenschaftsrecht, Band 14. 69,- € inkl. MwSt. versandkostenfrei.



# Manfred Löwisch

## *Förderung statt Zwang – Neue Open Access Strategie in Baden-Württemberg*

Bislang hält § 44 Absatz 6 Landeshochschulgesetz die Hochschulen in Baden-Württemberg dazu an, ihr wissenschaftliches Personal durch Satzung zu verpflichten, ihr in § 38 Absatz 4 Urheberrechtsgesetz festgelegtes Recht auf nichtkommerzielle Zweitveröffentlichung für wissenschaftliche Beiträge wahrzunehmen, die im Rahmen der Dienstaufgaben entstanden und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen sind. Eine entsprechende Satzung hat die Universität Konstanz erlassen.

Derartige Regelungen stoßen auf verfassungsrechtliche Kritik, weil sie die durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Freiheit der Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen einschränken, selbst über Ob und Modalitäten von Veröffentlichungen zu entscheiden.<sup>1</sup> Die rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Konstanz hat deshalb gegenüber dem Rektorat der Universität erklärt, dass sie der in der Satzung festgelegten Pflicht, zur Zweitveröffentlichung auf einem Repositorium der Universität nicht folgen werde.<sup>2</sup>

Kritik und Protest sind nicht ohne Eindruck auf die Politik geblieben. Der Koalitionsvertrag zwischen Bündnis 90/Die Grünen Baden-Württemberg und der CDU Baden-Württemberg vom 9. Mai 2016 kündigt in seinem forschungspolitischen Abschnitt die Prüfung an, ob die Zweitveröffentlichungspflicht aufrechterhalten werden soll.

Zugleich spricht sich der Koalitionsvertrag für eine Weiterentwicklung der Open – Access – Strategie des Landes gemeinsam mit Hochschulen und Bibliotheken aus. Dazu soll geprüft werden, ob baden-württembergische Open – Access – Zeitschriften durch das Land gefördert werden können.

Damit rückt ein *freiheitlicher* Weg zu mehr Open Access in den Fokus: Wissenschaftler und Wissenschaftle-

rinnen werden aufgerufen, das Recht zur Veröffentlichung ihrer Forschungsergebnisse selbst in die Hand zu nehmen, indem sie, gefördert durch das Land, eigene Online-Zeitschriften für bestimmte Fachgebiete entwickeln und herausgeben.

Dieser Ansatz reicht über die Wahrnehmung des Zweitveröffentlichungsrechts hinaus. Attraktion gewinnen Online-Zeitschriften, wenn sie auch und sogar überwiegend Erstveröffentlichungen enthalten. Dass der Aufbau solcher Online-Zeitschriften im Bereich der Rechtswissenschaften möglich ist, mag das Beispiel der – kostenfreien – OdW zeigen, die inzwischen im vierten Jahr erscheint und über nahezu 400 Abonnenten verfügt.

In gewisser Weise berührt sich der baden-württembergische Ansatz mit dem kürzlich vom Deutschen Institut für Wirtschaftsforschung gemachten Vorschlag, die vier größten deutschen Forschungsgesellschaften sollten eine eigene Open-Access-Online-Zeitschriften-Plattform gründen.<sup>3</sup>

Während dieser Vorschlag aber unvermeidlich mit Bürokratie und dem Aufbau eines großen Gutachterwesens durch die Forschungsorganisationen verbunden wäre, führt der vom Koalitionsvertrag Baden-Württemberg gewiesene Weg zum Aufbau dezentraler Open-Access-Publikationen. Die von Götting und Lauber-Rönsberg<sup>4</sup> vermissten Akzeptanz von Open-Access-Journals, insbesondere auch in der Rechtswissenschaft könnte so allmählich wachsen.

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

1 Siehe etwa *Götting/Lauber – Rönsberg*, Open Access und Urheberrecht, OdW 2015, 137, 145.

2 Siehe dazu *Löwisch*, Konstanzer Juristenfakultät verweigert sich der Pflicht zur Zweitveröffentlichung, OdW 2016, 135f.; Mitglieder der Fakultät haben inzwischen beim VGH Baden-Württemberg ein Normenkontrollverfahren mit dem Ziel angestrengt, die Satzung für unwirksam zu erklären.

3 *Fecher/Wagner*, Open Access als Autonomiegewinn für die

Universitäten, FAZ vom 19. 10. 2016, S. N4; auch *Fecher/Wagner*, Open Access, Innovation, and Research Infrastructure, <http://www.mdpi.com/2304-6775/4/2/17> und *Fecher*, Academic Academic publishing can free itself from its outdated path dependence by looking to alternative review mechanisms., <http://blogs.lse.ac.uk/impactofsocialsciences/2014/09/16/academic-publishing-path-dependence-qwerty/>.

4 aaO S. 146.



## Helmut Engler

### *Gleich Staatsanstellung auf Lebenszeit?*<sup>1</sup>

„Bemerkenswert erscheint mir auch noch, dass nach der Habilitation in Jena und nach einigen Jahren als wissenschaftlich erfolgreicher, aber schlecht besoldeter außerordentlicher Professor der Philosophie (bis 1806 in Jena) sogar der große Hegel für volle zehn Jahre außerhalb der Universität berufstätig war und zwar erfolgreich tätig war, nämlich in seinen Berufsstationen als Redakteur der Bamberger Zeitung (1806 bis 1808) und als Rektor des Ägidien- Gymnasiums in Nürnberg (bis 1816). Es war also schon damals nicht so, dass jeder Habilitierte prompt nach seiner Habilitation eine Staatsstellung auf Lebenszeit erhalten konnte; im Unterschied zu heute

wurde dies aber zu Hegels Zeit nicht in erster Linie als ein soziales Problem und auch nicht – wie es manchmal vielleicht ein wenig unehrlich geschieht – als Problem der „Fehlinvestition“ von Ausbildungseinrichtungen dargestellt. Die Berufsjahre außerhalb der Wissenschaft wurden vielmehr, wie gerade das Beispiel Hegel zeigt, als Ansporn zu wissenschaftlichen Werken neben dem Brotberuf verstanden, auf deren Basis es dann möglich wurde, nämlich mit publizierten wissenschaftlichen Leistungen, in die Gelehrtenrepublik der Universitäten aufgenommen zu werden.“

<sup>1</sup> Aus der Rede des Ministers für Wissenschaft und Kunst des Landes Baden-Württemberg Helmut Engler zur Eröffnung des Hegel Kongresses am 18. Juni 1987 in Stuttgart, wiedergegeben in: H. Engler, Über den Tag hinaus, hrsg. von Minis. f. Wiss. u. Kunst BaWü 1990).



# Michael Fehling

## *Unzureichende Kompetenzen des Senats im reformierten Landeshochschulgesetz Baden- Württemberg? – Anmerkungen zum Urteil des VerfGH BW vom 14. November 2016\**

### I. Einführung

Auf die Verfassungsbeschwerde eines Hochschullehrers hat der Verfassungsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg (VerfGH BW) zentrale Regelungen im dortigen Landeshochschulgesetz (LHG BW) über die Kompetenzen von Rektorat, Hochschulrat und Senat für verfassungswidrig erklärt:

„Eine Gesamtabwägung der Befugnisse des Rektorats und des Senats [lässt] ein starkes kompetenzrechtliches Übergewicht des Rektorats erkennen, das ohne ausgleichende Kurations- und Abberufungsbefugnisse der gewählten Vertreter der Hochschullehrer im Senat zu einer strukturellen Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit [führt]“<sup>1</sup>

Dieses Diktum ist umso bemerkenswerter, als es sich auf eine Gesetzesnovelle von 2014 bezieht, mit der die damalige grün-rote Mehrheit in Stuttgart die Kompetenzen des Senats zu Lasten vor allem des Hochschulrates gerade etwas erweitert hatte.<sup>2</sup> Nach Auffassung des Verfassungsgerichtshofs ging diese Erhöhung des Partizipationsniveaus<sup>3</sup> gegenüber der konservativ-liberalen Vorgängerversion jedenfalls für die Hochschullehrer noch nicht weit genug.

Am Anfang der materiell-rechtlichen Ausführungen steht ein recht knapp gehaltener Maßstäbeteil,<sup>4</sup> bei dem

wie im gesamten Urteil der hinreichende Einfluss der Hochschullehrer auf die wissenschaftsrelevanten Entscheidungen ganz im Vordergrund steht, andere (Partizipations-)Aspekte sogar vollständig in den Hintergrund drängend. Im Anschluss setzt sich der Verfassungsgerichtshof detailliert mit den einzelnen Kompetenzen des Rektorats und den jeweils korrespondierenden Rechten des Senats und dabei wiederum zentral der dortigen Hochschullehrergruppe auseinander.<sup>5</sup> Den „erheblichen wissenschaftsrelevanten Befugnissen des Rektorats [stünden] keine hinreichenden prozeduralen – gemeint: prozeduralen – „Mitwirkungs- oder Sachentscheidungs-befugnisse des Senats gegenüber.“<sup>6</sup> Auch die kollegiale Zusammensetzung des Rektorats könne die Wissenschaftsadäquanz seiner Entscheidungen nicht hinreichend schützen.<sup>7</sup> Diese Einzelanalyse bereitet eine Würdigung des Gesamtgefüges der Kompetenzverteilung vor, in die das Gericht auch die Zuständigkeiten des Hochschulrats mit einbezieht<sup>8</sup> und einen sehr knappen Seitenblick auf die dezentrale (Fakultäts-)Ebene wirft.<sup>9</sup> Da insoweit noch kein hinreichendes Niveau der Partizipation für die Wissenschaftler und im Besonderen die Hochschullehrer erreicht werde, komme es entscheidend darauf an, ob die starke Stellung des Rektorats durch hinreichende Kurations- und Abberufungsrechte des Senats und der dort vertretenen Hochschullehrer kompensiert wird, was der Verfassungsgerichtshof jedoch verneint.<sup>10</sup>

\* Für wertvolle Hinweise und Recherche zur Organisationspsychologie danke ich meiner studentischen Hilfskraft *Johannes Brinkschmidt*, bei den Nachweisen außerdem meinem wiss. Mit. *Nico Schröter* und meiner studentischen Hilfskraft *Philine Duwe*.

1 VerfGH BW, Urteil v. 14.11.2016, 1 VB 16/15, juris Rn. 163; auch abrufbar auf der Homepage des Gerichts ([https://verfgh.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-stgh/dateien/161114\\_1VB16-15\\_Urteil.pdf](https://verfgh.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-stgh/dateien/161114_1VB16-15_Urteil.pdf)) sowie unter BeckRS 2016, 54632 (mit anderer Randnummernzählung).

2 Begründung des Gesetzentwurf der Landesregierung für ein drittes Gesetz zur Änderung hochschulrechtlicher Vorschriften (Drittes Hochschulrechtsänderungsgesetz – 3. HRÄG), LT-Drs. BW 15/4684 S. 188 (Zu § 19, Zu Absatz 1, Zu Satz 2, Zu Nummer 3); *Würtenberger*, Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der Hochschulleitung im Landeshochschulgesetz von Baden-Württemberg, OdW 2016, S. 1.

3 Zu diesem Maßstab BVerfG, Beschluss v. 20.7.2010, 1 BvR 749/06, E 127, 87, 117; zurückgehend auf *Fehling*, Neue Herausforderungen an die Selbstverwaltung in Hochschule und Wissenschaft, *Die Verwaltung* 35 (2002), S. 399, 403 f.; siehe auch *Bumke*, Universitäten im Wettbewerb, VVDStRL 69 (2010), S. 407, 444 f.

4 VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 83-92.

5 VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 93-125.

6 VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 126, im Einzelnen sodann Rn. 127-135.

7 VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 136, im Einzelnen sodann Rn. 137-140.

8 VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 141-152.

9 VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 153.

10 VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 154-162.



Obwohl formal das Landesverfassungsrecht den Maßstab bildete und die Bindungswirkung auf Baden-Württemberg begrenzt bleibt, ist die Argumentation des Gerichts doch bundesweit von Interesse. Denn Art. 2 Abs. 1 LV BW inkorporiert die Bundesgrundrechte einschließlich Art 5 Abs. 3 GG; jedenfalls rhetorisch hat sich das Landesverfassungsgericht denn auch die abstrakten Maßstäbe des BVerfG explizit zu Eigen gemacht.<sup>11</sup> Bei näherem Hinsehen wird sich allerdings zeigen, dass der VerfGH BW an entscheidenden Stellen die Akzente doch etwas anders setzt, als dies das BVerfG besonders in seinen jüngeren Leitentscheidungen zum Hamburger Hochschulgesetz<sup>12</sup> und zur Medizinischen Hochschule Hannover<sup>13</sup> getan hat.

In manchen Details legt das Urteil durchaus überzeugend dar, dass die Kompetenzen des Senats immer noch problematisch gering bleiben, doch leidet schon die Einzelanalyse in zentralen Punkten an methodischen Defiziten (sogleich II.). Darüber hinaus verdient die Entscheidung insgesamt sowohl bei einigen verfassungsdogmatischen Eckpunkten (III.) als auch aus übergreifender Perspektive (IV.) Kritik. Als Konsequenz des Urteils muss der Landesgesetzgeber bei den Kompetenzen des Senats und dem Einfluss der dort vertretenen Hochschullehrer nun nachbessern, behält dafür aber verschiedene Optionen (V.).

## II. Zu einzelnen Kompetenzen

### 1. Überzeugende Analyse einzelner Kompetenzdefizite des Senats

In zwei Punkten legt das Urteil überzeugend dar, dass hier, isoliert betrachtet, der Senat keinen hinreichenden Einfluss besitzt. Nachvollziehbar erscheint ferner die Skepsis, ob die kollegiale Struktur des Rektorats wirklich Partizipationsdefizite des Senats kompensieren kann,<sup>14</sup>

denn dafür bleibt die Mitgliederzahl des Rektorats wohl regelmäßig – trotz Möglichkeit der personellen Aufstockung mittels Bestimmung in der Grundordnung (§ 16 Abs. 1 Satz 3 LHG)<sup>15</sup> – zu schmal.<sup>16</sup>

### a) Haushaltsaufstellung und finanzwirksame Zielvereinbarungen

Bei der Aufstellung des Entwurfs des Haushaltsvoranschlags bzw. des Wirtschaftsplans sowie bei finanzierungsrelevanten Zielvereinbarungen und Hochschulverträgen besitzt der Senat nur ein formal sehr schwaches Recht zur Stellungnahme (§ 19 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 bzw. 5 LHG BW), obwohl Finanzierungs- und insbesondere Finanzverteilungsfragen als in hohem Maße wissenschaftsrelevant anerkannt sind.<sup>17</sup>

Verfassungsrechtlich sind sie im Kooperationsbereich von Staat und Hochschule angesiedelt.<sup>18</sup> Auf der einen Seite rechtfertigt die demokratische Budgetverantwortung hier einen hohen Staatseinfluss: Früher mittels direkter Steuerung über den Haushalt des Landes nebst Fachaufsicht und heute im Paradigma des Neuen Steuerungsmodells bei Globalhaushalten der Hochschule (vgl. § 13 Abs. 3 LHG BW) in erster Linie mittels Ziel- und Leistungsvereinbarungen sowie durch die Staatsvertreter im Hochschulrat.<sup>19</sup> Auf der anderen Seite bedarf es aber auch substantieller Mitwirkungsrechte der Wissenschaftler, um strukturelle Gefährdungen ihrer Freiheit durch den „goldenen Zügel“ auszuschließen.<sup>20</sup> Tendenziell muss der staatliche Einfluss umso größer sein, je mehr es um das Finanzierungsvolumen als solches und um grundlegende Hochschulstrukturfragen geht; dagegen muss der Einfluss der Wissenschaftler auf finanzwirksame Entscheidungen in dem Maße wachsen, in dem die konkrete wissenschaftliche Betätigung des einzelnen Wissenschaftlers betroffen ist.

11 VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 82, wonach „[d]ie Aussagen des Bundesverfassungsgerichts zum hochschulorganisatorischen Bedeutungsgehalt der Wissenschaftsfreiheit vom Verfassungsgerichtshof bereits in seiner bisherigen Rechtsprechung übernommen [wurden]“; allerdings klingt eine gewisse Relativierung in der folgenden Formulierung an, die in Art. 20 LV garantierte Wissenschaftsfreiheit sei „im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG auszulegen“.

12 BVerfGE 127, 87 ff.

13 BVerfG, Beschluss v. 24.6.2014, 1 BvR 3217/07, E 136, 338 ff.

14 So allgemein auch *Groß*, Kollegialprinzip und Hochschulselbstverwaltung, DÖV 2016, S. 449, 451.

15 Darauf für seine Gegenauffassung hinweisend *Württemberg* (Fn. 2), OdW 2016, S. 1, 7 f.; vgl. allgemeiner auch *Krausnick*, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, 2012, S. 449 f.

16 VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 136 f.

17 Besonders deutlich BVerfGE 136, 338, Rn. 71, darauf nimmt

VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 92 ausdrücklich Bezug; aber auch schon BVerfGE 127, 87, 124; BVerfG, Urteil v. 29.5.1973, 1 BvR 424/71 u. 325/72, E 35, 79, 123. Weniger klar BayVerfGH, Entscheidung v. 7.5.2008, VfVII-06, NVwZ 2009, S. 177, 179.

18 Statt vieler *Fehling*, in: Bonner Kommentar zum GG, 110. Lfg. März 2004, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit), Rn. 228, 236, 237; *Britz*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 5 III (Wissenschaft) Rn. 75; *Mager*, Die Universität im Zeichen von Ökonomisierung und Internationalisierung, VVDStRL 65 (2006), S. 274, 283.

19 Zu diesem Wandel zusammenfassend *Fehling*, Hochschule, in: *Fehling/Ruffert* (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, § 17 Rn. 47, 60 ff., 82; eingehend *Sieweke*, Managementstrukturen und outputorientierte Finanzierungsstrukturen im Hochschulbereich, 2010, S. 24 ff.; *Krausnick* (Fn. 15), insb. S. 70 ff. u. 458 ff.

20 Statt vieler *Fehling* (Fn. 3), Die Verwaltung 35 (2002), S. 399, 418; vgl. auch *Groß* (Fn. 14), DÖV 2016, S. 449, 553.

Vor diesem Hintergrund erscheint die bloße Befugnis zur Stellungnahme, isoliert betrachtet,<sup>21</sup> sehr wenig. Die Mitwirkung von Hochschulvertretern im Hochschulrat, der den Entwurf des Haushalts- bzw. Wirtschaftsplans beschließt (§ 20 Abs. 1 Satz 4 Nr. 3 LHG BW) und den vom Rektorat mit dem Ministerium abgeschlossenen Zielvereinbarungen und Hochschulverträgen zustimmt (§ 20 Abs. 1 Satz 4 Nr. 4 LHG BW), vermag die schwache Stellung des Senats nur in geringem Maße zu kompensieren, weil die Hochschuleseite und erst recht die Hochschullehrer dort nur in einer Minderheit durch interne (Senats-)Mitglieder vertreten sind (vgl. § 20 Abs. 5 LHG BW).

Allerdings hat dies nicht automatisch die Verfassungswidrigkeit zur Folge. Vielmehr müssen, wie auch das Urteil betont, die Einwirkungsmöglichkeiten des Senats im Gesamtgefüge bewertet werden. Dies führt insbesondere zu der unten (2.) näher zu betrachtenden Frage nach der Steuerungskraft der Struktur- und Entwicklungsplanung.

#### b) Möglichkeit der Abwahl der hauptamtlichen Rektoratsmitglieder

In der Logik des neuen Steuerungsmodells lassen sich verminderte eigene Entscheidungskompetenzen der Kollegialorgane in gewissem Umfang durch vermehrte Kontrollrechte kompensieren.<sup>22</sup> Mit Blick auf das Partizipationsniveau, das – in Parallele zum Legitimationsniveau – nur in einer Gesamtbetrachtung ermittelt werden kann, ist dies durchaus konsequent. Allerdings bleiben Kontrollrechte,

vor allem indirekt über Personalentscheidungen, in ihrer Steuerungskraft und -genauigkeit typischerweise hinter (Sach-)Entscheidungsbefugnissen zurück, so dass keine Verrechnung 1:1 erfolgen darf.

Die indirekte Kontrolle des Rektorats durch die Möglichkeit der Abwahl erachtet der Verfassungsgerichtshof schon deshalb als unzureichend, weil die Hochschullehrergruppe im Senat auch bei Einbeziehung der Dekane (dazu unten III.) die erforderliche 2/3-Mehrheit (§ 18 Abs. 5 Satz 4 LHG BW) allein nicht erreichen kann, sondern dafür auf Allianzen mit Vertretern anderer Gruppen angewiesen ist.<sup>23</sup> Diese Sichtweise kann sich auf einige – freilich keineswegs klare – Andeutungen in der Rechtsprechung des BVerfG<sup>24</sup> und Stellungnahmen im Schrifttum<sup>25</sup> stützen. Doch betrifft die Abwahl der Hochschulleitung nicht derart unmittelbar – sondern nur höchst mittelbar<sup>26</sup> – Fragen von Forschung und Lehre, als dass dafür im Senat unter allen Umständen die Stimmen der Hochschullehrer allein ausreichen müssten.<sup>27</sup>

Zu Recht moniert das Gericht jedoch, dass das Gesetz weitere hohe Hürden für die Abwahl eines hauptamtlichen Rektoratsmitglieds errichtet, die auch im Rechtsvergleich der Bundesländer einzigartig sind.<sup>28</sup> Eine Abwahl kann nur im Zusammenwirken von Senat, Hochschulrat und Wissenschaftsministerium erfolgen (§ 18 Abs. 5 Satz 1 LHG BW). Selbstverständlich ist eine direkte oder indirekte Mitwirkung des Staates an der Abberufung wie auch der Bestellung eines Mitglieds der Hochschulleitung verfassungsrechtlich un-

21 Beiläufig statuiert, wohl als gebotene verfassungskonforme Handhabung gemeint, allerdings *Sandberger*, Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2015, § 19 Rn. 3 a.E., der Hochschulrat dürfe sich bei Entscheidungen, die „den Kernbereich der Wissenschaftsfreiheit betreffen, zu denen [...] Grundsätze der Mittelverwendung zählen, [...] nicht über begründete Einwände des Senats hinwegsetzen“.

22 Anerkannt seit BVerfG, Beschluss v. 26.10.2004, 1 BvR 911, 927, 928/00, E 111, 333, 356; besonders deutlich BVerfGE 136, 338, Rn. 60; vgl. schon *Fehling* (Fn. 3), *Die Verwaltung* 35 (2002), S. 399, 418.

23 VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 161.

24 BVerfGE 127, 87, 130 f., dort freilich auf die wissenschaftsnähere Fakultätsebene (Abwahl des Dekans) bezogen, in BVerfGE 136, 338, Rn. 95 ist insoweit nicht mehr von Hochschullehrern, sondern allgemeiner von „Wissenschaftlern und Wissenschaftlerinnen“ die Rede. Siehe dazu auch unten III. 1. mit Fn. 45-49.

25 Konkret auf das 2/3-Quorum im LHG BW bezogen *Würtenberger* (Fn. 2), *OdW* 2016, S. 1, 15; vgl. auch *ders./Krohn*, Abwahl des Rektors einer Hochschule – Beschluss des VGH Baden-Württemberg vom 26.2.2016, *OdW* 2016, S. 203, 204 f.

26 BVerfGE 111, 333, 363 („jedenfalls mittelbar“); zustimmend *Kahl*, Hochschulräte – Demokratieprinzip – Selbstverwaltung, *AöR* 130 (2005), S. 225, 257 f.

27 Die Verfassungsrechtsprechung hatte einen besonderen Wissenschaftsbezug der Rektorwahl zunächst verneint (BVerfGE 35, 79, 141, zur Zuständigkeit des Konzils für die Rektorwahl 87), ist dann angesichts des Ausbaus der Befugnisse der Hochschul-

leitung allerdings vorsichtiger geworden (BVerfG, Beschluss v. 20.10.1982, 1 BvR 1470/80, E 61, 260, 283 bzw. 285), hat aber sogar noch im Kammerbeschluss zum schleswig-holsteinischen Hochschulgesetz (BVerfG, Beschluss v. 7.5.2001, 2 BvR 2206/00, DVBl. 2001, 1137, 1138 f.) festgestellt: „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 [...]. Hierdurch können die Hochschullehrer sicherstellen, dass nur Personen vorgeschlagen werden, welche die für das Amt aus der Sicht der Hochschullehrer erforderliche Qualifikation aufweisen. Die Wissenschaftsfreiheit verlangt nicht, dass die Hochschullehrer auch bei der weiteren Auswahl im Konsistorium entscheidenden Einfluss haben; die weitere Auswahl muss sich nicht allein an wissenschaftsrelevanten Qualifikationsunterschieden orientieren. Der Einfluss der Gruppe der Hochschullehrer im Senat auf die Bildung des Senatsvorschlages ist auch ausreichend. Zwar haben die Hochschullehrer aufgrund der für die meisten Rektoratsmitglieder erforderlichen Zweidrittelmehrheit lediglich eine Sperrminorität. Dadurch entsteht in der Tat ein Druck zur Verständigung mit anderen Senatsmitgliedern.“ In den jüngeren Entscheidungen (vgl. vorige Fn.) findet sich keine derart ausführliche Erörterung der Problematik mehr.

28 Dargelegt von *Würtenberger/Krohn* (Fn. 25), *OdW* 2016, S. 203 f. Demgegenüber begrüßt *Sandberger* (Fn. 21), *Einl. Rn. 14 u. § 19 Rn. 2*, die Neuregelung zur Wahl und zur Abwahl der Hochschulleitung als eine Stärkung des Senats.

bedenklich,<sup>29</sup> weil die Hochschulleitung nicht allein Selbstverwaltungsaufgaben zum Gegenstand hat.<sup>30</sup> Doch begnügen sich alle anderen Bundesländer mit der Beteiligung höchstens eines weiteren Gremiums (typischerweise des auch mit Staatsvertretern besetzten Hochschulrats) an der Abwahl. Die zusätzliche Beteiligung einer dritten Stelle schon am Abwahlverfahren marginalisiert in einer Gesamtwürdigung die Einwirkungsmöglichkeiten der Hochschullehrer noch einmal zusätzlich.

Auch diese Regelung darf indes nicht in isolierter Betrachtung vorschnell als verfassungswidrig gebrandmarkt werden. Auch sie muss im Gesamtgefüge der Machtverteilung zwischen Senat und Hochschulleitung gewürdigt werden. Je geringer die Mitwirkungsbefugnisse des Senats bei Einzelentscheidungen sind, umso mehr muss kompensatorisch seine Rolle bei Kreation und Abwahl der Rektoratsmitglieder gestärkt werden, damit in der Summe ein hinreichendes Niveau der Partizipation der Hochschulmitglieder und besonders der Hochschullehrer erreicht wird.

## 2. Methodische Defizite besonders bei Würdigung der Struktur- und Entwicklungsplanung: Wortlautfixierung und Entkontextualisierung

Bei der Einzelanalyse der Kompetenzverteilung bleibt das Gericht ganz auf den Gesetzeswortlaut fixiert. Damit lässt es zum einen traditionelle akademische Bräuche in der Verfahrensweise von Hochschulgremien und -organen bei der Interpretation entgegen dem Plädoyer von Würtenberger<sup>31</sup> außer Betracht. Dies erscheint indes dadurch gerechtfertigt, dass sich solche konsentierten Usancen wohl allenfalls in den traditionellen Universitäten nachweisen lassen und bei der heutigen Heterogenität des Hochschulsektors<sup>32</sup> auch in Baden-Württemberg nicht ohne weiteres verallgemeinerungsfähig erscheinen. Zum anderen vernachlässigt die Entscheidung in

ihrer Wortlaut- und Begriffsfixierung an wichtigen Stellen den teleologischen Kontext. Einzelne Steuerungsinstrumente müssen in ihrer Bedeutung für das gesamte Steuerungsmodell gewürdigt und entsprechend ausgelegt werden.

Dies zeigt sich besonders bei der Analyse der Steuerungsmöglichkeiten, die der Senat im Rahmen der Struktur- und Entwicklungsplanung besitzt. Das Gericht sieht sehr wohl, dass der Senat insoweit wegen des neu eingeführten<sup>33</sup> Erfordernisses seiner Zustimmung (§ 19 Abs. 1 Nr. 3 LHG BW) über eine „Veto-Position [verfügt], die ihn zwar nicht befähigt, selbst Änderungen zu beschließen, die ihm jedoch gleichwohl einen Einfluss auf einzelne Inhalte der Rektoratsvorlage geben kann“.<sup>34</sup> Erwähnung findet dabei auch der von den Fakultäten ausgehende „bottom-up-Prozess“, wobei die dortige Planung der Zustimmung des Fakultätsrats bedarf (§ 25 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 LHG BW). Diese zweifache Mitwirkung der Wissenschaftler soll jedoch nicht ausreichen, um „die wesentliche Tätigkeit des Rektorats zu steuern“, weil der Verfassungsgerichtshof von einer sehr geringen Verbindlichkeit der Planung ausgeht. Allein auf den Gesetzeswortlaut „Festlegungen“ fixiert hält das Gericht den Struktur- und Entwicklungsplan gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 LHG BW nur für die Verwendung der künftig frei werdenden Professorenstellen für „relativ verbindlich“. Im Übrigen habe die Planung, von einigen Verfahrenserleichterungen bei deren Umsetzung abgesehen, nur eine „sehr theoretische Bindungswirkung“, zumal „Sanktionen für eine Abweichung [...] nicht vorgesehen“ seien.<sup>35</sup>

Dies wird der Bedeutung der Struktur- und Entwicklungsplanung im gesetzlichen Steuerungskonzept in mehrfacher Hinsicht nicht gerecht: Erstens sind Planungen auch unterhalb vollumfänglicher strikter Bindungen prozedurale Berücksichtigungspflichten immanent; sie schaffen bei der Konkretisierung mindestens Darle-

29 Deutlich BVerfGE 136, 338, Rn. 60: „Aus der Wissenschaftsfreiheit ergibt sich dabei zwar kein Recht, die Personen zur Leitung einer wissenschaftlichen Einrichtung ausschließlich selbst zu bestimmen (vgl. BVerfGE 111, 333 [365]). Doch ist das Recht eines plural zusammengesetzten Vertretungsorgans zur Bestellung und auch zu Abberufung von Leitungspersonen ein zentrales und effektives Einfluss- und Kontrollinstrument der wissenschaftlich Tätigen auf die Organisation. Je höher Ausmaß und Gewicht der den Leitungspersonen zustehenden Befugnisse sind, desto eher muss die Möglichkeit gegeben sein, sich selbstbestimmt von diesen zu trennen (vgl. BVerfGE 127, 87 [130 f.]).“ Diese Differenzierungen vernachlässigt VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 161 in der Formulierung, „die in ein Selbstverwaltungsorgan gewählten Vertreter der Hochschullehrer [müssen sich] von einem mit starken wissenschaftsrelevanten Befugnissen ausgestatteten Leitungsorgan, das ihr Vertrauen nicht mehr genießt, trennen können, [...] ohne auf die Zustimmung eines weiteren Organs oder des Staats angewiesen zu sein“.

30 Würtenberger (Fn. 2), OdW 2016, S. 1, 15; Fehling, in: BK-GG (Fn. 18), Art. 5 Abs. 3 GG (Wissenschaftsfreiheit), Rn. 213.

31 Würtenberger (Fn. 2), OdW 2016, S. 1, 6 (dort zur Meinungsbildung im Fakultätsrat nach Unterrichtung durch den Dekan) u. S. 10 (dort zum Charakter der Zustimmung des Senats zu planerischen Vorlagen der Hochschulleitung).

32 Überblick zur Ausdifferenzierung bei Epping, Typisierung von Hochschulen, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 3. Aufl. 2017, Kap. 2 Rn. 4 ff.

33 LT-Drs. BW 15/4684 S. 188 (Zu § 19, Zu Absatz 1, Zu Satz 2, Zu Nummer 3).

34 VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 100.

35 VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 98-99; insoweit in Anlehnung an Haug, in: von Coelln/Haug (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum LHG BW, Stand: 1.11.2016, § 19 LHG Rn. 7.

gungs- und Begründungslasten.<sup>36</sup> Verstöße dagegen können auch ohne gesetzliche Sanktionsregelungen die entsprechenden Entscheidungen rechtswidrig machen. Im Übrigen sind Rektorat und Senat auf eine dauerhaft funktionierende Zusammenarbeit angewiesen; das Rektorat wird daher unabhängig von der Androhung förmlicher Sanktionen schon aus Eigeninteresse typischerweise – von bereits gänzlich zerrütteten Verhältnissen abgesehen – keinen derart schweren Vertrauensbruch wagen, wie er im Negieren der gemeinsam beschlossenen Struktur- und Entwicklungsplanung läge. Zweitens entfaltet ein Struktur- und Entwicklungsplan über die darin konkret geregelten Gegenstände hinaus (finanzielle) Folgewirkungen, welche die Bindungen der Planung verstärken. Konkret ziehen vor allem die „Festlegungen“ zur künftigen Verwendung freierwerdender Professorenstellen finanzielle Verpflichtungen zur (Mindest-)Ausstattung nach sich, die bis in die bauliche Entwicklung hinein reichen können. Drittens schließlich muss, wie Würtenberger überzeugend dargelegt hat,<sup>37</sup> der Struktur- und Entwicklungsplan seinem Sinn und Zweck entsprechend als Herzstück der strategischen Hochschulsteuerung verstanden werden. Damit er diesem Anspruch genügen kann, ist auch seine Bindungswirkung teleologisch tendenziell weit auszulegen. Ergänzt durch Zielvereinbarungen und Hochschulverträge (bei denen die Zielsetzungen aus den Struktur- und Entwicklungsplänen zu beachten sind, § 13 Abs. 2 Satz 3 Halbsatz 2 LHG<sup>38</sup>), bildet diese Planung im neuen Steuerungsmodell das zentrale Instrument, um die übergeordneten (Landes- und Hochschul-) Interessen sowie die Bedürfnisse der einzelnen Fächer und Einrichtungen wissenschaftsadäquat auszugleichen.<sup>39</sup> Auf diese zentrale strategische Bedeutung deutet nicht zuletzt auch die Stellung von § 7 LHG BW bei den allgemeinen Vorschriften hin.

Da die Wissenschaftler sowohl auf Fakultäts- als auch auf zentraler Ebene in die Planung eingebunden sind, hätte dies bei der Gesamtwürdigung des Partizipationsniveaus zentrale Bedeutung gewinnen müssen.

### III. Einseitige Ausrichtung auf Legitimation der Senatstätigkeit durch verkürzt verstandene Hochschullehrerepräsentation

#### 1. Verzerrte Rezeption der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Bei der Ermittlung des Partizipationsniveaus im LHG BW legt der Verfassungsgerichtshof in zweifacher Hinsicht einen verengten Blickwinkel zugrunde.

Erstens berücksichtigt das Gericht ausschließlich die Gruppe der Hochschullehrer. Die wissenschaftlichen Mitarbeiter werden nur einmal ganz am Rande als Träger der Wissenschaftsfreiheit genannt,<sup>40</sup> ohne dass daraus irgendeine Folgerungen gezogen würden. Die Studierenden finden gar keine Erwähnung. Diese Hochschullehrerfixierung wird durch das BVerfG nur insoweit gestützt, als in ständiger Rechtsprechung<sup>41</sup> für Entscheidungen, die unmittelbar die Forschung betreffen, ein ausschlaggebender (Mehrheit) und für Entscheidungen, welche unmittelbar die Lehre tangieren, ein maßgeblicher Einfluss (mindestens Veto-Position) der Vertreter der Hochschullehrer in den gruppenmäßig zusammengesetzten Kollegialorganen gefordert wird.<sup>42</sup> Daraus darf jedoch nicht im Umkehrschluss gefolgert werden, die Vertreter der anderen Gruppen könnten zur Sicherung des notwendigen Partizipationsniveaus (fast) nichts beitragen. Dies stünde im Widerspruch zu der immer wieder bekräftigten Feststellung, das Organisationsprinzip der Gruppenuniversität und damit die Abkehr von der Ordinarienuniversität sei verfassungsgemäß.<sup>43</sup> Eine Gruppenrepräsentation, in der der Vertretung anderer Gruppen außer den Hochschullehrern – d.h. bei forschungsbezogenen Entscheidungen der wissenschaftlichen Mitarbeiter, bei die Lehre betreffenden Entscheidungen auch der Studierenden – keine legitimatorische Bedeutung beigemessen wird, wäre ein Widerspruch in sich.<sup>44</sup> Dementsprechend hat das BVerfG im Hamburger Hochschulurteil beim „hinreichende[n] Niveau der Partizipation“ auch allgemein auf „die Träger der Wissen-

36 Zur gesteigerten Begründungslast bei Abweichungen im Vollzug insbesondere Würtenberger, Staatsrechtliche Probleme politischer Planung, 1979, S. 636; Coing, Begriff und Institut des Plans, in: Kaiser (Hrsg.), Planung, Band 2, 1966, S. 222; speziell zur Forschungsplanung der Hochschulen Trute, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, S. 506.

37 Hierzu und zum Folgenden eingehend Würtenberger (Fn. 2), OdW 2016, S. 1, 8 f.

38 Dies erwähnt auch VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 87, hält dies jedoch, erneut unter Ausblendung des Kontextes, für zu „unklar“ und für einen „schwachen inhaltlichen Einfluss“.

39 So schon zur Gesetzesnovelle von 1999 LT-Drs. BW 12/4404,

S. 244 (zu Nummer 37 - § 36); aufgegriffen und betont von Sandberger, LHG BW (Fn. 21), § 7 Rn. 2.

40 VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 86. Dies war schon in BVerfGE 35, 79, 125 als „keiner näheren Begründung [bedürftig]“ anerkannt worden.

41 Beginnend mit dem ersten Hochschulurteil BVerfGE 35, 79, 130 ff.

42 Aufgegriffen in VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 87.

43 Erneut grundlegend BVerfGE 35, 79, 125 ff.

44 Vgl. Groß (Fn. 14), DÖV 2016, S. 449, 554: Wenn man allein auf die Hochschullehrerinnen und -lehrer abstellt, „blitzt wieder die alte Ordinarienuniversität auf“.

schaftsfreiheit“ bzw. die „in der Wissenschaft Tätigen“ abgestellt.<sup>45</sup> Ähnlich ist im Beschluss zur Medizinischen Hochschule Hannover von der Mitwirkung der „Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen“<sup>46</sup> und eben nicht allein der Hochschullehrer und Hochschullehrerinnen die Rede. Allein zur Abwahl des Dekans stellt das Hamburger Hochschulurteil ergänzend darauf ab, dass die erforderliche  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit für den Vorschlag auf Abberufung des Dekans „von den im Fakultätsrat vertretenen Hochschullehrern allein nicht erreicht werden kann und deshalb zur Einigung mit anderen im Fakultätsrat vertretenen Gruppen zwingt“.<sup>47</sup> Dies verwendet jedoch das BVerfG dort nur als einen Wertungsgesichtspunkt unter mehreren, denn ergänzend wird sogleich die fehlende Bindungswirkung des Abberufungsverlangens hervorgehoben. Schon zuvor war im Brandenburger Hochschulgesetz ein  $\frac{2}{3}$ -Abberufungsquorum unbeanstandet geblieben,<sup>48</sup> obwohl auch dort die Hochschullehrergruppe allein nicht über eine solch qualifizierte Mehrheit verfügte. In der bislang letzten Entscheidung zur Medizinischen Hochschule Hannover hat das Gericht denn auch wieder allgemeiner darauf abgestellt, dass das Quorum „von den Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern allein nicht erreicht werden kann“.<sup>49</sup>

Zweitens will der Verfassungsgerichtshof die Dekane im Senat nicht als Vertreter der Hochschullehrer mitzählen. Dies wird nur äußerst knapp begründet:

„Aufgrund des Repräsentationsprinzips kann in kollegialen Selbstverwaltungsgremien als Vertreter der Hoch-

schullehrer nur gewertet werden, wer von diesen mit einem entsprechenden Repräsentationsmandat gewählt wurde. Mitglieder kraft Amtes sind dagegen grundsätzlich keine Vertreter der Hochschullehrer. Dies gilt jedenfalls dann, wenn das Amtsmittglied nicht allein von der Gruppe der Hochschullehrer bestimmt wurde und wenn seine amtliche Aufgabe jedenfalls nicht vorrangig in der Repräsentation der Hochschullehrer besteht“.<sup>50</sup>

Diese Auffassung wird im Schrifttum selten vertreten<sup>51</sup> und findet in der Judikatur des BVerfG keinerlei Vorläufer; im Gegenteil deutet insbesondere eine Kammer-Eilentscheidung in die andere Richtung.<sup>52</sup> Ein Stück weit wird dies dadurch verdeckt, dass der Verfassungsgerichtshof sogleich einen weiteren wohl unstrittigen Grundsatz hinzufügt (keine Vertretung durch Personen, die nicht Mitglieder der Hochschule sind) und diesen – aber eben nur diesen – ausführlich belegt.

## 2. Sicherung des Wissenschaftspluralismus und/oder demokratieanaloge Legitimationsstrukturen?

Letztlich geht es der Dekane-Frage um das Strukturprinzip, das hinter Gruppenuniversität einerseits und Hochschullehrereinfluss andererseits steht. Der Verfassungsgerichtshof sieht insoweit mit den Schlüsselbegriffen „Repräsentationsprinzip“ und „Repräsentationsmandat“ eine enge Verbindung zur demokratischen Repräsentation bei staatlichen Wahlen. Nur unter dieser Prämisse ist die Ausklammerung der Dekane aus der Hochschullehrergruppe aufgrund andersartiger Legitimation ihrer

45 BVerfGE 127, 87, 117; im Subsumtionsteil wird allerdings an einigen Stellen explizit auf die „Hochschullehrer“ oder „Professoren“ Bezug genommen, so bei Berufungsverfahren (S. 121 ff.) und der Abwahl des Dekans (S. 130 ff.).

46 BVerfGE 136, 338, Rn. 57, 58, 61 a.E. (allgemein) und Rn. 83, 84 (Findungskommission), Rn. 95 (Abberufung von Leitungsorganen), vgl. auch Rn. 60: „den Grundrechtsberechtigten“ (zur Kompetenzverteilung zwischen Leitungs- und Kollegialorganen); Rn. 61: „Mitwirkung der wissenschaftlich Tätigen“, sodann allerdings weniger klar „Grundrecht der medizinischen Hochschullehrer“.

47 BVerfGE 127, 87, 130 f.; aufgegriffen von VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 161.

48 BVerfGE 111, 333, 364.

49 BVerfGE 136, 338, Rn. 95. Diese unterschiedliche Wortwahl negiert der VerfGH BW, indem er sich aaO. (Fn. 47) für seine Formulierung auf beide BVerfG-Entscheidungen stützt.

50 VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 88.

51 Wie der VerfGH für eine Legitimation der Senatsmitglieder ausschließlich durch direkten Wahlakt *Gärditz*, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2009, S. 496 f.; ohne Begründung gegen eine Anrechnung der Dekane auf die Hochschullehrerrepräsentation im Senat von *Coelln*, Das Binnenrecht der Hochschule, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 3. Aufl. 2017, Kap. 7 Rn. 112.

52 BVerfG (Kammer), Beschluss v. 2.10.2003, 1 BvR 1504/03, WissR

37 (2004), S. 70, 72 f.: „Bei den Dekanen ist aufgrund des Wahlverfahrens sichergestellt, dass sie nicht nur ihre Fakultät vertreten, sondern auch das Vertrauen der Hochschullehrer ihrer Fakultät haben, da sie zur Wahl nicht nur eine Mehrheit im Fakultätsrat, sondern auch einer Mehrheit der dem Fakultätsrat angehörenden Hochschullehrer bedürfen.“ – An einem solchen Erfordernis der doppelten Mehrheit fehlt es allerdings in § 24 Abs. 3 LHG BW. – „Die Beschwerdeführer haben über ihre Mitwirkungsrechte in der Fakultät Gelegenheit, Einfluss auf ihren Dekan zu nehmen; auch hier überwiegt der Einfluss der Hochschullehrer den der Fakultätsmitglieder anderer Gruppen [...]. Im übrigen gilt für alle Senatoren kraft Amtes, dass sie zwar die Gruppe der Hochschullehrer nicht ausschließlich repräsentieren, jedoch, indem sie selbst Professoren sind, eine weit mehr dieser als den anderen Gruppen entsprechende Interessenlage haben“; im Wesentlichen ebenso zuvor OVG Sachsen, Beschluss v. 22.7.2003, 2 BS 176/03, juris Rn. 19 u. 22; so im Ergebnis (Anrechnung der Dekane auf die Professorenmehrheit), wengleich in der Begründung eine indirekte Repräsentation der Hochschullehrergruppe durch die Dekane durch Wahl in der Fakultät ablehnend, auch die Vorinstanz VG Dresden, Urteil v. 9.12.2002, 6 K 433/00, WissR 36 (2003), S. 156, 161. Vgl. außerdem BVerfGE 61, 260, 281, wonach die Professoreneigenschaft des Rektors zur Wissenschaftsadaquanz der Entscheidungen beitrage; daran zweifelnd allerdings *Britz*, in: Dreier (Fn. 18), Art. 5 III (Wissenschaft) Rn. 101.

Senatsmitgliedschaft wenigstens ansatzweise folgerichtig. Und nur bei prägender Analogie zum staatlich-politischen Bereich ließe sich erwägen, die wissenschaftlichen Mitarbeiter gleichsam als „gegnerische Fraktion“ auszublenden. Das BVerfG hat demgegenüber stets einen anderen Aspekt<sup>53</sup> in den Vordergrund gestellt, nämlich die Repräsentation von Sachverstand und wissenschaftlicher Pluralität.<sup>54</sup> Dies trifft sich mit dem Leitbild der wissenschaftsadäquaten Organisationsstruktur mit Ausschluss struktureller Gefährdungen der Wissenschaftsfreiheit. Aus diesem Blickwinkel sind die Dekane im Senat ein Pluralitätsgewinn, denn sie repräsentieren in besonderem Maße die fachspezifisch ausdifferenzierte Sicht auf Grundsatzfragen von Forschung und Lehre.<sup>55</sup> Wissenschaftliche Mitarbeiter steuern aufgrund ihrer andersartigen Funktion im arbeitsteiligen Wissenschaftsbetrieb wiederum eine andere Perspektive bei.

Eine weitreichende Gleichsetzung der Repräsentation in der Gruppenuniversität mit staatlich-demokratischen Strukturen vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, weil aus diesem Blickwinkel das Gruppenmodell als vordemokratisch-ständisch gebrandmarkt werden müsste.<sup>56</sup> Der Unterschied zwischen den beiden Legitimationsmodi deutet sich auch in der Forderung nach einem hinreichenden Niveau der Partizipation an, denn Legitimation durch Partizipation wird im juristischen Diskurs regelmäßig von demokratischer Legitimation durch Wahl unterschieden.<sup>57</sup> Freilich dürfen die Gegensätze auch nicht überzeichnet werden. So ist in der Literatur zu gruppenplural zusammengesetzten Gremien

weitgehend anerkannt, dass sich die Sicherung pluralen Sachverstands und die Interessenvertretung, wie sie auch demokratischen Wahlen eigen ist, oftmals überschneiden und nicht klar trennen lassen.<sup>58</sup> Dementsprechend bringt die Gruppenuniversität auch die Interessen der unterschiedlichen Statusgruppen zum Ausdruck.<sup>59</sup> Vertreter wissenschaftlicher Mitarbeiter werden wegen ihrer arbeitsrechtlichen Abhängigkeit und ihren – typischerweise – Bedürfnissen nach wissenschaftlicher Weiterqualifikation teilweise abweichende Interessen in wissenschaftsrelevanten Angelegenheiten artikulieren als die Professoren; Studierendenvertreter werden ihr Ausbildungsinteresse in den Vordergrund rücken. Diese Überschneidungen ändern jedoch nichts daran, dass in der Hochschulorganisation das „Bauprinzip“ des Wissenschaftspluralismus, nicht das der demokratischen Repräsentation überwiegt.

Allerdings hat das BVerfG immer wieder deutlich gemacht, dass der hinreichende Professoreinfluss in der Gruppenuniversität nur gesichert werden kann, wenn die Professorengruppe hinreichend homogen zusammengesetzt ist. Hier und nicht bei Analogien zur demokratischen Wahl entscheidet sich, ob die Dekane im Senat der Hochschullehrergruppe zugerechnet werden können oder aufgrund anderer Interessenlage getrennt einzuordnen sind. Insoweit erscheint, über die vom BVerfG zur Beurteilung der Gruppenhomogenität bislang herangezogenen Aspekte der Qualifikation und der Betroffenheit<sup>60</sup> hinaus, ein Seitenblick auf die Organisationspsychologie hilfreich. Unter dem gleichen Gesichtspunkt ist auch die Frage zu beantworten, ob die Hoch-

53 Der VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 90, bezieht sich auf *Gärditz*, Anmerkung zu BVerfG, 1. Senat, Beschluss vom 24.06.2014 – 1 BvR 3217/07 – Vb gegen organisatorische Hochschulausgestaltung erfolgreich, DVBl. 2014, 1127, 1134 f., doch dieser entwickelt seine Betonung der Legitimation durch Repräsentation ausdrücklich in Kritik am BVerfG: „[Schutz vor wissenschaftsinadäquaten Entscheidungen] erfasst das dahinter liegende Problem nur unvollständig“; überzeugend gegen *Gärditz* insoweit *Groß* (Fn. 14), DÖV 2016, S. 449, 454: „allenfalls [...] partielle Annäherung an das Organisationsmodell Parlament – Regierung“; vgl. auch *Gärditz*, Hochschulorganisation (Fn. 51), S. 447 ff., insb. S. 460, mit einer gegenüber seiner Urteilsanmerkung differenzierteren Analyse, die aber auch die Gemeinsamkeiten mit dem Demokratieprinzip betont.

54 Besonders deutlich zuletzt BVerfGE 136, 338, Rn. 59: Vertretungsorgane können „vor wissenschaftsgefährdenden Entscheidungen schützen, sofern sie pluralistisch zusammengesetzt sind und es so ermöglichen, die auch innerhalb der Wissenschaft bestehenden Unterschiede in der Organisation sachverständig einzubringen“, „zum funktionalen Pluralismus“ wird sodann bereits auf BVerfGE 35, 79, 126 ff. verwiesen. Vgl. auch BVerfGE 127, 87, 117: „durch ihre Vertreter in Hochschulorganen [...] ihre fachliche Kompetenz zur Verwirklichung der Wissenschaftsfreiheit in die Universität einbringen können“. Zusammenfassend statt vieler *Britz*, in: Dreier (Fn. 18), Art. 5 III (Wissenschaft) Rn. 94.

55 So auch *Hagmann*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum LHG BW (Fn. 35), § 19 Rn. 27.1., vgl. ferner Rn. 32, 33. Allgemein

zur Bedeutung disziplinären Sachverstands im Senat *Gärditz*, Anmerkung, JZ 2011, S. 314, 316; vgl. auch *ders.*, Hochschulorganisation (Fn. 51), S. 478 ff., dort allerdings ohne Bezug zur Zusammensetzung des Senats; *Britz*, in: Dreier (Fn. 18), Art. 5 III (Wissenschaft) Rn. 102, vgl. auch Rn. 100.

56 Besonders deutlich insoweit *Thieme*, Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 618, 620.

57 Siehe insoweit nur *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), S. 329, 371 ff.; für pluralistische Gremien *Schreyer*, Pluralistische Entscheidungsgremien im Bereich sozialer und kultureller Staatsaufgaben, 1982, S. 113 ff.; die Gemeinsamkeiten stärker betonend *Fisahn*, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, 2002, insb. S. 236 ff., 335 ff.; zur historischen Entwicklung des Partizipationsdiskurses *Kaiser*, Die Kommunikation der Verwaltung, 2009, S. 136 ff.

58 Für die Wissenschaft *Trute*, Die Forschung (Fn. 36), S. 319 f.; allgemeiner zusammenfassend *Fehling*, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, 2001, S. 413 ff.

59 Zu den Interessengegensätzen bereits BVerfGE 35, 79, 129 f.

60 Vgl. BVerfGE 35, 79, 126 f.; BVerfG, Urteil v. 8.2.1977, 1 BvR 79/278, 282/70, E 43, 242, 268 u. 271 ff.; BVerfG, Beschluss v. 1.3.1978, 1 BvR 333/75 u, 174, 179, 191/71, E 47, 327, 388 ff.; BVerfG, Beschluss v. 11.2.1981, 1 BvR 303/78, E 56, 192, 208 ff.; BVerfGE 61, 210, 239; zusammenfassend statt vieler *Fehling*, in: BK-GG (Fn. 18), Art. 5 Abs. 3 GG (Wissenschaftsfreiheit), Rn. 198 ff.; *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 5 Abs. 3 Rn. 391.

schullehrer im Hochschulrat als taugliche Repräsentanten der Hochschullehrer in die Gesamtwürdigung des Kompetenzgefüges einbezogen werden können und müssen.

### 3. Zur Rolle der Dekane und der in den Hochschulrat gewählten Hochschullehrer aus organisationspsychologischer Perspektive

Ganz allgemein lehrt uns die (Organisations-)Psychologie, dass die professionelle Problemwahrnehmung wesentlich von der beruflichen Sozialisation sowie der jeweiligen konkreten Rolle und Funktion geprägt wird. Jedermann ist in der Wahrnehmung der Wirklichkeit in beträchtlichem Umfang durch seine Umwelt und seinen Erfahrungshorizont beeinflusst und so neigt auch ein Amtsträger tendenziell dazu, Entscheidungsalternativen aus seinem fach- und aufgabenspezifischen Blickwinkel zu betrachten.<sup>61</sup>

Dabei kann es allerdings zu Rollenkonflikten kommen, die das Entscheidungsverhalten auf komplexe Weise beeinflussen. Solche Konflikte hat man unter anderem bei Dekanen eingehend untersucht.<sup>62</sup> Durch die berufliche Sozialisation als Hochschullehrer werden bestimmte Persönlichkeitsmerkmale verändert und gefestigt, Motive geformt und spezielle Einstellungen und Vorstellungen entwickelt.<sup>63</sup> Diese Effekte dauern an, auch wenn sich mit der Berufung zum Dekan die Perspektive und die Aufgaben innerhalb der Universität verändern. Wenig überraschend fühlen sich Dekane daher mehrheitlich sowohl der administrativ geprägten Hochschulleitung als auch weiterhin der Gruppe der Hochschullehrer zugehörig.<sup>64</sup>

Gewiss hat sich das Aufgabenprofil der Dekane im Zuge der Reformen ein Stück weit in Richtung Wissensschaftsmanagement verschoben. Obwohl der Dekan sein Amt mittlerweile als Hauptaufgabe wahrnimmt (§ 24 Abs. 3 Satz 5 LHG BW), bleibt er oder sie – sofern wie regelmäßig Mitglied der Fakultät und nicht von außerhalb kommend, was § 24 Abs. 3 Satz 1 LHG BW „in besonderen Fällen“ zulässt – typischerweise in zeitlich einge-

schränktem Umfang in Forschung und Lehre verwurzelt; außerdem kehren Dekane dahin nach Ende ihrer Amtszeit meist in vollem Umfang zurück. Dies spricht gegen eine weitreichende Entfremdung von der Hochschullehrerperspektive. Zwar verdanken die Dekane in Baden-Württemberg ihr Amt nicht allein der Wahl durch den Fakultätsrat, sondern zugleich einem entsprechenden Vorschlag des Rektors (§ 24 Abs. 3 Satz 1 LHG BW), so dass – gegebenenfalls auch im Hinblick auf eine eventuelle Wiederwahl – eine gegenüber sonstigen Hochschullehrern erhöhte Loyalität zum Rektor nahe liegt. Deutlich intensiver dürften die Dekane jedoch an ihre Fakultät und die dortigen Hochschullehrer rückgebunden bleiben, weil der Fakultätsrat mit Hochschullehrermehrheit die Dekanatsarbeit laufend kontrolliert.<sup>65</sup> Die enge fachliche Zusammenarbeit mit dem Rektorat macht ihre Kontrollaufgabe im Senat zwar einerseits komplexer, befähigt die Dekane andererseits aber auch zu einer effektiveren Kontrolle.

Bleiben schon die Dekane ihrer Sozialisation und ihren Abhängigkeiten gemäß im Kern Hochschullehrer, so muss dies erst recht für die im Hochschulrat vertretenen Professoren gelten. Denn der Hochschulrat tritt im Normalfall nicht allzu oft zusammen (mindestens viermal im Studienjahr, § 20 Abs. 6 Satz 7 LHG BW) und beansprucht die ihm angehörenden Hochschullehrer zeitlich weitaus weniger als das Dekanat. Dementsprechend wird durch die zusätzliche ehrenamtliche Tätigkeit im Hochschulrat typischerweise erst recht keine tiefgreifende Entfremdung von der Hochschullehrerperspektive einhergehen.

Damit wird selbstverständlich nicht in Abrede gestellt, dass die zusätzliche Funktion als Hochschulratsmitglied und besonders als Dekan ein Stück weit auch die Problemwahrnehmung und die Interessen dieser Hochschullehrer beeinflusst. Doch erscheint dieser Einfluss nicht so massiv, als dass er die Zurechnung zur Hochschullehrergruppe in Frage stellen könnte. Die geforderte Homogenität bedeutet nicht Unterschiedslosigkeit.<sup>66</sup>

61 Grundlegend *Simon*, Administrative Behavior, 4. Aufl. 2013.

62 Für einen Überblick siehe *Blümel*, Von der Hochschulverwaltung zum Hochschulmanagement: Wandel der Hochschulorganisation am Beispiel der Verwaltungsleitung, 2015, S. 54 f.

63 Dazu näher *Lempert*, in: Handbuch der Berufsbildung, 2. Aufl. 2006, S. 416 ff.

64 Empirische Untersuchung von *Wolverton/Wolverton/Gmelch*, The Impact of Role Conflict and Ambiguity on Academic Deans, Journal of Higher Education, 1999, S. 80 ff.; vgl. auch von *Richt-hofen*, Einflussmöglichkeiten der Fachbereichsleitungen auf die

Zielorientierung der Lehrenden zur Umsetzung von Studienreformen, 2004, S. 40 f.

65 Dies betont ausdrücklich auch *BVerfG (Kammer)*, WissR 37 (2004), S. 70, 72 f (wörtliches Zitat oben in Fn. 52).

66 Dass es „diese Lager“ – gemeint sind die Statusgruppen – „in Reinform jedoch allenfalls in der Theorie gibt“, betont auch *von Coelln*, in: *Hartmer/Detmer* (Fn. 51), Kap. 7 Rn. 57, verwendet dies aber als Argument gegen die Organisationsform der Gruppenuniversität.

#### IV. Problematische Verengung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums bei der Hochschulorganisation

##### 1. Hochschulorganisation im gesellschaftlich-politischen Wandel

In der Hochschulorganisation spiegeln sich politische Leitbilder. Ihr Wandel hängt eng mit den allgemeinen Veränderungen in Politik und Gesellschaft zusammen.<sup>67</sup> Die emanzipatorische Grundstimmung, wie sie im Zuge der 1968er-Protestbewegung von den Hochschulen ausgehend weite Teile der Gesellschaft erfasste, führte in den ersten Hochschulgesetzen zum Übergang von der Ordinarien- zur Gruppenuniversität. Deregulierung und Ökonomisierung und schließlich auch Internationalisierung schlugen sich seit den 1990er Jahren im neuen Leitbild der Managementuniversität nieder, in der gruppenplurale Entscheidungsprozesse zugunsten vermeintlich effizienterer unternehmensähnlicher Leitungsstrukturen zurückgedrängt wurden.<sup>68</sup> In den letzten Jahren wiederum ist im gesellschaftlich-politischen Diskurs die Kritik an neoliberalen Übersteigerungen stärker geworden. Im Hochschulrecht hat dies jedenfalls in einigen Bundesländern<sup>69</sup> wieder zu einer Stärkung der gruppenplural zusammengesetzten Kollegialorgane geführt. Allerdings markiert dies keine vollständige Rückkehr zur Gruppenuniversität der 1970er Jahre. Im Verhältnis zum Staat vertraut man weiterhin auf das flexiblere „Neue Steuerungsmodell“ mit Ziel- und Leistungsvereinbarungen sowie Kooperation im Hochschulrat statt auf überkommene Rechts- und partiell auch Fachaufsicht. Wie zuvor halten die Gesetze im Lichte des internationalisierten Wettbewerbs zwischen den Hochschulen steuerungs-

mächtige Leitungsstrukturen für unabdingbar. Es geht um eine neue Balance zwischen flexibler Steuerung und sachverständiger Partizipation.

Genau dies bezweckte auch die Streitgegenständliche Novelle des LHG BW. Man wollte „das hierarchische Modell der ‚unternehmerischen Hochschule‘ durch eine, an den Prinzipien der Wissenschaftsfreiheit, der Beteiligung der Hochschulmitglieder, der Chancengleichheit und der Transparenz‘ orientierte Hochschulorganisation ablösen. [...] Als Kompensation dafür, dass das Rektorat als Leitungsgremium über wissenschaftsrelevante Kompetenzen verfügt, sei die Stellung des Senats bei der Wahl der hauptamtlichen Rektoratsmitglieder deutlich aufgewertet worden. [...] Auch inhaltlich sei der Senat gestärkt worden“.<sup>70</sup>

Der Verfassungsgerichtshof nimmt diese gesetzgeberische Intention, von einer Zusammenfassung des Prozessvorbringens der Landesregierung abgesehen, nur am Rande bei einzelnen Vorschriften überhaupt zur Kenntnis.<sup>71</sup> Folgerungen für die Gesetzesauslegung werden daraus nicht gezogen, obwohl gerade die historisch-genetische Perspektive statt einer reinen Wortlautfixierung eine partizipationsfreundliche und damit zugleich verfassungskonforme Interpretation nahe gelegt hätte. Dies betrifft im Besonderen die Steuerungswirkungen der Struktur- und Entwicklungsplanung sowie die Rückbindung der Dekane im Senat an das Meinungsbild im jeweiligen Fakultätsrat.<sup>72</sup> Stattdessen bleiben die Formulierungen zur hochschulpolitischen Entwicklung im Maßstäbe-Teil des Urteils gänzlich auf eine Stärkung der Leitungsorgane fixiert und deuten damit darauf hin, dass das Gericht fälschlicherweise noch von der nur in weni-

67 Besonders klar herausgearbeitet von *von Coelln*, in: Hartmer/Detmer (Fn. 51), Kap. 7 Rn. 42 ff., wobei er allerdings die jüngsten Korrekturen an der Managementuniversität noch nicht aufgreift.

68 Einflussreich *Müller-Böling*, Die entfesselte Hochschule, 2000, S. 24 ff., der vom Modell des „Dienstleistungsunternehmens“ spricht und diesem idealtypisch die „Gruppenhochschule“ und die „Gelehrtenrepublik“ (sowie zusätzlich die Universität als „nachgeordnete Behörde“) gegenüberstellt. Zum Einfluss europäischer und internationaler Vernetzung auf die Hochschullandschaft zuletzt *Fraenkel-Häberle*, Die Universität im Mehrebenensystem, 2014, zusammenfassend S. 377 ff.

69 Neben Baden-Württemberg ist vor allem das neue Hochschulgesetz NRW vom 16.9.2014 als Teil des „Hochschulzukunftsgesetzes“ (GVBl. NRW S. 547) zu nennen, dazu *Schütz*, Zu den Änderungen der Hochschulaufsicht in NRW - Der Hochschulrat und seine Aufsichtsfunktionen nach dem „Hochschulzukunftsgesetz“, NWVBl 2015, S. 205 ff.; ferner in Niedersachsen das – allerdings teilweise von BVerfGE 136, 338 ff. erzwungene – „Gesetz zur Stärkung der Beteiligungskultur innerhalb der Hochschulen“ vom 15.12.2015 (GVBl. S. 384).

70 Das entsprechende Vorbringen der Landesregierung paraphrasierend VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 39; knapper LT-Drs. BW

15/4684 S. 1 u. 164. *Sandberger*, LHG BW (Fn. 21), Einl. Rn. 14, sieht allerdings fast nur begrifflich-kosmetische Änderungen.

71 So wird zum Entwurf des Struktur- und Entwicklungsplans beiläufig erwähnt, dass dieser „seit dem hier gegenständlichen 3. HRÄG der Zustimmung des Senats [bedarf], der bislang lediglich Stellung nehmen konnte“ (VerfGH BW - Fn. 1 -, juris Rn. 17). Zu den Informationsrechten und -pflichten heißt es a.a.O. Rn. 131: „Mit dem 3. HRÄG hat der Senat im Gesetz ‚verbrieft‘ Auskunftsrechte gegenüber dem Rektorat erhalten. Sie sollen die Transparenz der Arbeit des Rektorats und die Partizipation des Senats erhöhen (LT-Drs. 15/4684, S. 165 und 189 f.)“. Zum Hochschulrat wird a.a.O. Rn. 150 bzw. 152 angemerkt: „Zwar kann der Hochschulrat nicht (mehr) gegen den Willen des Senats bestellt werden. Diese Änderung beruht auf dem 3. HRÄG, das den Hochschulmitgliedern eine ‚doppelte Legitimation‘ – vom Staat und den Mitgliedern der Hochschule – verleihen wollte (vgl. LT-Drs. 15/4684, S. 193)“. „Die Möglichkeit der Abberufung von Hochschulratsmitgliedern wurde durch das 3. HRÄG eingeführt, um ‚Aufgaben und Zuständigkeiten klarer zuzuordnen und auch Verantwortlichkeiten transparent zu machen‘ (LT-Drs. 15/4684, S. 94).“

72 Siehe oben II. 2. bzw. III. 1. u. III.



gen nebensächlichen Details modifizierten Managementuniversität ausgeht.<sup>73</sup>

## 2. Gefährdete Balance zwischen Entwicklungsoffenheit und grundrechtsschützender Stabilität der Hochschulverfassungsrechtlichen Leitlinien

Vor diesem Hintergrund befinden sich das Hochschulverfassungsrecht und seine (verfassungs-)gerichtlichen Interpreten in einem Dilemma. Einerseits müssen die aus der Wissenschaftsfreiheit abgeleiteten Maßstäbe hinreichend entwicklungs offen bleiben, um Veränderungen im Realbereich verarbeiten zu können<sup>74</sup> und dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber die Möglichkeit zu eröffnen, gesellschaftlich-politischen Wandel auch in der Hochschulorganisation abzubilden. Deshalb hat die Verfassungsrechtsprechung stets und seit dem Brandenburg-Beschluss (wieder) in verstärktem Maße betont, dass der „Hochschulgesetzgeber nicht an überkommene hochschulorganisatorische Strukturen gebunden [ist]. Er darf neue Modelle und Steuerungstechniken entwickeln und erproben und ist sogar verpflichtet, bisherige Organisationsformen zu beobachten und zeitgemäß zu reformieren. Ihm stehen dabei hinsichtlich der Eignung neuer Organisationsformen ein Einschätzungs- und Prognosespielraum zu.“<sup>75</sup> Andererseits können die Grundrechte und hier speziell die Wissenschaftsfreiheit ihre Schutz- und Abwehrfunktion nur erfüllen, wenn dem Gesetzgeber klare Grenzen gesetzt werden.<sup>76</sup> Dementsprechend ziehen sich durch die Judikatur des BVerfG

zur Hochschulorganisation einige Konstanten, besonders den Hochschullehrereinfluss<sup>77</sup> und die Bereiche des legitimen Staatseinflusses betreffend. Wissenschaftliche Betätigung verändert sich und die Mechanismen zu Schutz und Pflege der Wissenschaft einschließlich der organisatorischen Rahmenbedingungen müssen sich mit ändern, doch die Schutzbedürftigkeit gegen strukturelle Gefährdungen freier wissenschaftlicher Betätigung bleibt als solche unverändert bestehen.

Das BVerfG hat diesen Zielkonflikt<sup>78</sup> typischerweise dahingehend aufgelöst, dass es die grundsätzlichen Strukturentscheidungen des Gesetzgebers, namentlich den Übergang zur Gruppenuniversität<sup>79</sup> und später zur Managementuniversität<sup>80</sup> als solches gebilligt, bei der Ausgestaltung im Detail aber immer wieder Korrekturen zum Schutz der Wissenschaftsfreiheit verlangt hat. Wo sich, wie namentlich bei der Ausgestaltung der Managementuniversität, erst im Zuge der Entwicklung neue Gefährdungsszenarien hinreichend klar herauskristallisierten, hat das Gericht auch die abstrakten Maßstäbe zwecks Effektivierung des Schutzes behutsam nachjustiert, insbesondere mit der expliziten Forderung nach einem hinreichenden Niveau der Partizipation der Wissenschaftler.<sup>81</sup>

Der Verfassungsgerichtshof greift in seinem Maßstäbe-Teil die Aussagen des BVerfG zur Wandelbarkeit der Hochschulorganisation mit keinem Wort auf, während er die grundrechtlichen Anforderungen zum Schutz gegen strukturelle Gefährdungen der Wissenschaftsfreiheit ausführlich und in wesentlichen Punkten sogar in Rich-

73 VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 89: „[D]en Hochschulen [ist] in den letzten 20 Jahren im Verhältnis zum Staat im Vergleich zu früher mehr Autonomie übertragen worden und der Staat [hat] sich aus einer weitreichenden Detailsteuerung zurückgezogen, weil zugleich die Leistungsorgane der Hochschule im Verhältnis zu den Selbstverwaltungsorganen erheblich gestärkt wurden“.

74 Dazu aus methodologischer Sicht *Hoffmann-Riem*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Methoden der Verwaltungswissenschaft*, 2004, S. 9 (53 ff.); allgemein *Hoffmann-Riem*, *Innovation und Recht – Recht und Innovation*, 2016, insb. S. 108 ff.

75 So besonders deutlich BVerfGE 127, 87, 116; ähnlich BVerfGE 111, 333, 355 f.; vgl. bereits BVerfGE 35, 79, 117; andeutungsweise auch BVerfGE 136, 338, Rn. 57. Im Schrifttum besonders betont zuletzt von *Groß* (Fn. 14), DÖV 2016, S. 449, 455; gegen eine zu weitreichende Konstitutionalisierung des Wissenschaftsrechts auch *Bumke* (Fn. 2), VVDStRL 69 (2010), S. 407, 456; zusammenfassend *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 60), Art. 5 Abs. 3 Rn. 383.

76 Diesen Aspekt rücken Teile des hochschulrechtlichen Schrifttums etwas (zu) einseitig in den Vordergrund, namentlich *Gärditz*, *Hochschulorganisation* (Fn. 51), S. 364 ff. (ohne jede Erwähnung der Entwicklungsoffenheit) und S. 626 ff. (vom ihm präferierte „rechtsstaatliche“ versus „gewährleistungsstaatliche“ Grundrechtsdogmatik); ähnlich *Krausnick* (Fn. 15), S. 89 ff., der der Eigengesetzlichkeit von Wissenschaft sehr enge Grenzen für die staatliche

Institutionalisierung im Rahmen von Gewährleistungsmodellen entnimmt; tendenziell auch *Geis*, *Universitäten im Wettbewerb*, VVDStRL 69, (2010), S. 364, 393 ff. Die Balance während *Kahl* (Fn. 26), AöR 130 (2005), S. 225, 246 ff.

77 Siehe oben III. 1. mit Fn. 42.

78 Der Zielkonflikt zwischen Stabilität und Entwicklungsoffenheit schlägt sich allgemein im Streit um eine wirklichkeitswissenschaftliche Verfassungsauslegung nieder, vgl. *Starck*, *Maximen der Verfassungsinterpretation*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 271 Rn. 29; vgl. auch bereits *Bryde*, *Verfassungsentwicklung*, 1982; speziell zur Grundrechtsinterpretation *G. Kirchhof*, *Grundrechte und Wirklichkeit*, 2007; die gegensätzlichen Positionen werden deutlich bei *Hillgruber* bzw. *Volkman*, *Verfassung zwischen normativem Anspruch und politischer Wirksamkeit*, VVDStRL 67 (2008), 7 ff. bzw. 58 ff.

79 Grundlegend BVerfGE 35, 79, 125 ff.

80 Grundlegend BVerfGE 111, 333, 356 ff.

81 BVerfGE 127, 87, 117; insoweit in BVerfGE 111, 333, 355 f. noch nicht enthalten. Diese Kurskorrektur hebt *Gärditz* (Fn. 53), DVBl. 2014, S. 1133, 1137 zu Recht hervor; sie wird wenig überzeugend verneint von *Krausnick* (Fn. 15), S. 108 ff. Die gesamte Entwicklung wird eingehend beschrieben bei *Löwer*, *Hochschulmedizinrecht nach der MHH-Entscheidung des BundeVerfassungsgerichts*, WissR 48 (2015), S. 193, 196 ff.; vgl. auch *Groß* (Fn. 14), DÖV 2016, S. 449 f.

tung Ordinarienuniversität übersteigernd und verzerrend<sup>82</sup> referiert. Auch in der weiteren Analyse wird der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum nur an zwei Stellen ganz beiläufig erwähnt und dies an entscheidender Stelle nur mit Blick auf dessen Grenzen.<sup>83</sup> Dies verfehlt schon im Ansatz die gebotene Balance.

## V. Fazit und Ausblick

Der baden-württembergische Gesetzgeber wird nun nachbessern müssen. Zur Stärkung des Senats verfügt er über verschiedenste Optionen. Wenigstens insoweit hat der Verfassungsgerichtshof die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit (noch) nicht verengt. Als „minimalinvasive“ Maßnahme kommt besonders eine Verdeutlichung und Verschärfung der Bindungswirkung des Struktur- und Entwicklungsplans für weitere wissenschaftsrelevante Entscheidungen des Rektorats, besonders, aber nicht nur den Abschluss von Zielvereinbarungen, in Betracht.<sup>84</sup> Bei der Abwahl eines hauptamtlichen Rektoratsmitglieds könnte die Zustimmung des Ministeriums entfallen, so dass wie in den meisten anderen Bundesländern nur die Übereinstimmung von Senat und Hochschulrat erforderlich wäre.

Weitaus schwieriger gestaltet sich die Stärkung des Hochschullehrereinflusses ohne Eingriff in die „Regelungsphilosophie“. Beim Hochschulrat ließe sich die Zahl der aus dem Senat gewählten Hochschullehrer moderat erhöhen, was jedoch allein kaum ausreichen dürfte. Um die Dekane im Senat auf Hochschullehrerseite mitzählen zu können, wäre im Lichte der zitierten Kammer-Eilentscheidung des BVerfG<sup>85</sup> zu erwägen, die Dekanewahl im Fakultätsrat an eine doppelte Mehrheit – d.h. über die Mehrheit im Gremium hinaus noch der

dortigen Vertreter der Hochschullehrer – zu binden, um die Rückbindung der Dekane an die Hochschullehrer ihrer Fakultät zu akzentuieren. Es bleibt jedoch zweifelhaft, ob dies dem Verfassungsgerichtshof, der ja diesen BVerfG-Kammerbeschluss gar nicht zur Kenntnis genommen zu haben scheint, bereits genügen würde. Gewiss könnte man die Hochschullehrerbank im Senat zahlenmäßig stärken, doch würde damit das Rad in Richtung Ordinarienuniversität zurückgedreht. Ebenso ließen sich die Dekane im Senat durch gewählte Hochschullehrer ersetzen, doch gingen damit wesentliche Vorteile für Wissenschaftspluralismus und Sachverstand verloren. Dies würde immerhin abgemildert, wenn die Dekane wenigstens ohne Stimmrecht im Senat verblieben. Dagegen dürfte es kaum in Betracht kommen, die dort vertretenen Dekane förmlich an die Meinungsbildung im Fakultätsrat zu binden und so noch deutlicher an die dortige Hochschullehrermehrheit zu koppeln, denn damit käme es zu einem system- und möglicherweise sogar verfassungswidrigen imperativen Mandat.

Das BVerfG hat sich derzeit im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde im Hinblick auf die duale Hochschule Baden-Württemberg ebenfalls mit dem LHG BW und damit erstmals auch mit der neuesten „Reformgeneration“ der Landeshochschulgesetze auseinanderzusetzen. Es bleibt zu hoffen, dass höchststrichterlich die Entwicklungsoffenheit der Hochschulgesetzgebung wieder stärker betont wird.

Michael Fehling ist Professor an der Bucerius Law School Hamburg und Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht III: Öffentliches Recht mit Rechtsvergleichung.

82 Siehe oben III. 1.

83 VerfGH BW (Fn. 1), juris Rn. 93, beim Gesamtergebnis, offener aber ebenso kursorisch Rn. 133 zum Berufungsverfahren.

84 Vgl. Hartmann, Zur geplanten Änderung des Niedersächsischen Hochschulgesetzes, NdsVBl 2015, S. 209, 211: Die Entwicklungsplanung „darf sich nicht auf ‚wolkige Begriffslyrik‘ beschränken, sondern muss handfeste Festlegungen enthalten, welche die Zielvereinbarung dann nur noch konkretisiert“; ähnlich Frach/Krämer, Mitwirkungsrechte der Hochschulsenate an Strukturmaßnahmen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, LKV 2015, S. 481, 486 f.

85 Siehe oben Fn. 52.



# Georg Sandberger

## *Die Zukunft wissenschaftlichen Publizierens*

### *Open Access und Wissenschaftsschranke*

#### *Anmerkungen zu den Kontroversen über die Weiterentwicklung des Urheberrechts*

## I. Einleitung

Die Zukunft des wissenschaftlichen Publizierens und dafür notwendige Veränderungen des Urheberrechts spalten die Wissenschaftsgemeinschaft. Wissenschaftsorganisationen, KMK und Wissenschaftsförderorganisationen unter dem Dach der sog. Allianz haben auf der Ebene des geltenden Rechts Konzepte zur Förderung des freien Zugangs zu wissenschaftlichen Publikationen („Open-Access“) entwickelt und kämpfen nach der Ein-

führung des obligatorischen Zweitveröffentlichungsrecht um die sog. Wissenschaftsschranke, d.h. die Ablösung der derzeitigen Regelungen des §§ 52a UrhG (Intranet-Plattform für Forschung und Lehre), 52b UrhG (Digitale Arbeitsplätze) und 53a UrhG (Elektronische Dokumentenlieferung) durch eine Generalklausel, die gegen angemessene Entschädigung der Urheber die digitale Nutzung wissenschaftlicher Publikationen auf rechtssicherer Grundlage fördern soll.<sup>1</sup> Die Einführung einer Wissenschaftsschranke ist als Ziel auch im Koaliti-

1 Open Access in Deutschland - Die Strategie des Bundesministeriums für Bildung und Forschung, 2016. Dazu Allianz der Wissenschaftsorganisationen, Zur Open Access Strategie des Bundesministeriums für Bildung und Forschung vom 13.10.2016, abrufbar unter: [https://www.leopoldina.org/fileadmin/redaktion/Publikationen/Allianz/2016\\_10\\_13\\_Allianz\\_Stellungnahme\\_Open\\_Access.pdf](https://www.leopoldina.org/fileadmin/redaktion/Publikationen/Allianz/2016_10_13_Allianz_Stellungnahme_Open_Access.pdf).

Zur Umsetzung vgl. Empfehlungen der Ad-hoc-AG Open-Access-Gold im Rahmen der Schwerpunktinitiative „Digitale Information“ der Allianz der deutschen Wissenschaftsorganisationen, 3.2016, abrufbar unter: <http://goedoc.unigoettingen.de/goescholar/bitstream/handle/1/12962/Empfehlungen%20zur%20Open%20Access%20Transformation.pdf?sequence=1>. Verfassungsrechtliche Fragen behandelt *Michael Fehling*, Verfassungskonforme Ausgestaltung von DFG- Förderbedingungen zur Open Access Publikation, OdW 2014, 179 ff.

Vorausgehende Stellungnahmen: Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht zur Anfrage des Bundesministeriums der Justiz vom 20.02.2013 zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Regelung zur Nutzung verwaister Werke und weiterer Änderungen des Urheberrechtsgesetzes sowie des Urheberrechtswahrnehmungsgesetz v. 20.2.2013, S. 4 ff; Allianz der Wissenschaftsorganisationen, Neuregelung des Urheberrechts: Anregungen und Desiderate für einen dritten Korb v. 9.7.2010, abrufbar unter <http://allianzinitiative.de>: früher: Stellungnahme des Aktionsbündnisses für Bildung und Wissenschaft zum RegE 2.Korb vom 22.3.2006. Gemeinsame Presseerklärung der Allianz vom 28.6.2006, abrufbar unter der Homepage des Wissenschaftsrates; Stellungnahme der KMK zum RefE eines 2. Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft v. 27.9.2004. DFG, Publikationsstrategien im Wandel, Ergebnisse einer Umfrage zum Publikations- und Rezeptionsverhalten unter besonderer Berücksichtigung von Open Access, 2005; Grundlegend: *Spindler, Gerald*, Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access Publikationen, Göttinger Schriften zur Internet-Forschung, Bd. 2, 2006.

Zum Zweitveröffentlichungsrecht vgl. die Aufsatzserie in ZUM 2013, Heft 6: *Sprang, Christian*, Zweitveröffentlichungsrecht – ein Plädoyer gegen § 38 Abs. 4 UrhG-E, S. 441; *Georg Sandberger*, Zweitverwertungsrecht- Anmerkungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister und vergreifener Werke und einer

weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes, S. 466.

Zur sog. Bildungs- und Wissenschaftsschranke grundlegend:

*Ohly, Ansgar*, Urheberrecht in der digitalen Welt-Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, F 74 ff.; *de la Durantaye, Katharina*: Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, Münster 2014, abrufbar unter: <http://durantaye.rewi.hu/doc/Wissenschaftsschranke.pdf>; Aufsatzserie anlässlich der Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 8.4. 2016 in München: *Grünberger, Michael*: Die Bildungs- und Wissenschaftsschranke - Ein angemessener Interessenausgleich?, ZUM 2016, 473 - 474; *de la Durantaye, Katharina*: Die Bildungs- und Wissenschaftsschranke - Warum kurz springen? Eine Erwiderung auf *Schack* (ZUM 2016, 266). ZUM 2016, 475 - 481. *Jani, Ole*: Die Bildungs- und Wissenschaftsschranke — Der Gesetzgeber muss erklären, was das Ziel einer solchen Schranke sein soll, ZUM 2016, 481 - 484. *Pflüger, Thomas*: Die Bildungs- und Wissenschaftsschranke – Reflexionen und Überlegungen aus Sicht der Kultusministerkonferenz, ZUM 2016, 484-488. *Steinhauer, Eric W.*: Angemessene Schranken für Bildung und Wissenschaft – Praktische Probleme und Bedürfnisse für die wissenschaftliche Informationsversorgung sowie das digitale kulturelle Gedächtnis, ZUM 2016, 489 - 495. *Herrmann, Guido*: Die Bildungs- und Wissenschaftsschranke - Stellungnahme aus Sicht eines deutschen Wissenschaftsverlages, ZUM 2016, 496 - 498. *Staats, Robert*: Schranken für Bildung und Wissenschaft – Drei Anmerkungen aus Sicht der VG WORT, ZUM 2016, 499-502. *Pech, Sebastian*: Die Bildungs- und Wissenschaftsschranke – Ein angemessener Interessenausgleich? Tagungsbericht zu der gleichnamigen Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 8. April 2016 in München, ZUM 2016, 503 – 507. *Kuhlen, Rainer*: Der Heizer sollte nicht auf der E-Lok bleiben - Die Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke ist nötig und möglich. ZUM 2016, 507 – 513; *Lauber-Rönsberg, Anne/Kempfer, Kamila*: Das öffentliche Zugänglichmachen von Sprachwerken in der Hochschullehre: Rahmenbedingungen und aktuelle Entwicklungen, GRUR Prax 2016, 234 – 236; *Schack, Haimo*: Urheberrechtliche Schranken für Bildung- und Wissenschaft, ZUM 2016, 266-284; *Artur Arnd Wandtke*, Schrankenlose Bildung und Wissenschaft im Lichte des Urheberrechts, GRUR 2015, 221.

onsvertrag der gegenwärtigen Bundesregierung festgehalten.<sup>2</sup> Hintergrund dieser Forderung ist die Erfahrung, dass die bisherigen kasuistisch gefassten Einzelatbestände trotz zwischenzeitlich erfolgter Auslegung durch den EuGH und den BGH<sup>3</sup> weder auf der Tatbestandsseite noch auf der Rechtsfolgenseite ausreichende Rechtssicherheit über deren Tragweite gebracht und sich damit als wenig praktikabel erwiesen haben.

Diese Entwicklungen stoßen auf der Seite der Verlegerorganisationen und teilweise auch bei wissenschaftlichen Autoren auf schärfsten Widerstand und schärfste Kritik.<sup>4</sup> Auch die FAZ zeigt im Feuilleton Sympathie für diese Haltung.<sup>5</sup> Es wird das Ende des wissenschaftlichen Verlagswesens, vor allem der kleinen und mittelständischen Verlage berufen, die vor allem im Bereich der Geistes- und Sozialwissenschaften bis heute traditionell eine große Rolle spielen.

Neue Bewegung gewinnt die seit Jahren geführte Diskussion zum einen durch die Ankündigung des EU-Rats „Wettbewerbsfähigkeit“, dass bis 2010 alle mit EU-Mitteln finanzierten Forschungsvorhaben finanzierten wissenschaftlichen Publikationen im Internet frei verfügbar, also „Open-Access“ gestellt werden sollen sowie die Ankündigung der „Open-Access“-Auflage für alle durch das BMBF geförderten Forschungsprojekte durch ein Strategiepapier des BMBF vom August 2016, das sich seinerseits auf ein von ihm in Auftrag gegebenes Gutachten von Haucap und Spindler zu den ökonomischen Auswirkungen einer Bildungs- und Wissenschaftsschranke im Urheberrecht vom August 2016 stützt.

Auf europäischer Ebene sollen dafür mit dem Vorschlag der EU-Kommission für eine neue Urheberrechtsrichtlinie (COM(2016) 593 Final) die dafür notwendigen, die nationalen Gesetzgeber bisher durch die

sog. InfoSoc-Richtlinie 2001 begrenzenden Handlungsmöglichkeiten eröffnet werden.

Befürworter und Gegner auf Wissenschaftsseite lassen sich in der Regel unterschiedlichen Fächerkulturen zuordnen. Zahlreiche Befürworter der Open-Access-Bewegung sind national und international organisatorisch vernetzt. Ausgangspunkt ist die von der Budapest Open Access Initiative (BOAI) am 14. Februar 2002 verabschiedete Erklärung, das das Bethesda Statement on Open Access Publishing vom 11. April 2003 und die Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen vom 22. Oktober 2003.<sup>6</sup> National war Vorreiter der Bewegung das Aktionsbündnisses Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft (2005) unter Leitung des Konstanzer Informationswissenschaftlers Rainer Kuhlen. Im Übrigen findet sich die Mehrheit der Befürworter unter den Fachvertretern der naturwissenschaftlichen, medizinischen und ingenieurwissenschaftlichen Fächern (sog. SMT-Fächer),<sup>7</sup> während sich die Gegner vor allem in den geistes- und sozialwissenschaftlichen Fächern einschließlich eines Großteils rechtswissenschaftlicher Autoren gruppieren. Als Vorkämpfer dieser Gruppe tritt in regelmäßigen Abständen der Heidelberger Literaturwissenschaftler *Roland Reus* im Feuilleton der FAZ auf.<sup>8</sup>

Eine weitere Zuspitzung hat die Diskussion durch die Entscheidung der Deutschen Nationalbibliothek erfahren, ihre Bestände nicht mehr in Printform, sondern nur noch digital zugänglich zu machen.<sup>9</sup>

## II. Zugang zu Forschungsergebnissen- Konsens über Ziele, Dissens über Wege

Für Wissenschaft, im Sinne von *Karl Popper*<sup>10</sup> verstanden als Suche nach der Wahrheit in einem Prozess von Versuch und Irrtum, im Sinne *W. v. Humboldts* als „etwas

2 »Deutschlands Zukunft gestalten« – Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode, S. 134, abrufbar unter: [http://www.bundesregierung.de/Content/DE/\\_Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf?__blob=publicationFile) (Stand: 24.4.2016).

3 BGH, Urt. v. 28.11.2013, ZUM 2014, 524 – Meilensteine der Psychologie; BGH v. 16.4.2015 – Elektronische Leseplätze II- BGH ZUM 2015, 884.

4 Vgl. Eröffnungsrede des Vorstehers des Börsenvereins Frankfurter Buchmesse v. 18.10.2017, in der die geplanten Maßnahmen in einem Atemzug mit der Beschränkung der Meinungsfreiheit in der Türkei genannt werden; moderater *Georg Siebeck* (Verlag Mohr Siebeck Tübingen), Die Verleger wurden gar nicht erst gefragt, FAZ v. 10.9.2016. Frühere Äußerungen: Börsenverein des deutschen Buchhandels, Stellungnahme zum Gesamtkonzept für die Informationsinfrastruktur in Deutschland (KII-Papier), 2001, abrufbar unter: <http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Stellungnahme%20KII%2020111008.pdf> Stellungnahme gemeinsame Resolution der deutschen Buchhändler, Verleger und

Zwischenbuchhändler vom 22.5.2006, Stellungnahme des Börsenvereins zu den Empfehlungen der Ausschüsse des Bundesrats zum „2. Korb“ (Drs. 257/1/06) v. 11.5.2006, abrufbar unter: [http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Allianz-Stellungnahme\\_mit\\_Anmerkungen\\_BoeV\\_29\\_9\\_2010.pdf](http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Allianz-Stellungnahme_mit_Anmerkungen_BoeV_29_9_2010.pdf).

5 *Adrian Lobe*, Urheberrechtsdebatte- Lehrbücher sind der Frau Ministerin unbekannt, FAZ v. 23.8.2016.

6 Abrufbar unter: <https://openaccess.mpg.de/Berliner-Erklärung>.

7 Z.B. *Benedikt Fecher* und *Gerd G. Wagner*, Open Access als Autonomiegewinn für die Universitäten, FAZ, Forschung und Lehre, S,N v.19.10.2016.

8 Zuletzt Staatsautoritarismus, groß geschrieben, FAZ Forschung und Lehre Seite N 4 v. 28.9.2016.

9 Vgl. *Thomas Thiel*, Aufzeichnungen aus dem Kellerloch, FAZ v. 30.11.2016 Nr. 280, S. 9.

10 *Karl Popper*, Logik der Forschung, 6. Auflage 1976 Rn. 85, vgl. dazu auch *Reinhold Zippelius*: Grundbegriffe der Rechts- und Staatssoziologie, § 3 (Versuchsweise Weltorientierung), 3. Aufl., Tübingen 2012.

nicht ganz Gefundenes und nie ganz Aufzufindendes“<sup>11</sup> ist die Kommunikation der Forschungsergebnisse essenziell. Sie dient der Vermeidung zeit- und sachaufwendiger Forschung, vor allem aber der Kritik und Kontrolle und dem Anstoß nach neuen Wegen der Forschung und Umsetzung in der Praxis. Wissenschaftliche Publikationen sind zugleich der Ausweis der Leistungsfähigkeit der Mitglieder einer wissenschaftlichen Einrichtung, Qualitätskriterium der Institution und Grundlage des Berufswesens.

Wissenschaftliche Forschungsergebnisse aus öffentlich geförderter Forschung werden wegen des Beitrags der öffentlichen Hand zur Wertschöpfungskette als Gemeingut bezeichnet, das der Allgemeinheit zur Verfügung stehen muss.

Über die Notwendigkeit des Zugangs zu Ergebnissen wissenschaftlicher Forschung besteht im Prinzip kein Streit. Gegenstand der Kontroversen ist nicht das „ob“, sondern das „Wie“ dieses Zugangs.

Diese Frage kann nicht von den Formen und Möglichkeiten der Kommunikation wissenschaftlicher Forschung im digitalen Zeitalter, den urheberrechtlichen, dienstrechtlichen und förderungsrechtlichen Rahmenbedingungen gelöst werden. Angesichts der weltweiten Vernetzung des Wissenschaftssystems und Publikationswesens ist dabei auch die internationale Entwicklung von grundlegender Bedeutung.

#### 1. Ausgangspunkt: Arbeitsteiliges System von Wissenschaftsverlagen und Wissenschaftsbibliotheken

Nach wie vor dominiert im wissenschaftlichen Publikationswesen das als „Bezahlschranke“ bezeichnete System des Zugangs zu wissenschaftlichen Publikationen, in dem die Autoren ihre urheberrechtlichen Verwertungsrechte, insbesondere das Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht ausschließlich auf wissenschaftliche Verlage auslizenzieren, die – in nach Fachdisziplinen unterschiedlichen Formen – eine Qualitätskontrolle, die Herstellung und den Vertrieb übernehmen und dafür von den Abnehmern, vor allem den wissenschaftlichen Bibliotheken, Einzel- oder Abonnementpreise erhalten. Das wissenschaftliche Publikationswesen verdankt neben der Erfindung des Buchdrucks seine Existenz der Anerkennung eines Ausschließlichkeitsrechts – zunächst in Form des sog. Privilegienwesens für die Verlage, seit dem sog. Queen-Anne-Act von 1710 für die Autoren, das einen Anreiz für die Autoren zur Schöpfung von Werken und die Rahmenbedingungen für die Veröffentlichung und den Vertrieb literarischer, wissenschaftli-

cher und künstlerischer Werke über den Markt schuf. Diese Funktion des Urheberrechts kommt anschaulich in Art. 1 Sect. 8 der US-Verfassung zum Ausdruck. Die Anerkennung eines Ausschließlichkeitsrechtes zunächst auf nationaler Ebene, beginnend ab dem 19. Jahrhundert auf internationaler Ebene war konstitutiv für das Entstehen eines nationalen, später internationalen Buch- und Zeitschriftenmarktes mit wettbewerblichen Strukturen.

Das System wissenschaftlicher Literaturversorgung erwies sich auch in der Zeit wachsender Buch- und Zeitschriftenproduktion weitgehend als stabil. Von einer Bibliotheks- oder Zeitschriftenkrise ist erst die Rede, seitdem die Erwerbsetats und Speicherkapazitäten der wissenschaftlichen Bibliotheken dem mit dem weltweiten Wachstum wissenschaftlicher Veröffentlichungen nicht mehr Schritt halten konnte.

Bereits vor der technischen Revolution durch neue Vervielfältigungstechniken bedurfte es deshalb einer Abkehr vom Ziel der vollständigen Verfügbarkeit des Bestandes wissenschaftlicher Literatur in wissenschaftlichen Bibliotheken, Absprachen über die Schwerpunktbildung und der Einführung eines Fernleihsystems.

#### 2. Auswirkungen neuer Technologien

Ein noch nachhaltiger Einschnitt war und ist mit der Einführung der Reprographie und schließlich der Digitalisierung verbunden.

Beide Techniken, vor allem die Digitalisierung, erleichtern die Vervielfältigung für die Nutzung und Speicherung der für wissenschaftliche Forschung und Lehre am Arbeitsplatz benötigten Literatur und eignen sich vor allem für eine Literaturversorgung in einem arbeitsteiligen Bibliothekssystem. Gleichwohl bewirken sie nachhaltige Änderungen sowohl für das wissenschaftliche Verlagswesen als auch für die Strategie der Literaturversorgung. Die klassischen Kernaufgaben der wissenschaftlichen Bibliotheken im Bereich der Erschließung, Bereithaltung und Ausleihe erweitert sich um die Funktion als „Wissenschaftsintermediäre“ für digitale Publikationen.

Die auf nationaler und internationaler Ebene für die Reprographie und digitale Angebote gezogenen Schrankenregelungen zugunsten von Privatkopien und Kopien für wissenschaftliche Zwecke stießen auf Seiten des Verlagswesens wegen des von den Verlagen befürchteten Umsatzrückgangs trotz der vorgesehenen Kompensation durch die sog. Kopiervergütung auf massiven Widerstand, sowohl die kasuistisch gefassten Schrankentatbestände als auch die in die Kopiervergütung einzubezie-

11 Über die innere und äußere Organisation der höheren wissenschaftlichen Lehranstalten in Berlin, abgedruckt in: Gelegentliche

Gedanken über Universitäten, Reclam Leipzig 1990, S. 273, 275, zitiert in BVerfGE 35, 79, 113 – niedersächsisches Hochschulur-

henden Gerätehersteller und Betreiber waren Gegenstand zahlreicher höchstrichterlich entschiedener Rechtsstreitigkeiten.

Die Digitalisierung eröffnete für das wissenschaftliche Publikationswesen bei der Herstellung, der Produktion und dem Vertrieb neue Möglichkeiten, Herausforderungen, aber auch Gefahren für die im Print-Zeitalter entwickelten Strukturen wissenschaftlichen Publizierens.

### 3. Neue Geschäftsmodelle- Forderung nach und Wege zum Open-Access

„Aus der Verbindung zwischen bewährter wissenschaftlicher Praxis und neuen technischen Möglichkeiten hat sich die Idee des Open-Access- des unentgeltlichen digitalen Zugangs zu wissenschaftlichen Publikationen-in der Wissenschaft entwickelt“.<sup>12</sup>

Dieses Ziel wird seit der Budapester und Berliner Erklärung international und national auf verschiedenen Wegen und in verschiedenen Modellen verfolgt:

Zum einen in der Weiterentwicklung der bisherigen Geschäftsmodelle, d.h. der Umstellung der Bezahlmodelle vom entgeltlichen Vertrieb auf die entgeltliche Produktion und den kostenlosen Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen (sog. Goldener Weg), Mischmodelle, die Einstellung in eine frei zugängliche Datenbank (sog. Repositorium), parallel mit der Publikation oder nach Ablauf einer Embargofrist (sog. Grüner Weg).

Die Umstellung der Geschäftsmodelle auf der Angebotsseite, vor allem der sog. Goldene Weg wird heute von einem Großteil der wissenschaftlichen Verlage im In- und Ausland mitgetragen, zumal diese Umstellung im Regelfall mit zusätzlichen Mitteln der Forschungsförderorganisationen unterstützt wird.

Dabei handelt es sich aber um erste Ansätze. Für die vollständige oder weitgehende Umstellung fehlt wegen der dafür notwendigen Umschichtungen der Erwerbungssetats der Bibliotheken und der für eine Übergangszeit notwendigen erheblichen Ressourcen eine Gesamtstrategie.

Wegen der Vielzahl von Entscheidungsträgern auf der Wissenschaftsseite und der Marktdominanz weniger international agierender Wissenschaftsverlage ist dieser Umstellungsvorgang mit hohen Hürden verbunden.

Nach wie vor kontrovers wird dagegen der sog. Grüne Weg beurteilt. Während der Börsenverein im Grünen Weg eine Behinderung des Goldenen Weges bezeichnet,<sup>13</sup> ergibt sich auf Seite der Wissenschaftsverlage eine differenzierte Haltung und Praxis.

Größere Wissenschaftsverlage lassen die Einstellung von Zeitschriftenpublikationen in unterschiedlichen Formaten in sog. Fachrepositorien nach Ablauf einer Embargofrist zu.<sup>14</sup> Gleichwohl bestehen sie darauf, durch entsprechende Gestaltung der Verlagsverträge die Steuerung des „Grünen Weges“ bzw. den Zugang zu den von ihnen verlegten Zeitschriften durch eine Verbindung von entgeltlicher Publikation und freiem Bezug bzw. entgeltlichem Erwerb (sog. Hybridmodelle) in der Hand zu behalten.

Die von den Verlagen festgelegten Embargofristen werden aber wegen des raschen Veraltens von Forschungsergebnissen im Bereich der sog. SMT-Fächer als zu lang angesehen, um das Ziel des Open-Access zu erreichen. Soweit die Publikation in den Repositorien nicht im Originalformat zugänglich gemacht wird, wird dieser Weg selbst bei angemessener Embargofrist nicht als zielführend angesehen.

### 4. Streitfall: Fakultatives oder obligatorisches Zweitveröffentlichungsrecht- Zweitveröffentlichungspflicht

a. Um die Rahmenbedingungen für den grünen Weg zu verbessern, wurde nach kontroverser Diskussion durch die Urheberrechtsgesetznovelle v. 1. Oktober 2013 (BGBl. I, 3728) das bis dato fakultative und damit in die Hand der Verlage gelegte Zweitveröffentlichungsrecht wissenschaftlicher Autoren in ein obligatorisches Zweitveröffentlichungsrecht für aus öffentlicher Forschungsförderung hervorgegangene Publikationen nach Ablauf einer Embargofrist von 12 Monaten umgewandelt, wobei als Format für die Zweitveröffentlichung die vom Verlag angenommene sog. Manuskriptversion festgelegt wurde (§ 38 Abs. 4 UrhG).

Der Gesetzgeber kam damit Forderungen der Wissenschafts- und Wissenschaftsförderorganisationen entgegen.

Allerdings bleibt das Gesetz auf halbem Wege stehen, weil es sich nur auf Publikationen aus Projektforschung und nicht aus grundfinanzierter Forschung bezieht und damit vor allem die universitäre Forschung diskriminiert, ohne dass dafür eine einleuchtende Begründung gegeben wird. Kritisiert wird auch die einheitliche Embargofrist von 12 Monaten, die vor allem in den SMT-Fächern als zu lang angesehen wird. Zudem bestehen zahlreiche weitere Unklarheiten der Gesetzesfassung, die die Allianz der deutschen Wissenschaftsorganisationen veranlasste, ein FAQ zum Zweitveröffentlichungsrecht

teil.

12 Open Access in Deutschland – Die Strategie des Bundesministeriums für Bildung und Forschung, 2016, S. 5.

13 Börsenverein des Deutschen Buchhandels, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister Werke

und zu weiteren Änderungen des Urheberrechtsgesetzes etc. vom 20.2.2013, [http://www.boersenverein.de/de/portal/index.html?meldung\\_id=598244](http://www.boersenverein.de/de/portal/index.html?meldung_id=598244).

14 Vgl. die Übersicht der Verlagspolitik abrufbar unter <http://www.dini.de/projekte/sherparomeo/>.

zu verfassen.<sup>15</sup> Viele der Unklarheiten im Gesetz können dort jedoch nur benannt, nicht aber gelöst werden.

Nicht zuletzt bleibt ungeklärt, ob die Regelung auch gegenüber Verlagen mit Sitz im Ausland durchgesetzt werden kann.

Das Zweitveröffentlichungsrecht eröffnet bei einem Verlagsvertrag mit ausschließlichem Verwertungsrecht des Verlegers die Befugnis des Autors, den Beitrag nach Ablauf der Karenzfrist öffentlich zugänglich zu machen. Es ist damit eine notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung für den Open-Access.

b. Bereits vor der Einführung des obligatorischen Zweitveröffentlichungsrecht wurden deshalb Vorschläge erörtert, für Autoren, deren Publikation aus öffentlicher Forschungsfinanzierung entstanden ist, eine Zweitveröffentlichungspflicht einzuführen oder die Verwertungsrechte der Autoren durch besondere Schrankenregelungen zugunsten öffentlichen Zugangs zu beschränken.

Rechtssystematisch sollte die Zweitveröffentlichungspflicht durch eine Ergänzung des Urheberdienstrechtes in § 43 UrhG verankert werden, die als Alternative gedachte Schrankenregelung durch Ergänzung der §§ 53ff. UrhG verankert werden.

Vor allem die in einigen Bundesländern bereits hochschulrechtlich umgesetzten Vorschläge, das Zweitveröffentlichungsrecht für Hochschulmitglieder zugunsten von Open-Access durch dienst- und arbeitsrechtliche Regelungen zwingend einzuführen und für öffentlich geförderte Forschung in den Bewilligungsbestimmungen der Forschungsförderorganisationen zu verankern werden als Verstoß gegen die Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) kritisiert und für rechtsunwirksam erklärt.

c. In seinem Strategiepapier „Open Access in Deutschland“ tritt das BMBF dem Vorwurf der Verfassungswidrigkeit mit dem Argument entgegen, die Wissenschaftsfreiheit werde nicht eingeschränkt, denn die Entscheidung der wissenschaftlichen Autoren, ob und wann publiziert werde, läge weiter bei diesen.<sup>16</sup>

Mit dieser Argumentation verkennt das BMBF den vom Bundesverfassungsgericht, dem Bundesgerichtshof und dem weit überwiegend in der Literatur vertretenen Wirkungsbereich des Art. 5 Abs.3 GG, der auch die Entschei-

dung über das „Wie“ der Publikation umfasst, da die Wahl des Publikationsmediums wesentlich den Erfolg einer Publikation bestimmt und die Publikation in angesehenen die wissenschaftliche Fachzeitschriften auch die wissenschaftliche Reputation beeinflusst.

d. Die Freiheit der Forschung als Teil der Wissenschaftsfreiheit schützt nicht nur die Freiheit der Fragestellung und Methodik, sondern auch die Bewertung der Forschungsergebnisse und ihre Verbreitung.<sup>17</sup> Dabei ist der Forscher grundsätzlich frei, über Ort, Zeitpunkt und Modalitäten seiner Publikation frei zu entscheiden.<sup>18</sup>

Als Selbstverwaltungskörperschaften und staatliche Einrichtungen unterliegen die staatlichen Hochschulen nach Art. 1 Abs. 3 GG der Grundrechtsbindung.

Deshalb kann an staatlichen Hochschulen weder das Trägerland als Dienstherr noch die Hochschule Publikationsregelungen treffen, die den Wirkungsbereich des Art. 5 Abs. 3 GG verletzen. Eine Open-Access-Publikationspflicht greift in das Grundrecht auf Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) ein und schafft dort entsprechende Rechtfertigungslasten. das „Wo“ der Publikation und damit die positive Publikationsfreiheit.

Eine Verpflichtung zur Publikation auf dem goldenen Wege greift direkt in die Publikationsfreiheit ein.

Eine Verpflichtung zur Publikation auf dem grünen Weg lässt vordergründig die Entscheidung über die Erstpublikation beim Autor, jedoch kann sie Rückwirkungen auf die Erstpublikation haben, wenn der wissenschaftliche Verlag die Erstpublikation ablehnt, weil er dann das obligatorische Zweitveröffentlichungsrecht akzeptieren muss. Dieses Problem kann sich vor allem bei Publikationen in ausländischen wissenschaftlichen Zeitschriften stellen.

Soweit für die Zweitveröffentlichung zwingend eine bestimmte Datenbank vorgeschrieben werden, kann auch darin ein Eingriff in das „Wie“ der Publikationsfreiheit“ liegen, wenn diese in Fachkreisen nicht über einen entsprechenden Bekanntheitsgrad oder wissenschaftliches Ansehen verfügt.

Dem steht kein verfassungsrechtlich geschütztes Verwertungsinteresse der Hochschule gegenüber. Selbst wenn man die Hochschulen als Grundrechtsträger des

15 FAQ zum Zweitveröffentlichungsrecht, abrufbar unter: <http://www.allianzinitiative.de/de/handlungsfelder/rechtliche-rahmenbedingungen/faq-zvr.html>.

16 Open Access in Deutschland- Die Strategie des Bundesministeriums für Bildung und Forschung, 2016, S. 7.

17 BVerfG 29.5. 1973-1 BvR 4241- 71, BVerfGE 35. 79 ff., 112.

18 BVerfG 14.2.1987 – 2 BvR 523/75 – E 47, 237 – Wahlwerbespot; BVerfG 1.3.1978 – 1 BvR 333/75 – E 47, 383 – Hessisches Universitätsgesetz; BGH 27.9.1990 – I ZR 244/88 – GRUR 1991, 523 f – Grabungsmaterialien; *Fehling*, in: Bonner Kommentar zum GG, 110. Lfg, 2004, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit),

Rn 74; ders. DFG\_ Förderbedingungen zur Open Accesspublikation, OdW 2014, 173, 190 f.; *Britz*, in: Dreier, GG-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Abs. 3 GG (Wissenschaft), Rn 26; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 11. Aufl. 2001, Art. 5 GG, Rn. 122; *Denninger*, in: AK-GG, 3. Aufl. 2001, Art. 5 Abs. 3 GG, Rn. 25 u. Rn. 47; *Kimminich*, Das Veröffentlichungsrecht des Wissenschaftlers, WissR 18 (1985), 116; *G. Sandberger*, Behindert das Urheberrecht den Zugang zu wissenschaftlichen Fachpublikationen, FS: für Volker Beuthien z. 70. Geburtstag, 2009, S. 583 ff., 586.



Art. 5 Abs. 3 GG anerkennt,<sup>19</sup> richtet sich der Wirkbereich des Art. 5 Abs. 3 GG zugunsten der Hochschulen vorrangig als Abwehrrecht gegen den Staat oder als objektive Wertentscheidung gegen wissenschaftsinadäquates Organisationsrecht, nicht aber gegen das Individualgrundrecht seiner Mitglieder im Kernbereich des Art. 5 Abs. 3 GG. Der Wissens- und Technologietransfer als Aufgabe der Hochschule stellt als solcher kein verfassungsrechtlich geschütztes Gut dar.<sup>20</sup>

Als Legitimationsgrund kommt deshalb nur die Wissenschafts- und Informationsfreiheit nach Art. 5 Abs. 5 i.V. mit Art. 5 Abs. 1 GG im Verständnis dieser Grundrechte als objektive Garantie freier Wissenschaft in Frage, die immanente Grenzen gegenüber der Publikationsfreiheit der Autoren setzt bzw. nach den Grundsätzen der Verfassungskonkordanz in Einklang mit deren Grundrechten gebracht werden muss.

*Michael Fehling*, der diese Fragestellung im Kontext des Open Access untersucht hat, weist in gründlicher Analyse zutreffend nach, dass bisher weder das Bundesverfassungsgericht noch die Staatsrechtslehre dem objektivrechtlichen Verständnis des Art. 5 Abs. 3 GG eine solche Tragweite als Begrenzung der individuellen Wissenschaftsfreiheit gegeben haben.

Auch in dem grundlegenden Hochschulurteil werden Begrenzungen der individuellen Wissenschaftsfreiheit im Organisationsrecht der Hochschulen nur insoweit als legitimiert angesehen, als diese unter Berücksichtigung der legitimen Aufgaben der Wissenschaftseinrichtungen und der Grundrechte der verschiedenen Beteiligten möglich ist und der Kernbereich wissenschaftlicher Betätigung unangetastet bleibt.<sup>21</sup>

Eine Analogie zu den Begrenzungen der Hochschulorganisation verbietet sich schon deshalb, weil die Scientific Community weder organisatorisch verfasst ist noch einer organisatorischen Verfassung bedarf.<sup>22</sup>

Ebenso wenig tragfähig ist der Ansatz, aus der Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) eine verfassungsimmanente Schranke der Publikationsfreiheit abzuleiten. Dies verbietet schon der Gehalt der Informationsfreiheit, der sich auf allgemein zugängliche Quellen bezieht und damit eine Offenlegungspflicht gegenüber Rechtsinhabern aus konkurrierenden Grundrechten wie der Publikationsfreiheit ausschließt.<sup>23</sup>

Art. 5 Abs. 3 GG enthält als verfassungsrechtliche Schranke die Treue zur Verfassung, aber keinen allge-

meinen Gesetzesvorbehalt. Als „schränkenloses Grundrecht“ ist das Recht auf Wissenschaftsfreiheit deshalb nur solchen Einschränkungen unterworfen, die sich aus konkurrierenden Grundrechten oder anderer Rechtsgüter von Verfassungsrang ergeben. „Allein die Tatsache, dass man bestimmte Ziele als gewichtige Allgemeininteressen einstufen kann, reicht für die Einschränkung des Art. 5 Abs. 3 GG nicht aus.“<sup>24</sup>

Soweit nach den dargestellten Maßstäben eine gesetzliche oder auf eine Hochschulsatzung gestützte Open Access Vorschrift Eingriffscharakter hat, ist sie verfassungsrechtlich nicht legitimierbar und wegen Verstoßes gegen Art. 5 Abs. 3 GG unwirksam.

Betroffen sind deshalb alle Vorgaben für die Primärpublikation. Ebenso sind zwingende Vorgaben für die Ausübung des Zweitveröffentlichungsrechts verfassungsrechtlich angreifbar, wenn sie die Möglichkeit der Primärpublikation behindern oder wesentlich einschränken. Gleiches gilt, wenn dem Autor die Wahl des Mediums für die Zweitveröffentlichung genommen wird.

Das Ziel eines Übergangs zu Open-Access Publikationen ist deshalb nicht durch Zwang, sondern nur durch Anreize zu erreichen, die im Rahmen des bestehenden Publikationssystems den Übergang zu Open Access fördern. Dazu gehören Publikationszuschüsse in Online- Zeitschriften im sog. Goldenen und Grünen Weg oder der Aufbau von Onlineplattformen für die Zweitveröffentlichung.

Auch öffentlich geförderte außeruniversitäre Forschungseinrichtungen in privater Rechtsform wie die Max-Planck-Gesellschaft, die Helmholtz-Institute oder die Blaue Liste-Institute sind nach ganz überwiegender Ansicht an die Grundrechte gebunden. Bund und Land können sich der Grundrechtsbindung nicht durch Wahl der Rechtsform entziehen.<sup>25</sup>

Im Auftrag der DFG *Michael Fehling* hat die Frage verfassungsrechtlicher Zulässigkeit von Open- Accessregelungen im Kontext der von der DFG geplanten Änderungen der Förderbedingungen zugunsten einer Zweitveröffentlichungspflicht der von der DFG geförderten Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler untersucht.<sup>26</sup>

Die Förderungstätigkeit der DFG ist ungeachtet ihrer Selbstverwaltungsstrukturen insbesondere wegen der staatlichen Finanzierung und auch der Beteiligung von Vertretern des Bundes und der Länder im Hauptaus-

19 BVerfGE 68, 193 ff.; 75, 192, 196.

20 So zu Recht *J. Hübner*, *WissR* 2005, 34, 45 ff.

21 BVerfGE 35, 79, 115.

22 So zutreffend *Fehling*, DFG Förderbedingungen zur Open Accesspublikation, *OdW* 2014, 173, 193.

23 *Fehling*, S. 198.

24 *Fehling*, S. 197.

25 Vgl. *Fehling*, aaO. S.193 m.w.N.

26 DFG Förderbedingungen zur Open Accesspublikation, *OdW* 2014, 173 ff.

schuss der DFG gemäß Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden.<sup>27</sup>

Eine Eingriffswirkung kann nach Fehling nicht deshalb verneint werden, weil es sich um reine Leistungsmodalitäten handelt, denen sich ein Wissenschaftler durch Verzicht auf Forschungsförderung entziehen kann.<sup>28</sup>

Wie er zu Recht ausführt, verkennt eine solche Sichtweise die Realitäten heutiger Forschungsfinanzierung, da nur in wenigen Fächern die Grundausrüstung zur Finanzierung bedingungsfreier Forschung ausreicht.

Gleiche Überlegungen müssen deshalb auch für Förderbedingungen anderer öffentlicher Forschungsförderungsorganisationen gelten.

Inwieweit Open Access Förderbedingungen Eingriffsscharakter haben, ist von deren Ausgestaltung abhängig. Wegen ihres Leistungs- und Teilhabecharakters bedarf die Forschungsförderung zwar grundsätzlich keiner gesetzlichen Ermächtigung. Nach bisherigem Verständnis und Praxis gilt dies auch dann, wenn Grundlagenforschung ohne staatliche Drittmittelförderung nicht mehr stattfinden kann.

Soweit dies der Fall ist, können für die Bestimmung des Eingriffscharakters und seine Legitimation aber keine grundsätzlich anderen Kriterien gelten als für Open-Access Regelungen staatlicher Hochschulen.

Fehling schlägt demgegenüber eine Notwendigkeits- und Verhältnismäßigkeitsprüfung der Open-Access Bedingungen vor, um den Konflikt zwischen der individuellen Publikationsfreiheit und der objektivrechtlichen Seite der Wissenschafts- und Informationsfreiheit im Sinne der Konkordanz und des schonendsten Ausgleichs zu lösen, ohne allerdings den damit verbundenen Widerspruch zu seinen vorausgegangenen grundsätzlichen Ausführungen zur Relevanz des objektivrechtlichen Bedeutung der Wissenschafts- und Informationsfreiheit aufzuklären.<sup>29</sup>

Mit Hilfe dieser Kriterien entwickelt er inhaltliche Anforderungen an die Eignung von Open-Access-Bedingungen für die Verwirklichung der Wissenschafts- und Informationsfreiheit, vor allem aber für die Verhältnismäßigkeit von Open-Access Förderbedingungen. Im Ergebnis laufen sie darauf hinaus, dass Open-Access Förderbedingungen geförderte Wissenschaftler nicht zu einer Publikationsweise zwingen dürfen, welche ihre Reputation und den Zugang zu den bisherigen Publikationsmöglichkeiten gefährdet.

Daraus leitet er ein Verbot eines obligatorischen goldenen Weges ab und verbindet dies mit der Verpflichtung, für den grünen Weg Optionen aufzuzeigen bzw. den Aufbau entsprechender Plattformen zu unterstützen.<sup>30</sup> Dies schließt fachspezifische Differenzierungen und Ausnahmeregelungen in nachgewiesenen Härtefällen ein.

Der Untersuchung von Fehling ist eine umfassende Analyse der verfassungsrechtlichen Aspekte von Open Access Verpflichtungen durch Wissenschaftsförderorganisationen zu verdanken.

Die individuelle Wissenschaftsfreiheit garantiert nicht nur das „Ob“, sondern auch das „Wie“ der Publikation. Deshalb muss vor allem bei der Erstveröffentlichung die Entscheidung über die Wahl des Publikationsorgans beim Autor verbleiben. Eine obligatorische Zweitveröffentlichung ist dann verfassungsrechtlich bedenklich, wenn sie negative Rückwirkungen auf die Möglichkeit der Erstveröffentlichung hat. Eine grundrechtskonforme Lösung ist dann erreichbar, wenn dem Autor entsprechende Optionen für die Wahl des Zweitveröffentlichungsmediums überlassen werden.

Wissenschaftseinrichtungen und Wissenschaftsförderungseinrichtungen können den Weg zum Open-Access durch Anreize und organisatorische Unterstützung fördern, aber nicht erzwingen.

#### 5. Open-Access als Autonomiegewinn für Wissenschaftseinrichtungen? - Entbehrlichkeit wissenschaftlicher Verlage?

In der in der FAZ ausgetragenen Kontroverse werden die Bestrebungen des BMBW und der Allianz zum Open Access von der einen Seite als Weg in den Staatsautoritarismus, auf der anderen Seite als Chance für einen Autonomiegewinn beschrieben.<sup>31</sup>

Gegenüber solchen, teils mit maßlosen Formulierungen verbundenen Urteilen ist bei der künftigen Gestaltung des wissenschaftlichen Publikationswesens Pragmatismus angebracht. Wissenschaftliche Autoren müssen aus verfassungsrechtlichen Gründen sowohl für die Erstveröffentlichung als auch für die Zweitveröffentlichung die Entscheidungsfreiheit über die Publikationsform und das Publikationsmedium behalten. Das Motiv jedes seriösen wissenschaftlichen Autors, das Publikationsmedium zu wählen, das ein entsprechend hohes fachliches Ansehen und eine optimale Verbreitung in der wissenschaftlichen Fachwelt hat, dürfte sich mit den

27 AaO. S. 193.

28 AaO. S. 193.

29 AaO. S. 200 ff. einerseits, S. 197 ff. andererseits.

30 Fehling, S. 206 ff.

31 Roland Reus, Staatsautoritarismus großgeschrieben, FAZ v.

28. September 2016, Nr. 227 N 4 – Forschung und Lehre;

Benedikt Fecher und Gerd G. Wagner, Open-Access als Autonomiegewinn für die Universitäten, FAZ v. 19.10.2016, Nr. 244 N 4 – Forschung und Lehre.

Zielen der Forschungspolitik, von Wissenschaftseinrichtungen und Wissenschaftsfördereinrichtungen decken.

In einer international vernetzten Wissenschaftsgemeinschaft mit etablierten, nach Fächerkulturen unterschiedlich international ausgerichteten Fachzeitschriften ist der mit der Digitalisierung verbundene Umstellungsprozess nur mit und nicht gegen die etablierten Wissenschaftsverlage zu erreichen.

Ein Rückblick in die Geschichte von Universitätsverlagen und Verlagen von Fachgesellschaften sollte daran erinnern, dass Universitätsverlage bis auf wenige Ausnahmen wegen ihrer geringen finanziellen und personellen Leistungsfähigkeit gescheitert sind. Auch der Großteil der Fachzeitschriften von Fachgesellschaften wurde in den letzten Jahrzehnten auf professionelle Wissenschaftsverlage übertragen, weil sich die ehrenamtlich wissenschaftlichen Herausgeber mit den organisatorischen und finanziellen Anforderungen an das regelmäßige Erscheinen einer wissenschaftlichen Zeitschrift überfordert sahen.

Die Digitalisierung verändert zwar Produktion und Vertrieb und damit verbunden bestimmte Kostenstrukturen wissenschaftlichen Publizierens, nicht aber den für Qualitätskontrolle, Formatierung und Produktion notwendigen Personaleinsatz. Es erscheint daher illusorisch, eine international anerkannte Fachzeitschrift im Eigenbetrieb einzelner Hochschulen oder Wissenschaftseinrichtungen herauszubringen.

Ebenso erscheint es illusorisch, dass einzelne Universitäten von internationalen Spitzenuniversitäten abgesehen in der Fachwelt anerkannte und wahrgenommene Repositorien für eine Zweitveröffentlichung unterhalten.

Daher sind allenfalls große Wissenschaftseinrichtungen wie die Max-Planck-Gesellschaft oder die Blaue Liste-Institute personell, finanziell und technisch in der Lage, für einzelne in breiter Struktur angelegte Fachgebiete international wahrgenommene Fachzeitschriften anzubieten.

Auf dem Weg zum Open-Access darf die Wissenschaftsgemeinschaft nicht das Ziel aus dem Blick verlieren, im Interesse des Wettbewerbs die Vielfalt des wissenschaftlichen Verlagswesens zu erhalten. Anderenfalls setzt sich der von internationalen Großverlagen dominierte Konzentrationsprozess auf dem nationalen und internationalen Markt wissenschaftlicher Zeitschriften fort, die bereits als Vorreiter des goldenen Weges unter-

wegs sind und ohne Erhaltung der für einen Wettbewerb erforderlichen Vielfalt die Konditionen für den Komplettumstieg auf den Open Access bestimmen können.

Eine realistische Einschätzung der Handlungsmöglichkeiten der Wissenschafts- und Wissenschaftsfördereinrichtungen sollte zur deshalb zur Erkenntnis führen, dass diese Umstellung nur in Kooperation mit den etablierten Wissenschaftsverlagen erfolgen kann.

### III. Notwendigkeit, Inhalt und rechtliche Zulässigkeit einer urheberrechtlichen Wissenschaftsschranke?

Mit den Modellen einer obligatorischen Andienungspflicht, alternativ einer Pflicht für eine Zweitverwertung nach Ablauf einer Karenzzeit nach Erscheinen durch den Verfasser wissenschaftlicher Publikationen aus öffentlich geförderter Forschung wird der Versuch unternommen, auf der Angebotsseite die Rahmenbedingungen für den Zugang zu wissenschaftlichen Fachpublikationen durch sog. Self-Archiving oder durch Datenbanken wissenschaftlicher Fachgesellschaften oder der Träger wissenschaftlicher Forschungseinrichtungen zu schaffen.

Das Zweitveröffentlichungsrecht nach § 38 Abs. 4 UrhG ist dafür eine notwendige Voraussetzung, jedoch sind einem dienst- arbeits- oder förderungsrechtlichen Zwang zur Open Access-Publikation die beschriebenen verfassungsrechtlichen Grenzen gesetzt.

Als Alternative bietet sich an, entsprechend der Systematik Schrankenbestimmungen der §§ 45 ff. UrhG die Verwertungsrechte der Urheber wissenschaftlicher Publikationen und aus der Lizenzierung an Verlage entstandenen Rechte zugunsten der Nutzung von Forschung und Lehre einzuschränken.

Dieser Weg wird erst entbehrlich, wenn der Weg zum Open Access zum Erfolg geführt hat.<sup>32</sup>

Diesen Weg hat der Gesetzgeber mit Sonderregelungen für das Kopie Privileg (§ 53 Abs.2 UrhG), Plattformen für Forschung und Lehre (§ 52a UrhG), digitale Lesepätze (§ 52b UrhG) und Kopienversand (§ 53a UrhG) bereits beschränkt.

Die Forderung nach einer Bildungs- und Wissenschaftsschranke setzt an Erfahrungen der Nutzerseite mit diesen Regelungen in der Rechtspraxis an, die im Kern darauf hinauslaufen, dass die kasuistisch angelegten Einzelregelungen mit unklaren Voraussetzungen und Rechtsfolgen die mit der Digitalisierung verbunde-

32 Haimo Schack, Urheberrechtliche Schranken für Bildung und Wissenschaft, ZUM 2016, 266, 281.

nen Möglichkeiten im Bereich von Forschung und Lehre behindern, geschweige denn sachgerecht erfassen.<sup>33</sup> Als Beleg dafür wird das geringe Vergütungsaufkommen für die bisherigen Schrankenregelungen aufgeführt.<sup>34</sup> Als Beleg anführen lassen sich in jedem Fall die zahlreichen, bis zu Vorabentscheidungen des EuGH reichenden Auslegungstreitigkeiten über die Schrankenregelungen.<sup>35</sup>

Die geforderte Bildungs- oder Wissenschaftsschranke soll dieses Defizit durch ein umfassendes Nutzungsprivileg zugunsten wissenschaftlicher Lehre und Forschung beheben.

Die konkrete Ausgestaltung dieses Privilegs ist allerdings unter den Befürwortern höchst kontrovers. Die vorgeschlagenen Modelle unterscheiden sich in vielfacher Hinsicht: nach Art und Umfang der in das Nutzungsprivileg einbezogenen geschützten Werke, nach Art der Nutzung, die entweder generalklauselartig oder in Kombination von exemplarischer Beschreibung und Öffnung für nicht genannte Nutzungen tatbestandlich bestimmt wird, nach dem Verhältnis von Schrankenregelungen und vertraglichen Abmachungen zwischen Organisationen der Verwerter- und Nutzerseite, schließlich nach der Bemessung und dem Zahlungsmodus der für die Einschränkung der Verwertungsrechte zu zahlenden Kompensationen an die Urheber und Inhaber sonstiger Rechte.

Die mit dem Begriff, den Voraussetzungen und Rechtsfolgen verbundenen unscharfen Konturen der sog. Bildungsschranke erinnern an frühere Diskussionen über die sog. Kulturfltrate,<sup>36</sup> deren Modell darauf hinauslief, die lizenzfreie Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke für nichtkommerzielle kulturelle Zwecke gegen Zahlung einer Kulturfltrate zuzulassen, ohne dass dafür klare Konzeptionen zum Erhebungsmodus, zur Rechtsgrundlage Zahlungspflicht, zur Bemessung und Verteilung des Aufkommens an die betroffenen Rechtsinhaber gab.

Die Forderung nach einer Bildungs- und Wissenschaftsschranke wird deshalb ungeachtet der Plausibili-

tät ihrer rechtspolitischen Ziele solange erfolglos bleiben, solange nicht der Bedarf zwingend begründet (dazu unter 1.), ihre Voraussetzungen systemkonform formuliert und in das Schrankensystem des Urheberrechtsgesetzes eingepasst ( dazu unter 2.), konventions-, richtlinien- und verfassungskonform gestaltet (dazu unter 3) und die Entschädigung der Rechteinhaber angemessen geregelt wird (dazu unter 4).

#### 1. Notwendigkeit

Auf den Prüfstand zu stellen ist die Ausgangsfrage mangelnder Eignung der bestehenden Schranken für die digitale Nutzung wissenschaftlicher Publikationen für Zwecke von Lehre und Forschung.

##### a) Digitale Lehr- und Forschungsplattformen

Im Rahmen der Regelung des § 52a UrhG (Lehr- und Forschungsplattformen) entzündete sich der Auslegungstreit über die Frage des zulässigen Umfangs der Einstellung von Teilen eines Werks in das Intranet zur Veranschaulichung im Unterricht, der Zulässigkeit der Nutzung bei kommerziellen Angeboten, der Zulässigkeit des Downloads und der Bemessung der Vergütung. Nach kontroversen Aussagen in den Vorinstanzen hat der BGH entschieden, dass eine Universität den Teilnehmern einer Lehrveranstaltung nur dann Teile eines urheberrechtlich geschützten Werkes auf einer elektronischen Lernplattform zur Verfügung stellen darf, wenn diese Teile höchstens 12% des Gesamtwerks und nicht mehr als 100 Seiten ausmachen und der Rechtsinhaber der Universität keine angemessene Lizenz für die Nutzung angeboten hat.<sup>37</sup>

Für die für die öffentliche Zugänglichmachung ist nach § 52a Abs. 4 UrhG eine angemessene Vergütung zu zahlen. Diese kann wie bei der Kopiervergütung auch im Rahmen sog. Gesamtverträge mit Nutzervereinigungen, im Hochschulbereich mit der KMK- nach § 12 UrhWG a.F. abgeschlossen werden. Diese Verfahren haben sich bislang wegen der im Falle misslungener Einigung vor-

33 Vgl. dazu die in Fn. 1 genannte Aufsatzserie sowie *Ohly, Ansgar*, Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung-, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, F 74 ff.; *de la Durantaye, Katharina*: Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, Münster 2014, abrufbar unter: <http://durantaye.rewi.hu/doc/Wissenschaftsschranke.pdf>; Studie „Ökonomische Auswirkungen einer Bildungs- und Wissenschaftsschranke im Urheberrecht“, im Auftrag des Bundesministeriums für Bildung und Forschung (BMBF) von *Justus Haucap, Ina Loebert, Gerald Spindler* und *Susanne Thorwarth*, 2016, abrufbar unter: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/144535/1/863760678.pdf>, S. 39 ff.

34 Vgl. die in voriger Fn. genannte Studie „Ökonomische Auswirkungen einer Bildungs- und Wissenschaftsschranke im Urheberrecht“, S. 55 ff., 58 ff.

35 BGH, Urt. v. 28.11.2013 – I ZR 76/12 – Meilensteine der Psychologie= NJW 2014, 2117, GRUR 2014, 549, ZUM 2014, 524; OLG Stuttgart, Urt. v. 4.4.2012 – 4 U 171/11, ZUM 2012, 495; LG Stuttgart, Urt. v. 27.9.2011 – 17 O 671/10, ZUM 2011, 946; BGH, Urt. v. 20.3.2013 – I ZR 84/11 – Gesamtvertrag Hochschul-Intranet=GRUR 2013, 1220, MMR 2014, 59; BGH, Urt. v. 16.4.2015 – I ZR 69/11 – Elektronische Leseplätze II=GRUR 2015, 1101; EuGH, Urt. v. 11.9.2014 – C-117/13, GRUR 2014, 1078 = WRP 2012, 1178 – TU Darmstadt/Ulmer; BGH, Beschluss vom 20.9.2012 – I ZR 69/11, GRUR 2013, 503 = WRP 2013, 511 – Elektronische Leseplätze I.

36 Vgl. dazu monographisch *Zwengel, Wolfgang*, Kulturflrates, Diss. Tübingen 2012, Baden-Baden 2012 (Nomos).

37 BGH, Urt. v. 28.11.2013 – I ZR 76/12 – Meilensteine der Psychologie= NJW 2014, 2117, GRUR 2014, 549.

gesehenen Schieds- und gerichtlichen Verfahren als schwerfällig erwiesen. Zudem hat der BGH mit seiner Entscheidung zum Gesamtvertrag der KMK mit der VG Wort – „Hochschultranet“ – mit der Anforderung, die Vergütung nicht nach dem Werk oder Werkteil und sondern nach der Zahl der Seiten des Druckwerks, nach der Zahl der Teilnehmer der Veranstaltung sowie linearer Bemessung nach Seiten wie bei der Kopiervergütung, d. h. 0,8 ct/ Seite dem Gesamtvertrag einen praxisfernen von Nutzerseite zu Recht kritisierten Inhalt gegeben.<sup>38</sup>

#### b) Elektronische Leseplätze

Noch weitergehende Kontroversen ergaben sich bei der Exegese des § 52b UrhG (Elektronische Leseplätze). Dazu trug die unklare legislatorische Zielsetzung bei: Schonung der Bibliotheksbestände, Heranführung an die digitale Nutzung und Vereinfachung der Geschäftsabläufe.<sup>39</sup> Limitierender Faktor ist neben der Limitierung der Bildungseinrichtungen die Bindung der Leseplätze an die Bestandsexemplare, die Beschränkung auf Bibliotheken und Archive ohne Erwerbzwecke und die Beschränkung der Nutzung für Forschung und private Studien. Die Auslegungskontroversen entstanden an der weiteren Beschränkung des Nutzungsprivilegs aus der Formulierung: „soweit keine vertraglichen Regelungen entgegenstehen“.

Außerdem war streitig ob § 52b UrhG die sog. Annexkompetenzen, d.h. den Download der Bibliothek und den analogen oder digitalen Download des Nutzers umfasst. Nach der Vorlageentscheidung des Europäischen Gerichtshofs<sup>40</sup> hat der BGH in der Entscheidung „Elektronische Leseplätze II die Nutzung von Werken ihrer Sammlungen an elektronischen Leseplätzen sowie das vorhergehende Digitalisieren gestattet.“<sup>41</sup> Zudem darf es Nutzern ermöglicht werden, an diesen elektronischen Leseplätzen Ausdrucke oder digitale Kopien der dort wiedergegebenen Werke herzustellen. Zugleich hat der BGH darüber entschieden, dass das Lizenzvertragsangebot des Verlags keine „vertragliche Regelung“ i.S.v. § 52b UrhG darstelle und daher dies einer Nutzung nach § 52b UrhG nicht entgegenstünde.

Zum Download der Bibliotheken führt der BGH aus, das Recht zur Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen würde „einen großen Teil seines sachlichen Gehalts und sogar seiner praktischen Wirksamkeit verlieren (...), wenn die Bibliotheken kein akzessorisches Recht zur Digitalisierung der betroffenen Werke besäßen.“<sup>42</sup>

Den Downloads der Nutzer in analoger oder digitaler Form hat der BGH unter Rückgriff auf § 53 Abs. 1 und 2 UrhG bei Vorliegen der dort genannten Limitierungen ebenfalls für zulässig erklärt. Rechte an den elektronisch lesbaren Werken würden auch nicht dadurch verletzt, wenn an den Leseplätzen die Möglichkeit besteht, Kopien auszudrucken oder digitale Kopien herzustellen. Von unbefugten Nutzungen könne nicht ohne Weiteres ausgegangen werden: „Ein Ausdrucken oder Abspeichern von an elektronischen Leseplätzen bereitgestellten Werken kann in vielen Fällen als Vervielfältigung zum privaten oder sonstigen eigenen Gebrauch nach § 53 UrhG zulässig sein.“<sup>43</sup>

Unklar bleibt in der Entscheidung, wie die angemessene Vergütung für die Zugänglichmachung an digitalen Leseplätzen zu bemessen ist. Den Hinweis des EuGH, dass die durch Art. 6 Abs. 3 n RL 2001/29 legitimierte Regelung des § 52b UrhG eine angemessene Entschädigung der Urheber voraussetze, hat der BGH nicht weiter konkretisiert.<sup>44</sup>

#### c) Kopienversand auf Bestellung

Demgegenüber konnten die Auslegungsprobleme des § 53a UrhG (Kopienversand auf Bestellung) durch einvernehmliche Praxis der Verlegerverbände, VG- Wort und Nutzerseite geklärt werden. Die Regelung ist der Abschluss einer über ein Jahrzehnt in zahlreichen Verfahren geführten Kontroverse über die Zulässigkeit des Kopienversand nach § 53 UrhG.<sup>45</sup> Der Gesetzeswortlaut geht auf einen im Gesetzgebungsverfahren akzeptierten Kompromiss zurück.<sup>46</sup> Für die elektronische Dokumentenlieferung legt § 53a UrhG allerdings weitgehende Beschränkungen fest. Dies gilt zum einen für das Erfordernis der Einzelbestellung, für den Gegenstand der Übermittlung: einzelne in Zeitungen oder Zeitschriften erschienene

38 BGH, Urt. v. 20.3.2013 – I ZR 84/11 - Gesamtvertrag Hochschul-Intranet=GRUR 2013, 1220, MMR 2014, 59; zur Kritik: LRK Baden- Württemberg Pressemitteilungen Stuttgart, 2. November 2016: Digitale Lehre: Bayerische und baden-württembergische Universitäten lehnen Beitritt zur Rahmenvereinbarung der VG Wort ab <http://www.lrk-bw.de/index.php/pressemitteilungen>. Der Gesamtvertrag ist abrufbar unter: [http://www.bibliotheksverband.de/fileadmin/user\\_upload/DBV/vereinbarungen/2016-10-05\\_Rahmenvertrag\\_zur\\_Verguetung\\_von\\_Anspruechen\\_nach\\_52a\\_UrhG.pdf](http://www.bibliotheksverband.de/fileadmin/user_upload/DBV/vereinbarungen/2016-10-05_Rahmenvertrag_zur_Verguetung_von_Anspruechen_nach_52a_UrhG.pdf).

39 BT- Drs.16/1828, S. 21.

40 EuGH Urt. v. 11.9.2014 Az.: C-117/13, GRUR 2014, 1078 = WRP 2012, 1178 - TU Darmstadt/Ulmer-.

41 BGH Urt. v. 20.3.2013 – I ZR 84/11 - Gesamtvertrag Hochschul-Intranet=GRUR 2013, 1220, MMR 2014, 59; BGH Urt. v. 16.4.2015 – I ZR 69/11 - Elektronische Leseplätze II=GRUR 2015, 1101.

42 BGH, aaO., Rn. 38ff.

43 BGH, aaO., Rn. 51ff.

44 BGH, aaO., Rn. 63.

45 BGH, Urt. v. 25.2.1999, ZUM 1999, 566.

46 Vgl. dazu BT-Dr. 16/1828, S. 27.

Beiträge sowie kleinere Teile eines erschienenen Werks, für das Format der Übermittlung als PDF-Datei, für den Zweck der Nutzung zur Veranschaulichung des Unterrichts oder für Zwecke nicht kommerzieller wissenschaftlicher. Zum anderen ist die Dokumentenlieferung nur zulässig, wenn der Zugang den Nutzern zu den Werken „nicht offensichtlich von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl mittels einer vertraglichen Vereinbarung zu angemessenen Bedingungen ermöglicht wird“. In der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestages wurde formuliert, dass „jedenfalls“ dann Offensichtlichkeit vorliegt, wenn Publikation in einem zentralen, kooperativ gepflegten Nachweisinstrument auffindbar ist.<sup>47</sup>

Ein solcher Nachweis wird auf Basis der elektronischen Zeitschriftendatenbank (EZB) in Regensburg aufgebaut.<sup>48</sup> Die Datenbank muss so vollständig sein, dass durch eine Prüfung von dessen Inhalt alle „offensichtlichen“ Angebote enthalten sind. Der von den Rechteinhabern vermittelte Zugriff muss pro Einzelaufsatz möglich sein.

Ebenso unklar ist das Merkmal „zu angemessenen Bedingungen“. Die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestages hat dazu auf die in ihrer Exegese ebenfalls hochumstrittene Regelung des § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG über die Autorenvergütung verwiesen, darüber hinaus aber Anforderungen an die Modalitäten des Nutzungszugangs formuliert.<sup>49</sup>

Die Maßstäbe erweisen sich in der Praxis aber nicht als operational. Angesichts der Marktmacht der bedeutendsten Wissenschaftsverlage vor allem im Bereich der Ingenieur- Naturwissenschaften und Medizin können die für Einzellieferungen vorgesehenen Preise nicht als wettbewerbliche Marktpreise und damit als angemessen angesehen werden. In jedem Fall sind Preise über dem wettbewerblich bestimmten Marktpreisen nicht angemessen.

Dem Kopienversand muss deshalb eine Einzelrecherche der Bibliothek vorausgehen.

Schon dieses Erfordernis, vor allem aber die Unklarheit über den Begriff der „angemessenen Bedingungen“ haben zur Folge, dass die praktische Bedeutung des § 53a UrhG gering geblieben ist.

Verleger, Bibliotheks- und Nutzerorganisationen sind stattdessen dazu übergegangen, im Rahmen sog. Campuslizenzen Lizenzen für die elektronische Nutzung und Dokumentenlieferung wissenschaftlicher Zeitschriften zu vereinbaren.

Für die Dokumentenlieferung wurde zwischen dem Börsenverein für den deutschen Buchhandel, der Inter-

national Association of Scientific Publishers und dem Dokumentenlieferungsdienst Subito e.V., einer Gemeinschaftseinrichtung deutscher, österreichischer und Schweizer Bibliotheken ein Rahmenvertrag vereinbart, dem die einzelnen Verlage beitreten können.<sup>50</sup> Erfasst sind nach neuesten Angaben von Subito 1,5 Millionen Zeitschriften.

#### d) Verleih von E-Books

Im weiteren Kontext des digitalen Zugangs zu wissenschaftlichen Publikationen steht auch die Frage der Zulässigkeit des Verleihs von E-Books. In zunehmendem Maße werden auch Lexika, Kommentare oder wissenschaftliche Monographien als E-Books veröffentlicht, sei es neben der Printform oder als reine E-Books. Betroffen ist zum einen die Frage, ob das Verbreitungsrecht nach § 17 UrhG, Art. 4 Abs. 2 RL 2001/29/EG nach Erwerb des E-Books erschöpft ist, zum anderen, ob dafür eine Ausnahme vom Verleihrecht nach Art. 6 Abs. 1 RL 2006/115, § 17 Abs. 2 UrhG besteht. Um den Verleih dem Verleih von Printexemplaren gleichzustellen und eine mit dem Kopierprivileg des § 53 UrhG nicht vereinbare, unkontrollierte Vervielfältigung oder auch permanente Speicherung beim Nutzer zu verhindern, bedarf es dazu bestimmter technischer Sicherung.

Durch Urteil des EuGH vom 10. November 2016<sup>51</sup> ist diese Frage nun im Sinne eines vernünftigen Ausgleichs der Interessen der Berechtigten und Nutzer geklärt.

Nach dem Urteil des EuGH erfasst der Begriff „Verleihen“ das Verleihen einer digitalen Kopie eines Buchs, wenn dieses Verleihen so erfolgt, dass die in Rede stehende Kopie auf dem Server einer öffentlichen Bibliothek abgelegt ist und es dem betreffenden Nutzer ermöglicht wird, diese durch Herunterladen auf seinem eigenen Computer zu reproduzieren, wobei nur eine einzige Kopie während der Leihfrist heruntergeladen werden kann und der Nutzer nach Ablauf dieser Frist die von ihm heruntergeladene Kopie nicht mehr nutzen kann.

Unter der Voraussetzung, dass das E-Book aus einer legalen Quelle stammt, könne die Gesetzgebung eines Mitgliedstaates die Anwendung von Art. 6 Abs. 1 RL 2006/115 mit der Bedingung zu verknüpfen, dass die von der öffentlichen Bibliothek zur Verfügung gestellte digitale Kopie eines Buchs durch einen Erstverkauf oder eine andere erstmalige Eigentumsübertragung dieser Kopie in der Europäischen Union durch den Inhaber des Rechts zur Verbreitung an die Öffentlichkeit oder mit dessen Zustimmung iSv Art. 4 Abs. 2 der RL 2001/29/EG

47 Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestages, BT-Dr. 16/3959, S.45.

48 <http://rzblx1.uni-regensburg.de/ezeit/>.

49 BT-Dr. 16/3959, S. 45.

50 Abrufbar unter: [https://www.subito-doc.de/media/files/Eckpunkte%20\\_deutsch.pdf](https://www.subito-doc.de/media/files/Eckpunkte%20_deutsch.pdf).

51 EuGH (Dritte Kammer), Urt. v. 10.11.2016 – C-174/15 (Vereniging Openbare Bibliotheken/Stichting Leenrecht), GRUR 2016, 1266.

des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft in den Verkehr gebracht worden ist.

#### e) Fazit

Die bestehenden Vorschriften digitaler Nutzung enthalten auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite zahlreiche Unklarheiten, die z.T. auf die europarechtlichen Vorgaben der RL 2001/29, z.T. auf Kompromisse im deutschen Gesetzgebungsverfahren zurückzuführen sind.

Auch wenn inzwischen eine gewisse Klärung durch höchstrichterliche Rechtsprechung erreicht und damit die Tragweite für die Nutzer verbessert werden konnte, haben sie nicht dazu beigetragen, das mit der Digitalisierung mögliche Nutzungspotential nachhaltig zu verbessern. Dies wurde durch die Umfrage unter den Bibliotheken und quantitativen Erhebungen der Studie von Haucap und Spindler bestätigt.<sup>52</sup>

Die Verbesserung des Zugangs zum digitalen Angebot ist vielmehr neben vorhandenen Verlagsangeboten mit Sonderkonditionen für Hochschulen vor allem der Ausbreitung von Campuslizenzen und dem ebenfalls auf einer Verlagslizenzierung beruhenden Dokumentenlieferungsdienst Subito zurückzuführen.

Unter Hinweis auf diese Verbesserungen wenden sich die Verlegerorganisationen, die im Gesetzgebungsverfahren für den 2. Korb und Musterprozessen die bestehenden Schranken zugunsten lizenzfreier wissenschaftlicher Nutzung bekämpft haben, auch gegen die zur Diskussion stehenden Überlegungen zur Einführung einer Wissenschaftsschranke.<sup>53</sup>

Die Erfahrung hat aber gezeigt, dass ein Großteil Wissenschaftsverlage die Umstellung auf die Digitalisierung wissenschaftlicher Zeitschriften weitgehend abgeschlossen haben, aber ohne Änderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen nur zögernd bereit sind, Geschäftsmodelle zu entwickeln, die den digitalen Zugang zu angemessenen Bedingungen gewährleisten oder den freien Zugang fördern. Die Behauptung, die Zeitschri-

tenkrise sei der Unterfinanzierung des Bibliothekssystems zuzuschreiben<sup>54</sup> und nicht den Verlagen anzulasten, lässt sich angesichts der den marktbeherrschenden Oligopolen zuzuschreibenden Preissteigerungen der Zeitschriftenabonnements führender Wissenschaftsverlage nicht halten.

Deshalb wird auch der Vorrang von Verlagsangeboten gegenüber gesetzlichen Nutzungsregelungen, wie die Erfahrungen mit §§ 52a und 53a UrhG keine Lösung sein, wenn die Verlagsangebote nicht mit angemessenen Bedingungen für die Dokumentenlieferung bzw. elektronische Nutzung verbunden sind.<sup>55</sup>

Als Stellschrauben werden in der Literatur sowohl Einschränkungen des Inhalts der Verwertungsrechte der Urheber, als auch und vorrangig Beschränkungen der Verwertungsrechte für bestimmte Nutzungsarten und Nutzergruppen genannt.

Der vor allem von *Schack*<sup>56</sup> in die Diskussion gebrachte Vorschlag der Einschränkung von Verwertungsrechten ist jedoch wegen der damit verbundenen konventions- und unionsrechtlichen Konflikte und nicht absehbarer Tragweite verworfen worden.<sup>57</sup>

Deshalb werden Überlegungen zu einer Neufassung der Schranken lizenzfreier Nutzung weiterverfolgt.

#### 2. Bildungs- und Wissenschaftsschranke- Modelle und Einpassung in das Schrankensystem

Der in der rechtspolitischen Diskussion verwendete Begriff der Bildungs- und Wissenschaftsschranke hat keinen institutionalisierten Inhalt, sondern ist ein Sammelbegriff für Modelle für Forderungen, den Zugang zu urheberrechtlich geschützten Werken für Bildungs- und Wissenschaftseinrichtungen lizenzfrei gegen eine Nutzungsentschädigung zu ermöglichen.<sup>58</sup>

##### a) Legislatisches Ziel

Als legislatisches Ziel haben die Länder zuletzt mit Beschluss des Bundesrats vom 18. März 2016 gefordert, noch fehlende Voraussetzungen für eine allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke (ABWS) zu schaffen.<sup>59</sup> Dabei nimmt der Bundesrat auf seine Entschlie-

52 „Ökonomische Auswirkungen einer Bildungs- und Wissenschaftsschranke im Urheberrecht“, die im Auftrag des Bundesministeriums für Bildung und Forschung (BMBF) von *Justus Haucap, Ina Loebert, Gerald Spindler* und *Susanne Thorwarth*, 2016, S.45 ff.

53 Die Vorgeschichte schildert anschaulich *Thomas Pflüger*, Ministerialrat im MWK Baden- Württemberg und Beauftragter der KMK in seinem Beitrag: Die Bildungs- und Wissenschaftsschranke – Reflexionen und Überlegungen aus Sicht der Kultusministerkonferenz, ZUM 2016, 484.

54 So *Schack, Haimo*, ZUM 2016, 266, 271, 282 im für den Börsenverein erstellten Gutachten.

55 So zutreffend *Spindler et al.*, aaO. S. 78.

56 *Schack, Heimo*, Urheberrechtliche Schranken für Bildung und Wissenschaft, ZUM 2016, 266 ff.

57 *De la Durantaye, Katharina*: Die Bildungs- und Wissenschaftsschranke – Warum kurz springen, ZUM 2016, 475 ff. m.w. N.

58 Vgl. den zusammenfassenden Überblick bei *Kuhlen, Rainer*, Die Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, *De Gruyter, Information für Wissenschaft und Praxis* 2016-67 (1), 1 ff., 4 ff.

59 Stellungnahme zur Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Schritte zu einem modernen, europäischeren Urheberrecht COM(2015) 626 final; Ratsdok. 15264/15, BR-Dr. 15/16.

ßung vom 20. September 2013 Bezug, in der er die Einführung einer das bisherige Schrankenregime ersetzenden ABWS gefordert hat, allerdings ohne konkretere Zielvorgaben zu benennen.<sup>60</sup>

Die dazu vorliegenden Vorschläge variieren, wie u.a. die Studie von *Katharina de la Durantaye, Justus Haucap, Gerald Spindler* Spindler et al. und die Aufsatzserie im Heft 6 ZUM 2016 zeigen, von einer allgemeinen Bildungs- und Wissenschaftsschranke ohne und mit Regelbeispielen für erfasste Nutzer, Nutzungsarten und Nutzungszwecke, sog. mittleren Lösungen mit exemplarisch benannten Nutzungsarten und definierter Zweckbindung, bis zu Einzelfallregelungen mit Auffangklauseln. Ebenso variieren sie in der Frage des Verhältnisses zu kollektiven oder individuellen Verlagsangeboten und der Vergütungsmaßstäbe.

Exemplarisch für die erste Kategorie steht der Vorschlag der KMK<sup>61</sup>, ähnlich der Vorschlag von *Katharina de la Durantaye*<sup>62</sup>, für die mittlere Lösung von *Katharina Durantaye* in Betracht gezogene Optionen<sup>63</sup>, exemplarisch für die 3. Kategorie der Vorschlag von *Haimo Schack*.<sup>64</sup>

Es ist hier nicht der Raum, die im Detail stark variierenden Formulierungsvorschläge vorzustellen und einer Einzelanalyse zu unterwerfen.<sup>65</sup>

Stattdessen sollen nur die Grundelemente der Vorschläge, also betroffene Werke, privilegierte Nutzer, Nutzungsarten, Nutzungshandlungen, Nutzungszwecke und Nutzungsvergütung untersucht werden.

Ausgeklammert werden die unter dem Stichwort Bildungsschranke zusammengefassten Vorschläge für eine digitale Nutzung geschützter Werke im Schulunterricht und allgemeinen Bildungseinrichtungen.

#### b) Begünstigte Personen und Institutionen

Von den bestehenden Schrankenregelungen Begünstigte, d.h. zur Vornahme von Nutzungen Befugte sind bei der Vervielfältigung nach § 53 Abs.1 und 2 UrhG natürliche Personen zum privaten Gebrauch, zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch oder sonstigen eigenen Gebrauch, nach § 53

Abs. 3 UrhG auch Schulen, nichtkommerzielle Einrichtungen der Aus- und Weiterbildung sowie Berufsbildung für Zwecke der Veranschaulichung im Unterricht, Hochschulen einschließlich auch für Zwecke der Durchführung von Prüfungen.

Die gleichen Einrichtungen sind Begünstigte der Regelung über die öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung nach § 52a UrhG.

Dagegen wird die Wiedergabe an digitalen Leseplätzen nach § 52b UrhG auf öffentliche Bibliotheken, Museen und Archive, der Kopienversand auf Bestellung auf öffentliche Bibliotheken beschränkt.

Die Vorschläge für eine Bildungs- Wissenschaftsschranke lassen bei der Bestimmung des begünstigten Adressatenkreises keine einheitliche Zielrichtung erkennen. Während Schack sich für eine einheitliche Regelung mit einem einheitlichen Adressatenkreis ausspricht, plädiert *de la Durantaye* für getrennte Regelungen für Bibliotheken, Archive und Museen, für die im Gegensatz zur allgemeinen Wissenschaftsschranke die privilegierten Nutzungsrechte ohne eine weitere Nutzungen erlaubende Generalklausel konkret beschrieben werden sollen.<sup>66</sup> Im Vorschlag der KMK werden als Privilegierte öffentliche Einrichtungen, denen Aufgaben in Bildung, Wissenschaft und Kultur übertragen sind, benannt.<sup>67</sup> Allerdings behält der Vorschlag der KMK daneben die bisherige Schranke des § 53 UrhG mit kleineren Modifikationen bei.<sup>68</sup>

Eine einheitliche Regelung mit einem einheitlichen Adressatenkreis erscheint nur dann sinnvoll, wenn für diese im Wesentlichen gleiche durch die Schrankenregelungen privilegierte Nutzungshandlungen gelten. Dies ist aber, wie *de la Durantaye* überzeugend dargelegt hat nicht der Fall. Deshalb erscheint es sinnvoll, die allgemeine Bildungsschranke und die Sonderregelung für die unter dem Sammelbegriff „Infrastruktureinrichtungen“ zusammengefassten Institutionen zu trennen.<sup>69</sup>

Dies kann aber nicht bedeuten, dass die allgemeine Bildungsschranke die Nutzung von urheberrechtlichen Werken zum Zwecke der Bildung und Wissenschaft durch jedermann regelt.<sup>70</sup>

60 BR-Dr. 643/13, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes.

61 Vgl. dazu *Pflüger, Thomas*, Positionen der Kultusministerkonferenz zum Dritten Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft – »Dritter Korb«, ZUM 2010, 938; *ders.* Die Bildungs- und Wissenschaftsschranke – Reflexionen und Überlegungen aus Sicht der Kultusministerkonferenz, ZUM 2016, 484 ff.

62 *De la Durantaye, Katharina*, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, 2014, S. 214.

63 Optionen 2 und 3 bei *de la Durantaye, Katharina* Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, S. 200; vgl. auch *Schack, Haimo*, ZUM 2016, 266, 269 f.

64 *Schack, Haimo* Urheberrechtliche Schranken für Bildung und Wissenschaft, ZUM 2016, 266 ff., 282 ff.

65 Eine Zusammenstellung der Lösungsvorschläge findet sich bei *Haimo Schack*, Urheberrechtliche Schranken für Bildung und Wissenschaft, ZUM 2016, 266 ff., sein eigener Lösungsvorschlag auf S. 282 ff.

66 *Schack, Haimo* ZUM 2016, ZUM 2016, 266, 273.; *de la Durantaye, Katharina* ZUM 2016, 475, 477.

67 *Pflüger, Thomas* ZUM 2010, 938, 944.

68 Vgl. *Pflüger, Thomas* ZUM 2010, 938, 940.

69 Vgl. *de la Durantaye, Katharina* Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, 2014, S. 214.

70 So die unklare Formulierung und der irreführende Hinweis auf Schack bei *de la Durantaye, Katharina* ZUM 2016, 475, 477, Fn. 17; vgl. demgegenüber die eindeutigen Begrenzungen bei *Schack, Haimo* ZUM 2016, 266, 282.



Vielmehr sollte das Nutzungsprivileg, wie bisher in § 53 Abs. 2 UrhG für natürliche Personen nur für eigene, nicht kommerzielle wissenschaftliche Forschung beschränkt bleiben. Privilegierte Institutionen sollten Schulen, staatliche Hochschulen, öffentlich geförderte Forschungseinrichtungen und private Forschungs- und Bildungseinrichtungen ohne Erwerbszweck sein.

Die Einbeziehung der Forschung erwerbswirtschaftlicher Unternehmen würde dagegen den mit dem öffentlichen Interesse legitimierbaren Rahmen der Einschränkungen der Verwertungsrechte der Urheber sprengen.

#### c) Betroffene Werke

Schon das geltende Recht nimmt bei den Schrankenbestimmungen für die Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch (§ 53 UrhG), für Lehr- und Forschungsplattformen (§52a UrhG), digitale Leseplätze (§ 52bUrhG) und für den Kopienversand eine Differenzierung nach Werkkategorien und zulässigem Umfang von Vervielfältigung, Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung und Kopienversand vor. Im Rahmen des § 53 UrhG wird dabei auf die verschiedenen Nutzungszwecke abgestellt. Ganze Werke können nur für den nicht kommerziellen privaten Gebrauch, mit Einschränkungen für den eigenen wissenschaftlichen Gebrauch kopiert werden, während sich die Zulässigkeit des sonstigen eigenen Gebrauchs auf kleinere Teile eines erschienen Werks oder einzelne Beiträge in Zeitungen und Zeitschriften beschränkt.

§ 52a UrhG lässt lediglich die Einstellung kleinerer Teile eines Werkes oder von Einzelbeiträgen in Zeitschriften in eine Plattform zum Abruf für einen beschränkten Personenkreis und zur Veranschaulichung in konkreten Lehrveranstaltungen bzw. Nutzung für konkrete Forschungsprojekte zu. Dies schließt eine permanente Speicherung auf einer Lehr- und Forschungsplattform zum Abruf explizit aus.

§ 52b UrhG gestattet die Zulässigkeit der Wiedergabe ganzer Werke, bindet diese aber an die Voraussetzung, dass die Digitalisierung der Werke aus dem Bestand, d.h. vorhandener Printexemplare der Bibliothek, dem Archiv oder dem Museum erfolgt und limitiert die zulässigen Leseplätze auf die Zahl der vorhandenen Bestandexemplare.

§ 53a UrhG beschränkt dagegen sowohl den analogen als auch den digitalen Kopienversand auf kleinere Teile eines Werkes oder auf Einzelbeiträge in Zeitungen und Zeitschriften.

Mit dieser Differenzierung wird den konventionsrechtlichen und unionsrechtlichen Vorgaben, der sog. Dreischrankenklauseel Rechnung getragen, die fordern, dass Schranken nur in Sonderfällen angewandt werden, in denen die normale Verwertung des Werkes, d.h. deren Verkauf auf dem Markt, nicht beeinträchtigt werden.<sup>71</sup>

In allen Schrankentatbeständen wird davon ausgegangen, dass das eingeräumte Nutzungsprivileg keine erheblichen Umsatzeinbuße des geschützten Werks zur Folge hat, weil der privilegierte Nutzer das Werk oder die einzelnen Beiträge nicht entgeltlich erwerben würde bzw. die privilegierte Einrichtung des Werk oder die Zeitschrift bereits in einem oder mehreren Exemplaren entgeltlich erworben hat und für den normalen Leihverkehr zur Verfügung stellen würde.

Ungeachtet dessen wird in allen Entwürfen für eine Wissenschaftsschranke die Aufhebung der Limitierung auf kleinere Teile eines Werkes aus Gründen der Rechtssicherheit verzichtet.<sup>72</sup> Eine Ausnahme bilden Schul- und Lehrbücher und Datenbanken, deren Elemente mithilfe elektronischer Mittel zugänglich sind.<sup>73</sup>

Schul- und Lehrbücher wären bei Zulässigkeit freier Zugänglichmachung und Nutzung besonders im Absatz betroffen, für Lehrbücher mit aufwendigem Herstellungsprozess wie anatomische Atlanten oder andere medizinische Lehrbücher bedeuten sie im Regelgefall das aus.

Die vollständige Verwendung eines Werkes für digitale Nutzungshandlungen bedarf daher aus unionskonventionsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Gründen besonderer Rechtfertigung. Die Behauptung von Kühlen, der Begriff der normalen Verwertung müsse von der analogen auf die digitale Welt übertragen werden, wird dem Schutzzweck des sog. Dreistufentests nicht gerecht und würde diesen ins Leere laufen lassen.

Die Auswirkungen freier digitaler Nutzung ganzer Werke können bei der Anwendung des Dreistufentests daher nicht ausgeblendet werden. Viel spricht dafür, die bisherige Differenzierung betroffener Werke nach Nutzungshandlungen (Vervielfältigung, Zugänglichmachung, elektronischer Versand) wegen ihrer unterschiedlichen Auswirkungen auf die Rechte der Urheber und sonstiger Rechteinhaber beizubehalten.

#### d) Privilegierte Nutzungshandlungen und Nutzungszwecke

Die Digitalisierung ermöglicht neben der digitalen Vervielfältigung und Speicherung als Nutzungshandlungen

71 Art. 5 Abs. 3 RL 2001/29 EG, Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPS.

72 *De la Durantaye, Katharina*, ZUM 2016, 475, 478, dies., *Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke*, 2014, S. 228 f.; *Schack, Haimo*, ZUM 2016, 266, 277, allerdings mit Einschränkungen beim Kopienversand; *Pflüger, Thomas* (MWK BW, KMK),

ZUM 2010, 938, 944; *Kühlen, Rainer* (Aktionsbündnis Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft) ZUM 2016, 507, 509.

73 Vgl. *Schack, Haimo*, ZUM 2016, 266, 282. Vorschlag zu § 52a Abs. 3 S. 2 bzw. § 52a Abs. 2 S. 1.

vor allem die öffentliche Zugänglichmachung und den Abruf von Werken, aber auch die digitale Recherche und das Zusammenführen von Daten und Texten.

Ein erheblicher Teil wird bereits in den bestehenden Schrankenbestimmungen der §§ 52a und b, 53 und 53a UrhG erfasst, aber mit den geschilderten zahlreichen Einschränkungen sachlicher, zeitlicher personeller und auf bestimmte Nutzungszwecke festgelegter Art verbunden.

Damit werden nach überwiegender Auffassung die mit der Digitalisierung möglichen Potentiale der Nutzung wissenschaftlicher Werke für Zwecke von Forschung und Lehre nicht ausgeschöpft und wegen der zahlreichen Unklarheiten der Tatbestände auch nicht genutzt.<sup>74</sup>

Als Konsequenz dessen wird in den einzelnen Vorschlägen entweder einer Generalklausel ein Katalog einzelner Nutzungszwecke und Nutzungshandlungen exemplarisch beigelegt<sup>75</sup> oder einem Einzelkatalog von Nutzungszwecken und Nutzungshandlungen eine generalklauselartige formulierte Auffangklausel für nicht erfasste Nutzungszwecke und Nutzungshandlungen angehängt.<sup>76</sup>

Die Debatte über die bessere Regelungstechnik wird überschätzt. Übersichtlichkeit und Rechtssicherheit sind vorrangig von der begrifflichen Klarheit des Inhalts, der Nutzungszwecke und der Begrenzungen der Nutzungshandlungen abhängig, die zugleich die Auslegungskriterien für die Generalklauseln sind.<sup>77</sup>

Unter diesem Aspekt eröffnet der Vorschlag des Aktionsbündnisses »Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft«<sup>78</sup> wegen seiner nahezu unbegrenzten Nutzungsprivilegierungen nicht kommerzieller Lehre und Forschung zahlreiche Interpretationsspielräume und trägt damit nicht zu einer Verbesserung der bei den bisherigen Regelungen vermissten Rechtssicherheit bei.

Gleiches gilt für den Vorschlag der KMK.<sup>79</sup> Demgegenüber zeichnet sich der Vorschlag von Schack<sup>80</sup> durch eine klare Beschreibung der privilegierten Nutzungszwecke und Nutzungshandlungen aus.

Privilegierte Nutzungshandlungen sind nach dem Vorschlag von Schack die nicht kommerzielle Nutzung (Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe gemäß §§ 19 Abs. 4, 19a, 21, 22) von veröffentlichten Werken in einem durch den jeweiligen Zweck gerechtfertigten Umfang, ausschließlich für einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen 1. zur Begleitung und Veranschaulichung des Unterrichts an Bildungseinrich-

tungen (Schulen, Hochschulen, Berufsschulen und Einrichtungen der frühkindlichen und Erwachsenenbildung), einschließlich des Fernunterrichts und der Prüfungen; 2. für deren eigene wissenschaftliche Forschung. Mit Ausnahme von Schul- und Lehrbüchern zulässig ist die nicht kommerzielle Vervielfältigung von Werken in einem durch den jeweiligen Zweck gerechtfertigten Umfang auch 1. zu privaten Bildungs- und Studienzwecken; 2. zur Sicherung und Erschließung der Bestände öffentlich zugänglicher Sammlungen (Bibliotheken, Museen, Archive), die keinen kommerziellen Zweck verfolgen.

Zulässig ist auf Einzelbestellung die Vervielfältigung und Übermittlung einzelner in Zeitungen und Zeitschriften erschienener Beiträge sowie kleiner Teile eines erschienenen Werkes durch öffentliche Bibliotheken, sofern die Nutzung durch den Besteller nach dieser Vorschrift oder nach § 53 zulässig ist. Zur wissenschaftlichen Forschung und zu privaten Bildungs- und Studienzwecken dürfen Werke aus dem Bestand von öffentlich zugänglichen Sammlungen in deren Räumlichkeiten an eigens hierfür eingerichteten Terminals zugänglich gemacht werden, solange dadurch den Nutzern keine digitalen Vervielfältigungen ermöglicht werden.

Wesentlich ist, dass der zugelassene Download von dem privilegierten Nutzer nicht für eine Weiterverbreitung und öffentliche Zugänglichmachung genutzt werden dürfen.

Unter der Voraussetzung, dass die normale Verwertung des Werkes nicht beeinträchtigt und die berechtigten Interessen der Rechteinhaber nicht unzumutbar verletzt werden, können nach dem Gesetzesvorschlag von Schack zu den in Abs. 1 und 2 genannten Zwecken und im dort genannten Umfang in besonderen Fällen auch Werke in neuen Nutzungsarten und unter Beachtung von § 12 auch unveröffentlichte Werke genutzt werden.

Der Vorschlag von *de la Durantaye* beinhaltet einen Mittelweg zwischen den Vorschlägen der KMK und der Allianz.

Gegenstand des Nutzungsprivilegs sind alle veröffentlichten Werke. In dem auf individuelle Personen ausgerichteten Vorschlag werden die Normadressaten nicht genannt. Zulässige Nutzungshandlungen sind „die Vervielfältigung und öffentliche Zugänglichmachung eines veröffentlichten Werkes zur Veranschaulichung des Unterrichts an Bildungseinrichtungen oder für Zwecke der

74 So Kühlen, Rainer, aaO.

75 Favorisiert von *de la Durantaye*, Katharina ZUM 2016, 475, 477.

76 Favorisiert von Schack, Haimo ZUM 2016, 266, 277.

77 Vgl. dazu auch Staats, Roberts, Schranken für Bildung und Wissenschaft – Drei Anmerkungen aus Sicht der VG WORT, ZUM 2016, 499, zu den Vorschlägen von *de la Durantaye* und Schack,

aa. *de la Durantaye*, Katharina ZUM 2016, 475, 477, die eine Generalklausel mit Regelbeispielen vorzieht.

78 Kühlen, Rainer (Aktionsbündnis Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft) ZUM 2016, 507, 509.

79 Pflüger, Thomas (MWK BW, KMK), ZUM 2010, 938, 944.

80 ZUM 2016, 266, 282.

wissenschaftlichen Forschung, wenn und soweit die Nutzung in ihrem Umfang durch den jeweiligen Zweck geboten ist und keinen kommerziellen Zwecken dient.“ Exemplarisch dafür werden genannt: „1. durch den Unterrichtenden zur Vor- und Nachbereitung des Unterrichts, 2. Prüfungen, 3. als Element einer Sammlung, die Werke einer größeren Anzahl von Urhebern vereinigt und die nach ihrer Beschaffenheit nur zur Veranschaulichung des Unterrichts an Bildungseinrichtungen bestimmt ist, 4. Die eigene Unterrichtung über den Stand der wissenschaftlichen Forschung und 5. die automatisierten Analyse des Informationsgehalts auch ganzer, bereits in elektronischer Form befindlicher Werke, wenn die Vervielfältigung einen integralen und wesentlichen Teil des Verfahrens darstellt.“<sup>81</sup>

Zum Zweck der wissenschaftlichen Forschung soll auch die Vervielfältigung unveröffentlichter Werke zulässig sein. §§ 12 bis 14 bleiben unberührt. Das bedeutet aber, dass dafür eine Zustimmung des Urhebers erforderlich ist.

Die Vorschläge stellen eine erhebliche Erweiterung der bisherigen Schranken dar. Z.B. wird die Nutzung elektronischer Lehrplattformen auf den Zweck der Nachbereitung des Unterrichts erweitert und damit eine zeitlich unbegrenzte Speicherung zum Abruf ermöglicht.

Die digitale Vervielfältigung ganzer Werke für wissenschaftliche Zwecke geht über den Rahmen des § 53 Abs. 2 und 3 UrhG geltender Fassung hinaus. Die Digitalisierung und Zugänglichmachung von Bibliotheksbeständen wird wie bisher auf Leseplätze in der Bibliothek beschränkt, aber nicht an die Zahl der Bestandsexemplare gebunden.

#### e) Neuerungen gegenüber den bisherigen Schrankenregelungen

Alle vorliegenden Vorschläge für eine Bildungs- und Wissenschaftsschranke greifen auf Begrifflichkeit, Formulierung der Tatbestände, Nutzungszweck, berechtigter Personenkreis, Nutzungshandlungen und Beschränkungen der bisherigen Schrankenregelungen zurück.

Die Neuerungen bestehen vor allem in der Zusammenfassung und Weiterentwicklung in einer, nur im Falle des Vorschlags von de la Durantaye in zwei Schrankenbestimmungen für Bildungs- Wissenschafts- und wissenschaftliche Infrastruktureinrichtungen.

Der Vorschlag des Aktionsbündnisses für Bildung und Wissenschaft,<sup>82</sup> der Vorschlags der KMK,<sup>83</sup> der Allianz<sup>84</sup> und von *la Durantaye*<sup>85</sup> stellt gegenüber den bestehenden Regelungen eine erhebliche Erweiterung der Nutzungsprivilegierung für nicht kommerzielle Bildungs- und Wissenschaftseinrichtungen dar. Dies gilt sowohl für die Erstreckung auf ganze Werke, als auch Nutzungszwecke neue Nutzungszwecke wie das Data-Mining und die an die Regelung des § 46 Abs. 1 UrhG angelehnte, auch auf Hochschulen ausgedehnte Aufnahme geschützter Werke in Sammlungen, die Werke einer größeren Anzahl von Urhebern vereinigt und die nach ihrer Beschaffenheit nur zur Veranschaulichung des Unterrichts an Bildungseinrichtungen bestimmt ist. Begrenzendes Merkmal ist bei diesen Vorschlägen nur das „Gebotensein“ für den jeweiligen Nutzungszweck.

Demgegenüber zeichnet sich der Vorschlag von Schack durch eine an den bisherigen Regelungen orientierte Beschreibung der Nutzungshandlungen und Nutzungszwecke aus.

Die generalklauselartig formulierten Vorschläge sind mit erheblichen Interpretationsspielräumen und deshalb auch mit erhöhter Rechtsunsicherheit verbunden.

#### f) Konventions- unionsrechtliche und verfassungsrechtliche Legitimation

Die Ausweitung der Handlungsspielräume für den Wissenschaftsbetrieb zu Lasten der Urheber stellt einen Eingriff dar, der auf dem Prüfstand sowohl des Konventions- und Unionsrechts als auch des Verfassungsrechts unter dem Gesichtspunkt des Bestimmtheitsgebots und der Vereinbarkeit mit Art.14 GG Bestand haben muss. Die Legitimation des Eingriffs ist dabei von der Frage der Entschädigung zu trennen.

Im Konventionsrecht und Unionsrecht sehen die meisten Autoren keine Hindernisse für die Einführung einer generalklauselartig gefassten Bildungs- und Wissenschaftsschranke. Teilweise wird sogar behauptet, Art. 5 der RL 2001/29 ermächtigt die Mitgliedstaaten dazu.<sup>86</sup> Damit wird die Funktion des sog. Dreistufentests verkannt, der für die Ausgestaltung der in Art. 5 Abs.1-4 der Richtlinie genannter Schrankenregelungen eingrenzende Voraussetzungen eines angemessenen von Urheberinteressen und Interessen der Allgemeinheit enthält, der auch eine wirtschaftliche Entschädigung für den Eingriff umfasst.<sup>87</sup> Sie widerspricht zudem ständiger Rechtsprechung des EuGH.<sup>88</sup>

81 § XX Abs. 1.

82 Wiedergegeben bei Schack, Haimo ZUM 2016, 266, 267.

83 Wiedergegeben bei Schack, Haimo ZUM 2016, 266, 267.

84 Wiedergegeben bei Schack, Haimo ZUM 2016, 266, 267.

85 Wiedergegeben bei Schack, Haimo ZUM 2016, 266.

86 So Haucap-Spindler et al., S. 80.

87 So auch Haucap-Spindler et al., aaO.

88 EuGH, Urt. v. 10.6.2016 – Rs. C 470/14 – Egeda-; Urt. v. 12.11.2015 – Rs. C-572/13 – Reprobel-.

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG stellen das Urheberrecht und die mit ihm verbundenen Nutzungsrechte Eigentum i.S. von Art. 14 Abs. 1 GG dar.<sup>89</sup> Der Urheber hat nach dem Inhalt der verfassungsrechtlichen Garantie des geistigen Eigentums einen grundsätzlichen Anspruch auf Zuordnung des wirtschaftlichen Nutzens seiner geistig-schöpferischen Leistung.<sup>90</sup>

Dabei ist es nach dem Leitsatz des Beschlusses des BVerfG in Sachen Schulbuchverlag vom 7. Juli 1971 Aufgabe des Gesetzgebers, „im Rahmen der inhaltlichen Ausprägung des Urheberrechts sachgerechte Maßstäbe festzulegen, die eine der Natur und sozialen Bedeutung des Urheberrechts entsprechende Nutzung und angemessene Verwertung sicherstellen (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG). Das Interesse der Allgemeinheit an einem ungehinderten Zugang zu den Kulturgütern rechtfertigt es, dass geschützte Werke nach ihrem Erscheinen ohne Zustimmung des Urhebers in Sammlungen für den Kirchen-, Schul- und Unterrichtsgebrauch aufgenommen werden dürfen, nicht aber, dass der Urheber sein Werk hierfür vergütungsfrei zur Verfügung stellen muss (§ 46 UrhG).

Bei der Ausgestaltung der gesetzlichen Schranke habe der Gesetzgeber nicht nur Individualbelange zu sichern, sondern er muss „den Bereich des Einzelnen und der Belange der Allgemeinheit in einen gerechten Ausgleich bringen.

„Das Interesse der Allgemeinheit an einem ungehinderten Zugang zu den Kulturgütern rechtfertigt es, dass geschützte Werke nach ihrem Erscheinen ohne Zustimmung des Urhebers in Sammlungen aufgenommen werden dürfen, nicht aber, dass der Urheber sein Werk hierfür vergütungsfrei zur Verfügung stellen muss (§ 46 UrhG).<sup>91</sup>

#### g) Gesetzliche Vergütungsansprüche

Zu den Kernelementen des Urheberschutzes gehört nach § 11 S. 2 UrhG eine angemessene Vergütung des Urhebers und sonstigen Rechteinhabers für die Nutzung seines Werks. Dies gilt als Vorgabe sowohl für das Urhebervertragsrecht als auch für die erlaubnisfreie Nutzung im Rahmen von Schrankenregelungen. Dieses Prinzip ist im Konventionsrecht (Art. 9 Abs. 2 RBÜ). Unionsrecht (Art. 5 Abs.3 RL 2011/29 EU verankert, letztlich aber

Ausfluss des Eigentumsschutzes nach Art. 14 GG, Art. 17 RCh. In seiner Schulbuchentscheidung hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass die mit der Schranke verbundene Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Werts der geschützten Leistung zu einer wesentlichen Beeinträchtigung führe, „wenn die Möglichkeit der freien Honorarvereinbarung nicht durch einen gesetzlichen Vergütungsanspruch ersetzt wird. Daher könne der Ausschluss des Vergütungsanspruchs nicht durch jede Gemeinwohlerwägung gerechtfertigt werden, insbesondere reicht das Interesse der Allgemeinheit an einem ungehinderten Zugang zu urheberrechtlich geschützten Werken nicht aus.“<sup>92</sup> Ein Ermessen des Gesetzgebers, eine Vergütungspflicht auszuschließen, besteht nur in einem engen Rahmen, z.B. in Fällen nicht messbarer oder geringer Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Verwertungsmöglichkeiten.<sup>93</sup>

Die von *Kuhlen*<sup>94</sup> und dem Aktionsbündnis Wissenschaft erhobene Forderung einer Vergütungsfreien Wissenschaftsschranke ist daher unionsrechts- und verfassungswidrig. Dass wissenschaftliche Autoren im Regelfall in öffentlich geförderten Wissenschaftseinrichtungen tätig sind, Rechtfertigt keine Freistellung von der Vergütungspflicht, da aufgrund der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) aus dem Dienst- oder Arbeitsverhältnis keine gesetzliche Lizenz zur Nutzung ihrer Werke abgeleitet werden kann.

Dem gleichen Einwand sind Vorschläge ausgesetzt, die eine Vergütungspflicht nur auf bestimmte Nutzungshandlungen wie die öffentliche Zugänglichmachung, Aufnahme von Sammlungen und deren Verbreitung beschränken wollen.<sup>95</sup>

Für die Mehrzahl der Nutzungshandlungen sehen allerdings die Vorschläge von *de la Durantaye*, der KMK, der Allianz und *Schack*, wie die bisherigen Schrankenbestimmungen, eine angemessene Vergütung für den Urheber vor, die nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden kann.<sup>96</sup> *Schack* und die KMK schlagen dafür als Bemessungsmaßstab eine werk- und benutzungsbezogene, an den wirtschaftlichen Auswirkungen für die Rechteinhaber orientierte Regelung vor.<sup>97</sup> Das Ausmaß der Entschädigung ist damit vom Umfang der Beeinträchtigung der Verwertung der betroffenen Werke auf dem Markt abhängig.

89 Vgl. BVerfGE 31, 229 [239] = NJW 1971, 2163; BVerfGE 49, 382 [392] = NJW 1979, 2029; BVerfGE 77, 263 [270] = NJW 1988, 1371; BVerfGE 79, 29 [40f.] = NJW 1992, 1307; BVerfGE 81, 12 [16] = NJW 1990, 896.

90 Vgl. BVerfGE 49, 382 [400] = NJW 1979, 2029.

91 BVerfGE 31, 229 ff., 242 ff. – 1 BvR 765/66 –.

92 BVerfG aaO., 243.

93 BVerfG, Urteil v. 31.5.2016, – 1 BvR 1585/13 – „Sampling“-Rn. 79 ff.

94 Die Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, De Gruyter, Information für Wissenschaft und Praxis 2016-67 (1). 1 ff., 7 sowie deren Vorschlag zu § 45b Abs. 2 UrhG.

95 So der Vorschlag von *de la Durantaye*, *Katharina* §§ XX Abs. 4.

96 *De la Durantaye*, *Katharina* §§ XX, Abs. 4; KMK, § 52a Abs. 4, Allianz, § 45 b Abs. 4 UrhG, *Schack*, *Haimo* § 52a Abs. 6 UrhG.

97 KMK § 52a Abs. 4 UrhG, *Schack*, *Haimo* § 52 a Abs. 6 UrhG.

Wie die Erfahrungen mit den Kopiervergütungen, vor allem für die Vergütungen für elektronische Plattformen und digitale Leseplätze gezeigt haben, stoßen diese Kriterien an die Grenze der Praktikabilität. Mit den Geräteabgaben und an Seitenzahlen bemessenen Kopiervergütungen werden Hilfsgrößen eingeführt, die zwar einen Zusammenhang zum Nutzungsumfang, aber nicht zu den schwer einzuschätzenden Absatzeinbußen herstellen. Auf diese Hilfsgrößen wurde deshalb auch bei den Gesamtverträgen zu §§ 52a und b UrhG Bezug genommen.

Erhebliche Missverständnisse und scharfe Kritik hat die Feststellung der Studie von Haucap und Spindler ausgelöst, die Einführung einer allgemeinen Wissenschaftsschranke führe nicht zu ökonomischen Einbußen für Verlage und Urheber, weil die Verlage die Absatzeinbußen durch Preiserhöhungen oder Verlagerungen auf den Zugang zu Datenbanken oder einmaligen Content-Angeboten kompensieren könnten.<sup>98</sup> Diese These wurde zu Recht als realitätsfremd kritisiert, da allenfalls Verlage mit einer marktbeherrschenden Position unter Voraussetzung geringer Angebots- und Nachfragesubstituierbarkeit eine Preiserhöhung durchsetzen können.<sup>99</sup>

h) Subsidiarität gegenüber Verlagsangeboten bzw. vertraglichen Vereinbarungen

Die Frage der Subsidiarität einer gesetzlichen Wissenschaftsschranke gegenüber Verlagsangeboten oder vertraglichen Vereinbarungen zwischen Verlegern, Verlegervereinigungen, Wissenschaftseinrichtungen oder deren Vereinigungen wird nach den Erfahrungen mit den bestehenden Schrankenregelungen, die zu langwierigen Rechtsstreitigkeiten geführt haben,<sup>100</sup> kontrovers beurteilt.<sup>101</sup>

Für eine Lösung spricht vordergründig, dass eine privatautonome Regelung einer gesetzlichen Regelung vorzuziehen ist, weil sie – Gleichheit der Verhandlungsposition der Vertragsparteien vorausgesetzt – zu einem Interessenausgleich führt. Dagegen spricht allerdings, dass keine der Parteien ohne flankierende gesetzliche Regelungen wie den Bestimmungen über Wahrnehmungsverträge zwischen Verwertungsgesellschaften und Nutzervereinigungen zu einem Vertragsschluss gezwungen werden können.

Die Subsidiarität einer Wissenschaftsschranke gegenüber Vertragsangeboten von Verlagen hätte zur Folge, dass die Nutzerseite ohne das Erfordernis angemesse-

ner Vertragskonditionen dem Diktat der Verlage ausgesetzt wäre. Wie die Erfahrungen mit der Regelung der §§ 52a und b sowie § 53a UrhG gezeigt hat, ist die Angemessenheit für den Nutzer mangels Vergleichsbasis entweder schwer zu beurteilen oder wird kontrovers beurteilt. Eine Regelung dieses Inhalts führt entweder dazu, dass eine Nutzung unterbleibt oder jahrelange Rechtsstreitigkeiten zur Folge hat.

Das spricht dafür, in einer Wissenschaftsschranke von der Subsidiarität von Verlagsangeboten Abstand zu nehmen.<sup>102</sup>

Eine gesetzliche Wissenschaftsschranke sollte aber kein Hindernis sein, für die Nutzerseite gegenüber der gesetzlichen Regelung günstigere Nutzungsregelungen abzuschließen.

#### IV. Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums eines Gesetzes zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft.<sup>103</sup>

Der am 13. Januar 2017 vorgelegte Referentenentwurf folgt der hier vorgeschlagenen Linie, die Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke in Bildungs- und Wissenschaftseinrichtungen, nach Nutzungsberechtigten, Nutzungsgegenstand und Nutzungsarten zu regeln.

Dieses Vorgehen wird zutreffend mit einer sorgfältigen Analyse der bestehenden konventions- und unionsrechtlichen Vorgaben für gesetzlich erlaubte Nutzungen begründet.<sup>104</sup> Im Hinblick auf die noch nicht absehbare Revision der unionsrechtlichen Bestimmungen zu erlaubnisfreien Nutzungen durch den Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über das Urheberrecht im Digitalen Binnenmarkt vom 14. September 2016 hat das Bundesjustizministerium entschieden, die Reform der Vorschriften über gesetzliche Erlaubnisse auf Grundlage des derzeit geltenden Unionsrechts durchzuführen.<sup>105</sup>

Im Kern enthält der Referentenentwurf eine systematische Neuordnung der derzeit auf eine Vielzahl gesetzlich erlaubter Nutzungen zugunsten von Unterricht und Wissenschaft verstreuter Einzeltatbestände der §§ 44a UrhG. Soweit nach derzeitigem Unionsrecht zulässig, erweitert der Entwurf zugleich die Erlaubnistatbestände, um insbesondere die Potenziale von Digitalisierung und Vernetzung für Unterricht und Wissenschaft besser zu erschließen. Zu-

98 Haucap-Spindler et al. S. 122 ff., 133.

99 Siebeck, Georg, Die Verleger wurden gar nicht erst gefragt, FAZ v. 10.9.2016.

100 Vgl. BGH GRUR 2013, 503- Elektronische Leseplätze I.

101 Vgl. dazu insbesondere Ohly, Ansgar, Gutachten für den DJT 2014, F 79 ff.

102 So zutreffend Ohly, Gutachten F 80.

103 Abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_UrhWissG.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_UrhWissG.pdf?__blob=publicationFile&v=1).

104 Referentenentwurf unter IV, S. 20 ff.

105 Referentenentwurf unter IV 2 g, S. 24.

gleich werden die Nutzungstatbestände auf weitere Werkskategorien und verwandte Schutzrechte erweitert.

#### 1. Übersicht<sup>106</sup>

Die §§ 60a bis 60h UrhG in der Entwurfsfassung (UrhG-E) umfassen die Vorschriften für Unterricht und Lehre (§ 60a), Unterrichts- und Lehrmedien (§ 60b), Wissenschaftliche Forschung (§ 60c), eine neue Vorschrift für das sog. Text und Data Mining, (§ 60d) und Institutionen wie Bibliotheken (§ 60e) und Archive (§ 60f).

Jede Anwendergruppe findet also künftig einen eigenen Tatbestand mit konkreten Angaben zu Art und Umfang der gesetzlich erlaubten Nutzungen vor. Gleichzeitig entfallen diverse, bislang für sie bestehende Bestimmungen entweder vollständig (§§ 47, 52a, 52b, 53a UrhG) oder teilweise (z. B. in § 46 UrhG sowie in der „Privatkopierschranke“ des § 53 UrhG). Viele Begrenzungen aus dem früheren Recht entfallen, z.B. das Tatbestandsmerkmal der „Gebotenheit“ in § 52a UrhG.

##### a) Unterricht und Lehre (§ 60a UrhG-E)

Die Erlaubnis für die Vervielfältigungen (bisher § 53 Abs. 2 Nr.1 UrhG) und für die Nutzung über das Intranet für den Unterricht (§ 52a UrhG) wird für alle Bildungseinrichtungen – also Schulen und Hochschulen – in einer Norm zusammengefasst. Die Vorschrift bestimmt, dass 25 Prozent eines Werkes genutzt werden dürfen. Diese Grenze orientiert sich an bisherigen Gesamtverträgen für die öffentliche Zugänglichmachung. Begrenzungen aus dem bislang geltenden Recht entfallen, z. B. das Verbot, vervielfältigte Materialien öffentlich wiederzugeben.

##### b) Unterrichts- und Lehrmedien (§ 60b UrhG-E)

Für die Hersteller von Unterrichts- und Lehrmedien, wie z. B. Schulbücher, entfallen diverse Formvorschriften wie § 46 Abs.1 UrhG derzeitiger Fassung.

##### c) Wissenschaftliche Forschung (§ 60c UrhG-E)

Es wird im Vergleich zu § 52a UrhG derzeitiger Fassung eine separate Erlaubnis für die Herstellung von Kopien, deren Verteilung und die Online-Nutzung für die nicht-kommerzielle wissenschaftliche Forschung eingeführt; bis zu 25 Prozent eines Werkes dürfen hierbei grundsätzlich genutzt werden. In einigen Fällen sind darüber hinausgehende Nutzungen zulässig.

##### d) Text und Data Mining (§ 60d UrhG-E)

Der Entwurf regelt erstmals das Text und Data Mining, bei dem eine Vielzahl von Texten, Daten, Bildern und

sonstigen Materialien ausgewertet werden, um so neue Erkenntnisse zu gewinnen. Die Vorschrift erlaubt insbesondere die mit dieser Methode einhergehenden Vervielfältigungen, sofern diese in urheberrechtlich relevanter Weise das Vervielfältigungsrecht berühren, sowie die Aufbewahrung der ausgewerteten Materialien, insbesondere zur nachträglichen Überprüfung der Einhaltung wissenschaftlicher Standards.

##### e) Bibliotheken (§ 60e UrhG-E)

Für Bibliotheken wird ein eigener umfangreicher Erlaubniskatalog eingeführt, der ihnen für bestimmte Fälle erlaubt, Kopien herzustellen und diese im Zusammenhang mit Restaurierungen auch zu verbreiten und zu verleihen. Ausstellungsinformationen und Bestandsdokumentationen von Kunstwerken dürfen weitergegeben werden. Die überarbeitete Vorschrift zur Nutzung von Beständen der Bibliothek an Terminals enthält auch eine Regelung zu den erlaubten Anschlusskopien. Zudem reformiert die Norm den Kopienversand technologieneutral und ohne Vorrang von Verlagsangeboten. Damit entfällt die bisher notwendige Recherche der Bibliotheken.

##### f) Archive, Museen und Bildungseinrichtungen (§ 60f UrhG-E)

Auch anderen Einrichtungen, die bedeutsam sind für das kulturelle Erbe und die Bewahrung und Vermittlung von Wissen, nämlich den nicht-kommerziellen Archiven sowie den nicht-kommerziellen öffentlich zugänglichen Museen und Bildungseinrichtungen, werden im Wesentlichen die gleichen Nutzungen erlaubt wie den Bibliotheken. Lediglich der Kopienversand bleibt allein den Bibliotheken vorbehalten.

Die genannten Erlaubnistatbestände stehen nicht zur Disposition durch vertragliche Vereinbarungen, sondern sind nach § 60f E als zwingende Einschränkungen der Ausschließlichkeitsrechte der Urheber oder Inhaber verwandter Schutzrechte ausgestaltet.<sup>107</sup>

#### 2. Vergütungsregelungen

Zum Ausgleich für Nutzungen im Bereich der gesetzlichen Schranken erhält der Urheber nach § 60h UrhG-E grundsätzlich eine angemessene Vergütung, und zwar auch dort, wo das Unionsrecht eine Vergütung nicht zwingend verlangt. In Abweichung zum bisherigen § 54a UrhG ist vorgesehen, dass eine pauschale Festlegung der Vergütung auf Basis von Stichproben über die Werknutzung genügt, um eine angemessene Vergütung zu ermitteln. Damit versucht der Gesetzgeber den Erfah-

<sup>106</sup> Vgl. Referentenentwurf, unter III 2, S. 19 ff., Einzellexegese Referentenentwurf unter B 4, S. 34 ff.

<sup>107</sup> Referentenentwurf unter III 5, S. 20.

rungen mit der bisherigen Vergütungsregelung, insbesondere den Schwierigkeiten einer Abrechnung auf der Basis der Einzelerfassung Rechnung zu tragen.<sup>108</sup>

### 3. Bewertung

Der Entwurf stellt gegenüber der bisherigen Rechtslage einen erheblichen Fortschritt dar. Das legislatorische Ziel: Nutzerfreundliche, möglichst konkrete Tatbestände, Verzicht auf Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe wird erreicht. Die an Nutzern und Nutzungshandlungen orientierten Tatbestände verbessern die Transparenz erlaubter Nutzungshandlungen. Die am geltenden Konventionsrecht und Unionsrecht orientierte vorsichtige Erweiterung der Nutzungstatbestände bewegt sich innerhalb des gebotenen Rahmens eines fairen Interessenausgleichs zwischen Urhebern, Inhaber verwandter Schutzrechte, Verleger und Nutzer.

Die vorgesehene Vergütungsregelung kommt den Nutzerinteressen entgegen. Sie muss bei der Ausgestaltung den Grundsätzen des Bundesverfassungsgerichts zur Bemessung der Vergütungssätze genügen. Das Bundesverfassungsgericht hat zwar betont, dass die Festlegung der Vergütungssätze im Einzelnen ein Akt wertender Entscheidung ist.

„Richtlinien, aus denen „das“ angemessene Gesamtaufkommen nach Art einer Berechnung pfenniggenau abgeleitet werden könnte und die allein schon wegen der Verlässlichkeit ihrer Prämissen eine angemessene Zuordnung der privaten Werknutzung garantieren würden, gibt es nicht.“ Gleichwohl fordert das Bundesverfassungsgericht für eine Verfassungskonforme Gestaltung eine Vergütung, „die der Nutzung in etwa angemessen ist“.<sup>109</sup>

## V. Fazit

Der Zugang zu veröffentlichten Ergebnissen wissenschaftlicher Forschung ist essentiell für den Fortschritt und die Selbstkontrolle der Wissenschaft.

Die Digitalisierung hat die gesamte arbeitsteilige Wertschöpfungskette wissenschaftlicher Forschung von der Entstehung bis zur Publikation ihrer Ergebnisse nachhaltig verändert.

Sie eröffnet für das wissenschaftliche Publikationswesen neue Chancen und erfordert eine Anpassung der Herstellung und ihres Vertriebs von Publikationen.

Ungeachtet weitreichender Umstellungen auf der Seite der wissenschaftlichen Autoren, der wissenschaftlichen Verlage und der Bibliotheken werden die Potentiale der Digitalisierung für den Zugang zu den Ergebnis-

sen wissenschaftlicher Forschung für Zwecke von Forschung und Lehre nicht ausgeschöpft.

1. Als Hindernis wird vor allem das Geschäftsmodell des entgeltlichen Vertriebs von Zeitschriften angesehen (sog. Bezahlschranke), das aufgrund exponentieller Preissteigerungen führender marktmächtiger Wissenschaftsverlage die traditionelle Literaturversorgung durch wissenschaftliche Bibliotheken überfordert.

Die weltweit organisierte Open-Access-Bewegung fordert deshalb eine Umstellung der bisherigen Geschäftsmodelle mit dem Ziel eines freien Zugangs.

Es besteht Einigkeit über die Ziele, aber erhebliche Uneinigkeit über die Wege.

Eine realistische Einschätzung der Handlungsmöglichkeiten der Wissenschafts- und Wissenschaftsförderinstitutionen sollte zur Erkenntnis führen, dass diese Umstellung nur in Kooperation mit den etablierten Wissenschaftsverlagen erfolgen kann.

Dies gilt für den sog. goldenen Weg, d.h. die Publikation in elektronischen Zeitschriften mit freiem Zugang, die statt der Vertriebsentgelte durch Publikationsentgelte bezahlt werden.

Dies gilt auch für den in einer längeren Übergangsphase erforderlichen grünen Weg, bei dem der Verzicht auf Vertriebsentgelte möglich ist, wenn die Autoren oder Wissenschaftseinrichtungen Publikationsentgelte an den Verlag entrichten.

Wie die Erfahrungen mit Universitätsverlagen zeigen, sind einzelne Universitäten mit der Aufgabe eines wissenschaftlichen Verlages personell und finanziell überfordert.

Dies trifft im Grundsatz auch für wissenschaftliche Fachgesellschaften zu, die sich aus gleichen Gründen aus dem Betrieb eigener Verlage zurückgezogen, ihre Rechte auf kommerzielle Verlage übertragen haben und nur noch als Herausgeber fungieren.

Eine Verbesserung des Open-Access ist auch durch die sog. Zweitveröffentlichung in einer öffentlich oder für nicht kommerzielle Wissenschaftseinrichtungen erreichbar.

Die Verankerung eines obligatorischen Zweitveröffentlichungsrecht zugunsten wissenschaftlicher Autoren nach § 38 Abs. 4 UrhG ist dafür eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung. Adressatenkreis und Gegenstand des Zweitveröffentlichungsrechts bedürfen einer Änderung, die die Diskriminierung der Wissenschaft und Wissenschaftler wissenschaftlicher Hochschulen beseitigt.

Eine gesetzlich angeordnete oder in Förderbedingungen öffentlich finanzierter Forschungsfördereinrich-

108 Begründung unter III 5. S.20.

109 BVerfGE 79, 1, 25.

tungen zwingend vorgeschriebene Zweitveröffentlichungspflicht ist verfassungsrechtlich nicht zulässig. Die individuelle Wissenschaftsfreiheit umfasst nach der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts auch die Entscheidung des Autors über das Publikationsorgan, da von dessen Ansehen und Reichweite der Erfolg wissenschaftlicher Arbeit abhängt.

Wegen ihrer Rückwirkung auf die Erstveröffentlichung gilt dies auch für die Modalitäten Zweitveröffentlichung.

Die grundsätzlich anzustrebende Zweitveröffentlichung ist daher nur im Konsens mit dem Autor möglich, der aber durch geeignete Anreize, vor allem durch Einrichtung entsprechender Datenbanken mit wissenschaftlicher Qualität und wissenschaftlichem Ansehen gefördert werden kann.

2. Open-Access und Wissenschaftsschranke stehen in einer Wechselbeziehung. Mit dem Fortschritt der Open-Accessmodelle wird eine Wissenschaftsschranke entbehrlich.

Die in der Koalitionsvereinbarung vereinbarte, vom Bundesrat schon in der vergangenen Legislaturperiode geforderte Einführung einer Bildungs- und Wissen-

schaftsschranke ist als rechtspolitisches Anliegen angesichts der aufgezeigten Defizite der bisherigen Schrankenregelungen der §§ 52a und b, 53, 53a UrhG zwar grundsätzlich berechtigt. Die Inhalte der dazu vorliegenden Vorschläge weisen auch in die richtige Richtung, bedürfen aber eines weiteren Abgleichs, um eine angemessene Balance der Verlegerinteressen und Nutzerinteressen zu erreichen. Vorzuziehen ist ein Regelungsmodell, in dem die Nutzungshandlungen auf der Basis der bisherigen Regelungen konkret beschrieben werden und das eine Öffnungsklausel für unbekannte Nutzungen enthält.

Eine angemessene, am zu erwartenden Nutzungsumfang orientierte Vergütung ist aus unions- und verfassungsrechtlichen Gründen unabdingbar.

Die gesetzliche Regelung darf nur durch für die Nutzerseite günstigere Vertragsregelungen ersetzt werden.

Georg Sandberger ist Honorarprofessor an der Juristischen Fakultät und Kanzler a.D. der Eberhard Karls Universität Tübingen.





# Max-Emanuel Geis

## *Hochschul-Selbstverwaltung – Ein Impulsreferat<sup>1</sup>*

### **I. Historisches: Die Sinus-Cosinus-Kurve der akademischen Selbstverwaltung**

Jedem im Hochschulbereich Tätigen sollte dieses Phänomen bekannt sein: Dem Urteil zum Niedersächsisches Vorschaltgesetz 1973 und der Hochschullehrer-Entscheidung folgte in den 1990er Jahren die Rechtsprechungskaskade des Bundesverfassungsgerichts, beginnend mit der Entscheidung zur Auflösung der Akademie der Wissenschaften der DDR über die zum „starken Dekan“ bis hin zu „Brandenburg I“ vom 26.10.2004. Letzteres Urteil galt für viele als Exit der akademischen Selbstverwaltung. Seither hat das Pendel wundersamerweise – wenn gleich aus naturgesetzlicher Perspektive konsequent – die Gegenrichtung eingeschlagen. In den Entscheidungen zum Hamburgischen Hochschulgesetz, zur Medizinischen Hochschule Hannover und zur BTUCS – Brandenburg wurde wieder auf die stärkere Einbindung der Professorenschaft rekurriert. Zwar hat der Hochschulgesetzgeber nach wie vor einen weiten Gestaltungsspielraum bei der Machtverteilung auf die Hochschulorgane und er kann auch das präsidiale Leitungsorgan mit einer hohen Machtfülle ausstatten, die mit einer Kompetenzbeschneidung des Kollektivorgans (Senat) einhergeht. Letztere muss allerdings durch eine höhere Kompetenz kompensiert werden, eine vorzeitige Abwahl von Mitgliedern eines als Kollegium verfassten präsidialen Organs zu erwirken. Diese „Reziprokformel“ ist das eigentlich Neue der Rechtsprechung. Einen „sidekick“ hat diese Schubumkehr auch durch die Akkreditierungsentscheidung vom Februar 2016 erfahren: Hier ging es zwar nicht um die Hochschulgovernance im engeren Sinne, jedoch ganz zentral auch um die maßgebliche Mitwirkung der Professorenschaft an der Erarbeitung der Maßstäbe der Bewertung und von geeigneten Verfahrenselementen.

Den jüngsten „Kracher“ in dieser Richtung hat der Verfassungsgerichtshof Baden-Württemberg gezündet. Unter Berufung auf BVerfGE 35, 79 – die „Mutter“ aller Hochschulentscheidungen – weitet er die Stellung der Hochschullehrer sogar noch aus:

1. Vertreter der Professorenschaft kann nur sein, wer von diesen mit einem sog. Repräsentationsmandat gewählt wurde. Mitglieder kraft Amtes (insb. Rektoren,

Präsidenten und Dekane) sind dagegen keine Vertreter der Hochschullehrer.

2. Damit wird Zahlenspielen, wonach Präsidenten/Rektoren, die der Professorenschaft entstammen, dieser auch zugerechnet werden, der Boden entzogen.

3. Weiter liegt ein hinreichendes Mitwirkungs-niveau nur dann vor, wenn ein Selbstverwaltungsgremium mit der Stimmenmehrheit der gewählten Vertreter der Hochschullehrer die Wahl eines Leitungsorganmitglieds verhindern kann. Eine Rektoren- bzw. Präsidentenwahl gegen den Senat (also etwa nur durch den Hochschulrat) ist damit nicht mehr möglich. Auch müssen sich die gewählten Mitglieder eines Selbstverwaltungsorgans von einem Mitglied des Leitungsorgans, das ihr Vertrauen nicht mehr genießt, trennen können, ohne auf die Einigung mit den Vertretern anderer Gruppen und ohne Zustimmung eines weiteren Organs (namentlich des Hochschulrats) oder des Staates (durch ein Vetorecht des Ministeriums) angewiesen zu sein.

4. Neu ist auch, dass sich die maßgebliche Mitwirkung der Hochschullehrer nicht mehr auf einen zuvor immer kleiner gewordenen Bereich der „eigentlichen“ Wissenschaft beschränkt, sondern ganz extensiv verstanden wird. War die Kandidatenfindung und Besetzung von Leitungspositionen schon im Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur Medizinischen Hochschule Hannover von 2014 als wissenschaftsrelevant eingestuft worden, so werden im Urteil des Verfassungsgerichtshofs auch die Struktur- und Entwicklungsplanung sowie Entscheidungen über den Haushalts- oder Wirtschaftsplan definitiv als wissenschaftsrelevant bestätigt. Man erinnere sich: Früher wäre das als dem staatlichen oder gemischt staatlich-universitären Bereich nur schwach oder gar nicht mit Mitwirkungsrechten durchsetzt gewesen. Gemäß dem Leitbild der ökonomisierten Hochschule, „der Manager-Universität“ – das immer noch in etlichen Bundesländern und Köpfen vorherrscht – wurden solche Mitwirkungsrechte geradezu als Systemfehler betrachtet. Sogar der Bayerische Verfassungsgerichtshof hatte in seinem Hochschulurteil 2008 noch den Einfluss der Hochschullehrer zurückgedrängt.

5. Schließlich spricht der Baden-Württembergische Verfassungsgerichtshof auch ein Grundproblem der Willensbildung im Dreiersystem Hochschulleitung – Se-

<sup>1</sup> Gehalten am 8.12.2016 auf dem Symposium „Funktionale Selbstverwaltung im 21. Jahrhundert“ an der Akademie der

Wissenschaften Leopoldina in Halle. Die Vortragsfassung wurde beibehalten, auf Belege daher verzichtet.

nat – Hochschulrat an. Es handelt sich hier zwar nach dem Willen der Erfinder um eine Gewaltenteilungskonstruktion (im untechnischen Sinne) im Sinne eines „system of checks and balances“, das freilich in den Ländern sehr unterschiedlich konstruiert ist. Der Hochschulrat tritt dabei in einigen Bundesländern (z.B. Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen) an die Stelle der früheren ministeriellen Fachaufsicht; dieses behält nur die Rechtsaufsicht als unverzichtbares Element demokratischer Legitimation. In anderen Modellen stehen Hochschulleitung und Hochschulrat faktisch nicht selten in einem engen gegenseitigen Verhältnis: Im niedersächsischen Stiftungsmodell bereitet die Hochschulleitung Sitzungen des Rates vor und erarbeitet Beschlussvorlagen für diesen (§ 61 Abs. 1 NHG). Noch gravierender wirkt es sich aus, dass die Hochschulleitung den Informationsfluss an den Rat kanalisieren und steuern kann. Diese Unwucht bedeutet einen Konstruktionsfehler, der nicht dadurch behoben wird, dass er landauf-landab als innovatives Governancemodell verkauft wird. Wenn dazu – wie an nicht wenigen Hochschulen zu beobachten – die objektive Distanz zwischen den Organen durch die gemeinsame Mitgliedschaft der Organwalter in Parallelgesellschaften (z.B. gesellschaftliche Zirkel aller Art) aufgeweicht wird, verflüchtigt sich die aufsichtliche Kontrolle in einem Netzwerk, während die ministerielle Rechtsaufsicht meist nicht wirklich wahrgenommen wird. Die Forderung der Rechtsprechung nach einer „kraftvollen Rechtsaufsicht“ durch das Ministerium als Korrelat der Machtfülle verhält so häufig im Raum.

Die Reaktion der baden-württembergischen Wissenschaftsministerin Theresia Bauer (und anderer) fiel harsch aus: Das Urteil atme der Geist der 60er Jahre. Das ist natürlich ein eher affirmatives Argument, da es pejorativ suggeriert, dass das Vergangene immer überholt, das Neue immer innovativ sei. Das ist allerdings ein Trugschluss. Ob diese Bewertung auch inhaltlich stimmt, erfordert einige weitere Reflektionen.

## II. Die Diversität der Selbstverwaltungsmodelle

Allen Selbstverwaltungsmodellen wohnt der Gedanke der Betroffenenpartizipation inne. Dennoch ist Selbstverwaltung nicht gleich Selbstverwaltung. Die kommunale Selbstverwaltung ist – grob gesagt – als Demokratie vor Ort konstruiert. Dies erklärt die Geltung der Wahlrechtsgrundsätze, insbesondere der Stimmgleichheit.

Die berufsständische Selbstverwaltung folgt dagegen eher dem Prinzip der vereinigten Fachkundigen.

Die Hochschulselbstverwaltung schließlich vereinigt die Partizipation fachkundiger Betroffener mit der staatlichen Verpflichtung eines objektiven Grundrechts-

schutzes, der den besagten Eigengesetzlichkeiten am besten gerecht wird. Das ist der Grund, warum die Selbstverwaltung auf denen aufbaut, die zur Erkenntnis der Eigengesetzlichkeiten am besten ausgebildet und befähigt sind und ihnen einen maßgeblichen Einfluss verleiht. Mit einem demokratischen Ansatz hat dies nichts zu tun, mit einem quasi-basisdemokratischen Ansatz schon gar nichts. Deswegen sind die immer wieder partei-ideologischen aufflammenden Konzepte einer Drittel- oder gar Viertelparität völlig fehl am Platze. Sie verkennen auch die heterogene Mitgliederstruktur im Hochschulbereich, im Gegensatz zur homogenen Struktur etwa des Kammerwesens. Es gilt ganz klar:

Eigengesetzlichkeit ist keine demokratische Kategorie, der Erkenntnisprozess ist keine Frage der Mehrheitsentscheidung. Beide können aber auch nicht quasi-diktatorisch von oben verordnet werden. Im Grunde sind das Selbstverständlichkeiten, dennoch war es notwendig, dass die erwähnten neueren Judikate dies in zunehmend deutlicherem Maß konsequent herausgearbeitet haben.

## III. Autonomie und Freiheit – ein bewusstes Missverständnis

Ein liebgewordenes Stereotyp der Hochschulpolitik lautet, dass die Reformen der letzten knapp zwei Jahrzehnte den Hochschulen eine größere Autonomie gebracht hätten, die sie auch bräuchten, um sich im Wettbewerb profilieren zu können. Allerdings: „Mehr Autonomie für die Hochschulen“ heißt in Wirklichkeit „Mehr Freiheit für die Hochschulleitungen“ im Sinne des Leitbilds Managementuniversität oder gar „unternehmerische Hochschule“. Zum anderen beruht die These auf einer suggestiven, etymologischen Begriffsvertauschung. Autonomie im strengen staats- und verwaltungsrechtlichen Sinn bedeutete die Befugnis von organisatorisch verselbständigten Hoheitsträgern zur eigenverantwortlichen Setzung objektiven Rechts (Forsthoff, Ossenbühl). Im Wissenschaftsbereich tritt jedoch der eigentliche Wortsinn von Autonomie zutage: Autonomie ist nicht gleich bedeutend mit Freiheit (weder individueller noch institutioneller), sie entspricht vielmehr dem deutschen Begriff der Eigengesetzlichkeit. Und Eigengesetzlichkeit ist geradezu das Wesen der Wissenschaft: Erkenntnisgewinn erfolgt nach je eigenen Methoden, Gesetzen und Verfahren, sich von Disziplin zu Disziplin dabei unterscheidend. Die Denkgesetze des empirischen Naturwissenschaftlers sind andere als die des wertorientierten Philosophen, und wieder andere als die der normativen Wissenschaften. Von da her ist es schon im Ansatz verfehlt, den Effizienz- und Nützlichkeitsgedanken zum all-

gemeinen Signum guter Wissenschaft zu machen. Und das ist auch der tiefere Sinn der akademischen Selbstverwaltung: Es geht darum, der Eigengesetzlichkeit in optimaler Weise dadurch gerecht zu werden, dass eben die Fachkundigsten an den Entscheidungen beteiligt werden. Es ist dabei keinesfalls verboten, Elemente der Aussensicht einzubauen (auch Hochschulräte), um einer gerade infolge Fachkunde drohender Verengung der Perspektive entgegenzuwirken. Als Kontrollinstanz der gesellschaftlichen Relevanz bzw. Nützlichkeit von Forschung ist der Hochschulrat jedoch nicht berufen (anders leider der Bayerische Verfassungsgerichtshof in seinem Hochschulurteil von 2008). Freiheit und Autonomie sind zwei unterschiedliche Kategorien, die Freiheit der Wissenschaft ist vielmehr zum Schutze der Eigengesetzlichkeiten durch die Partizipation abzusichern.

#### IV. Fazit

Meine Damen und Herren, als Fazit dieses Parforcerittes möchte ich ziehen:

Die politische Idee, Hochschulen zu Einrichtungen umzuformen, die nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen „gesteuert“ werden sollen, muss denknotwendig mit der Wissenschaftsfreiheit kollidieren, sei es mit der

individuellen des einzelnen Hochschullehrers, sei es mit der objektiven Grundrechtsgarantie. Da sich dieser Ansatz in einer schleichenden Aushöhlung der Freiheitsinhalte manifestiert, nicht so sehr in einem konfrontativen Eingriff, war der Rechtsverlust nicht richtig greifbar. Um so wichtiger ist es, die akademischen Selbstverwaltung dahingehend fortzuentwickeln, dass sie auch diesen schleichenden Aushöhlungen entgegenwirken kann. Das nun anerkannt zu haben, darin sehe ich das Positive der neueren Rechtsprechung.

Und um das Verdikt von Frau Ministerin Theresia Bauer nochmals aufzugreifen: Das Urteil des Baden-Württembergischen Verfassungsgerichtshofs als vorläufig jüngste Manifestation dieser Schubumkehr atmet nicht den Geist der 60er Jahre, es atmet den Geist der Wissenschaftsfreiheit, die auch einmal im Wortsinne konservativ gegen den Zeitgeist zu verteidigen ist.

Max-Emanuel Geis ist Direktor der Forschungsstelle für Wissenschafts- und Hochschulrecht, Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Bayerisches Staats- und Verwaltungsrecht, Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Öffentliches Recht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen Nürnberg.



# Manfred Löwisch und Susanne Lutz

## *Führung ausländischer Ehrendoktorgrade in Deutschland*

### I. Gesetzliche Regelungen

Die Hochschulgesetze der Länder enthalten heute im Wesentlichen gleich lautende gesetzliche Bestimmungen über die Führung ausländischer Hochschulgrade in Deutschland. Die Bestimmungen unterscheiden zwischen regulären ausländischen Hochschulgraden und ausländischen Ehrengraden.

Für die Ersteren ist bestimmt, dass ein ausländischer Hochschulgrad, der von einer nach dem Recht des Herkunftslandes anerkannten Hochschule, die zur Verleihung dieses Grades berechtigt ist, aufgrund eines tatsächlich absolvierten und durch Prüfung abgeschlossenen Studiums ordnungsgemäß verliehen worden ist, in der verliehenen Form unter Angabe der verleihenden Hochschule genehmigungsfrei geführt werden kann. Dabei kann die verliehene Form gegebenenfalls in lateinische Schrift übertragen und die im Herkunftsland zugelassene oder nachweislich allgemein übliche Abkürzung geführt sowie eine wörtliche Übersetzung in Klammern hinzugefügt werden.<sup>1</sup>

*Ausländische Ehrengrade*, die von einer nach dem Recht des Herkunftslandes zur Verleihung berechtigten Hochschule oder anderen Stelle verliehen worden sind, können nach Maßgabe der für die Verleihung geltenden Rechtsvorschriften in der verliehenen Form unter Angabe der verleihenden Stelle geführt werden. Ausgeschlossen von der Führung sind Ehrengrade, wenn die ausländische Institution kein Recht zur Vergabe des entsprechenden Grades besitzt. Auch für ausländische Ehrengrade gilt, dass die verliehene Form gegebenenfalls in lateinische Schrift übertragen und die im Herkunftsland zugelassene oder nachweislich allgemein übliche Abkürzung geführt sowie eine wörtliche Übersetzung in Klammern hinzugefügt werden kann.

In den meisten Bundesländer ist eine von den genannten Voraussetzungen abweichende Gradführung „untersagt“ oder „unzulässig“.<sup>2</sup> In Nordrhein-Westfalen

kann eine solche abweichende Gradführung vom Ministerium oder von einer von ihm beauftragten Behörde untersagt werden.<sup>3</sup>

Die gesetzlichen Bestimmungen gehen auf Grundsätze zurück, welche die Kultusministerkonferenz vom 14.4.2000 für die Regelung der Führung ausländischer Hochschulgrade im Sinne einer gesetzlichen Allgemein Genehmigung durch einheitliche gesetzliche Bestimmungen beschlossen hat.<sup>4</sup> Die gesetzlichen Bestimmungen über die Führung regulärer Hochschulgrade stimmen mit Nr. 1 dieser Grundsätze überein. Die gesetzlichen Bestimmungen über die Führung ausländischer Grade knüpfen an die Nr. 2 dieser Grundsätze an. Allerdings enthalten diese Grundsätze keine Bestimmungen über die Übertragung in die lateinische Schrift, die Führung der im Herkunftsland zugelassenen oder nachweislich allgemein üblichen Abkürzung und die Möglichkeit der Zufügung einer wörtlichen Übersetzung in Klammern. Diese Bestimmungen haben die Landesgesetze hinzugefügt.

In Nr. 4 der Grundsätze ist bestimmt, dass Vereinbarungen und Abkommen der Bundesrepublik Deutschland mit anderen Staaten über Gleichwertigkeiten im Hochschulbereich und Vereinbarungen der Länder in der Bundesrepublik Deutschland, welche die Inhaber ausländischer Grade abweichend von den Regelungen der Grundsätze begünstigen, nach Maßgabe landesrechtlicher Umsetzung diesen Regelungen vorgehen. Eine solche Vereinbarung haben die Länder durch Beschluss vom 21.9.2001 getroffen; sie gilt heute in der Fassung vom 26.6.2015.<sup>5</sup> Sie bestimmt:

- Hochschulgrade aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) oder des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) sowie Hochschulgrade des Europäischen Hochschulinstituts Florenz und der Päpstlichen Hochschulen können in der Originalform ohne Herkunftsbezeichnung geführt werden (Nr. 1 der Vereinbarung).

- Inhaber von in einem wissenschaftlichen Promotionsverfahren erworbenen Doktorgraden, die in den in

1 § 37 LHG BW, Art. 68 BayHSchG, § 34a BerlHG, § 30 BbgHG, § 64b Bremisches Hochschulgesetz, § 69 HmbHG, § 22 Hessisches Hochschulgesetz, § 42 LHG M-V, § 10 NHG, § 69 HG NRW, § 31 HochSchG RP, § 68 SHSG, § 44 SächsHSFG, § 53 ThürHG, § 57 HSG Schleswig-Holstein, § 19 HSG LSA.

2 Beispiel für Ersteres ist § 37 Abs. 5 S. 1 LHG BW; Beispiel für das Letztere ist Art. 68 Abs. 5 BayHSchG.

3 § 69 Abs. 7 Satz 5 HG NRW.

4 Abrufbar auf der Seite der Kultusministerkonferenz: <https://www.kmk.org/themen/anerkennung-auslaendischer-abschluesse/veroeffentlichungen-und-beschluesse/fuehrung-auslaendischer-hochschulgrade.html#c2325>, abgerufen am 22.2.2017.

5 Abrufbar auf der Seite der Kultusministerkonferenz: <https://www.kmk.org/themen/anerkennung-auslaendischer-abschluesse/veroeffentlichungen-und-beschluesse/fuehrung-auslaendischer-hochschulgrade.html#c2325>, abgerufen am 22.2.2017.

Nr. 1 bezeichneten Staaten oder Institutionen erworben wurden, können anstelle der im Herkunftsland zugelassenen oder nachweislich allgemein üblichen Abkürzung wahlweise die Abkürzung „Dr.“ ohne fachlichen Zusatz und ohne Herkunftsbezeichnung führen (Nr. 2 der Vereinbarung).

- Inhaber des russischen Grades „kandidat“ bestimmter Fachrichtungen können anstelle der zugelassenen oder nachweislich allgemein üblichen Abkürzung ebenfalls die Abkürzung „Dr.“ ohne fachlichen Zusatz, jedoch mit Herkunftsbezeichnung führen (Nr. 3 der Vereinbarung).

- Auch die Inhaber bestimmter Doktorgrade aus Australien, Israel, Japan, Kanada und den USA können anstelle der im Herkunftsland zugelassenen oder nachweislich allgemein üblichen Abkürzung die Abkürzung „Dr.“ jeweils ohne fachlichen Zusatz und Herkunftsbezeichnung führen (Nr. 4 der Vereinbarung).

Mit der Führung akademischer Grade befasst sich auch das Europäische Abkommen über die Anerkennung von akademischen Graden und Hochschulzeugnissen vom 14.12.1959.<sup>6</sup> Es betrifft aber, wie aus seinem Art. 1 folgt, nur die den Abschluss eines Studienabschnitts oder einer Studienzeits bestätigenden Grade und bestimmt dementsprechend in seinem Art. 3, 2 lit. b nur für diese, dass der Inhaber auch eines im Ausland erworbenen Grades zur Führung des Titels unter Angabe der Herkunft berechtigt ist.

## II. Voraussetzungen im Einzelnen

### 1. Verliehene Form

Indem die Landesgesetze für die Führung ausländischer Ehregrade auf die nach Maßgabe der geltenden Rechtsvorschriften verliehene Form abstellen, überlassen sie es der ausländischen verleihenden Institution, die Form zu wählen, in der sie die Verleihung des Doktorgrades vornimmt. Diese Form ist nicht an die Sprache des Herkunftslandes gebunden. Sofern die im Herkunftsland geltenden Vorschriften das zulassen, ist vielmehr auch hinzunehmen, wenn die ausländische Institution die Verleihung in einer anderen als der eigenen Sprache vornimmt. So ist es möglich, Latein als Sprache zu wählen, wie das etwa die Russische Akademie der Wissenschaften tut, indem sie ausländischen

Wissenschaftlern den Grad eines Doktors honoris causa (доктора honoris causa) verleiht.<sup>7</sup> Aus deutscher rechtlicher Sicht ist es auch nicht ausgeschlossen, die Verleihung in der Sprache des Landes vorzunehmen, aus dem der zu Ehrende kommt, also einen Ehrendoktorgrad an einen Deutschen in deutscher Sprache zu verleihen. Auch kann die verleihende Stelle, wenn das nach dem für sie geltenden Recht zulässig ist, die Verleihungsurkunde selbst zweisprachig, nämlich in der eigenen und in der Sprache des zu Ehrenden vornehmen mit der Folge, dass die Notwendigkeit einer Übersetzung in Klammern entfällt.

### 2. Angabe der verleihenden Stelle

Mit der weiter verlangten Angabe der verleihenden Stelle ist die Institution gemeint, die den Beschluss über die Verleihung des Ehregrades gefasst hat. Dies wird regelmäßig eine Hochschule, kann aber auch eine Wissenschaftseinrichtung anderer Art, insbesondere eine Akademie sein. Wie die Angabe der verleihenden Stelle auszugestaltet ist, regeln die Landesgesetze nicht. Aus dem Gesetzeszweck folgt nur, dass die Identität der verleihenden Stelle klar erkennbar sein muss. Das lässt von vornherein die Bezeichnung in deutscher Sprache und lateinischer Schrift zu. Auch genügen Kurzbezeichnungen und in Fällen, in denen in einer Stadt nur eine Hochschule liegt, die Bezeichnung der Stadt.

### 3. Recht zur Vergabe des entsprechenden regulären Grades

Nach den gesetzlichen Bestimmungen dürfen Ehregrade nicht geführt werden, welche von ausländischen Institutionen vergeben worden sind, welche kein Recht zur Vergabe des entsprechenden regulären Grades besitzen. So kann etwa, wie in dem einschlägigen Merkblatt des Ministeriums für Wissenschaft und Kunst Baden-Württemberg festgehalten ist, ein von der „United States Sport Academy in Alabama“ verliehene Ehregrad „Doctor of Philosophy Honoris Causa“ nicht geführt werden, da die verleihende Bildungseinrichtung nicht berechtigt ist, den Grad „Doctor of Philosophy“ zu verleihen.<sup>8</sup> In Russland ist eine Berechtigung zur Verleihung des Ehrendoktorgrades nur anzunehmen, wenn die verleihende Hochschule Aspiranturen durchführen darf, weil erst aus diesen ein Doktorgrad resultieren kann.<sup>9</sup>

6 Abrufbar unter: <http://conventions.coe.int/Treaty/ger/Treaties/Html/032.htm>, abgerufen am 22.2.2017.

7 Beschluss des Präsidiums der Russischen Akademie der Wissenschaften vom 11. 12 2007 No 271.; abrufbar unter: <http://www.ras.ru/presidium/documents/directions.aspx?ID=1ffa6977-3a88-4eaf->

b928-1d4d586be0D&print=1, abgerufen am 22.2.2017.

8 Merkblatt des Ministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst zur Führung ausländischer Grade, Titel und Bezeichnungen, Stand März 2016, S. 13.

9 Merkblatt aaO. S. 13.

#### 4. Übertragung in lateinische Schrift und wörtliche Übersetzung in Klammern

Die gesetzlichen Bestimmungen lassen zu, dass die verliehene Form gegebenenfalls in lateinische Schrift übertragen und eine wörtliche Übersetzung in Klammern hinzugefügt wird. Erforderlich ist das nur, soweit die Verleihung im Herkunftsstaat nicht schon in deutscher Sprache oder in einer anderen allgemein verständlichen Sprache, etwa in Latein, erfolgt ist, was wie ausgeführt nach Maßgabe der Rechtsvorschriften des jeweiligen ausländischen Staates zulässig sein kann.

#### 5. Führung in der im Herkunftsland zugelassenen oder nachweislich allgemein üblichen Abkürzung

Mit der Führung in der „zugelassenen“ Abkürzung meinen die Gesetze Abkürzungen, die staatlich positiv zugelassen sind. Eine solche Abkürzung ist dann ausschließlich maßgeblich. Hat die für die verleihende Stelle geltende Rechtsordnung die Abkürzung in bestimmter Weise geregelt, kann nicht geltend gemacht werden, es gebe auch eine andere Abkürzung, die nachweislich allgemein üblich sei.<sup>10</sup>

Was die nachweislich „allgemeine Üblichkeit“ einer Abkürzung angeht, ist nicht auf den allgemeinen Sprachgebrauch, sondern auf den Gebrauch der Abkürzung im Verkehrskreis der Wissenschaft abzustellen. Auch ist zu berücksichtigen, welcher Personenkreis im Herkunftsland überhaupt einen Doktorgrad innehat, so dass bei ihm die Führung einer Abkürzung in Betracht kommt. So muss es für die allgemeine Üblichkeit der Abkürzung „Dr.“ in Russland genügen, dass diese einerseits im Russischen Universalwörterbuch als д-р (доктор) ausdrücklich aufgeführt wird,<sup>11</sup> und dass andererseits die Personenverzeichnisse der russischen Universitäten in der englischen Fassung bei den Professoren, die als Habilitierte Inhaber des Doktorgrades sind, die abgekürzte Bezeichnung „Dr. of Sci.“ verwenden.<sup>12</sup> Es wäre ja auch widersinnig, wenn in Deutschland zwar, wie sich aus Nr. 3 der Vereinbarung vom 21.9.2001 ergibt, Inhaber des russischen Grades „kandidat“ (кандидат) die Abkürzung „Dr.“ führen dürfen, die Inhaber eines russischen Ehrendoktorgrades aber nicht.

Ist die Abkürzung „Dr.“ im konkreten Fall positiv zugelassen oder nachweislich allgemein üblich, steht auch

nichts entgegen, dem als weitere Abkürzung „h.c.“ hinzuzufügen, um zu kennzeichnen, dass es sich um einen Ehrendoktorgrad handelt. Die Bestimmung über die Führung der Abkürzung bezieht sich nur auf den Doktorgrad selbst, nicht auf den Grund seiner Verleihung. So wie die jeweilige fachliche Bezeichnung abgekürzt („jur.“, „med.“, „phil.“) hinzugefügt werden kann, ist das auch mit der Bezeichnung „h.c.“ oder „e.h.“ möglich.

#### 6. Privilegierung bestimmter Länder

Indem Nr. 1 der Vereinbarung vom 21.9.2001 auch auf Nr. 2 der Grundsätze vom 14.4.2000 Bezug nimmt, erlaubt sie auch bei Ehrendoktorgraden aus Mitgliedsstaaten der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraums sowie des Europäischen Hochschulinstituts Florenz und der Päpstlichen Hochschulen die Führung in der Originalform ohne Herkunftsbezeichnung.

Sachgerecht ist dieses Privileg nicht. Die Seriösität der Verleihung von Ehrendoktorgraden in anderen Staaten wird durch die Voraussetzung gewahrt, dass die verleihende Stelle den entsprechenden regulären Doktorgrad verleihen kann. Das Privileg schlägt so in eine Abwertung der Hochschulen und Institutionen anderer Staaten um, auf die besser verzichtet werden sollte.

Das Privileg erstreckt sich von vornherein nicht auf die Führung der Abkürzung „Dr.“ anstelle der zugelassenen oder nachweislich allgemein üblichen Abkürzung. Denn dieses Privileg ist den Inhabern von in wissenschaftlichen Promotionsverfahren erworbenen Doktorgraden vorbehalten.<sup>13</sup> Um solche handelt es sich bei Ehrendoktorgraden nicht. Auch bei Ehrendoktorgraden aus den genannten Staaten ändert sich also nichts daran, dass es sich um eine zugelassene oder nachweislich allgemein übliche Abkürzung handeln muss.

### III. Genehmigungsfreiheit

Die Vereinbarung vom 14.4.2000 und die diese umsetzenden landesgesetzlichen Regelungen haben das zuvor in den einzelnen Ländern in unterschiedlicher Form geltende Nostrifikationsverfahren abgelöst.<sup>14</sup> Eine Genehmigung der Führung des Ehrendoktorgrades ist nicht mehr erforderlich. Dementsprechend hat der Inhaber des Grades selbst zu prüfen und zu entscheiden, ob die

10 VG Arnsberg 27.7.2011, 9 K 259/09, juris, Rn. 50ff, welches deshalb für den Grad des „doktor práv“ der Slowakischen Republik nur die Führung der dort positiv zugelassenen Abkürzung „JUDr.“ für rechtlich zulässig ansieht.

11 Russisches Universalwörterbuch (Online Version), [http://russisch.urz.uni-leipzig.de/online-woerterbuch/ruw.htm?ru=Dr](http://russisch.urz.uni-leipzig.de/online-woerterbuch/ruw.htm?ru=Dr;); siehe auch unter <http://de.bab.la/woerterbuch/deutsch-russisch/dr>.

12 Z.B.: bei der philological Faculty of Lomonosov Moscow State University, abrufbar unter: <http://www.philol.msu.ru/~ruslang/en/staff/>, abgerufen am 22.2.2017.

13 VG Mainz, 16.11.2016, 3 K 1538/15.MZ, juris, Rn. 37.

14 Zu diesem ausführlich *Zimmerling*, Der im In- oder Ausland ehrenhalber verliehene Doktorgrad („Dr.h.c.“), *WissR* 1996, 300, 333 ff.



gesetzlichen Voraussetzungen der Führung des Grades erfüllt sind und ob er den Grad in der zulässigen Form führt.

Dass die meisten landesgesetzlichen Bestimmungen eine von den gesetzlichen Voraussetzungen abweichende Führung des Grades für „untersagt“ oder „unzulässig“ erklären, ändert an der Genehmigungsfreiheit nichts, weil die Gesetze keine behördliche Handhabe vorsehen, um die Untersagung durchzusetzen.<sup>15</sup> Daran ändert auch die in einer Reihe von Landesgesetzen vorgesehene Verpflichtung nichts, die Berechtigung zur Führung des Grades urkundlich nachzuweisen.<sup>16</sup> Denn dafür genügt die Vorlage der Verleihungsurkunde in der nach dem Recht des Herkunftsstaates vorgeschriebenen Form.<sup>17</sup> Lediglich das Land Nordrhein-Westfalen sieht vor, dass das Ministerium oder eine von ihm beauftragte Behörde die abweichende Gradführung untersagen **kann**.

Die Genehmigungsfreiheit erstreckt sich dabei grundsätzlich auch auf die Führung in den öffentlich-rechtlichen Einrichtungen, denen der Inhaber des Ehrendoktorgrades angehört, etwa in den Hochschulen. Die Genehmigungsfreiheit wäre ad absurdum geführt, hätte die Einrichtung, in der der Inhaber des Grades tätig ist, eine Art eigenes Nostrifikationsverfahren durchzuführen. Die Genehmigungsfreiheit macht nur Sinn, wenn man sie mit einer *Einschätzungsprärogative des Inhabers* verbindet. Diese erstreckt sich zwar nicht auf die zentralen Voraussetzungen der Berechtigung zur Führung des Grades, also darauf, ob die Verleihung durch eine nach dem Recht des Herkunftslandes zur Verleihung berechtigten Hochschule oder anderen Stelle erfolgt ist, ob diese auch das Recht zur Vergabe des entsprechenden regulären Grades hat und ob die verleihende Stelle bezeichnet ist. Ob aber die der Ordnung und Klarheit dienenden Vorschriften über die Übersetzung in die lateinische Schrift, die zugelassene oder nachweislich allgemein übliche Abkürzung oder die wörtliche Übersetzung in Klammern eingehalten sind, liegt in der Beurteilung des Inhabers des Ehrengrades selbst. Insoweit kann erst eine Untersagungsverfügung, wie sie in Nordrhein-Westfalen möglich ist, zu einer den Inhaber bindenden Feststellung der Rechtslage führen.

#### IV. Sanktionen unzulässiger Führung

Die Genehmigungsfreiheit ändert nichts daran, dass die unzulässige Führung eines Ehrendoktorgrades *Standes- und Berufspflichten* verletzen kann. So kann ein solches Verhalten, wenn es bewusst geschieht, mit der allen an einer Hochschule wissenschaftlich Tätigen obliegenden Pflicht zu wissenschaftlicher Redlichkeit unvereinbar und dementsprechend dienst- oder arbeitsrechtlich zu ahnden sein. Auch kann eine Verletzung der sich aus Berufsordnungen ergebenden Pflicht zu einem dem Ansehen des Berufs würdigen Verhalten mit der Folge berufsrechtlicher Ahndung vorliegen. Etwa verlangt § 43 Satz 1 BRAO vom Rechtsanwalt, dass er sich der Achtung und des Vertrauens, welche der Anwaltsberuf erfordert, würdig erweist, und ermöglicht § 113 Absatz 1 BRAO die Ahndung einer entsprechenden Pflichtverletzung. Gleiches gilt etwa nach den Kammergesetzen der Heilberufe für Ärzte.<sup>18</sup>

Auch als in solchem Sinne standes- oder berufspflichtwidrig wird man die Führung aber nur einordnen können, wenn es an der Verleihung durch eine nach dem Recht des Herkunftslandes zur Verleihung berechtigten Hochschule oder Stelle überhaupt fehlt, diese kein Recht zur Verleihung des entsprechenden regulären Grades hat oder wenn die verleihende Stelle nicht benannt wird. Hingegen wird man eine Nichtbeachtung von Ordnungsvorschriften erst dann als standes- oder berufspflichtwidrig ansehen können, wenn der Verstoß offensichtlich ist oder wenn im Falle von Nordrhein-Westfalen an der Führung entgegen einer entsprechenden Untersagungsverfügung festgehalten wird.

Nach § 132a Absatz 1 Nr. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wer unbefugt inländische oder ausländische Amts- oder Dienstbezeichnungen, akademische Grade oder, Titel oder öffentliche Würden führt. Dass der ausländische Ehrendoktorgrad einen akademischen Grad in diesem Sinne darstellt, kann man angesichts der Einbeziehung der Ehregrade in die landesgesetzlichen Bestimmungen über die Führung ausländischer Grade schwerlich bestreiten.<sup>19</sup>

15 Epping/Becker, Handkommentar zum Niedersächsischen Hochschulgesetz, 1. Aufl. 2016, § 10 Rn. 58.

16 Art. 68 Abs. 6 BayHSchG, § 44 Abs. 4 SächsHSFG, § 69 Abs. 6 Satz 2 HmbHG.

17 Reich, Kommentar zum Bayerischen Hochschulgesetz, 5. Aufl. 2007, Art. 68 Rn 16; BeckOK HochschulR Bayern/Aulehner BayHSchG, Art. 68 Rn. 30.

18 Dazu Debong, Führen akademischer Grade und Titel in Deutschland, ArztR 2017, 5, 8.

19 Hohmann, Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 132a Rn. 11 und 12; Krauß, Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2009, § 132a Rn. 25; a.M., allerdings unter der früheren Rechtslage, Zimmerling aaO. WissR 1996, S. 343f.

Als „unbefugte Führung“ im Sinne dieser Strafvorschrift wird man wiederum nur den Fall ansehen können, dass der Ehrendoktorgrad geführt wird, ohne dass überhaupt eine Verleihung durch eine nach dem Recht des Herkunftslandes zur Verleihung berechnete Hochschule oder Stelle vorliegt, diese kein Recht zur Verleihung des entsprechenden regulären Grades hat oder wenn die verleihende Stelle nicht benannt wird.<sup>20</sup> Hingegen scheidet der Verstoß gegen bloße Ordnungsvorschriften, welche die Schreibweise oder die Verwendung von Abkürzungen betreffen im Hinblick auf die Entscheidungsprerogative des Inhabers solange aus, wie nicht eine diese Fragen betreffende Untersagungsverfügung ergangen ist. Das entspricht auch dem bei der Interpretation von § 132a StGB mit zu denkenden Geringfügigkeitsprinzip.<sup>21</sup>

*Wettbewerbsrechtlich* stellt die Verwendung eines Doktorgrades eine geschäftliche Handlung dar. Erfolgt sie unberechtigt, ist sie irreführend im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG, weil sie in den betreffenden Verkehrskreisen einen unzutreffenden Eindruck von der besonderen wissenschaftlichen Qualifikation erweckt.

Das kann auch für die Führung eines Ehrendoktorgrades unter Verstoß gegen die gesetzlichen Vorschriften zutreffen<sup>22</sup> Dabei wird man freilich differenzieren müssen. Gewiss liegt eine Irreführung vor, wenn dem Betroffenen überhaupt kein Ehrendoktorgrad verliehen worden oder die Verleihung durch eine Institution erfolgt ist, die dazu oder auch zur Verleihung des entsprechenden regulären Grades gar nicht berechnigt ist. Auch die fehlende Herkunftsbezeichnung kann irreführend sein.<sup>23</sup> Wird aber die Abkürzung „Dr. h. c.“ unter Hinzufügung der verleihenden ausländischen Institution verwendet, kann man von einer solchen Irreführung nicht sprechen, weil lediglich der – sachlich richtige – Eindruck erweckt wird, es handele sich um den Ehrendoktorgrad einer bestimmten ausländischen Institution.

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

Susanne Lutz ist wissenschaftliche Hilfskraft an der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität.

20 Vgl. OLG Düsseldorf 12. 10. 1999, 2b Ss 224/99 – 101/99 I, NJW 2000, 1052.

21 Kindhäuser/Neumann/Päffgen/Ostendorf, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2013, § 132a StGB Rn 16.

22 OLG Stuttgart 18.3.2014, 12 U 193/13, juris. Ebenso im Hauptsacheverfahren OLG Stuttgart 15.10.2015, 2 U 35/15. Die gegen dieses

Urteil eingelegte Verfassungsbeschwerde hat der Verfassungsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg durch Beschluss vom 21.3.2016, 1 VB 92/15 als unbegründet zurückgewiesen.

23 Dies hat das OLG Stuttgart aaO in einem Fall angenommen, in dem die Bezeichnung „Dr.h.c.“ ohne Hinzufügung der verleihenden Yeditebe Universität İstanbul verwendet wurde.



# Manfred Novak

## *Veröffentlichungspflicht und Aufgriffsrecht im Lichte der Wissenschaftsfreiheit*

### ÜBERSICHT

- I. Verfassungsrechtliche Ausgangslage
- II. Publikationsfreiheit, Veröffentlichungspflicht und Aufgriffsrecht
  1. Einleitung
  2. Beschäftigungsrechtliche Gesichtspunkte
  3. Studienrechtliche Veröffentlichungspflicht
  4. Aufgriffsrecht an Forschungsleistungen
    - a) Erfindungsbegriff
    - b) Patentrechtliche und beschäftigungsrechtliche Belange
      - aa) Unternehmensbegriff und Unternehmensgegenstand
      - bb) Dienstnehmereigenschaft und Arbeitspflicht
    - c) Drittmittelforschung
  5. Schutzbereich und Schrankenwirkung der Wissenschaftsfreiheit
    - a) Rechtsgüterabwägung und Unternehmensgegenstand
    - b) Wertungs- und Regelungskonflikte
    - c) Aufgriffsintention
    - d) Primat der Wissenschafts- und Veröffentlichungsfreiheit
    - e) Eingriffsintensität und Aufgriffsregelung
    - f) Garantienpflicht und Meinungsäußerungsfreiheit
    - g) Interpretatorische Ansätze

### I. Verfassungsrechtliche Ausgangslage

Die von Art. 17 des österreichischen Staatsgrundgesetzes<sup>1</sup> über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger festgeschriebene Freiheit der Wissenschaft und ihrer Lehre meint forschungsbezogen in der Essenz die Wahlfreiheit möglicher Handlungsentschlüsse betreffend den Erkenntnisgegenstand, das Erkenntnisziel und die

Erkenntnismethode sowie implizit auch der Erkenntnisweitergabe oder deren Unterlassung.<sup>2</sup>

Als klassisches liberales Grundrecht ist die Wissenschaftsfreiheit entstehungszeitgeschichtlich als subjektiv-öffentliches Abwehrrecht gegen den obrigkeitlichen Staat konzipiert. Da es keinem Gesetzesvorbehalt unterliegt, und dementsprechend der einfache Gesetzgeber nicht ermächtigt ist nähere Regelungen über die Ausübung der Wissenschaftsfreiheit vorzusehen oder Ausnahmen von der Inanspruchnahme der Wissenschaftsfreiheit zu bestimmen, wirkt es insofern absolut, als es sowohl die Gesetzgebung als auch die Vollziehung unmittelbar bindet.<sup>3</sup> Das Recht auf ungehinderte wissenschaftliche Forschung und freie wissenschaftliche Lehre darf demnach grundsätzlich durch Akte der Gesetzgebung oder Vollziehung weder behindert noch beschränkt werden. Intentional auf Einschränkung dieser Freiheiten gerichtete Staatsakte sind damit jedenfalls verfassungswidrig.<sup>4</sup> Über diese enge, an der Eingriffsabsicht orientierte abwehrrechtliche Kernabgrenzung zur Beschränkungsulässigkeit hinaus, wird von Lehre und Rechtsprechung zunehmend eine ganzheitliche Wertung maßgeblicher Abwägungskriterien vertreten, wonach etwa auch auf Zielsetzungen und Auswirkungen Bedacht zu nehmen ist.<sup>5</sup>

Nach aktuellem (österreichischen) Verständnis ist die Wissenschaftsfreiheit generell jedem Staatsbürger funktions- und institutionsunabhängig sowie ohne Bindung an die Absolvierung eines Hochschulstudiums garantiert.<sup>6</sup> Damit unterfallen (nunmehr) im Grunde auch die Tätigkeiten Studierender der Wissenschaftsfreiheit, soweit sie die inhaltlichen Kriterien wissenschaftlicher Tätigkeit erfüllen; einer ausdrücklichen formalen Zuordnung bestimmter Studierendentätigkeiten zur Forschung bedarf es demnach nicht. Jedenfalls sind damit die formal vom UG<sup>7</sup> ausdrücklich als wissenschaftliche Arbeiten bezeichneten Master-,

1 RGBL 1867/142, idGF.

2 Vgl. die EB 888 BlgNR 13. GP, 73. VfGH 13.10.1999, B 2118/96 = VfSlg 15.617/1999; 13.10.1958, B 87/58 = VfSlg 3415/1958. *Berka*, Lehrbuch Grundrechte, 2000, S. 133.

3 VfGH 16.6.1988, G 97-100/88 = VfSlg 11.737/1988.

4 VfGH 14.12.1994, B 1400/92 = VfSlg 13.978/1994; 25. 3. 1955, B 199/54 = VfSlg 2823/1955.

5 Vgl. die EB 978 BlgNR 15. GP, 2. VfGH 16.6.1988, G 97-100/88 = VfSlg 11.737/1988; 12.3.1985, B 44/84 = VfSlg 10.401/1985. *Berka*, Die Freiheit der Kunst (Art. 17a StGG) und ihre Grenzen im System der Grundrechte, JBl 1983, 289 f.

6 VfGH 14.12.1994, B 1400/92 = VfSlg 13.978/1994; 3.10.1977, G 13/76, G 7/77 = VfSlg 8136/1977. Zum vergleichbaren Ergebnis aus unionsrechtlicher Perspektive, mit Hinblick auf die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 13 GRC, *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Rn. 7, 10 zu Art. 13 GRC – nach VfGH 14.3.2012, U 466/11-18, U 1836/11-13 = VfSlg 19.632 sind die Implikationen des Art. 13 GRC und die bezüglichen Intentionen des EuGH auch unmittelbarer Prüfungsmaßstab für den VfGH.

7 Universitätsgesetz 2002, BGBl. I 2002/120, idGF.

Diplom- und Doktorarbeiten<sup>8</sup> dem Grunde nach dem Schutzbereich der Forschungsfreiheit zuzurechnen; wobei insbesondere für die per definitionem auf Eigenerkenntnis und wissenschaftliche Nachwuchsrekrutierung zugeschnittenen Dissertationen diese Wertung streitet.

Vor diesem Hintergrund ist die Veröffentlichungspflicht betreffend wissenschaftlicher Arbeiten Studierender, gemäß § 86 UG, und das universitäre Aufgriffsrecht an Dienstleistungen, gemäß § 106 Abs. 3 UG, zu werten. Wobei die nunmehr auch in elektronischer Form vorgesehene Übergabe wissenschaftlicher Arbeiten an die Universitätsbibliotheken<sup>9</sup> – mit entsprechend erweiterten Zugriffsmöglichkeiten – und die maßgeblich budgetrelevante Drittmittelforschung – die nunmehr zur Universitätsforschung zählt<sup>10</sup> – der Thematik eine besondere Relevanz verleihen.

## II. Publikationsfreiheit, Veröffentlichungspflicht und Aufgriffsrecht

### 1. Einleitung

Neben der freien Themen- und Methodenwahl stellt die Möglichkeit zur freien Veröffentlichung wissenschaftlicher Erkenntnisse eine wesentliche Komponente des Schutzbereiches der Wissenschaftsfreiheit dar.

Seine verfassungsrechtlichen Wurzeln findet die Publikationsfreiheit im Grundrecht der freien Meinungsäußerung nach Art. 13 StGG, als dessen Sonderfall Art. 17 StGG gilt.<sup>11</sup> Nach Art. 13 Abs. 1 StGG umfasst die Meinungsäußerungsfreiheit das Recht, seine Meinung durch „Wort, Schrift, Druck oder durch bildliche Darstellung“ frei zu äußern. Damit sind bereits in diesem Stamm-Grundrecht die wesentlichen Möglichkeiten und schutzwürdigen Formen zum Transfer wissenschaftlicher Erkenntnisse in Forschung und Lehre (mit-)umrissen.

Die besondere Bedeutung der Publikationsfreiheit, im Rahmen der wissenschaftlichen Forschungsfreiheit, resultiert strukturell aus dem zentralen Forschungspostulat der Nachvollziehbarkeit und Überprüfbarkeit von Forschungsergebnissen.<sup>12</sup> In diesem Sinne wurde vom VfGH ausdrücklich judiziert, dass die von Art. 17 StGG garantierte Forschungsfreiheit auch das Recht ein-

schließt Forschungsergebnisse aufzuzeichnen und zu veröffentlichen.<sup>13</sup> In Entsprechung dessen sieht der VfGH eine grundrechtsrelevante Behinderung der wissenschaftlichen Forschung etwa dann als gegeben an, wenn eine wissenschaftliche Publikation beanstandet oder untersagt wurde.<sup>14</sup> In einem weiteren Sinne ist die Nachvollziehbarkeit im Wege veröffentlichter Werke ebenso für Qualifikationsbeurteilungen, auch im Zuge etwaiger Rechtsschutzverfahren, von wesentlichem Belang.

Diesem Stellenwert entsprechend kommt den wissenschaftlichen Publikationen im Rahmen universitärer organisations- und beschäftigungsrechtlicher Regelungen tragende Bedeutung als Qualitäts- und Qualifikationsindikator zu. Neben einer in der „scientific community“ traditionell personenbezogen wesentlich renommeebildenden und karrieretragenden Komponente veröffentlichter wissenschaftlicher Leistungen, hat nach aktueller Rechtslage die Qualität und – vermehrt – die Quantität wissenschaftlicher Publikationen auch institutionsbezogen ausschlaggebende profilbildende, wettbewerbsfördernde und budgetwirksame Effekte. Vermittels der in der neueren Dogmatik akkordierten grundrechtlichen Gewährleistungspflicht des Staates und der daraus erfließenden Vorsorgeverantwortung des universitätsrechtlichen Gesetzgebers, ist eine dementsprechende Absicherung in den universitätsrechtlichen Regelungen geboten. Eine Vorgabe, auf welche der Gesetzgeber des UG nicht immer ausreichend Bedacht nimmt.

### 2. Beschäftigungsrechtliche Gesichtspunkte

Im Einklang mit der nach Art. 17 StGG gebotenen Entscheidungsfreiheit, betreffend die Veröffentlichung eigener wissenschaftlicher Forschungsergebnisse, sieht das Beschäftigungsrecht mehrfach dementsprechende Absicherungen vor. So hat schon bisher das Beamtendienstrecht,<sup>15</sup> und inhaltsgleich das Vertragsbedienstetenrecht,<sup>16</sup> für Universitätsassistenten ausdrücklich das Recht normiert, eigene wissenschaftliche Arbeiten selbstständig zu veröffentlichen. Damit soll, nach dem Willen des Gesetzgebers, insbesondere sichergestellt sein, dass es zur Veröffentlichung solcher eigener Arbeiten nicht

8 § 51 Abs. 2 Z. 8, 13, § 72 UG.

9 § 86 Abs. 1 letzter Satz UG.

10 § 26 Abs. 1 UG.

11 VfGH 10.6.1996, B 696/96 = VfSlg 14.486/1996; 14. 12. 1994, B 1400/92 = VfSlg 13.978/1994.

12 Vgl. *Binder*, Die verfassungsrechtliche Sicherung der Wissenschaftsfreiheit in Österreich, *WissR* 6 (1973), S. 3 ff.

13 VfGH 3.10.1956, B 74/56 = VfSlg 3068/1956.

14 VfGH 23.6.1950, B 213/49 = VfSlg 1969/1950; 23.3.1949, B 225/48 = VfSlg 1777/1949. Mit einem grundsätzlichen Vorzensurver-

bot für wissenschaftliche Publikationen idS. gilt etwa auch eine Vorlagepflicht an Ethikkommissionen als unvereinbar (vgl.

*Kopetzki*, Muss Forschung „ethisch vertretbar“ sein?, in: *Jablonek/Kucsko-Stadlmayer/Muzak/Perthold-Stoitzner/Stöger* (Hg.), *Vom praktischen Wert der Methode/FS Mayer*, 2011, S. 266).

15 § 183 BDG 1979 (Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979, BGBl. Nr. 333, idGF).

16 § 49p Abs. 3 VBG (Vertragsbedienstetengesetz 1948, BGBl. Nr. 48, idGF).

der Zustimmung des Vorgesetzten bedarf.<sup>17</sup> Insoweit ist diese Regelung in Übereinstimmung mit der grundsätzlichen Weisungsfeindlichkeit der durch die Wissenschaftsfreiheit geschützten Grundrechte.<sup>18,19</sup> In Anlehnung daran, sieht die organisationsrechtliche Regelung des § 106 Abs. 1 UG ein den dienstrechtlichen Bestimmungen textidentisches Veröffentlichungsrecht vor.

In einer konfligierenden Beziehung zum organisations- und beschäftigungsrechtlich zugesicherten Veröffentlichungsrecht, betreffend eigene Forschungsergebnisse, stehen studien- und organisationsrechtlich normierte Veröffentlichungspflichten und Aufgriffsrechte, die, neben eigentumsrechtlichen und urheberrechtlichen Aspekten, wesentlich auch in einem Spannungsverhältnis zur von der grundrechtlichen Wissenschaftsfreiheit mitumfassten Entscheidungsfreiheit über die Veröffentlichung wissenschaftlicher Untersuchungen und Erkenntnisse stehen.<sup>20</sup>

### 3. Studienrechtliche Veröffentlichungspflicht

§ 86 Abs. 1 UG sieht die Übergabe von positiv beurteilten Diplom-, Master- und Doktorarbeiten an die jeweilige Universitätsbibliothek, im Falle der Dissertationen zusätzlich an die Österreichische Nationalbibliothek, vor. Diese Übergabe liegt dabei nicht im Ermessen des Studierenden, sondern ist als Ablieferungspflicht festgelegt. Der zwingende Charakter dieser grundsätzlichen Ablieferungspflicht wird noch dadurch verstärkt, dass die Verleihung akademischer Grade die erfolgte Ablieferung dieser Arbeiten voraussetzt.<sup>21</sup>

Durch die Ablieferung – in herkömmlicher Form – wird im urheberrechtlichen Sinne die Arbeit noch nicht als erschienen,<sup>22</sup> jedenfalls aber als veröffentlicht zu werten sein;<sup>23</sup> in diesem Sinne spricht auch die Regelung des

§ 86 UG von einer Veröffentlichungspflicht. Da mit der Ablieferung an die jeweilige Universitätsbibliothek noch kein Erscheinen bewirkt wird, ist damit zumindest dem urheberrechtlichen Verbreitungsrecht<sup>24</sup> entsprochen. Differenziertere Wertungen aber haben für die studienrechtliche Veröffentlichungspflicht vor allem im Lichte der Änderungen durch die UG-Novelle 2015 zu gelten. Die mit der Veröffentlichungspflicht des UG intendierte Zugänglichmachung und Diskursoffenheit sowie Hintanhaltung von Plagiaten,<sup>25</sup> die insoweit wesentlich im Dienste der Grundsätze wissenschaftlichen Arbeitens und damit eines ungeschriebenen wissenschaftlichen Kodex steht, kann angesichts der nunmehr auch in elektronischer Form vorgesehenen Übergabe wissenschaftlicher Arbeiten Studierender<sup>26</sup> in ein spezifisches Spannungsverhältnis aus urheberrechtlicher und grundrechtlicher Sicht geraten.

Patentrechtlichen Erfordernissen ist dabei insoweit noch Genüge getan, als § 86 Abs. 2 UG für Studierende die Möglichkeit vorsieht, bei Gefährdung wichtiger rechtlicher und wirtschaftlicher Interessen einen Benützungsausschluss von bis zu fünf Jahren nach Übergabe der jeweiligen Arbeit zu beantragen. Diese Regelung dient praktisch dem Schutz patentierfähiger, wirtschaftlich verwertbarer, technischer Innovationen, da bereits die bloße Möglichkeit der Kenntnisnahme einer Erfindung in einer wissenschaftlichen Arbeit Studierender, unabhängig von der Einwilligung des Urhebers, die Neuheit und damit die Patentierfähigkeit einer Erfindung ausschließt.<sup>27</sup>

In Abhängigkeit vom faktischen und potentiellen Benützerkreis nunmehr elektronisch erfasster, gespeicherter und zugänglicher Datensätze mit wissenschaftlichen Arbeiten, ist die neue Übergaberegulation des § 86 UG,

17 Vgl. die EB 320 BgNR 17. GP, 36 f.

18 Vgl. etwa *Berka*, Grundrechte, Rn. 347; *Ermacora*, Grundriß der Menschenrechte in Österreich, 1988, Rn. 796; *Koja*, Wissenschaftsfreiheit und Universität, 1976, S. 15 f.

19 In einem weiteren Sinne kann die dienstrechtliche Absicherung der Publikationsfreiheit auch als Ausdruck der Sonderstellung des Universitätslehreramtes insoweit verstanden werden, als im eigentlichen Kernbereich der wissenschaftlichen Tätigkeit die verfassungsrechtliche Individualfreiheit nach Art. 17 StGG den grundsätzlichen Gemeinwohlvorrang eines Amtes, gegenüber Amtswalterinteressen, verdrängt.

20 Auch aus beschäftigungsrechtlichen Vorgaben lässt sich keine Verpflichtung zur Veröffentlichung wissenschaftlicher Arbeiten ableiten. So kann aus der Forschungsverpflichtung nach § 155 Abs. 1 und § 165 Abs. 1 sowie § 172 Abs. 1 und § 179 Abs. 1 f. BDG 1979, mit Hinblick auf Art. 17 StGG, nicht auf eine Dienstpflicht zur Publikation von Forschungsergebnissen eines Universitätslehrers geschlossen werden. Vgl. dazu auch VwGH 27.6.2012, 2011/12/0172 = ZfV 2013, 64 f. = zfhr 2012, 218.

21 § 87 Abs. 1 UG.

22 Erscheinen setzt iSv. § 42, §§ 44 ff. iVm. § 16 UrhG (Urheber-

rechtsgesetz, BGBl. 1936/111, idGF.) voraus, dass ein Werk in genügender Zahl feilgehalten oder in Verkehr gebracht – und damit im herkömmlichen Sinne publiziert – ist; diese Qualität ist durch Ablieferung einzelner Exemplare an eine „amtliche Bibliothek“ nicht erfüllt (vgl. *Dillenz*, Rechtsfragen des Urheberrechts, in: Strasser (Hg.), Organisations-, europa- und immaterialgüterrechtliche Probleme der Universitäten, Bd. 14 der Beiträge zum Universitätsrecht, 1992, S. 108 f.).

23 Die Veröffentlichung ist durch den breiten, für wissenschaftliche Arbeiten Studierender grundsätzlich (mit der marginalen Ausnahme des § 86 Abs. 2 UG) unbeschränkten Benützerkreis der Universitätsbibliotheken erfüllt (vgl. *Dillenz*, aaO., S. 110) – dieses Argument gilt umso mehr für die Aufnahme in die Sammlung der Österreichischen Nationalbibliothek.

24 § 16 Abs. 1 UrhG, wonach dem Urheber das ausschließliche Verbreitungsrecht an seinem Werk zukommt und dementsprechend ein Erscheinen an dessen Einwilligung gebunden ist.

25 Vgl. die EB 588 BgNR 20. GP, 95.

26 § 86 Abs. 1 letzter Satz UG.

27 Vgl. dazu *Schwar*, Erfindungsschutz an Hochschulen, zfhr 2003, 108 f.

gemessen am jeweiligen System, dahingehend auf ihre Vereinbarkeit mit dem Urheberrecht zu werten, als nunmehr ein urheberrechtlich relevantes Erscheinen gemäß §§ 42 ff. UrhG und damit eine Beeinträchtigung des urheberrechtlichen Verbreitungsrechts gemäß § 16 UrhG gegeben sein kann.

Betreffend die grundrechtlich zugesicherte Wissenschaftsfreiheit gilt, wie oben angesprochen, das Recht der freien Aufzeichnung und Veröffentlichung von Forschungsergebnissen als immanenter Bestandteil der von Art. 17 StGG garantierten Forschungsfreiheit.<sup>28</sup> Die Anwendbarkeit dieser grundrechtlichen Schutzwirkung auf Diplom-, Master- und Doktorarbeiten ergibt sich eben daraus, dass nach der Rechtsprechung betreffend die Adressaten der Wissenschaftsfreiheit nicht auf Formalqualifikationen abzustellen ist,<sup>29</sup> und die genannten Arbeiten vom Gesetzgeber ausdrücklich als wissenschaftliche Arbeiten ausgewiesen werden.<sup>30</sup>

Als wesentliche Komponente der Wissenschaftsfreiheit gilt demnach die Entscheidungsfreiheit über die Inanspruchnahme und Ausübung der durch Art. 17 StGG vermittelten Rechtsposition, und damit auch die Willensfreiheit des Autors, eine wissenschaftliche Arbeit zu veröffentlichen oder nicht.<sup>31</sup> Dabei kann schon fraglich sein, ob sich für eine differenzierte grundrechtliche Wertung und Anknüpfung, je nachdem, ob eine (bloße) Veröffentlichung oder eine in Verkehr gebrachte Publikation vorliegt, sachliche Anhaltspunkte finden lassen. Mit Hinblick auf eine nun etwaig als Erscheinen zu wertende Übergabe wissenschaftlicher Arbeiten Studierender auf elektronischem Wege, verdichtet sich tendenziell das

grundsätzliche Spannungsverhältnis im Lichte einer im Effekt<sup>32</sup> unterbundenen Entscheidungsfreiheit.<sup>33</sup>

#### 4. Aufgriffsrecht an Forschungsleistungen

Zu gleichwertigen grundrechtlichen Friktionen, wie die für Studierende vorgeschriebene Veröffentlichungspflicht, führt die Aufgriffsregelung des § 106 Abs. 2 f. UG, die im Ergebnis auf ein im Ermessen der Universität liegendes Veröffentlichungsverbot hinausläuft.

##### a) Erfindungsbegriff

Die Regelung des § 106 Abs. 2 UG rezipiert zunächst den patentrechtlichen Dienstgeber- und Diensterfindungsbegriff<sup>34</sup> für Erfindungen im Rahmen der Tätigkeit an Universitäten und weitet den Adressatenkreis auf alle in einem Beschäftigungsverhältnis zum Bund oder zur Universität stehenden Universitätsangehörigen aus.<sup>35</sup> Diensterfindungen in diesem Sinne sind damit all jene Erfindungen des Universitätspersonals,<sup>36</sup> die in das aus der Fachzuständigkeit und Zugehörigkeit zu einer bestimmten Organisationseinheit erfließende Tätigkeitsfeld fallen bzw. von der gesetzlich oder vertraglich festgelegten Verwendung und Arbeitsplatzbeschreibung erfasst sind, sofern sie in Erfüllung „dienstlicher Obliegenheiten“ oder durch Anregung aus dem Tätigkeitsfeld zustande kommen, oder durch Nutzung von Erfahrungen oder Hilfsmittel des Unternehmens wesentlich erleichtert werden.<sup>37</sup> Derartige Diensterfindungen sind gemäß § 106 Abs. 3 UG meldepflichtig und unterliegen einem primären Verwertungsrecht durch die Universität, kraft ihrer

28 So schon VfGH 3.10.1956, B 74/56 = VfSlg 3068/1956.

29 In diese Richtung weist auch die Judikatur des EuGH, der Studierende als partielle Träger der Wissenschaftsfreiheit wertet (vgl. etwa EuGH 13.2.1985, 293/83, *Gravier*, Slg. 1985, 593; 3. 7. 1974, 9/74, *Casagrande*, Slg. 1974, 773).

30 Dazu die Nachweise unter Kap. I.

31 Dazu die Nachweise unter Kap. I. In diese Richtung, betreffend urheberrechtliche Aspekte, auch *Dillenz*, aaO., S. 110.

32 VfGH 10.6.1996, B 696/96 = VfSlg 14.485/1996.

33 Vor diesem Hintergrund ist auch zu erwägen, ob die Veröffentlichungspflicht des § 86 Abs. 1 UG mit dem urheberrechtlichen Veröffentlichungs- und Verbreitungsrecht (vgl. §§ 8, 16 UrhG) im Einklang steht, die beide auf die Einwilligung und damit auf eine Optionsmöglichkeit des Urhebers abstellen; zumal nach den Mat. zur substanzgleichen Vorgängerregelung des § 65 UniStG (vgl. die EB 588 BlgNR 20. GP, 95) die jeweilige Arbeit mit der Abgabe an die Bibliothek, unter Erlöschen des Verbreitungsrechts des § 16 UrhG, als automatisch freigegeben und damit im Ergebnis als ex lege veröffentlicht (iSv. § 8 UrhG) gilt.

34 § 7 Abs. 2 f. PatG (Patentgesetz 1970, BGBl. Nr. 259, idGF.).

35 Nach bisheriger (patentrechtlicher) Rechtslage war die Diensterfindungsregelung ex lege auf öffentlich-rechtlich Bedienstete

(Beamte) beschränkt (§ 7 Abs. 2 PatG); bei Beschäftigten auf Basis privatrechtlicher Dienstverhältnisse bedurfte es zur Wahrnehmung der patentrechtlichen Dienstgeberrechte entsprechender arbeitsvertraglicher Vereinbarungen und damit einer Einwilligung des Beschäftigten (§§ 6 ff. PatG).

36 Angesprochen wird damit das in einem aktiven Beschäftigungsverhältnis zur Universität stehende Personal gem. § 94 Abs. 2 f. UG sein, da nur dieses der Universität eine Dienstpflicht bzw. eine Arbeitsleistung schuldet. IdS. spricht § 106 Abs. 2 UG ausdrücklich von Erfindungen „im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Dienst- oder Ausbildungsverhältnisses zum Bund oder im Rahmen eines Arbeits- oder Ausbildungsverhältnisses zur Universität“; in diese Richtung auch die Mat. zu § 106 UG, wo auf „Mitarbeiter der Universität“, unabhängig von deren arbeitsrechtlichen Stellung, abgestellt wird (vgl. die EB 1134 BlgNR 21. GP, 99). Nach diesem Verständnis kommt die Diensterfindungsregelung des § 106 UG auf Forschungsstipendiaten (§ 95 UG) und emeritierte Universitätsprofessoren bzw. Universitätsprofessoren im Ruhestand (§ 104 UG) nicht zur Anwendung, die per definitionem in keinem (aktiven) Arbeitsverhältnis zu Bund oder Universität stehen.

37 § 7 Abs. 3 lit. a ff. PatG.

Stellung als Dienstgeber; wobei neben dem Aufgriff des Benützungrechts auch die gänzliche Inanspruchnahme durch die Universität vorgesehen ist.

Der vom UG bezogene patentrechtliche Erfindungsbegriff<sup>38</sup> erfasst dabei typischerweise gegenständliche technische Innovationen oder Verfahrensinnovationen, die einer gewerblichen Anwendbarkeit zugänglich sind. Entdeckungen sowie wissenschaftliche Theorien und Methoden scheiden aus der Inanspruchnahme durch die Universität aus.<sup>39</sup> Damit unterfallen dem Anwendungsbereich des § 106 Abs. 2 UG primär Ergebnisse der angewandten Forschung und Entwicklung, die vor allem auch im Drittmittelbereich von zentraler Bedeutung sind, während rein abstrakte Erkenntnisse im Rahmen von Grundlagenforschungen und dogmatischen Untersuchungen, wie sie schwerpunktmäßig in geisteswissenschaftlichen Fächern entstehen, grundsätzlich nicht vom Aufgriffsrecht erfasst sind.

#### b) Patentrechtliche und beschäftigungsrechtliche Belange

Das universitäre Aufgriffsrecht begegnet zunächst schon patentrechtlichen und beschäftigungsrechtlichen Bedenken, wie sie zum staatlichen Aufgriffsrecht gegenüber öffentlich-rechtlich Bediensteten entwickelt wurden<sup>40</sup> und (teilweise) auf die gegenständliche Rechtslage fortwirken.<sup>41</sup> Neben einer wenig überzeugenden entstehungszeitgeschichtlichen Argumentation<sup>42</sup> und einer Bezugnahme auf das – zwischenzeitlich überholte – deutsche Universitätslehrerprivileg,<sup>43</sup> setzt diese Argumentation primär beim Unternehmensgegenstand und den Dienstpflichten des Arbeitnehmers an.

##### aa) Unternehmensbegriff und Unternehmensgegenstand

Betreffend den Unternehmensgegenstand, dem die Dienstleistung patentrechtlich unterfallen muss,<sup>44</sup> wird dabei die grundsätzlich mangelnde immaterialgüterrechtliche Unternehmenseigenschaft der Universitäten ins Treffen geführt.<sup>45</sup> Als wesentlich gilt dabei, dass

der verwertungsorientierte gewerbliche Unternehmensbegriff des PatG mit der (primär) erkenntnisorientierten Ausrichtung der Universitäten nicht im Einklang steht. Dieser Wertung ist insofern nach wie vor etwas abzugewinnen, als das UG, trotz tendenziell vermehrter Betonung von Ergebnisrelevanz und Verantwortung gegenüber Staat und Gesellschaft, in seinen handlungsmaßgeblichen Grundsatzregelungen die Bestimmung der Universitäten im Dienste von Forschung, Lehre und Persönlichkeitsbildung, die wissenschaftlichen Freiheitsmaxime und die Aufgabe der Entwicklung der Wissenschaften,<sup>46</sup> an vorderste Stelle reiht. Da die Einleitungsparagraphen 1 bis 3 UG die zentralen Prinzipien und Zwecke der universitären Tätigkeit festlegen, steht die Aufgriffsregelung des § 106 Abs. 2 UG zumindest in einem Spannungsverhältnis zur gesetzlichen Ausrichtung der „Unternehmenskultur“ der Universitäten.<sup>47</sup>

##### bb) Dienstnehmereigenschaft und Arbeitspflicht

Da § 7 PatG in seinen Regelungen betreffend unternehmensbezogener Dienstleistungen durchgehend auf die Dienstnehmereigenschaft abstellt, ergibt sich bereits daraus, dass aufgreifbare Erfindungen solche sind, die in Erfüllung der gesetzlichen oder vertraglichen Arbeitspflichten entstehen. In diesem Sinne wird hinsichtlich der patentrechtlichen Aufgriffsregelung davon ausgegangen, dass patentrechtlich relevante Dienstleistungen solche sind, die als Ergebnis einer darauf gerichteten Arbeitspflicht oder als zufälliges oder durch die Beschäftigung angeregtes Ergebnis, im Zuge der Erfüllung der Arbeitspflicht, auftreten.<sup>48</sup>

In Entsprechung dazu legt die bezügliche Aufgriffsregelung des § 106 UG den Anwendungsbereich mit Erfindungen im Rahmen von Dienst-, Arbeits- und Ausbildungsverhältnissen zum Bund oder zur Universität fest. Die organisationsrechtlichen Verwendungsbilder sowie die beschäftigungsrechtlichen Regelungen der Dienst- und Arbeitspflichten des Universitätspersonals stellen dabei durchwegs sehr allgemein auf die Kernaufgaben Forschung und Lehre sowie gegebenenfalls auch auf

38 Vgl. *Schwar*, aaO., 108 f.; zu allg. patentrechtlichen Bezügen nach Unionsrecht *Thiele*, Gesetzgebung und aktuelle Judikatur im Patentrecht, in: *Stauderger/Thiele* (Hg.), *Jahrbuch Geistiges Eigentum* 2013, 2013, S. 172 ff.

39 So ausdrücklich § 1 Abs. 3 Z. 1 PatG.

40 Dazu insb. *Dillenz*, aaO., S. 117 f., 123 ff., 126; *Geist*, Immaterialgüterrechtliche Probleme der Drittmittelforschung, in: *Strasser* (Hg.), *Organisations-, europa- und immaterialgüterrechtliche Probleme der Universitäten*, Bd. 14 der Beiträge zum Universitätsrecht, 1992, S. 158 ff.

41 Als obsolet ist zwischenzeitlich, aufgrund der nunmehrigen Vollrechtsfähigkeit der Universitäten und der gleichwertigen Anwendung des § 106 Abs. 2 UG auf alle Beschäftigtenkategorien,

jedenfalls der argumentierte Aufgriffsausschluss wegen Ungleichbehandlung zwischen Beamten und Vertragsbediensteten sowie wegen des undefinierbaren Unternehmensgegenstandes von Universitäten, als nachgeordnete staatliche Dienststellen, zu werten.

42 In diese Richtung insb. *Dillenz*, aaO., S. 117 f.

43 Dazu insb. *Dillenz*, aaO., S. 118, 123 f. Kritisch dazu schon *Geist*, aaO., S. 154.

44 § 7 Abs. 2 PatG.

45 Vgl. *Geist*, aaO., S. 130, 152.

46 § 1 Satz 1, § 2 Z. 1, § 3 Z. 1 UG.

47 Vgl. dazu etwa *Novak*, *Universitätsidee und „Unternehmenskultur“*, *zfh* 2016, 19 ff.

48 Vgl. *Schwar*, aaO., 109.



die damit verbundenen Verwaltungsaktivitäten ab;<sup>49</sup> die nähere Konkretisierung hat erforderlichenfalls in den Arbeitsverträgen und Zielvereinbarungen zu erfolgen, wobei, den Eigengesetzlichkeiten wissenschaftlicher Tätigkeit folgend, gängigerweise keine konkreten Arbeitserfolge festgelegt werden.

Davon ausgehend, dass die Dienstleistungsregelungen auf die dem Dienstgeber geschuldeten Leistungen ausgerichtet sind und die maßgeblichen universitätsrechtlichen Regelungen, hinsichtlich der zu erbringenden Leistungen, im Sinne der disziplinierten und grundlagenorientierten Forschungstradition der Universitäten, grundsätzlich lediglich abstrakt auf Forschungsarbeiten und Lehrtätigkeiten abstellen, wird argumentiert,<sup>50</sup> dass die Herstellung von Publikationen nicht zu den eigentlichen „Dienstpflichten“ im Rahmen von Forschung und Lehre zählt, so dass wissenschaftliche Publikationen nicht der patentrechtlichen Aufgriffsregelung unterfallen können.

Diese Argumentation vermag letztlich nicht zu überzeugen. Zwar sehen die Bestimmungen zur beschäftigungsrechtlichen Forschungspflicht bzw. -aufgabe keine ausdrückliche Publikationsverpflichtung vor, und kann daher die Erfüllung der Forschungsverpflichtung auch durch die Mitwirkung an Forschungsprojekten oder beispielsweise durch Kreation von Computerprogrammen erfolgen, die nicht zwangsläufig in zur Veröffentlichung bestimmte Schriftwerke münden müssen. Abgesehen davon aber, dass die schriftliche Dokumentation von Forschungsleistungen, und seit dem KUOG<sup>51</sup> ebenso von Kunstwerken, auch außerhalb sogenannter „Buchwissenschaften“ im Sinne der Nachvollziehbarkeit wissenschaftlicher (und künstlerischer) Innovation im Grunde geboten ist, und in diesem Sinne etwa auch die Regelungen zu Qualifikationsprüfungsverfahren, wie etwa zur Verleihung der „*venia docendi*“, und die Evaluierung von Forschungsleistungen auf in Druck veröffentlichte Werke abstellen, kann auf sachrationaler Basis nicht begründet werden, dass im Rahmen der Dienstpflichten erbrachte patentfähige Forschungsleistungen einem Aufgriff nur deshalb und dann entzogen sein sollen, wenn sie in eine Publikation münden. Die Gründe

für die allgemein gehaltenen organisations- und beschäftigungsrechtlichen Regelungen zu den Aufgaben und Pflichten liegen erkennbar in der Wahrung einer ausreichenden, dem Wissenschaftsbetrieb angemessenen Flexibilität bei der Erbringung von Forschungsleistungen. Aus Sicht der Dienstpflichtenerfüllung ist damit nicht schlüssig, dass eine im Rahmen der Forschungsverpflichtung entstandene patentfähige wissenschaftliche Innovation diesen Charakter dadurch verlieren soll, dass sie in ein zur Veröffentlichung geeignetes Schriftwerk gefasst wird. Andernfalls könnte jede im Kern patentrechtlich relevante Innovation dem Aufgriff allein durch Fassung in eine bestimmte Form entzogen werden. Aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Publikationsverpflichtung kann daher im Ergebnis nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass anfallende Publikationen als außerhalb der Dienstpflicht liegend und damit aufgriffsfeindlich zu werten sind. Vielmehr sind veröffentlichungsfähige Niederschriften eine typische Folge der Erfüllung der Forschungsverpflichtung und daher immanenter Teil der Forschungsaufgabe des Universitätspersonals. Aus beschäftigungsrechtlicher Sicht lässt sich daher aus dem Publikationsargument nichts für einen Aufgriffsausschluss gewinnen.

Ein dienstrechtlicher Aspekt, im Verhältnis des von § 106 Abs. 1 UG normierten Veröffentlichungsrechts und des in § 106 Abs. 2 UG geregelten universitären Aufgriffsrechts, kann auch im Erfordernis einer sachgerechten Abwägung, zwischen der Treuepflicht des Dienstnehmers gegenüber dem Dienstgeber und der Fürsorgepflicht des Dienstgebers zum Schutz der Dienstnehmerinteressen, erblickt werden.<sup>52</sup>

### cc) Drittmittelforschung

Von besonderem Belang ist der dienstpflichtenorientierte Ansatz für die mitunter diffizilen Abgrenzungproblematiken im Rahmen der „Drittmittelforschung“ und damit für die Zuweisung von Aufgriffs- und Verwertungsrechten an im Zuge von extern finanzierter Auftragsforschung entstandenen immaterialgüterrechtlich relevanten Werken.<sup>53,54</sup>

Die vom Gesetzgeber nicht näher kommentierte Regelung des § 26 Abs. 1 UG, wonach drittfinanzierte Auf-

49 § 97 Abs. 1, § 100 Abs. 1 UG; § 155 Abs. 1 f. iVm. §§ 165, 172, 179 BDG 1979; § 49b iVm. §§ 49h, 49n VBG; §§ 25 ff. Uni-KV (Kollektivvertrag für die ArbeitnehmerInnen der Universitäten, 1. I. 2009, idgF.).

50 Vgl. *Dillenz*, aaO., S. 122 f.

51 Kunstuniversitäts-Organisationsgesetz, BGBl. I 1998/130 – außer Kraft.

52 So *Titscher*, Das Recht auf Veröffentlichung im Spannungsverhältnis zur Drittmittelforschung, zfhr 2008, 175.

53 Angesprochen sind Werke, die im Rahmen von „Ad-personam-Auftragsforschung“ oder „Instituts-Auftragsforschung“ iSv. §§ 26 f. UG entstehen.

54 Zur hinsichtlich der Auftragsforschung im Kern vergleichbaren bisherigen Rechtslage eingehend *Geist*, aaO., S. 135 ff., 151 ff., 158 ff. und *Langeder*, Drittmittelforschung, Wissenschaftsfreiheit und dienstrechtliche Forschungsverpflichtung, in: Strasser (Hg.), Grundfragen der Universitätsorganisation IV, Bd. 10 der Beiträge zum Universitätsrecht, 1990, S. 135 ff., 143 ff., 158 f., die eine distanzierte Haltung zu einer Aufgriffsautomatik bei Drittmittelforschungsergebnissen einnehmen; wobei Aspekten, wie der (Nicht-)Einschlägigkeit des Arbeitsgebietes, der Mitwirkungsfreiwilligkeit, dem Honorarbezug, der Arbeitnehmereigenschaft und dem Erfordernis einer rechtsgeschäftlichen Übertragung maßgebliche Bedeutung beigemessen wird.

tragsforschung zur Universitätsforschung zählt, deutet zunächst darauf hin, dass solche außenmotivierte und außengerichtete Forschungsaktivitäten (zumindest) organisationsrechtlich als der dem Arbeitgeber Universität geschuldeten Forschungsleistung gleichwertig zu behandeln sind. Für sich betrachtet ließe sich daraus der Schluss ziehen, dass im Zuge von Drittmittelprojekten entstandene, verwertbare Innovationen grundsätzlich gleichermaßen dem universitären Aufgriffsrecht des § 106 Abs. 2 UG unterfallen.<sup>55</sup> Wobei auch diese Annahme jedenfalls unter der Prämisse stehen müsste, dass es sich um die Durchführung von Drittmittelforschung durch Universitätspersonal handelt, da nur dieses „Universitätsforschung“ betreibt,<sup>56,57</sup> und der externe Auftraggeber sich die Verwertungsrechte, die gängigerweise den Hauptgrund für eine externe Projektfinanzierung darstellen, nicht vertraglich zusichern ließ, und damit einem möglichen universitären Aufgriffsrecht schon in seiner Eigenschaft als Auftraggeber und Financier des Forschungsprojektes vorgeht.<sup>58</sup>

Entgegen dieser Annahme scheint aber die Zurechnungsregelung des § 26 Abs. 1 UG, betreffend Universitätsforschung, vielmehr als Zugeständnis an die universitätsrechtlich und hochschulpolitisch deklarierte erwünschte Stärkung universitärer Wissenstransferleistung gegenüber Gesellschaft und Wirtschaft und Intensivierung der Lukrierung außeruniversitärer Finanzierungsquellen zu werten zu sein. Insofern dürfte damit keine Neuorientierung hinsichtlich Aufgriffsmöglichkeiten verwertbarer Innovationen beabsichtigt gewesen sein. Dies vor allem auch vor dem Hintergrund, dass in der Fassung der Voraussetzungen für die Durchführbarkeit der in Rede stehenden Drittmittelprojekte in der

Substanz, gegenüber der Vorgängerbestimmung des UOG 1993,<sup>59</sup> keine wesentliche Änderung eingetreten ist. Insbesondere ist, nach wie vor, neben einer Kostensatzpflicht für die Nutzung von Universitätsressourcen, die Nichtbeeinträchtigung der dem Arbeitsverhältnis erfließenden Rechte und Pflichten von mitwirkendem und nichtmitwirkendem Personal sowie der durch Organisationsregelungen festgelegten Aufgabenerfüllung der beteiligten universitären Organisationseinheit als unabdingbare Voraussetzung für die Zulässigkeit normiert.<sup>60</sup> Verbunden mit einer im Ermessen des Rektorats liegenden Untersagungspflicht solcher außenfinanzierter Forschung, bei Nichterfüllung einer dieser Voraussetzungen.<sup>61</sup> In diese Richtung deutet vor allem auch die novellierte Fassung des § 155 Abs. 4 BDG, wonach, wie bisher, Drittmittelforschung an Universitäten, gleich der Durchführung von Universitätslehrgängen,<sup>62</sup> ausdrücklich als außerhalb der Dienstpflichten gegebenenfalls stattfindende Nebentätigkeit<sup>63</sup> festgeschrieben wird.<sup>64,65</sup>

Bei Zusammenschau der relevanten organisations-, beschäftigungs- und immaterialgüterrechtlichen Bestimmungen ist damit erkennbar, dass die patentrechtliche Aufgriffsregelung, im Anwendungsbereich der Universitäten, offenbar auf die Dienstpflichtenerfüllung durch Universitätspersonal ausgerichtet ist. Insofern kann davon ausgegangen werden, dass für patentfähige Erkenntnisse im Rahmen von Drittmittelforschung grundsätzlich keine Aufgriffskompetenz der Universität besteht. Für diesen Bereich ist daher diesbezüglich auch keine Beschränkung von Veröffentlichungsrechten anzunehmen.

55 In diese Richtung *Nowotny* in: Perthold-Stoitzner (Hg.), UG 2002, 3. Aufl. 2016/*Manz* UG online, Anm. I.2. zu § 26 UG; *Titscher*, aaO., 172, die undifferenziert auf die Funktionalität der Tätigkeitsausübung abstellt. Nicht eindeutig *Oberbauer-Oberparleitner*, Stolpersteine auf dem Weg in die Vollrechtsfähigkeit, zfhr 2004, 20 f.

56 Drittmittelbeschäftigte stehen zwar formal in einem Angestelltenverhältnis zur Universität, schulden in dieser Eigenschaft, die sie nicht zu Universitätsangehörigen macht, ihre Arbeitsleistung aber nicht der Universität, sondern dem Auftraggeber.

57 So im Ergebnis auch *Perthold-Stoitzner*, UG. Universitätsgesetz 2002, 4. Aufl. 2016, Anm. 5 zu § 26 UG, sowie die EB 1134 BlgNR 21. GP, 99, wo betreffend Aufgriffsrechte auf Mitarbeiter der Universität abgestellt wird.

58 Ungeachtet dessen, dass der Finanzierungsgrund eines Drittmittelgebers (im Unterschied zu einem Subventionsgeber) typischerweise in der möglichst umfangreichen Verwertungs- und Verfügungsmöglichkeit über die Ergebnisse der Auftragsforschung liegt, ist auch hier davon auszugehen, dass keine aus dem Auftragsverhältnis automatisch erfließende Überlassungspflicht an den Auftraggeber gegeben ist, sondern eine solche vielmehr einer ausdrücklichen Vereinbarung bedarf.

59 § 4 leg cit.

60 § 26 Abs. 2 f. UG.

61 § 26 Abs. 4 UG.

62 Welche ebenfalls als sinnvolle, aber nicht notwendige und damit freiwillige Ergänzung zu den eigentlichen Universitätsaufgaben angelegt sind (vgl. § 51 Abs. 2 Z. 21 iVm. § 56 UG samt den EB 1134 BlgNR 21. GP, 91).

63 Zum Nebentätigkeitsbegriff vgl. etwa *Novak*, Das Dienstrecht der Wissenschaftler, Bd. 1 der Schriften zum Wissenschaftsrecht, 2003, Anm. 34 ff. zu § 155 BDG 1979.

64 Dazu auch *Oberbauer-Oberparleitner*, aaO., 20.

65 Da die Neuregelung des § 155 Abs. 4 BDG 1979 nach In-Kraft-Treten der Auftragsforschungsregelungen des UG (vgl. § 143 leg cit) erlassen wurde (Dienstrechts-Nov. BGBl. I 2003/130) und die abgeänderte Fassung gerade die inhaltliche Anpassung an die neuen organisationsrechtlichen Bestimmungen des UG bezweckte, kann auch kein Redaktionsversehen angenommen werden, sondern ist von einer bewussten gesetzgeberischen Zuordnung solcher Aktivitäten zum außerdienstlichen Nebentätigkeitsbereich auszugehen. Zur Neuregelung und Abgrenzung von Dienstpflichten und Nebentätigkeiten vgl. auch § 240a BDG 1979 samt den EB 238 BlgNR 22. GP (zit. bei *Fellner*, Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979, Anm. zu § 240a BDG 1979).

## 5. Schutzbereich und Schrankenwirkung der Wissenschaftsfreiheit

Neben den einfachgesetzlichen Wertungen und Abgrenzungen, im Wechselspiel von Veröffentlichungsfreiheit und Aufgriffsrecht, ist dieser Fragenbereich vor allem auch unter dem Aspekt des Schutzbereichs der Wissenschaftsfreiheit von besonderer Relevanz.

Wie eingangs schon angerissen, impliziert die Forschungsfreiheit des Art. 17 StGG nach Meinungsstand und Judikatur wesentlich auch die Freiheit des Forschers nach eigenem Willen und Ermessen die Ergebnisse seiner wissenschaftlichen Forschungsarbeiten schriftlich abzufassen und zu veröffentlichen.<sup>66</sup> Wobei die Schutzwirkung dieser Freiheit, nach aktuellem Verständnis, sowohl das subjektive Recht des Wissenschaftlers diese Freiheit ungehindert ausüben zu können als auch die objektive Komponente einer entsprechenden einfachgesetzlichen Absicherung einschließt. Die grundrechtlich geschützte Veröffentlichungsfreiheit soll dabei vor allem der Untersagung einer wissenschaftlichen Publikation, als schärfste Einschränkungform, vorbeugen,<sup>67</sup> impliziert aber auch die Freiheit, eine Veröffentlichung nach eigener Entscheidung zu unterlassen. Der Verfassungskonformität können dabei nicht nur intentional, und damit nach dem Regelungszweck auf eine Einschränkung ausgerichtete Bestimmungen widerstreiten, sondern auch solche allgemeiner Natur, soweit sie in ihrer Wirkung auf eine Einschränkung der Veröffentlichungsfreiheit hinauslaufen.<sup>68</sup> Derartige Regelungen bedürfen hinsichtlich ihrer die Wissenschaftsfreiheit tangierenden Effekte einer Rechtsgüterabwägung.

### a) Rechtsgüterabwägung und Unternehmensgegenstand

Im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung kann im konkreten Zusammenhang, sowohl aus grundrechtlicher als auch aus organisationsrechtlicher Perspektive, grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass, auch entsprechend dem „Unternehmensgegenstand“ der Universitäten, wissenschaftszentrierte und

erkenntnisorientierte Interessen solchen überwiegend fiskalischer Art vorzugehen haben.<sup>69</sup>

Der Gegenstand universitärer Aktivitäten liegt nach der Zielbestimmung des UG<sup>70</sup> darin, der wissenschaftlichen Forschung und Lehre (bzw. Entwicklung der Künste) zu dienen. Wobei die nähere Konkretisierung im Rahmen dieser Regelung klar die Hervorbringung neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse als Kernaufgabe der Universitäten hervorhebt, die, im Sinne einer gewissen Außenverantwortung und gesamtgesellschaftlichen Einbindung, in ihrer Wirkung auch, im Sinne einer erwünschten Nebenwirkung, zur Entwicklung der Gesellschaft und Lösung ihrer Herausforderungen beitragen soll. Die Universitäten sind demnach, im Geiste dieser Ausrichtung, primär einem wissenschaftlichen Erkenntnisideal verpflichtet, das sie von einer marktwirtschaftlichen Verwertungsorientierung grundsätzlich unterscheidet. Die Verwertungsrelevanz wissenschaftlicher Erkenntnis ist nach diesem Verständnis ein möglicherweise willkommener, aber nicht handlungsweisender und organisations- und beschäftigungsrechtlich auch nicht gebotener Effekt der eigentlichen Erkenntnisaufgabe. Dafür streitet auch die rechtstextliche Bezugnahme auf das humanistische Ideal der Persönlichkeitsbildung.<sup>71</sup>

Dieses, erstmals ins UG aufgenommene ausdrückliche Rekurrenieren auf den gemeinschaftlichen Erkenntnisgewinn, zum Zweck der Persönlichkeitsentwicklung durch wissenschaftliche Forschung, und damit im Grunde auf humboldtsche und humanistische Bildungsideale, hat seinen bildungspolitischen Hintergrund im Tauziehen um die Rechtsnatur und Ausrichtung der Universitäten im Vorfeld der Einrichtung neuer vollrechtsfähiger Universitäten; wobei, seitens Industrie und Finanz, eine Neustrukturierung der Universitäten als privatisierte Kapitalgesellschaften angedacht und forciert wurde. Insofern kann die gegenständliche Fassung des § 1 UG auch als bewusst gesetztes Bekenntnis des hochschulrechtlichen Gesetzgebers zu einer Kontinuität der österreichischen Universitätsidee, im Sinne einer Ausrichtung der Grundwerte an den Eckpunkten der Humboldt-Ideale, verstanden werden, die damit einer über-

66 Insb. VfGH 3.10.1956, B 74/56 = VfSlg 3068/1956 sowie VwGH 27.6.2012, 2011/12/0172 = ZfV 2013, 64 f. = zfhr 2012, 218.

67 Vgl. insb. VfGH 23.6.1950, B 213/49 = VfSlg 1969/1950; 23.3.1949, B 225/48 = VfSlg 1777/1949.

68 Vgl. etwa *Berka*, Grundrechte, Rn. 344 f.; *Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht 3: Grundrechte, 2. Aufl. 2015, Rn. 42.211. So auch schon *Pernthaler*, Die Universitätsautonomie im Spannungsfeld von Wissenschaftsfreiheit, Bildungsanstalt und Forschungsunternehmen, in: Strasser (Hg.), Organisations-, europa- und immaterialgüterrechtliche Probleme der Universitäten, Bd. 14 der Beiträge zum Universitätsrecht, 1992, S. 6 f. Auch

die jüngere Judikatur weist, in Abkehr von der älteren Rechtsprechung, in diese Richtung, wenn der VfGH sowohl Rechtsgrundlagen, die auf eine Beschränkung der Wissenschaftsfreiheit abzielen als auch Rechtsgrundlagen, die eine solche Beschränkung (lediglich) im Effekt bewirken, gleichermaßen in die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit gem. Art. 17 StGG einbezieht (VfGH 10.6.1996, B 696/96 = VfSlg 14.486/1996).

69 So auch schon *Geiß*, aaO., S. 155.

70 § 1 Satz 1 leg cit.

71 § 1 Satz 3 UG.

wiegend verwertungsorientierten, marktwirtschaftlich orientierten Universität eine Absage erteilt.<sup>72</sup>

Diesem Wissenschaftsideal sind auch die Regelungen über die Grundsätze und Aufgaben der Universitäten verpflichtet, welche die Entwicklung der Wissenschaften und die Bildung durch Wissenschaft an vorrangiger Position als universitäre Aufgabe festschreiben<sup>73</sup> und insbesondere die Freiheit der Wissenschaft an die erste Stelle der leitenden Grundsätze der Universitäten reihen,<sup>74</sup> und damit auch einen ausdrücklichen Bezug universitären Handelns zu den von Art. 17 StGG garantierten Freiheiten und Rahmenbedingungen herstellen. Auch diesen Bestimmungen kommt dabei der Charakter maßgeblicher Handlungsvorgaben und Rechtmäßigkeitsmaßstäbe und damit auch wesentliche Bedeutung für das Verständnis der Veröffentlichungs- und Aufgriffsregelung des § 106 UG zu.

Von besonderer Relevanz bei der Rechtsgüterabwägung ist schließlich, dass die Forschung auch an den nunmehr vollrechtsfähigen Universitäten dem Hoheitsbereich zugeordnet wird und deren Sicherung ein wertungsmaßgebliches Allgemeininteresse an der Tätigkeit der Universitäten darstellt, welches in diesem Sinne nach der Judikatur auch von ausschlaggebender Bedeutung für die Qualifizierung von Organakten an Universitäten ist.<sup>75</sup> Dieses überwiegende öffentliche Interesse an der Gestaltung von Forschung, Lehre und Wissenschaftsverwaltung<sup>76</sup> bedingt sach- und rechtslogisch verdichtete rechtsstaatliche Anforderungen hinsichtlich gestaltender Eingriffe in durch die Wissenschaftsfreiheit garantierte Positionen; diese Anforderungen betreffen sowohl die normativen Voraussetzungen für die als auch den Handlungsspielraum der Wissenschaftsverwaltung. Dem grundsätzlichen Abwägungsvorrang überwiegender öffentlicher Interessen bei Grundrechtskonkurrenz<sup>77</sup> kommt demnach für die Wissenschaftsfreiheit spezifische Bedeutung zu.

Diesen Intentionen entsprechend, sollen die einfachgesetzlichen Bestimmungen zum Veröffentlichungsrecht zum einen die der Wissenschaftsfreiheit entsprechende unbeeinflusste Entscheidungsfreiheit garantieren, und zum anderen vor allem auch den Wissenstransfer, die Kritikoffenheit, die meinungsbildende Funktion der Universitäten, den öffentlichen Meinungsdiskurs sowie das Ansehen und die Karrierechancen in der „scientific community“ sichern.<sup>78</sup>

#### b) Wertungs- und Regelungskonflikte

Zu diesen grundrechtlichen und einfachgesetzlichen Intentionen und Implikationen steht die organisationsrechtliche Generalaufgriffsregelung unter verschiedenen Gesichtspunkten im Wertungs- und Regelungs widerspruch. Die von § 106 UG vorgesehene Meldepflicht patentträchtiger Erkenntnisse und das im Ermessen des Rektorats liegende, innerhalb von drei Monaten auszuübende Inanspruchnahmerecht der Universität<sup>79</sup> sind geeignet die Veröffentlichungsfreiheit bzw. das Veröffentlichungsrecht in zweifacher Weise zu behindern: Wenn die Universität die Verwertung der Forschungserkenntnisse in Anspruch nimmt, entfällt einerseits die Freiheit des Wissenschaftlers selbständig umgehend, etwa zum Schutz vor Innovationsverlust durch eine ergebnisähnliche Konkurrenzpublikation, zu veröffentlichen, wobei schon die dreimonatige Wartefrist wissenschaftliche Interessen nachhaltig schädigen kann, und unter einem auch die Freiheit, etwa aus ethischen Erwägungen, nicht zu veröffentlichen.

Die intentionale Unvereinbarkeit von Veröffentlichungs- und Aufgriffsrecht kann aus patentrechtlicher und beschäftigungsrechtlicher Sicht auch nicht durch die Überlegung einer etwaigen Doppelverwirklichung entschärft werden.<sup>80</sup> Zunächst löst die § 12 PatG nach-

72 IdS. kann auch die Haltung des VfGH im Universitäts-Leiterkenntnis aus 2004 verstanden werden, wo, als zentrale Argumentationslinie hinsichtlich der Organ- und Entscheidungsstruktur, darauf abgestellt wird, dass das Regelungskonzept des UG zentral deshalb als verfassungskonform zu werten ist, weil es eine „systemimmanente“ Weiterentwicklung der im UOG 1993 grundgelegten Organisationsstruktur darstellt (VfGH 23.1.2004, G 359/02 = VfSlg 17.101/2004 = ÖJZ 2004, 738 f. = ZfV 2005, 291 ff. = zfhr 2004, 60 ff.; dazu auch *Rath-Kathrein*, Die Universitätsreform im Lichte der aktuellen Rechtsprechung, in: Weber/Wimmer (Hg.), Vom Verfassungsstaat am Scheideweg/FS Pernthaler, 2005, S. 319 ff.). IdS. auch VfGH 29.6.2013, G 35-40/2013, V 32-36/2013 = zfhr 2013, 142 ff., wo hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Absicherung universitärer (intrinsisch basierter) Handlungsfreiräume auf die bei Erlassung des Art. 81c B-VG (Bundes-Verfassungsgesetz, BGBl. 1930/1, idgF.) vorgefundenen gesetzlichen Aufgabenzuweisungen nach Maßgabe des Art. 17 StGG und unter Bedachtnahme auf deren Entwicklung abgestellt wird.

73 § 3 Z. 1, 2 UG.

74 § 2 Z. 1 UG.

75 OGH 21.2.2013, 9 ObA 121/12b = zfhr 2013, 181 ff. = JBl 2013, 601 ff.; 25.6.2007, 9 ObA 139/06s; 8 ObA 1/08t = zfhr 2009, 60.

76 Zum überwiegen öffentlichen Interesse vgl. etwa § 1, § 2 Z. 5, § 3 Z. 8, § 4 UG iVm. Art. 81c B-VG samt den EB 1134 BlgNR 21. GP, 71 f.; VfGH 29.6.2013, G 35-40/2013, V 32-36/2013 = zfhr 2013/5, 142 ff. sowie *Berka*, Autonomie und Freiheit der Universität: Ein neuer Verfassungsartikel für die öffentlichen Universitäten, UNILEX 2008, 12.

77 Dazu etwa VfGH 10.12.1993, G 167/92, V 75-78/92 = VfSlg 13.635/1993, der hinsichtlich Beschränkungen nach dem ChemG 1996 von einem Abwägungsnachrang wirtschaftlicher Nutzungsinteressen, im Verhältnis zum Gemeinwohl, ausgeht.

78 Zu der idS. gelebten Praxis vgl. auch *Schwar*, aaO., 113 ff. und *Welan*, Wissenschaftliche Qualität, zfhr 2004, 2 ff.

79 § 106 Abs. 2 f. UG.

80 IdS. auch *Perthold-Stoitzner*, aaO., Anm. 3 zu § 106 UG; *Schwar*, aaO., 108 ff., 113 ff.; a.A., ohne nähere Begründung, *Nowotny*, aaO., Anm. II.2. zu § 106 UG; *Titscher*, aaO., 175.

empfundene unverzügliche Meldepflicht nach § 106 Abs. 3 UG konsequenterweise die patentrechtliche Geheimhaltungspflicht<sup>81</sup> zum Schutz der Dienstgeberinteressen aus, die für sich, nach dem Regelungszweck, einer Veröffentlichung durch den Forscher (ohne Dienstgeberverzicht) zuwiderläuft. Darüber hinaus verhindert das patentrechtliche Neuheitsgebot<sup>82</sup> eine Veröffentlichung vor Patentierung. Wobei eine patentfeindliche Bekanntmachung von Erkenntnissen bereits dann anzunehmen ist, wenn für die Öffentlichkeit lediglich die Möglichkeit einer Kenntnisnahme bestand,<sup>83</sup> der Verlust des Neuheitscharakters setzt damit noch nicht einmal eine qualifizierte Form von Veröffentlichung, etwa in Form einer Publikation in einem Druckwerk, voraus.

Das Melde- und Aufgriffsrecht nach § 106 UG sperrt damit, zumindest während der Wartefrist, das Veröffentlichungsrecht des Forschers und führt im Falle einer Patentanmeldung durch die Universität zu einem durch diese veranlassten Veröffentlichungseffekt, der das Geheimhaltungsrecht des Forschers ausschließt. Im Ergebnis verhindert damit der Gehalt der Aufgriffsregelung des § 106 UG die durch die Veröffentlichungsfreiheit zugestandene Dispositionsmöglichkeit des Wissenschaftlers über seine Erkenntnisse.

#### c) Aufgriffsintention

Für die Gewichtung dieser einfachgesetzlich formalen, aber auch verfassungsrechtlich intentionalen Unvereinbarkeit ist ebenso der Regelungszweck der Aufgriffsbestimmung von ausschlaggebender Bedeutung. Dabei liegt nach den Materialien das substanzielle Kernmotiv für die Aufgriffsregelung des § 106 Abs. 2 f UG darin, dass die Universität besser als der einzelne Forscher in der Lage sei patentfähige Forschungsergebnisse zu werten und wirtschaftlich zu nutzen.<sup>84</sup>

Neben einer etwaigen Unterstützungswirkung für den einzelnen Wissenschaftler, in Form von Verwertungs-know-How und Gebührentragung durch die Universität, die insbesondere bei einer lediglichen Inanspruchnahme des Benützensrechts für diesen von Interesse sein dürfte, liegt der Hauptgrund für diese Regelung aber offenbar in der Verschaffung von Verwertungsvorteilen für die Universität, die sowohl in der wettbewerbsträchtigen Steigerung der Patentzahlen als vor allem auch in der Eröffnung neuer Finanzierungsquellen liegen können.

Darüber hinaus kann die Aufgriffsregelung des § 106 UG auch unter dem Aspekt eines marktwirtschaftlichen Nutzens gesehen werden. Die Annahme dieser gesetzgeberischen Perspektive erschließt sich wesentlich daraus, dass die Materialien ausdrücklich an der diesbezüglichen Novellierung des deutschen Arbeitnehmererfindungsgesetzes anknüpfen,<sup>85</sup> welche, nach amerikanischem Muster, auf eine Intensivierung des Informationstransfers von den Universitäten zur Wirtschaft und eine damit einhergehende Steigerung der wirtschaftlichen Innovationsdynamik ausgerichtet war.<sup>86</sup>

In Summe zeichnet sich damit ein vordringlich monetär motivierter institutioneller Verwertungsprimat als entscheidendes Regelungsmotiv der Aufgriffsbestimmung nach UG und damit ein von externen Interessen- und Nutzenerwägungen getragener Regelungsgehalt ab.

#### d) Primat der Wissenschafts- und Veröffentlichungsfreiheit

Die vorhandenen einfachgesetzlichen und verfassungsrechtlichen Regelungsdivergenzen zu den patentrechtlichen Aufgriffsbestimmungen nach § 106 UG führen, unter Einbeziehung von Gesetzssystematik und bezüglichen Wertungsmaßstäben, aus verschiedenen Perspektiven zur Annahme eines Vorrangs der Wissenschafts- und Veröffentlichungsfreiheit des einzelnen Forschers.

Wesentliche Argumente dafür ergeben sich zunächst primär aus dem Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit selbst.

Im Rahmen einer Abwägung der schützenswerten Rechtsgüter Veröffentlichungsfreiheit und Aufgriffsrecht steht der vorstehend dargestellte erkenntnisorientierte Schutzzweck des Art. 17 StGG, der wesentlich auf die Entscheidungsfreiheit des einzelnen Forschers betreffend Thema, Methode und Veröffentlichung wissenschaftlicher Erkenntnisse ausgerichtet ist, dem primär ertrags- und marktorientierten Verwertungsrecht patentfähiger Erkenntnisse durch die Universitätsleitung, nach § 106 Abs. 2 ff. UG, gegenüber.

Bei der Gewichtung der Wertigkeiten der Schutzinteressen ist, neben dem Schutz der Verfügungsfreiheit des einzelnen Wissenschaftlers, insbesondere die rechtlich definierte Aufgabe und Rolle der Universität ins Kalkül zu ziehen. Nach den entscheidungsmaßgeblichen Grundsatzbestimmungen des UG tritt dabei der Primat der wissenschaftlichen Erkenntnis deutlich hervor, wobei vom

81 § 13 PatG.

82 § 3 PatG.

83 Vgl. *Schwar*, aaO., 108 f.

84 Vgl. die EB 1134 BlgNR 21. GP, 99.

85 Vgl. die EB 1134 BlgNR 21. GP, 99. Angesprochen ist § 42 ArbEG,

idF. dBGBL. I/2002, 114.

86 Vgl. *Schwar*, aaO., 115, unter Bezugnahme auf *Godt*, Patentschutz für Forschungsergebnisse – eine Herausforderung für die Wissenschaft, *WissR* 36 (2003), S. 30 f.

UG noch ausdrücklich der Konnex zu den von Art. 17 StGG garantierten Freiheiten hergestellt wird.<sup>87,88,89</sup> Im Sinne dieser Ausrichtung tritt neben die Manifestation und Etablierung von Forschungsleistungen im Eigeninteresse des einzelnen Wissenschaftlers auch die Funktion universitärer Forschungserkenntnisse, als wesentlicher Beitrag zur gesamtgesellschaftlichen Meinungsbildung und Kritikoffenheit.<sup>90</sup>

Bei Bedachtnahme auf den Schutzgegenstand von Veröffentlichungs- und Aufgriffsrecht kann daher, vor allem auch im Zusammenhang mit der vom UG den Universitäten zugedachten hoheitlichen Aufgabenstellung im überwiegenden Allgemeininteresse, nicht davon ausgegangen werden, dass institutionelle Verwertungsinteressen eine die Beeinträchtigung der Veröffentlichungsfreiheit rechtfertigende Grundlage darstellen,<sup>91,92</sup> so dass aus diesem Blickwinkel der Abwägungsentscheidung zu Gunsten der Veröffentlichungsfreiheit der Ausschlag einzuräumen sein wird.<sup>93</sup>

#### e) Eingriffsintensität und Aufgriffsregelung

Abgesehen von der Anknüpfung an der relativen Schutzwürdigkeit der Rechtsgüter ist auch zu erwägen, ob der Aufgriffsbestimmung des § 106 UG durch die Festschreibung der uneingeschränkten Anwendbarkeit des patentrechtlichen Aufgriffsrechts nicht schon ausreichender Intentionalitätscharakter innewohnt, um im Sinne der gängigen Judikatur<sup>94</sup> eine (direkte) Verfassungswidrigkeit nach Art. 17 StGG zu begründen.

Für diese Auffassung kann insbesondere der Umstand sprechen, dass der Gesetzgeber Veröffentlichungs-

freiheit und Aufgriff organisationsrechtlich nunmehr im Rahmen einer Bestimmung regelt. Anders als nach bisheriger Rechtslage, mit dienstrechtlicher Zusicherung der Veröffentlichungsfreiheit und patentrechtlicher Regelung von Aufgriffsrechten<sup>95</sup> und den mit den unterschiedlichen Regelungsbereichen und gesetzgeberischen Zuständigkeiten verbundenen verschiedenartigen Intentionen und Regelungstechniken, mit etwaig unzureichender gegenseitiger Abstimmung und Bedachtnahme, kann bei der nunmehr gegebenen Regelung beider Tatbestände durch den hochschulrechtlichen Gesetzgeber, und unter einem in derselben UG-Bestimmung, von einer bewussten Inbeziehungsetzung und Ausrichtung ausgegangen werden. Wobei sowohl die textliche Fassung, samt der lediglich auf die „Verwertung von geistigem Eigentum“ abstellenden Überschrift des § 106 UG, als auch der aus dem Gesetzgeberwillen hervorleuchtende Regelungsgehalt erkennbar in Richtung eines intendierten Primats der gesamtuniversitären Nutzungsinteressen weisen.

#### f) Garantenpflicht und Meinungsäußerungsfreiheit

Zudem ist die erst kürzlich erlassene Bestimmung des § 106 UG unter dem in der Lehre nunmehr überwiegend vertretenen Aspekt einer Art. 17 StGG erfließenden Garantenpflicht des Staates als kritisch zu betrachten. Entsprechend dieser grundrechtlich gebotenen Pflicht des einfachen Gesetzgebers zur inhaltlichen Regelungs-gestaltung im Sinne der in der Wissenschaftsfreiheit zum Ausdruck kommenden Wertungen scheint vertretbar, dass die im Regelungsgefüge des § 106 UG vorge-

87 §§ 1–3 (§ 2 Z. 1) UG.

88 Im hier gegebenen Zusammenhang ist überdies von Bedeutung, dass im Rahmen der einleitenden dienstrechtlichen Aufgabenregelungen für die Universitätslehrer jene Bestimmungen ausdrücklich als primär auslegungsrelevant für den gesamten die Universitätslehrerrechte und -pflichten betreffenden Regelungskörper (angesprochen sind §§ 156–200 BDG 1979 bzw. §§ 49c–49v VBG) festgelegt sind, welche (neben etwaigen ärztlichen Pflichten) auf die klassische Aufgabentrias: Forschung – Lehre – Appendixverwaltung, abstellen – Tätigkeiten im Rahmen der Auftragsforschung bleiben dabei unberücksichtigt (vgl. § 155 Abs. 7 BDG 1979 bzw. § 49b Abs. 7 VBG).

89 Für diesen Erkenntnisprimat spricht, als europarechtliche Dimension, auch der Motivenbericht zu der von Art. 13 GRC verbrieften Freiheit der Kunst, Forschung und Wissenschaft, wonach der Grundsatz der akademischen Freiheit ein strukturelles Prinzip der Hochschulorganisation darstellt (vgl. *Bernsdorff* in: Meyer (Hg.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Anm. 7 zu Art. 13 GRC).

90 VfGH 10.6.1996, B 696/96 = VfSlg 14.485/1996.

91 In diesem Zusammenhang ist auch von Belang, dass der VfGH im Universitäts-Erk. 1977 (VfGH 3.10.1977, G 13/76, G 7/77 = VfSlg 8136/1977) – lediglich – hinsichtlich der nichtstaatlichen, kommerziell orientierten Industrieforschung Beschränkungen der Wissenschaftsfreiheit, iSd. Unternehmens, als zulässig her-

vorhebt.

92 IdS. auch VfGH 10.12.1993, G 167/92, V 75-78/92 = VfSlg 13.635/1993, dem ein grundsätzlicher Abwägungsnachrang wirtschaftlicher Zwecke gegenüber grundrechtsgestützten öffentlichen Interessen mit Gemeinwohlbezug (insb. etwa mit Hinblick auf den Schutzgegenstand von Gentechnikgesetz und Chemikaliengesetz 1996) entnommen werden kann, der auch zur Wahrung wissenschaftlicher Erkenntnisinteressen effektuiert scheint.

93 Dass einfachgesetzlich vertypete universitäre oder auch gesamtgesellschaftliche Nutzungs- und Verwertungsinteressen keine geeignete Grundlage für Eingriffe in wissenschaftliche Freiheiten darstellen können, folgt auch aus dem grundsätzlichen Abwägungsnachrang solcher Interessenslagen im Rahmen verfassungsrechtlicher und unionsrechtlicher Wertekonkurrenzen (vgl. dazu auch Art. 3 iVm. Art. 1, 13 GRC sowie *Borowsky* in: Meyer (Hg.), aaO., Anm. 29 zu Art. 1 GRC; *Jarass*, aaO., Rn. 7 zu Art. 13 GRC). Unter diesem Aspekt erübrigt sich auch die Frage nach der etwaigen (darüber noch hinausgehenden) Annehmbarkeit einer Dienstpflicht zur erfindungsorientierten Forschung (vgl. dazu auch *Gärditz*, Dienstrecht der Hochschulen, in: *Gärditz/Pahlow* (Hg.), Hochschulfinderrecht, 2011, S. 39 ff.).

94 Für die jüngere Vergangenheit etwa VfGH 10.6.1996, B 696/96 = VfSlg 14.485/1996; 14.12.1994, B 1400/92 = VfSlg 13.978/1994.

95 § 183 BDG 1979 sowie § 7 PatG.

nommenen Gewichtungen als nicht ausreichend verfassungskonform zu werten sind.

Schließlich kann das Aufgriffsrecht in verfassungsrechtlicher Hinsicht auch noch unter dem Gesichtspunkt der Meinungsäußerungsfreiheit als bedenklich gewertet werden, die im Rahmen wissenschaftlicher Forschung wesentlich im Wege der Veröffentlichung von Forschungsergebnissen verwirklicht wird und welcher von der Judikatur ein mitunter weitreichenderer Schutzbereich zugemessen wird, der, in Abwägung gegenüber grundrechtsimmanenten Schranken, gerade auch im Sinne kritischer Expertenmeinungen zugunsten der freien Meinungsäußerung ausschlagen soll.<sup>96,97</sup>

Anders als die, auf Basis der Meinungsäußerungsfreiheit vom EGMR für die Freiheit der Kunst entwickelten sittlichen Schranken,<sup>98</sup> die, auf Grundlage der in Art. 10 EMRK festgeschriebenen Genehmigungsvorbehalte und Beschränkungsmöglichkeiten für die Meinungsäußerung, einen grundrechtlichen „Moralvorbehalt“ unter der Prämisse der für diese Bereiche wesentypischen Kommunikation subjektiver Werthaltungen argumentierbar machen, ist hinsichtlich der Veröffentlichung von Erkenntnissen wissenschaftlicher Forschung, mit Hinblick darauf, dass diese der objektiven Wahrheitsfindung verpflichtet ist, eine Ex-ante- oder Ex-post-Beschränkung der Publikationsfreiheit in rechtskonformer Weise nicht annehmbar;<sup>99</sup> dies demzufolge auch bei Bedacht darauf, dass die Veröffentlichung wissenschaftlicher Erkenntnisse für sich keinen unmittelbaren Einfluss auf der Menschenwürde affine Werte haben kann.

#### g) Interpretatorische Ansätze

Abgesehen von diesen aus grundrechtlicher Sicht gegebenen Schief lagen der Aufgriffsregelung, finden sich auf einfachgesetzlicher Ebene verschiedene Anknüpfungsmomente zu Gunsten der Veröffentlichungsfreiheit.

So widerspricht das Aufgriffsrecht der ausdrücklich geregelten dienstrechtlichen Zustimmungsfreiheit nach § 183 BDG. Diese ist nach ihrer Intention der grundrechtlichen Forschungsfreiheit verpflichtet,<sup>100</sup> während die von § 106 Abs. 2 UG bezogene patentrechtliche Aufgriffsregelung gewerbliche Verwertungsinteressen des Unternehmers sichern soll. Wollte man diesen Regelungswiderspruch zwischen der im Normengefüge gleichrangigen dienstrechtlichen Veröffentlichungsfreiheit und dem organisationsrechtlichen Aufgriffsrecht nach den allgemeinen Regelungen zur materiellen Dero gation lösen, wäre dabei<sup>101</sup> auf die Vorrangigkeit des Regelungszwecks abzustellen. Unter Einbeziehung der regelungssystematischen Gesamtausrichtung des UG, die nach wie vor erkennbar vorrangig der wissenschaftlichen Erkenntnis und der Verwirklichung (klassischer) wissenschaftlicher Prinzipien verpflichtet ist, scheint auch unter diesem Gesichtspunkt der Veröffentlichungsfreiheit des einzelnen Wissenschaftlers (im Zweifel) der Vorrang gegenüber universitären Verwertungsinteressen einzuräumen zu sein.

Dazu könnte noch, im Sinne der bisherigen Gewichtung von überschneidenden organisationsrechtlichen und beschäftigungsrechtlichen Bestimmungen,<sup>102</sup> die Auffassung vertreten werden, dass hinsichtlich beschäftigungsrelevanter (hier: veröffentlichungsbezogener) Belange im Zweifel die, hinsichtlich der Rechtsposition des Autors, betreffend die Veröffentlichungsfreiheit eindeutiger und tendenziell günstiger ausgewiesene<sup>103</sup> dienstrechtliche Regelung des § 183 BDG, der vom Gesetzgeberwillen nicht besonders unterlegten und damit allgemeineren organisationsrechtlichen Bestimmung des § 106 UG vorgeht.

Auch ein Verständnis des Regelungsgehalts des § 106 UG im Sinne der für den gesamten Regelungskörper des UG primär handlungsdeterminierenden und interpreta-

96 VfGH 10.6.1996, B 696/96 = VfSlg 14.485/1996; vgl. sinngemäß auch VfGH 14.12.1994, B 1400/92 = VfSlg 13.978/1994.

97 Die Meinungsäußerungsfreiheit ist auch unter dem Aspekt von besonderem Belang, dass sie europarechtlich in einem engen Konnex zur Kunst- und Forschungsfreiheit gesehen wird. Vermittels der in diese Richtung weisenden Judikatur des EGMR und des EuGH ist die europäische Grundrechtsregelung der „Freiheit von Kunst und Wissenschaft“, in Art. 13 GRC, in ihrer Entstehung maßgeblich vom Gehalt der Meinungsäußerungsfreiheit mitintendiert (vgl. EuGH 13.12.2001, C-340/00 P, *Cwik*, Slg. 2001, I-10269 Rn. 28 – zur forschungseinschlägigen EuGH-Judikatur vgl. insb. auch *Mann* in: Heselhaus/Nowak (Hg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2. Aufl. 2017, § 26 Rn. 56 ff.). Der durch Art. 10 EMRK zugesicherten „Freiheit der Meinungsäußerung“ wird, als Freiheit zur Mitteilung und zum Empfang von Ideen und Nachrichten, überdies ein besonderer Bezug zum Schutz der Veröffentlichung von Forschungswerken zugeschrie-

ben (so *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012, S. 312 ff.; *Mann*, aaO., § 26 Rn. 9).

98 EGMR 24.5.1988, Nr. 25/1986/123/174, Serie A/133 = EuGRZ 1988, 543; 20.9.1994, Nr. 11/1993/406/485, Serie A/295 = MR 1995, 35.

99 So im Ergebnis auch *Kopetzki*, aaO., S. 255 ff., 259 ff.

100 Vgl. die EB 320 BlgNR 17. GP, 36 f.

101 Unter der Annahme, dass die später erlassene Bestimmung des § 183 BDG 1979 (in der Stammfassung BGBl. 1988/148, idF. BGBl. I 1999/127, BGBl. I 2003/130), bei gleicher Regelungsspezialität, nicht schon aus diesem Grund der bezogenen Aufgriffsregelung des § 7 PatG vorgeht.

102 Dazu etwa *Basf*, Universitäts-Organisationsgesetz 1993, 2. Aufl. 1998, Anm. 7 zu § 21, Anm. 5 zu § 29 UOG 1993.

103 Vgl. die EB 320 BlgNR 17. GP, 36 f., wo insb. die Zustimmungsunabhängigkeit als wesentliche(r) Grund und Komponente des Veröffentlichungsrechts hervorgehoben wird.

tionsrelevanten Ziel-, Grundsatz- und Aufgabenregelungen der §§ 1 bis 3 UG,<sup>104</sup> die maßgeblich und vorrangig an der Verwirklichung wissenschaftlicher Grundwerte ausgerichtet sind, weist in diese Richtung.

In diesem Zusammenhang ist schließlich noch zu erwägen, ob nicht auch im Sinne einer verfassungskonformen Interpretation des § 106 Abs. 2 UG, im Verhältnis zu Abs. 1 *leg cit.*, mit Hinblick auf die von Art. 17 StGG gesicherte Wissenschaftsfreiheit (und der ihr immanenten Verwertungsnachrangigkeit), der normierten Veröffentlichungsfreiheit,<sup>105</sup> ob der gegebenen Unvereinbarkeiten, der Vorrang vor dem Aufgriffsrecht einzuräumen

wäre.<sup>106</sup> Diesfalls müsste, wollte man den Regelungszweck des § 106 Abs. 2 UG nicht ganz vereiteln, davon ausgegangen werden, dass der den Universitäten eingeräumten Aufgriffoption lediglich subsidiäre Funktion für den Fall zukommt, dass der Erfinder erklärtermaßen von seinem primär wirksamen Veröffentlichungsrecht nicht Gebrauch machen möchte.

Manfred Novak ist Professor am Institut für  
Universitätsrecht an der Johannes-Kepler-Universität  
Linz.

104 Zum Charakter der §§ 1–3 UG, als übergeordneter Handlungs- und Rechtfertigungsmaßstab für die Universitätsorgane vgl. etwa Mayer in: Perthold-Stoitzner (Hg.), aaO., Anm. I. zu § 1, Anm. III. zu § 2, III. zu § 3 UG; Novak, Universitätsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 29; Perthold-Stoitzner, aaO., Anm. 1 zu § 1 UG.

105 IVm. der von Art. 13 StGG und Art. 10 EMRK garantierten Meinungsäußerungsfreiheit.

106 Dies iSd. Deutungshoheit und Schiedsrichterfunktion des Verfassungsrechts bei interpretationsrelevanten Wertungswidersprüchen einfachgesetzlicher Regelungen (zu dieser Funktion des Verfassungsrechts vgl. *Kneihls*, Wider die verfassungskonforme Interpretation, ZfV 2009, 355).





Louisa Specht

„Bezahlen mit Daten“ - mögliche Auswirkungen des Richtlinienvorschlags über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte auf das nationale Vertrags- und Datenschutzrecht

## I. Einleitung

Am 9.12.2015 haben das EU-Parlament und der Rat einen Entwurf für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte verabschiedet, der Teil der Strategie für einen digitalen Binnenmarkt ist und die größten vertragsrechtlichen Hindernisse für den grenzüberschreitenden Handel mit digitalen Gütern beseitigen soll. Eingeflossen in den Richtlinienvorschlag sind auch die im Zuge der Verhandlungen über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht gewonnenen Erfahrungen. Insbesondere ist man von einem fakultativen Modell mit umfassender Regelung abgerückt und hat sich stattdessen auf eine vollständige Harmonisierung ausgewählter Vorschriften verständigt.<sup>1</sup> Etabliert werden sollen beispielsweise einheitliche Haftungsregelungen und Kündigungsmöglichkeiten. Ziel ist es, durch Reduktion von Komplexität und Diversität der Rechtsvorschriften in den Mitgliedstaaten zu einem rascheren Wachstum des digitalen Binnenmarktes beizutragen.<sup>2</sup>

Mittlerweile haben der Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz sowie der Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments zu dem Richtlinienvorschlag Stellung genommen. Er gilt gem. Art. 3 Abs. 1 für Verträge auf deren Grundlage ein Anbieter einem Verbraucher digitale Inhalte bereitstellt oder sich hierzu verpflichtet und der Verbraucher als Gegenleistung einen Preis zahlt oder aktiv eine andere Gegenleistung als Geld in Form personenbezogener oder anderer Daten erbringt. Diese Richtlinie betrifft daher auch die Bereitstellung und den Austausch digitaler Inhalte seitens der Hochschulen im Bereich von E-Learning, Drittmittel- und anderen da-

tenbasierten Kooperationsprojekten. Der Richtlinienvorschlag veranlasst dazu, insbesondere über zwei Problemfelder nachzudenken:

Es stellt sich erstens die Frage, welche Auswirkungen er auf das nationale Vertragsrecht hat. Hierzu ist insbesondere der Anwendungsbereich der Richtlinie aufzuzeigen sowie ein Überblick über die rechtsvereinheitlichenden Vorschriften zu geben. Bemerkenswert ist, dass der Richtlinienentwurf keinen Einfluss auf die vertragstypologische Zuordnung von Verträgen über digitale Inhalte nehmen, sondern einheitliche Regelungen für sämtliche Verträge über digitale Inhalte etablieren will.

Ebenfalls zu erörtern ist das Verhältnis des Richtlinienentwurfs zum Datenschutzrecht, insbesondere zu der im Jahr 2018 in Kraft tretenden Datenschutzgrundverordnung. Diese soll zwar nach dem Richtlinienentwurf unberührt bleiben,<sup>3</sup> allerdings ist das Datenschutzrecht nicht auf die freie privatautonome Disposition über Daten zugeschnitten. So ist etwa die datenschutzrechtliche Einwilligung stets frei widerruflich.<sup>4</sup> Die elementare Bedeutung dieser Widerrufsmöglichkeit für die Gewährleistung der informationellen Selbstbestimmung schließt einen Verzicht auf den Widerruf dabei *de lege lata* aus,<sup>5</sup> was an den Interessen des Datengläubigers freilich vorbeigehen dürfte.<sup>6</sup>

Die synallagmatische Hingabe von Daten zum Erhalt eines digitalen Inhaltes ist bei all dem aber kein Phänomen, das erst durch den hier thematisierten Richtlinienentwurf zu Tage tritt. Derartige vertragsrechtliche Konstellationen finden sich bereits heute.<sup>7</sup> Der Richtlinienentwurf stellt das nationale Recht damit nicht in jeder Hinsicht vor gänzlich neue Fragen, er weist aber deutlich darauf hin, dass diese Fragen heute dringender denn je

1 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte v. 9.12.2015, COM (2015) 634 final, Begründung, S. 2.

2 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte v. 9.12.2015, COM (2015) 634 final, Begründung, S. 2.

3 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereit-

stellung digitaler Inhalte v. 9.12.2015, COM (2015) 634 final, Art. 3 Abs. 8, Erwägungsgrund 22 sowie Begründung, S. 13.

4 Statt vieler: *Gola/Schomerus-Gola/Klug/Körffer*, BDSG, 12. Aufl. 2015, § 4a Rn. 38 sowie § 7 Abs. 3 DSGVO.

5 *Simitis-Simitis*, BDSG, 8. Auflage 2014, § 4a Rn. 95.

6 *Bräutigam*, MMR 2012, 635, 636.

7 Vgl. hierzu umfassend: *Müller-Riemenschneider*, E-Commerce Rechtshandbuch, 7. Teil, B. Rn. 17 f.; *Bräutigam*, MMR 2012, 635, 635.

beantwortet werden müssen. Die nachfolgenden Zeilen möchten einen Beitrag hierzu leisten.

## II. Einfluss des Richtlinienentwurfs auf das nationale Vertragsrecht

### 1. Anwendungsbereich

Der Richtlinienentwurf betrifft zunächst allein Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern über die Bereitstellung digitaler Inhalte. Unter einer Bereitstellung ist dabei sowohl die Zurverfügungstellung, als auch die Zugangsverschaffung zu digitalen Inhalten zu verstehen.<sup>8</sup>

Digitale Inhalte sind gem. Art. 2 Abs. 1 definiert als

a) Daten, die in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden, darunter Video- und Audioinhalte, Anwendungen, digitale Spiele, sonstige Software,

b) Dienstleistungen, die die Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung von Daten in digitaler Form ermöglichen, wenn diese Daten vom Verbraucher bereitgestellt werden, z.B. Cloud- oder Webhostingdienste,<sup>9</sup> und

c) Dienstleistungen, die die gemeinsame Nutzung der von anderen Nutzern dieser Dienstleistungen in digitaler Form bereitgestellten Daten und sonstige Interaktionen mit diesen Daten ermöglichen, z.B. soziale Netzwerke.<sup>10</sup>

Bereitgestellt werden müssen diese digitalen Inhalte nicht zwingend auch auf digitalem Weg. Die Richtlinie soll vielmehr auch dann Anwendung finden, wenn die digitalen Inhalte fest in eine Ware integriert sind, solange sie nicht nur untergeordnete Funktion haben.<sup>11</sup> Sind die digitalen Inhalte auf einem dauerhaften Datenträger, wie DVDs und CDs enthalten, gilt die Richtlinie, wenn diese Waren ausschließlich der Übermittlung der digitalen Inhalte dienen.<sup>12</sup> Die Richtlinie soll damit auf sehr verschiedene Leistungsgegenstände Anwendung finden

und dies unabhängig davon, ob der digitale Inhalt dauerhaft und endgültig oder nur zeitweise bereitgestellt oder aber lediglich der Zugang zu digitalen Infrastrukturen wie Online-Spielen oder sozialen Netzwerken vermittelt wird.<sup>13</sup>

Der Richtlinienentwurf erfasst auch solche Verträge, bei denen digitale Inhalte nicht gegen Zahlung eines Preises, sondern gegen andere Leistungen als Geld bereitgestellt werden. Gemeint ist insbesondere eine Gegenleistung in Form einer Hingabe (personenbezogener) Daten, wobei auch die Erklärung der Einwilligung in die Nutzung dieser Daten als Teil dieser Gegenleistung gemeint sein wird, ermöglicht sie doch in der Regel erst die Nutzung der personenbezogenen Daten. Erfasst ist die Hingabe (personenbezogener) Daten weiterhin nur dann, wenn diese aktiv erfolgt (dies ist z.B. zu verneinen bei der Erhebung von Daten durch Cookies) und die Daten nicht bereits für die vertragsgemäße Funktionsweise des digitalen Inhaltes erforderlich sind und die Datenerhebung auch nicht ausschließlich der Erfüllung rechtlicher Anforderungen dient.<sup>14</sup>

Werden Leistungen allerdings persönlich vom Anbieter erbracht und lediglich durch digitale Inhalte an den Verbraucher übermittelt, wie dies etwa bei der Übermittlung einer vom Anbieter erstellten Übersetzung via Email der Fall ist, soll die Richtlinie keine Anwendung finden. Die Bereitstellung der digitalen Inhalte muss vielmehr den Hauptgegenstand der Leistung darstellen.<sup>15</sup>

### 2. Qualifikation von Verträgen über digitale Inhalte

#### a) De lege lata

Bei der Zuordnung von Verträgen zu einem bestimmten Vertragstyp wird de lege lata nach deutschem Recht bei der Überlassung digitaler Inhalte nach dem Gegenstand der Hauptleistungspflicht differenziert. Während die dauerhafte, endgültige Überlassung digitaler Inhalte, beispielsweise eines E-Books, als Kaufvertrag zu qualifizieren ist,<sup>16</sup> ist bei der nur vorübergehenden Überlas-

8 Art. 2 Abs. 10.

9 Hoffmann/van Roosebeke, Vertragsrecht für die Bereitstellung digitaler Inhalte, Analyse Nr. 22/2016 des Centrums für Europäische Politik, S. 1.

10 Hoffmann/van Roosebeke, Vertragsrecht für die Bereitstellung digitaler Inhalte, Analyse Nr. 22/2016 des Centrums für Europäische Politik, S. 1.

11 Vgl. Erwägungsgrund 11.

12 Vgl. Erwägungsgrund 12.

13 Hoffmann/van Roosebeke, Vertragsrecht für die Bereitstellung digitaler Inhalte, Analyse Nr. 22/2016 des Centrums für Europäische Politik, S. 4.

14 Erwägungsgrund 14.

15 Erwägungsgrund 19.

16 Neuber, WRP 2014, 1274, 1277; Zech, ZGE 2013, 368, 385 mwN.; für Software: Grützmacher, ZGE 2013, 46, 52; Hilty, CR 2012, 625, 625 f.; Schneider/Spindler, CR 2012, 489, 492 ff.; Redeker, CR 2014, 73, 74; Specht, Konsequenzen der Ökonomisierung informationeller Selbstbestimmung, 2012, S. 136, 170; Ganzhorn, Rechtliche Betrachtung des Vertriebs und der Weitergabe digitaler Güter, 2015, S. 96, 101; wohl auch: Grützmacher, ZUM 2006, 302, 304; es besteht hier die Tendenz, das kaufvertragliche Leitbild weg von der klassischen Besitz- und Eigentumsverschaffung hin zur bloß tatsächlichen Überlassung unkörperlicher Güter zu verändern, vgl. Zech, ZGE 2013, 368, 378; Specht, Konsequenzen der Ökonomisierung informationeller Selbstbestimmung, S. 136 ff.

sung ein atypischer Miet- oder Pachtvertrag anzunehmen.<sup>17</sup>

Wird ein digitaler Inhalt nicht überlassen, sondern der Zugang zu einer digitalen Infrastruktur vermittelt, so kommen recht unterschiedliche Vertragstypen in Betracht. Die vertragliche Einräumung der Nutzungsmöglichkeit an Online-Spielen etwa stellt die Verpflichtung des Spielanbieters in den Mittelpunkt, den Nutzern die virtuelle Spielwelt und die ihrem Stand entsprechenden Spielmöglichkeiten zur Verfügung zu stellen, wobei die Spielregeln im Einzelnen sehr unterschiedlich ausfallen.<sup>18</sup> Angenommen wird sowohl eine vertragstypologische Qualifikation als reiner Werkvertrag,<sup>19</sup> als auch als typengemischter Vertrag mit werk-, dienst- und mietvertraglichen Elementen.<sup>20</sup> Technisch dürfte es sich um ein Application Service Providing Modell (ASP) handeln, das über die bloße Zurverfügungstellung der Online-Spielmöglichkeit weitere Pflichten des Spieleanbieters enthält, etwa die Pflicht zur Aktualisierung der Software, zur Überprüfung der Spielregeln auf ihre Praxistauglichkeit oder auch zur Abwehr von Hackerangriffen.<sup>21</sup> Die reine Softwareüberlassung im Rahmen eines ASP hat der BGH dagegen als Mietvertrag qualifiziert.<sup>22</sup>

Ähnlich wie die Bereitstellung einer Online-Nutzungsmöglichkeit von Spielen wird die Zurverfügungstellung der Nutzungsmöglichkeit von sozialen Netzwerken beurteilt. Bei Entgeltlichkeit wird ein Miet-, Dienst- oder Werkvertrag angenommen,<sup>23</sup> bei Unentgeltlichkeit ein Leihvertrag oder ein Auftrag.<sup>24</sup>

Die Annahme eines Auftragsverhältnisses ist allerdings bereits deshalb kritisch, weil die Herausgabepflicht gem. § 667 BGB auch die mit den im Rahmen der Nutzung des sozialen Netzwerkes erhobenen Kundendaten generierten Werbeeinnahmen umfassen würde und andersherum der Nutzer als Auftraggeber gem. § 667 BGB zum Ersatz der für die Plattformnutzung erforderlichen Aufwendungen verpflichtet wäre.<sup>25</sup> Das Auftragsrecht

bildet vor diesem Hintergrund weder die Interessen des Plattformbetreibers, noch die Interessen des Plattformnutzers adäquat ab.<sup>26</sup>

Tatsächlich erfolgt die Bereitstellung der Nutzungsmöglichkeit eines als kostenlos bezeichneten sozialen Netzwerkes auch nicht gänzlich unentgeltlich i.S.d. Auftragsrechts. Der Auftrag gehört zu den Gefälligkeitsverträgen, Unentgeltlichkeit bedeutet daher, dass der Beauftragte für seine Tätigkeit keine Gegenleistung verlangen kann.<sup>27</sup> Faktisch erhält der Anbieter sozialer Netzwerke jedoch als Gegenleistung die Einwilligung des Nutzers in die Verwendung der für die Registrierung anzugebenden personenbezogenen Daten.

De lege ferenda will der Richtlinienentwurf auch solche Verträge als synallagmatische Verträge erfassen.<sup>28</sup> De lege lata wird indes eine Bereitstellung digitaler Inhalte gegen Erklärung der Einwilligung in die Nutzung personenbezogener Daten, wie sie bei der Registrierung in sozialen Netzwerken vorliegt, jedenfalls nicht überwiegend als synallagmatischer Vertrag erachtet. Das Nutzungsverhältnis wird vielmehr gewissermaßen zweiseitig. Für die vertragstypologische Qualifikation wird auf die unentgeltliche Bereitstellung der digitalen Infrastruktur abgestellt, die Einwilligung in die Nutzung personenbezogener Daten wird als nicht im Synallagma stehende Verpflichtung des Nutzers erachtet.<sup>29</sup>

Eine Qualifikation als gegenseitiger Vertrag würde die tatsächlichen Verhältnisse aber wohl wesentlich treffender abbilden. In der Literatur finden sich mittlerweile jedenfalls vereinzelt Stimmen, die dies auch so vertreten.<sup>30</sup> Ein solcher synallagmatischer Vertrag, der zur Bereitstellung einer digitalen Infrastruktur auf der einen und zur Erklärung der Einwilligung in die Nutzung personenbezogener Daten sowie zur Hingabe derselben auf der anderen Seite verpflichtet, ist als Vertrag mit atypischer Gegenleistung zu qualifizieren.<sup>31</sup> Die Beurteilung erfolgt anhand der Kombinationsmethode: Es sind unter

17 Specht, Konsequenzen der Ökonomisierung informationelle Selbstbestimmung, Teil 4 Kapitel 9 B.

18 Redeker, IT-Recht, 6. Aufl. 2017, Rn. 1164.

19 Redeker, IT-Recht, 6. Aufl. 2017, Rn. 1165.

20 Lober/Weber, CR 2006, 837, 839.

21 Redeker, IT-Recht, 6. Aufl. 2017, Rn. 1166.

22 BGH Urt. v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, CR 2007, 75, 75 ff – Rechtsnatur eines ASP-Vertrags; vgl. hierzu aus der Literatur: Witzel, ITRB 2002, 183, 184; Intveen/Lohmann, ITRB 2002, 210, 211; Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 719, 730 ff.; Röhrborn/Sinhart, CR 2001, 69, 70 f.; Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, 4. Aufl. 2008, Rn. M 25.

23 Bräutigam, MMR 2012, 635, 636; Jandt/Rofsnagel wollen auch bei Unentgeltlichkeit einen Dienstvertrag annehmen, vgl. MMR 2011, 637, 639.

24 Hoeren/Sieber/Holznapel-Redeker, Multimedia-Recht, 43. EL 2016, Teil 12 Rn. 426, 427.

25 Hoeren/Sieber/Holznapel-Redeker, Multimedia-Recht, 43. EL 2016, Teil 12 Rn. 426, 427; kritisch auch: Bräutigam, MMR 2012, 635, 636.

26 So auch: Bräutigam, MMR 2012, 635, 636.

27 MüKo BGB-Seiler, 6. Aufl. 2012, § 662 Rn. 26; HK-BGB-Schulzel Wiese, 9. Aufl. 2017, § 662 Rn. 8.

28 Art. 3 Abs. 1, Erwägungsgrund 37.

29 Vgl. hierzu insb. Bräutigam, MMR 2012, 635, 636 mwN.

30 Müller-Riemenschneider, E-Commerce Rechtshandbuch, 7. Teil, B. Rn. 17 f.; Bräutigam, MMR 2012, 635, 635.

31 Müller-Riemenschneider, E-Commerce Rechtshandbuch, 7. Teil, B. Rn. 2 ff.; vgl. hierzu MüKo BGB-Emmerich, 7. Aufl. 2016, § 311 Rn. 32.

Beachtung der synallagmatischen Verknüpfung die für die jeweils zu erbringenden Leistungen geltenden Vorschriften des besonderen Schuldrechts anzuwenden.<sup>32</sup>

#### b) De lege ferenda

Durch die de lege lata vorgegebene typologische Qualifikation von Verträgen über digitale Inhalte anhand der zu erbringenden Hauptleistungen ist eine auf den jeweiligen Einzelfall zugeschnittene Lösung möglich, freilich bringt diese Orientierung an den spezifischen Einzelfallumständen aber auch Rechtsunsicherheit mit sich. Ist eine vertragstypologische Qualifikation bereits im nationalen Recht mit Rechtsunsicherheiten behaftet, so gilt dies erst recht für die unterschiedliche Behandlung dieser Verträge in den einzelnen Mitgliedstaaten. Das unterschiedliche Vertragsrecht der Mitgliedstaaten ist eines der größten Hindernisse für den grenzüberschreitenden Handel.<sup>33</sup> Dies ist der wesentliche Grund des hier näher betrachteten Richtlinienvorschlags.

Die vertragstypologische Qualifikation wird auch im Falle einer Verabschiedung des Richtlinienentwurfs gleichwohl weiterhin den Mitgliedstaaten überlassen.<sup>34</sup> Eine Rechtsvereinheitlichung wird aber dadurch vorgenommen, dass die Richtlinie einheitliche Regeln für Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern über digitale Inhalte vorsieht, die nicht nach den Hauptleistungspflichten des jeweiligen Vertragstyps differenzieren.

#### 3. Rechtsvereinheitlichung durch Vorschriften für sämtliche Verträge über digitale Inhalte

Im Richtlinienentwurf vorgesehen sind u.a. einheitliche Gewährleistungsregeln, die eine vorrangige Haftung auf Nacherfüllung und auf zweiter Stufe eine „Preisminderung“ oder „Vertragsbeendigung“ vorsehen.<sup>35</sup> Das Wahlrecht hinsichtlich der Art der Nacherfüllung liegt beim Anbieter. Der vertragsgemäße Zustand muss innerhalb einer angemessenen Frist und ohne Kosten für den Verbraucher hergestellt werden.<sup>36</sup> Auch ein Schadensersatzanspruch ist vorgesehen, der sich allerdings auf die Fälle

beschränkt, in denen die digitalen Inhalte oder die Hardware des Verbrauchers beschädigt wurden. Seine Geltendmachung richtet sich nach nationalem Recht.<sup>37</sup>

Wird der Vertrag aufgrund der Mangelhaftigkeit des Vertragsinhaltes beendet, so hat der Unternehmer, wenn die Gegenleistung aus Daten bestand, die Nutzung dieser Daten zukünftig zu unterlassen.<sup>38</sup> Auch die vom Verbraucher erzeugten digitalen Inhalte dürfen grundsätzlich nicht weiterverwendet werden, es sei denn, sie wurden von mehreren Verbrauchern erzeugt und werden von diesen noch genutzt.<sup>39</sup> Ein weiteres Recht zur Beendigung von Verträgen ergibt sich bei unbefristeten oder langfristigen Vertragsbindungen von mehr als 12 Monaten.<sup>40</sup> Die Folgen dieser Beendigung langfristiger Vertragsbindungen sind in Art. 16 normiert. Wurden Daten als Gegenleistung übermittelt, darf der Unternehmer diese auch bei dieser Art der Vertragsbeendigung nicht weiter nutzen. Der Unternehmer muss dem Verbraucher technische Mittel zur (grds. für den Verbraucher kostenfreien) Wiedererlangung der Daten bereitstellen,<sup>41</sup> ohne dass der Richtlinienentwurf oder die Erwägungsgründe Beispiele für derartige technische Mittel nennen.

Die Vertragsgemäßheit digitaler Inhalte richtet sich primär nach den Zusicherungen der Parteien.<sup>42</sup> Fehlt eine solche, müssen die Inhalte für die Zwecke geeignet sein, für die Inhalte der gleichen Art gewöhnlich genutzt werden.<sup>43</sup> Erstmals wird auch das Vorhandensein technischer Beschränkungen, beispielsweise durch Regionalcodierungen, als mangelbegründend hervorgehoben.<sup>44</sup> Eine Vertragswidrigkeit liegt aber auch dann vor, wenn der digitale Inhalt unsachgemäß in die Hard- oder Softwareumgebung des Verbrauchers integriert wurde und die Gründe für die unsachgemäße Integration dem Anbieter anzulasten sind.<sup>45</sup> Auch müssen die digitalen Inhalte frei von Rechten Dritter sein.<sup>46</sup> Hier kommen insbesondere Rechte des Geistigen Eigentums in Betracht.

Die Beweislast für die Vertragswidrigkeit wird mit Art. 9 des Richtlinienentwurfs dem Anbieter auferlegt, es sei denn, die digitale Umgebung des Verbrauchers ist

32 MüKo BGB-Emmerich, 7. Aufl. 2016, § 311 Rn. 32; Bräutigam, MMR 2012, 635, 640.

33 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte v. 9.12.2015, COM (2015) 634 final, Begründung, S. 2.

34 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte v. 9.12.2015, COM (2015) 634 final, Begründung, S. 7.

35 Art. 12, 13.

36 Erwägungsgrund 36.

37 Art. 14, Erwägungsgrund 44; vgl. auch: Hoffmann/van Roosebeke, Vertragsrecht für die Bereitstellung digitaler Inhalte, Analyse

Nr. 22/2016 des Centrums für Europäische Politik, S. 2.

38 Art. 13, Erwägungsgrund 37.

39 Erwägungsgrund 38.

40 Art. 15, Erwägungsgrund 46.

41 Erwägungsgrund 40.

42 Art. 6, Erwägungsgrund 24.

43 Art. 6, Erwägungsgrund 25.

44 Erwägungsgrund 26, vgl. hierzu insb. Mackenrodt, Technologie statt Vertrag, 2015, S. 1 ff.; Specht, Diktat der Technik – Rematerialisierung der Privatautonomie im informationstechnologischen Umfeld, Teil 6 (erscheint vor 2018).

45 Vgl. Art. 7, Erwägungsgrund 30.

46 Erwägungsgrund 31.

nicht kompatibel mit den digitalen Inhalten.<sup>47</sup> Weil digitale Inhalte keiner Abnutzung unterliegen, ist diese Beweislastumkehr zeitlich unbegrenzt ausgestaltet. Auf nationale Verjährungsvorschriften darf allerdings zurückgegriffen werden.<sup>48</sup> Neben der Mängelgewährleistung haftet der Unternehmer dem Verbraucher freilich auch bei Nichtleistung. Art. 17 enthält Regressansprüche des Unternehmers in der Vertragskette.<sup>49</sup>

Die in der Richtlinie enthaltenen Vorschriften sind subjektiv halbzwingendes Recht. Jede Abweichung zum Nachteil des Verbrauchers ist nicht bindend.<sup>50</sup> Die Richtlinie ist vollharmonisierend.<sup>51</sup>

### III. Verhältnis zu den Grundsätzen der datenschutzrechtlichen Einwilligung

Die Vorgaben des Datenschutzrechts, d.h. mit ihrem Inkrafttreten im Jahr 2018 insb. der Datenschutzgrundverordnung, sollen nach Art. 3 Abs. 8 des Richtlinienentwurfs unberührt bleiben.<sup>52</sup> Problematisch hieran ist allerdings, dass das Datenschutzrecht gerade nicht die privatautonome Disposition über personenbezogene Daten bezweckt und vorsieht, sondern seine Grundsätze dem vielmehr zuwiderlaufen. Zu nennen sind hier etwa der Grundsatz der Datensparsamkeit und der Zweckbindung, vor allem aber die jederzeitige Widerruflichkeit der Einwilligung sowie das Recht auf Löschung, Art. 17 DSGVO. Das Verhältnis zur Datenschutzgrundverordnung erscheint insofern insgesamt schwierig,<sup>53</sup> besonders untersucht werden soll im Folgenden aber v.a. die Problematik der Widerruflichkeit der Einwilligung. Soll sie uneingeschränkt erhalten bleiben, so wäre es für den Nutzer möglich, seine Leistung gewissermaßen „zurück-zuholen“.

Eine solche „Rückholung“ der eigenen Leistung wird dem Unternehmer hingegen häufig nicht möglich sein. Die Nutzung von sozialen Medien etwa kann beim Widerruf der Einwilligung bereits für einen gewissen Zeitraum erfolgt sein, die Leistung damit bereits erbracht. Ebenso liegt es mit anderen Dienstleistungen, die durch die Zurverfügungstellung digitaler Inhalte erbracht werden. Auch im Falle einer zeitweiligen Gebrauchsüberlassung digitaler Güter, wie etwa E-Books, ist die Leistung

des Unternehmers nicht rückholbar, wenn der Widerruf der Einwilligung nach dem Ende des Leistungszeitraums erbracht wird. Im Falle einer dauerhaften Überlassung digitaler Inhalte ließe sich zwar eine Löschungsverpflichtung des Verbrauchers statuieren, die Kontrolle einer Löschung des digitalen Inhalts wird den Unternehmer jedoch vor nicht unerhebliche technische Herausforderungen stellen. Dieser Schwierigkeit einer „Rückholung“ digitaler Inhalte wird im Falle von Fernabsatzverträgen über digitale Güter durch einen Entfall des Widerrufsrechts Rechnung getragen, vgl. § 356 Abs. 5 BGB.

Lösen ließe sich das Dilemma im Verhältnis der Anerkennung von personenbezogenen Daten als Gegenleistung im Rahmen eines synallagmatischen Vertrags und den Grundsätzen der datenschutzrechtlichen Einwilligung wohl nur auf zwei Wegen: Durch Unwiderruflichkeit der Einwilligung oder aber durch Etablierung eines Wertersatzanspruchs des Unternehmers im Falle des Widerrufs der Einwilligung. Beides dürfte datenschutzrechtlich nicht einfach zu vertreten sein.

#### 1. Unwiderruflichkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung

Begründet wird die jederzeitige Widerruflichkeit der Einwilligung mit ihrer Bedeutung für die Selbstbestimmung und damit für einen verfassungsrechtlich vorgegebenen Wert. Bei anderen Fallgruppen des Persönlichkeitsrechts wird jedoch eine grundsätzliche Unwiderruflichkeit der Einwilligung jedenfalls dann angenommen, wenn sie vertraglich erteilt und eine Gegenleistung für sie erhalten wurde.<sup>54</sup> Verwiesen wird auf das Prinzip der Rechtssicherheit und Vertragstreue, von dem eine Ausnahme nur dann zugelassen wird, wenn dem Persönlichkeitsrecht unter bestimmten Aspekten Vorrang zukommt.<sup>55</sup> So kann der Betroffene beispielsweise seine einmal zugunsten einer Veröffentlichung seines Bildnisses erteilte Einwilligung nach Zugang zumindest nicht grundlos widerrufen.<sup>56</sup>

Jedenfalls im Rahmen der von der Richtlinie angeordneten vertraglichen Erklärung der Einwilligung in die Nutzung personenbezogener Daten als Gegenleistung zu einer Bereitstellung digitaler Inhalte ließe sich insofern

47 Erwägungsgrund 32.

48 Erwägungsgrund 43.

49 Vgl. auch: Erwägungsgrund 47.

50 Art. 19.

51 Vgl. Art. 4.

52 Vgl. auch: Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte v. 9.12.2015, COM (2015) 634 final, Begründung, S. 13 sowie Erwägungsgrund 22.

53 Vgl. hierzu eingehend: *Härtling*, CR 2016, 735, 735 ff.

54 BeckOK InfoMedienR-*Herrmann*, KUG, 14. Edition 2016, § 22 Rn. 20 mwN.

55 OLG München *Wandtke/Bullinger-Fricke*, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl. 2014, § 22 KUG Rn. 20.

56 Z.T. wird für eine ausnahmsweise bestehende Widerrufsmöglichkeit auf eine entsprechende Anwendbarkeit des § 42 UrhG verwiesen, vgl. *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 4. Aufl. 2015, § 22 KUG Rn. 35; BeckOK InfoMedienR-*Herrmann*, KUG, 14. Edition 2016, § 22 Rn. 20.

durchaus über eine grundsätzliche Unwiderruflichkeit auch der datenschutzrechtlichen Einwilligung nachdenken.

Die Konsequenzen einer solchen im Grundsatz unwiderruflichen vertraglich erteilten Einwilligung wäre dabei freilich der Verlust der Bestimmungsmöglichkeit über die betroffenen Daten und damit ein Verlust der informationellen Selbstbestimmung. Ob und in welchem Umfang dies tatsächlich gewünscht ist, sollte eingehend überlegt sein. Eine Einschränkung der Einwilligungsmodalitäten (widerruflich/unwiderruflich) mag man als paternalistisch bezeichnen, sie erfolgt letztlich aber zum Schutz der Selbstbestimmung und damit zum Schutz eines Wertes, auf dem unsere Rechtsordnung maßgeblich aufbaut.

## 2. Wertersatzanspruch bei Widerruf

Will man den Weg über eine grundsätzliche Unwiderruflichkeit der Einwilligung nicht gehen, so ließe sich weiterhin darüber nachdenken, im Falle eines Widerrufs der Einwilligung Wertersatzansprüche zu begründen. Diesen Mechanismus kennt das Zivilrecht durch das Rücktrittsrecht nur allzu gut. Statt der Rückgewähr hat der Schuldner gem. § 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB Wertersatz zu leisten, soweit die Rückgewähr oder die Herausgabe nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen ist. Dies ist etwa der Fall bei nicht in Dauerschuldverhältnissen erbrachten Dienstleistungen.<sup>57</sup> Telos des § 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist gerade die Abschöpfung der beim Leistungsaustausch erhaltenen Werte unabhängig von der Möglichkeit einer Rückgabe in natura.<sup>58</sup>

Problematisch an einer solchen Regelung ist aber nicht nur, dass der konkrete Wert der Daten zu bestimmen wäre und dies mit nicht unerheblichen Schwierigkeiten verbunden sein dürfte, sondern v.a., dass auch mit einem Wertersatzmechanismus die informationelle Selbstbestimmung unterlaufen werden könnte, weil die Pflicht zur Leistung von Wertersatz tendenziell dazu geeignet ist, den Betroffenen von einem Widerruf der erteilten Einwilligung abzuhalten. Eine Wertersatzverpflichtung ließe sich aber jedenfalls als Kompromisslösung argumentativ vertreten.

## IV. Zusammenfassung und Handlungsoption

Der hier diskutierte Richtlinienentwurf würde bei Verabschiedung im nationalen Recht den Erlass einheitli-

cher Vorschriften für digitale Inhalte unabhängig vom Vertragstyp erfordern, während die Qualifikation von Verträgen über digitale Inhalte weiterhin den Mitgliedsstaaten obläge. Nationale Rechtszersplitterung würde durch Fragmentierung der Rechtsvorschriften nach dem Leistungsgegenstand ersetzt. Ein eigenes Rechtsregime für digitale Inhalte unabhängig vom zugrundeliegenden Vertragstyp wäre die Folge.<sup>59</sup> Ob man dies für sinnvoll hält, bleibt subjektiver Beurteilung überlassen.

Problematisch erscheint der besprochene Richtlinienentwurf vor allem in datenschutzrechtlicher Hinsicht. Mit der jederzeitigen Widerruflichkeit der Einwilligung ist dabei hier nur das dringendste datenschutzrechtliche Problem angesprochen, das jedoch auch ganz unabhängig von der Verabschiedung des Richtlinienentwurfs gelöst werden muss. Denn bereits heute finden sich Stimmen, die die Einwilligung in die Nutzung personenbezogener Daten als synallagmatische Gegenleistungspflicht zu einer Bereitstellung digitaler Inhalte qualifizieren. Derzeit ergibt sich dieses Modell aber zuvorderst im Falle von Nutzungsverträgen sozialer Netzwerke oder anderweitiger zeitweiliger Überlassung digitaler Inhalte. Argumentieren ließe sich hier durchaus, die zeitweilige Nutzungsmöglichkeit der personenbezogenen Daten bis zum Widerruf sei hier Gegenleistung genug, zumal mit dem Widerruf der Nutzungsmöglichkeit der Daten auch die Nutzungsmöglichkeit des digitalen Inhaltes zurückgezogen werden wird.

Schwieriger zu beurteilen ist der Fall, in dem sich die Einwilligung als synallagmatische Gegenleistungspflicht zur dauerhaften, endgültigen Überlassung eines digitalen Inhaltes darstellt und sie nach Überlassung des digitalen Inhaltes widerrufen wird. In einem synallagmatischen Vertrag käme dies einer „nachträglichen Nichterfüllung“ gleich, weshalb auch die Leistung des Unternehmers zurückgerufen werden können müsste. Welche Probleme hieraus resultieren, hat dieser Beitrag versucht, darzulegen.

Die Diskussion um eine Gegenleistung in Form personenbezogener Daten ist dabei zugleich eine solche um ihren Vermögenswert. Es wird nicht länger der Schutz personenbezogener Daten, sondern die umfassende Dispositionsmöglichkeit über sie in den Vordergrund gestellt. Hier sollten die Konsequenzen für den Einwilligenden (Widerruflichkeit/Unwiderruflichkeit der Einwilligung) einerseits und die sich hieran anknüpfenden

<sup>57</sup> Ansonsten wäre das Vertragsverhältnis zu kündigen.

<sup>58</sup> Jauernig-Stadler, BGB, 16. Aufl. 2015, § 346 Rn. 4.

<sup>59</sup> Hoffmann/van Roosebeke, Vertragsrecht für die Bereitstellung digitaler Inhalte, Analyse Nr. 22/2016 des Centrums für Europäische Politik, S. 4.

Auswirkungen für die Leistung des Unternehmers andererseits (Rückgewähr/Wertersatzanspruch) gründlich durchdacht sein. Einen Anlass hierfür zu geben, dürfte wohl das größte Verdienst des hier diskutierten Richtlinienentwurfes sein.

Louisa Specht ist Inhaberin des Lehrstuhls für Europäisches und Internationales Informations- und Datenrecht an der Universität Passau.





# Ulf Pallme König

## Buchbesprechung\*

Das Hochschulrecht als ein bedeutsamer Teil des überwiegend dem öffentlichen Recht zuzuordnenden Wissenschaftsrechts hat in den letzten fünf Jahrzehnten eine rasante Entwicklung erfahren, wenn man bedenkt, dass die Länder erst Ende der 60er/Anfang der 70er Jahre begannen, Hochschulgesetze zu verabschieden, und sich der Bund aufgrund der ihm durch das Grundgesetz eingeräumten Kompetenz entschloss, Anfang 1976 ein Hochschulrahmengesetz zu erlassen. Einher gingen damit nicht nur zahlreiche Universitätsneugründungen und der Aufbau von Fachhochschulen, sondern auch und gerade in den letzten 10-15 Jahren – im Wesentlichen auf die Gesetzgebung im Bund und in den Ländern zurückgehend – die Realisierung zahlreicher wissenschaftsrechtlich und wissenschaftspolitisch relevanter Vorhaben.

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass nunmehr sieben Jahre nach Erscheinen der 2. Auflage des von Hartmer und Detmer herausgegebenen Handbuchs zum Hochschulrecht eine 3. Auflage erscheint. War die vorherige Auflage maßgeblich durch entscheidende Veränderungen im Hochschulrecht – und hier insbesondere durch die wachsende Autonomie der Hochschulen – bestimmt, die durch die Föderalismusreform (I) hervorgerufen wurden, trägt die neue Auflage maßgeblich dem Umstand Rechnung, dass Entscheidungen des BVerfG in den letzten Jahren etwa zu Hochschulleitungsstrukturen und hier in Sonderheit zur Partizipation von Universitätsorganen (vgl. Beschl. v. 24.6.2014, 1 BvR 3217/07, BVerfGE 136/138 ff.), zur Nachbesserung der W-Besoldung (vgl. Urt. v. 14.2.2012, 2 BvL 4/10, BVerfGE 130, 263 ff.) und zu der seit der Bologna-Reform greifenden Akkreditierungspraxis (vgl. Beschl. v. 17.2.2016, 1 BvL 8/10, NVwZ 2016, 675) zur Notwendigkeit geführt haben, bisher geltende hochschulrechtliche Sichtweisen nachzujustieren.

Dabei hat sich an der erfolg- und ertragreichen Grundkonzeption des Handbuchs, in 15 Kapiteln wesentliche Bereiche des Hochschulrechtes unter Beibehaltung eines ganzheitlichen Ansatzes der Betrachtung und Behandlung des deutschen – und zum Teil auch europäischen – Hochschulrechts zu erfassen, nichts geändert.

Dies gilt auch für die für die einzelnen Kapitel verantwortlichen Autoren, die sich allesamt als langjährige, im Hochschulrecht ausgewiesene Kenner und Spezialisten erweisen. Als einzige Änderung ist im achten Kapitel lediglich die bisherige Doppelautorenschaft weggefallen. An der Untergliederung im Rahmen der einzelnen Kapitel hat sich im Wesentlichen ebenfalls nichts geändert. Dies alles führt zu einer erfreulichen, dem Anspruch des Handbuchs gerecht werdenden Kontinuität in der Bearbeitung maßgeblich relevanter hochschulrechtlicher Themenkreise.

Die einzelnen Kapitel stellen sich wie folgt dar:

Während sich *Kempen* im ersten Kapitel (Seite 1-52) mit Grundfragen des institutionellen Hochschulrechtes befasst, setzt sich *Epping* im zweiten Kapitel (Seite 53-81) mit der Typisierung von Hochschulen (in erster Linie Universitäten und Fachhochschulen) auseinander. Im dritten Kapitel (Seite 83-138) setzt *Lynen* die Typisierung der Hochschulen fort, indem er u. a. die pädagogischen Hochschulen, Kunst- und Musikhochschulen sowie kirchlichen und privaten Hochschulen in den Blick nimmt. *Detmer* behandelt im vierten Kapitel (Seite 139-240) umfassend das Recht der (Universitäts-) Professoren, wobei er sich vorzugsweise dienst-, besoldungs- und versorgungsrechtlichen Aspekten sowie dem Berufungsverfahren zuwendet. Im fünften Kapitel (Seite 241-298) widmet sich *Hartmer* dem Recht des – auch politisch immer stärker in den Fokus geratenen – wissenschaftlichen Nachwuchses. Das sechste Kapitel (Seite 299-347) stellt *Geis* unter den Titel „Europäisches Hochschuldienstrecht.“ Dem folgen im siebten Kapitel (Seite 349-413) Ausführungen von *von Coelln* zum Binnenrecht der Hochschule und im achten Kapitel (Seite 415-457) Darlegungen von *Lux-Wesener* zu Aspekten der Kooperation des Wissenschaftlers mit der Wirtschaft und des Nebentätigkeitsrechtes der Professoren. *Sandberger* behandelt im neunten Kapitel (Seite 459-558) das komplexe und innerhalb des Hochschulrechtes eine Sonderstellung einnehmende Recht der Hochschulmedizin. Demgegenüber gehen *Löwisch* und *Wertheimer* im zehnten Kapitel (Seite 559-648) umfassend dem Arbeitsrecht des Hochschulpersonals nach. Es schließen sich im elften Kapitel

\* Hochschulrecht. Ein Handbuch für die Praxis. Hrsg. von Michael Hartmer und Hubert Detmer. 3., neubearbeitete Auflage. C. F. Müller, Heidelberg, 2017. 924 Seiten, geb., Euro 139,99. ISBN: 978-3-8114-4175-0.

(Seite 649-725) Ausführungen von *Lindner* zu Rechtsfragen des Studiums, im zwölften Kapitel (Seite 727-775) Darlegungen von *Schnellenbach* zum Prüfungsrecht und im 13. Kapitel (Seite 777-830) Ausführungen von *Götting* und *Leuze* zum Urheberrecht des wissenschaftlichen Personals an. Das Buch endet in seinem inhaltlichen Teil mit Befassungen von *Kraßler* im 14. Kapitel (Seite 831-872) zum Erfindungsrecht des wissenschaftlichen Personals und von *Möller* im 15. Kapitel (Seite 873-902) zur Hochschulfinanzierung und -steuerung.

Im Interesse der Übersichtlichkeit ist auch zu begrüßen, dass in der neuen Auflage das Autorenverzeichnis gleich nach dem Vorwort an den Anfang gestellt wird und sich jetzt – anders noch als in der 2. Auflage – jeweils am Ende eines Kapitels weiterführende Literaturhinweise finden.

Die Veränderungen, die die Hochschullandschaft, insbesondere verursacht durch die Gesetzgebung und – wie dargelegt – durch die Rechtsprechung des BVerfG, seit Erscheinen der 2. Auflage erfahren hat, spiegeln sich auch im Umfang der 3. Auflage wieder. Umfasste die 2. Auflage noch 752 Seiten ist die neue Auflage auf 924 Seiten angewachsen. Dieser Zuwachs ist allerdings nicht allein auf die Befassung mit der Rechtsprechung des BVerfG zurückzuführen, die in einigen Kapiteln zwangsläufig zu einer Nachjustierung bisheriger Betrachtungsweisen führen musste. Dies gilt insbesondere für die vom BVerfG bezogen auf die hessische Regelung für verfassungswidrig erachtete W2-Besoldung (vgl. dazu viertes Kapitel S. 231 ff.) und für die durch die Entscheidung des BVerfG zur Medizinischen Hochschule Hannover gestärkte akademischen Selbstverwaltung im Bereich wissenschaftsrelevanter Entscheidungen, um so weitreichenden Entscheidungskompetenzen der Leitungsorgane entgegenzutreten (vgl. dazu z. B. erstes Kapitel S. 14 und 48, siebtes Kapitel S. 380 f. und ausführlich neuntes Kapitel Seite 471 ff.). Vielmehr kommt hinzu, dass in den letzten Jahren auch zahlreiche Vorhaben realisiert worden sind, die eine eingehende Erläuterung ihrer zum Teil spezifischen Eigenarten bedurften. Dies wird insbesondere durch Vorhaben in der Hochschulmedizin unterstrichen, so zum Beispiel durch die Gründung einer Medizinischen Fakultät an der Universität Oldenburg (vgl. neuntes Kapitel Seite 529 f.) und durch die Gründung von Private Medical Schools einschließlich der Etablierung sogenannter Franchise Modelle (neuntes Kapitel Seite 536). Für andere Kapitel gilt bezogen auf Vorhaben, die dort relevant sind, Ähnliches. Im Übrigen erklärt sich der dargelegte Zuwachs aber auch daraus, dass unter

Berücksichtigung wachsender Literatur einzelne Problembereiche des Hochschulrechtes noch vertiefter, als in der 2. Auflage ohnehin schon, dargestellt werden.

Dass ungeachtet dessen einige durchaus bedeutsame, das Hochschulwesen prägende Ereignisse bzw. Beiträge des Jahres 2016 keine Berücksichtigung mehr finden konnten, so zum Beispiel die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes Baden-Württemberg vom 14.11.2016 – 1 VB 16/15 – zur Wahl und Abwahl von Hochschulleitungsmitgliedern nach dem Hochschulgesetz des Landes Baden-Württemberg, die Empfehlungen des WR zu „Perspektiven der Universitätsmedizin“ vom 21.10.2016 sowie maßgebliche Beiträge zum europäischen Wissenschaftsrecht (vgl. Beiheft 24 zum Wissenschaftsrecht, 2016, zum Thema „Auf dem Weg zu einem europäischen Wissenschaftsrecht“), dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die entsprechenden Manuskripte zu einem bestimmten Zeitpunkt in 2016 abgeschlossen sein mussten und damit diese Ereignisse bzw. Vorhaben nicht mehr eingearbeitet werden konnten.

Die soeben beispielhaft erwähnten Vorgänge bzw. Ereignisse zeigen aber auch, dass die Dynamik des vielschichtigen und komplexen Hochschulrechtes ungebrochen ist und schon den Zeitpunkt der nächsten Auflage des Handbuches erahnen lässt. Die nunmehr erschiene 3. Auflage lässt jedenfalls bereits jetzt eine Vorfreude auf die nächste Auflage aufkommen.

Dies gilt auch deswegen, weil sich das Buch angesichts der Aufspaltung der Rechtsverhältnisse im Hochschulrecht im Rahmen der föderalistischen Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland als unverzichtbar erweist. Es gibt einen vertiefenden Überblick zu den wesentlichen Themenkreisen des immer komplizierter werdenden Hochschulrechtes. Daneben gelingt es den Autoren, die Unterschiede in der Gesetzgebung der Länder bezogen auf das Hochschulrecht effizient herauszuarbeiten. Auf diese Weise wird auch demjenigen, der sich – wie etwa ein Nichtjurist – nicht ständig mit hochschulrechtlich relevanten Themen zu befassen hat, der anschauliche und verständliche Einstieg in die vielschichtige Materie ermöglicht. Die einzelnen Beiträge bestehen dadurch, dass sie sich jeweils vertiefend mit praxisrelevanten Einzelfragen bis hin zu Rechtsschutzproblemen beschäftigen und sich dort, wo es die Autoren für angemessen halten, durchaus auch kritisch mit dem Hochschulrecht und der Hochschulpraxis auseinandersetzen. Mit seinem dargelegten und bewährten Gesamtansatz genießt das praxisorientierte und zugleich wissenschaftlichen Ansprüchen in jeder Hinsicht gerecht werdende

Buch alle Vorteile gegenüber den mittlerweile immer zahlreicher werdenden Kommentierungen zu Landeshochschulgesetzen (so z. B. zu den Hochschulgesetzen in Hamburg, Sachsen, Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen), deren Aufgabe es naturgemäß in erster Linie ist, sich mit den länderspezifischen Besonderheiten zu befassen.

Dem benutzerfreundlichen Handbuch sollte nach allem ein fester Platz in den (Hand-) Bibliotheken vor allem von Rechtsanwendern in Hochschulen, wissenschaftlichen Einrichtungen und Wissenschaftsorganisationen sowie in Ministerien, Gerichten, Rechnungshö-

fen und Rechtsanwaltskanzleien, die sich mit spezifischen Fragen des Hochschulrechtes auseinandersetzen zu haben, gesichert sein. Es ist aus den dargelegten Gründen uneingeschränkt und nachdrücklich zu empfehlen.

Ulf Pallme König ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Brengenhorn-Wendland (Bochum, Düsseldorf und Magdeburg), Kanzler der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf a.D., Honorarprofessor der dortigen juristischen Fakultät sowie Vorsitzender des Vereins zur Förderung des deutschen & internationalen Wissenschaftsrechts.



Patricia Wendel

*Der Hochschulrat – unter besonderer  
Berücksichtigung der Hochschule als ausschließlicher  
Körperschaft des Öffentlichen Rechts*

Die Dissertation „Der Hochschulrat – unter besonderer Berücksichtigung der Hochschule als ausschließlicher Körperschaft des öffentlichen Rechts“ wurde an der Universität Leipzig erstellt. Betreut wurde diese Arbeit von Prof. Dr. Christoph Degenhart.

## **I. Einführung**

Die Dissertation beschäftigt sich mit der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines durch Staat und Hochschule besetzten Kollegialorgans einer Hochschule, dem Hochschulmitglieder und Externe angehören und das mit wissenschaftsrelevanten Aufgaben ausgestattet ist. Hierbei wird untersucht, ob ein Verstoß gegen das Demokratische Prinzip im Sinne von Art. 20 Abs. 2 GG, gegen die aus Art. 5 Abs. 3 GG hergeleitete und in Art. 107 SächsVerf festgeschriebene akademische Selbstverwaltung und gegen das Leistungsprinzip nach Art. 33 Abs. 2 GG, Art. 91 Abs. 2 SächsVerf vorliegt.

## **II. Die Organisationsstruktur der Hochschule**

Zu Beginn der Arbeit wird die Organisation der Hochschule vorgestellt, da sich hiernach die Anforderungen an die demokratische Legitimation und an die akademische Selbstverwaltung richten. Dabei wird berücksichtigt, dass mit der Hochschulreform in Sachsen – aber auch in den anderen Bundesländern Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, dem Saarland, in Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein – die Hochschule von einer Körperschaft und staatlichen Einrichtung zu einer ausschließlichen Körperschaft „verschlankt“ wurde. Mit dieser Neugestaltung hätte auch eine Änderung in der Organstruktur der Hochschule einhergehen müssen. Jedoch ist dies weder im SächsHSG noch im SächsHSFG erfolgt, ebenso wenig wie in den anderen Bundesländern, die den Aufbau ihrer Hochschulen auf eine ausschließliche Körperschaft kürzten.

Der Fokus in dieser Arbeit bleibt allerdings auf den Regelungen des SächsHSFG und dem sich hieraus ergebenden Verwaltungsaufbau der Hochschule als ausschließlicher Körperschaft des öffentlichen Rechts nach

dem monistischen Modell gerichtet. Jedoch werden auch die Hochschulräte der anderen Bundesländer mit derartig organisierten Hochschulen sowie die Hochschulorganisation nach dem dualistischen Modell berücksichtigt. Darüber hinaus bleibt auch die Organisation nach dem zweigliedrigen Aufbau als Körperschaft und staatlicher Einrichtung nicht unberücksichtigt und werden die Regelungen zum Hochschulrat in all diesen Organisationsstrukturen auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüft.

Eine besonders augenfällige Änderung die mit der Kürzung zur ausschließlichen Körperschaft einhergeht betrifft die Dreiteilung der Hochschulaufgaben. Die drei Aufgabenbereiche der Hochschule – akademische Selbstverwaltung, Kooperationsbereich, staatliche Aufgaben – sind keine Aufgaben unterschiedlicher Qualität, sondern stellen nur den Grad des Zusammenwirkens der beiden Hochschulteile Körperschaft und staatlicher Einrichtung dar. Denn bei einer Hochschule, gleich welcher Organisationsstruktur, wird stets nur zwischen den Selbstverwaltungs- und den staatlichen bzw. den übertragenen oder Weisungsaufgaben unterschieden. Der Kooperationsbereich beschreibt nur, dass bei Aufgaben die die akademische Selbstverwaltung und den staatlichen Bereich berühren eine Zusammenarbeit des körperschaftlichen Teils mit dem staatlichen Teil der Hochschule erforderlich ist. Auf die Qualität der Aufgabe hat das jedoch keine Auswirkung; eine Kooperationsaufgabe bleibt für die Körperschaft eine Selbstverwaltungsaufgabe und für die staatliche Einrichtung eine staatliche Aufgabe.

Wird die Hochschule aber zur ausschließlichen Körperschaft gekürzt ist für eine Kooperation kein Raum mehr. Die klassische Dreiteilung der Hochschulaufgaben wird also obsolet sobald die Hochschule nicht mehr aus zwei Teilen zusammengesetzt ist. Bei Hochschulen dieses „einfachen“ Aufbautyps sind alle Aufgaben allein der Hochschule zur Wahrnehmung übertragen, sei es, dass es sich um die eigenen Aufgaben der Hochschule (monistisches Modell) oder, dass es sich um eigene und übertragene Aufgaben handelt (dualistisches Modell). Eine staatliche Entscheidungsmitwirkung in Form der Mitentscheidung<sup>1</sup> oder der Mitbesetzung eines Ent-

<sup>1</sup> Ausnahmen sind Genehmigungsvorbehalte, die als Aufsichtsbe-  
fugnisse des Staates weiterhin zulässig sind.

scheidungsorgans ist dann – vereinfacht gesprochen – unzulässig (die näheren Gründe für diese Unzulässigkeit beruhen auf der Verletzung des Demokratieprinzips und der akademischen Selbstverwaltung, wie in der Arbeit ausführlich dargestellt wird und in den folgenden Ausführungen kurz skizziert werden soll).

### III. Die demokratische Legitimation

Nach dieser grundlegenden Einführung in die Struktur der Hochschule und der darauf im zweiten und dritten Kapitel folgenden Vorstellung des Hochschulrats nach § 86 SächsHSFG – mit Vergleich zum Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft, zum Rundfunkrat des MDR, zur Vergabekommission der Filmförderungsanstalt, zum board of trustees us-amerikanischer Hochschulen und mit dem Vergleich zum „Vorgängerorgan“ des Hochschulrats, dem Kuratorium nach § 97 SächsHG – wendet sich die Arbeit im vierten Kapitel der demokratischen Legitimation von Staatsgewalt zu. Neben der Vorstellung des Systems der demokratischen Legitimation, werden die Aspekte der Legitimierbarkeit und Zugehörigkeit eingeführt, die beide die an die Organwalter zu stellenden Legitimationsvoraussetzungen umschreiben und sich auf die personelle und materielle Legitimationskomponente beziehen. Bisher erfolgte die Diskussion zur Legitimation von Staatsgewalt stets nur aus dem Blickwinkel der Legitimierenden, d.h. es wurde gefragt, welche Voraussetzungen an die Wähler oder die Ernennenden zu stellen sind. Inwiefern aber auch an die Legitimierten, also an die Gewählten oder Ernannten, Anforderungen zu stellen sind, wurde bisher nicht erörtert. Das wird mit den Aspekten der Legitimierbarkeit für die personelle Legitimationskomponente und Zugehörigkeit für die materielle Komponente umschrieben.

Dieser Betrachtung der demokratischen Legitimation von Staatsgewalt im Allgemeinen folgt die Untersuchung der demokratischen Legitimation der mittelbaren Staatsverwaltung im Besonderen. Hierbei wird der Frage nachgegangen, ob eine demokratische Legitimation überhaupt möglich oder erforderlich ist und wenn ja, wie sie realisiert wird.<sup>2</sup> Des Weiteren wird das Prinzip der doppelten Mehrheit auf seine Tragfähigkeit unter-

sucht, wonach es in einem Kollegialorgan ausreichen soll, wenn die Mitgliedermehrheit demokratisch legitimiert ist und die Entscheidung auf den Stimmen dieser Mitgliedermehrheit beruht, und werden darüber hinaus die Aspekte der Legitimierbarkeit und Zugehörigkeit auch in diesem Verwaltungsbereich berücksichtigt, wobei die sich hier insbesondere auf die Mitgliedschaft in der Körperschaft beziehen und untersucht wird, ob die Organwalter Mitglieder der Körperschaft sein müssen und wenn ja, zu welchem Zeitpunkt diese Mitgliedschaft bestehen muss. Da der Hochschulrat nach dem SächsHSFG zum überwiegenden Teil mit Externen besetzt ist und das Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst an der Einsetzung mitwirkt, sind insbesondere die Legitimierbarkeit und Zugehörigkeit in dieser Arbeit von Bedeutung.

Die gefundenen Ergebnisse zur Organisation der Hochschule und zur demokratischen Legitimation werden sodann im fünften Kapitel bei der Untersuchung der demokratischen Legitimation des Hochschulrats nach § 86 SächsHSFG angewendet.

### IV. Die Verfassungsmäßigkeit des Hochschulrats

Zuerst wird hier festgestellt, dass der größte Teil der Aufgaben des Hochschulrats der demokratischen Legitimation bedarf, da dieses Organ überwiegend (Mit-)Entscheidungsbefugnisse hat. Anschließend wird die Einsetzung der Hochschulratsmitglieder im Hinblick auf die demokratische Legitimation untersucht und hierauf folgend wird die demokratische Legitimation der Entscheidungen des Hochschulrats überprüft. Hierbei spielt eine besondere Rolle, dass die Mitglieder dieses Organs u.a. vom Sächsischen Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst benannt und alle Mitglieder von ihm berufen werden,<sup>3</sup> obgleich es sich um das Organ einer Selbstverwaltungskörperschaft handelt. Des Weiteren ist der Hochschulrat mehrheitlich mit Externen besetzt und ist es rechnerisch ausgeschlossen, dass alle Mitgliedergruppen der Hochschule in ihm vertreten sind, obgleich der Hochschulrat ausschließlich wissenschaftsrelevante Entscheidungen trifft. Dies ist nicht nur als Problem bei der akademischen Selbstverwaltung zu verorten, sondern betrifft auch die demokratische Legitimation der

2 Des Weiteren werden hier auch u.a. das Weisungsrecht und dessen Freistellung in Gestalt des sog. ministerialfreien Raumes, Befangenheits- und Unvereinbarkeitsregelungen sowie die Periodizität des Amtes als Bestandteile der materiellen demokratischen Legitimation aufgeführt und ebenso untersucht, inwiefern das „Amt“ für die demokratische Legitimation von Bedeutung ist, ebenso wie das Leistungsprinzip nach Art. 33 Abs. 2 GG.

3 Nach § 86 SächsHSFG erfolgt die Besetzung in einem zweistufigen Verfahren: zuerst werden die Mitglieder nach § 86 Abs. 4

SächsHSFG vom Senat und dem SMWK benannt – wobei bei kameralistischer Wirtschaftsführung das Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst die Mehrheit benennt, wohingegen nach Umstellung auf die kaufmännische Wirtschaftsführung die Mehrheit gem. § 86 Abs. 5 SächsHSFG vom Senat benannt wird – und hiernach werden die Benannten vom Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst gem. § 86 Abs. 6 SächsHSFG zu Mitgliedern berufen.

mittelbaren Staatsverwaltung im Sinne der Entscheidungsfindung durch die Selbstbetroffenen. Es wird sodann festgestellt, dass die Regelungen des § 86 SächsHSFG gegen das Demokratieprinzip verstoßen.

Nachdem die Wahrung des Demokratieprinzips beim Hochschulrat einer als ausschließlichen Körperschaft organisierten Hochschule untersucht wurde, erfolgt hiernach die Prüfung, ob die Regelungen des § 86 SächsHSFG mit diesem Prinzip vereinbar sind, sollte die Hochschule als Körperschaft und staatliche Einrichtung errichtet sein. In diesem Fall wären die Aufgaben dieses Organs der akademischen Selbstverwaltung und der Staatsverwaltung zuzuordnen, so dass sich hier ein Kooperationsbereich aufspannen würde. Dementsprechend wäre dann eine zwischen Staat und Körperschaft hälftig aufgeteilte Besetzung zulässig, wobei die von der Körperschaft eingesetzte Mitgliederhälfte wiederum ausschließlich aus Hochschulmitgliedern zu bestehen hätte und dabei alle Mitgliedergruppen vertreten sein müssten. Jedoch wird auch dies mit der Regelung des § 86 SächsHSFG nicht erreicht.

Als nächstes wird im sechsten Kapitel der Arbeit die Wahrung der akademischen Selbstverwaltung durch die Regelungen zum Hochschulrat untersucht, wobei auch hier zuerst die Hochschule als ausschließliche Körperschaft Untersuchungsgegenstand ist und dabei zum einen die Einsetzung durch Senat und Staat untersucht und zum anderen die Entscheidung dieses Kollegialorgans überprüft wird, dessen Mitglieder überwiegend Externe sind. Hierbei wird eine Verletzung des Selbstverwaltungsrechts anhand der Prinzipien der Selbstorganisation (Besetzung der Organe aufgrund der Entscheidung der Mitglieder der Körperschaft), Selbstorganschaft (Besetzung der Selbstverwaltungsorgane mit Mitgliedern) und Selbstentscheidung (Mitwirkung der Mitglieder an Selbstverwaltungsaufgaben) untersucht. Anschließend ist der Hochschulrat als Organ einer Körperschaft und staatlichen Einrichtung Untersuchungsgegenstand. Im Ergebnis kommt es bei beiden Hochschulratsvarianten zu vergleichbaren Ergebnissen wie bei der Frage nach der demokratischen Legitimation, wobei das Selbstverwaltungsrecht – anders als bei der demokratischen Legitimation – auch bei Beratungen zu wahren ist: die Regelungen zum Hochschulrat im SächsHSFG sind nicht mit dem Recht auf akademische Selbstverwaltung vereinbar.

Ebenfalls im sechsten Kapitel wird auch die Wahrung des Leistungsprinzips untersucht und festgestellt, dass § 86 Abs. 2 Satz 4 SächsHSFG keine ausreichende Rege-

lung ist, um das Leistungsprinzip nach Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 91 Abs. 2 SächsVerf durchzusetzen.

Da die Hochschulen nicht nur in Sachsen, sondern auch in Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, dem Saarland, in Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein zu ausschließlichen Körperschaften umgeformt wurden, erfolgt im siebten Kapitel eine kurze Analyse der Hochschulräte dieser Bundesländer.

## V. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und das Urteil des Verfassungsgerichtshofs von Baden-Württemberg vom 14.11.2016

Schließlich wird auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in die Betrachtung einbezogen, wobei insbesondere seine Entscheidungen zum Brandenburgischen Hochschulgesetz,<sup>4</sup> zum Hamburgischen Hochschulgesetz<sup>5</sup> zu den organisatorischen Regelungen der Medizinischen Hochschule Hannover<sup>6</sup> und seine Entscheidung zur Gründung der Technischen Universität Cottbus-Senftenberg<sup>7</sup> berücksichtigt werden. Hierbei ist jedoch festzustellen, dass in keiner dieser Entscheidungen die Frage der demokratischen Legitimation angesprochen, sondern stets nur die Verletzung des Rechtes auf akademische Selbstverwaltung geprüft wurde, wobei hierbei die in Hamburg und Niedersachsen eingeführte Hochschulstruktur als ausschließlicher Körperschaft des öffentlichen Rechts keine Berücksichtigung gefunden hat. Darüber hinaus hatte allein die Entscheidung zum Brandenburgischen Hochschulgesetz ein dem Hochschulrat vergleichbares Organ – den Landeshochschulrat – zum Gegenstand, der wiederum nicht Organ einer Hochschule des Landes Brandenburg ist, sondern ein Aufsichtsorgan aller brandenburgischen Hochschulen darstellt, die wiederum als Körperschaft und staatliche Einrichtung konzipiert sind. Insofern waren die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts für die Frage der Verfassungsmäßigkeit des Hochschulrats als Organ einer ausschließlich als Körperschaft organisierten Hochschule nur von begrenztem Wert, wobei aber die in den jüngeren Entscheidungen vom Bundesverfassungsgericht zum Hamburger Hochschulgesetz, zur Medizinischen Hochschule Hannover und zur Technischen Universität Cottbus-Senftenberg im Hinblick auf die akademische Selbstverwaltung getroffenen Schlussfolgerungen, den Ergebnissen in dieser Arbeit entsprechen.

Da das Urteil des Verfassungsgerichtshofs von Baden-Württemberg vom 14.11.2016, Az.: 1 VB 16/15 erst

4 BVerfGE 111, 333.

5 BVerfGE 127, 87.

6 BVerfGE 136, 338.

7 BVerfGE 139, 148.



nach Drucklegung der Arbeit erging, konnte es keinen Weg in diese Untersuchung finden. Jedoch ist festzuhalten, dass auch hier allein die Verletzung des akademischen Selbstverwaltungsrechts untersucht wurde, während ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip ungeprüft bleibt. Darüber hinaus ist die Hochschule in Baden-Württemberg als Körperschaft und staatliche Einrichtung organisiert, so dass die Ergebnisse dieses Urteils auf den Hochschulrat als Organ einer ausschließlichen Körperschaft des öffentlichen Rechts nur beschränkt übertragbar sind. Jedoch entsprechen die Feststellungen zur Besetzung dieses Organs im Hinblick auf die akademische Selbstverwaltung den Ergebnissen in dieser Arbeit.

## VI. Ergebnis

Mit der Dissertation „Der Hochschulrat – unter besonderer Berücksichtigung der Hochschule als ausschließlicher Körperschaft des öffentlichen Rechts“ wird nicht nur der Hochschulrat nach dem SächsHSFG einer verfassungsrechtlichen Prüfung unterzogen, sondern werden die gefundenen Ergebnisse auch auf die Hochschulräte der Bundesländer Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, das Saarland, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein angewendet.

Des Weiteren wird deutlich gemacht, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Hochschulrat von der Konstruktion der Hochschule abhängig sind und wird die Verfassungsmäßigkeit dieses Organs für die beiden bestehenden Organisationsstrukturen beispielhaft am sächsischen Hochschulrat geprüft. Damit ist

diese Arbeit nicht nur für das Hochschulrecht in Sachsen von Bedeutung, sondern auch für das Hochschulrecht aller Bundesländer.

Zugleich dient die Arbeit aber auch der weiteren theoretischen Ausarbeitung des Prinzips der demokratischen Legitimation, insbesondere im Hinblick auf die Rolle des Amtes, sowie im Hinblick auf die Voraussetzungen, die an die eingesetzten Amts- und Organwalter zu stellen sind, die hier als Legitimierbarkeit und Zugehörigkeit bezeichnet werden. Darüber hinaus wird die demokratische Legitimation der mittelbaren Staatsverwaltung genauer untersucht und werden deren Voraussetzungen weiter herausgearbeitet, wobei auch überprüft wird, inwiefern das Prinzip der doppelten Mehrheit in diesem Bereich angewendet werden kann.

Somit ist diese Arbeit nicht nur für das Hochschulrecht von Bedeutung, sondern auch für das Verfassungsrecht und die Frage nach der Ausgestaltung des Demokratieprinzips.

Patricia Wendel hat Rechtswissenschaft an der Universität Leipzig studiert. Nach Absolvierung des Rechtsreferendariats am Oberlandesgericht Dresden war sie als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Medienrecht von Prof. Dr. Christoph Degenhart tätig.

„Der Hochschulrat – unter besonderer Berücksichtigung der Hochschule als ausschließlicher Körperschaft des öffentlichen Rechts“ ist 2016 im NOMOS-Verlag erschienen (393 S., broschiert, ISBN 978-3-8487-2827-5). Das Werk ist Teil der Reihe „Schriften zum Bildungs- und Wissenschaftsrecht“, Band 19, 99,- € inkl. MwSt., versandkostenfrei.

# Andreas Schubert

## Die Novelle zum Arzneimittelgesetz - Neue Rahmenbedingungen für die Arzneimittelforschung

### ÜBERSICHT

#### A. Rechtliche Rahmenbedingungen der AMG-Reform

#### B. Ethik-Kommissionen

##### I. Registrierungsverfahren für Ethik-Kommissionen nach § 41a AMG

##### II. Verfahrensordnung und Geschäftsverteilungsplan nach § 41b AMG

##### III. Bundesethikkommission

#### C. Verfahren zur Genehmigung einer klinischen Prüfung, §§ 40ff. AMG n.F.

##### I. Verfahren zur Genehmigung einer klinischen Prüfung nach § 40 AMG n.F.

###### 1. Antragspflicht

###### 2. Validierung des Antrags

###### 3. „Nutzen-Risiko-Bewertung“

###### 4. Prüfung des Schutzes der Prüfungsteilnehmer

###### 5. Ergebnismitteilung

##### II. Voraussetzungen für die klinische Prüfung nach §§ 40a, 40b AMG im Einzelnen

###### 1. Allgemeine Voraussetzungen für die klinische Prüfung nach § 40a AMG

###### a) Sponsor

###### b) Verbot der Prüfung an Personen in behördlicher Obhut

###### c) Ausreichender Versicherungsschutz

###### d) Prüfung mit gentechnisch veränderten Organismen

###### e) Geeigneter Prüfungsort

###### 2. Besondere Voraussetzungen für die klinische Prüfung nach § 40b AMG – Einwilligungspflicht

###### a) Klinische Prüfung mit Minderjährigen

###### b) Klinische Prüfung mit nichteinwilligungsfähigen erwachsenen Personen

#### D. Zusammenfassung

Der Bundestag hat am 11. November 2016 die, vergangenen Jahres stark diskutierte,<sup>1</sup> Arzneimittelreform verabschiedet. Zum Jahreswechsel ist die Novelle zum Arzneimittelgesetz (AMG) in Kraft getreten. Der folgende Bei-

trag zeigt die wichtigsten Neuerungen für die medizinische Forschung auf.<sup>2</sup> Eingegangen wird hierbei insbesondere auf das neue Registrierungsverfahren für Ethik-Kommissionen, zur Genehmigung einer klinischen Prüfung sowie zur Forschung an nichteinwilligungsfähigen Personen.

#### A. Rechtliche Rahmenbedingungen der AMG-Reform

Die Änderungen des AMG beruhen auf der VO (EU) Nr. 536/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.4.2014 über klinische Prüfungen mit Humanarzneimitteln und zur Aufhebung der RL 2001/20/EG (VO (EU) Nr. 536/2014). Der am 16.6.2014 in Kraft getretenen VO (EU) Nr. 536/2014<sup>3</sup> liegt der von der Kommission am 17.7.2012 veröffentlichte Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über klinische Prüfungen mit Humanarzneimitteln und zur Aufhebung der Richtlinie 2001/20/EG zugrunde.<sup>4</sup> Sinn und Zweck der VO (EU) Nr. 536/2014 sind nach Ansicht der Kommission im Wesentlichen die Förderung klinischer Prüfungen in Europa<sup>5</sup> sowie die Verbesserung der Sicherheit der Probanden.<sup>6</sup> Ziel der auf der VO (EU) Nr. 536/2014 basierenden Novelle des AMG ist die Ermöglichung eines raschen Zugangs zu innovativen Arzneimitteln im Wege eines effektiven und rechtssicheren Genehmigungsverfahrens.<sup>7</sup>

Die nun seitens des Gesetzgebers verabschiedeten Regelungen teilen sich in zwei Blöcke auf. Einerseits in die Regelungen, welche ab dem 24.12.2016 bereits Geltung beanspruchen.<sup>8</sup> Andererseits in Vorschriften, die i.S.d. Art. 13 des Vierten Gesetzes zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften (AMG-ÄndG) erst sechs Monate nach der Veröffentlichung der Mitteilung der Europäischen Kommission über die

1 Siehe bloß unter <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2016/kw45-de-amg-novelle-dritte-beratung/478106> (abgerufen am 22.2.2017).  
2 Nicht eingegangen wird auf tiermedizinische Besonderheiten der AMG Novelle.  
3 Vgl. Art. 99 Unterabsatz 1 VO (EU) Nr. 536/2014.  
4 Siehe zur Verordnung etwa Jansen, MedR 2016, S. 417, 418ff.; Dienemann, PharmR 2012, S. 429ff.

5 Vgl. COM(2012) 369 final, S. 3.

6 Vgl. etwa COM(2012) 369 final, S. 7f.; hierzu auch Wachenhausen, in: Kügel/Müller/Hofmann (Hrsg.), Arzneimittelgesetz, 2. Auflage 2016, Vorbemerkung zu §§ 40 ff., Rn. 1.

7 Vgl. BT-Drs. 18/8034, S. 30.

8 Vgl. Art. 13 des Vierten Gesetzes zur Änderung arzneimittelrechtlicher Vorschriften und anderer Vorschriften; BGBl I Nr. 63 (23.12.2016).

Funktionsfähigkeit des EU-Portals und der Datenbank nach Art. 82 VO (EU) Nr. 536/2014 im Amtsblatt der Europäischen Union in Kraft treten. Wann das EU-Portal zur Eingabe der Daten klinischer Studien jedoch kommt und somit der zweite Block tatsächlich in Kraft tritt, ist noch nicht abzusehen.

## B. Ethik-Kommissionen

Nach § 4 Abs. 23 AMG ist unter einer Klinischen Prüfung bei Menschen jede am Menschen durchgeführte Untersuchung zu verstehen, die dazu bestimmt ist, klinische oder pharmakologische Wirkungen von Arzneimitteln zu erforschen oder nachzuweisen oder Nebenwirkungen festzustellen oder die Resorption, die Verteilung, den Stoffwechsel oder die Ausscheidung zu untersuchen, mit dem Ziel, sich von der Unbedenklichkeit oder Wirksamkeit der Arzneimittel zu überzeugen. Nach dem noch geltenden § 40 Abs. 1 S. 2 AMG<sup>9</sup> darf eine solche klinische Prüfung nur durchgeführt werden, wenn die zuständige Ethik-Kommission diese zustimmend bewertet und die zuständige Bundesoberbehörde diese genehmigt hat. Künftig wird sich eine solche Bedingung weiterhin in § 40 Abs. 1 AMG befinden. Allerdings beschränkt sich der Wortlaut der Vorschrift nun nur noch auf die Genehmigung durch die zuständige Bundesoberbehörde. Die im Rahmen des Genehmigungsprozesses der zuständigen Ethik-Kommission notwendige zustimmende Bewertung findet keine gesonderte sprachliche Würdigung in § 40 Abs. 1 AMG n.F. mehr. Vielmehr wird durch die Verankerung der der zuständigen Ethik-Kommission nach dem noch geltenden § 42 AMG<sup>10</sup> zufallenden Aufgaben in den Absätzen 3, 4 und 5 des § 40 AMG n.F. ihre Mitwirkungspflicht vorausgesetzt. Zur Genehmigung einer klinischen Prüfung bleibt es somit bei der bereits vor der AMG-Reform geltenden Kontrollinstanz aus zuständiger Bundesoberbehörde und zuständiger Ethik-Kommission.

Die Befugnis zur Errichtung von Ethik-Kommissionen richtet sich nach Landesrecht<sup>11</sup> und wird grundsätz-

lich im außeruniversitären Bereich den Landesärztekammern<sup>12</sup> und im universitären Bereich den Hochschulen<sup>13</sup> zuteil.<sup>14</sup> Nach der AMG-Novelle darf die Rolle der Kontrollinstanz bei der Arzneimittelforschung nach dem neu eingefügten § 41a Abs. 1 AMG jedoch nur noch durch bei der Bundesbehörde registrierte Ethik-Kommissionen übernommen werden. Nicht registrierten „kleinen“ Ethik-Kommissionen<sup>15</sup> ist der Weg zur Bewertung klinisch-medizinischer Forschungsvorhaben versperrt.<sup>16</sup> Diesen verbleibt als Tätigkeitsfeld nur noch die Prüfung von Medizinprodukten nach den §§ 20ff. MPG sowie die Beratung bei ärztlichen Forschungsvorhaben in den damit verbundenen berufsethischen und berufsrechtlichen Fragen nach § 15 Abs. 1 MBO-Ä.<sup>17</sup>

## I. Registrierungsverfahren für Ethik-Kommissionen nach § 41 a AMG

Seit dem 24.12.2016 richtet sich das Registrierungsverfahren für Ethik-Kommissionen nach dem neu eingefügten § 41a Abs. 2-5 AMG. Zur Einleitung des Registrierungsverfahrens ist zunächst nach § 41a Abs. 2 AMG ein Antrag vom jeweiligen Träger der öffentlich-rechtlichen Ethik-Kommissionen der Länder bei dem Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) zu stellen. Gemeinsam mit dem Paul-Ehrlich-Institut,<sup>18</sup> dem Bundesinstitut für Impfstoffe und biomedizinische Arzneimittel, genehmigt das BfArM dann die Registrierung, sofern nach § 41a Abs. 3 Ziff. 1 bis 7 AMG folgende Voraussetzungen gegeben sind:

- „1. die erforderliche aktuelle wissenschaftliche Expertise der Mitglieder sowie der externen Sachverständigen,
2. die interdisziplinäre Zusammensetzung der Ethik-Kommission unter Beteiligung von je mindestens einem Juristen, einer Person mit wissenschaftlicher oder beruflicher Erfahrung auf dem Gebiet der Ethik in der Medizin, einer Person mit Erfahrung auf dem Gebiet der Versuchsplanung und Statistik, drei Ärzten, die über Erfah-

9 Näher hierzu unter C.

10 § 42 AMG n.F. regelt nun die durch die zuständige Bundesoberbehörde vorzunehmenden Korrekturmaßnahmen nach Art. 77 VO (EU) Nr. 536/2014.

11 Vgl. etwa § 5 Heilberufe-Kammergesetz Baden-Württemberg (HBKG BW).

12 Vgl. etwa § 5 Abs. 1 HBKG BW; allgemein hierzu *Vogeler*, Ethikkommissionen, 2011, S. 50ff.

13 Vgl. etwa § 5 Abs. 5 HBKG BW; allgemein hierzu *Vogeler*, Ethikkommissionen, 2011, S. 52ff.

14 Ausnahme bilden etwa die öffentlich-rechtliche Ethikkommission des Landes Bremen oder die Ethikkommission des Landes Berlin. Zu den Ethik-Kommissionen bei der unmittelbaren Landesverwaltung siehe *Vogeler*, Ethikkommissionen, 2011, S. 56ff.

15 So *Lippert*, *MedR* 2016, S. 773, 777.

16 Siehe *Lippert*, *MedR* 2016, S. 773, 777.

17 *Dienemann*, *PharmR* 2016 S. 1, 5.

18 *Paul Ehrlich* (\* 14. März 1854 in Strehlen bei Breslau; † 20. August 1915 in Bad Homburg vor der Höhe) war ein deutscher Arzt, Serologe und Immunologe und gilt als Begründer der Chemotherapie. Paul Ehrlich erhielt 1908 für seine Arbeiten auf dem Gebiet der Immunologie den Nobelpreis für Medizin gemeinsam mit Elia Metschnikow. Diese und weitere Infos zur Paul Ehrlich unter <http://www.pei.de/DE/institut/paul-ehrlich/paul-ehrlich-node.html> (abgerufen am 23.1.2017).

rungen in der klinischen Medizin verfügen, davon ein Facharzt für klinische Pharmakologie oder für Pharmakologie und Toxikologie, sowie einem Laien,

3. der Ethik-Kommission gehören weibliche und männliche Mitglieder an und bei der Auswahl der Mitglieder und externen Sachverständigen werden Frauen und Männer mit dem Ziel der gleichberechtigten Teilhabe gleichermaßen berücksichtigt,

4. eine Geschäftsordnung, die insbesondere verpflichtende Regelungen zur Arbeitsweise der Ethik-Kommission trifft; dazu gehören insbesondere Regelungen zur Geschäftsführung, zum Vorsitz, zur Vorbereitung von Beschlüssen, zur Beschlussfassung sowie zur Ehrenamtlichkeit und Verschwiegenheitspflicht der Mitglieder und externen Sachverständigen,

5. eine Geschäftsstelle mit dem für die Organisation der Aufgaben der Ethik-Kommission erforderlichen qualifizierten Personal,

6. eine sachliche Ausstattung, die es ermöglicht, kurzfristig Abstimmungsverfahren durchzuführen und fristgerecht Stellungnahmen und Bewertungsberichte zu erstellen,

7. die Ethik-Kommission holt zu jedem Antrag Unabhängigkeitserklärungen der beteiligten Mitglieder und externen Sachverständigen ein, die beinhalten, dass diese keine finanziellen oder persönlichen Interessen, die Auswirkungen auf ihre Unparteilichkeit haben könnten, haben.“

Konnten hinsichtlich der Zusammensetzung und der Voraussetzungen der Mitgliedschaft in der Ethikkommission bislang die Universitäten bzw. Landesärztekammern kraft Satzung eigenständig Vorgaben machen,<sup>19</sup> geben nun § 41 Abs. 4 Ziff. 1-7 AMG zwingende Mindestvoraussetzungen für die Besetzung der Ethikkommissionen vor.

Die in Ziff. 2 aufgeführte interdisziplinäre Zusammensetzung gewährleistet hierbei nicht nur die notwendige wissenschaftlich-medizinische Expertise, sondern schafft durch die zwingende Besetzung der Ethikkommission mit juristischem Sachverstand auch, dass die Einhaltung rechtlicher Rahmenbedingungen im Rahmen von Arzneimittelforschung gewährleistet wird.

Die Besetzung der Ethik-Kommission nach Ziff. 3 soll nach Vorstellung des Gesetzgebers bestenfalls ge-

schlechterparitätisch sein und dafür sorgen, dass auch auf Ebene der Organe von Arzneimittelforschungszulassungsverfahren die Gleichberechtigung von Mann und Frau vorangetrieben wird.<sup>20</sup>

Die in Ziff. 5 genannte Geschäftsstelle sowie die zugehörige sachliche Ausstattung in Ziff. 6 ergänzen den wissenschaftlichen Sachverstand der Ethik-Kommission um technisch-organisatorische Ausrüstung. Diese soll insbesondere in Form von IT-Ausstattung gewährleisten, dass die europarechtlich vorgegebenen Fristen eingehalten und Abstimmungsverfahren per Telekommunikation durchgeführt werden können.<sup>21</sup> Durch die sachlich-technisch zwingend vorgeschriebene Ausstattung gepaart mit der zwingend nach fachlichen Gesichtspunkten zusammensetzenden Ethikkommissionen wird ein bundesweit einheitliches Kontrollsystem geschaffen, das letztlich der Professionalisierung und Qualitätssicherung dient<sup>22</sup> und die vom Gesetzgeber durch die AMG-Novelle intendierten raschen Zugang zu innovativen Arzneimitteln<sup>23</sup> gewährleisten dürfte.

Die in Ziff. 7 vorgeschriebene Einholung von Unabhängigkeitserklärungen der Kommissionsmitglieder soll Interessenkonflikte vermeiden, die beispielsweise aufgrund Beteiligung an der jeweiligen klinischen Prüfung oder einer Tätigkeit in der Einrichtung, in der die klinische Prüfung durchgeführt werden soll, bestehen können.<sup>24</sup> Hierdurch soll verhindert werden, dass Eigeninteressen wissenschaftlicher oder auch monetärer Art das Bewertungsergebnis beeinflussen. Allerdings ist eine Falschangabe nach den Vorschriften des AMG weder straf-, noch bußgeldbewährt. Zum Zwecke der Abschreckung wäre eine direkte Verankerung im AMG jedoch wünschenswert gewesen.<sup>25</sup>

## II. Verfahrensordnung und Geschäftsverteilungsplan nach § 41b AMG

Die kooperationstechnischer Seite der Zusammenarbeit zwischen Bundesoberbehörden und der registrierten Ethik-Kommissionen bei der Bearbeitung von Anträgen auf die Genehmigung von klinischen Prüfungen soll nach § 41b Abs. 1 AMG durch eine seitens des Bundesministeriums mit Zustimmung des Bundesrates erlassene Rechtsverordnung geregelt werden. Die Verfahrensordnung zur Zusammenarbeit soll hierbei insbesondere die Einzelheiten des Registrierungsverfahrens, wie etwa die Fristen für Stellungnahmen registrierter Ethik-Kommissionen oder auch nach Personal- und Sachaufwand für die

19 Vgl. etwa § 5 Abs. 1 und 2 HBKG BW.

20 Vgl. BT-Drs. 18/8034, S. 37.

21 Vgl. BT-Drs. 18/8034, S. 38.

22 Vgl. Dienemann, PharmR 2016 S. 1, 4.

23 Vgl. BT-Drs. 18/8034, S. 30.

24 BT-Drs. 18/8034, S. 38.

25 Unberührt bleibt selbstverständlich eine in Frage kommende Strafbarkeit nach den Vorschriften des StGB.

Stellungnahmen gestaffelte Gebühren- oder Rahmensätze festlegen. Überdies soll die Verfahrensordnung die Kriterien für einen nach § 41b Abs. 1 AMG seitens der Ethikkommissionen anzufertigenden Geschäftsverteilungsplan festlegen. Nach § 41b Abs. 2 AMG haben sodann alle bis zum 30. September 2017 registrierten Ethik-Kommissionen auf Grundlage der Rechtsverordnung einen Geschäftsverteilungsplan anzufertigen. Dieser wird jährlich zum 1. Januar aktualisiert und in seiner aktuellen Fassung durch das BfArM veröffentlicht.

Im Eckpunktepapier für die Verfahrensordnung gem. § 41b AMG der Bundesärztekammer und des Arbeitskreises Medizinischer Ethik-Kommissionen in der Bundesrepublik Deutschland e.V. vom 20. bzw. 14. Januar 2017<sup>26</sup> wird bezüglich des Geschäftsverteilungsplans gefordert, dass der Verteilungsschlüssel für Bewertungsverfahren gleichmäßig ist. Eine solche gleichmäßige Verteilung eingehender Bewertungsanträge könne etwa durch das Verfahren nach D'Hondt erreicht werden. So könne im Zuteilungsverfahren eine Mindestanzahl von zuzuweisenden Anträgen pro Kommission und Jahr festgelegt werden, wobei das Antragsvolumen aus den Jahren 2014–2016 als Kapazitätsmaß für vier Jahre dienen solle. Eine derartige Regelung wäre vor dem Hintergrund der Wirtschaftlichkeit und auch der Schaffung eines hohen Qualitätsniveaus im Rahmen der Prüfungen begrüßenswert. Zudem würde durch einen derartigen Verteilungsschlüssel Rechts- und Planungssicherheit für die einzelnen Ethik-Kommissionen geschaffen.

### III. Bundesethikkommission

Für den Fall, dass die Zahl der Registrierungen der nach Landesrecht gebildeten Ethikkommissionen nicht ausreicht, um die Bearbeitung der Anträge zu gewährleisten, kann nach der Auffangregelung des § 41c AMG<sup>27</sup> eine Bundes-Ethik-Kommission beim BfArM und dem Paul-Ehrlich-Institut durch das Bundesgesundheitsministerium errichtet werden. Für diese gelten die Vorschriften des AMG gleichermaßen.

#### C. Verfahren zur Genehmigung einer klinischen Prüfung, §§ 40ff. AMG

Das Verfahren zur Genehmigung einer klinischen Prüfung richtet sich derzeit noch nach den Vorgaben des AMG in seiner bislang geltenden Fassung, vgl. §§ 40ff.

AMG. Wie bereits eingangs erwähnt, treten, sobald die nach Art. 13 AMG-ÄndG erforderliche Veröffentlichung der Mitteilung der Europäischen Kommission über die Funktionsfähigkeit des EU-Portals und der Datenbank nach Art. 82 der VO (EU) Nr. 536/2014 erfolgt ist, die neuen §§ 40, 40a, 40b AMG sechs Monate später in Kraft.

§§ 40ff. AMG n.F. bündeln und ordnen nun die Verfahrensgrundsätze zur Genehmigung einer klinischen Prüfung neu. Während § 40 AMG n.F. allgemeine Verfahrensgrundsätze festschreibt, legen die neu eingefügten § 40a AMG allgemeine und § 40b AMG besondere Voraussetzungen für die klinische Arzneimittelprüfung fest.

#### I. Verfahren zur Genehmigung einer klinischen Prüfung nach § 40 AMG n.F.

##### 1. Antragspflicht

Das Verfahren zur Genehmigung einer klinischen Prüfung vollzieht sich in mehreren Schritten. Es beginnt nach § 40 AMG n.F. mit einem in deutscher oder englischer Sprache über das EU-Portal einzureichenden Antrag. Das EU-Portal ist eine von der Europäischen Arzneimittel-Agentur in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten und der Kommission geschaffene, zentrale Anlaufstelle für die Übermittlung von Daten und Informationen im Zusammenhang mit klinischen Prüfungen, vgl. Art. 80 VO (EU) Nr. 536/2014. Die Möglichkeit, Anträge auch in englischer Sprache einzureichen, soll Deutschland als Forschungsstandort stärken.<sup>28</sup>

##### 2. Validierung des Antrags

Im zweiten Schritt wird der Antrag nach § 40 Abs. 3 S. 1 AMG n.F. i.V.m. Art. 5 VO (EU) Nr. 536/2014 von der zuständigen Bundesoberbehörde validiert. Die Bundesoberbehörde prüft insofern, ob die beantragte klinische Prüfung in den Geltungsbereich der VO (EU) Nr. 536/2014, spricht die Europäische Union, fällt und ob das Antragsdossier vollständig ist.

Die nach § 40b Abs. 1 AMG zuständige Ethik-Kommission hat im Rahmen des Validierungsprozesses zu den Antragsunterlagen hinsichtlich der Voraussetzungen des Art. 6 a, b und e VO (EU) Nr. 536/2014 Stellung zu nehmen. Sie muss insbesondere bewerten, ob es sich tatsächlich um eine minimalinterventionelle

26 Abrufbar unter [http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user\\_upload/downloads/pdf-Ordner/Stellungnahmen/Eckpunkte-VO-AMG.pdf](http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/Stellungnahmen/Eckpunkte-VO-AMG.pdf) (abgerufen am 13.2.2017).

27 BT-Drs. 18/8034, S. 39.

28 BT-Drs. 18/8034, S. 44; vgl. auch *Dienemann*, PharmR 2016 S. 1, 2, die davon ausgeht, dass deshalb gerade große Pharmunternehmen mit multinationalen Studien Deutschland als Prüfungsort bevorzugen werden.

klinische Prüfung handelt, falls der Sponsor<sup>29</sup> dies geltend gemacht hat<sup>30</sup> und ob die klinische Prüfung den erwarteten therapeutischen Nutzen und den Nutzen für die öffentliche Gesundheit hat. Hierbei hat sie vor allem die Eigenschaften der Prüfpräparate und des Wissens darüber, die Relevanz der klinischen Prüfung sowie unter Einbeziehung des statistischen Ansatzes, des Aufbaus der klinischen Prüfung und der Methodik die Zuverlässigkeit und Belastbarkeit der im Rahmen der klinischen Prüfung gewonnenen Daten zu berücksichtigen. Ferner hat sie die Risiken und Nachteile für den Prüfungsteilnehmer zu bewerten.

Zusätzlich zu den Voraussetzungen des Art. 6 a, b und e VO (EU) Nr. 536/2014 muss die zuständige Ethik-Kommission nach § 40 Abs. 3 S. 2 AMG n.F. im Rahmen des Validierungsprozesses in ihrer Stellungnahme bewerten, ob nach dem Stand der Wissenschaft im Verhältnis zum Zweck der klinischen Prüfung eines Arzneimittels, das aus einem gentechnisch veränderten Organismus oder einer Kombination von gentechnisch veränderten Organismen besteht oder solche enthält, unvermeidbare schädliche Auswirkungen auf die Gesundheit Dritter und die Umwelt zu erwarten sind, vgl. § 40a S. 1 Nr. 4 AMG. Zudem hat die Ethik-Kommission zu prüfen, ob im Rahmen einer klinischen Prüfung bei einer volljährigen Person, die nicht in der Lage ist, Wesen, Bedeutung und Tragweite der klinischen Prüfung zu erkennen und ihren Willen hiernach auszurichten, die betroffene Person zuvor im noch einwilligungsfähigen Zustand nach ärztlicher Aufklärung für den Fall ihrer Einwilligungsunfähigkeit schriftlich in die Teilnahme an klinischen Prüfungen eingewilligt hat, vgl. § 40 Abs. 3 S. 2 AMG n.F. i.V.m. § 40b Abs. 4 S. 3 AMG.

Neben dem Recht zur Stellungnahme hat die zuständige Ethik-Kommission das Vorliegen der unten näher erörterten Voraussetzungen von § 40a S. 1 Nr. 2, 3, 5, S. 2, 3 sowie § 40b Abs. 2, 3 S. 1, Abs. 4 S. 1 und 9, Abs. 5, 6 AMG zu bewerten.<sup>31</sup> Diesbezüglich ist die zuständige Bundesoberbehörde im Validierungsprozess beantragter klinischer Studien an die Stellungnahme der jeweiligen Ethik-Kommission gebunden, vgl. § 40 Abs. 3 S. 5 AMG n.F.

### 3. „Nutzen-Risiko-Bewertung“

Ist der Antrag validiert, erfolgt nach § 40 Abs. 4 AMG n.F. in einem dritten Schritt durch die zuständige Bun-

desoberbehörde eine Nutzen-Risiko-Bewertung des jeweiligen Vorhabens vor dem Hintergrund des Art. 6 Abs. 1 lit. b) VO (EU) Nr. 536/2014. Die Nutzen-Risiko-Bewertung hat im Hinblick auf die Voraussetzungen von § 40a Abs. 1 Nr. 1 und 4 AMG sowie § 40b Abs. 4 S. 3 AMG zu erfolgen. § 40a Abs. 1 Nr. 1 AMG stellt bestimmte Anforderungen an die Person des Sponsors der klinischen Prüfung.<sup>31</sup> Nach § 40a Abs. 1 Nr. 4 AMG dürfen von in der klinischen Prüfung zur Anwendung kommenden Arzneimitteln, die aus gentechnisch veränderten Organismen bestehen, keine unvermeidbaren Schäden für Umwelt und die Gesundheit Dritter zu erwarten sein. § 40b Abs. 4 S. 3 AMG wiederum legt gewisse Hürden an den Einbezug nichteinwilligungsfähiger Personen in klinische Prüfungen an.<sup>33</sup>

Die genannten Voraussetzungen der neu eingefügten §§ 40a, 40b AMG sind hierbei nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) i) VO (EU) Nr. 536/2014 hinsichtlich des erwarteten therapeutischen Nutzens und des Nutzens für die öffentliche Gesundheit unter Berücksichtigung

- der Eigenschaften der Prüfpräparate und des Wissens darüber;

- der Relevanz der klinischen Prüfung, einschließlich der Frage, ob die Gruppen der an der klinischen Prüfung teilnehmenden Prüfungsteilnehmer die zu behandelnden Bevölkerungsgruppen abbilden, oder, wenn dies nicht der Fall ist, eine nachvollziehbare Erklärung aufgrund des aktuellen Standes der Wissenschaft, einer Empfehlung von zuständigen Regulierungsbehörden oder des Pädiatrieausschusses gemäß der Verordnung (EG) Nr. 1901/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates hierfür gegeben ist sowie

- der Zuverlässigkeit und Belastbarkeit der im Rahmen der klinischen Prüfung gewonnenen Daten unter Einbeziehung des statistischen Ansatzes, des Aufbaus der klinischen Prüfung und der Methodik (einschließlich Probenumfang, Randomisierung, Komparatoren und Endpunkte),

zu bewerten.

Hinsichtlich der Risiken und Nachteile für die Prüfungsteilnehmer sind die genannten Voraussetzungen

diagnostischen oder Überwachungsverfahren im Vergleich zur normalen klinischen Praxis nur ein minimales zusätzliches Risiko bzw. eine minimale zusätzliche Belastung für die Sicherheit der Prüfungsteilnehmer darstellen, vgl. Art. 2 Abs. 2 Nr. 3 VO (EU) Nr. 536/2014.

31 Siehe unten C. II.

32 Näher hierzu siehe unten C. II. 1. a).

33 Näher hierzu siehe unten C. II. 2.

29 Zum Begriff des Sponsors siehe unten unter C. II. 1. a).

30 Eine minimalinterventionelle klinische Prüfung ist eine klinische Prüfung, die mit zugelassenen Prüfpräparaten durchgeführt wird und diese gemäß den Bedingungen der Zulassung verwendet werden oder die Verwendung der Prüfpräparate eine evidenzbasierte Verwendung darstellt, die durch veröffentlichte wissenschaftliche Erkenntnisse über Sicherheit und Wirksamkeit dieser Prüfpräparate untermauert ist. Schließlich dürfen die zusätzlichen

der neu eingefügten §§ 40a, 40b AMG nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) ii) VO (EU) Nr. 536/2014 unter Berücksichtigung

— der Eigenschaften der Prüfpräparate und der Hilfspräparate sowie des Wissens darüber;

— der Merkmale der Intervention im Vergleich zur normalen klinischen Praxis;

— der Sicherheitsmaßnahmen, einschließlich der Vorkehrungen zur Risikominimierung, Überwachung und Sicherheitsberichterstattung und des Sicherheitsplans sowie

— des Risikos, das der klinische Zustand, für dessen Behandlung das Prüfpräparat getestet wird, für die Gesundheit des Prüfungsteilnehmer darstellt,

zu bewerten.

Die zuständige Ethik-Kommission hat im Rahmen der Nutzen-Risiko-Bewertung Stellung zu den Voraussetzungen der genannten Vorschriften zu nehmen, vgl. § 40 Abs. 4 S. 2 AMG. Hierbei muss sie ein klares Votum i.S.e. Zustimmung, einer Zustimmung mit Auflagen oder einer Ablehnung sowie eine entsprechende Begründung abgeben. Die Ethik-Kommission ist hierbei frei, eigene wissenschaftliche Erkenntnisse oder auch den Sachverstand Dritter zur Entscheidungsfindung heranzuziehen, vgl. § 41 Abs. 2 AMG n.F.

Die jeweilige Bundesoberbehörde ist hierbei jedoch nicht an die Entscheidung der zuständigen Ethik-Kommission gebunden. Sie muss ein Abweichen von der Stellungnahme jedoch begründen, vgl. § 40 Abs. 8 S. 2 AMG n.F. Dies gilt auch gegenüber der jeweiligen Ethik-Kommission, vgl. § 41 Abs. 3 AMG n.F.

Zusätzlich zu der Nutzen-Risiko-Bewertung hat die zuständige Bundesoberbehörde weitere Voraussetzungen des Art. 6 VO (EU) Nr. 536/2014, wie etwa die Erfüllung von Etikettierungsvorschriften oder die Vollständigkeit und Angemessenheit der Prüferinformationen zu bewerten.

#### 4. Prüfung des Schutzes der Prüfungsteilnehmer

Eine klinische Prüfung darf ferner nur dann durchgeführt werden, wenn ein ausreichender Schutz der Teilnehmer gewährleistet ist. Dies wird durch Art. 7 VO (EU) Nr. 536/2014 deutlich. Die Bewertung des nach Art 7 VO (EU) Nr. 536/2014 vorausgesetzten Schutzes

der Teilnehmer obliegt nach § 40 Abs. 5 AMG n.F. der zuständigen Ethik-Kommission. Diese hat nach Ansicht des Gesetzgebers aufgrund ihrer interdisziplinären Zusammensetzung und der wissenschaftlichen Expertise ihrer Mitglieder hierzu die fachliche Kompetenz.<sup>34</sup> Neben der Wahrnehmung der Aufgaben nach Art. 7 VO (EU) Nr. 536/2014 hat sie zudem zu kontrollieren, dass die Teilnehmer der klinischen Prüfung nicht aufgrund behördlicher Anordnung in einer Anstalt untergebracht sind, § 40a S. 1 Nr. 2 AMG, ein ausreichender Versicherungsschutz für diese vorliegt, § 40a S. 1 Nr. 3, S. 2, 3 AMG, und die klinische Prüfung in einer dafür geeigneten Einrichtung stattfindet, § 40a S. 1 Nr. 5 AMG. Zudem muss die zuständige Ethik-Kommission, wie bereits im Rahmen des Validierungsprozesses prüfen, ob Voraussetzungen der rechtswirksamen Einwilligung des Teilnehmers nach § 40b AMG erfüllt sind. Die zuständige Bundesoberbehörde ist an den Bewertungsbericht der zuständigen Ethik-Kommission gebunden, vgl. § 40 Abs. 8 S. 2 AMG n.F.

#### 5. Ergebnismitteilung

Ist der Prüfungsprozess abgeschlossen, teilt die zuständige Bundesoberbehörde dem jeweiligen Antragsteller über das EU-Portal mit, ob die klinische Prüfung genehmigt, unter Auflagen genehmigt oder eine Genehmigung versagt worden ist, vgl. § 40 Abs. 8 S. 1 AMG n.F. i.V.m. Art. 8 Abs. 1 VO (EU) Nr. 536/2014. Erhält nur einer der beiden Teile („Nutzen-Risiko-Bewertung“ bzw. Schutz der Prüfungsteilnehmer) ein negatives Votum, ist die Genehmigung insgesamt zu versagen.<sup>35</sup>

Wird durch die zuständige Bundesoberbehörde ein Antrag nicht genehmigt, so hat sie dies auch der Europäischen Kommission und sämtlichen Mitgliedstaaten über das EU-Portal mit einer detaillierten Begründung mitzuteilen, vgl. § 40 Abs. 8 S. 5 AMG n.F. i.V.m. Art. 8 Abs. 2 Unterabs. 3 VO (EU) Nr. 536/2014.

## II. Voraussetzungen für die klinische Prüfung nach §§ 40a, 40b AMG

Nachdem nun der Ablauf eines Verfahrens zur Genehmigung einer klinischen Prüfung nach § 40 AMG n.F. dargestellt ist, soll im Folgenden detaillierter auf die allgemeinen und besonderen Voraussetzungen für die klinische Prüfung nach den neu eingefügten, im Laufe des Jahres in Kraft tretenden §§ 40a, 40b AMG eingegangen werden.

34 Vgl. BT-Drs. 18/8034, S. 44.

35 BT-Drs. 18/8034, S. 45.

## 1. Allgemeine Voraussetzungen für die klinische Prüfung nach § 40a AMG

### a) Sponsor

Die allgemeinen Voraussetzungen für die klinische Prüfung sind in § 40a AMG verankert. Hiernach muss, zusätzlich zu den durch die VO (EU) Nr. 536/2014 aufgestellten Anforderungen, zur Durchführung einer klinischen Prüfung bei Menschen zunächst ein Sponsor vorhanden sein. Nach Art. 2 Abs. 2 Ziff. 14 VO (EU) Nr. 536/2014 ist hierunter eine Person, ein Unternehmen, eine Einrichtung oder eine Organisation zu verstehen, die bzw. das die Verantwortung für die Einleitung, das Management und die Aufstellung der Finanzierung einer klinischen Prüfung übernimmt. Der Sitz des Sponsors bzw. seines Vertreters muss hierbei in der EU oder einem Vertragsstaat des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) sein. Durch die Möglichkeit zur Vertretung wird deutlich, dass Sponsoren nicht zwingend aus der EU bzw. dem EWR stammen müssen. Wird jedoch eine klinische Prüfung über eine Vertreterkonstellation angestrebt, hat der Vertreter des Sponsors dafür Sorge zu tragen, dass die Einhaltung der dem Sponsor aus der VO (EU) Nr. 536/2014 erwachsenden Verpflichtungen sichergestellt ist.<sup>36</sup>

### b) Verbot der Prüfung an Personen in behördlicher Obhut

Eine klinische Prüfung darf ferner nicht an Personen durchgeführt werden, die aufgrund behördlicher Anordnung in einer Anstalt untergebracht sind, § 40a S. 1 Nr. 2 AMG. Der Ausschluss eingewiesener Personen gründet sich in dem besonderen Gewaltverhältnis aus einweisendem Staat und eingewiesener Person. Das Gesetz unterstellt eine hieraus resultierende Unfreiheit hinsichtlich der Willensentscheidung der untergebrachten Person.<sup>37</sup>

### c) Ausreichender Versicherungsschutz

Weitere Voraussetzung einer klinischen Prüfung ist nach § 40a S. 1 Nr. 3 lit. a) und b) AMG<sup>38</sup> das Vorhandensein eines Versicherungsschutzes für die an der klinischen Prüfung teilnehmenden Personen für aus der klinischen Prüfung folgenden körperliche oder gesundheitliche Schäden oder gar Todesfälle. Die Versicherung muss bei einem in der EU oder dem EWR zugelassenen Versicherer abgeschlossen und der Höhe nach angemessen sein,

wobei für den Fall des Todes oder der fortdauernden Erwerbsunfähigkeit mindestens 500.000,00 Euro zur Verfügung stehen müssen. Einer solchen Versicherung bedarf es nach § 40a S. 3 AMG jedoch nicht, wenn im Rahmen einer minimalinterventionellen klinischen Prüfung<sup>38</sup> ein anderweitiger Versicherungsschutz für Prüfer und Sponsor gegeben ist. Für xenogene Arzneimittel<sup>40</sup> muss zudem ein Versicherungsschutz für Drittrisiken gegeben sein, vgl. § 40a S. 2 AMG.

### d) Prüfung mit gentechnisch veränderten Organismen

Nach Ziff. 4 lit. a) und b) des § 40a S. 1 AMG dürfen klinischen Prüfungen, bei welchen Arzneimittel verwandt werden, die aus gentechnisch veränderten Organismen bestehen oder solche enthalten, nur durchgeführt werden, wenn keine vertretbaren schädlichen Auswirkungen auf die Gesundheit Dritter oder die Umwelt zu erwarten sind. Die Regelung übernimmt insofern den Inhalt des noch geltenden § 40 Abs. 1 Nr. 2a AMG und weitet wie dieser neben den Risiken für den Probanden die Prüfung auf Dritte und die Umwelt aus.

### e) Geeignete Prüfungseinrichtung

Klinische Prüfungen dürfen überdies nach § 40a S. 1 Nr. 5 AMG nur in geeigneten Einrichtungen durchgeführt werden. Nach Art. 50 i.V.m. Anh. I Nr. 67 VO (EU) Nr. 536/2014 ist die Eignung durch eine angemessen begründete schriftliche Erklärung des Leiters der Klinik oder Einrichtung in der Prüfstelle zu übermitteln, in der die Eignung der klinischen Einrichtung für die Art und die Verwendung des Prüfpräparats bestätigt sowie beschrieben wird, inwiefern geeignete Einrichtungen und Geräte und geeignetes Personal zur Verfügung stehen und geeignetes Fachwissen vorhanden ist.

Von der bislang in § 40 Abs. 1 Nr. 5 AMG geregelten Voraussetzung einer kumulativ erforderlichen angemessenen Qualifizierung eines Prüfers mit mindestens zwei Jahren Erfahrung wird abgerückt. Es gilt durch den Verweis im ebenfalls geänderten § 4 Abs. 25 AMG auf Art. 2 VO (EU) Nr. 536/2014 nunmehr Art. 49 VO (EU) Nr. 536/2014 als personenbezogene Voraussetzung. Bei einem Prüfer muss es sich somit „nur noch“ um einen Arzt oder um eine Person handeln, die einen Beruf ausübt, durch den sie aufgrund der dafür erforderlichen wissenschaftlichen Kenntnisse und Erfahrung bei der Patientenbetreuung in dem betroffenen Mitgliedstaat anerkanntermaßen für die Rolle als Prüfer qualifiziert ist.

36 Zur Thematik des lokalen Ansprechpartners nach Art. 74 Abs. 2 VO (EU) Nr. 536/2014 siehe *Dienemann*, PharmR 2016, S. 1, 3.

37 *Rehmann*, AMG, 4. Aufl. 2014, § 40, Rn. 6.

38 Zuvor inhaltsgleich in § 40 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 3 AMG geregelt.

39 Zum Begriff siehe Fn. 23.

40 Xenogene Arzneimittel sind zur Anwendung im oder am Menschen bestimmte Arzneimittel, die lebende tierische Gewebe oder Zellen sind oder enthalten, vgl. § 4 Abs. 21 AMG.



## 2. Besondere Voraussetzungen für die klinische Prüfung nach § 40b AMG – Einwilligungspflicht

Der bereits mehrfach erwähnte § 40b AMG enthält in Ergänzung zu Art. 29 VO (EU) Nr. 536/2014 besondere Voraussetzungen für die Durchführung einer klinischen Prüfung, vgl. § 40b Abs. 1 AMG. § 40b Abs. 2 AMG stellt, wie bereits zuvor in § 40 Abs. 2 AMG geregelt, die klinische Prüfung unter den Vorbehalt der Aufklärung durch einen Arzt oder Zahnarzt, welcher selbst Prüfer oder zumindest Mitglied des Prüfungsteams sein muss. Die Aufklärung hat im Rahmen des nach Art. 29 Abs. 2 lit. c) VO (EU) Nr. 536/2014 im Vorfeld stattfindenden Gesprächs zu erfolgen.

### a) Klinische Prüfung mit Minderjährigen

Bei Minderjährigen, die in der Lage sind, die Tragweite der klinischen Prüfung zu erfassen, darf eine klinische Prüfung nur durchgeführt werden, wenn nach erfolgter umfassender Aufklärung<sup>41</sup> sowohl die Einwilligung von ihm, als auch seines gesetzlichen Vertreters vorliegt, vgl. § 40b Abs. 3 S. 1 AMG. Ist der Minderjährige nicht in der Lage, die Tragweite der klinischen Prüfung zu erfassen und erklärt gleichwohl ausdrücklich den Wunsch, nicht an der Prüfung teilnehmen zu wollen, so ist dies nach Art. 31 Abs. 1 lit. c) VO (EU) Nr. 536/2014 ein Hinderungsgrund zur Durchführung der klinischen Prüfung. Hiermit wird die bisherige Rechtslage nach § 40 Abs. 4 Nr. 3 S. 4 AMG a.F. beibehalten. Die Regelung dient der Wahrung des Selbstbestimmungsrechts nicht einwilligungsfähiger Personen.<sup>42</sup>

### b) Klinische Prüfung mit nichteinwilligungsfähigen erwachsenen Personen

Die klinische Prüfung mit nichteinwilligungsfähigen erwachsenen Personen ist nach dem neu eingefügten § 40b Abs. 4 S. 1 Nr. 1, 2 AMG dann möglich, wenn die Voraussetzungen des Art. 31 Abs. 1 und 3 VO (EU) Nr. 536/2014 erfüllt sind. Hiernach muss der nichteinwilligungsfähige Prüfungsteilnehmer umfassend aufgeklärt worden sein<sup>43</sup> und sein gesetzlicher Vertreter die Einwilligung erklärt haben. Zur Wahrung des Selbstbestim-

mungsrechts muss auch hier der Prüfungsteilnehmer ferner so weit wie möglich in den Einwilligungsprozess einbezogen und seine Wünsche berücksichtigt werden. Als expliziter Wunsch in diesem Sinne gilt nach § 40b Abs. 4 S. 2 AMG die Erklärung oder sonstige Ausdrucksweise einer solchen Person, nicht an der klinischen Prüfung teilnehmen zu wollen.

Nach dem Gebot der Subsidiarität des Art. 31 Abs. 1 lit. e) VO (EU) Nr. 536/2014<sup>44</sup> muss die klinische Prüfung im Hinblick auf nichteinwilligungsfähige Prüfungsteilnehmer alternativlos und unerlässlich zur Gewinnung aussagekräftiger Daten sein. Klinische Prüfungen, die nicht im Zusammenhang mit dem klinischen Zustand des Teilnehmers stehen, sind nicht erlaubt. Vielmehr muss die Prüfung für den Teilnehmer einen direkten Nutzen oder zumindest einen Nutzen für die Bevölkerungsgruppe, zu der der Betroffene gehört, zur Folge haben (sog. gruppennützige klinische Prüfung). Das Risiko muss zudem möglichst gering gehalten werden und darf nur minimale Belastungen für den Teilnehmer aufweisen.

Ändert sich an den grundlegenden Voraussetzungen zur klinischen Prüfung bei nichteinwilligungsfähigen Personen nicht allzu viel,<sup>45</sup> stellt die Eröffnung der Möglichkeit der genannten gruppennützigen klinischen Prüfung bei nichteinwilligungsfähigen Personen wohl das bedeutendste Novum der AMG-Novelle dar. Bislang war eine gruppennützige Forschung nur bei Minderjährigen möglich, vgl. den noch geltenden § 41 Abs. 2 Nr. 2 lit. a) AMG. Bei Erwachsenen hingegen war sie ausgeschlossen, vgl. § 41 Abs. 3 Nr. 1 AMG in seiner noch geltenden Fassung.<sup>46</sup> Die Erklärung ließ sich nur schwerlich mit dem Argument begründen, dass Kinderkrankheiten eben nur an Kindern erforscht werden können.<sup>47</sup> Dass es bei Erwachsenen jedoch ebenfalls Erkrankungen gibt, deren Nutzen sich nicht bloß bei dem einzelnen Individuum erschöpft, lässt sich nicht von der Hand weisen, wurde seitens des Gesetzgebers bislang jedoch – bewusst oder unbewusst – ausgeblendet. Durch die AMG-Novelle werden erwachsene nichteinwilligungsfähige Personen im Rahmen gruppennütziger Forschung aus dem Zustand der „Forschungswaisen“<sup>48</sup> herausgelöst.

41 Vgl. im Einzelnen § 41b Abs. 6 AMG.

42 Taupitz, ZRP 2016, S. 196, 197.

43 Vgl. im Einzelnen § 41b Abs. 6 AMG.

44 Taupitz, ZRP 2016, S. 196, 197.

45 Bislang war nach § 41 Abs. 3 AMG die Forschung an nichteinwilligungsfähigen Personen nur dann möglich, wenn die Anwendung des zu prüfenden Arzneimittels nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft potentiell dazu führen konnte, das Leben der betroffenen Person zu retten, ihre Gesundheit wiederherzustellen oder ihr Leiden zu erleichtern. Außerdem war eine derartige Forschung nur statthaft, wenn sie sich unmittelbar auf einen lebensbedrohlichen oder sehr geschwächten klinischen

Zustand bezog, in dem sich die betroffene Person befand, und mit der klinischen Prüfung für die betroffene Person möglichst wenig Belastungen und anderen vorhersehbaren Risiken verbunden waren. Zudem durfte die klinische Prüfung nur durchgeführt werden, wenn die begründete Erwartung bestand, dass der Nutzen der Anwendung des Prüfpräparates für die betroffene Person die Risiken überwog oder keine Risiken bestanden.

46 Zur Streitlage in der Literatur sowie der Frage der grundrechtlichen Vertretbarkeit gruppennütziger Forschung siehe etwa Taupitz, MedR 2012, S. 583, 585f.

47 Taupitz, MedR 2012, S. 583, 586.

48 Taupitz, MedR 2012, S. 583, 586.

Der Gesetzgeber macht durch den auf Art. 31 Abs. 1 lit. g) II) VO (EU) Nr. 536/2014 basierenden § 41b AMG von der weicheren Regelungsmöglichkeit<sup>49</sup> Gebrauch und weicht von der bisherigen strengeren Gesetzeslage des § 41 Abs. 3 Nr. 1 AMG ab.

Die sich wohl im Laufe des Jahres ändernde Rechtslage eröffnet so für den Forschungsstandort Deutschland größere Möglichkeiten im Hinblick auf gruppennützige Forschung mit nichteinwilligungsfähigen Personen etwa im Bereich der Forschung an degenerativen Hirnerkrankungen.<sup>50</sup>

Beachtet werden muss jedoch, dass zum Schutze Nicht-einwilligungsfähiger die gruppennützige Forschung gleichwohl nur in einem engen Rahmen möglich ist. Nach § 41b Abs. 4 S. 2 AMG hängt diese, wie seitens einiger Stimmen in der Literatur schon länger gefordert,<sup>51</sup> vom Vorliegen einer Patientenverfügung nach § 1901a Abs. 1 S.1 BGB ab. Diese muss zum Zeitpunkt noch bestehender Einwilligungsfähigkeit nach ärztlicher Aufklärung angefertigt worden sein. Die Prüfung der inhaltlichen Übereinstimmung der Festlegungen in der Patientenverfügung mit der konkreten Lebens- und Behandlungssituation obliegt hierbei dem Betreuer, vgl. § 41b Abs. 4 S. 4 AMG i.V.m. § 1901a Abs. 1 S.1 BGB. Dieser ist auch verpflichtet, dem Willen des Betreuten Ausdruck und Geltung zu verschaffen, vgl. § 41b Abs. 4 S. 4 AMG i.V.m. § 1901a Abs. 1 S. 2 BGB. Die Patientenverfügung kann jederzeit formlos widerrufen werden.

Bei Personen, die bereits vor Erreichen der Volljährigkeit nicht einwilligungsfähig sind, ist zum Schutz des Selbstbestimmungsrechts eine klinische Prüfung verboten.<sup>52</sup> Die Abgabe einer wirksamen Patientenverfügung ist bei dieser Patientengruppe ausgeschlossen. Dies wird durch die deklaratorische Vorschrift des § 41b Abs. 4 S. 8 AMG nochmals verdeutlicht.

#### D. Zusammenfassung

– Die Novelle zum AMG schafft ein neues Verfahren zur Zulassung für Ethik-Kommissionen. Die Bewertung

klinisch-medizinischer Forschungsvorhaben bleibt fortan registrierten Ethik-Kommissionen vorbehalten. Das Registrierungsverfahren richtet sich nach dem neu eingefügten § 41a AMG. Der neu eingefügte § 41b Abs. 1 AMG stellt die gesetzliche Grundlage für eine Verfahrensordnung zur Zusammenarbeit der Bundesoberbehörden und den registrierten Ethik-Kommissionen. Die Zusammenarbeit der Ethik-Kommissionen richtet sich gem. § 41b Abs. 2 AMG nach einem von diesen zu erlassenden Geschäftsverteilungsplan. § 41c AMG ermöglicht für den Fall der Knappheit an Ethik-Kommissionen auf Landesebene die Schaffung einer Bundesethik-Kommission.

– Das Verfahren zur Genehmigung einer klinischen Prüfung wird in § 40 AMG n.F. neu gefasst. Der neu eingefügte § 40a AMG enthält diesbezüglich allgemeine, der neu eingefügte § 40b AMG besondere Voraussetzungen für das Genehmigungsverfahren. Das Genehmigungsverfahren erfolgt in einem fünfstufigen Verfahren aus Antrag, Validierung, „Nutzen-Risiko-Bewertung“, Prüfung des Schutzes der Prüfungsteilnehmer sowie der Ergebnismitteilung.

– Hervorzuhebende Neuerung im Rahmen der besonderen Voraussetzungen nach § 40b AMG ist die durch die AMG-Novelle geschaffene Zulässigkeit gruppennütziger Forschung an nichteinwilligungsfähigen Personen. Diese ist maßgebend davon abhängig, ob zum Zeitpunkt noch bestehender Einwilligungsfähigkeit eine Patientenverfügung abgeschlossen wurde, die die Teilnahme an klinischen Prüfungen ermöglicht.

Andreas Schubert ist wissenschaftlicher Mitarbeiter der Forschungsstelle für Hochschularbeitsrecht und Jurist der Stabsstelle Recht des Universitätsklinikums Freiburg.

49 Der europäische Gesetzgeber hat in Art. 31 Abs. 2 VO (EU) Nr. 536/2014 explizit die Möglichkeit offengelassen, mögliche strengere nationale Regelungen einzuführen bzw. beizubehalten, die die Durchführung derartiger klinischer Prüfungen an nicht einwilligungsfähigen Prüfungsteilnehmern verbieten, wenn keine wissenschaftlichen Gründe vorliegen, die erwarten lassen, dass eine Teilnahme an der klinischen Prüfung einen direkten Nutzen für den Prüfungsteilnehmer zur Folge hat, der die Risiken und Belastungen einer Teilnahme an der Prüfung überwiegt.

50 Zur ethischen Vertretbarkeit gruppennütziger Forschung siehe etwa von Kielmannsegg, <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/arzeimittelforschung-nichteinwilligungsfahig-ethik/> (abgerufen am 20.2.2017).

51 Hierfür plädierend bereits *Taupitz*, *MedR* 2012, S. 583, 588.

52 BT-Drs. 18/8034, S. 46.



C.F. Koch

*Die Schulden der Studierenden nach der  
Kommentierung zum Allgemeinen Preußischen  
Landrecht<sup>1</sup>*

§ 99. *Kein Studierender, er mag der väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt noch unterworfen sein, oder nicht, kann, so lange er auf Universitäten ist, ohne Vorwissen und Konsens des akademischen Gerichts, gültig Schulden kontrahieren, oder Bürgschaften übernehmen.*

1) Die Honoraria für die Kollegia müssen zur Hälfte von den Studierenden vorausbezahlt, die andere Hälfte aber in der Mitte des halben Jahres zu Johannis oder Neujahr entrichtet werden. In Fällen, wo Lehrer bei dem, durch ein gerichtliches Attest von der Obrigkeit des Geburtsorts bescheinigten, Unvermögen eines Studierenden genötigt sind, ihm die Honoraria für die Kollegia so lange zu stunden, bis er durch Beförderung zu einem öffentlichen Amte, oder durch sonstige Verbesserung seiner Vermögensumstände in den Stand gekommen, dieselben zu bezahlen, verbleibt ihnen bis dahin ihr Anspruch an solchen ungekränkt. Sie müssen aber dafür besorgt sein, dass beim Abgange der Studierenden der Betrag der Schuld, gleich anderen, von dem akademischen Gerichte registriert, und zugleich in dem akademischen Zeugnisse notiert wird.

2) Repetenten, welche die von Anderen gehaltenen Vorlesungen in dem Zeitraume, in welchem sie gehört worden, mit dem Studierenden wiederholen, haben in Ansehung des Honorarii mit dem akademischen Lehrer gleiche Rechte, wegen anderer Privatstunden aber sind sie den Sprach- und Exerzitenmeistern gleich zu achten.

3) Der bisher gestattete Kredit von fünf und zwanzig Thlern. bei Kaufleuten, welche Materialien zur Kleidung liefern, wird wegen des Mißbrauchs, daß diese Materialien häufig verkauft oder versetzt werden, ganz aufgehoben; dagegen den Schneidern in dem Betracht, daß ein angemessenes fertig gemachtes Kleid weniger Gelegenheit zum Mißbrauche giebt, bis auf fünf und zwanzig Thaler inklusive der Materialien zu kreditiren nachgelassen. Buchhändler, Schuhmacher, Aufwärter- und Aufwärterinnen können nur auf zehn Thaler, Buchbinder nur auf drei Thaler Kredit geben, und zwar nicht über ein Vierteljahr.

4) Kostgeld, Waschgeld, Friseur- und Barbierlohn, Stubenmiete, Bettzins, Aufwartung, Arzneien und Arztlohn, auch was für den Unterricht in den Sprachen und Leibesübungen zu bezahlen ist, sollen ebenfalls nicht über ein Vierteljahr geborgt werden.

5) Alle diese von 1-4 gültigen Schulden behalten das Vorrecht gesetzlicher Schulden nur, wenn sie nach dem Ablaufe des Vierteljahres, in welchem sie kontrahiert sind, in dem unmittelbar darauf folgenden Vierteljahre eingeklagt werden.

§ 104. *Alle anderen Privatschulden eines Studirenden sind nichtig und begründen keine Klage.*

<sup>1</sup> Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, Kommentar in Anmerkungen von C.F. Koch, 4. Bd., 5. Aufl. 1876, S. 606 ff.



Hartmut Maier

*Im Wunschstudium endgültig gescheitert! Was nun?  
– Eine kritische Bestandsaufnahme gesetzlicher  
Zugangshindernisse zu einem weiteren Studium  
nach vorausgegangenem endgültigen  
Nichtbestehen einer Hochschulprüfung<sup>1</sup>*

**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 Bundesamt<sup>2</sup> beschränkt sich auf die Definition des Begriffs „Studienabbrecher/innen“<sup>3</sup> 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“<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup> 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 Bericht<sup>6</sup> 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](http://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](http://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](http://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](http://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 2016<sup>7</sup> 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 Medien<sup>8</sup> 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 2010<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup> 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 Rechtsstand<sup>15</sup> 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](http://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](http://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](http://www.dzhw.eu/pdf/pub_fh/fh-201203.pdf), hierzu [www.zeit.de/studium/hochschule/2012-05/studie-studienabbrecher-his](http://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](http://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/](http://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](http://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](http://www.nrwe.de).

13 Vgl. etwa [www.hft-stuttgart.de/Studium/.../Weitere%20Satzungen/SatzungIRBE/de](http://www.hft-stuttgart.de/Studium/.../Weitere%20Satzungen/SatzungIRBE/de).

14 Vgl. etwa [www.studium.uni-kiel.de/de/pruefungen/pruefungsverfahren/nichtbestehen](http://www.studium.uni-kiel.de/de/pruefungen/pruefungsverfahren/nichtbestehen); [www.uni-bremen.de/studium/studienpruefungsverwaltung/endgueltig-durchgefallen-was-tun.html](http://www.uni-bremen.de/studium/studienpruefungsverwaltung/endgueltig-durchgefallen-was-tun.html).

15 Stand: April 2017.

- Baden-Württemberg<sup>16</sup>

„§ 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.“

- Bayern<sup>17</sup>

„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.“

- Berlin<sup>18</sup>

„§ 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.“

- Brandenburg<sup>19</sup>

„§ 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.“

- Bremen<sup>20</sup>

„§ 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.“

- Hamburg<sup>21</sup>

„§ 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.“

- Hessen<sup>22</sup>

„§ 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-Vorpommern<sup>23</sup>

„§ 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.“

- Niedersachsen<sup>24</sup>

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

- Nordrhein-Westfalen<sup>25</sup>

„§ 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-Pfalz<sup>26</sup>

„§ 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.“

- Saarland<sup>27</sup>

„§ 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.“

- Sachsen<sup>28</sup>

„§ 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-Anhalt<sup>29</sup>

„§ 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-Holstein<sup>30</sup>

„§ 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.“

- Thüringen<sup>31</sup>

„§ 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 Qualifikation<sup>32</sup> 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 Zeit<sup>33</sup> 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 Recht<sup>34</sup> 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,<sup>35</sup> 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 – ausnahmsweise<sup>36</sup> – Bestehen eines Einschreibungshindernisses trotz aller Amtsermittlungspflichten des Gerichts jedenfalls eine Darlegungslast zukommt.<sup>37</sup> Eine Gleichheit der Studiengänge besteht von vornherein nicht, wenn das erste Studium an einer Hochschule eines anderen Hochschultyps unternommen wurde.<sup>38</sup> 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.<sup>39</sup> 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.<sup>40</sup> 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.<sup>41</sup> 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.<sup>42</sup> 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,<sup>43</sup> 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.<sup>44</sup>

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 formeller<sup>45</sup> 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.<sup>46</sup> 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.<sup>47</sup>

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 Erkenntnissertrag ebenfalls durchweg gering. Soweit ersichtlich lassen sich allein in den Gesetzesmaterialien zu § 50 Abs. 1 Nr. 2 HG NRW vom 16.9.2014<sup>48</sup> 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.<sup>49</sup>

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](http://www.wissenschaft.nrw.de/fileadmin/Medien/Dokumente/.../HZG_mit_Begründung.pdf) sowie [www.wissenschaft.nrw.de/mediathek/broschueren/](http://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](http://www.nrw.de).

dierten Rechtsprechung<sup>50</sup> 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“.<sup>51</sup> Zu beachten ist allerdings, dass diese Rechtsprechung noch aus der Zeit sog. Blockprüfungen<sup>52</sup> 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.<sup>53</sup> 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.<sup>54</sup> Aber auch eher tradiert ausgebildete Bachelorstudiengänge<sup>55</sup> 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](http://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](http://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.<sup>56</sup> 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.<sup>57</sup>

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 bewusst<sup>58</sup> 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.<sup>59</sup> Der Immatrikulationsantrag der Universität Hamburg enthält eine entsprechende Passage zu pflichtigen Angaben über nicht bestandene Prüfungen (Modulprüfung, Vorprüfung, Abschlussprüfung).<sup>60</sup>

Ob diese Abkehr vom hergebrachten Studiengangsprinzip<sup>61</sup> 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/](http://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/](http://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. 18.5.2010, S. 2 und 12 (abrufbar über [www.buergerschaft-hh.de/parldok/](http://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](http://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.<sup>62</sup> 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.<sup>63</sup> 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.<sup>64</sup> 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.),<sup>65</sup> 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,<sup>66</sup> 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](http://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 Fragestellung<sup>1</sup>

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“.<sup>2</sup> 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 Bundesverfassungsgericht<sup>3</sup> 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 erstrecke sich nicht auf „das Konzil (der Wahlkonvent)“,<sup>4</sup> in dem der Rektor oder der Präsident gewählt wurde. Wahl oder Abwahl waren eben Angelegenheiten, die Forschung und Lehre nur mittelbar<sup>5</sup> 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 Entscheidung liegt.<sup>6</sup> 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,<sup>7</sup> 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 informaler 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, Augsburg*, 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“<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup> Diese beiden Seiten stehen in einem Verhältnis der Wechselwirkung,<sup>11</sup> 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“.<sup>12</sup> 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“<sup>13</sup> 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. Gelehrtenrepublik<sup>14</sup>

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 Universitätsreformen<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup> 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“<sup>17</sup> einen korporatistischen Anklang hat oder als „institutionelle Garantie“<sup>18</sup> 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“<sup>19</sup> 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,<sup>20</sup> der Bund folgte 1976 mit einem Hochschulrahmengesetz, dessen „wesentliches Anliegen (es war), das Hochschulstudium zu organisieren“.<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup> Beide Entwicklungen zusammen führten dazu, dass aus dem „lose gekoppelten“<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup> 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“.<sup>26</sup> Das Gericht findet die Wissenschaftsfreiheit als „objektives Prinzip“<sup>27</sup> 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“.<sup>28</sup> 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“.<sup>29</sup> Treffte 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“,<sup>30</sup> 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“,<sup>31</sup> 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“<sup>32</sup> 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 Berufsrecht, 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 Misstrauen<sup>33</sup> gegenüber Kollegialorganen wurden die neuen Kompetenzen deshalb mal mehr, mal weniger weitgehend den Rektoraten 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.<sup>34</sup> 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“<sup>35</sup> 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.<sup>36</sup> Diese Perspektive hat es in der Entscheidung zu dem Hamburgischen Hochschulgesetz im Jahr 2010<sup>37</sup> 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 Leitungsorgane<sup>38</sup> beibehalten und mit der „Je-desto-Formel“ zu einem System gegenseitiger Kontrolle der Gewalten („Checks and Balances“<sup>39</sup>) 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.<sup>40</sup> 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,<sup>41</sup> 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“.<sup>42</sup> 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“<sup>43</sup> 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,<sup>44</sup> in der Entscheidung zu dem Hamburger Hochschulgesetz schon prominenter im 2. Leitsatz<sup>45</sup> und in der MHH Entscheidung erstaunlicherweise in der Presseberichterstattung,<sup>46</sup> 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,<sup>47</sup> 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-Entscheidung<sup>48</sup> wörtlich übernimmt, aber an den beiden Stellen, an denen von „Selbstverwaltungsorgan“ die Rede ist, jeweils den Zusatz „und den dort vertretenen Hochschullehrern“<sup>49</sup> 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 Ausschlägen<sup>50</sup> 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“<sup>51</sup>, 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 Sollen<sup>52</sup> 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.<sup>53</sup> 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“<sup>54</sup> bezeichnet werden: Hochschulen sind Wissensorganisationen, das Wissen ist ihr eigentliches „Kapital“,<sup>55</sup> 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 Communities<sup>56</sup> 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.<sup>57</sup>

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.<sup>58</sup> 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.<sup>59</sup> 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*.<sup>60</sup> 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*,<sup>61</sup> es geht um praktische Vernunft, nicht um Wissenschaft. Diese Unterscheidung ist wichtig. Wer in einer Mehrheitsentscheidung unterliegt, kann trotzdem Recht haben,<sup>62</sup> 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 Nieme 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“.<sup>63</sup> 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“.<sup>64</sup>

Unter Organisationsgesichtspunkten spricht also nichts dafür, die Professorenmehrheit derart zu verfestigen, dass sie in Verfassungsrang erhoben wird.<sup>65</sup> 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.<sup>66</sup> 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.<sup>67</sup> 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“.<sup>68</sup> 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“.<sup>69</sup>

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)“.<sup>70</sup> Die Hamburger Entscheidung wiederholt 2010 die Formulierung aus der Brandenburg Entscheidung,<sup>71</sup> wohingegen die MHH Entscheidung 2014 davon spricht, dass Gefahren für die Freiheit von Lehre und Forschung „vermieden“ werden.<sup>72</sup> Eine klare Grenzziehung<sup>73</sup> 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.<sup>74</sup> 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*“.<sup>75</sup> Gefahrenabwehr verspricht Sicherheit, der Risikobegriff hält dies für eine Überforderung, denn „es gibt keine risikofreie Sicherheit“.<sup>76</sup> 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.<sup>77</sup> 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,<sup>78</sup> 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“.<sup>79</sup>

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 Verteilungsthemen 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 Wechselwirkung<sup>80</sup> mit der Struktur. Risikobewusstes (Führungs-)handeln<sup>81</sup> benötigt dafür einen gewissen Freiraum. Damit ist zwar wiederum ein Risiko verbunden, nämlich das schlechter Führung. Dieses Risiko muss aber hingenommen werden,<sup>82</sup> 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 Person<sup>83</sup> wichtig. Unter den Bedingungen offener Diskussion in Selbstverwaltungsorganen werden Personen mit Mut<sup>84</sup> 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.<sup>85</sup> 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“<sup>86</sup> bezeichnet. Ähnlich wie für die Presse<sup>87</sup> spreche das Grundgesetz „von der Freiheit der Wissenschaft, nicht von der Freiheit der Wissenschaftler“.<sup>88</sup> 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.<sup>89</sup> 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“.<sup>90</sup> 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.<sup>91</sup>

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.<sup>92</sup> 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.<sup>93</sup> Empirische Erkenntnisse zu dem Thema Macht und dem tatsächlichen Verhalten der Leitungskräfte liegen zwar mittlerweile in wachsendem Umfang vor,<sup>94</sup> 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.“<sup>95</sup> 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.<sup>96</sup> Es „verpflichtet“ auch den Hochschulgesetzgeber dazu, „bisherige Organisationsformen kritisch zu beobachten und zeitgemäß zu reformieren“.<sup>97</sup> 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 *Württemberg*, 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,<sup>98</sup> 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 verwissenschaftlichten<sup>99</sup> (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.<sup>100</sup> Die Wissenschaftsfreiheit ist schließlich keine rein deutsche Erfindung,<sup>101</sup> sondern gilt als Teil der westlichen Wertegemeinschaft auch in anderen Ländern, so z.B. Österreich<sup>102</sup> und der Schweiz.<sup>103</sup> Dort gilt aber keine Professorenmehrheit bei der Wahl der Hochschulleitung. § 23 Abs. 3 des österreichischen Universitätsgesetzes 2002<sup>104</sup> 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?<sup>105</sup>

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 1977<sup>106</sup> 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“,<sup>107</sup> 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.<sup>108</sup> 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.<sup>109</sup>

## 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“.<sup>109</sup> 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.<sup>110</sup> 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.<sup>111</sup>

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“.<sup>112</sup> 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 2014<sup>1</sup> aufgehoben wurde. Nach mehrmonatiger gesellschaftlicher und politischer Debatte ist in Baden-Württemberg am 17. Mai 2017 das Gesetz zur Änderung des Landeshochschulgebührengesetzes und anderer Gesetze<sup>2</sup> in Kraft getreten. Kern der Novelle ist die Einführung von Studienabgaben für Nicht-EU- und Nicht-EWR-Staatsangehörige – im Gesetz daher zu weitgehend und missverständlich<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> 2013 ließ auch die damalige grün-rote baden-württembergische Landesregierung im Anschluss an einen Bericht des Landesrechnungshofes zu Musikhochschulen<sup>5</sup> 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](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](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](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,<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> Die Ergebnisse der seit Ende 2016 erfolgten umfassenden Anhörung zu einem Anhörungsentwurf wurden teils in den endgültigen Gesetzentwurf eingearbeitet,<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup>

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 Wesentlichen<sup>10</sup> 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),<sup>11</sup> 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](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.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> Auch wenn man kein (Grund-)Recht auf Einreise anerkennt,<sup>15</sup> berechtigt dies nicht zur (grund-)rechtlich ungebundenen Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse während des Aufenthalts.<sup>16</sup>

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 Bundesverfassungsgerichts<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup> 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 Grundrecht<sup>19</sup> zu verstehenden Berufsfreiheit wird personell jedoch nur Deutschen gewährleistet,<sup>20</sup> sodass auch die teilhaberechtlichen Elemente Studierenden mit anderer Staatsangehörigkeit nicht zustehen.<sup>21</sup>

### 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 Auffanggrundrecht<sup>22</sup> – allerdings nur im Rahmen der dort geregelten Schranken unter Wahrung rechtsstaatlicher Anforderungen,<sup>23</sup> sodass das Schutzniveau reduziert ist.<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup> Allerdings ist speziell bei der Ausgestaltung des Hochschulzugangs zu berücksichtigen, dass das Bundesverfassungsgericht das Recht auf Hochschulzulassung dem abwehrrechtlichen Schutzgehalt angenähert hat.<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup> Etwa im Bereich der Bildung werden solche Rechte bislang allenfalls bei der schulischen Bildung angenommen,<sup>28</sup> sodass ohne deutliche dogmatische Erweiterung des Garantiefumfangs kein entsprechendes Auffangrecht für Ausländer besteht.<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup>

### 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,<sup>32</sup> sodass jede weitere Prüfung von Ungleichbehandlungen im Rahmen von Deutschengrundrechten in potenziellen Widerspruch hierzu tritt.<sup>33</sup> Berücksichtigt man jedoch den (objektiv zu ermittelnden<sup>34</sup>) Sinn und Zweck des jeweiligen Deutschenvorbehalts, kann diese Friktion aufgelöst werden.<sup>35</sup> Nur wenn die Ungleichbehandlung mit plausiblen Gründen hierfür korrespondiert, ist sie gerechtfertigt.<sup>36</sup> Wegen der Nähe zu den Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 GG ist eine vertiefte Prüfung erforderlich.<sup>37</sup>

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,<sup>38</sup> 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 LV<sup>39</sup> 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-Württemberg<sup>40</sup> 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,<sup>41</sup> 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.<sup>42</sup> 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.<sup>43</sup>

#### 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.<sup>44</sup> Ebenso bestehen sekundärrechtliche Verpflichtungen zur Gleichbehandlung mit Inländern,<sup>45</sup> die mit § 5 Abs. 1 Nr. 1, 2 LHGebG n.F. umgesetzt werden.<sup>46</sup> 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.<sup>47</sup> 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).<sup>48</sup> 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.<sup>49</sup> Nach

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.

Art. 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.<sup>50</sup> 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 getretenen<sup>51</sup> Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (WVK)<sup>52</sup> als Ausdruck allgemeinen Völkerwohnheitsrechts.<sup>53</sup>

#### aa) Äußerungen des UN-Sozialausschusses

Über die Einhaltung des Sozialpakts wacht im Wesentlichen<sup>54</sup> 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.<sup>55</sup> 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,<sup>56</sup> hat die Bundesrepublik Deutschland bislang weder unterzeichnet noch ratifiziert.<sup>57</sup>

Eine Analyse der Äußerungen des UN-Sozialausschusses hinterlässt im Ergebnis<sup>58</sup> 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.<sup>59</sup> 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.<sup>60</sup> 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](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.<sup>61</sup> 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.<sup>62</sup>

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,<sup>63</sup> 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.<sup>64</sup> Gegenüber Deutschland zeigte sich der UN-Sozialausschuss zuletzt 2011 ebenfalls besorgt darüber, dass einer früheren Empfehlung zur Senkung und Abschaffung von Studiengebühren<sup>65</sup> nicht nachgekommen worden sei, wiederholte seine Empfehlung und forderte, mehr Zuständigkeiten für bildungspolitische Maßnahmen auf die Bundesebene zu verlagern (*national framework legislation, federal government*).<sup>66</sup> Australien<sup>67</sup> und Neuseeland<sup>68</sup> 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.<sup>69</sup> 2016 finden sich derartige Empfehlungen nicht mehr,<sup>70</sup> obwohl das Vereinigte Königreich im Staatenbericht auf Unterschiede beim Kreditzugang und der Abgabenhöhe hingewiesen hatte.<sup>71</sup> Ähnliches gilt für Schweden<sup>72</sup> und Österreich,<sup>73</sup> die freilich nur hervorgehoben hatten, welche Gruppen unentgeltliche Hochschulbildung genießen, so wie Neuseeland.<sup>74</sup>

#### bb) Rezeption in Deutschland

Entgegen mancher Stimmen in der Literatur<sup>75</sup> 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 2009<sup>76</sup> 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.<sup>77</sup> 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,<sup>78</sup> kommt der Rezeption im nationalen Rechtsgefüge entscheidende Bedeutung zu,<sup>79</sup> da keinerlei völkerrechtliche Sanktionen drohen.<sup>80</sup> Auch ansonsten stellt sich die Frage, welchen Einfluss die soeben gewonnenen Erkenntnisse zum Sozialpakt auf das nationale Recht haben.

Ausgangspunkt hierbei war in der Vergangenheit<sup>81</sup> die Vorstellung, dass der Sozialpakt als Teil des einfachen Bundesrechts<sup>82</sup> landesrechtliche Studienabgaben nach Art. 31 GG<sup>83</sup> sperre, wenn Art. 13 Abs. 2 lit. c Sozialpakt unmittelbar anwendbar ist<sup>84</sup> und zudem der (Wieder-) Einführung von Studienabgaben entgegensteht.<sup>85</sup> Mit der Föderalismusreform 2006 hat der Verfassungsgeber allerdings seine Rahmenkompetenz für das Hochschulwesen, worauf auch Art. 13 Abs. 2 lit. c Sozialpakt gestützt war,<sup>86</sup> aufgegeben. In diesem Bereich ist nunmehr im Grunde abweichendes Landesrecht zulässig.<sup>87</sup>

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 Grundgesetzes<sup>88</sup> beachten, nach dem innerstaatliches Recht einschließlich der Verfassung nach Möglichkeit so auszulegen ist, dass es mit Völkerrecht nicht in Widerspruch steht.<sup>89</sup> 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.<sup>90</sup> 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.<sup>91</sup> Die Äußerungen des UN-Sozialausschusses sind

nach Maßgabe der obigen Ausführungen im Blick zu behalten, *obwohl* diese völkerrechtlich nicht bindend sind.<sup>92</sup> Eine den Entscheidungen des EGMR vergleichbare Wirkung<sup>93</sup> kommt ihnen aber nicht zu, zumal die Bundesrepublik Deutschland das Fakultativprotokoll weder unterzeichnet noch ratifiziert hat und somit eine quasi-judizielle Funktion<sup>94</sup> 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 Grundfreiheiten<sup>95</sup> (EMRK-ZP) darf niemandem das Recht auf Bildung verwehrt werden. Art. 14 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 04. November 1950<sup>96</sup> (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.<sup>97</sup> Einschränkungen müssen für die Betroffenen vorhersehbar sein und ein berechtigtes Ziel verfolgen; die verwendeten Mittel müssen zudem verhältnismäßig zu dem verfolgten Ziel sein.<sup>98</sup> 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.<sup>99</sup> 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 Abkommen<sup>100</sup> 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,<sup>101</sup> 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 Mitgliedstaates<sup>102</sup> 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 Assoziierungsabkommen<sup>103</sup> als auch hierzu ergangene Beschlüsse des Assoziierungsrates<sup>104</sup> als „integrierende Bestandteile“ der Unionsrechtsordnung an und begründet so die eigene Entscheidungszuständigkeit.<sup>105</sup> Einzelne Bestimmungen könnten ohne Durchführungsvorschriften in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar sein,<sup>106</sup> was das Gericht für den hier relevanten Art. 9 Beschluss Nr. 1/80 angenommen hat.<sup>107</sup> Inhaltlich garantiert die Bestimmung trotz der einschränkenden Formulierung („können“) im Grunde einen diskriminierungsfreien Zugang zum Bildungssystem<sup>108</sup> einschließlich des Hochschulzugangs.<sup>109</sup> Türkischen Kindern, die unter die Norm fallen, darf daher der Vorteil des kostenlosen Studiums, den Deutsche genießen, nicht vorenthalten werden.<sup>110</sup>

Auch das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 2. Mai 1992 (EWR-Abkommen)<sup>111</sup> 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 Calliess/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,<sup>112</sup> 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.<sup>113</sup>

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.<sup>114</sup> 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,<sup>115</sup> 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.<sup>116</sup>

#### 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.<sup>117</sup> Welcher materielle Gehalt hinter dieser Formel steht, bleibt aber auch nach Jahrzehnten einigermaßen im Dunklen.<sup>118</sup> 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.<sup>119</sup> An diesem Befund wird *prima facie* auch ein nur kurzzeitiger (legaler) Aufenthalt im Inland nichts grundsätzlich ändern,<sup>120</sup> selbst wenn innerhalb dieser Gruppe eine sozialgerechte Teilhabe nach obigem Verständnis nicht mehr gesichert ist.<sup>121</sup> Hingegen ist eine *pauschale* Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit ohne Ansehung der näheren Umstände ebenfalls nicht tragfähig,<sup>122</sup> zumal damit völlig außer Acht gelassen würde, dass Art. 11 LV gerade nicht zwischen Deutschen und Ausländern differenziert.<sup>123</sup> Mit der notwendigen Grenzziehung ist eine Ungleichbehandlung verbunden, sodass der *gleichheitsrechtliche* Aspekt<sup>124</sup> 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.<sup>125</sup> 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.<sup>126</sup> 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.<sup>127</sup>

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 Kulturkreis<sup>128</sup> (Stichwort: Solidargemeinschaft), die wiederum von sozialstaatlichen Aspekten flankiert wird. Wer hierin bereits im Ausgangspunkt ein Indiz für ein „vormoderne Zugehörigkeitsverständnis“ erblickt,<sup>129</sup> 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 legitim<sup>130</sup> zumal sie das Grundgesetz vielfach vorsieht.<sup>131</sup> Soweit Leistungs- und Teilhaberechte – wie bei Art. 11 LV – nicht nur Deutschen garantiert werden, können entsprechende Differenzierungen dennoch zulässig sein,<sup>132</sup> 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.<sup>133</sup> Dem muss (und kann) eine Differenzierung nach der Verbindung zum hiesigen Lebens- und Kulturkreis Rechnung tragen.<sup>134</sup>

aa) Völkerrechtliche Gegenseitigkeit

In Umsetzung des Grundsatzes der völkerrechtlichen Gegenseitigkeit<sup>135</sup> 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,<sup>136</sup> 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.<sup>137</sup> 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.<sup>138</sup>

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.<sup>139</sup> 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 Interesse<sup>140</sup>; § 16 Abs. 4 AufenthG stellt entsprechende Rechtsgrundlagen bereit.<sup>141</sup> 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,<sup>142</sup> 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.<sup>143</sup> Ganz in diesem Sinne hat das Bundesverfassungsgericht – was seinerzeit eine deutliche Erweiterung des verfassungsrechtlichen Schutzes bedeutete<sup>144</sup> – 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.<sup>145</sup>

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](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 Schmerzengeld für den Lebensunterhalt.

fugnisse bzw. -erlaubnisse hatten. Derartige Fallgestaltungen werden durch das LHGebG n.F. ausreichend aufgefangen.<sup>146</sup> 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.<sup>147</sup> Dies akzeptiert auch das Bundesverfassungsgericht, wenn die Leistung von Landeserziehungsgeld von einem gewissen Mindestaufenthalt abhängig gemacht werden darf, um „Mitnahmeeffekte“ zu vermeiden.<sup>148</sup> Dies korrespondiert mit der Rechtsprechung des EGMR, der Differenzierungen nach der Staatsangehörigkeit bei der Erhebung von Studienabgaben billigt,<sup>149</sup> und im Grunde auch mit der Äußerungspraxis des UN-Sozialausschusses. Gleiches gilt im Bereich der Ausbildungsförderung trotz Art. 18 AEUV sogar gegenüber EU-Ausländern.<sup>150</sup>

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 teilhabeberechtete Ausgestaltung auch gegenüber ausländischen Studierenden ohne festen Bezug zur Bundesrepublik ableitet,<sup>151</sup> 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.<sup>152</sup>

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.<sup>153</sup>

#### d) Sicherung der Studienplätze

Einschränkungen ergeben sich darüber hinaus u.U. zum Zwecke der Sicherung der Studienplätze für Studieninteressierte mit inländischer Hochschulzugangsberechtigung sowie EU-/EWR-Staatsangehörige.<sup>154</sup> 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.<sup>155</sup> 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.<sup>156</sup> 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.<sup>157</sup>

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.<sup>158</sup> 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.<sup>159</sup> 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. Lenkungszwecke<sup>160</sup> kommen nach der gegenständlichen Regelung

nicht in Betracht, weil eine Reduzierung der Anzahl ausländischer Studierender gar nicht beabsichtigt ist.<sup>161</sup> 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.<sup>162</sup> Finanzpolitische Belange dürfen aber auch dann berücksichtigt werden, wenn die Ungleichbehandlung nicht auf einer sachfremden Differenzierung beruht.<sup>163</sup> 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.<sup>164</sup> Notwendig sind insbesondere eine deutliche Unterscheidbarkeit gegenüber der Steuer sowie die Wahrung des Grundsatzes der Belastungsgleichheit der Abgabepflichtigen, die regelmäßig auch Steuern leisten.<sup>165</sup>

Gebühren und Beiträge (sog. Vorzugslasten) unterscheiden sich gegenüber der Steuer durch die Abhängigkeit von einer besonderen staatlichen Leistung (Gegenleistung).<sup>166</sup> Bei der Kategorisierung ist weder eine etwaige Abgabenüberhöhung<sup>167</sup> noch die geplante Mittelverwendung<sup>168</sup> 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.<sup>169</sup>

Die nichtsteuerliche Abgabe muss dem *Grunde* und der *Höhe* nach gerechtfertigt sein.<sup>170</sup> Gebühren und Beiträge sind dem Grunde nach bereits durch ihre Ausgleichsfunktion (Kostendeckung und Vorteilsausgleich) gerechtfertigt.<sup>171</sup> 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“.<sup>172</sup> Diese Prüfung ist letztlich eine grundrechtlich determinierte,<sup>173</sup> wurde aber später zugunsten einer finanzverfassungsrechtlichen Kontrolle verschoben<sup>174</sup> und schließlich komplett unter der Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers verortet.<sup>175</sup> 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).<sup>176</sup>

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,<sup>177</sup> 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,<sup>178</sup> drängt sich diese Argumentation bei der dreifachen Höhe nicht mehr auf. Von den anrechenbaren Kosten sind zunächst reine Forschungskosten<sup>179</sup> 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.<sup>180</sup> Bedenkt man, dass günstige Studiengänge weniger als 3.000 EUR im Jahr kosten können,<sup>181</sup> 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.<sup>182</sup> Würde der Gesetzgeber stattdessen einen prozentual fixen Anteil an den Kosten des jeweiligen konkreten Studiengangs erheben, könnte dies zu Verdrängungseffekten in günstige Studiengänge führen.<sup>183</sup>

Verfassungsrechtlich unzulässig wäre dagegen eine kostenüberdeckende vorteilsabschöpfende Studienabgabe,<sup>184</sup> 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.<sup>185</sup> 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.).

<sup>185</sup> 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“.<sup>1</sup>

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“<sup>2</sup> bereits bezahlte Beamte. Am Ende der Studienzzeit 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.<sup>3</sup>

## 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*.<sup>4</sup>

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.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> Gefordert wird nach der neuen Gesetzeslage neben der überwiegend wissenschaftlichen Beschäftigung iSv. § 1 WissZeitVG<sup>4</sup> 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 Koalitionsvertrages<sup>5</sup> – 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.*“<sup>6</sup>

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.<sup>7</sup> Ferner wurden im

Mittel an außeruniversitären Forschungseinrichtungen 50 % der Verträge und an Hochschulen sogar 53 % der Verträge kürzer als 1 Jahr befristet.<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup>

Abstrakt kann die Angemessenheit der Befristung auch durch den Vorschlag des Bundesrats im Gesetzgebungsprozess eingegrenzt werden:<sup>10</sup> „*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.<sup>11</sup> 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](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.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> Er greift die (überwiegend) wissenschaftliche oder künstlerische Tätigkeit im Sinne des Anwendungsbereiches nach § 1 WissZeitVG<sup>15</sup> auf, die

für die Befristung nach dem WissZeitVG seit je her konstitutiv ist.<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup> Tauglich sind nach wie vor auch sonstige wissenschaftliche Qualifikationsziele, wie etwa die Erlernung bestimmter wissenschaftlicher Methoden oder Kompetenzen<sup>18</sup> oder die Forschung zu einem bestimmten wissenschaftlichen Thema als Teil einer Forschungsgruppe oder allein. Das Hervorbringen eigener Forschungsergebnisse wird dabei grundsätzlich nicht vorausgesetzt.<sup>19</sup>

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.<sup>20</sup> Aus diesem Grund kann etwa auch die Vertiefung oder Erlernung wissenschaftlichen Arbeitens durch das Zuarbeiten in Forschungsgruppen eine wissenschaftliche Qualifizierung begründen.<sup>21</sup> 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 Dokumentation<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup> 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,<sup>24</sup> diese sind aber für die Beurteilung der Befristungsdauer letztlich ungeeignet. Selbst wenn diese einmal Bearbeitungszeiten beinhalten sollten,<sup>25</sup> 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,<sup>26</sup> die gepaart mit einem weiten Einschätzungsspielraum der Hochschule, Universitätsklinik oder außeruniversitären Forschungseinrichtung,<sup>27</sup> dann ein abstrakteres Verständnis der Angemessenheit in den Grenzen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens erlaubt.<sup>28</sup>

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,<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup> Gerade vor dem Hintergrund der jüngsten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, die einen Rückgriff auf das TzBfG für entsprechend durch das WissZeitVG erfasste Sachverhalte ausschließt,<sup>31</sup> 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.<sup>32</sup>

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.<sup>33</sup> 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.<sup>34</sup>

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 Habilitation<sup>35</sup> 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“.<sup>36</sup> Es kommt damit beispielsweise nicht auf die Promotion an sich, sondern auf die typische Promotionsdauer im jeweiligen Bereich an.<sup>37</sup> 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.<sup>38</sup> 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.<sup>39</sup> 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.<sup>40</sup>

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.<sup>41</sup>

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.<sup>42</sup>

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.<sup>43</sup>

#### 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.<sup>44</sup> 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 Wahrscheinlichkeit<sup>45</sup> – mithin voraussichtlich – erreicht werden kann. Ausgehend von verantwortungsbewussten Wissenschaftseinrichtungen ist daher zwar eine gerichtliche Plausibilitätskontrolle der Leitlinieninhalte unerlässlich,<sup>46</sup> 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.<sup>47</sup> 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.<sup>48</sup>

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.<sup>49</sup> 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.<sup>50</sup>

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.<sup>51</sup> 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.<sup>52</sup> Mit den nunmehr vorhandenen Programmen zur Berechnung der Verlängerungszeiten,<sup>53</sup> 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,<sup>54</sup> 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.<sup>55</sup>

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.<sup>56</sup> 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 Neubefristung<sup>57</sup> – angemessen sein muss.<sup>58</sup>

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 erfasst<sup>59</sup> 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 Dienst<sup>60</sup>

### 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 ... Monate<sup>61</sup> 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 Teilzeitschäftigung, 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 <sup>62</sup>	Besondere Befristungsdauer <sup>63</sup>
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: <sup>64</sup> ... 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.

## 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.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup>

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.<sup>4</sup> So entfielen bislang zehn Prozent der europäischen Fördergelder für Forschung und Innovation, mithin die höchste Summe, auf Großbritannien.<sup>5</sup>

### 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.<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> 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](http://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.<sup>8</sup> Diesem Finanzierungsbeitrag stehen 8,8 Milliarden Euro gegenüber, die britischen Hochschulen während dieser Laufzeit zugewiesen wurden.<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup>

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.<sup>11</sup>

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-Programm<sup>12</sup> – 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.<sup>13</sup>

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.<sup>14</sup> Partnerländer sind andere Länder außerhalb der EU, die einen Austausch mit EU-Mitgliedstaaten pflegen.<sup>15</sup> Der Austausch mit Partnerländern wird mit einem geringeren Budget unterstützt.<sup>16</sup>

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.<sup>17</sup>

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.<sup>18</sup> 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](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.<sup>19</sup> 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.<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup> 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“.<sup>22</sup>

Diese grundsätzlich kooperative Grundstimmung wird indes von politischen Aussagen überlagert, die zunehmend schärfer werden.<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup> 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](http://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.<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup>

### 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; (...)*“<sup>28</sup> 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 Forschungskoooperationen 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 Forschungskoooperationen 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,<sup>1</sup> 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-

<sup>1</sup> 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 Neuregulungen 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](http://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“<sup>1</sup> bezeichnete und auf Kritik stoßende<sup>2</sup> Urteil des Verfassungsgerichtshofs Baden-Württemberg vom 14.11.2016<sup>3</sup> 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 Urteilskritik, 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. 161 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 Hochschulrechtsrecht.

# *Soll das Rechtsstudium den Realgymnasiasten zugänglich werden?*

## *Eine Kontroverse um die Juristenausbildung um 1900<sup>1</sup>*

*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 ge-

schichtlichen 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 Kodifikationen 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.“

<sup>1</sup> Otto von Gierke, Juristenzeitung 1900, S. 240 ff.

# Ulrike M. Bohlmann und Tom Meinert

## *Die Rechtsverhältnisse der Mitarbeiter der ESA<sup>1</sup>*

### I. Einleitung

Die Europäische Weltraumorganisation ESA ist Europas Tor zum Weltraum. Ihre Aufgabe ist es, das gemeinsame europäische Weltraumprogramm zu konzipieren und umzusetzen. Die Zielsetzung ihrer Projekte ist dementsprechend vielfältig – von der Erforschung der Erde, ihres unmittelbaren Umfelds, des Sonnensystems und des Universums über die Entwicklung satellitengestützter Technologien und Dienstleistungen bis hin zur Förderung verschiedener europäischer High-Tech-Industrien. Aktuell gehören der ESA 22 Mitgliedsstaaten an. Die Bündelung von Finanzmitteln und Know-how der einzelnen Mitgliedstaaten, ermöglicht die Realisierung von ambitionierten und weltweit führenden Programmen und Projekten.

Im folgenden Beitrag stellen wir zunächst den rechtlichen Status der ESA und ihre Struktur, sowie ihre sich daraus ergebende Immunität dar, bevor wir uns im nächsten Teil speziell dem Dienstrecht der ESA zuwenden, dem die Rechtsverhältnisse ihrer Mitarbeiter unterliegen.

### II. Status der Europäischen Weltraumorganisation

Die Europäische Weltraumorganisation ESA wurde von ihren Mitgliedstaaten als unabhängige internationale zwischenstaatliche Organisation im klassischen Sinne geschaffen.

#### 1. Zweck, Aufgaben und Tätigkeiten der Organisation

Gemäß dem Übereinkommen zu ihrer Gründung<sup>2</sup> ist es Zweck der Organisation, die Zusammenarbeit europäischer Staaten für ausschließlich friedliche Zwecke auf dem Gebiet der Weltraumforschung, der Weltraumtechnologie und ihrer weltraumtechnischen Anwendungen im Hinblick auf deren Nutzung für die Wissenschaft und für operationelle Weltraumanwendungssysteme sicherzustellen und zu entwickeln. Das Übereinkommen stellt der Organisation ausdrücklich folgende Instrumente zur Verfügung, um diesen Zweck zu erreichen:

- die Ausarbeitung und Durchführung einer langfristigen europäischen Weltraumpolitik,
- die Ausarbeitung und Durchführung von Weltraumtätigkeiten und programmen,
- die Koordination der nationalen Weltraumprogramme mit dem europäischen Programm und deren Integration in dasselbe, und
- die Ausarbeitung einer einheitlichen Industriepolitik.

Eine Besonderheit der ESA ist, dass neben den obligatorischen Tätigkeiten, an denen alle Mitgliedstaaten teilnehmen, wie beispielsweise technologische Forschungsarbeit sowie die Ausarbeitung und Durchführung eines wissenschaftlichen Programms inklusive Satelliten und anderer Weltraumsysteme, der Löwenanteil (ca. 80%) der von den Mitgliedstaaten zur Verfügung gestellten Mitteln<sup>3</sup> in fakultative Programme fließt, für die die Mitgliedstaaten jeweils entscheiden können, ob und in welchem Maße sie sich an dem jeweiligen Programm beteiligen möchten.<sup>4</sup> Diese Modularität und individuelle Gestaltbarkeit der Teilnahme an programmatischen Aktivitäten wird von den Mitgliedstaaten als ein Grundstein der Attraktivität der ESA geschätzt.

Ein weiteres Merkmal der ESA ist ihre spezifische Industriepolitik: gemäß Artikel VII des Gründungsübereinkommens ist diese insbesondere darauf ausgerichtet, den Erfordernissen des europäischen Weltraumprogramms und der koordinierten nationalen Weltraumprogramme kostenwirksam zu entsprechen, die Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Industrie in der Welt zu verbessern sowie zu gewährleisten, dass alle Mitgliedstaaten in gerechter Weise, unter Berücksichtigung ihres finanziellen Beitrags, an der Durchführung des europäischen Weltraumprogramms und an der damit zusammenhängenden Entwicklung der Weltraumtechnologie teilnehmen. Die Industriepolitik der ESA trägt zur weltweiten Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Raumfahrtindustrie im Bereich der Raumfahrzeugträger, des Satellitenbaus sowie des Bodensegments bei und ermöglicht es Europa, das gesamte Spektrum von Raumfahrttechnologien, -produkten und -dienstleistungen zu

1 Die in diesem Text geäußerten Meinungen und Kommentare unterliegen der Verantwortung der Autoren und spiegeln nicht unbedingt den Standpunkt der Europäischen Weltraumorganisation.

2 Übereinkommen zur Gründung einer Europäischen Weltraumorganisation, 30. Mai 1975 in Paris, BGBl. II 1976, 1862 ff.

3 Für 2017 beläuft sich der Haushalt der ESA auf 5,75 Milliarden €.

4 Die wichtigsten optionalen Programme der ESA befinden sich derzeit im Bereich der Erdbeobachtung, Satellitennavigation, Raumfahrzeugträgerentwicklung, bemannte Raumfahrt und robotische Exploration, Telekommunikation und integrierte Anwendungen.

meistern. Die Mitgliedstaaten verstehen den Aspekt, dass im Rahmen der Industriepolitik alle Mitgliedstaaten in Funktion ihres finanziellen Beitrages zum jeweiligen Programm auch industriell an der Realisierung des Programmes mitwirken können, als zusätzlichen Investitionsanreiz.

Ausgehend von ursprünglich zehn Gründungsstaaten, hat die ESA inzwischen 22 Mitgliedstaaten, davon 20 EU-Mitgliedstaaten<sup>5</sup> sowie Norwegen und die Schweiz. Sechs weitere EU-Mitgliedstaaten<sup>6</sup> haben mit der ESA Kooperationsabkommen geschlossen und mit Kroatien werden zurzeit Verhandlungen geführt. Slowenien ist assoziierter Mitgliedstaat und Kanada nimmt im Rahmen eines seit Langem bestehenden Kooperationsabkommens an bestimmten ESA-Programmen teil.

## 2. Die klassische Struktur einer Zwischenregierungsorganisation

Die ESA ist als klassische internationale Organisation mit zwei Organen konzipiert: dem ESA-Rat und dem Generaldirektor. Der ESA-Rat, das Plenarorgan, setzt sich aus Vertretern seiner Mitgliedstaaten zusammen und tagt auf Minister- oder Delegiertenebene. Der Rat ist ausdrücklich mit der Fähigkeit ausgestattet worden, nachgeordnete Gremien zu schaffen und Befugnisse an diese zu delegieren, so geschehen zum Beispiel im Fall des Verwaltungs- und Finanzausschusses, oder des Ausschusses für Industriepolitik. In diesen nachgeordneten

Ausschüssen sind alle Mitgliedstaaten vertreten. Darüber hinaus wurden pro programmatischen Bereich Programmräte eingerichtet, die sich aus Vertretern der an einem bestimmten Programm teilnehmenden Mitgliedstaaten zusammensetzen. Diese Aufgabenteilung gewährleistet zum einen, dass der Rat von nachgeordneten Fragestellungen entlastet wird und zum anderen, dass die Mitgliedstaaten auf der entsprechenden Expertenebene vertreten sind.

Nach dem Grundsatz der Gleichheit souveräner Staaten haben alle Mitgliedstaaten eine Stimme im Rat. Die Mitgliedstaaten haben jedoch beschlossen, programmatische Entscheidungen nur den Mitgliedstaaten zu überlassen, die an dem jeweiligen Programm auch teilnehmen, sowie eine gewichtete Abstimmung für bestimmte einzelne Entscheidungen eingeführt, so dass die jeweils erforderliche Mehrheit auf der Grundlage der abgegebenen Stimmen und auf der Grundlage der Beiträge zu den optionalen Programmen berechnet wird. Die Mehrheitsanforderungen variieren je nach Art der getroffenen Ent-

scheidung: grundlegende Entscheidungen, wie beispielsweise die Genehmigung einer internationalen Zusammenarbeit erfordert einstimmige Zustimmung, während die Annahme von Regeln und Verordnungen eine Zweidrittelmehrheit erfordert und die weitaus meisten Entscheidungen mit einfacher Mehrheit der Mitgliedstaaten getroffen werden.

Das Exekutivorgan der Europäischen Weltraumorganisation ist ihr Generaldirektor. Er ist der oberste Bedienstete der Organisation und ihr gesetzlicher Vertreter. Der Generaldirektor hat das Vorrecht, die Programme vorzuschlagen und Entscheidungsunterlagen zu formulieren. Er setzt die vom Rat festgelegte Politik um und verabschiedet interne Anweisungen für das Personal. Er trifft alle erforderlichen Maßnahmen für die Leitung der Organisation, die Durchführung ihrer Programme, die Anwendung ihrer Politik und die Erfüllung ihres Zwecks im Einklang mit den Weisungen des Rates. Der Generaldirektor wird vom Personal der Organisation in seinen Aufgaben unterstützt. Die Mitglieder des Personals werden aufgrund ihrer Befähigung unter Berücksichtigung einer angemessenen Verteilung der Stellen auf Staatsangehörige der Mitgliedstaaten eingestellt. Die Einstellung und die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses erfolgen in Übereinstimmung mit der Personalordnung.

## 3. Immunität

Als internationale zwischenstaatliche Organisation besitzt die ESA Rechtspersönlichkeit und genießt die in Artikel XV des Gründungsübereinkommens vorgesehene klassische Immunität. Diese Immunität garantiert die Unabhängigkeit der Organisation, die notwendig ist, um die Verwirklichung ihrer Ziele zu ermöglichen, angesichts politischer und wirtschaftlicher Interessen der Mitgliedstaaten. Diese Immunität wird durch ein System von Streitbeilegungsmechanismen und –verfahren ausgeglichen, das den maßgeschneiderten Ansatz für jeden potenziellen Streit vorsieht, der sich in den verschiedenen Beziehungen ergeben kann, die die Agentur auf verschiedenen Ebenen unterhält. Anhang I des Gründungsübereinkommens, und dort insbesondere Artikel IV, gestalten diese Vorrechte und Immunitäten näher aus.

Gemäß Artikel XXVII des Anhangs I des Übereinkommens trifft die Agentur geeignete Vorkehrungen für die zufriedenstellende Beilegung von Streitigkeiten zwischen der Agentur und dem Generaldirektor, den Bediensteten oder Sachverständigen in Bezug auf ihre Dienstbedingungen. Der Grund für diese Verpflichtung

5 Belgien, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Italien, Luxemburg, Niederlande, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden, Spanien, Tschechische Republik, Ungarn und das Vereinigte Königreich.

6 Bulgarien, Lettland, Litauen, Malta, Slowakei und Zypern.

liegt wiederum in der Immunität der Agentur.<sup>7</sup> Diese Verpflichtung zur Beilegung eines Streitbeilegungsmechanismus wurde durch die Einsetzung des Beschwerdeausschusses der Agentur gemäß Kapitel VIII, Verordnungen 33 bis 41 des ESA-Statuts eingehalten.<sup>8</sup>

### III. Dienstrecht der ESA

Das Dienstrecht der ESA regelt die Beziehungen zwischen der Weltraumorganisation und ihren Mitarbeitern. Den Status „Mitarbeiter“ haben ausschließlich Bedienstete in unmittelbarem Arbeitsverhältnis mit der ESA. Dies trifft zu für die circa 2500 Mitarbeiter, welche nach dem ESA internen Entgeltstufen-System eingruppiert sind, inklusive der zahlenmäßig weniger bedeutsamen Gruppen von Mitarbeitern im Traineeship Programme der ESA (YGT für „Young Graduate Trainee“) sowie Forschungsstipendiaten (IRF für „Internal Research Fellow“).

Insbesondere Praktikanten, sowie Wissenschaftler zu etwaigen Forschungsaufenthalten bei der ESA, Abordnungen zur ESA und all diejenigen Kollegen, die vorübergehend die Tätigkeiten der Organisation auf Basis von Werk-, Dienst- oder Arbeitnehmerüberlassungsverträgen zwischen ESA und externen Unternehmen unterstützen, fallen grundsätzlich nicht in den Geltungsbereich des Dienstrechts. Gleichzeitig sind einige personalrechtliche Bestimmungen der ESA etwa zur Arbeitsplatzsicherheit und dem Arbeitnehmerschutz ebenfalls auf diese Gruppen anwendbar.

#### 1. Hintergrund

Wie bereits oben unter II.3 besprochen, genießt die ESA Unabhängigkeit von ihren Mitgliedsstaaten, um ihre Aufgaben und Ziele zu erreichen. Auch das Dienstrecht der ESA ist unabhängig von den nationalen Regelungen der Mitgliedsstaaten. Als zwischenstaatliche Organisation werden die Dienstrechtsbeziehungen zwischen der Organisation und ihren Mitarbeitern separat und in allen wesentlichen Punkten durch eine organisationseigene Personalordnung geregelt. Wenngleich nationales Recht und die gesetzgeberischen Vorstellungen der ESA Mitgliedsstaaten also nicht direkt Anwendung auf die Mitarbeiter der Organisation finden, haben die Fortent-

wicklungen der verschiedenen einzelstaatlichen Rechtssysteme sowie der Europäischen Union doch mittelbare Auswirkungen: Einerseits betreibt die Verwaltung rechtsvergleichende Analysen zur Weiterentwicklung der auf ihre Mitarbeiter anwendbaren Vorschriften, andererseits bringen auch die Delegationsmitglieder der Mitgliedstaaten im ESA-Rat und dem ihm nachgeordneten Verwaltungs- und Finanzausschuss die jeweiligen nationalen Blickwinkel durchaus ein, wenn dienstrechtliche Vorschriften zur Abstimmung vorgelegt werden.

Gleiches gilt für die Rechtsprechung internationaler Gerichte. Die ESA ist als eigenständige Internationale Organisation nicht selbst Mitglied anderer internationaler Organisationen, deren Gerichtsbarkeit sie unterstützen. Daher sind Entscheidungen bezüglich dienstrechtlicher Verpflichtungen anderer internationaler Organisationen (durch Verwaltungsgerichte wie EuGH für EU, UNDT und UNAT für die VN oder die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts der Internationalen Arbeitsorganisation (VGIAO) für dessen über 60 Mitgliedsorganisationen) für die ESA nicht verbindlich. Dennoch stellen sie wertvolle Interpretationshilfen für ESA Vorschriften dar, insbesondere wenn diese denen anderer internationaler Organisationen inhaltlich besonders ähnlich sind.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die einzelnen Mitgliedstaaten der ESA, anders als die Organisation selbst, sehr wohl nicht nur vor ihrer nationalen Gerichtsbarkeit sondern auch vor anderen internationalen Gerichten, etwa dem EuGH oder dem EGMR zur Rechenschaft gezogen werden können.

Exakt in diesem Spannungsfeld verschiedener Zuständigkeiten und der Immunität der ESA spielte beispielsweise der Fall „Waite and Kennedy vs Germany“ vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR).<sup>9</sup> In dem Fall wurden Arbeitnehmer eines privaten europäischen Unternehmens der ESA für Arbeiten im European Space Observations Center (ESOC) in Darmstadt für eine Dauer von über 10 Jahren zur Verfügung gestellt. Nachdem diese Überlassung zwischen ESA und dem privaten Unternehmen beendet wurde, trugen die Arbeitnehmer in den vor deutschen Gerichten anhängig gemachten Klagen vor, sie hätten nach deutschem Recht und insbesondere dem Arbeitnehmerüber-

7 Zum historischen Hintergrund des Anspruchs auf die Verfügbarkeit eines Rechtsbehelfs als allgemeiner Rechtsgrundsatz im Sinne von Artikel 38 des Statuts des Internationalen Gerichtshofs siehe: *August Reimisch, Ulf Andreas Weber: In the Shadow of Waite and Kennedy – The jurisdictional immunity of international organizations, the individual's right of access to the courts and administrative tribunals as alternative means of dispute settlement*, in: *International Organizations Law Review* 2004,

Seiten 59-110, verfügbar unter: [http://deicl.univie.ac.at/fileadmin/user\\_upload/i\\_deicl/VR/VR\\_Personal/Reimisch/Publikationen/waite\\_kennedy\\_iolr\\_2004.pdf](http://deicl.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_deicl/VR/VR_Personal/Reimisch/Publikationen/waite_kennedy_iolr_2004.pdf) [zuletzt abgerufen am 29.5.2017].

8 Siehe auch: *Bohlmann, Disputing with ESA*, in: *Proceedings of the 56th Colloquium on the Law of Outer Space*, September 2013, eleven international publishing, Editor: Corinne Jorgensen, 2014.

9 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-3495> [zuletzt abgerufen am 29.5.2017].

lassungsgesetz einen Mitarbeiterstatus bei der ESA erlangt. Die ESA berief sich in allen nationalen Instanzen erfolgreich auf ihre Immunität und die Arbeitnehmer argumentierten nach Erschöpfung des nationalen Rechtsweges eine Verletzung in ihrem Recht auf ein faires Verfahren durch den ESA Mitgliedstaat Deutschland (gemäß Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtserklärung - EMRK) vor dem EGMR. Das Gericht entschied einstimmig, dass die Arbeitnehmer gegenüber ihrem Entleihunternehmen Ansprüche hätten geltend machen können und auch vor dem ESA Beschwerdeausschuss effektiven Rechtsschutz hätten erlangen können und daher nicht in ihrem Recht aus Artikel 6 der EMRK verletzt seien.

## 2. Die Normenhierarchie des ESA Dienstrechts

Das kodifizierte Dienstrecht lässt sich in folgendem Schaubild zusammenfassen:



### a) ESA Übereinkommen

Das Übereinkommen legt die Grundzüge der dienstrechtlichen Organisation der ESA fest. Es bestimmt, dass der Rat der ESA durch die Personalordnung weitere Einzelheiten der dienstrechtlichen Beziehungen regelt (Artikel XI, Absatz i). Das Übereinkommen legt grundsätzlich fest, dass Mitarbeiter im Einklang mit der Personalordnung einzustellen sind und dass sie die im Übereinkommen geregelten Vorrechte und Immunitäten genießen.

### b) Staff Regulations

Die Vorschriften der Personalordnung, welche vom ESA Rat in ihrer derzeitigen Fassung 2014 beschlossen wurden, werden in der englischen Sprachfassung der Personalordnung "Staff Regulations" und in der französischen Sprachfassung "Articles" genannt. Gemeinsam mit dem ESA Übereinkommen stellen sie die Grundlage der Arbeitsbedingungen von ESA Mitarbeitern dar.

Diese vom Rat verabschiedeten Vorschriften der Personalordnung sind in ihrer derzeit gültigen Fassung öffentlich auf Englisch und Französisch, den beiden Arbeitssprachen der Organisation, im Internet verfügbar.<sup>10</sup>

Da einige Vorschriften der Personalordnung weiterer Konkretisierung bedürfen ist der dem ESA-Rat nachgeordnete Verwaltungs- und Finanzausschuss befugt über eben solche Artikel der Implementierungsvorschriften zu entscheiden.

### c) Artikel und Dienstanweisungen der Personalordnung

Die Artikel („Staff Rules“ in der englischen Sprachfassung und „règlement“ in der französischen Sprachfassung) und Dienstanweisungen („Staff Instructions“ und „Instructions“) stellen die untergeordneten Vorschriften der Personalordnung dar. Gemeinsam mit den Anhängen und Anlagen zur Personalordnung werden sie ESA Mitarbeitern bereits vor Dienstbeginn zugänglich gemacht und komplettieren den Katalog anwendbarer

<sup>10</sup> [http://esamultimedia.esa.int/docs/LEX-L/Contracts/ESA\\_REG\\_007\\_EN.pdf](http://esamultimedia.esa.int/docs/LEX-L/Contracts/ESA_REG_007_EN.pdf) [zuletzt abgerufen am 29.5.2017].

dienstrechtlicher Bestimmungen der ESA. Änderungen an diesen Vorschriften werden durch Addenda zur Personalordnung verabschiedet. Dies geschah in den letzten Jahren durchschnittlich sechsmal pro Jahr, wobei derartige Reformen unterschiedlich umfangreich sein können.<sup>11</sup>

#### d) Verwaltungs-rundschreiben und verwaltungsinterne Anweisungen

Diese Anweisungen werden in Form von Verwaltungs-rundschreiben veröffentlicht und regeln so unterschiedliche Themen wie Teilzeitarbeit, das organisationseigene Pensionssystem aber auch die Organisationsstruktur der ESA. Daneben ist es der Organisation unbenommen, weitergehende interne Anweisungen zu erlassen. Dies ist insbesondere zweckdienlich, um die kohärente und faire Behandlung aller Mitarbeiter an den verschiedenen Standorten zu gewährleisten.

#### e) Entscheidungen des ESA Beschwerdeausschusses

Zuletzt seien noch die Entscheidungen des ESA Beschwerdeausschusses aufgeführt. Deren unmittelbare Wirkung ist grundsätzlich begrenzt auf den anhängigen Rechtsstreit zwischen den Parteien des jeweiligen Verfahrens. Gleichzeitig gebietet es der Gleichbehandlungsgrundsatz, dass die Verwaltung all ihre Mitarbeiter in vergleichbaren Situationen auch gleich behandelt. Daher ist in Ausnahmefällen vorstellbar, dass sich nach einer Entscheidung des Beschwerdeausschusses de facto auch eine mittelbare Drittwirkung für Mitarbeiter in vergleichbaren Situationen ergibt, welche selbst nicht Beschwerde gegen eine sie belastende Entscheidung eingelegt haben. Sollte etwa beispielsweise die Streichung einer Zulage erfolgreich angegriffen worden sein, ist es nicht vorstellbar, dass von der Streichung betroffenen Mitarbeiter in vergleichbarer Situation auf Dauer unterschiedlich behandelt würden.

### 2. Rechtsetzung im Bereich des ESA Dienstrechts

Staff Regulation 46.2 bestimmt, dass alle Maßnahmen, welche die Arbeitsbedingungen der ESA Mitarbeiter beeinträchtigen und insbesondere Änderungen an der Personalordnung mit der Personalvertretung verhandelt

werden müssen. Sollten Verwaltung und Personalvertretung zu keiner Einigung über eine Änderung der Arbeitsbedingungen kommen, sieht Staff Regulation 46 ein ausdifferenziertes Streitbelegungsverfahren vor.

Eine wichtige Ausnahme zum oben beschriebenen Verfahren ist die Rechtsetzung des ESA-Rats nach Empfehlung durch die Mitgliedstaaten der ESA und 5 weiterer Internationaler Organisationen<sup>12</sup>, mit welchen die ESA im Rahmen der Koordinierten Organisationen kooperiert. Reformvorschläge aus diesem Gremium werden im Rahmen der Koordination mit Vertretern der sechs Organisationen und deren Personalvertretern beraten und bedürfen sobald sie an die Organisationen gerichtet werden keiner weiteren Verhandlungen mehr mit der Personalvertretung.<sup>13</sup> Diese Ausnahme gilt zwar lediglich für einen kleinen Bereich des ESA Dienstrechts, umfasst aber insbesondere die Regelungen zu Dienstbezügen und Zulagen der Mitarbeiter der Koordinierten Organisationen.

Der regelmäßige Austausch im Rahmen der Koordination, zusätzlich unterstützt durch ein eigenes Büro,<sup>14</sup> ermöglicht kontinuierliches „best practice sharing“ und eine effiziente, spezialisierte Expertise zu Dienstbezügen und Pensionen der Mitarbeiter aller sechs Organisationen.

### 3. Rechte und Pflichten von ESA Mitarbeitern

#### a) Rechte von ESA Mitarbeitern

Mitarbeiter der ESA haben ein Recht auf Dienstbezüge wie sie sich aus der Personalordnung und den untergeordneten Vorschriften ergeben. Hierzu zählen nicht nur ein Grundgehalt sondern gegebenenfalls auch monatliche oder einmalige Zuschüsse. Das Grundgehalt hängt wesentlich von Entgeltgruppe und Dienststufe ab und ist zudem für die einzelnen Dienststandorte der ESA zu unterscheiden da ein Kaufkraftausgleich vorgenommen wird. Die Zuschüsse ähneln den Zulagen im deutschen öffentlichen Dienst und werden beispielsweise für einen Einsatz im Ausland oder auch für Kinder von Mitarbeitern oder bei dienstlich notwendigem Umzug gewährt. Anträge auf Zulagen müssen bei der Organisation beantragt und gegebenenfalls durch entsprechende Nachweise belegt werden. Die Verwaltung entscheidet über das

11 Die Reformen reichen etwa von einer weitgehenden Gleichstellung gleichgeschlechtlicher Paare, über die Einführung flexibler Arbeitszeitmodelle bis hin zur Anpassung der Sozialversicherungsbestimmungen und der Dienstbezüge von ESA Mitarbeitern.

12 Die Organisation des Nordatlantikvertrags (NATO), Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD), Europarat (CoE), Europäische Organisation für die Nutzung meteorologischer Satelliten (EUMETSAT) sowie das Europäisches Zentrum für mittelfristige Wettervorhersagen (ECMWF).

13 Zuletzt bestätigt vom Beschwerdeausschuss in den Verfahren 98,

99 und 100 in denen erneut festgestellt wurde, dass das Verfahren nach Regulation 46 nur auf Änderungen anwendbar ist die nicht im Rahmen der Koordination beraten werden.

14 Mehr Informationen zum International Service for Remunerations and Pensions unter: [www.sirp-isrp.org](http://www.sirp-isrp.org) [zuletzt abgerufen am 29.5.2017].

15 Siehe hierzu [http://www.esa.int/About\\_Us/Careers\\_at\\_ESA/Hours\\_and\\_allowances](http://www.esa.int/About_Us/Careers_at_ESA/Hours_and_allowances) mit detaillierteren Informationen [zuletzt abgerufen am 29.5.2017].



Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen einer Anspruchsberechtigung.

Des Weiteren haben ESA Mitarbeiter derzeit Anspruch auf 32,5 Tage Jahresurlaub sowie 12 Feiertage pro Jahr. Letztere werden alljährlich für jeden Standort einzeln zwischen Verwaltung und Personalvertretung vereinbart. Unter bestimmten Voraussetzungen bestehen zudem Anspruch auf Heimaturlaub, Elternzeit, Sonderurlaub und Krankheitsurlaub.<sup>15</sup>

Weiterhin genießen Mitarbeiter der Organisation Immunität vor der nationalen Gerichtsbarkeit hinsichtlich der von ihnen in Ausübung ihres Amtes vorgenommenen Handlungen einschließlich ihrer mündlichen und schriftlichen Äußerungen. Diese Immunität und weitere Vorrechte der Mitarbeiter der ESA werden ihnen, unabhängig von eventuellen zusätzlichen Regelungen in Sitzstaatabkommen an den verschiedenen Standorten, durch Art. XVI des ESA Übereinkommens zugesichert.

Es ist weiterhin anerkannt, dass die Mitarbeiter von einer Fürsorgepflicht oder Beistandspflicht der Organisation ihnen gegenüber profitieren, welche in Artikel 5.2 der Personalordnung festgehalten ist. Diese Nebenpflicht des Dienstverhältnisses umfasst etwa, dass die Organisation ihre Mitarbeiter über Rechte und Pflichten, welche sich aus deren besonderem Status vis-à-vis den Mitgliedstaaten ergeben können unterrichtet. So sind etwa Hinweise zur Besteuerung der Diensteinkünfte oder im Hinblick auf das Zusammenspiel zwischen ESA-eigenem Sozialversicherungssystem und nationalen Systemen angezeigt.

Ein weiterer Anspruch im Hinblick auf das Dienstverhältnis besteht seitens der Mitarbeiter auf ein effektives Rechtsschutzsystem zur Wahrung ihrer arbeitsrechtlichen Ansprüche. Da Mitarbeitern der ESA, wie oben besprochen, der Beschwerdeweg zu nationalen Gerichten verwehrt ist, wurde für dienstrechtliche Streitigkeiten der Organisation ein unabhängiges System der Streitbeilegung geschaffen:

Fühlt sich ein Mitarbeiter der ESA durch eine ihn betreffende nachteilhafte dienstrechtliche Entscheidung in einem seinem aus der Personalordnung oder seiner Arbeitsvertrag resultierenden Rechte verletzt, sieht das Streitbeilegungssystem vor, dass er zunächst eine Entscheidung des Generaldirektors, nach Anrufung eines Beratenden Ausschusses beantragen muss. Dieser Ausschuss besteht aus anderen ESA Mitarbeitern welche paritätisch durch Personalvertretung und Generaldirektor

benannt werden. Der Ausschuss gibt dem Generaldirektor eine Stellungnahme zum konkreten Fall. Wenngleich der Ausschuss lediglich beratende Funktion hat, folgt der Generaldirektor den meist einstimmigen Empfehlungen in aller Regel.

Gegen diese letzte Entscheidung des Generaldirektors haben ESA Mitarbeiter die Möglichkeit ein externes Gremium zur endgültigen Entscheidung des Streits anzurufen. Diese Funktion übernimmt der Beschwerdeausschuss der Organisation, welcher in letzter Instanz über dienstrechtliche Streitigkeiten entscheidet.

Dieses „Verwaltungsgericht“ der ESA besteht aus sechs unabhängigen externen Mitgliedern welche direkt vom ESA-Rat ernannt werden. Seit Gründung der ESA 1975 wurde der Beschwerdeausschuss letztinstanzlich mit ca. 100 Verfahren befasst.<sup>16</sup>

#### b) Pflichten von ESA Mitarbeitern

Die Organisation verlangt von ihren Mitarbeitern ein besonderes Maß an Loyalität, wenn es in Artikel 2.1 heißt, dass Mitarbeiter bei der Aufgabenerfüllung und in ihrem Verhalten stets das Interesse der Organisation zu berücksichtigen haben. Dies äußert sich zum Beispiel konkret in der Genehmigungspflicht aller Nebentätigkeiten von Mitarbeitern und überdies in einer Anzeigepflicht von Geschenken und Einladungen gegenüber der Organisation.

Auch politische Aktivitäten, öffentliche Auftritte und Publikationen sind tabu, wenn sie mit den Aufgaben und Verpflichtungen eines internationalen öffentlichen Bediensteten unvereinbar sind oder auf die Organisation als Ganzes zurückfallen könnten. So dürfte etwa ein herausragendes politisches Amt eines ESA Mitarbeiters parallel zu seiner Diensttätigkeit ausgeschlossen sein, selbst wenn es sich um ein Ehrenamt handeln sollte.

Um jedweden Interessenkonflikt von ESA Mitarbeitern bei der Ausübung ihrer Tätigkeiten zu erkennen und zu vermeiden, dürfen Mitarbeiter explizit keine Weisungen von Dritten entgegennehmen (Art. 2.2 der Personalordnung). Gemäß Art. 3.4 der Personalordnung können zudem weder Mitarbeiter noch deren Partner direkt oder indirekt an privaten Unternehmungen beteiligt sein wenn diese geeignet sind, deren Unabhängigkeit im Beruf zu beeinflussen. Dieses Verbot ist besonders relevant bei Firmenbeteiligungen im Bereich der Luft- oder Raumfahrt und findet nicht nur Anwendung wenn bereits Geschäftsbeziehungen zwischen ESA und der betreffenden Firma bestehen.

<sup>16</sup> Die Verfahrensregeln des Beschwerdeausschusses und alle veröffentlichten Entscheidungen unter: [http://www.esa.int/About\\_Us/Law\\_at\\_ESA/Appeals\\_Board](http://www.esa.int/About_Us/Law_at_ESA/Appeals_Board) [zuletzt abgerufen am 29.5.2017].

Zudem haben ESA Mitarbeiter eine Mitwirkungs- und Auskunftspflicht, welche die Bediensteten deutscher Arbeitgeber deutlich übersteigen dürfte. Dies erklärt sich zum großen Teil aus der dienstrechtlichen Sonderstellung der ESA, denn die Organisation ist nicht nur Arbeitgeber, sondern zeitgleich auch Krankenkasse, Rentenversicherung und für zahlreiche Mitarbeiter sogar Kindergeldstelle.

Auf der Grenze zwischen Recht und Pflicht eines ESA Mitarbeiters bewegt sich der Schutz des geistigen Eigentums an dessen Erarbeitung ein ESA Mitarbeiter beteiligt war. Grundsätzlich regelt Artikel 4.2, dass die Organisation Eigentum an allen solchen gewerblichen Schutzrechten hat. Gleichzeitig sieht der Artikel und die nachgeordneten Vorschriften jedoch vor, dass einem Mitarbeiter entweder eine finanzielle Anerkennung zu teil werden darf oder ihm, nach Prüfung der Interessen der Organisation, sogar die Ausübung der Schutzrechte gestattet werden kann.<sup>17</sup>

#### IV. Zusammenfassung

Dieser kurze Überblick über den rechtlichen Status der Europäischen Weltraumorganisation sowie über das Dienstrecht, dem ihr Personal unterliegt, hat die strukturellen Besonderheiten herausgearbeitet, die sich aus der institutionalisierten Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten in Forschung und Entwicklung auf die rechtliche Gestaltung der Dienstverhältnisse ihres Personals ergeben. Interessant ist dabei das daraus folgende besonders enge Näheverhältnis zwischen der Organisation und ihren Bediensteten.

Dr. Ulrike M. Bohlmann, Strategieabteilung, Europäische Weltraumorganisation, Paris. Tom Meinert LL.M., Personalabteilung, Europäische Weltraumorganisation, Paris.

<sup>17</sup> Die Politik der ESA im Hinblick auf gewerbliche Schutzrechte wurzelt im Übereinkommen zur Gründung der Europäischen Weltraumforschungs-Organisation<sup>17</sup>, ESRO, aus dem Jahre 1962 und ist im Gründungsübereinkommen der ESA unverändert geblieben. Gemäß Art. 3 Abs. 1 des Gründungsübereinkommens erleichtern die Mitgliedstaaten und ESA den Austausch wissenschaftlicher und technischer Informationen auf dem Gebiet der Weltraumforschung, der Weltraumtechnologie und ihrer weltraumtechnischen Anwendungen.<sup>17</sup> Die Organisation ist dazu verpflichtet, sicherzustellen, dass die wissenschaftlichen Ergebnisse ihrer Tätigkeiten nach ihrer Verwendung durch die für die Versuche verantwortlichen Wissenschaftler veröffentlicht oder auf andere Weise weiten Kreisen zugänglich gemacht werden, wobei jedoch die sich ergebenden reduzierten Daten Eigentum der Organisation sind, Art. 3 Abs. 2.



# Axel Flessner

## *Akademische Lehre nur auf Englisch? – Sprachpolitik an deutschen Hochschulen, rechtlich betrachtet<sup>1</sup>*

### I. Sprachen der Internationalisierung

Die Hochschulrektorenkonferenz (HRK) begleitet seit etwa 10 Jahren die „Internationalisierung“ der deutschen Hochschulen mit grundsätzlichen Empfehlungspapieren. Das erste, 2008, war sehr hochgemut.<sup>2</sup> Es sah die deutschen Hochschulen „der Zukunft“ als „transnationale Hochschule“, als „gestaltenden Teil des sich in der Entwicklung begriffenen Welthochschulsystems“, der „entstehenden globalen Hochschulgemeinschaft“, mit dem Auftrag, „junge Menschen nicht nur berufsfähig zu machen, sondern für die Wahrnehmung eines Weltbürgertums (*global citizenship*) zu qualifizieren“.<sup>3</sup> Das zweite, 2011, reagierte auf die Tatsache, dass bei der Internationalisierung die Vielzahl und Verschiedenheit der Sprachen eine Rolle spielen muss, in denen Wissenschaft, zum Teil seit Jahrhunderten, auf hohem Niveau betrieben wird.<sup>4</sup> Die HRK stellte fest: „Die Hochschulen haben auf die Herausforderung der Internationalisierung mit der verstärkten Verwendung der englischen Sprache in Forschung und Lehre reagiert.“<sup>5</sup> Die Hinwendung zu ausschließlich englischsprachiger Kommunikation in Forschung und Lehre gehe zu Lasten anderer Sprachen und gefährde damit die Sprachenvielfalt. Es sei deshalb erforderlich, „Mehrsprachigkeit sowohl auf nationaler wie auch auf internationaler Ebene erfolgreich in der Wissenschaft zu verankern. Ziel ist es, in den Hochschulen ein verstärktes Bewusstsein für sprachpolitische Fragen und damit einen bewussten Einsatz von unterschiedlichen Sprachen im Hochschulalltag zu fördern.

Nur eine sinnvolle Gewichtung der nationalen Sprache, d. h. des Deutschen, der ‚internationalen‘ Sprache Englisch sowie weiterer Sprachen wird langfristig wirkliche Mehrsprachigkeit fördern.“<sup>6</sup>

Im dritten, bislang neuesten Papier, 2017, erhält das Thema „Sprache“ schließlich einen eigenen Abschnitt.<sup>7</sup> Internationalisierung dürfe nicht gleichgesetzt werden „mit einer generellen Abkehr vom Deutschen als Unterrichtssprache“.<sup>8</sup> Idealerweise bildeten erst mehrere Fremdsprachen „den Grundstein interkultureller Interaktion“. Keinesfalls dürfe der Unterricht in einer Fremdsprache zum Absinken des wissenschaftlichen Niveaus führen. „Gegebenenfalls ist der deutschen Sprache der Vorzug zu geben, wobei internationale Inhalte auch in deutschsprachige Veranstaltungen Eingang finden müssen.“<sup>9</sup>

Mit den Empfehlungen von 2011 und 2017 zeigt die HRK Distanz zu vielen anderen Institutionen der deutschen Wissenschaft, namentlich zu manchen Kultus- und Wissenschaftsministerien in Bund und Ländern, zu den meisten Großinstitutionen der Forschungsförderung und auch zu vielen Hochschulleitungen, die das Englische zum Leitmedium der Wissenschaft erklären und für die gewünschte Internationalisierung seinen Gebrauch als immer erforderlich, aber auch als genügend ansehen. Aus solcher Hochschätzung des Englischen kann dann sogar der Wunsch erwachsen, die akademische Lehre vom Deutschen ganz auf diese andere Sprache umzustellen – so die Technische Universität München für das Aufbaustudium und andere Hochschulen für einzelne Studiengänge.<sup>10</sup>

1 Text eines Vortrags „Lehre nur auf Englisch? Akademische Sprachpolitik gegen Gesetz und Verfassung“ am 17.1.2017 in der LMU München, Fakultät für Sprach- und Literaturwissenschaften, Institut für Deutsch als Fremdsprache, für die Veröffentlichung aktualisiert und erweitert.

2 „Die deutschen Hochschulen in der Welt und für die Welt“, Entschließung der 4. Mitgliederversammlung am 18. November 2008, in: HRK (Hrsg.), Die deutschen Hochschulen internationalisieren! – Internationale Strategie der HRK – Sprachpolitik an deutschen Hochschulen (Beiträge zur Hochschulpolitik 2/2012), Bonn 2012.

3 HRK (Fn. 2), S. 1, 7-18.

4 Sprachpolitik an deutschen Hochschulen, Entschließung der 11. Mitgliederversammlung am 22. November 2011, in: HRK (Fn. 2), S. 31-49.

5 HRK (Fn. 2), S. 32.

6 HRK (Fn. 2), S. 33.

7 HRK: Zur Internationalisierung der Curricula, Empfehlung der HRK-Mitgliederversammlung vom 9.5.2017, [www.hrk.de](http://www.hrk.de), unter „Positionen“ (zuletzt abgerufen am 14.8.2017).

8 HRK (Fn. 7), bei Fn. 4.

9 HRK (Fn. 7), „Sprache“, Absatz 1 und 2.

10 Angaben bei [www.daad.de/deutschland/studienangebote/de](http://www.daad.de/deutschland/studienangebote/de) (zuletzt abgerufen am 14.8.2017).

## II. Kritik

Es gibt immer wieder fundierte wissenschaftliche Kritik an der Erhebung des Englischen über andere Sprachen.<sup>11</sup> Die jüngste solche Äußerung, knapp und tiefgründig, ist die einer prominent besetzten Arbeitsgruppe, die von den Wissenschaftsräten Deutschlands, Österreichs und der Schweiz beauftragt wurde, sich mit dem Thema Wissenschaftssprache zu befassen, dieses Thema „angestoßen durch die weltweite Umstellung auf das Englische als Wissenschaftssprache“. Die Arbeitsgruppe hat im Herbst 2016 ihren Bericht vorgelegt; er wurde von den Wissenschaftsräten sogleich veröffentlicht.<sup>12</sup> Seine erste Empfehlung (von insgesamt 7) für Maßnahmen in Schule, Universität, Literatur und Medien lautet: „Institutionalisierung einer gestuften Mehrsprachigkeit in der akademischen Lehre, d.h. Einführung in die Wissenschaften in den tradierten Kultursprachen (z.B. Deutsch), schrittweiser Erwerb von Kompetenzen in der globalen Kommunikationssprache (Englisch) und in anderen Wissenschaftssprachen (z.B. Französisch, Italienisch Russisch).“<sup>13</sup>

## III. Recht?

Bei allen diesen Stellungnahmen, auch den Empfehlungen der HRK und der eben genannten Arbeitsgruppe, wird nicht angesprochen, auf welcher Rechtsgrundlage die Sprachpolitik für Hochschulen überhaupt betrieben werden kann und welchen Rahmen sie schon vorfindet. Die deutschen Großinstitutionen, die den Gebrauch des Englischen vorantreiben, haben im deutschen Wissenschaftssystem rechtliche, organisatorische und finanzielle Macht – man sollte erwarten, dass, wie in Wirtschaft und allgemeiner Politik, dies auch in der Sprachpolitik die Frage nach rechtlicher Begründung und Begrenzung der Macht auslöst.

Die Hochschulgesetze der Länder stellen in sehr ausführlichen Bestimmungen viele Anforderungen an die Hochschulen und die akademische Lehre auf, darunter auch solche in Richtung Internationalisierung, sie sagen aber nichts zu der eigentlich elementaren Frage, in welcher Sprache denn diese Lehre stattfinden soll.<sup>14</sup> Die sprachpolitische Abstinenz der Gesetzgeber spiegelt sich in der Literatur. Selbst in den Standardwerken des Hochschulrechts kommen Begriffe wie „Sprache“, „Sprache der Lehre“, „Sprachpolitik“ nicht vor.<sup>15</sup> Erst seit kurzem kann man Aufsätze zur rechtlichen Bewertung der Sprachpolitik für die akademische Lehre finden. Sie machen darauf aufmerksam, dass auch die Sprachpolitik für die Hochschulen, wie alles staatliche Handeln, rechtlich gebunden ist und dass diese Politik vor allem die Grundrechte der Studierwilligen und der Hochschullehrer zu beachten hat.<sup>16</sup>

## IV. Die Rechtslage

Der Verfasser dieses Beitrags hat in seinem genannten Aufsatz<sup>17</sup> die Rechtslage so zusammengefasst: Die Umstellung der akademischen Lehre auf das Englische stößt an

- die Ausbildungs- und Berufsfreiheit der Studierenden und der Studierwilligen (Art. 12 GG)
- die Berufs- und Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer (Art. 5 III und Art. 12 GG)
- das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Studierenden und Lehrenden (Art. 2 GG)
- das Verbot der Diskriminierung und der Privilegierung wegen der Sprache (Art. 3 III GG)
- das Demokratiegebot für die staatlichen Institutionen (Art. 20 GG)
- den Anspruch der Allgemeinheit auf die Gewährleistung eines bis zur obersten Stufe voll leistungsfähigen Hochschulsystems in ihrer Landessprache (Art. 5 III GG)

11 Am Institut für Deutsch als Fremdsprache (s. oben Fn. 1) schon 2008, s. den Bericht von *Simone Schiedermaier*, Sprachenpolitik an Hochschulen in Zeiten von Exzellenz und Internationalisierung: Das Beispiel München, in: *Zielsprache Deutsch (Internationale Zeitschrift für Deutsch als Fremdsprache/Deutsch als Zweitsprache)* 2008, Heft 3, S. 59-77. Es folgten *Eins/Glück/Pretschner* (Hrsg.), *Wissen schaffen, Wissen kommunizieren – Wissenschaftssprachen in Geschichte und Gegenwart*, 2011; *Oberreuter/Krull/H.J. Meyer/Ehlich* (Hrsg.), *Deutsch in der Wissenschaft – Ein politischer und wissenschaftlicher Diskurs*, 2012; *Arbeitskreis Deutsch als Wissenschaftssprache (ADAWIS)* (Hrsg.), *Die Sprache von Forschung und Lehre: Welche, Wo, für Wen?*, 2013; *ADAWIS* (Hrsg.), *Die Sprache von Forschung und Lehre: Bindeglied der Wissenschaft zu Kultur und Gesellschaft?*, 2016; *Colin/Umlauf* (Hrsg.), *Mehrsprachigkeit und Elitenbildung im europäischen Hochschulraum*, Heidelberg 2015, 259 S.; umfassend und besonders eingängig auch für Nicht-Linguisten

jetzt *Trabant*, *Globalesisch oder was? – Ein Plädoyer für Europas Sprachen*, München 2014, 235 S.

12 *Mittelstraß/Trabant/Fröhlicher*, *Wissenschaftssprache – Ein Plädoyer für Mehrsprachigkeit in der Wissenschaft*, Stuttgart 2016, 50 S.; das Zitat steht im Vorwort, S. 7.

13 *Mittelstraß* u.a. (Fn. 12), S. 41.

14 Beispiel: BayHSchG, Art. 2 I-VI, 43 I-VI, 55 I-II, 56 I-VI, 57 I-III.

15 Beispiel: *Hartmer/Detmer* (Hrsg.), *Hochschulrecht – Ein Handbuch für die Praxis*, 3. Aufl. 2017.

16 *Sachs/Lethaus*, *Verpflichtung zu fremdsprachiger Lehre? Neue Herausforderungen für die Lehrenden in der internationalisierten Hochschule, Forschung & Lehre (F&L)* 2015, 628-629; *Flessner*, *Der Rechtsanspruch auf die Landessprache in der Universität*, *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)* 2015, 212-215; *Jantz*, *Sprachwahl und Wissenschaftsfreiheit*, *OdW* 2017, 41-50.

17 *ZRP* 2015, 212-215.

- die verfassungsrechtliche Verantwortung des deutschen Staates für seine Sprache (nicht nur für seine Wissenschaft!), die ihn zu ihrem Gebrauch in allen seinen Institutionen und deswegen auch zu ihrer Beibehaltung und Pflege in den Hochschulen verpflichtet.

Die genannten Grundrechte und staatsrechtlichen Grundsätze verpflichten den deutschen Staat, zu gewährleisten, dass man an seinen Hochschulen jedes Fach bis zum höchsten Abschluss auf Deutsch studieren kann. Nach dem Grundgesetz darf die deutsche Sprache deshalb aus der akademischen Lehre nicht verdrängt werden.

Die Begründung dieser Rechtsauffassung muss hier nicht wiederholt werden. Der folgende Beitrag führt sie vielmehr fort mit der Frage, wie sich die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Deutschen in der akademischen Lehre denn verträgt mit den Gründen, die von angesehenen deutschen Institutionen in der Regel für die Umstellung der Lehre auf das Englische vorgebracht werden.

## V. Internationalisierung?

Wie kann die Internationalisierung der deutschen Hochschulen, die in der Hochschulpolitik gefordert wird, überhaupt gelingen, wenn es den Hochschulen nicht erlaubt sein soll, Studiengänge auf das Englische umzustellen? Die Antwort darauf ist zunächst, dass die bezeichnete Rechtslage sich nicht gegen deutsche Studiengänge in fremder Sprache richtet, sondern die Gewährleistung des Studiums auf Deutsch fordert. Immer schon enthalten Studiengänge in Deutschland aus fachspezifischen Gründen auch Unterrichtseinheiten in fremder Sprache, und auch ganze Studiengänge in einer Fremdsprache sind rechtlich unproblematisch, wenn die Hochschule in der Lage bleibt, ein Studium desselben Faches auf Deutsch ohne Einbuße an Qualität zu gewährleisten.

Die Internationalisierung durch fremdsprachiges Studium bleibt also möglich, allerdings erfordert sie Ressourcen. Wenn diese für beides – ein ordentliches Studienangebot auf Deutsch und Studium in einer Fremdsprache – nicht ausreichen, muss die Hochschule berücksichtigen, dass hinter dem Interesse an einem Studium auf Deutsch die Grundrechte von Studierenden und Hochschullehrern sowie die verfassungsrechtliche Sprachverantwortung des Staates stehen, während die Möglichkeit einer Lehre auch in einer Fremdsprache nur

ein je nach den Umständen berechtigtes, aber doch nur hochschulpolitisches Desiderat ist, das gewiss nicht die Zurücksetzung von Grundrechten und Staatsgrundsätzen rechtfertigt.

Die Politik der Internationalisierung, die nicht auf Fremdsprachen schlechthin, sondern gerade auf das Englische setzt, hat zudem spezifische Schwächen, die bei ihrer rechtlichen Bewertung besonders ins Gewicht fallen. Sie wird im allgemeinen damit begründet, dass das Englische inzwischen die globale Verkehrssprache auch in der Wissenschaft ist und so den Wissenschaftlern den internationalen Austausch erleichtert, die internationale berufliche Mobilität verschafft, den Studierenden das Studium in verschiedenen Ländern erlaubt und den Absolventen den globalen Arbeitsmarkt eröffnet.

Diese Begründung für die Relativierung der Landessprache und sogar für ihre Ersetzung in der akademischen Lehre durch das Englische nimmt Wissensverluste in Kauf (im folgenden unter 1.) und bedroht sogar die Wissenschaftlichkeit der englischsprachigen Lehre selbst (im folgenden unter 2.).

### 1. Wissensverluste

Die Sprache ist nach Sprach- und Erkenntnistheorie auch in der Wissenschaft nicht nur Mittel der Kommunikation, „Verkehrsmittel“, sondern der Gewinnung (Produktion) und am Ende der Aufnahme und Aneignung (Rezeption) von Wissen; die Wissenschaft ist insgesamt und von Anfang an „sprachlich verfasst“. <sup>18</sup> Sie ist das notwendige Medium des gesamten Wissenschaftsprozesses und muss deshalb nicht nur wissenschaftliche Ergebnisse transportieren, sondern Forschern und Denkern zunächst den Zugang zum Gegenstand eröffnen und ihnen sodann, nach getaner Forschungs- und Denkarbeit, die Verbreitung ihrer Ergebnisse im wissenschaftlichen Forum, dann in der Lehre, und weiter ihre Annahme durch die soziale Umwelt ermöglichen – dies alles auch in der Naturwissenschaft! <sup>19</sup> Die Wissenschaftsgeschichte ist voll von Erzählungen über den Widerstand gegen neue Erkenntnisse, der – neben anderen Beweisen eben auch durch Sprache – überwunden werden musste.

Sprach- und Erkenntnistheorie sagen aber auch, dass jede wissenschaftstaugliche Einzelsprache den Wissenschaftsprozess auf ihre Weise beeinflusst und das mit ihr mögliche Bild der Wirklichkeit zeichnet. Für den fragenden Zugang zum Erkenntnisgegenstand bietet jede Einzelsprache eine eigene Perspektive, für die soziale Durch-

18 Mittelstraß u.a. (Fn. 12), S. 10-16, 20-25, 39-41.

19 Mocikat, Die Sprache in den Naturwissenschaften: Herausforderungen in Zeiten der Internationalisierung, in: Colin/Umlauf (Fn. 11), S. 57-67; ausführlich über die Sprachlichkeit aller Wissenschaft auch Flessner, Die Bedeutung von Wilhelm von Humboldts

Sprachdenken für die Rechtswissenschaft, in: Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, hrsg. von Grundmann u.a., 2010, S. 874, 887-893, mit weiteren Nachweisen von Stimmen aus der Naturwissenschaft.

setzung des Erkannten ihre eigene Semantik, Grammatik und Argumentationsweise.<sup>20</sup> Jede Einzelsprache ist deshalb in globaler Perspektive auch ein unvollkommenes Medium. Erst in vollkommener Mehrsprachigkeit würde die Wissenschaft in ihrem Idealzustand daher das vollständige Bild erstellen können.<sup>21</sup> Gleichzeitig sehen wir, dass es – allein schon in Europa – in verschiedenen Sprachen unterschiedliche und jeweils reiche Wissenschaftskulturen gibt.

Bei dieser Sachlage die Menschen für ihr wissenschaftsbasiertes Leben im Globalen nur mit einer Sprache zu rüsten, blendet die tatsächlich bestehende Vielfalt der Wissenschaftskulturen und der mit ihnen erreichten Welterfassung aus und kann so eine wahre Internationalisierung der Hochschulen und ihrer Lehre nicht erreichen. Die Wissenschaft in einen Zustand sprachlicher Monokultur zu versetzen, ist daher kein genuin wissenschaftliches Anliegen, sondern allenfalls eines der Wissenschaftspolitik; diese mag dabei die Kostenvorteile unifizierter Kommunikation im Sinn haben und die damit verbundenen Wissensverluste in Kauf nehmen. Für die rechtliche Bewertung ist jedenfalls festzustellen, dass Internationalisierung, die eine realistische Weltkenntnis wegen ihres Willens zur Monokultur gar nicht erreichen kann, zur Einschränkung von Berufsfreiheit, Wissenschaftsfreiheit, Persönlichkeitsrechten und der Sprachverantwortung des Staates nach dem Grundgesetz nicht geeignet ist.

## 2. Wissensverzichte

Es ist bekannt, dass wissenschaftliche Publikationen, die im englischen Sprachraum entstehen, nur selten auf Quellen und Literatur eingehen, die in anderen Sprachen vorliegen. Das ist in der Rechtswissenschaft sogar in den Teildisziplinen zu beobachten, die internationalen Rechtsstoff behandeln – Völkerrecht, internationales Privat- und Strafrecht, Rechtsvergleichung.

Die Nichtbeachtung anderssprachiger Quellen und Literaturbeiträge kann der Arbeitseffizienz, aber auch reiner Bequemlichkeit geschuldet sein. Die Wissenschaft in den etwa 70 Ländern mit englischer Landes- oder Amts- oder jedenfalls Bildungssprache<sup>22</sup> und mit etwa

einem Drittel der Weltbevölkerung produziert weltweit genug, um im eigenen Bereich den Eindruck entstehen zu lassen, man könne sich die Beobachtung weiterer Sprachräume gefahrlos ersparen. Diese Selbstzufriedenheit wird aber auch aktiv gefördert. Es wird inzwischen von Zeitschriften berichtet, die ihren Autoren jede Zitierung von Quellen und Texten in anderen Sprachen als Englisch herausstreichen.<sup>23</sup> Die einflussreichen amerikanischen Zitierindices berücksichtigen ausländische Publikationen, und besonders die in anderer Sprache, nur höchst lückenhaft und in keinem auch nur annähernd realistischen Verhältnis zur Menge der ernstzunehmenden Publikationen des Auslands.<sup>24</sup> In Großbritannien ist das Nichtkennen von Fremdsprachen inzwischen offizielle Schulpolitik; Fremdsprachen sind für die Sekundarstufe der staatlichen Schulen als Pflichtfach abgeschafft. Es droht eine „Verarmung der Wissenschaft durch eine monosprachliche Horizontbegrenzung“.<sup>25</sup>

Für die Wissenschaft, weltweit gesehen, führt diese sprachpolitische Haltung zu einem Verlust an Welterfassung, und der Verlust wird zunehmend größer, je mehr das Englische zum weltweit allein gültigen Erkenntnis- und Verkehrsmedium erklärt wird, weil dann auch diejenigen, die es als Fremdsprache benutzen (müssen), diese Selbstbeschränkung auf das mit Englisch Ermittelbare und Sagbare übernehmen werden. Wenn sprachlich bedingtes Nichtwissen und Nichtwissenkönnen zum wissenschaftlichen Ideal erhoben wird, werden allmählich alle in ihrem Bemühen um fremdsprachlich gestützte Wissenserweiterung nachlassen.

Für die *rechtliche* Bewertung der Umstellung auf Englisch ist nicht allein dieser Verlust ein Negativposten, sondern mehr noch die innere Widersprüchlichkeit dieser akademischen Sprachpolitik. Mit ihr soll die Internationalisierung, also die Erweiterung des Horizonts der deutschen Hochschulen erreicht werden. Wenn diese Internationalisierung aber vor allem auf die englische Sprache setzt, führt sie in eine Sprachwelt, in der das wissenschaftliche Verbleiben im eigenen Sprachraum, das Abschalten des Fragens und Forschens über die eigene Sprachgrenze hinaus, zum guten Ton gehört. Eine solche Sprachpolitik mag, schon wegen der Größe des engli-

20 Ausführlich *Mittelstraß* u.a. (Fn. 12), S. 11–16, 26–30. Zum Zusammenhang zwischen Sprache und Denken gibt der prominente ARD-Journalist *Franz Stark* eine sehr gute gemeinverständliche Zusammenfassung der Erkenntnisse der Linguistik und der anderen Teile der interdisziplinären „Kognitionswissenschaft“ (Psychologie, Neurologie, Kulturanthropologie, Philosophie): *Stark*, *Wie viel Englisch verkraftet die deutsche Sprache? – Die Chance zwischen Globalisierungserfordernis und Deutschtümelei*, 2. Aufl. 2010, S. 22–66 (linguistische Grundbegriffe), 67–98 (Sprache und Denken).

21 Die Erkenntnis vom unlöslichen Zusammenhang zwischen dem

Denken und der einzelnen Sprache geht auf *Wilhelm von Humboldt* zurück; darüber ausführlich *Flessner* (Fn. 19), S. 874–880.

22 Dazu *Metzler* Sprachlexikon, hrsg. von Glück, 4. Aufl. 2010, Stichwörter „Englisch“ und „Englisch als Zweitsprache“.

23 HRK (Fn. 4), S. 40 f.; *Mocikat*, in: ADAWIS 2016 (Fn. 11), S. 67.

24 *Mittelstraß* u.a. (Fn. 12), S. 29 f, 31 mit weiteren Angaben.

25 *Mittelstraß* u.a. (Fn. 12), S. 36. Die dort zitierte Klage der British Academy, dass die britischen Wissenschaftler „Gefangene ihrer Sprache“ geworden seien, und die Akademie-Empfehlungen zum (Wieder-)Aufbau des Fremdsprachenunterrichts haben anscheinend bisher nichts bewirkt.

schen Sprachraums, für Hochschulen in anderen Sprachräumen immer noch eine Erweiterung sein. Sie kann aber nicht rechtfertigen, den Einzelnen und der Allgemeinheit ihren verfassungsrechtlichen Anspruch auf den Gebrauch auch der eigenen Landessprache in den Hochschulen mit der Behauptung zu verweigern, das Englische biete die bessere Wissenschaft.

Wenn eine staatliche Hochschule (mit Einwilligung des zuständigen Ministeriums) die Umstellung des Studiums auf das Englische beschließt, gelten für beide die Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechts. Nach diesem muss das staatliche Ermessen „entsprechend dem Zweck der Ermächtigung“ ausgeübt werden (§ 40 VwVfG). Die Hochschulgesetze fordern auf und ermächtigen zur Internationalisierung um der Erweiterung des Horizonts willen.<sup>26</sup> Wenn diese Erweiterung nur darin bestehen soll, dass die akademische Lehre vom heimischen Sprachraum in einen anderen wechseln soll, der zwar größer ist, aber den Blick in weitere Sprachräume selbst für überflüssig erklärt, entsteht den deutschen Hochschulinstanzen offensichtlich ein Problem des Fehlgebrauchs ihres Ermessens. Dieses besteht auch dann, wenn man ihren Beschluss nicht als Verwaltungsakt, sondern als (untergesetzliche) Normsetzung ansieht.<sup>27</sup> Da mit der Verdrängung des Deutschen aus der Lehre in Grundrechte eingegriffen wird, kommt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ins Spiel – die Entsprechung zur Ermessenslehre auf der verfassungsrechtlichen Ebene. Auch dort geht es um die Zweckeignung der Maßnahme. Die deutsche Hochschulpolitik, die die akademische Lehre auf das Englische umstellen will, kann der inneren Widersprüchlichkeit ihres Strebens rechtlich nicht entkommen.

Die Internationalisierung der deutschen Hochschulen kann nach allem nur so aussehen, wie HRK und Wissenschaftsrat es vorzeichnen: „Generell sollte das Ziel aller Bemühungen im institutionellen Rahmen einer Etablierung von Mehrsprachigkeit in der Wissenschaft ein Zustand sein, in dem jeder Wissenschaftler in der Lage ist, dem wissenschaftlichen Diskurs (in Schrift und Wort) in aus disziplinärer Perspektive zentralen Wissenschaftssprachen zu folgen (Lese- und Rezeptionsfähig-

keit) und seinerseits von der *scientific community* als Autor und als Sprecher einer Wissenschaftssprache gelesen und verstanden wird.“<sup>28</sup> An diese Fähigkeiten müssen auch die Studierenden herangeführt werden.<sup>29</sup> Es ist ein Grundzug der Universität der Mehrsprachigkeit, dass sie von ihren Lehrern, Forschern und Studierenden neben der Achtung der Landessprache bis zur Grenze ihres Könnens die Kenntnis und den Gebrauch einer Anzahl von Fremdsprachen verlangt. Gewollte Selbstbeschränkung auf eine einzige Wissenschaftssprache gibt es in der wahrhaft internationalisierten Hochschule nicht.

## VI. Hochschulautonomie?

Wenn der Staat den deutschen Hochschulen etwas auferlegt oder etwas Wichtiges entzieht, ist schnell von der „Hochschulautonomie“ die Rede, die zu achten sei – sie ist zunächst ein hochschulpolitisches Argument. Sie kann aber auch ein *rechtlicher* Einwand der Hochschulen gegen Regelungen der Gesetzgeber oder Regierungen werden – vielfältige Rechtsprechung, auch des BVerfG, zeugt davon, auch wenn der Begriff selbst – Hochschulautonomie – in Gesetzen und Verfassungen nicht vorkommt.<sup>30</sup>

Die Autonomie der Hochschulen als Schranke für staatliches Regeln gründet sich in Deutschland auf Verfassungsbestimmungen und die Hochschulgesetze in den Bundesländern, darüber hinaus auf ein gemeindeutsches Verständnis von der Selbstverwaltung der eigentlich vom Staat getrennten, aber von ihm gegründeten und getragenen Körperschaften und Anstalten.<sup>31</sup> Sie wird aber auch aus der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 III GG) hergeleitet – in dem Sinne, dass auch die Hochschulen und ihre Untergliederungen (Fakultäten, Fachbereiche) sich auf dieses Grundrecht gegenüber dem Staat berufen können.<sup>32</sup>

Wenn Hochschulautonomie demnach auch rechtlich für akademische Sprachpolitik ins Feld geführt werden kann, ist hier zu fragen: Muss der Staat den Hochschulen wegen ihres Rechts auf Autonomie erlauben, das Studium auf eine Fremdsprache umzustellen? Sieht man die Hochschulautonomie allein im Hochschulrecht der Län-

26 Z.B. BayHSchG, Art. 2 II 1, 55 II 1.

27 Nach Art. 56 I 1 und 58 I 1 BayHSchG ist die Studien- und Prüfungsordnung für einen Studiengang (genehmigungsbedürftige) „Satzung“ der Hochschule.

28 *Mittelstraß* u.a. (Fn. 12), S. 42, Empfehlung Nr. 7; in demselben Sinn HRK (Fn. 4), S. 33, 36, und HRK (Fn. 7): „Der Fremdsprachenerwerb ist ... curricular zu verankern. ... Über den allgemeinen Sprachgebrauch hinaus ist auch die fachspezifische Mehrsprachigkeit der Studierenden gezielt zu fördern. Nur vertiefte, fachspezifische Kenntnisse einer oder mehrerer Fremdsprachen ermöglichen es den Studierenden, internationale Forschungsbefunde zu rezipieren.“

29 Näher dazu für die Rechtswissenschaft *Flessner* (Fn. 19), S. 897 f; *ders.*, *Juristische Methode und Europäisches Privatrecht*, JZ 2002, 14, 22-24.

30 Ausfühlich *Kempfen*, Grundfragen des institutionellen Hochschulrechts, in: *Hartmer/Detmer* (Hrsg.) (Fn. 15), I. Kap., Rn. 117-142.

31 *Kempfen* (Fn. 30), Rn. 22-28, 117-124.

32 So jüngst auch, nach früherem Zögern, BVerfG 15.7.2015, 2 BvE 4/12, NVwZ 2015, 1361 mit Anm. *Lenz*, JuS 2016, 858, Anm. *Hufen*.



der begründet, ist die Antwort einfach. Die Verpflichtung des deutschen Staates auf seine Sprache in seinen Hochschulen folgt aus dem Grundgesetz, der Bundesverfassung.<sup>33</sup> Gegen sie kann das Bundesland, das die Hochschulen in der Sprachpolitik freier stellen will, nichts ausrichten.

Die Antwort ist schwieriger zu finden, wenn, wie überwiegend angenommen, die Hochschulautonomie aus Art. 5 III GG herzuleiten ist. Dann steht das Grundrecht der Hochschule auf unabhängige Gestaltung der Lehre gegen das ebenfalls aus Art. 5 III GG herzuleitende Grundrecht der Hochschullehrer auf Sprachfreiheit für ihre Lehrtätigkeit. Hier könnte man versuchen, nach der Lehre von der „praktischen Konkordanz“ zwischen gegensätzlichen, aber an sich gleichrangigen Grundrechtspositionen zu einer ausgleichenden und angemessenen Sprachpolitik an den Hochschulen zu kommen.<sup>34</sup>

Für die Auflösung der hier gegebenen Kollision muss aber grundsätzlicher und genauer angesetzt werden. Zu berücksichtigen ist, dass der Gedanke der Hochschulautonomie sich nicht gegen die Angehörigen der Hochschule, sondern gegen die Hochschulpolitik des Staates, seine Gesetzgeber und Regierungen richtet und dass im Falle der akademischen Lehre der Staat eben nicht frei hochschulpolitisch entscheidet, sondern selbst durch andere Grundrechte (Berufsfreiheit, Diskriminierungsverbot) und staatsrechtlich an die deutsche Sprache in seinen Hochschulen gebunden ist. Wo der Staat verfassungsrechtlich gebunden ist, kann er von vornherein keine davon abweichende Politik betreiben. Ein Grundrecht der Hochschule gegen den Staat auf eine eigene Sprachpolitik gegen diese Verfassungslage kann es nicht geben, es wäre widersinnig.

Es wäre widersinnig auch deshalb, weil die Hochschulautonomie ja aus der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 III GG) folgen soll. Wissenschaft bedeutet ständige Unzufriedenheit mit dem gefühlten Nichtwissen, diese führt zum methodischen Fragen und Forschen. Für die Freiheit zu diesem Fragen und Forschen sich einem Sprachraum hinzugeben, in dem tendenziell das Wissenwollen an den Grenzen dieses Sprachraums enden darf, entspricht nicht dem Begriff der Wissenschaft im Sinn von Art. 5 III GG, es ist eher seine Umkehrung. Das bewusst akzeptierte Nichtwissen zu begünstigen, kann nicht der Sinn der Wissenschaftsfreiheit der Hochschulen sein.

Das HRG bestätigt diese Auffassung. Sein § 4 II soll verdeutlichen, was die Mitglieder der Hochschule als

Teil ihrer nach Art. 5 III 1 GG verbürgten „Freiheit der Lehre“ im Rahmen der zu erfüllenden Lehraufgaben „wahrnehmen können“, nämlich: „... die Abhaltung von Lehrveranstaltungen und deren inhaltliche und methodische Gestaltung“. In Satz 2 wird sodann den zuständigen Hochschulorganen erlaubt, die Organisation des Lehrbetriebs sowie die Aufstellung und Einhaltung von Prüfungsordnungen zu regeln. Es wird dort aber ausdrücklich hervorgehoben, dass diese Entscheidungen „die Freiheit der Lehre im Sinne von Satz 1 nicht beeinträchtigen“ dürfen. Mit anderen Worten: Die Freiheit der Lehre der Hochschullehrer rangiert, was die Sprache der Lehre angeht, vor dem Organisationsrecht der Hochschule; dieses umfasst nicht Inhalt und Methode der Lehre und damit auch nicht die Wahl der Unterrichtssprache. Ein Recht der Hochschule, ihre Mitglieder auf eine Fremdsprache zu verpflichten, gibt die Hochschulautonomie nicht her, wenn sie Bestandteil der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 III GG ist.

## VII. Besonderheiten beim Master-Studium?

Aus Hochschulen und Wissenschaftsministerien ist gelegentlich zu vernehmen, dass die Sprachpolitik für postgraduale Studiengänge, besonders für das Master-Studium, freier gestellt sei. Dafür gibt es aber in den maßgebenden Rechtstexten keine Anhaltspunkte.

Nach dem HRG von 1976<sup>35</sup> bereiten die Hochschulen durch die ihnen aufgetragene „Pfleger der Wissenschaften und der Künste ... auf berufliche Tätigkeiten vor, die die Anwendung wissenschaftlicher Erkenntnisse und wissenschaftlicher Methoden oder die Fähigkeit zu künstlerischer Gestaltung erfordern“ (§ 1 I). Lehre und Studium sollen die Studierenden „auf ein berufliches Tätigkeitsfeld vorbereiten ...“ (§ 7), und die Studiengänge sollen „in der Regel zu einem berufsqualifizierenden Abschluss“ führen (§ 10 I 1). „Postgraduale“ Studien können sodann „zur Vermittlung weiterer wissenschaftlicher oder beruflicher Qualifikationen oder zur Vertiefung eines Studiums“ angeboten werden (§ 12 Satz 1). Das gesamte Studium, auch das postgraduale, ist deshalb bundesrechtlich auf Wissenschaftlichkeit und Berufsqualifizierung ausgerichtet.

An dieser Ausrichtung des gesamten Studiums haben die Bundesländer nichts ändern wollen, als sie 1999 in der KMK den Eintritt in den „Bologna-Prozess“ beschlossen.<sup>36</sup> Dadurch wurde zwar ein System gestufter Studienabschlüsse (Bachelor, dann Master) eingeführt,

33 S. oben, bei Fn. 17.

34 So Jantz, OdW 2017, 44, 47.

35 BGBl. I 185, zuletzt geändert 2007, BGBl. I 506.

36 Darüber und über die Rechtsverbindlichkeit dieses Prozesses informativ und klärend Lindner, Rechtsfragen des Studiums, in: Hartmer/Detmer (Fn. 15), Rn. 34–38.

für beide Studienstufen aber der wissenschaftliche und berufsqualifizierende Charakter beibehalten. Der KMK-Beschluss vom 10.10.2003 über „Ländergemeinsame Strukturvorgaben für die Akkreditierung von Bachelor- und Masterstudiengängen“<sup>37</sup> spricht dem Bachelor-Studiengang zu, „wissenschaftliche Grundlagen, Methodenkompetenz und berufsfeldbezogene Qualifikationen entsprechend dem Profil der Hochschule und des Studiengangs“ zu vermitteln ((Punkt A.3.1); die Master-Studiengänge sollen dann „der fachlichen und wissenschaftlichen Spezialisierung“ dienen (Punkt A.3.2). In diesem „System ... stellt der Bachelorabschluss als erster berufsqualifizierender Abschluss den Regelabschluss dar und führt damit für die Mehrzahl der Studierenden zu einer ersten Berufseinmündung“ (Punkt A.2). Der Master ist nur „weiterer berufsqualifizierender Abschluss“, die „Durchlässigkeit im Hochschulsystem (muss) auch nach Einführung des neuen Graduierungssystems erhalten bleiben“ (Punkt A. 2 letzter Satz).

Der Unterschied dieses Systems zu dem vom HRG vorgefundenen und geregelten System besteht nicht in einer Änderung seiner Wissenschaftlichkeit und Berufsorientierung auf den verschiedenen Stufen, sondern darin, dass schon mit Abschluss der ersten Stufe, dem Bachelor, in der Regel nach 6 Semestern der „erste berufsqualifizierende Abschluss“ soll erreicht werden können.

Die Hochschulgesetze der Bundesländer folgen diesen Vorgaben. Eine freiere Stellung für die Sprachpolitik in den Master-Studiengängen lässt sich ihnen nicht entnehmen. Als Beispiel diene hier das bayerische Hochschulgesetz.<sup>38</sup> Nach seinem Art. 2 bereiten die Hochschulen „auf eine berufliche Tätigkeit vor“. Nach Absatz 5 der Vorschrift sollen sie zudem den Erwerb von Zusatzqualifikationen ermöglichen, „die den Übergang in das Berufsleben erleichtern“. Nach Art. 55 I sollen Lehre und Studium die Studierenden „auf ein berufliches Tätigkeitsfeld vorbereiten“, und zwar so, dass sie „zu wissenschaftlicher Arbeit befähigt werden“. Ein Unterschied zwischen dem Bachelor- und dem Master-Studium wird da nicht gemacht. Ebenso nicht in Art. 56 I, wo nur verlangt wird, dass „ein Studiengang“ (also jeder!) „in der Regel zu einem berufsqualifizierenden Abschluss“ führen soll. In Absatz 3 dieser Bestimmung wird dann für die „grundständigen“ Studiengänge verlangt, dass sie zu einem „ersten berufsqualifizierenden Hochschulabschluss“ führen sollen. Aber auch den dann genannten „postgradualen Studiengängen“, also auch dem Master-

Studium, wird das Ziel der Vermittlung „weiterer ... beruflicher Qualifikationen“ und der „beruflichen Weiterbildung“ gesetzt.

An keiner Stelle des Gesetzes wird gesagt, dass namentlich in ihrer Eignung für das Berufsleben ein grundsätzlicher Unterschied zwischen den grundständigen und den postgradualen Studiengängen bestehen solle. Der einzige Unterschied ist, dass die grundständigen auf einen „ersten Abschluss“ hinführen *müssen*, während die postgradualen eine berufliche Zusatzqualifizierung vermitteln, also auf einen zweiten und weiteren „Abschluss“ hinführen, aber auch ohne Abschluss enden können. Jedenfalls dann, wenn in der Berufswelt ein weiterer solcher Abschluss verlangt wird oder jedenfalls Vorteile bietet und deswegen von der Hochschule angeboten wird (ohne dieses Ziel *dürfte* sie ihn ja nicht anbieten), gelten für ihn dieselben grundsätzlichen Anforderungen wie für die grundständigen. Die Lehre in der Hochschule ist, ob „gestuft“ oder nicht, grundsätzlich dieselbe und ist rechtlich als Einheit zu behandeln. Eine Unterscheidung zur Sprachpolitik für das grundständige und das postgraduale Studium wird auch in den Empfehlungen der HRK nicht gemacht.<sup>39</sup>

Das BayHSchG erlaubt allerdings, für das Master-Studium „weitere Zugangsvoraussetzungen“ (über die allgemeine Hochschulreife hinaus) festzulegen, „insbesondere den Nachweis einer studiengangsspezifischen Eignung“ (Art Abs. 5 Satz 2). Dazu können vielleicht auch nachzuweisende Sprachkenntnisse gehören. Diese Sprachkenntnisse müssen aber aus der fachlichen Eigenart des Studiengangs erforderlich sein (besonders etwa in Studiengängen über fremdsprachliche Kulturen).<sup>40</sup> Die Hochschule kann nicht – umgekehrt – fremdsprachliche Eignungsnachweise verlangen, um erst damit die Einrichtung eines fremdsprachlichen Studiengangs zu begründen. Den logischen Vorrang hat die Entscheidung über die Einrichtung des Studiengangs, erst dann können – auch sprachliche – Zugangsvoraussetzungen fachgerecht festgelegt werden. Es kann nicht angenommen werden, ein Landesgesetzgeber habe den Hochschulen auf einem gewundenen Weg, gleichsam durch die Hintertür, sprachpolitisch freie Hand geben wollen.

Den Hochschulgesetzen lässt sich nach allem nicht entnehmen, dass die Hochschulen sprachpolitisch für das Master-Studium eine freiere Stellung hätten. Anders kann es auch nicht sein, denn die Verpflichtung der Hochschulen auf die deutsche Sprache beruht auf Bun-

37 Heute in der Fassung vom 4.2.2010, abrufbar unter [www.kmk.org](http://www.kmk.org) (zuletzt abgerufen am 14.8.2017).

38 BayGVBl. 2006, 245, zuletzt geändert durch Gesetz vom 12.7.2017, GVBl. 362.

39 S. HRK 2011 und HRK 2017, oben Fn. 4 und 7.

40 Ausführlich dazu Lindner (Fn. 36), Rn. 78, 79, 82-86.

desverfassungsrecht. Das Grundgesetz kennt den Unterschied zwischen grundständigem und postgradualen Studium nicht. Nach ihm ist auch der Zugang zum Master-Studium eine Stufe der Berufswahl, die nicht mit dem Erfordernis der Kenntnis einer Fremdsprache erhöht werden (Art. 12) und nicht wegen einer Unkenntnis dieser Fremdsprache zur Diskriminierung genutzt werden darf (Art. 3 III GG); und nach ihm ist auch das Master-Studium (und gerade dieses!) wissenschaftliche Lehre, deren Freiheit nicht eingeschränkt werden darf (Art. 5 III), und gerade der Ort, an dem die Verdrängung der deutschen Sprache den Qualitätsverlust des deutschen Hochschulsystems und das Versagen des deutschen Staates in seiner Verantwortung für die deutsche Landessprache am deutlichsten markieren würde. Kurzum: Die Stufung des Studiums durch die Hochschulgesetze der Länder ändert nichts daran, dass das gesamte Studium, auch das postgraduale, den bundesverfassungsrechtlichen Anforderungen an Zugänglichkeit, Freiheit und Qualität genügen muss. Vor dem Grundgesetz sind alle Studiengänge gleich.

### VIII. Europäischer und globaler Hochschulraum

Nach deutschem Verfassungsrecht darf die deutsche Sprache aus der akademischen Lehre in Deutschland nicht verdrängt werden. Isoliert Deutschland sich damit im „Europäischen Hochschulraum“, dem die KMK mit ihrem Bologna-Eintritt angehören, oder gar in dem globalen Hochschulraum, dem die HRK mit ihren Empfehlungen dienen möchte?

In *Italien* hat kürzlich der *Verfassungsgerichtshof* die Wahrung der italienischen Sprache als vorrangiges Me-

dium an den staatlichen Universitäten eingefordert.<sup>41</sup> In *Frankreich* hat die jüngste Revision des Bildungsgesetzes dafür gesorgt, dass die akademische Lehre auf Französisch verpflichtet bleibt; Englisch ist an den Hochschulen nur erlaubt, wenn es fachspezifisch oder durch didaktische Erfordernisse begründet ist.<sup>42</sup> Dies darzustellen und außerdem die sprachlichen Verpflichtungen der Hochschulen aus europäischem Unionsrecht und aus Völkerrecht zu erörtern, erfordert eine eigene Untersuchung. Jedenfalls sollten schon das italienische und das französische Beispiel genügen, um Furcht vor deutscher Isolierung durch seine Verfassung in Europa nicht aufkommen zu lassen.

Vor dem Vorwurf der Selbstisolierung können die Hochschulen sich am besten mit einem klaren Konzept der Mehrsprachigkeit der Wissenschaft schützen, wie es von der Arbeitsgruppe der Wissenschaftsräte begründet worden ist.<sup>43</sup> Die Autoren schreiben am Schluss: „Sprache in der Wissenschaft bzw. Sprache der Wissenschaft (ist) nicht nur ein Kommunikationsmedium, sondern auch ein konstitutives Element der Wissenschaft selbst. Wenn die Wissenschaft das nicht sieht, kennt sie sich selbst nicht. Und wenn die Wissenschaftspolitik an einer derartigen Problemlage vorbeisieht, gerät sie in Gegensatz zu einer Bildungspolitik, die beansprucht, in der Wissenschaft das kulturelle Wesen einer modernen Gesellschaft zu erkennen.“<sup>44</sup> Aus rechtlicher Sicht ist hinzu- zufügen: Wenn Wissenschaftspolitik und Hochschulen in Deutschland dabei auch an der Landessprache vorbeisehen, müssen sie am Grundgesetz scheitern.

Axel Flessner ist Professor i. R. der Humboldt-Universität, Berlin.

41 Urteil (*Sentenza*) Nr. 42 vom 21.2.2017, deutsche Übersetzung und Kommentare unter [www.adawis.de](http://www.adawis.de) unter „Aktuelles“.

42 Loi no. 2013-660 du 22 juillet 2013 relative à l'enseignement supérieur et à la recherche, Art. 2, aufrufbar bei [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr) unter „Les codes en vigueur>Code de l'éducation>enseignement supérieur“.

43 *Mittelstraß* u.a. (Fn. 12).

44 AaO., S. 42 f.

Ute Mager

## *Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Akkreditierung von Studiengängen – Zugleich eine kritische Auseinandersetzung mit der Akkreditierungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts und eine verfassungsrechtliche Bewertung des Akkreditierungs-Staatsvertrags<sup>1</sup>*

Akkreditierung – sinnvolle Qualitätssicherung oder bürokratischer Irrsinn ?

Zur Erörterung dieser nur zu berechtigten Frage luden die Veranstalter zum diesjährigen Hochschulrechtstag ein. Die Akkreditierungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die dem bestehenden Akkreditierungssystem den Boden entzogen hat,<sup>2</sup> nicht aber der Akkreditierung als Qualitätssicherungsinstrument überhaupt, und der zur Ratifizierung anstehende Akkreditierungs-Staatsvertrag geben der seit langem erörterten Frage nach den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Akkreditierung neue Aktualität.

Der Schwerpunkt der folgenden Ausführungen liegt auf der Prüfung der Anforderungen, die sich aus der Wissenschaftsfreiheit in Abwägung mit der Berufsfreiheit in Gestalt der Ausbildungsfreiheit ergeben. In Bezug auf den Staatsvertrag stellen sich aber auch staatsorganisationsrechtliche Fragen. Einleitend soll in Erinnerung gerufen werden, wie es überhaupt zur Akkreditierung als externem Qualitätssicherungsmittel kam.

### **I. Rückblick: Wie es zur Akkreditierung kam und wie sie bisher geregelt wurde**

Die Akkreditierung als Qualitätssicherungsinstrument ist auf das Engste mit dem Bologna-Prozess verbunden. Der Bologna-Prozess nahm 1998 mit der Sorbonne-Erklärung der Bildungsminister von Deutsch-

land, Frankreich, Großbritannien und Italien seinen Anfang. Er hatte bekanntlich die Einführung der Bachelor-Master-Studienstruktur zur Folge. Diese Vereinheitlichung soll wiederum die Vergleichbarkeit der Abschlüsse und die Mobilität im europäischen Hochschulraum befördern.

Im Berlin-Communiqué von 2003<sup>3</sup> einigten sich die Bildungsminister von inzwischen 40 Staaten auf die Akkreditierung von Studiengängen und Institutionen als geeignetes Qualitätssicherungsmittel, wobei sie betonten und bis heute in allen Verlautbarungen immer wieder betont wird, dass die Hauptverantwortung für die Qualitätssicherung bei den Hochschulen liegt. 2005 stimmten die Bildungsminister im Bergen Communiqué<sup>4</sup> Standards und Leitlinien für die Qualitätssicherung im Europäischen Hochschulraum zu, die das European Network for Quality Assurance in Higher Education (ENQA)<sup>5</sup> – es handelt sich um die internationale Interessenvertretung von Qualitätssicherungsagenturen – im Zusammenwirken mit Vertretern von Hochschulen und Studierendenschaft erarbeitet hatte.

Die Bildungsminister vereinbarten, das vorgeschlagene Modell der Begutachtung durch Qualitätssicherungsagenturen auf nationaler Ebene einzuführen. Die letzte Fassung dieser Leitlinien ist aus dem Jahr 2015.<sup>6</sup> Keine dieser Verlautbarungen ist rechtlich verbindlich. Es handelt sich allenfalls um Selbstverpflichtungen der Staaten.<sup>7</sup>

1 Es handelt sich um die erweiterte Fassung des Vortrags „Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Akkreditierung von Studiengängen“, den die Verfasserin am 17. Mai 2017 auf dem Hochschulrechtstag in Köln gehalten hat.  
2 Siehe zu den Folgen *Herrmann*, Ja, aber ... – Klarstellungen aus Karlsruhe zur Akkreditierung von Studiengängen, *WissR* 2016, 3 (22 ff.); zur Entscheidung siehe auch *Geis*, Das Bundesverfassungsgericht zur Akkreditierung, *OdW* 2016, 193 ff.  
3 Communiqué of the Conference of Ministers responsible for Higher Education, Realizing the European Higher Education, vom 19. September 2003, abrufbar unter <http://www.enqa.eu/wp-content/uploads/2013/03/BerlinCommunique1.pdf> (abgerufen am 10.8.2017).  
4 Communiqué der Konferenz der für die Hochschulen zuständigen europäischen Ministerinnen und Minister, Der europäische

Hochschulraum – die Ziele verwirklichen, 19.-20. Mai 2005, abrufbar unter [https://www.hrk.de/fileadmin/redaktion/hrk/02-Dokumente/02-03-Studium/02-03-01-Studium-Studienreform/Bologna\\_Dokumente/Bergen\\_kommunique\\_2005.pdf](https://www.hrk.de/fileadmin/redaktion/hrk/02-Dokumente/02-03-Studium/02-03-01-Studium-Studienreform/Bologna_Dokumente/Bergen_kommunique_2005.pdf) (abgerufen am 10.8.2017).

5 Hochschulrektorenkonferenz, Standards und Leitlinien für die Qualitätssicherung im Europäischen Hochschulraum (ESG), Beiträge zur Hochschulpolitik 3/2015, abrufbar unter [https://www.hrk.de/uploads/media/ESG\\_German\\_and\\_English\\_2015.pdf](https://www.hrk.de/uploads/media/ESG_German_and_English_2015.pdf) (abgerufen am 10.8.2017).

6 [https://www.hrk.de/uploads/media/ESG\\_German\\_and\\_English\\_2015.pdf](https://www.hrk.de/uploads/media/ESG_German_and_English_2015.pdf).

7 Siehe nur *Lege*, Die Akkreditierung von Studiengängen, *JZ* 2005, 698 (699); *Mann/Immer*, Rechtsprobleme der Akkreditierung von Studiengängen, *RdJB* 2007, 334 (338).

Bereits vor der Umstellung der Studiengänge auf die Bachelor-Master-Struktur bestand in Deutschland das Bedürfnis, die Vergleichbarkeit der Abschlüsse und den Studienortwechsel zwischen den Bundesländern sicherzustellen. Auf der Grundlage des damaligen § 9 HRG vereinbarten die Kultusministerkonferenz und die Hochschulrektorenkonferenz deshalb Rahmenordnungen für Studiengänge. Diese Rahmenordnungen wurden in Fachkommissionen der HRK unter Anhörung der betroffenen Fakultäten vorbereitet. Mit der Umstellung auf die Bachelor-Master-Struktur erschien dieses System der Herstellung vergleichbarer Abschlüsse zu national, zu wenig wettbewerbsorientiert und zu schwerfällig.<sup>8</sup>

Bereits 1999 – also deutlich vor dem Berlin- und dem Bergen-Communiqué zur Akkreditierung – wurde § 9 HRG geändert, nannte jedoch anstelle der zuvor ausdrücklich geregelten Rahmenordnungen nicht das Instrumente der Akkreditierung, sondern stellte nur die gemeinsame Verantwortung von Bund und Ländern für grundsätzliche Fragen des Studienangebots sowie die gemeinsame Verantwortung der Länder für die Vergleichbarkeit der Studienabschlüsse und die Möglichkeit des Hochschulwechsels fest und verlangte insoweit die Beteiligung der Hochschulen sowie der Berufspraxis. Die Beteiligung der Berufspraxis war im Übrigen nichts Neues, sondern galt auch schon für die Rahmenordnungen. Ohne jede gesetzliche Regelung allein auf der Grundlage von KMK-Beschlüssen wurde 1999 der Akkreditierungsrat eingerichtet und mit der Erprobung der Akkreditierung begonnen.<sup>9</sup>

Ab 2005 – also mit dem Bergen-Communiqué – erhielten dann die ersten Landeshochschulgesetze Regelungen über Studiengangskkreditierungen, die sich regelmäßig in der Feststellung erschöpften, dass Bachelor- und Masterstudiengänge durch anerkannte Einrichtungen zu akkreditieren seien.<sup>10</sup> Zeitgleich wurde der Akkreditierungsrat durch nordrhein-westfälisches Lan-

desgesetz zu einer nordrhein-westfälischen Landesstiftung gemacht, auf die die Kultusminister durch Verwaltungsvereinbarung die Wahrnehmung ihrer Aufgaben nach § 9 HRG übertrugen. Im Rahmen der KMK-Strukturvorgaben für Bachelor und Master beschloss der Akkreditierungsrat die Prüfkriterien im Akkreditierungsverfahren. Zudem erteilte der Akkreditierungsrat den Akkreditierungsagenturen die Anerkennung. Diese führten auf vertraglicher Grundlage die Akkreditierungen durch. Von ihrer Entscheidung hing regelmäßig die ministerielle Genehmigung des Studiengangs oder direkt die Zulässigkeit des Studiengangs ab.

An den Universitäten stieß das neue Qualitätssicherungsinstrument wegen des bürokratischen Aufwands und der erheblichen Kosten auf Ablehnung. Von Seiten der Rechtswissenschaft wurde von Anfang an – also bereits 2005 – die Verfassungswidrigkeit des Regelwerkes bemängelt,<sup>11</sup> die angesichts der völlig unzureichenden gesetzlichen Grundlagen offensichtlich war. Dies bestätigte das Bundesverfassungsgericht dann endlich mit seiner Entscheidung vom 17. Februar 2016,<sup>12</sup> fast sechs Jahre nach der Vorlage durch das VG Arnsberg.

## II. Verfassungsrechtlicher Maßstab

Das Bundesverfassungsgericht befand, dass die Akkreditierung einen schwerwiegenden Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit der Universitäten, Fakultäten und Hochschullehrer darstellt und völlig unzureichend geregelt ist.

### 1. Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit und Eingriff

In Leitsatz 1b der Entscheidung heißt es:

„Der Zwang zur Akkreditierung der Studiengänge beschränkt die Freiheit der Hochschule, über Inhalt, Ablauf und methodischen Ansatz des Studiengangs und der Lehrveranstaltungen zu bestimmen.“

8 Siehe nur *Wilhelm*, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen der Akkreditierung von Studiengängen, 2009, 53 f.

9 Siehe zur Entwicklung *Mager*, Ist die Akkreditierung von Studiengängen an Hochschulen des Landes Baden-Württemberg verfassungsgemäß?, VBIBW 2009, 9 (9 f.); *Wilhelm* (Fn. 8), S. 54 f.; ausführlich *Immer*, Rechtsprobleme der Akkreditierung von Studiengängen, 2013, 65 ff.

10 Ein Überblick über die geltenden Regelungen ist zu finden in dem Gutachten im Auftrag des Aktionsrats Bildung der Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft e.V., Qualitätssicherung an Hochschulen: von der Akkreditierung zur Auditierung, 2013, Tabelle 2, S. 71 ff., abzurufen unter [http://www.aktionsrat-bildung.de/fileadmin/Dokumente/Gutachten\\_Qualitaetssicherung\\_an\\_Hochschulen.pdf](http://www.aktionsrat-bildung.de/fileadmin/Dokumente/Gutachten_Qualitaetssicherung_an_Hochschulen.pdf) (abgerufen am 10.8.2017).

11 Siehe *Lege*, JZ 2005, 698 ff.; *Pautsch*, Rechtsfragen der Akkreditierung, WissR 2005, 200 ff.; *Heitsch*, Verfassungs- und verwaltungs-

rechtliche Fragen der Akkreditierung von Studiengängen, DÖV 2007, 770 ff.; *Mann/Immer*, RdJB 2007, 332 ff.; *Mager*, VBIBW 2009, 9 ff.; *Brinktrine*, Akkreditierungsverfahren und -modelle nach Maßgabe des Hochschulrechts der Länder, WissR 2009, 164 ff.; siehe im Übrigen statt vieler die Dissertationen von *Wilhelm* (Fn. 8); *Siever*, Qualitätssicherung durch Programm- und Systemakkreditierung im deutschen Hochschulsystem, 2011; *Immer* (Fn. 9) jeweils mit weiteren Nachweisen; a.A. *Stüber*, Akkreditierung von Studiengängen, 2009, 115 ff., 137. Der Wissenschaftsrat äußerte sich 2012 zur Akkreditierung, verlor in seinem umfangreichen Papier aber kein Wort zur Frage der Verfassungsmäßigkeit, obwohl das Verfahren beim Bundesverfassungsgericht bereits seit 2 Jahren anhängig war. Der Wissenschaftsrat zeigt sich in diesem Papier auch sonst in bemerkenswerter Weise unkritisch.

12 BVerfGE 141, 143 ff. vom 17.2.2016 – Akkreditierung Vorlage VG Arnsberg.

Im Text der Entscheidung wird ergänzt:

„Der Akkreditierungsvorbehalt ist auch ein Eingriff in die Rechte der Lehrenden und der Fakultäten oder Fachbereiche.“<sup>13</sup>

In der Tat schützt die Wissenschaftsfreiheit in Gestalt der Lehrfreiheit die Aufbereitung und Darbietung wissenschaftlicher Erkenntnisse einschließlich der Wahl der Vermittlungsmethoden und Vermittlungsmedien. Dies bezieht sich für den einzelnen Wissenschaftler zunächst auf die einzelne Lehrveranstaltung. Da ein einzelner Wissenschaftler keinen Studiengang durchführen kann, liegt die fachlich-inhaltliche Verantwortung für die Gestaltung von Studiengängen bei den fachlichen Untergliederungen, das heißt bei den Fakultäten, die insoweit ebenfalls Trägerinnen der Lehrfreiheit sind. Sie unterliegen dabei der internen Kontrolle und Mitwirkung zentraler Universitätsorgane, regelmäßig zumindest des Senats als satzungsgebendes Organ für Studien- und Prüfungsordnungen, womit auch die Universitäten betroffen sind.

Auch wenn die Wissenschaftsfreiheit kein bestimmtes Lehrangebot und keinen bestimmten Studiengang schützt – so das Bundesverfassungsgericht<sup>14</sup> – so erfasst der Schutzbereich der Lehrfreiheit doch die an den Eigengesetzlichkeiten des Faches ausgerichtete Gestaltung von Studiengängen. Geschützt sind von der Lehrfreiheit also nicht Bestände oder Ergebnisse aber Gestaltung und Konzeption von Studiengängen. Die Qualität des Studienangebots liegt primär in der Verantwortung der Hochschulen, wie die European Standards and Guidelines (zuletzt von 2015) zu Recht hervorheben.

Die Akkreditierung als externes Qualitätssicherungsinstrument in Gestalt einer präventiven Vollkontrolle – so die Formulierung des Bundesverfassungsgerichts –,<sup>15</sup> die praktisch alle Bachelor- und Masterstudiengänge erfasst und Einwirkung auf deren inhaltliche und organisatorische Gestaltung ermöglicht, stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Studiengangsgestaltung und damit in die Lehrfreiheit der Fakultäten und Hochschulen dar.

Gegenüber den einzelnen Wissenschaftlern liegt der Eingriff in der Pflicht zur Mitwirkung an der Akkreditierung und der damit verbundenen Notwendigkeit, Inhalte und Methoden der Lehre zu rechtfertigen.<sup>16</sup>

## 2. Anforderungen an die Eingriffsrechtfertigung

Die Wissenschaftsfreiheit ist vorbehaltlos, aber nicht schrankenlos gewährleistet. Sie kann durch andere Rechtsgüter von Verfassungsrang eingeschränkt werden.

### a) Schutz anderer Rechtsgüter von Verfassungsrang als legitimer Eingriffsgrund

Das Bundesverfassungsgericht stellt fest, dass die Qualitätssicherung in der Hochschullehre ein solches Ziel von Verfassungsrang sei.<sup>17</sup> Dies ist ungenau. Erst aus dem Zusammenhang lässt sich schließen, dass die Gewährleistung einer qualifizierenden Ausbildung als Bestandteil der Berufsfreiheit das legitime Ziel und damit die Ausbildungsfreiheit die verfassungsimmanente Schranke darstellt. Weiter heißt es: „Das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit steht insofern Vorgaben, die ordnungsgemäßen Lehrbetrieb mit einem transparenten Prüfungssystem Rechnung tragen, nicht entgegen.“<sup>18</sup> Auch diese Formulierung ist missverständlich. Sie legt nahe, dass die Wissenschaftsfreiheit gegenüber dieser Anforderung von vornherein kein Widerlager bildet mit der Folge, dass dann auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit keine Anwendung findet. In der Struktur der üblichen Grundrechtsdogmatik wäre es richtiger zu formulieren, dass die Schutzgehalte der Ausbildungsfreiheit Einschränkungen der Wissenschaftsfreiheit rechtfertigen können.

Noch unklarer hinsichtlich seiner grundrechtsdogmatischen Bedeutung ist die Aussage des Bundesverfassungsgerichts, dass „die Qualitätssicherung der Freiheit von Forschung und Lehre zugute“ komme.<sup>19</sup> Soll hier die Wissenschaftsfreiheit zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Wissenschaftsfreiheit herangezogen werden? So etwas ist durchaus denkbar. So finden die Verfahren der wissenschaftlichen Bewertung im Rahmen von Promotionen oder Habilitationen oder die Kontrolle wissenschaftlicher Redlichkeit ihre Rechtfertigung in der Sicherung der Wissenschaftsfreiheit. Diese Verfahren sind jedoch frei von externen Einflüssen und nichtwissenschaftlichen Zwecken. In Bezug auf die von Externen durchgeführte Akkreditierung ist das Ziel in erster Linie ein wissenschaftsfremdes, nämlich der Schutz der Ausbildungsfreiheit der Studierenden. Die Akkreditierung mag im besten Fall der Qualität von Forschung und Lehre zugutekommen, keinesfalls aber der Freiheit von Forschung und Lehre.<sup>20</sup>

13 BVerfGE 141, 143 Rn. 52.

14 BVerfGE 141, 143 Rn. 49.

15 BVerfGE 141, 143 Rn. 54.

16 BVerfGE 141, 143 Rn. 52.

17 BVerfGE 141, 143 Rn. 58.

18 BVerfGE 141, 143 Rn. 58.

19 BVerfGE 141, 143 Rn. 58 am Ende.

20 In der zitierten Entscheidung BVerfGE 96, 205 (214) ging es um die Nichtübernahme eines Hochschullehrers im Zuge der Überleitung der Wissenschaftseinrichtungen der DDR wegen fehlender fachlicher Qualifikation.

Es bleibt festzuhalten, dass in erster Linie die Berufsfreiheit in Gestalt der Ausbildungsfreiheit die Grundlage für die Rechtfertigung von Eingriffen in die Wissenschaftsfreiheit bildet. In unserem von staatlichen Einrichtungen geprägten Hochschulsystem hat der Staat dafür Sorge zu tragen, dass hinreichend Studienplätze zur Verfügung stehen. Diese Garantienstellung umfasst nicht nur die Quantität des Angebots, sondern auch die Qualität. Nicht nur Bildung, sondern auch eine berufsbefähigende Ausbildung zu vermitteln, ist nach heutigem Verständnis Aufgabe der Hochschulen. Aus dem Schutzgehalt des Art. 12 Abs. 1 GG folgt daher das Recht und die Pflicht des Staates, sicherzustellen, dass Abschlüsse zur Berufsausübung befähigen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass im Rahmen der Aufgabenwahrnehmung die Wissenschaftsfreiheit keinen Maßstab bildet. Der Idee nach wird die Aufgabe gerade durch die Gewährung von Wissenschaftsfreiheit am besten erfüllt. Der Schutz der Ausbildungsfreiheit erlaubt aber Kontrollen, ob Idee und Wirklichkeit sich entsprechen. Entscheidend ist, dass die Verfassungsmäßigkeit solcher Qualitätssicherungsmaßnahmen nach den ganz gewöhnlichen Grundsätzen der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen zu prüfen ist.

Neben der Ausbildungsfreiheit ist auch die Sicherung der Chancengleichheit gemäß Art. 3 GG in allen seinen Facetten ein legitimes Ziel zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Wissenschaftsfreiheit.

Dagegen stellt weder die Europäisierung noch die Internationalisierung des Hochschulraums für sich genommen einen Zweck von Verfassungsrang dar,<sup>21</sup> wie auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Akkreditierungsentscheidung bestätigt.<sup>22</sup> Der Bologna-Prozess steht außerhalb der durch Art. 23 GG legitimierten Europäischen Integration, zum einen weil er nicht auf die Mitgliedstaaten der Europäischen Union begrenzt ist, zum anderen weil die Europäische Union im Bildungsbereich auf die Förderung und Ergänzung von Aktivitäten der Mitgliedstaaten beschränkt ist (Art. 165 Abs. 1 AEU, zuvor Art. 149 Abs. 1 EG). Völkerrechtlich stellen die im Bologna-Prozess durch die Minister verkündeten Dokumente unverbindliche Absichtserklärungen dar.<sup>23</sup> Sie können daher nicht auf der Grundlage der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes zu verfassungsimmanenten Schranken hochstilisiert werden.

b) Gesetzesvorbehalt: vom Gesetzgeber zu regelnde Inhalte

Ausbildungsfreiheit und Chancengleichheit bilden also verfassungsimmanente Schranken der Wissenschaftsfreiheit. Auch verfassungsimmanente Schranken bedürfen der Konkretisierung durch den Gesetzgeber, der alles Wesentliche in Bezug auf Grundrechtseingriffe selbst regeln muss. Insoweit war die bisherige Rechtslage in geradezu atemberaubender Weise ungenügend. Die Gesetze sahen nicht einmal das Ziel der Akkreditierung vor, ebenso wenig bestimmten sie die Akkreditierungsinstanzen oder auch nur rudimentäre Verfahrensbedingungen. Unklar war nicht zuletzt die Rechtsnatur der Entscheidungen der Akkreditierungsagenturen.

Zur Beantwortung der Frage nach den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Akkreditierung von Studiengängen ist daher als erstes zu klären, welche Gesichtspunkte so wesentlich sind, dass der Gesetzgeber sie selbst regeln muss:

Das Bundesverfassungsgericht stellt dazu fest: „Zwar kann der Gesetzgeber Details im Respekt vor der Wissenschaftsfreiheit nicht selbst vorgeben. Doch lassen sich die Ziele der Akkreditierung und die Anforderungen an das Verfahren abstecken, die wissenschaftsadäquate Zusammensetzung der Akteure regeln und Verfahren zur Aufstellung und Revision der Bewertungskriterien vorgeben.“<sup>24</sup>

Aus der Entscheidung lässt sich des Weiteren entnehmen, dass in Bezug auf das Verfahren zudem die folgenden Punkte gesetzlicher Regelung bedürfen:

- die Rechtsstellung der Agenturen
- die Rechtsform bzw. Rechtsnatur der Akkreditierung
- die Rechtswirkungen der Entscheidungen der Agenturen und des Akkreditierungsrates
- die Folgen fehlender Umsetzung von Auflagen
- die Reakkreditierungsfristen sowie
- der Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Agenturen oder des Akkreditierungsrates.

Zutreffend weist das Bundesverfassungsgericht darauf hin, dass der Gesetzgeber „Details“ im Respekt vor der Wissenschaftsfreiheit nicht selbst vorgeben kann.

21 S. auch *Heitsch*, DÖV 2007, 770 (772); *Mager*, VBIBW 2009, 9 (14).

22 BVerfGE 141, 143 Rn. 57.

23 *Mager*, Die Universität im Zeichen von Ökonomisierung und

Internationalisierung, VVDStRL 65 (2006), 274 (307) mwN.; *Mann/Immer*, RdJB 2007, 338 mwN.

24 BVerfGE 141, 143 Rn. 82.

Gemeint sind damit in erster Linie Regelungen über die Bewertungskriterien. Anstelle der Inhalte kann und hat der Gesetzgeber die Verfahren zu regeln, die wissenschaftsadaquat sein müssen. Wissenschaftsadaquat bedeutet, dass Sachverstand bei allen fachlichen Fragen den Ausschlag geben muss, Wissenschaftler insoweit also die Mehrheit haben müssen.

### c) Verhältnismäßigkeit

Während durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts geklärt ist, was der Gesetzgeber zu regeln hat, sind die Aussagen zum „Wie“ notwendigerweise weitgehend offen geblieben. Nach dem anzulegenden Verhältnismäßigkeitsmaßstab muss das Instrument der Akkreditierung zur Schutz der berufsbefähigenden und grundsätzlich bundesweit gleichwertigen Ausbildung sowie zur Beförderung der Chancengleichheit geeignet, erforderlich und angemessen sein.

#### aa) Kritik an der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Immerhin finden sich zu den Fragen des „Wie“ in der Akkreditierungsentscheidung zwei Feststellungen, die aber letztlich unbegründet bleiben und damit über Behauptungen nicht hinausgehen.

Zum einen stellt das Gericht fest, dass es dem Gesetzgeber freistehe, eine externe Qualitätssicherung vorzugeben. „Aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG lässt sich nicht ableiten, dass einer Hochschule, einer Fakultät oder einem Fachbereich ein verfassungsrechtliches autonomes Recht zukommt, ausschließlich selbst über Umfang und Inhalt des Lehrangebots zu bestimmen.“<sup>25</sup> Zum Beleg wird auf zwei Entscheidungen verwiesen, in denen sich allerdings nur der Satz findet, dass ein Recht der Fachbereiche, die Fachbereichsleitung ausschließlich selbst zu bestimmen, sich nicht aus der Wissenschaftsfreiheit ergebe.<sup>26</sup>

Näher gelegen hätte ein Verweis auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 11. Juli 1984 mit ihrem Leitsatz, dass sich aus der Garantie der Wissenschaftsfreiheit kein Recht des Fachbereichs einer Fachhochschule ergebe, ausschließlich über Umfang und Inhalt seines Lehrangebots zu bestimmen.<sup>27</sup> In dieser Entscheidung ging es um die gesetzliche Zuordnung von Studienganganteilen zu Fachbereichen, nicht um deren fachlich-inhaltlich-methodische Gestaltung. In der Entscheidung heißt es weiter: „Das Grundrecht enthält keine Bestandsgarantie der Zuordnung bestimmter Lehrstoffe. Es bleibt dem Gesetzgeber unbenommen, bestimmte Lehrangebote verschiedenen Fachbereichen zu-

zuordnen, Anteile eines Studiengangs aus einem Fachbereich auszugliedern und diese von einem anderen Fachbereich wahrnehmen zu lassen.“

Auch dieser Entscheidung, die Organisationsfragen betrifft, lässt sich nicht entnehmen, dass es dem Gesetzgeber „freistehe“, eine externe Einmischung in die fachlich-inhaltliche und methodische Gestaltung von Studiengängen vorzuschreiben. Die fachlich-inhaltlich-methodische Gestaltung von Studiengängen gehört zum Kern der Lehrfreiheit von Hochschulen im Sinne ihrer auf die Lehre bezogenen Selbstbestimmung. So wenig zu bezweifeln ist, dass der Staat berechtigt ist, die Lehrfreiheit der Hochschulen und ihrer lehrenden Angehörigen einzuschränken, um den Studierenden eine für die Ausbildung qualifizierende Berufsausbildung zu sichern, so wenig ändert dieses legitime Anliegen etwas daran, dass es sich bei derartigen gesetzlichen und exekutiven Sicherungsmaßnahmen um Beeinträchtigungen der Selbstbestimmung bei der Deutung und Weitergabe wissenschaftlicher Erkenntnisse handelt, die gemäß der Eingriffsdogmatik am Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu überprüfen sind.

Als weiteren Hinweis zum „Wie“ der Akkreditierung ist in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu lesen, dass es im Ausgestaltungsspielraum des Gesetzgebers liege, Akkreditierungen regelmäßig und anlasslos zu fordern. Damit überschreite der Gesetzgeber nicht den ihm in Hinblick auf die Erforderlichkeit zustehenden Beurteilungs- und Prognosespielraum. „Aus der Verfassung ergibt sich ... kein Verbot, neben der Rechtsaufsicht externe Maßnahmen zur Qualitätssicherung der Lehre vorzusehen. Desgleichen begegnet weder eine Mitwirkungspflicht der Angehörigen der Hochschule noch das regelmäßige Reakkreditierungsgebot durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken.“<sup>28</sup> Wie zum Beleg wird sodann auf entsprechende gesetzliche Regelungen im Hochschulgesetz NRW verwiesen, womit das Verhältnis von Verfassung und einfachem Gesetz auf den Kopf gestellt wird. Die Erforderlichkeit dieser Vorgaben wäre doch gerade an der Wissenschaftsfreiheit zu prüfen. Das Bundesverfassungsgericht entzieht sich mit schlichten Behauptungen einer Eignungs- und Erforderlichkeitsprüfung der Akkreditierung.

#### bb) Entfaltung des Verhältnismäßigkeitsmaßstabs

Eine solche Verhältnismäßigkeitsprüfung ist im Folgenden zu skizzieren.

Die erste Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist bekanntlich die Eignung des Mittels für den ver-

25 BVerfGE 141, 143 Rn. 64.

26 BVerfGE 111, 333, 365; 127, 87, 129.

27 BVerfGE 67, 202 ff.

28 BVerfGE 141, 143 Rn. 66.



folgten Zweck. Sie stellt ein verhältnismäßig stumpfes Schwert dar. Gefordert ist allein, dass das Mittel dem Zweck in irgendeiner Weise förderlich ist. Auch wenn die Eignung mangels Evaluierung der Akkreditierung bisher nicht nachgewiesen ist, ist wohl zuzugeben, dass die Verpflichtung zur Reflektion und Rechenschaftslegung gegenüber Dritten zur Qualitätssicherung, sei es als Mindeststandard, sei es als Mittel zur Optimierung, förderlich sein kann. Welches Ziel mit der Akkreditierung genau verfolgt wird – Mindeststandard oder Optimierung – muss selbstverständlich gesetzlich bestimmt sein.

Die Eignung setzt in jedem Fall voraus, dass das Qualitätssicherungsinstrument wissenschaftsadäquat ausgestaltet wird. Sowohl die Festsetzung der Kriterien der Qualitätsmessung als auch die Verfahren der Qualitätsprüfung müssen von wissenschaftlichem Sachverstand getragen sein. Dieser wissenschaftliche Sachverstand muss fachspezifisch sein, sofern es um fachliche Anforderungen geht. Auf der Ebene der Kriterienfestsetzung, aber auch auf der Ebene der Durchführung sollte es sich um Personen handeln, die allgemein wissenschaftliche Anerkennung in ihrem Fach genießen, was Anforderungen an ihre Auswahl stellt.

Einen strikteren Maßstab bildet die Prüfung der Erforderlichkeit des Mittels für den verfolgten Zweck, auch wenn insoweit dem Gesetzgeber Einschätzungsspielraum zukommt. Die Frage ist, ob es gegenüber der externen Akkreditierung mildere Mittel gibt, um die Qualität von Studiengängen zu sichern. Insoweit lässt sich jedenfalls in Bezug auf die Wissenschaftsfreiheit der Hochschulen selbst feststellen, dass die Systemakkreditierung gegenüber der Programmakkreditierung wohl das mildere Mittel ist und deshalb Vorrang genießt, soweit die jeweilige Hochschule selbst die Systemakkreditierung bevorzugt. Sie ist allerdings nicht unbedingt in Bezug auf die Fakultäten und die einzelnen Wissenschaftler ein milderes Mittel.

Ein von der HRK zeitweilig angestrebtes „Audit“, dessen Unterschied zur Systemakkreditierung in dem allein empfehlenden Charakter der Ergebnisse liegt,<sup>29</sup> läge insoweit im Ermessensspielraum des Gesetzgebers, als dieses Instrument wegen seiner Unverbindlichkeit gegenüber der Akkreditierung prima facie kein geeignetes Mittel wäre, sondern der Gesetzgeber sich im

Vertrauen auf die Qualität jedenfalls der staatlichen Hochschulen für ein milderes Mittel entschiede. Der österreichische Gesetzgeber ist diesen Weg für die staatlichen Universitäten gegangen.<sup>30</sup>

In Bezug auf den Umfang der Kontrolle verlangt der Grundsatz der Erforderlichkeit die Vermeidung von Doppelprüfungen. Insoweit ist in Erinnerung zu rufen, dass die Akkreditierung als Qualitätssicherungsmittel aus dem US-amerikanischen Bildungssystem stammt. Dieses System ist geprägt von privaten Anbietern. Weder die Institutionen noch die Abschlüsse sind reglementiert oder geschützt. Die Anforderungen an das Lehrpersonal und die Ausstattung liegen grundsätzlich in der Verantwortung der privaten Bildungseinrichtungen. Durch regionale und nationale Akkreditierungseinrichtungen, bei denen es sich um private gemeinnützige Organisationen handelt, können (nicht müssen) die Bildungseinrichtungen ihre Qualität prüfen und zertifizieren lassen. Auf diese Weise gelangen sie auf regionale und nationale Listen von Bildungseinrichtungen, die den Studieninteressierten zur Orientierung dienen. Eine Akkreditierung ist außerdem Voraussetzung für die Gewährung staatlicher Fördermittel und Stipendien. Die Bildungsanbieter lassen sich also in ihrem eigenen Interesse zertifizieren oder akkreditieren, weil dies ihre Stellung am Markt stärkt und ihnen Zugang zu staatlichen Mitteln öffnet.<sup>31</sup>

Demgegenüber stellt sich das Hochschulsystem in Deutschland völlig anders dar. Es ist geprägt von staatlichen Hochschulen, die umfassend unter Rechts- und teilweise unter Fachaufsicht stehen mit gesetzlichen Anforderungen an das Lehrpersonal, die Kapazitäten sowie staatlicher Verantwortung für eine aufgabenangemessene Finanzierung. Diese Prägung des deutschen Hochschulsystems bildet auch den Rahmen für private Hochschulen, an die im Anerkennungsverfahren vergleichbare Anforderungen an Lehrpersonal und Ausstattung gestellt werden.

Im alten System der Rahmenordnungen zur Sicherung der Vergleichbarkeit der Studienabschlüsse waren dementsprechend nur die fachliche Qualifizierungstauglichkeit und Studierbarkeit Inhalt der Rahmenordnung. Als selbstverständlich vorausgesetzt wurde dagegen, dass die Fakultäten über die personelle Kompetenz und sachliche Ausstattung verfügen, um den Studiengang durchzuführen, eine Annahme,

29 Siehe auch das Gutachten im Auftrag des Aktionsrats Bildung der Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft e.V., Qualitätssicherung an Hochschulen: von der Akkreditierung zur Auditierung, 2013, S. 31 ff., abzurufen unter [http://www.aktionsrat-bildung.de/fileadmin/Dokumente/Gutachten\\_Qualitaetssicherung\\_an\\_Hochschulen.pdf](http://www.aktionsrat-bildung.de/fileadmin/Dokumente/Gutachten_Qualitaetssicherung_an_Hochschulen.pdf). (abgerufen am 10.8.2017).

30 Siehe § 22 Hochschul-Qualitätssicherungsgesetz Österreich.

31 Mager, VBIBW 2009, 9; Immer (Fn. 9), 45 ff.; s. auch das Gutachten im Auftrag des Aktionsrats Bildung der Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft e.V., Qualitätssicherung an Hochschulen: von der Akkreditierung zur Auditierung, 2013, S. 31 ff., abzurufen unter [http://www.aktionsrat-bildung.de/fileadmin/Dokumente/Gutachten\\_Qualitaetssicherung\\_an\\_Hochschulen.pdf](http://www.aktionsrat-bildung.de/fileadmin/Dokumente/Gutachten_Qualitaetssicherung_an_Hochschulen.pdf). (abgerufen am 10.8.2017).

die durch die gesetzlichen Anforderungen an das Lehrpersonal, durch Stellenpläne und Kapazitätsvorgaben sowie staatliche Finanzierung berechtigt ist.

Vor diesem Hintergrund ist eine Akkreditierung nur erforderlich, soweit es um Aspekte geht, die nicht bereits systemimmanent gesichert sind. Erforderlich zur Sicherung der Gleichwertigkeit im Sinne eines Mindeststandards<sup>32</sup> ist vor diesem Hintergrund eine Prüfung in Bezug auf die Einhaltung der formalen Strukturvorgaben für die zutreffende Einordnung in die Bachelor-/Masterstrukturen. Darüber hinaus ist eine Plausibilitätsprüfung im Hinblick auf die Studierbarkeit und die Eignung des Studiengangs für das angestrebte Qualifizierungsziel vertretbar. Dabei ist dem fachlichen Gestaltungsvorrang der Fakultäten und Universitäten Rechnung zu tragen.<sup>33</sup>

Überschießend erscheinen Kriterien wie die Sicherung der Geschlechtergerechtigkeit, die in den Hochschulgesetzen gefordert wird und für die es in jeder Hochschule die nötigen Instanzen gibt; auch die Erforderlichkeit des Nachweises einer angemessenen Ressourcenausstattung oder Qualifikation des Lehrpersonals ist im System der staatlichen Hochschulen nicht erkennbar, noch weniger die von Personalentwicklungsmaßnahmen, Forschungsprofilen der Lehrenden oder gar Drittmittelaufkommen.

Hinsichtlich der Reakkreditierung wäre ein milderes Mittel ohne Wirksamkeitseinbußen in regelmäßigen Abständen der Fakultät, den betroffenen Statusgruppen oder der Universitätsleitung einen Antrag auf Durchführung einer Reakkreditierung zu eröffnen. Dies würde die Reakkreditierung auf Studiengänge begrenzen, in denen zumindest eine betroffene Seite die Notwendigkeit einer erneuten Überprüfung sieht. Anerkannt erfolgreiche Studiengänge wären von einer sinnlosen Überprüfung ausgenommen.

Keinesfalls erforderlich sind Akkreditierungen in Staatsexamensstudiengängen wie der Rechtswissenschaft. Hier sind die inhaltlichen Anforderungen wie die

zu erbringenden Leistungsnachweise in Rechtsverordnungen geregelt und wird die Qualität der Ausbildungsergebnisse durch die Beteiligung externer Prüfer sichergestellt. Damit besteht eine input-Regulierung und output-Kontrolle, der nichts hinzuzufügen ist und auf die durch Akkreditierungsverfahren kein Einfluss genommen werden kann.

Im Rahmen der Angemessenheit sind schließlich Aufwand und Kosten sowie die Reakkreditierungsfristen in den Blick zu nehmen. Beides muss sich in einem angemessenen Verhältnis zum Nutzen halten.<sup>34</sup> Genaue Fristen lassen sich nicht aus der Verfassung ableiten. Es muss möglich sein, mit einem Studiengang Erfahrungen zu sammeln. Auch Selbstkorrekturen müssen zulässig sein, ohne dass es einer erneuten Akkreditierung bedarf.

In der Schweiz und in Österreich betragen die Fristen für Systemakkreditierungen bzw. Audits sieben Jahre, was angesichts des Aufwands als unterste Grenze erscheint. Programmakkreditierungen sind in der Schweiz freiwillig, in Österreich für staatliche Universitäten gar nicht vorgesehen.

### 3. Rechtsschutz

Schließlich verlangt die Wissenschaftsfreiheit in Verbindung mit dem Recht auf einen effektiven Rechtsschutz im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG, dass alle Betroffenen, also Wissenschaftler, Fakultäten und Hochschulen, ohne Schwierigkeiten Rechtsschutz gegen Akkreditierungsmaßnahmen erlangen können.<sup>35</sup> Dies war bisher schon deshalb nicht sichergestellt, weil die Rechtsnatur der Akkreditierung ungeklärt war.<sup>36</sup> Dies wie auch die im staatlichen Hochschulsystem tatsächlich bestehenden oder gefühlten Abhängigkeiten erklären die außerordentlich geringe Anzahl von Streitigkeiten und die Tatsache, dass die Klage einer privaten Hochschule dem bestehenden Akkreditierungssystem den Boden entzogen hat.

32 Meyer, Akkreditierungssystem verfassungswidrig?, NVwZ 2010, 1010, 1012 betont zu Recht, dass jedes Kriterium dem Ziel der Vergleichbarkeit und Qualitätssicherung tatsächlich förderlich sein muss.

33 Für die Beschränkung auf eine Plausibilitätsprüfung auch Müller-Terpitz, Verfassungsrechtliche Implikationen der Akkreditierungsverfahren, WissR 2009, 116 (131 ff.); Heitsch, Rechtsnatur der Akkreditierungsentscheidungen/Prozessuale Fragen, WissR 2009, 136 (157); Meyer, NVwZ 2010, 1010, 1012; siehe auch schon Mager, VBIBW 2009, 9 (14).

34 Auch in den ESG gefordert, die Zweckmäßigkeit der externen Qualitätssicherungsprozesse für ihre jeweiligen Ziele sicherzustellen (fitness for purpose), nicht zuletzt um Aufwand und Kosten für die Hochschulen zu begrenzen und in einem angemessenen

Verhältnis zum Nutzen zu halten. Ein milderes gleich, wenn nicht besser geeignetes Mittel zur Qualitätssicherung wäre schließlich die Verpflichtung zu einem internen in seinem Aufwand verhältnismäßigen Qualitätssicherungssystem, in dem ein Element die freiwillige Inanspruchnahme von Beratungs- und Zertifizierungsdiensleistern mit dem Ziel der Qualitätsverbesserung wäre. Vgl. Wilhelm, a.a.O., S. 319, die auf das auf Freiwilligkeit beruhende Akkreditierungssystem in der Schweiz hinweist.

35 Vgl. auch die Kritik in BVerfGE 141, 143 Rn. 71.

36 Siehe dazu Heitsch, WissR 2009, 136 ff.; Meyer, Der Rechtsweg für Klagen gegen Akkreditierungsentscheidungen, DÖV 2010, 475 ff.; zur Rechtsnatur auch Merschmann, Die Rechtsnatur der Akkreditierung von Studiengängen, NVwZ 2011, 847 ff.

#### IV. Eine Einschätzung der Verfassungsmäßigkeit des Akkreditierungsstaatsvertrags

Mit dem Staatsvertrag über die Organisation eines gemeinsamen Akkreditierungssystems zur Qualitätssicherung in Studium und Lehre an deutschen Hochschulen (Studienakkreditierungsstaatsvertrag) wollen die Länder nun den verfassungsrechtlichen Anforderungen, wie sie das Bundesverfassungsgericht entfaltet hat, gerecht werden. Dabei soll die bisherige Struktur grundsätzlich beibehalten und in erster Linie dem Gesetzesvorbehalt genüge getan werden.

##### 1. Die wesentlichen Änderungen

Der Staatsvertrag gilt – wie das bisherige System – für Programmakkreditierungen und für Systemakkreditierungen. Neu ist eine Öffnungsklausel für die Erprobung alternativer Qualitätssicherungsverfahren (Art. 3 Abs. 1). Änderungen ergeben sich insoweit als die Rollen des Akkreditierungsrates und der Agenturen neu bestimmt werden: die Agenturen sind nunmehr auf der Grundlage privatrechtlicher Vereinbarungen mit den Hochschulen für die Begutachtung zuständig (Art. 3 Abs. 2 Nr. 5), während die Akkreditierungsentscheidungen in Form von Verwaltungsakten vom Akkreditierungsrat getroffen werden (Art. 3 Abs. 5 Satz 4). Zudem wird die Zusammensetzung des Akkreditierungsrates zugunsten der Wissenschaft verändert, um die Mehrheit der Wissenschaft in fachlich-inhaltlichen Fragen zu ermöglichen (Art. 9 Abs. 2 und Abs. 4). Die von den Agenturen organisierte Begutachtung wird auf die fachlich-inhaltlichen Fragen beschränkt, während die Einhaltung der formalen Kriterien vom Akkreditierungsrat selbst überprüft wird (vgl. Art. 3 Abs. 5). Der Akkreditierungsrat wird auf der anderen Seite bei der Zulassung der Akkreditierungsagenturen entlastet, indem deren Zuverlässigkeit auf der Basis der EQAR-Registrierung widerleglich vermutet wird.<sup>37</sup>

Als Ziel der Akkreditierung wird in Artikel 1 die Qualitätssicherung genannt, die ihrerseits im Dienste der Sicherung der Gleichwertigkeit der Abschlüsse steht. Mit dem Ziel der Gleichwertigkeit kann es nur um die Sicherung eines gemeinsamen Mindeststandards gehen. In Art. 2 werden die wesentlichen formalen und fachlich-inhaltlichen Kriterien genannt, zu deren Konkreti-

sierung Art. 4 Rechtsverordnungsermächtigungen enthält.

##### 2. Verfassungsrechtliche Bedenken<sup>38</sup>

Der hier nur knapp skizzierte Staatsvertrag gibt in mehrfacher Hinsicht Anlass zu verfassungsrechtlichen Bedenken.

###### a) Verhältnismäßigkeit

Zum einen gehen die in Art. 2 Abs. 3 genannten fachlich-inhaltlichen Kriterien über das hinaus, was nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erforderlich ist. Nach dem hier entfalteteten Maßstab ist jedenfalls für staatliche Universitäten die Prüfung der angemessenen Ressourcenausstattung und die Qualifikation der Lehrenden nicht erforderlich (Art. 2 Abs. 3 Nr. 2), denn insofern ist über die staatliche Pflicht zu aufgabenangemessener Finanzierung, durch Berufungsverfahren und durch Kapazitätsvorgaben der Mindeststandard bereits gesichert. Gleiches gilt für Maßnahmen der Geschlechtergerechtigkeit oder zum Nachteilsausgleich für Studierende mit Behinderung oder chronische Erkrankung (Art. 3 Abs. 3 Nr. 5). Auch hier bestehen zumindest für staatliche Hochschulen die nötigen gesetzlichen Verpflichtungen und organisatorischen Vorkehrungen. Nicht gesichert ist zudem die Beschränkung der Kontrollintensität auf eine Plausibilitätskontrolle, es sei denn man folgerte dies aus Art. 1 Abs. 1, wonach die Sicherung und Entwicklung der Qualität in Studium und Lehre vorrangig Aufgabe der Hochschulen ist. Zweifel ergeben sich des Weiteren in Hinblick auf die Angemessenheit der Kosten, da die Hochschulen in Zukunft sowohl Entgelte an die Agenturen als auch Gebühren an den Akkreditierungsrat (Art. 3 Abs. 8 iVm. Art. 6 Abs. 4) zu entrichten haben.

###### b) Bestimmtheit

Darüberhinaus bleibt das Verfahren zur Aufstellung und Revision der Bewertungskriterien unklar. Zwar findet sich in Art. 2 Abs. 2 und Abs. 3 des Staatsvertrags eine Auflistung der zu prüfenden formalen und fachlich-inhaltlichen Kriterien. Art. 4 Abs. 1 enthält eine Rechtsverordnungsermächtigung, wonach die Länder durch Rechtsverordnungen das Nähere zu den formalen und fachlich-inhaltlichen Kriterien bestimmen. Nach Art. 4

37 Siehe die Pressemitteilung der KMK vom 9.12.2016 zum Akkreditierungsstaatsvertrag der KMK, abrufbar unter <https://www.kmk.org/presse/pressearchiv/mitteilung/akkreditierungsstaatsvertrag-der-kmk-sichert-groesstmögliche-qualitaet-von-studiengängen-und-mobilität-für-studierende.html> (abgerufen am 10.8.2017). EQUAR = European Quality Assurance Register für Higher Education, [www.eqar.eu](http://www.eqar.eu).

38 Für kritische Nachfragen und Hinweise in Bezug auf die Verfassungsmäßigkeit des Akkreditierungs-Staatsvertrags danke ich Herrn Prof. Dr. Jens Halfwassen, Professor für Philosophie an der Universität Heidelberg.

Abs. 6 müssen die Rechtsverordnungen übereinstimmen, soweit dies zur Sicherung der Verpflichtung der Länder nach Artikel 1 Abs. 2 notwendig ist, also zur Sicherung der Gleichwertigkeit und der Möglichkeit des Hochschulwechsels. In Art. 4 Abs. 3 Satz 2 wird auch für die Durchführung des einzelnen Akkreditierungsverfahrens sichergestellt, dass bei der konkreten Festlegung der Kriterien die Hochschullehrerinnen und -lehrer die Mehrheit im zuständigen Begutachtungsgremium besitzen. Offen bleibt aber, wer abstrakt-generell die fachlich-inhaltlichen Kriterien in der Rechtsverordnung nach Art. 4 Abs. 1 festlegt. Die Antwort ist wohl aus Art. 5 abzuleiten, der sich zu den Aufgaben des Akkreditierungsrates verhält. Dieser hat nach Abs. 6 die Länder bei der Weiterentwicklung des Qualitätssicherungssystems zu unterstützen und insbesondere Vorschläge für die nach Art. 4 zu erlassenden Rechtsverordnungen zu unterbreiten. Während für die einzelnen Akkreditierungsentscheidungen des Akkreditierungsrates in Bezug auf fachlich-inhaltliche Kriterien die Mehrheit der wissenschaftlichen Mitglieder des Akkreditierungsrates in Art. 9 Abs. 4 ausdrücklich gesichert ist, findet sich eine solche Regelung für Vorschläge von Rechtsverordnungen zu fachlich-inhaltlichen Kriterien aber nicht.

#### c) Mitwirkung der Wissenschaft

Auch in Bezug auf die Regelung der Mitwirkung des wissenschaftlichen Sachverständigen gemäß Art. 9 Abs. 4 sind allerdings Fragezeichen angebracht, denn während für die Begutachtung im Akkreditierungsverfahren die Mitwirkung fachlich affiner Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer vorgegeben ist (Art. 3 Abs. 2 Nr. 5), werden die Akkreditierungsentscheidungen zwar von einer Mehrheit von Wissenschaftlern, jedoch nicht von einer Mehrheit fachlich sachverständiger Personen getroffen. Zudem ist zweifelhaft, ob die Bestellung dieser Wissenschaftler den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts genügt. Dieses hatte die bisherige einvernehmliche Bestellung durch KMK und HRK für nicht wissenschaftsadäquat befunden. Nunmehr kommt der HRK zwar das Vorschlagsrecht zu. Auch dürfen die vorgeschlagenen Wissenschaftler keiner Hochschulleitung angehören. Inwieweit sie aber legitimiert sind, die Wissenschaft zu repräsentieren, ist angesichts ihrer Auswahl durch die HRK nicht erkennbar.<sup>39</sup> Demgegenüber ist es zu begrüßen, dass Art. 3 Abs. 3 die Hochschulrektoren-

konferenz verpflichtet, ein Verfahren zu entwickeln, welches bei der Benennung der im Akkreditierungsverfahren begutachtenden Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer eine hinreichende Teilhabe der Wissenschaft sicherstellt.

#### d) Rechtsschutz

Weitere Bedenken ergeben sich im Hinblick auf den Rechtsschutz. Auch wenn nunmehr ausdrücklich klargestellt ist, dass den Hochschulen gegen die Entscheidung des Akkreditierungsrates der Verwaltungsrechtsweg offensteht (§ 3 Abs. 7), bleiben Fragen für den Rechtsschutz von Fakultäten und für die einzelnen Wissenschaftler. Auch in deren Rechte wird jedenfalls durch eine Programmakkreditierung eingegriffen, wie das Bundesverfassungsgericht bestätigt hat. Damit gilt auch für sie die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG. Auch sie müssen gegen Akkreditierungsverwaltungsakte vorgehen können.

#### e) Systemakkreditierung

Die Situation im Falle einer Systemakkreditierung ist noch unklarer. Auch hochschulintern bedarf es jedoch einer wissenschaftsadäquaten Verfahrensgestaltung und muss es Rechtsschutz der Fakultäten oder der einzelnen Wissenschaftlerinnen gegen sachwidrige Anforderungen geben. Wünschenswert wäre eine Satzung, die das Verfahren der internen Qualitätssicherung mit ihren Zuständigkeiten, Anforderungen und Fristen regelt. Auf jeden Fall muss der Senat mit der nötigen Mehrheit der Wissenschaftler dem internen Qualitätssicherungssystem zustimmen.<sup>40</sup> Die Fragen der Gewährleistung der Wissenschaftsfreiheit im Rahmen der Systemakkreditierung bleiben gänzlich unbehandelt.

#### f) Demokratie- und Bundesstaatsprinzip

Einer eigenen Untersuchung bedürfte schließlich die Frage, ob es mit dem Demokratie- und Bundesstaatsprinzip vereinbar ist, dass der Akkreditierungsrat als Stiftung nach nordrhein-westfälischem Landesrecht und unter der Rechtsaufsicht eines nordrhein-westfälischen Ministeriums Verwaltungsakte erlässt, die Hochschulen anderer Bundesländer betreffen. Zwar ist die Länderkooperation im Bundesstaat Normalität. Sie muss sich aber im Rahmen des Grundgesetzes halten. Dieses weist die Ausübung der staatlichen Befugnisse entweder den Län-

39 Siehe dazu VerfGH BW, Entscheidung vom 14.11.2016, Az. 1 VB 16/15, S. 26, abrufbar unter [verfgh.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-stgh/dateien/161114\\_1VB16-15\\_Urteil.pdf](http://verfgh.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-stgh/dateien/161114_1VB16-15_Urteil.pdf) (abgerufen am 10.8.2017).

40 Vgl. BVerfGE 111, 333 (361): Festlegung der Evaluationskriterien ist aufgrund ihrer erheblichen Bedeutung für die Wissenschaftsfreiheit eine grundsätzliche Frage.

dern oder dem Bund zu. Der Hessische Verwaltungsgerichtshof führt im Zusammenhang mit dem Glücksspielstaatsvertrag hierzu aus:

„Diese im Grundgesetz festgeschriebene Kompetenzordnung ist zwingendes Verfassungsrecht und kann von Bund und Ländern nicht durch einfaches Recht verschoben werden. Kompetenzüberlassungen bzw. Kompetenzverschiebungen, die keine Grundlage im Grundgesetz haben, sind auch mit Zustimmung der Beteiligten unzulässig. ... Gemeinsame Einrichtungen der Länder .. sind hierdurch zwar nicht ausgeschlossen. Unabdingbar bleibt aber, dass die jeweilige hoheitliche Aufgabewahrnehmung dem Bund oder einem bestimmten Land zurechenbar ist. Die (vertragliche) Schaffung einer „dritten Ebene“ ist bundesstaatlich unzulässig.“<sup>41</sup>

Hinzukommt, dass die parlamentarische Kontrolle nur dem nordrhein-westfälischen Landtag möglich ist. Andererseits ist zu bedenken, dass das Grundgesetz zwar die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern strikt regelt, weniger klar aber die zwischen den Ländern untereinander.<sup>42</sup> In der Sache ist ein Zusammenwirken der Länder zur Sicherung der Gleichwertigkeit der Abschlüsse und der Möglichkeit des Hochschulwechsels erforderlich. Die nach spezifischem Sachverstand verlangende wissenschaftsadäquate Ausgestaltung von Verfahren und Organisation rechtfertigt die Minderung der demokratischen Kontrolle. Nicht zuletzt bleibt auch den anderen Landtagen parlamentarische Kontrolle in der Weise möglich, dass die Aufgabenübertragung gemäß Art. 5 Abs. 2 des Staatsvertrages nicht nur durch sie im Wege des Zustimmungsgesetzes ermöglicht wird, sondern gemäß Art. 18 auch jährlich kündbar ist, die Kom-

petenzausübung als binnen kurzer Frist zurückgeholt werden kann. Die Übertragung der außenverbindlichen Entscheidungsbefugnis auf den Akkreditierungsrat erscheint dennoch nicht unbedenklich.

## V. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Akkreditierung von Studiengängen aber auch die Systemakkreditierung in den wesentlichen Punkten vom Gesetzgeber geregelt werden muss; sie muss unter Beachtung der primären Verantwortung der Hochschulen für die Lehre und in den Hochschulen der Fakultäten und Wissenschaftler wissenschaftsadäquat ausgestaltet sein und nicht zuletzt müssen die bereits bestehenden Qualitätssicherungsinstrumente zur Vermeidung von Überregulierung Berücksichtigung finden.

Mit dem Akkreditierungs-Staatsvertrag werden keineswegs alle Probleme gelöst, vielmehr wurde eine Chance vertan. Die KMK hat vor allem versucht, das bestehende System zu retten, statt die Gelegenheit zu nutzen, einen Neuanfang zu machen. Dies wäre etwa in der Weise möglich gewesen, jedenfalls für staatliche Hochschulen als Regelinstrument der Qualitätssicherung die Systemakkreditierung oder besser noch ein auf Qualitätsverbesserung zielendes freiwilliges Audit einzuführen und dieses unter Berücksichtigung der bestehenden qualitätssichernden Rahmenbedingungen und des aus der Lehrfreiheit folgenden Gestaltungsvorrangs der Fakultäten in verhältnismäßiger Weise auszugestalten.

Ute Mager ist Professorin für Öffentliches Recht an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

41 HessVGH, Urteil vom 16.10.2015, 8 B 1028/15, juris Rn. 36. Eine klare Zurechenbarkeit außenwirksamer Handlungen zu einem Land verlangt auch der Bayerische Verfassungsgerichtshof, s. Entscheidung vom 25.9.2015, Az. Vf. 9-VII-13 u.a., juris Rn. 144 ebenfalls zum Glücksspielstaatsvertrag. Siehe zum Ganzen G. Kirchhof, Die demokratische Legitimation der länderübergreifen-

den Kommissionen im Rundfunkrecht – dargestellt anhand der aktuellen Debatte über das Glücksspielkollegium, AfP – Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht 2016, 502 ff.  
42 Siehe zu den Maßstäben *Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: Handbuch des Staatsrechts VI, 3. Aufl. 2008, § 126 Rn. 184 – 187.

# Norbert Janz

## Zahlen bitte! Die Akkreditierung von Studiengängen aus Sicht der Finanzkontrolle

### A. Übersicht

#### I. Einleitung

#### II. Die externe Finanzkontrolle in Deutschland

#### III. Die Akkreditierung von Studiengängen

#### IV. Die Prüfung des Landesrechnungshofes Brandenburg

##### 1. Anlass, Zweck und Ziel der Prüfung

##### 2. Prüfungsergebnisse

###### a) Stand der Akkreditierung

###### b) Ausgaben für die Akkreditierung

###### c) Unterschiedliche Ausgaben für gleiche Studiengänge

###### d) Vergleich Einzel- und Clusterakkreditierung

###### e) Wirtschaftlichkeitsberechnungen

##### 3. Folgerungen

###### a) Systemakkreditierung

###### b) Reakkreditierung

###### c) Clusterakkreditierung

###### d) Akkreditierungsbürokratie

###### e) Planungsgrößen

###### f) Verfassungsrechtliche Bedenken

##### 4. Stellungnahme des Wissenschaftsministeriums

##### 5. Weiterer Prüfungsverlauf

#### V. Die Prüfungen der anderen Rechnungshöfe

##### 1. Thüringen

##### 2. Schleswig-Holstein

##### 3. Bayern

#### VI. Fazit

### A. Übersicht

#### I. Einleitung

Die Akkreditierung von Studiengängen wirft eine Vielzahl intrikater und strittiger Rechtsfragen auf, wie das Urteil des BVerfG<sup>1</sup> zeigt. Daneben sind soziale, politi-

sche, wirtschaftliche, kulturelle und andere Fragestellungen in der Diskussion.

Ich möchte diesem bunten Debattenreigen eine weitere Facette hinzufügen. Getreu dem Faustschen Motto „Am Gelde hängt, zum Gelde drängt“ spielen hier auch finanzielle Aspekte eine nicht ganz unwesentliche Rolle: Akkreditierungen sind kostspielig! Folgerichtig formuliert das BVerfG in seiner Entscheidung zur Akkreditierung: „Zudem ist die Akkreditierung eines Studienganges für die Hochschulen mit hohen Kosten verbunden, da von ihnen das Entgelt für die Agenturen aufzubringen und die organisatorische, zeitliche und personelle Belastung durch das Erstellen des Selbstberichts zu tragen ist.“<sup>2</sup> Da überrascht es nicht, dass die Finanzkontrolle Witterung aufnimmt und Prüfungsaktivitäten auf diesem Gebiet entfaltet.

Der Beitrag soll aufzeigen, wie die finanziell aufwändigen Akkreditierungsverfahren nach Dafürhalten der Rechnungshöfe von einem „Koste es, was es wolle“ in eine wirtschaftliche und sparsame Verwaltungsführung verändert werden können. Immerhin vier Rechnungshöfe – neben Brandenburg auch Thüringen, Schleswig-Holstein und Bayern – haben entsprechende Prüfungen durchgeführt.

#### II. Die externe Finanzkontrolle in Deutschland

Die externe Finanzkontrolle ist verfassungsrechtlich verankert, und zwar im Grundgesetz und in allen 16 Landesverfassungen. Es wird durchweg ein duales Leitbild der (schlichten) Rechnungsprüfung und der rechnungsunabhängigen Finanzkontrolle fixiert.<sup>3</sup> Die Rechnungshöfe prüfen also zum einen das Rechenwerk der Haushaltsrechnung mit den Einnahmen und Ausgaben, das der Finanzminister alljährlich dem Landtag vorzulegen hat (Rechnungsprüfung i.e.S.). Zum anderen obliegt ihnen überdies die rechnungsunabhängige Finanzkontrolle, d.h. die Prüfung der Wirtschaftlichkeit und Ordnungsmäßigkeit der Haushalts- und Wirtschaftsführung (vgl. § 90 LHO).<sup>4</sup>

1 BVerfG, Beschluss vom 17. Februar 2016, 1 BvL 8/10, NVwZ 2016, 675 ff. mit Anm. Wiemers. Dazu Quapp, DÖV 2017, 271 ff.; Wilhelm, NVwZ 2017, 35 f.; Herrmann, WissR 2017, 3 ff.; Geis, OdW 2016, 193 ff.; Otting/Ziegler, NVwZ 2016, 1064 ff.; Janz, LKV 2016, 344 ff.; Frenz, DVBl. 2016, 647 ff.; Müller-Terpitz, Forschung & Lehre 2016, 394 f.

2 BVerfG, NVwZ 2016, 675 (677).

3 Rix, in: Gatzert/Schweisfurth (Hrsg.), Öffentliche Finanzwirtschaft in der Staatspraxis, 2015, 667 (682).

4 Zum Ganzen Janz, in: Brocker/Droege/Jutzi (Hrsg.), Verfassung Rheinland-Pfalz, 2014, Art. 120 Rn. 19 ff.

Politische Entscheidungen der Regierung unterliegen vom Grundsatz her nicht der Finanzkontrolle. Der LRH darf sein politisches Ermessen nicht als Maßstab einer korrekten Haushaltsführung nehmen.<sup>5</sup> Jedoch kann und muss Rechnungsprüfung die Politik kritisch begleiten.<sup>6</sup> Ihm kommt keine Mitentscheidungskompetenz zu.<sup>7</sup> Wohl aber darf der LRH die Prüfungskriterien der Rechtmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Ordnungsmäßigkeit heranziehen.

Nun zur konkreten Prüfsituation in Hinblick auf die Hochschulen und die Akkreditierung. Die Lage ist nicht kompliziert. Die Hochschulen sind für die Finanzierung der Akkreditierung regelmäßig allein verantwortlich. Die finanziellen Mittel hierfür sind in ihren Globalhaushalten enthalten. Es sind also nicht die Länder selbst, denen diese Kosten zur Last fallen. Die Hochschulen werden als Teil der mittelbaren Staatsverwaltung von den Ländern finanziert. Unmittelbare Folge davon ist ein Prüfungsrecht der Landesrechnungshöfe für „ihre“ Landeshochschulen. Ein Prüfungsrecht in Hinblick auf die privaten Hochschulen besteht nicht (jedenfalls solange sie keine staatlichen Gelder erhalten). Das Akkreditierungsurteil des BVerfG beruht originellerweise auf einer verwaltungsgerichtlichen Klage einer privaten Fachhochschule in Nordrhein-Westfalen.<sup>8</sup>

Die Akkreditierungspflicht an sich als eine politische, paneuropäisch eingebettete Entscheidung des Gesetzgebers kann nicht vom Rechnungshof überprüft werden. Das Ob steht also als Präponderanzakt der Politik fest. Wohl aber kann die Finanzkontrolle die finanziellen Auswirkungen – also das Wie – zum Prüfungsgegenstand machen, und zwar einschließlich einer Rechtmäßigkeitskontrolle.

### III. Die Akkreditierung von Studiengängen

Bachelor und Master statt Diplom und Magister: Der Bologna-Prozess hat die deutsche Hochschullandschaft von Grund auf neu gestaltet. Parallel zur Umstellung der Studiengänge auf Bachelor- und Masterabschlüsse entstanden viele neue Studiengänge. Um die hohe Qualität deutscher Hochschularbeit auch in Zukunft zu gewährleisten, müssen sich nun grundsätzlich alle Studiengänge einer externen Qualitätskontrolle stellen, sie müssen sich akkreditieren lassen. Dementsprechend regelt das Bran-

denburgische Hochschulgesetz (BbgHG) in § 17 Abs. 6 eine solche Akkreditierungspflicht für neue und wesentlich geänderte Bachelor- und Masterstudiengänge.

Für die Finanzkontrolle interessant sind die Ausgaben für ein Akkreditierungsverfahren. Sie fallen zunächst in Form von Gebühren für die externen Agenturen an, die das Akkreditierungsverfahren durchführen und das Ergebnis bescheinigen. Sie fallen aber ebenso in den Hochschulen selbst an, deren Personal – vom Hochschullehrer bis zur Bürokräft – mit hohem Engagement versucht, den Wissensdurst der Agenturen zu stillen. Schließlich sind die Sachausgaben zu ermitteln, die insbesondere entstehen, um das gebündelte Wissen der Hochschulen den Agenturen und Gutachtern in der gewünschten Qualität und Anzahl zur Verfügung zu stellen.

Insgesamt handelt es sich also um ein Verfahren, das mit erheblichen Kosten und hohem personellem und organisatorischem Aufwand für die Hochschulen verbunden ist.<sup>9</sup>

### IV. Die Prüfung des LRH Brandenburg

Wie erwähnt sind bundesweit vier Rechnungshofprüfungen der Akkreditierung auszumachen.<sup>10</sup> Wenn man so will, haben wir es hier mit einer kleinen Finanzkontrollmode zu tun. Der BRH ist (noch?) nicht mit von der Partie. Er wäre dann nur, aber immerhin im Rahmen einer Prüfung zuständig für Hochschulen des Bundes, also etwa die beiden Universitäten der Bundeswehr in München und Hamburg oder die Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung in Brühl.

#### 1. Anlass, Zweck und Ziel der Prüfung

Dargestellt werden zunächst die Brandenburger Ergebnisse und Folgerungen. Im Anschluss daran wird noch kurz auf die anderen Rechnungshöfe eingegangen.

Die Prüfung des LRH Brandenburg fand in den Jahren 2010 und 2011 statt und führte zu einer recht voluminösen Prüfungsmitteilung mit rund 70 Seiten. Geprüft wurden die Jahre 2005 bis 2009. Prüfungsziel war es festzustellen, ob die Akkreditierung an den damaligen neun Brandenburger Hochschulen wirtschaftlich und entsprechend den rechtlichen Regelungen durchgeführt wurde.

5 *Reus/Mühlhausen*, Haushaltsrecht in Bund und Ländern, 2014, A Rn. 743.

6 *Mandt*, in: Schweisfurth/Voß (Hrsg.), Haushalts- und Finanzwirtschaft der Länder in der Bundesrepublik Deutschland, 2017, 969 (979).

7 *Kube*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 114 Rn. 67.

8 Zum Sachverhalt BVerfG, NVwZ 2016, 675.

9 Darauf weist auch das BVerfG (NVwZ 2016, 675 [677]) hin und

erkennt demzufolge in der Pflicht zur Akkreditierung einen schwerwiegenden Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG. S. hierzu *Quapp*, DÖV 2017, 271 (272 u. 277); *Otting/Ziegler*, NVwZ 2016, 1064 (1065); *Herrmann*, WissR 2017, 3 (9). Vgl. ferner *Kaube*, Forschung & Lehre 2015, 551 (552).

10 Zu den (finanziellen) Ergebnissen überblickartig *Detmer/Böcker*, Forschung & Lehre 2016, 1070 ff.

Einer der Prüfungsschwerpunkte war es, erstmalig und umfassend die hochschulinternen Ausgaben der Brandenburger Hochschulen zu errechnen. Der LRH hatte festgestellt, dass bislang niemand diesen Aufwand ermittelt hatte. Das Wissenschaftsministerium hatte zu dieser Frage keine Erkenntnisse. Selbst Anfragen des LRH beim Akkreditierungsrat führten zu keinem Ergebnis: Dort waren für kein Bundesland entsprechende Angaben vorhanden.

Wie haben wir geprüft?

Zunächst wurde der Stand der Umsetzungen der vorzunehmenden Akkreditierungen auf der Basis der von den Hochschulen angebotenen Studiengänge erfasst. Dann taxierten wir den tatsächlichen finanziellen und personellen Aufwand für die Akkreditierungsverfahren der Studiengänge. Ferner untersuchten wir das Verfahren der Akkreditierung von Studiengängen hinsichtlich inhaltlicher Besonderheiten und Einschätzung des konkreten Nutzens des Akkreditierungszwanges. Schließlich ermittelten wir Verbesserungen des Akkreditierungsverfahrens in wirtschaftlicher und bürokratischer Hinsicht.

Zusammengefasst hatte der LRH Brandenburg erstmalig in Brandenburg die absoluten Ausgaben für Akkreditierungen von Studiengängen auf belastbare Zahlen hin ermittelt und Schwachstellen im Akkreditierungsverfahren aufgezeigt.

Bewusst nicht geprüft haben wir inhaltliche Fragestellungen der Akkreditierung, auch wenn es nahe gelegen hätte (das lateinische *accredere* heißt ja *Glauben schenken*). Die Richtigkeit der Akkreditierungsentscheidungen im Einzelnen und die Sinnesfülle von Akkreditierungen im Allgemeinen blieben also offen.

Grundlage für die Ausgabenermittlung waren die Zuarbeiten der Hochschulen. Der LRH hatte zu diesem Zweck einen detaillierten Fragebogen an alle neun Brandenburger Hochschulen versandt. Das gelieferte Datenmaterial beruhte nach Hochschulangaben überwiegend auf Schätzungen, soweit es sich nicht um die Zahlungen an die Agenturen, sondern um die übrigen Sach- und Personalausgaben handelte. Die jeweiligen Personalausgaben für ein Akkreditierungsverfahren ermittelte der LRH selbst, und zwar anhand der Personaldurchschnittskosten für Tarifbeschäftigte des Landes Brandenburg. Die Schätzungen der Hochschulen sind i.E. jedenfalls für die „Nichtagenturausgaben“ eher zu niedrig angesetzt. Die tatsächlichen Ausgaben dürften höher liegen. Dies beruht insbesondere auf dem Umstand, dass nicht alle Hochschulen alle entstandenen Ausgaben bei der Befragung angaben. Teilweise bleiben einzelne Sach-

ausgabengruppen unbeziffert oder wurden offenkundig mangels entsprechender Daten zu gering angesetzt.

## 2. Prüfungsergebnisse

Die Ergebnisse der Prüfung des LRH Brandenburg sahen zusammengefasst wie folgt aus:

### a) Stand der Akkreditierung

Die Brandenburger Hochschulen hatten Ende 2009 insgesamt 397 Studiengänge angeboten. Der Umstellungsprozess auf Bachelor- und Masterstudiengänge war weit fortgeschritten: Nur 40 von 397 Studiengängen, d.h. 10 %, endeten mit einem klassischen Studienabschluss (Diplom, Magister und Staatsprüfung). 167 der 357 Bachelor- und Masterstudiengänge hatten ein Akkreditierungsverfahren durchlaufen. Dies entspricht einer Akkreditierungsquote von 47 %.

### b) Ausgaben für die Akkreditierung

Zu unterscheiden sind Ausgaben für die Agenturen, das Personal und die Sachmittel. Bei den Agenturkosten handelt es sich um Entgelte für die Akkreditierungsagenturen. Personalausgaben entstehen dadurch, dass auf verschiedenen Arbeitsebenen innerhalb der Hochschulen den Akkreditierungsagenturen zugearbeitet wird. Es geht also um den Arbeitszeitaufwand von Professoren und sonstigen Hochschulmitarbeitern. Sachaufwendungen dienen der Vorbereitung und Durchführung des Akkreditierungsverfahrens; es entstehen Telefon-, Kopier- und Transportkosten.

Die Brandenburger Hochschulen zahlten im geprüften 5-Jahres-Zeitraum 4,8 Mio. Euro für Akkreditierungen. Nur knapp 20 % dieser Summe (935.000 Euro) ging an die sieben beauftragten Akkreditierungsagenturen. Fast 80 % der Gesamtausgaben (3,8 Mio. Euro) entfiel auf das Personal der Hochschulen. Der Sachanteil lag bei unter 1 % (39.000 Euro).

Die 26 durchgeführten Reakkreditierungen kosteten 550.000 Euro. Damit sind sie ebenso kostspielig wie Erstprogrammakkreditierungen.

Absolute Kosten für ein durchgeführtes Akkreditierungsverfahren konnten nicht ermittelt werden. Bei der Prüfung hat sich der LRH Brandenburg auf die Haushaltsjahre 2005 bis 2009 beschränkt. Dies ist sachgerecht, werden doch alle in diesem Zeitraum getätigten Ausgaben erfasst, unabhängig vom Stand eines Akkreditierungsverfahrens. Genau diese Kosten-erhebung für diese fünf Jahre war ein Ziel der Prüfung. Es ging dem LRH nicht um „endgültige“ Personal- oder Sachkosten.



## c) Unterschiedliche Ausgaben für gleiche Studiengänge

Akkreditierungsausgaben der einzelnen Hochschulen für vergleichbare Studiengänge variierten um das Vierfache, ohne dass hierfür sachlich rechtfertigende Gründe erkennbar waren. Dabei sind die Unterschiede der reinen Agenturkosten nur gradueller Natur.

So wurde der Bachelorstudiengang Wirtschaftsinformatik an der FH Brandenburg für 117.000 Euro und an der TH Wildau für 23.000 Euro akkreditiert. Die Akkreditierung des Bachelorstudiengangs Betriebswirtschaftslehre kostete an der FH Brandenburg 117.000 Euro, an der TH Wildau hingegen nur 28.000 Euro.

## d) Vergleich Einzel- und Clusterakkreditierung

Im Durchschnitt aller akkreditierten Studiengänge sämtlicher Hochschulen betragen die Agenturkosten für Clusterakkreditierungen nur 3.800 Euro je Studiengang. Bei einzelnen Akkreditierungen sind sie hingegen mit 10.100 Euro fast drei Mal so teuer.

## e) Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen

Bundes- und Landeshaushaltsrecht schreiben einheitlich vor, dass für alle finanzwirtschaftlichen Maßnahmen angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen sind. Sie sind bei der Planung, während der Durchführung und nach Abschluss der Maßnahme durchzuführen (VV Nr. 2 zu § 7 BHO/LHO).

Der LRH stellte fest, dass eine den Ansprüchen des Haushaltsrechts genügende Planung der Ausgaben auf keiner Stufe der Akkreditierungsbürokratie vorlag: weder bei dem als Stiftung des öffentlichen Rechts organisierten Akkreditierungsrat noch bei den operativen Akkreditierungsagenturen, beim Wissenschaftsministerium oder bei den Hochschulen selbst. Dieser Planungslosigkeit ist es wohl zuzuschreiben, dass Akkreditierungsausgaben für vergleichbare Studiengänge um das Vierfache variierten.

## 3. Folgerungen

Der LRH Brandenburg kam zu diesen Folgerungen:

## a) Systemakkreditierung

Der LRH Brandenburg sah im Ergebnis seiner Prüfung eine Systemakkreditierung als eine sinnvolle Alternative zur Programmakkreditierung an.<sup>11</sup> Ein hochschulinterne Qualitätssicherungssystem ist sachgerecht und ent-

spricht einer vom Gesetzgeber gewollten Hochschulautonomie. Durch eine solche „interne Akkreditierungsagentur“ können die Hochschulen selbst über ihre Studiengänge „wachen“.

In Brandenburg verfolgte im Prüfungszeitraum allein die Universität Potsdam das Ziel einer Systemakkreditierung. Mittlerweile ist sie seit fünf Jahren systemakkreditiert. Seit 2015 ist überdies die TH Wildau systemakkreditiert.

Der LRH regte an, dass zukünftig die anderen Brandenburger Hochschulen den Weg einer Akkreditierung eigener Qualitätssicherungssysteme ins Auge fassen. Der LRH empfahl, diesen Paradigmenwechsel mit entsprechenden Wirtschaftlichkeitsberechnungen zu unterlegen.

## b) Reakkreditierung

§ 17 Abs. 6 Satz 4 BbgHG schreibt eine Reakkreditierung vor. Ein bestimmter Turnus ist nicht fixiert. Es ist nur, aber immerhin von „regelmäßigen“ Wiederholungen in „angemessenen Zeitabständen“ die Rede. Andere Länder lassen gleichfalls diese – sehr wichtige – Frage in ihren Hochschulgesetzen offen; Bundesregelungen bestehen nicht.

Es wird durchweg eine Reakkreditierung alle fünf Jahre praktiziert. Zweck der Reakkreditierung ist es, dass sich Hochschulen aus Gründen der Qualitätssicherung nicht auf einer einmaligen Qualitätskontrolle ausruhen sollen. Salopp gesprochen ist also nach der Akkreditierung vor der Akkreditierung.

Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen zur Durchführung der Reakkreditierung existieren nicht. Es ist gänzlich ungeprüft, ob mit dem gegenwärtigen System der fünfjährigen Reakkreditierung der Zweck der Maßnahme erreicht und ob wirtschaftlich vorgegangen wird. Das Wissenschaftsministerium sollte angesichts des erheblichen Finanzvolumens und des großen bürokratischen Aufwandes die Notwendigkeit und die Frequenz der Reakkreditierungspflicht überprüfen.

Vorerst – so unsere Empfehlung – ist es sachgerecht, die praktizierte fünfjährige Reakkreditierungsfrist zumindest für einen gewissen Zeitraum gänzlich auszusetzen oder zumindest den Zeitraum deutlich zu strecken.<sup>12</sup> Möglich wäre etwa eine Verlängerung auf zehn Jahre. Ob nämlich mit dem gegenwärtigen System der fünfjährigen Reakkreditierung der Zweck der Maßnahme erreicht und ob dabei wirtschaftlich vorgegangen wird, ist weder empirisch untersucht noch gar erwiesen. Hierfür

11 So auch Wissenschaftsrat, Empfehlungen zur Akkreditierung als Instrument der Qualitätssicherung, 2012, S. 145, jedenfalls für die „direkten“, also die an die Agenturen gezahlten Kosten. Geis,

OdW 2016, 193 (202), spricht sogar von einem „Königsweg für die Zukunft“.

12 Dazu auch Herrmann, WissR 2017, 3 (12).

sind aber die Kosten zu hoch – und dürften angesichts der drohenden Reakkreditierungswelle noch beträchtlich steigen.

Daneben stimmte es uns nachdenklich, dass wir bei der Prüfung keine bzw. faktisch keine Ablehnung von Reakkreditierungsbegehren ermitteln konnten.

#### c) Clusterakkreditierung

Die Hochschulen sollten zukünftig in geeigneten Fällen wegen der geringeren Ausgaben mehr Clusterakkreditierungen vornehmen.

#### d) Akkreditierungsbürokratie

Die Hochschulen haben den Akkreditierungsagenturen eine umfassende Selbstdokumentation des zu akkreditierenden Studiengangs als Basis für die durchzuführende Akkreditierung zu erstellen und vorzulegen. Dieser hohe bürokratische Aufwand für eine Akkreditierung sollte gesenkt werden. Die Hochschulen sollten sich gegenüber den Akkreditierungsagenturen und dem Akkreditierungsrat um eine entsprechende Reduzierung bemühen. Auch die Landesregierung sollte sich dafür einsetzen.

#### e) Planungsgrößen

Planungsgrößen über die Gesamtausgaben einer Akkreditierung sind weder in Brandenburg noch in anderen Bundesländern vorhanden. Selbst der Akkreditierungsrat erfasst diese Kosten nicht. Nur die reinen Agenturausgaben sind bekannt. Sie variieren zwischen 10.000 und 15.000 Euro. Diese Ausgaben machen jedoch nur einen Bruchteil der Gesamtausgaben für ein Akkreditierungsverfahren aus.

Der Haushaltsgrundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit lässt es daher ratsam erscheinen, entsprechende Planungsgrößen für vergleichbare Studiengänge zu bilden. Für die Berechnung ließe sich auf die vom LRH ermittelten Ausgaben zurückgreifen. Die Folge wären identische Ansätze für die Akkreditierung vergleichbarer Studiengänge. Kostenspreizungen der beschriebenen Art um das Vierfache gehörten dann der Vergangenheit an.

#### f) Verfassungsrechtliche Bedenken

Der LRH Brandenburg hegte seinerzeit verfassungsrechtliche Bedenken, sozusagen als Nebenprodukt der formellen Prüfung.<sup>13</sup> Es finden sich vorsichtige Formulierungen in der Prüfungsmitteilung. Die gesetzlichen

Regelungen zur Akkreditierung unterliegen – so hatten wir formuliert – erheblichen Bedenken bezüglich der Messbarkeit und Berechenbarkeit des staatlichen Handelns und somit an der Vereinbarkeit der Regelungen mit dem verfassungsrechtlich verbürgten Bestimmtheits- und Wesentlichkeitsgrundsatz.

#### 4. Stellungnahme des Wissenschaftsministeriums

Das Brandenburger Wissenschaftsministerium zeigte sich von den Ergebnissen insgesamt nur wenig beeindruckt:

Es wird zunächst anerkannt, dass Akkreditierungsverfahren kostenintensiv seien und einen erheblichen bürokratischen Aufwand bedeuteten. Es sei erklärtes Ziel der Landesregierung, Kosten und Aufwand zu senken. Kritisiert wurde dann das Zahlenmaterial, ohne dass aber eigene Daten zur Verfügung gestanden hätten.

Die Systemakkreditierung sei erst 2008 eingeführt worden. Die Durchführung dauere mehr als zwei Jahre. Die Systemakkreditierung sei deswegen nur eine zukünftige Option. Der notwendige Aufbau eines Qualitätsmanagementsystems sei zudem kosten- und personalaufwändig. Daher könne die Systemakkreditierung für kleinere Hochschulen nicht wirtschaftlicher als eine Programmakkreditierung sein.

Clusterakkreditierungen seien im Grundsatz wirtschaftlicher als Einzelakkreditierungen. Die Hochschulen könnten sie aber nur bei sehr ähnlichen Studiengängen vornehmen. Dies begrenze deren tatsächliche Anwendung. Reakkreditierungen seien kosten- und personalaufwändig. Das Land Brandenburg setze sich bereits jetzt dafür ein, die Kosten zu senken und die Reakkreditierungsfrequenz zu verlängern. Verfassungsrechtliche Bedenken bestünden nicht.

#### 5. Weiterer Prüfungsverlauf

Die Prüfung bildete dann einen Beitrag im Jahresbericht 2011 des LRH.<sup>14</sup> Diese Berichte werden alljährlich dem Landtag vorgelegt und damit auch der medialen Öffentlichkeit vorgestellt.

Steht eine Prüfung im Jahresbericht, so ist dies von nicht zu unterschätzender Bedeutung für die Wirkkraft der Prüfergebnisse. Denn durch die Einschaltung des Parlaments und das Öffentlichmachen wird das in-camera-Verfahren faktisch beendet. Der Druck auf die beteiligten geprüften Stellen ist nun deutlich verstärkt. Das Parlament beschäftigt sich mit den einzelnen Beiträgen und beschließt regelmäßig eine Aufforderung an die Re-

13 Frühzeitig schon *Wilhelm*, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen der Akkreditierung von Studiengängen, 2009, 276 ff.; ferner *Janz*, in: Breuer/Epiney/Haratsch/Schmahl/Weiß (Hrsg.), FS Eckart Klein, 2013, 127 (133 ff.).

14 Abrufbar unter [www.lrh-brandenburg.de](http://www.lrh-brandenburg.de) (abgerufen am 11.8.2017). Dazu auch *Janz* (Fn. 13), 127 ff.; ferner *Detmer/Böcker*, Forschung & Lehre 2016, 1070 (1071 f.).

gierung. Diese Handlungsempfehlung beruht – ganz oder zumindest teilweise – typischerweise auf einem Vorschlag des Rechnungshofes. Dadurch nimmt also das Parlament den Willen der Finanzkontrolle auf, akzeptiert ihn und verfolgt das Ziel weiter. Es finden sich neben den üblichen Berichtspflichten in der Regel auch konkrete Handlungserwartungen wieder.

In dem anschließenden parlamentarischen Verfahren fasste der Brandenburger Ausschuss für Haushaltskontrolle am 12. März 2012 folgenden Entschluss.

1. *Der Ausschuss für Haushaltskontrolle begrüßt es, dass die Brandenburger Hochschulen im bundesweiten Vergleich bereits eine vergleichsweise hohe Quote akkreditierter Studiengänge erreicht haben.*

2. *Der Ausschuss für Haushaltskontrolle nimmt die Prüfungsfeststellungen des LRH, insbesondere seine kritischen Anmerkungen*

- *zu nicht vorhandenen Wirtschaftlichkeitsberechnungen für den hochschulinternen Aufwand (indirekte Kosten),*
- *zu fehlenden Planungsgrößen und*
- *zu den Reakkreditierungsfrequenzen zustimmend zur Kenntnis.*

3. *Der Ausschuss für Haushaltskontrolle fordert das MWFK auf, die Hochschulen anzuhalten, Wirtschaftlichkeitsberechnungen mit dem Ziel der Kostenminimierung anzustellen. Das MWFK begleitet diesen Prozess mit dem Ziel, weitgehende Vergleichbarkeit der Berechnungen herzustellen.*

4. *Der Ausschuss für Haushaltskontrolle bittet das MWFK, in den zuständigen Gremien darauf hinzuwirken, dass die Reakkreditierungsfrequenzen verändert werden.*

5. *Der Ausschuss für Haushaltskontrolle erwartet, dass das MWFK bis zum 30. Juni 2012 über die veranlassten Maßnahmen berichtet.*

*Darüber hinaus erwartet er, dass das MWFK im dritten Quartal 2013 die Kosten der Akkreditierungsverfahren an den Hochschulen in einem Bericht an den Ausschuss für Haushaltskontrolle darlegt.*

Damit machte sich das Parlament umfassend die Feststellungen und Empfehlungen des LRH Branden-

burg zu eigen. Dies ist alles andere als eine Selbstverständlichkeit und – wie erwähnt – für die Wirkkraft unseres Handelns sehr wichtig! Die Finanzkontrollerrfahrung lehrt, dass insbesondere bei politisch heiklen Themen das parlamentarische Echo auch ausbleiben kann. So konnte sich jüngst der LRH Brandenburg mit seiner Forderung, den staatlichen Zuschuss für die Studentenwerke zu streichen, nicht durchsetzen.<sup>15</sup>

Die beiden erbetenen Berichte wurden fristgemäß bis Ende 2013 vom zuständigen Wissenschaftsministerium erstellt.<sup>16</sup> Schließlich griffen wir die Entwicklung später noch einmal auf und brachten einen sogenannten Ergebnisbericht im Jahresbericht 2013. Formal abgeschlossen war die Prüfung bereits im März 2012.

Im ersten Bericht an das Parlament legt das Ministerium einen Vorschlag zu vergleichbaren Wirtschaftlichkeitsberechnungen für Akkreditierungen vor. Es werde sich zudem für längere Reakkreditierungsfrequenzen einsetzen. Im Oktober 2013 teilte das Wissenschaftsministerium dann mit, dass die Personal- und Sachausgaben aller Hochschulen (!) zu pauschalisieren seien, um die Kosten der Akkreditierung zu ermitteln. Eine exakte Ermittlung sei unangemessen. Dadurch ergeben sich Akkreditierungskosten von durchschnittlich 18.300 Euro pro Studiengang. An der systemakkreditierten Uni Potsdam belaufen sich die Kosten je Studiengang auf 16.624 Euro, wenn 15 Studiengänge jährlich akkreditiert bzw. reakkreditiert werden.

Das bedeutet, dass das Brandenburger Wissenschaftsministerium nun erstmalig in der Lage ist, die Kosten von Akkreditierungen von Studiengängen in Brandenburg zu beziffern. Dies ist der Anfang, um Akkreditierungen und Reakkreditierungen nachhaltig zu verbessern und wirtschaftlich zu gestalten. Ferner wurde mitgeteilt, dass Clusterakkreditierungen Einzelakkreditierungen vorzuziehen seien, wenn die fachliche Nähe der Studiengänge es erlaubt. Ob die Möglichkeit einer hochschulgesamten Systemakkreditierung für alle Hochschulen infrage kommt, ist zweifelhaft. Denn die hohen einmaligen Kosten sind für kleinere Hochschulen mitunter schwer zu schultern. Außerdem setze sich das Wissenschaftsministerium weiterhin dafür ein, die Frequenzen von Reakkreditierungen zu verlängern; die bundesweite Diskussion hierüber dauere aber noch an – soweit ersichtlich wird immer noch diskutiert...

Gleichermaßen erstaunlich wie erfreulich war die wissenschaftspolitische Rezeption der Prüfungsergeb-

15 Den Hintergrund dieser Forderung bildete die Prüfungserkenntnis, dass beide Brandenburger Studentenwerke hohe Rücklagen vorhielten; dazu Jahresbericht des LRH Brandenburg 2016, S. 174 ff. (abrufbar unter [www.lrh-brandenburg.de](http://www.lrh-brandenburg.de), abgerufen am 11.8.2017).

16 Abrufbar unter [www.landtag.brandenburg.de](http://www.landtag.brandenburg.de) (abgerufen am 11.8.2017).

17 Forschung & Lehre 2016, 1070 ff. (Titel: „Akkreditierung: Rechtswidrig, zu teuer, fraglicher Nutzen“).

nisse. So hatte die Zeitschrift *Forschung & Lehre* im letzten Jahr einen längeren Beitrag, in dem die Ergebnisse der Rechnungshofprüfungen referiert wurden.<sup>17</sup>

## V. Die Prüfungen der anderen Rechnungshöfe

### 1. Thüringen

Der Thüringer Rechnungshof hatte schon vor zehn Jahren die Durchführung der Akkreditierung und den damit verbundenen Aufwand an allen zehn Landeshochschulen geprüft. Er veröffentlichte die Ergebnisse seiner Prüfung im Jahresbericht 2008.<sup>18</sup> Er konstatierte, dass die Akkreditierung einen erheblichen Aufwand und Ausgaben verursache. Bis 2009 sei allein in Thüringen mit 8,4 Mio. Euro zu rechnen, davon allein 6,8 Mio. Euro nur für das Personal. Dies bedeute für jeden Studiengang durchschnittliche Kosten von 38.000 Euro.

Akkreditierungen führten jedoch weder zu vergleichbaren noch zu zulässigen Ergebnissen der Qualitätssicherung. Das liege zum einen an fehlenden Vorgaben und mangelnder Auftragserteilung durch die KMK. Zum anderen führten die Agenturen die Verfahren mit unterschiedlicher Schwerpunktsetzung, ausdifferenzierten Kriterienkatalogen und erheblichen Ermessensspielraum für das Bewertungsverfahren durch. Der den Agenturen eingeräumte Gestaltungsspielraum kann den maßgeblichen Einfluss der Hochschullehrer auf Ablauf und Ergebnis der Akkreditierung beeinträchtigen. Diese Argumentation wird bekanntermaßen vom BVerfG wieder aufgegriffen. Daher müsse dieser Gefahr mit konkreten Vorgaben von KMK und Akkreditierungsrat entgegengewirkt werden. Daneben kämen die Agenturen zu unterschiedlichen Ergebnissen in Abhängigkeit von den eingesetzten Agenturen. Es fehle zudem an Transparenz der Entgelte für die Agenturen. Die 5-Jahres-Frist für Reakkreditierungen wird infrage gestellt.

Der Thüringer Rechnungshof kommt also auf der Basis seiner erstaunlich frühen Prüfung der Akkreditierung zu einer Fundamentalkritik. Aufwand, Ergebnisse, Fristen, Rolle der KMK und der Agenturen sowie Verdacht auf Willkür stellen in Summe ein deutliches Armutszeugnis für das Akkreditierungsverfahren – jedenfalls in Thüringen – dar. Von einer vertretbaren und tragfähigen Variante der Qualitätssicherung von Studienangeboten könne kaum die Rede sein.

### 2. Schleswig-Holstein

In einem Sonderbericht *Hochschulen 2011* nimmt der LRH Schleswig-Holstein u.a. auch kurz zur Frage der Akkreditierung Stellung.<sup>19</sup> Danach ist die Akkreditierung für die neun Hochschulen aufwändig und kostspielig. Je Studiengang lagen die Kosten bei 2.500 bis 7.000 Euro, ohne allerdings die internen Verwaltungskosten. Angesichts des hohen Aufwandes sei das Verhältnis von Kosten und Nutzen der Akkreditierung in der bisherigen Form infrage zu stellen. Eine Alternative sei die Systemakkreditierung. Es sei zu prüfen, ob das Land zur alleinigen staatlichen Genehmigung von Studiengängen und Prüfungsordnungen zurückkehren sollte.

Der LRH Schleswig-Holstein bleibt also formal wie inhaltlich deutlich hinter der Kritik des Thüringer Rechnungshofes zurück. Der Blick richtet sich nur auf einzelne Aspekte der Akkreditierung, ohne umfänglich Stellung zu beziehen.

### 3. Bayern

Auch der ORH Bayern wandte sich mit Finanzkontrollinteresse der Akkreditierung von Studiengängen zu. 2010 prüfte der ORH Bayern die Akkreditierung von Bachelor- und Masterstudiengängen an allen 33 staatlichen Bayerischen Hochschulen.<sup>20</sup> Der Beitrag „Akkreditierung von Studiengängen – Gütesiegel und Geschäftsmodell?“ fand Eingang in den Jahresbericht 2012.

Die Akkreditierung von Studiengängen sei zu aufwändig und verursache Kosten in Millionenhöhe. Das Akkreditierungsverfahren sei eingeführt worden, ohne den Aufwand zu hinterfragen. Daher forderte der ORH Bayern, das Verfahren zu vereinfachen und den Aufwand für Hochschulen zu reduzieren. Für laufende und abgeschlossene Prüfungen sei in Bayern mit 12,4 Mio. Euro zu rechnen; für alle Erstakkreditierungen insgesamt sogar 37 Mio. Euro. Rund 80 % davon entfallen auf Personalkosten, 20 % Agenturkosten und 1 % Sachkosten.

Ebenso wie der Thüringer Rechnungshof werden die Unterschiede bei den Agenturvorgaben für die Hochschulen thematisiert. Es mangle an Standards, was den Aufwand der Hochschulen zusätzlich erhöhe. Bemerkenswerterweise wird ausdrücklich festgestellt,

18 Abrufbar unter [www.thueringer-rechnungshof.de](http://www.thueringer-rechnungshof.de) (abgerufen am 11.8.2017). Dazu auch Herrmann, *WissR* 2017, 3 (9); Detmer/Böcker, *Forschung & Lehre* 2016, 1070 (1071 f.).

19 Abrufbar unter [www.landesrechnungshof-sh.de](http://www.landesrechnungshof-sh.de) (abgerufen am 11.8.2017). Dazu auch Detmer/Böcker, *Forschung & Lehre* 2016,

1070 (1071 f.).

20 Abrufbar unter [www.orh.bayern.de](http://www.orh.bayern.de) (abgerufen am 11.8.2017). Dazu auch Herrmann, *WissR* 2017, 3 (9); Detmer/Böcker, *Forschung & Lehre* 2016, 1070 (1071 f.).

dass oftmals diejenigen Agenturen beauftragt werden, bei denen die Hochschulen mit einem reibungslosen Ablauf des Verfahrens rechnen. Es wird außerdem gefordert, den Bürokratieaufwand zu verringern und die Zeiträume für eine Reakkreditierung großzügiger zu bemessen. Solange es keine Neuordnung des Akkreditierungsverfahrens gibt, sollten die Hochschulen – soweit möglich – Systemakkreditierungen anstreben.

Insgesamt kommt der ORH Bayern nach seiner umfassenden Prüfung also zu vergleichbaren Ergebnissen wie in Thüringen – und damit auch zu einer ähnlichen Fundamentalkritik des Akkreditierungsverfahrens.

## VI. Fazit

Zusammen gefasst lassen sich die Erkenntnisse der Prüfung des LRH Brandenburg wie folgt formulieren:

Das Akkreditierungsverfahren ist teuer. Dies unterstreicht auch das BVerfG.

Um die Hochschulen personell und fachlich zu entlasten, geht es auch wirtschaftlicher:

- Cluster- statt Einzelakkreditierung.
- System- statt Programmakkreditierung.
- Mehr Kostentransparenz.
- Deutliche Verlängerung der fünfjährigen Reakkreditierungsfrequenz.
- Last but not least: Senkung des bürokratischen Aufwands der Hochschulen.

In Brandenburg ist das Wissenschaftsministerium in der Lage, die Kosten von Akkreditierungen von Studiengängen zu beziffern. Pauschalierte 18.300 Euro je Akkreditierung sind ein Anfang, um auf den Tugendpfad der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zurückzukehren.

Allerdings hat das Ministerium in dem im Oktober 2013 vorgelegten Bericht über die Kosten der Akkreditierungsverfahren Entscheidendes weitgehend versäumt: Pauschalisierte Personal- und Sachausgaben führen nur bedingt zu handhabbaren vergleichenden Wirtschaftlichkeitsberechnungen. Hier sollte dringend nachgebessert werden.

Auch die anderen Empfehlungen harren noch einer Umsetzung. Insbesondere bleibt es bisher bei einer fünfjährigen Reakkreditierungsfrequenz. Insgesamt fällt die Bilanz also ernüchternd aus. Das Ziel sparsamer und wirtschaftlicher Akkreditierungsverfahren ist noch weit entfernt.

Norbert Janz ist am Landesrechnungshof Brandenburg tätig und lehrt als apl. Prof. an der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam. Der Beitrag basiert auf einem um Fußnoten erweiterten Vortrag, den der Autor auf dem 12. Hochschulrechtstag am 17. Mai 2017 an der Universität zu Köln gehalten hat. Der Vortragstil wurde weitgehend beibehalten.

# Olaf Bartz und Katrin Mayer-Lantermann

## *Wandel der Aufgaben des Akkreditierungsrates und der Agenturen durch den „Studienakkreditierungsstaatsvertrag“*

### I. Einleitung

Für die Akkreditierung von Studiengängen und hochschulinternen Qualitätsmanagementsystemen in Deutschland ist eine neue Rechtsgrundlage erarbeitet worden: Die Ministerpräsidenten der Länder haben den „Staatsvertrag über die Organisation eines gemeinsamen Akkreditierungssystems zur Qualitätssicherung in Studium und Lehre an deutschen Hochschulen“ unterzeichnet.<sup>1</sup> Dieser „Studienakkreditierungsstaatsvertrag“ stellt die Umsetzung des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom Februar 2016<sup>2</sup> dar.

Zum Zeitpunkt, an dem der vorliegende Beitrag erstellt wird, liegt der Studienakkreditierungsstaatsvertrag den Länderparlamenten zur Ratifizierung vor. Die Entscheidung über die Zustimmung liegt in der Souveränität jedes einzelnen Gesetzgebungsorgans. Gleichwohl benutzt der Text in der Folge den Indikativ und geht insofern von der Fiktion eines verabschiedeten Staatsvertrags aus. Dies geschieht ausschließlich aus sprachlichen Erwägungen, da weder ein durchgängig im Konjunktiv gehaltener Text noch eine Häufung von Ausdrücken wie „voraussichtlich“ oder „vorgesehen“ stilistisch überzeugen würden.

Der Artikel konzentriert sich auf den Wandel der Aufgabenstellung von Akkreditierungsrat und Agenturen. Auf darüber hinausgehende Ausführungen zur externen Qualitätssicherung in Deutschland<sup>3</sup> sowie zur Rolle und Rechtsnatur der Akkreditierung<sup>4</sup> wird weitgehend verzichtet und hierfür auf andere einschlägige Schriften verwiesen.

### II. HRG-Novelle 1998, Akkreditierungs-Stiftungs-Gesetz 2005

Wesentliche Grundlagen für die Akkreditierung wurden 1998 geschaffen: Bundestag und Bundesrat verabschiedeten die vierte Novelle des Hochschulrahmengesetzes (HRG) und strichen aus § 9 Abs. 2 HRG die obligatorische Erarbeitung von Rahmenprüfungsordnungen. Die Begründung dafür lautete: „Die Gleichwertigkeit der Studien- und Prüfungsleistungen sowie der Studienabschlüsse und die Möglichkeit des Hochschulwechsels sollen künftig nicht mehr zwingend durch Rahmenprüfungsordnungen sichergestellt werden. Die Länder und die HRK können dieses Instrument in Zukunft weiter nutzen. Sie können sich aber auch anderer Instrumente wie beispielsweise eines Akkreditierungsverfahrens von Institutionen und Studiengängen, der staatlichen Genehmigung der einzelnen Prüfungsordnungen oder einer Ex-post-Kontrolle im Rahmen der Evaluation bedienen.“<sup>5</sup>

Im selben Jahr fassten Kultusministerkonferenz (KMK) und Hochschulrektorenkonferenz (HRK) Grundsatzbeschlüsse<sup>6</sup> zur Einführung eines Akkreditierungssystems. Nach einer Pilotphase wurde 2002 die für die nächsten 15 Jahre gültige Grundstruktur eines dezentralen Systems fixiert,<sup>7</sup> in dem der Akkreditierungsrat Grundanforderungen an das Akkreditierungsverfahren aufstellt und Agenturen zertifiziert sowie überwacht, während die Agenturen ihrerseits Akkreditierungsverfahren durchführen und Studiengänge akkreditieren.

1 Der Text des Staatsvertrags nebst Begründung ist in den Dokumentationssystemen mehrerer Länderparlamente verfügbar, beispielsweise hier: [http://www.landtag-bw.de/files/live/sites/LTBW/files/dokumente/WP16/Drucksachen/1000/16\\_1823\\_D.pdf](http://www.landtag-bw.de/files/live/sites/LTBW/files/dokumente/WP16/Drucksachen/1000/16_1823_D.pdf) (1.9.2017).

2 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17. Februar 2016 – 1 BvL 8/10 – Rn. (1-88), [http://www.bverfg.de/e/ls20160217\\_1bv1000810.html](http://www.bverfg.de/e/ls20160217_1bv1000810.html) (1.9.2017).

3 Vgl. etwa das Handbuch Qualität in Studium und Lehre (Kohler/Pohlentz/Schmidt (Hrsg.), Handbuch Qualität in Studium und Lehre: Evaluation nutzen - Akkreditierung sichern - Profilschärfen, Loseblattsammlung) und Wissenschaftsrat, Empfehlungen zur Akkreditierung als Instrument der Qualitätssicherung, Drs. 2259-12, 2012, <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2259-12.pdf> (1.9.2017).

4 Siehe dazu z.B. Immer, Rechtsprobleme der Akkreditierung von Studiengängen, 2013.

5 Bundestags-Drucksache 13/8796., S. 17, <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/13/087/1308796.pdf> (1.9.2017).

6 Siehe den Beschluss der KMK „Einführung eines Akkreditierungsverfahrens für Bachelor-/Bakkalaureus- und Master-/Magisterstudiengänge“ vom 3.12.1998, [https://www.kmk.org/fileadmin/Dateien/pdf/Statistik/BS\\_981203\\_AKKreditierung.pdf](https://www.kmk.org/fileadmin/Dateien/pdf/Statistik/BS_981203_AKKreditierung.pdf) (1.9.2017) sowie die Entschließung des 185. Plenums der HRK vom 6. Juli 1998 zum Akkreditierungsverfahren, <https://www.hrk.de/positionen/position/beschluss/detail/akkreditierungsverfahren/> (1.9.2017).

7 Siehe den Beschluss der KMK „Künftige Entwicklung der länder- und hochschulübergreifenden Qualitätssicherung in Deutschland“ vom 1.3.2002, S. 11, [http://www.akkreditierungsrat.de/fileadmin/Seiteninhalte/KMK/Sonstige/KMK\\_System\\_Weiterentwicklung2002.pdf](http://www.akkreditierungsrat.de/fileadmin/Seiteninhalte/KMK/Sonstige/KMK_System_Weiterentwicklung2002.pdf) (1.9.2017).

Der Akkreditierungsrat konstituierte sich 1999 und war zunächst ohne eigene Rechtsform bei der Geschäftsstelle der HRK angesiedelt. Zum Jahreswechsel 2002/03 erfolgte ein Umzug in das Sekretariat der KMK. Rechtsfähigkeit erhielt er 2005 mit dem nordrhein-westfälischen „Gesetz zur Errichtung einer Stiftung „Stiftung zur Akkreditierung von Studiengängen in Deutschland““ (üblicherweise und auch im Folgenden abgekürzt mit „ASG“ für Akkreditierungs-Stiftungs-Gesetz),<sup>8</sup> dem 2004 eine Verständigung der Länder in der KMK<sup>9</sup> vorausging. Die Länder übertrugen ihre Aufgaben nach § 9 Abs. 2 HRG per Verwaltungsvereinbarung<sup>10</sup> auf die Stiftung.<sup>11</sup>

### III. Aufgaben von Akkreditierungsrat und Agenturen bislang und künftig

Auch die künftige Konzeption gemäß Studienakkreditierungsstaatsvertrag sieht eine Zwei-Ebenen-Struktur mit einer Aufgabenteilung von Agenturen und Akkreditierungsrat vor. Dabei sind jedoch drei wesentliche Verschiebungen zu verzeichnen:

- Die Befugnis, Akkreditierungsentscheidungen zu treffen, geht von den Agenturen auf den Akkreditierungsrat über (Art. 5 Abs. 3 Nr. 1 Staatsvertrag).
- Sämtliche Befugnisse zur Regelsetzung, die bisher teilweise beim Akkreditierungsrat angesiedelt waren, gehen auf die Länder über (Art. 5 Abs. 3 Nr. 6 Staatsvertrag).
- Die bisher vom Akkreditierungsrat durchgeführte materielle Prüfung der Agenturen geht auf das europäische Agenturenregister EQAR über (vgl. Art. 5 Abs. 3 Nr. 5 Staatsvertrag).

Diese drei Aspekte seien im Folgenden näher ausgeführt.

#### 1. Entscheidungsbefugnis

##### a) Situation bislang

Die derzeit tätigen Agenturen sind überwiegend als Stiftungen oder als privatrechtliche Vereine organisiert;<sup>12</sup>

eine Vorgabe für die Rechtsform existiert nicht. Bislang führen sie die Akkreditierungsverfahren durch und treffen die Akkreditierungsentscheidungen, wobei sie im Auftrag der Stiftung zur Akkreditierung von Studiengängen deren Siegel vergeben. Entscheidungsgremien sind zumeist die so genannten Akkreditierungskommissionen. Sie bestehen mindestens aus Hochschulvertretern, Vertretern der Berufspraxis und Studierenden.

Die Agenturen sind an Kriterien und Verfahrensregeln des Akkreditierungsrates gebunden, entwickeln auf dieser Basis aber eigene Profile. Sie operationalisieren die Regeln des Akkreditierungsrates in eigenen Handreichungen; teilweise sind sie nur in bestimmten Fächergruppen tätig oder verfügen über regionale Schwerpunkte, operieren grundsätzlich aber in allen Bundesländern.

Die Rechtsnatur des Handelns der Agenturen im noch aktuellen System ist überwiegend ungeklärt. Den aktuell anwendbaren Rechtsgrundlagen kann man keine klare Entscheidung für das öffentliche bzw. private Recht entnehmen. Das ASG selbst schweigt zur Rechtsnatur der Akkreditierungsentscheidung; in der Begründung zum ASG ist von „privatrechtlich organisierten und handelnden Agenturen“ die Rede.<sup>13</sup> Auch in den Landeshochschulgesetzen finden sich keine eindeutigen Aussagen zu dieser Thematik.<sup>14</sup> Eine Ausnahme stellt NRW dar: Dort wurde im § 7a des 2014 in Kraft getretenen Landeshochschulgesetzes geregelt, dass die Agenturen in NRW als Beliehene handeln.<sup>15</sup>

##### b) Ratio der Änderung

Die bislang ungeklärte Rechtsnatur des Agenturhandelns war ein wesentlicher Auslöser für die Übertragung der Entscheidungsbefugnis auf den Akkreditierungsrat. Das Bundesverfassungsgericht monierte, dass keine Klarheit bezüglich der Rechtsstellung der Agenturen und der Rechtsform der von ihnen getroffenen Entscheidungen bestehe.<sup>16</sup> Daher bestand Handlungsbedarf für NRW und die Ländergemeinschaft.

8 Abrufbar unter [http://www.akkreditierungsrat.de/fileadmin/Seiteninhalte/AR/Beschluesse/ASG\\_Stiftungsgesetz.pdf](http://www.akkreditierungsrat.de/fileadmin/Seiteninhalte/AR/Beschluesse/ASG_Stiftungsgesetz.pdf) (1.9.2017).

9 Siehe den Beschluss der KMK „Eckpunkte für die Weiterentwicklung der Akkreditierung in Deutschland“ vom 15.10.2004, [http://www.akkreditierungsrat.de/fileadmin/Seiteninhalte/KMK/Sonstige/KMK\\_System\\_Weiterentwicklung2004.pdf](http://www.akkreditierungsrat.de/fileadmin/Seiteninhalte/KMK/Sonstige/KMK_System_Weiterentwicklung2004.pdf) (1.9.2017).

10 Beschluss der KMK „Vereinbarung zur Stiftung „Stiftung: Akkreditierung von Studiengängen in Deutschland“ vom 16.12.2004, [http://www.akkreditierungsrat.de/fileadmin/Seiteninhalte/KMK/Sonstige/KMK\\_System\\_Stiftung\\_Vereinbarung.pdf](http://www.akkreditierungsrat.de/fileadmin/Seiteninhalte/KMK/Sonstige/KMK_System_Stiftung_Vereinbarung.pdf) (1.9.2017).

11 Mit Einführung des ASG wurde der Akkreditierungsrat nurmehr eines von drei Gremien – neben Vorstand und Stiftungsrat – der „Stiftung zur Akkreditierung von Studiengängen in Deutschland. Gleichwohl werden die Begriffe „Akkreditierungsrat“ und „Stiftung zur Akkreditierung von Studiengängen in Deutschland“

im Alltag häufig synonym verwendet, so auch im Folgenden.

12 Näher dazu *Immer* (Fn. 4), S. 12.

13 Landtagsdrucksache 13/6182, S. 12, <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMD13-6182.pdf> (1.9.2017).

14 Vgl. z.B. *Brinktrine*, Akkreditierungsverfahren und -modelle nach Maßgabe des Hochschulrechts der Länder, *WissR* 42 (2009), 164 (165 ff.).

15 Siehe dazu die Begründung zu § 7 a HZG, Landtagsdrucksache 16/5410, S. 310, <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMD16-5410.pdf> (1.9.2017); vgl. dazu auch *Geis*, Das Bundesverfassungsgericht zur Akkreditierung, *OdW* 4 (2016), 193 (197).

16 Beschluss des BVerfG (Fn. 2), Rn 71 und 72.

Die öffentlich-rechtliche Qualifizierung der Akkreditierungsentscheidung lag nahe. Bei mit Klagen im Bereich der Akkreditierung befassten Verwaltungsgerichten ließ sich eine Tendenz für die öffentlich-rechtliche Einordnung der Akkreditierung erkennen.<sup>17</sup> Auch in der Literatur wurde dies überwiegend angenommen,<sup>18</sup> da die Akkreditierung von Studiengängen und hochschulinternen QM-Systemen der öffentlichen Aufgabe der Aufsicht über das Hochschulwesen diene.<sup>19</sup> Zudem treffen die Agenturen selbst dann, wenn die Akkreditierung das landesrechtlich erforderliche Genehmigungsverfahren nicht ersetzt,<sup>20</sup> für die staatlichen Stellen maßgebliche Beurteilungen dazu, ob der Studiengang die in der Akkreditierung zu prüfenden Qualitätsanforderungen erfüllt.<sup>21</sup> Auch das Verwaltungsgericht Arnberg ging in seiner Vorlageentscheidung an das Bundesverfassungsgericht vom öffentlich-rechtlichen Handeln der Agenturen aus.<sup>22</sup>

Hätte man die Entscheidungskompetenz bei den Agenturen belassen, wäre ihre eindeutige, gesetzlich geregelte Beleihung unumgänglich geworden.<sup>23</sup> Dem hätte jedoch das Selbstverständnis der Agenturen widersprochen, die sich seit jeher nicht als Behörden, sondern als privatrechtlich handelnde Akteure verstehen.<sup>24</sup> Hinzu kam, dass die doppelte Rolle der Agenturen sowohl als

Durchführende der Verfahren als auch als Entscheider über die Akkreditierung dazu führt, dass sie eine Studienqualität entwickelnde Rolle nur eingeschränkt wahrnehmen können.<sup>25</sup>

Vor diesem Hintergrund ist die Verlagerung der Entscheidungszuständigkeit auf den Akkreditierungsrat zu sehen. Dieser kann als Stiftung des öffentlichen Rechts selbstverständlich Verwaltungsakte treffen; die Agenturen können als private „Dienstleister für die Hochschulen“<sup>26</sup> künftig deutlich freier agieren. So werden „klare Rechtsverhältnisse [...] geschaffen“.<sup>27</sup>

Auch kann durch die neue Zuständigkeit des Akkreditierungsrates „eine konsistente Entscheidungspraxis auf der Grundlage der vorgegebenen Kriterien“<sup>28</sup> erreicht werden. Wie groß der Bedarf in dieser Hinsicht ist, lässt sich daran ablesen, dass der Akkreditierungsrat permanent tätig wurde, um Inkonsistenzen zu begegnen.<sup>29</sup> Damit dient die Entscheidungszuständigkeit des Akkreditierungsrates auch „der Deregulierung und Effizienzsteigerung.“<sup>30</sup>

Hinzu kommt, dass die alleinige Kompetenz für Verfahren und Entscheidung bei am Markt agierenden und von der Zufriedenheit der Kunden abhängigen Agenturen Fehlanreize nicht ganz ausschließt, insbesondere vor dem Hintergrund der Zunahme der Systemakkreditie-

17 Zum Beispiel VG Minden, Beschluss vom 30.7.2009 – 2 K 1291/08 Rn. 1 - 3, zitiert nach *Immer* (Fn. 4), S. 171.

18 Vgl. z. B. *Lege*, Die Akkreditierung von Studiengängen, JZ 14/2005, 698 (702); *Heitsch*, Rechtsnatur der Akkreditierungsentscheidungen/ Prozessuale Fragen, WissR 42 (2009), 136 (142 f.).

19 Siehe dazu *Heitsch* (Fn. 18) WissR 42 (2009), 136 (142 f.).

20 Dies ist zum Beispiel in Berlin, Bremen und Schleswig-Holstein der Fall. Auch in Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg und Sachsen-Anhalt muss ein Studiengang durch das Ministerium genehmigt werden, falls keine diesbezügliche Regelung in einer Zielvereinbarung existiert. Siehe dazu die Übersicht des Akkreditierungsrates unter [http://www.akkreditierungsrat.de/fileadmin/Seiteninhalte/AR/Sonstige/20161109Regelung\\_Akkr\\_und\\_Genehmigung\\_Abfrage\\_2016.pdf](http://www.akkreditierungsrat.de/fileadmin/Seiteninhalte/AR/Sonstige/20161109Regelung_Akkr_und_Genehmigung_Abfrage_2016.pdf) (1.9.2017); vgl. auch *Immer* (Fn. 4), S. 122 f.

21 Überzeugend argumentiert hier *Immer* (Fn. 4), S. 238: „Aus-schlaggebend, aber auch ausreichend ist vielmehr der in ihrem Bereich qualitativ-rechtsverbindliche Einfluss der Agenturen: Die Beurteilung, ob der Studiengang die Strukturvorgaben und den Qualifikationsrahmen einhält, berufsrelevante Kompetenzen vermittelt und das erforderliche Qualitätsverständnis mitbringt, ist nach systematisch-teleologischer Auslegung des Akkreditierungsverfahrens allein und letztverbindlich ihrem Votum zugewiesen“; siehe auch *Epping* (Hrsg.), Niedersächsisches Hochschulgesetz, § 6, Rn 40. Er qualifiziert die Akkreditierungsentscheidungen, zumindest nach dem niedersächsischen Landeshochschulrecht, als öffentlich-rechtlich.

22 Siehe Beschluss des VG Arnberg vom 16.4.2010 – 12 K 2689/08, [https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/vg\\_arnberg/j2010/12\\_K\\_2689\\_08beschluss20100416.html](https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/vg_arnberg/j2010/12_K_2689_08beschluss20100416.html) (1.9.2017), S. 28. Das Bundesverfassungsgericht traf keine Festlegung, ob die Agenturen öffentlich oder privatrechtlich handeln. *Geis* (Fn. 15), OdW 4 (2016), 193 (194), legt jedoch nachvollziehbar dar, dass die Verfassungsrichter

von einer öffentlich-rechtlichen Fernwirkung ausgingen: Das auf private, die staatliche Anerkennung begehrende, Hochschulen in NRW anwendbare Normengeflecht führe für diese Hochschulen de facto zu einer Akkreditierungspflicht und stelle damit einen Grundrechtseingriff dar.

23 Die Übertragung staatlicher Aufgaben an Private steht unter dem so genannten institutionellen Gesetzesvorbehalt, bedarf also einer eindeutigen gesetzlichen Regelung, siehe dazu zum Beispiel *Lege* (Fn. 18), JZ 14/2005, 698 (703).

24 Siehe dazu zum Beispiel *Landfried*, HRK, Beiträge zur Hochschulpolitik 6/2001, 46 (48 f.).

25 Das Verbot der Verknüpfung von Beratung und Akkreditierung ist für die Systemakkreditierung explizit geregelt, vgl. den Beschluss des Akkreditierungsrates „Standards für die Gestaltung des Verhältnisses von Systemakkreditierung und Beratungsdienstleistungen“ vom 31.10.2008 i.d.F. vom 20.02.2013, [http://www.akkreditierungsrat.de/fileadmin/Seiteninhalte/AR/Beschluesse/AR\\_Beratung\\_Systemakkreditierung.pdf](http://www.akkreditierungsrat.de/fileadmin/Seiteninhalte/AR/Beschluesse/AR_Beratung_Systemakkreditierung.pdf) (01.09.2017). Eine ggf. angesichts der Tätigkeit nicht in Deutschland ansässiger Agenturen erforderliche Beleihung ausländischer Rechtssträger haben als nicht problematisch beurteilt *Heitsch*, DÖV 2007, S. 346 und *Immer*, S. 166.

26 Begründung zu Art. 3 Abs. 5 Staatsvertrag.

27 Ebd.

28 Ebd.

29 Zahlreiche der unter <http://www.akkreditierungsrat.de/index.php?id=beschluesse&L=-9.9> (1.9.2017) veröffentlichten Beschlüsse, Handreichungen und Rundschreiben des Akkreditierungsrates hatten Inkonsistenzen in der Praxis der Agenturen zum Anlass.

30 Begründung zu Art. 3 Abs. 5 Staatsvertrag.



rungsverfahren mit ihren weitreichenden Implikationen für die Hochschulen.<sup>31</sup>

Durch eine Zuständigkeit des Akkreditierungsrates können schließlich die Anforderungen an die Gutachten harmonisiert und Zeitabläufe klarer definiert werden.

## 2. Befugnis zur Festlegung von Kriterien und Verfahrensregeln

### a) Situation bislang

Bislang wurden Qualitätskriterien für die Akkreditierung im Wesentlichen vom Akkreditierungsrat verabschiedet. Allerdings war eine so prominente Rolle des Akkreditierungsrates bei der Schaffung des Akkreditierungssystems gar nicht angelegt. Vielmehr ging man von einem Kondominium von Staat und Hochschulen aus, wobei die Hochschulen, basierend auf Art. 5 Abs. 3 Grundgesetz, primär für die fachlich-inhaltliche Ausgestaltung des Studiums und der Staat – im föderalen System Deutschlands also die Länder – primär für die Studienstruktur und den formalen Rahmen zuständig seien.<sup>32</sup> Diese Zweiteilung wurde auch bei Einführung des Akkreditierungssystems im Grundsatz aufrechterhalten: Die Zuständigkeit für die fachlich-inhaltliche Bewertung verblieb bei der scientific community.<sup>33</sup> Die staatliche Verantwortung für die Studienangebote sollte über Strukturvorgaben wahrgenommen werden.

Dem Akkreditierungsrat wurde primär die Rolle eines „Organisators“ des peer-review-Verfahrens zugesprochen.<sup>34</sup> Diese Perspektive der Anfangsjahre spiegelt sich auch im ASG von 2005 wider. Der neu gegründeten „Stiftung zur Akkreditierung von Studiengängen in Deutschland“ wurde durch das ASG neben der Aufgabe der Akkreditierung von Agenturen<sup>35</sup> die Verantwortung

für den Erlass von Verfahrensregeln für die Studiengangsakkreditierung übertragen.<sup>36</sup> Entsprechend der herausgehobenen Bedeutung der staatlichen Strukturvorgaben wurde die Stiftung zudem damit beauftragt, ländergemeinsame und landesspezifische Strukturvorgaben zu verbindlichen Vorgaben für die Agenturen zusammenzufassen.<sup>37</sup>

Der neu konstituierte Akkreditierungsrat stellte jedoch alsbald fest, dass eine Leerstelle in rechtlicher wie inhaltlicher Hinsicht bestand: Die vom Akkreditierungsrat verabschiedeten Kriterien für Studiengänge waren bisher nicht über die Nennung einiger Aspekte oder Themenfelder hinausgekommen.<sup>38</sup> Denn zu Beginn der 2000er Jahre hatte bei KMK, HRK und Akkreditierungsrat die Überzeugung geherrscht, das Hauptziel der Akkreditierung bestehe darin, ein schlüssiges und kohärentes Bild von den Leistungen der Hochschulen zu erhalten, also Qualitätssicherung im Wesentlichen durch Herstellung von Transparenz zu erzielen.<sup>39</sup>

Aus Sicht des damaligen Vorsitzenden, des Greifswalder Juristen Jürgen Kohler, konnte dies nicht genügen: Akkreditierungsverfahren entsprächen rechtsstaatlichen Maßstäben nur dann, wenn sie „normativ durchgebildet [sein]“.<sup>40</sup> Das Ergebnis solcher Verfahren könne [...] „nicht das bloße Resultat eines Diskurses sein, dessen inhaltliche Orientierung nicht klar durch Vorgabe von sachbezogenen, also validen und insbesondere auch im Hinblick auf Art. 5 Grundgesetz tragfähigen Kriterien umrissen“ sei.<sup>41</sup> Der Akkreditierungsrat entwickelte daraufhin 2005 das erste umfassende Kriterienset, geprägt vom so genannten „fitness of and fitness for purpose“-Ansatz,<sup>42</sup> und erarbeitete in den Folgejahren ein systematisch aufgebautes Regelwerk, gegliedert nach Verfahrensregeln, (Qualitäts-)Kriterien und Entscheidungsregeln.<sup>43</sup>

31 Vgl. *Künzel*, Entwicklungsperspektiven des deutschen Systems der externen Qualitätssicherung, Handbuch Qualität in Studium und Lehre (Fn. 3), B 1.6, S. 8 f.

32 Vgl. *Thierfelder*, Akkreditierungsentscheidungen im föderalen System, Handbuch Qualität in Studium und Lehre (Fn. 3), S. 2.

33 Vgl. *Kohler*, Anforderungen an die Qualität des Akkreditierungssystems, Handbuch Qualität in Studium und Lehre (Fn. 3), F 1.4, S. 3 f.

34 Dies lässt sich aus dem Beschluss der KMK „Einführung eines Akkreditierungsverfahrens für Bachelor-/Bakkalaureus- und Master-/Magisterstudiengänge“ vom 3.12.1998 (Fn. 6), ablesen, in dem es auf S. 61 heißt, dass der Akkreditierungsrat den Ablauf der fachlich-inhaltlichen Begutachtungen der Studiengänge koordinieren solle.

35 Siehe dazu 3.

36 Vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 3 ASG.

37 Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 ASG. Die aktuellen ländergemeinsamen Strukturvorgaben („Ländergemeinsame Strukturvorgaben für die Akkreditierung von Bachelor- und Masterstudiengängen“, Beschluss der KMK vom 10.10.2003 i.d. F. vom 4.2.2010) sind abrufbar unter [http://www.akkreditierungsrat.de/fileadmin/Seiteninhalte/KMK/Vorgaben/KMK\\_Laendergemeinsame\\_Strukturvorgaben\\_aktuell.pdf](http://www.akkreditierungsrat.de/fileadmin/Seiteninhalte/KMK/Vorgaben/KMK_Laendergemeinsame_Strukturvorgaben_aktuell.pdf) (1.9.2017).

38 Beschluss des Akkreditierungsrates „Akkreditierung von Akkreditierungsagenturen und Akkreditierung von Studiengängen mit den Abschlüssen Bachelor/Bakkalaureus und Master/Magister – Mindeststandards und Kriterien“ vom 30.11.1999 i.d.F. vom 17.12.1999.

39 Ebd., S. 6.

40 *Kohler*, Anforderungen an die Qualität des Akkreditierungssystems, Handbuch Qualität in Studium und Lehre (Fn. 3), F 1.4, S. 7.

41 Ebd.; *Kohler* ging hier schon von einer öffentlich-rechtlichen Natur der Akkreditierungsverfahren aus, siehe zur Problematik der Rechtsnatur von Akkreditierungsentscheidungen Abschnitt 3.1.2.

42 Dabei handelte es sich um die „Kriterien für die Akkreditierung von Akkreditierungsagenturen“, Beschluss des Akkreditierungsrates vom 15.12.2005.

43 Letzter Stand sind die „Regeln für die Akkreditierung von Studiengängen und für die Systemakkreditierung“, Beschluss des Akkreditierungsrates vom 8.12.2009, zuletzt geändert am 20.02.2013, [http://www.akkreditierungsrat.de/fileadmin/Seiteninhalte/AR/Beschluesse/AR\\_Regeln\\_Studiengaenge\\_aktuell.pdf](http://www.akkreditierungsrat.de/fileadmin/Seiteninhalte/AR/Beschluesse/AR_Regeln_Studiengaenge_aktuell.pdf) (01.09.2017)

Damit bestand in Deutschland ein international anschlussfähiges Regelwerk, das die vier relevanten Dimensionen externer Qualitätssicherung umfasste:

- Strukturvorgaben, in Deutschland von der KMK beschlossen und mit jeweils unterschiedlichen Ausprägungen in die Hochschulgesetze der Länder eingeflossen, wie etwa die Regelstudienzeit oder die zu erwerbende Kreditpunktzahl pro Studiengang;
- allgemeine, so genannte „generische“ und vom Akkreditierungsrat entwickelte Qualitätskriterien, beispielsweise die Ausrichtung des Studiengangs an Qualifikationszielen, die Stimmigkeit des Curriculums, ein auf die angestrebten Lernergebnisse ausgerichtetes Prüfungssystem oder die Studierbarkeit im vorgegebenen Zeitraum;
- Verfahrensregeln für die Begutachtung von Studiengängen oder von hochschulinternen Qualitätsmanagementsystemen
- fachlich-inhaltliche Kriterien, die auf der Basis des Entwicklungsstandes der in den Studiengängen relevanten Fächer von den externen Gutachtern im Gespräch vor Ort diskutiert wurden. Übergreifende, einheitliche fachliche Vorgaben existierten mit dem Fortfall der Rahmenprüfungsordnungen nicht mehr, ausgenommen bei Studiengängen, die zu reglementierten Berufen führen (Lehramt, Architektur, Soziale Arbeit etc.).

Das Zusammenspiel der Akteure erwies sich als hinreichend leistungsfähig, um so bedeutende Innovationen wie die 2007/08 eingeführte „Systemakkreditierung“, d.h. die Akkreditierung hochschulinterner Qualitätsmanagementsysteme als Alternative zur Akkreditierung von Studiengängen („Programmakkreditierung“) zu implementieren. Gleichwohl brachte die Multi-Akteurs-Konstellation der Akkreditierung im Bereich der Regelsetzung auch – zusätzlich zu den verfassungsrechtlichen Schwierigkeiten – praktische Probleme mit sich, wie sogleich auszuführen sein wird.

#### b) Ratio der Änderung

Das Bundesverfassungsgericht kritisierte u.a., der Gesetzgeber habe „die Normierung inhaltlicher und verfahrens- und organisationsbezogener Anforderungen an die Akkreditierung [...] faktisch aus der Hand gege-

ben“,<sup>44</sup> ohne die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen.

Mit der Neuregelung kommen die Länder diesen Monita des Bundesverfassungsgerichts nach: Kriterien und Verfahrensregeln werden künftig im Staatsvertrag und in Rechtsverordnungen der Länder, zu denen der Staatsvertrag die notwendigen Ermächtigungen gibt,<sup>45</sup> festgelegt. Auf diese Weise ist die demokratische Legitimation zweifelsfrei vorhanden. Den Anforderungen der Verfassungsrichter an die Beteiligung der Wissenschaft wird sowohl durch die veränderte Zusammensetzung des Akkreditierungsrates als auch durch die Festschreibung der Mehrheit der Wissenschaft in den Gutachtergruppen Genüge getan. Es bleibt also im Grundsatz bei einer Verantwortungsteilung zwischen Staat und Hochschule.<sup>46</sup>

Die Länder haben mit ihrer Übernahme sämtlicher Regelsetzungskompetenzen noch ein weiteres Ziel verfolgt, das aus Art. 3 Abs. 2 Satz 3 des Staatsvertrags hervorgeht: „Grundlage und Maßstab der Begutachtung [...] sind ausschließlich die Regelungen dieses Staatsvertrages und die Regelungen, die auf der Grundlage dieses Staatsvertrages erlassen wurden.“ Denn die bisherige Heterogenität der Regelsetzung hatte das Regelwerk unübersichtlich gestaltet – Hochschulen und Agenturen mussten mindestens die Strukturvorgaben der KMK sowie die Regeln des Akkreditierungsrates nebeneinander legen. Zusätzlich hatten die Agenturen selbst jeweils eigene Ausdeutungen, Leitfäden etc. entwickelt, die zur Unübersichtlichkeit des Gesamtsystems beitrugen. Schon 2012 hatte der Wissenschaftsrat kritisiert, dass die Praxis der immer weiteren Regelauslegung auf jeder beteiligten Ebene zu einer stetig anwachsenden Regulierungsdichte geführt habe.<sup>47</sup>

Durch die Regelsetzung „aus einer Hand“ wird Derartiges künftig vermieden. In einem föderalen System wird sich eine in gewissem Umfang unausweichliche Heterogenität gleichwohl dadurch ergeben, dass jedes Land eine eigene Rechtsverordnung erlässt. Art. 4 Abs. 6 des Staatsvertrags hält aber fest, dass die Verordnungen übereinstimmen müssen, sofern dies für die Gleichwertigkeit von Studien- und Prüfungsleistungen sowie von Studienabschlüssen und für die Möglichkeit des Hochschulwechsels erforderlich ist, so dass der Auseinanderentwicklung Grenzen gesetzt sind.

44 Beschluss des BVerfG (Fn. 2), Rn 80.

45 Vgl. insbesondere Art. 4 Staatsvertrag.

46 Diese Verantwortungsteilung spiegelt sich auch in Art. 1, Absätze 1 und 2 Staatsvertrag wider.

47 Wissenschaftsrat (Fn. 3), S. 60-62.

Anregungen aus der Praxis und seitens der „Stakeholder“, namentlich Wissenschaft, Berufspraxis und Studierenden, werden künftig dadurch berücksichtigt, dass der Akkreditierungsrat in Art. 5 Abs. 3 Nr. 6 Staatsvertrag den Auftrag erhält, Vorschläge zu Rechtsverordnungen zu unterbreiten.<sup>48</sup>

### 3 Akkreditierung von Agenturen

#### a) Situation bislang

Das noch gültige ASG legt in § 2 Abs. 1 Nr. 1 fest, dass Agenturen, die in Deutschland tätig sein müssen, vom Akkreditierungsrat zu akkreditieren sind. Dieser Aufgabe ist er – schon seit 2000 – mit einem gutachterzentrierten Verfahren nachgekommen, das analog zur Akkreditierung von Studiengängen aufgebaut ist: Alle fünf Jahre prüft eine vom Akkreditierungsrat eingesetzte Gutachtergruppe die Agentur auf Basis eines von ihr eingereichten Selbstberichts und eines Vor-Ort-Besuchs darauf, ob sie in der Lage war bzw. ist, die Verfahren der Studiengangs- und Systemakkreditierung sachgerecht durchzuführen. Im positiven Fall erhält die Agentur das Recht, das Siegel des Akkreditierungsrates zu verleihen.

Die zugrundeliegenden Kriterien umfassen u.a. eine ausreichende Ausstattung, die Beteiligung aller Stakeholder an den Verfahren und ein funktionstüchtiges agenturinternes Qualitätsmanagementsystem. Ein weiterer wichtiger Punkt ist die Unabhängigkeit der Agenturen, die häufig von Hochschulen, Fakultäts-/Fachbereichstagen, Fachgesellschaften und Berufsverbänden getragen werden.<sup>49</sup> Die geforderte Abrechnung auf Vollkostenbasis soll einen Wettbewerb über einen nicht mehr tragfähigen oder quersubventionierten günstigen Preis unterbinden.

Ein weiteres Kriterium besteht in der fach- und hochschulübergreifenden Durchführung von Akkreditierungsverfahren durch die Agenturen. Weder sollten Trennlinien zwischen Universitäts- und Fachhochschulstudiengängen noch zu kleine, nur für winzige Fächerabschnitte zuständige Agenturen entstehen.

War ein Begutachtungsverfahren für Agenturen in der ersten Hälfte der 2000er Jahre weitgehend ein deutsches Spezifikum, änderte sich dies 2005 mit der Verabschiedung der „Standards and Guidelines for Quality Assurance in the European Higher Education Area“ (ESG)<sup>50</sup> durch die für die Hochschulbildung verantwortlichen Minister des Europäischen Hochschulraums.<sup>51</sup> Die ESG beinhalten Prinzipien sowohl für die interne Qualitätssicherung der Hochschulen als auch für die externe Qualitätssicherung durch Agenturen bzw. der Agenturen selbst. Auf Basis der ESG, zunächst insbesondere deren Kapitel zwei und drei, etablierte zuerst die European Association for Quality Assurance in Higher Education (ENQA) das Prinzip, Agenturen nur als Mitglied aufzunehmen, wenn sie in einem Begutachtungsverfahren ihre Übereinstimmung mit den ESG nachweisen. Das gleiche Prinzip verfolgt seit 2008 das „European Quality Assurance Register“ (EQAR).

Der Akkreditierungsrat reagiert auf diese europäische Entwicklung, indem er zunächst optional im Rahmen seiner Agenturakkreditierungen eine ESG-Prüfung anbietet. 2016 integrierte er die ESG vollständig in seine einschlägigen Regeln, zumal die jeweiligen Normenkomplexe nah beieinander liegen, sind in ihnen doch jeweils langjährige Erfahrungen aus der Entwicklung der Qualitätssicherung in Studium und Lehre in Europa seit den 1990er Jahren kondensiert.<sup>52</sup> In der Praxis bedeutet dies seit zehn Jahren für die in Deutschland ansässigen Agenturen, dass das Verfahren beim Akkreditierungsrat als „one-stop-shop“ fungiert und sowohl für die Akkreditierung in Deutschland als auch für die Mitgliedschaft bei ENQA sowie für die Registrierung bei EQAR dient.

#### b) Ratio der Änderung

Das bisherige System war dahingehend austariert, dass die Agenturen die Akkreditierungsentscheidungen treffen und das Siegel des Akkreditierungsrates verleihen, im Gegenzug aber von letzterem akkreditiert und in ihrer laufenden Arbeit überwacht werden (ASG § 2 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4). Mit der Übertragung der Entschei-

48 Die Regelung ähnelt der in Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 des Staatsvertrags über die Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung für Hochschulzulassung vom 5. Juni 2008, [https://recht.nrw.de/lmi/owa/br\\_vbl\\_show\\_pdf?p\\_id=12301](https://recht.nrw.de/lmi/owa/br_vbl_show_pdf?p_id=12301) (1.9.2017).

49 Siehe dazu Wissenschaftsrat, Empfehlungen zur Akkreditierung als Instrument der Qualitätssicherung (Fn. 3), S. 31.

50 Die ESG 2005 sind abrufbar unter [http://www.enqa.eu/wp-content/uploads/2015/09/ESG\\_3edition.pdf](http://www.enqa.eu/wp-content/uploads/2015/09/ESG_3edition.pdf), die Neufassung von 2015 findet sich u.a. hier [http://eqar.eu/fileadmin/documents/bologna/ESG\\_2015.pdf](http://eqar.eu/fileadmin/documents/bologna/ESG_2015.pdf) und zusammen mit einer deutschen Übersetzung hier [https://www.hrk.de/uploads/media/ESG\\_German\\_and\\_English\\_2015.pdf](https://www.hrk.de/uploads/media/ESG_German_and_English_2015.pdf) (1.9.2017).

51 Es handelt sich bei ihnen also nicht um europäisches Gemeinschaftsrecht; vgl. Wissenschaftsrat, Empfehlungen zur Akkreditierung als Instrument der Qualitätssicherung (Fn. 3), S. 28.

52 So formuliert es *Hopbach*, European Association for Quality Assurance in Higher Education-ENQA, Handbuch Qualität in Studium und Lehre (Fn. 3), B 3.3, S. 10.

dungsfunktion auf den Akkreditierungsrat stellte sich nun die Frage nach einer Neujustierung seines Verhältnisses zu den Agenturen.

Für die „Betriebserlaubnis“ steht mit dem Register EQAR inzwischen eine etablierte, neutrale europäische Prüfinstanz zur Verfügung. Der Staatsvertrag hält in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 fest, dass Begutachtungen in Programm- und Systemakkreditierungen von einer bei EQAR registrierten und vom Akkreditierungsrat zugelassenen Agentur durchgeführt werden.<sup>53</sup>

An dieser Stelle ist besonders wichtig zu betonen, dass die künftige Zulassung von Agenturen durch den Akkreditierungsrat nicht mit deren vormaliger Akkreditierung gleichzusetzen ist. Alle materiell-inhaltlichen Prüfrechte liegen nicht mehr beim Akkreditierungsrat, sondern gehen auf EQAR über. Die Begründung zum Staatsvertrag spricht daher vom „Verzicht auf die Akkreditierung von Agenturen zugunsten eines formalen Zulassungsverfahrens“<sup>54</sup> auf Basis der EQAR-Registrierung.

Die Zulassung durch den Akkreditierungsrat dient dabei primär der Anbindung der hiezulande tätigen Agenturen an den deutschen Rechtsrahmen, die die Registrierung bei dem als gemeinnütziger Verein nach belgischem Recht organisierten EQAR nicht aus sich selbst heraus herstellen kann.

Als Voraussetzung für die Zulassung benennt der Staatsvertrag entsprechend (Art. 5 Abs. 3 Nr. 5) den „durch die Agentur zu führende[n] Nachweis, dass sie zuverlässig in der Lage ist, die Aufgaben der Begutachtung und der Erstellung des Gutachtens wahrzunehmen; bei den bei dem EQAR registrierten Agenturen wird dies widerlegbar vermutet.“ Die Begründung verweist darauf, dass der Begriff der Zuverlässigkeit „in Analogie zu dem gewerberechtlichen Wirtschaftsverwaltungsrecht“<sup>55</sup> gewählt wurde und dass dieser Begriff von der Rechtsprechung hinreichend definiert und damit als berufsregulierende Regelung zulässig sein dürfte.<sup>56</sup>

Materiell-inhaltliche Prüfungen der Agenturen durch den Akkreditierungsrat im bisherigen Sinn sind damit nicht verbunden. Das Zulassungsverfahren dürfte sich daher in aller Regel auf einen Schriftwechsel zwischen EQAR-registrierter Agentur und Akkreditierungsrat beschränken.

Auf diese Weise wird der Zugang für europäische Agenturen erheblich erleichtert. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Gutachten, sobald es zur Antragstellung der Hochschule beim Akkreditierungsrat kommt, in deutscher Sprache vorliegen müssen.<sup>57</sup>

Konsequenterweise entfällt nicht nur die Akkreditierung der Agenturen durch den Akkreditierungsrat, sondern auch die kontinuierliche Überwachung ersterer durch letzteren sowie die Verpflichtung, Vereinbarungen zur Zusammenarbeit zu schließen (ASG § 3): Alle diesbezüglichen Verflechtungen sind nicht mehr erforderlich, sobald nur noch der Akkreditierungsrat selbst Akkreditierungsentscheidungen trifft und sein Siegel verleiht.

#### IV. Fazit und Ausblick

Das Verhältnis zwischen Akkreditierungsrat und Agenturen steht vor einem grundlegenden Wandel. Die jeweiligen Aufgaben, Funktionen und Rechtsverhältnisse werden dabei durch die Bestimmungen des Staatsvertrags klar beschrieben und deutlich definiert, so dass bislang offene Fragen geklärt sind und Rechtssicherheit hergestellt ist.

Olaf Bartz ist Geschäftsführer und Vorstandsmitglied der Stiftung zur Akkreditierung von Studiengängen in Deutschland. Katrin Mayer-Lantermann ist Volljuristin und arbeitet als Referentin in der Geschäftsstelle der Stiftung.

53 Auf die Sondersituation von Agenturtätigkeiten, die das Staatskirchenrecht berühren, wird hier nicht eingegangen.

54 Begründung zu Art. 3 Abs. 8 Staatsvertrag.

55 Begründung zu Art. 5 Abs. 3 Nr. 5 Staatsvertrag.

56 Ebd.; vgl. auch Immer (Fn. 4), S. 263 ff. zu den Grundrechten der Agenturen nach bisheriger Rechtslage.

57 Verwaltungsverfahrensgesetz NRW, § 23.



# *Patrick A. Neuhaus und Thomas Grünewald*

## *Weiterentwicklung einer bewährten Qualitätssicherung – Die Neuregelung der Akkreditierung*

Mit Blick auf die Neuregelung der Akkreditierung kann vorausgeschickt werden: Die Sicherung und Entwicklung der Qualität in Studium und Lehre ist und bleibt vorrangig Aufgabe der Hochschulen. Eine Rückkehr zur staatlichen Genehmigungspraxis scheint daher ausgeschlossen zu sein. Im Zuge der notwendig gewordenen Neuordnung des deutschen Akkreditierungssystems nutzen die Länder die Chance zu dessen Weiterentwicklung.

### **I. Anlass und Hintergrund für die Neuregelung**

Den Anstoß für die derzeit laufende Neuregelung der Akkreditierung in Deutschland hat das Bundesverfassungsgericht mit seinem von der Fachwelt seit längerem erwarteten Beschluss vom 17. Februar 2016 gegeben.<sup>1</sup> Zwar hatte diese Normenkontrollentscheidung die im Hochschulgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen befindlichen Akkreditierungsregelungen zum Gegenstand, doch wies das Gericht selbst bereits auf die Weiterungen für das Akkreditierungssystem in ganz Deutschland hin.<sup>2</sup> Somit sind alle Länder mit ihren Hochschulgesetzen sowie über die gemeinsam getragene Stiftung zur Akkreditierung von Studiengängen gleichermaßen von der Entscheidung betroffen. Auf die Grundlinien dieser Entscheidung soll im Folgenden jedoch nicht weiter eingegangen werden.<sup>3</sup> Vielmehr soll die Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Mittelpunkt stehen. Dafür ist dem Land Nordrhein-Westfalen eine Frist bis zum 31. Dezember 2017 gewährt worden.

Der Wissenschaftsrat hat in seinen Empfehlungen von 2012 zur „Akkreditierung als Instrument der Quali-

tätssicherung“ bekräftigt, dass ein Hochschulsystem von einer solchen Größe, Komplexität, Differenziertheit und internationalen Vernetzung wie das deutsche, auf formalisierte Verfahren der externen Qualitätssicherung, insbesondere in Studium und Lehre angewiesen sei.<sup>4</sup> Im Europäischen Hochschulraum und vergleichbaren außereuropäischen Ländern sind derartige Verfahren daher mit guten Gründen eingeführt worden.<sup>5</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner jüngsten Akkreditierungsentscheidung letztlich auch keine grundsätzlichen Bedenken gegen eine verbindliche externe Qualitätssicherung geäußert.<sup>6</sup> Insofern stellte sich für die Länder in der Betrachtung dieser Entscheidung nicht die Frage nach dem „Ob“, sondern nur nach dem „Wie“ externer Qualitätssicherung in Lehre und Studium. In der Frage der Ausgestaltung sind zwei Dimensionen zu unterscheiden: Erstens die rechtliche und zweitens die organisatorisch-inhaltliche Form des künftigen Systems. In diesem Sinne haben die Länder in der Kultusministerkonferenz (KMK) beschlossen, die rechtlichen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts im Wege eines ländergemeinsamen Staatsvertrages umzusetzen und zugleich das bestehende System der Qualitätssicherung behutsam weiter zu entwickeln.<sup>7</sup>

### **II. Der Studienakkreditierungsstaatsvertrag**

In Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hat die KMK nach intensiven Beratungen Anfang Dezember 2016 einen Staatsvertragsentwurf verabschiedet, der am 16. März 2017 von den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder einstimmig beschlossen und am 1. Juni 2017 unterzeichnet wurde.<sup>8</sup>

1 BVerfG, Beschl. 17.2.2016 – 1 BvL 8/10, = BVerfGE 141, 143-182.

2 Vgl. BVerfG (Fn. 1), Rn. 88.

3 Vgl. dazu z.B.: *Geis*, Das Bundesverfassungsgericht zur Akkreditierung, *OdW* 2016, 193-202; *Herrmann*, Ja aber... - Klarstellungen aus Karlsruhe zur Akkreditierung von Studiengängen, *WissR* 49 (2016), 3-27; *Quapp*, Zur Zukunft der Studiengangakkreditierung im Licht der aktuellen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, *DÖV* 2017, 271-281.

4 Wissenschaftsrat, Empfehlungen zur Akkreditierung als Instrument der Qualitätssicherung, Köln 2012, S. 70.

5 Vgl. Wissenschaftsrat (Fn. 4), S. 93 ff.

6 BVerfG, Beschl. 17.2.2016 – 1 BvL 8/10, = BVerfGE 141, 143, Rn. 63, 66.

7 Vgl. KMK, Pressemitteilung vom 9.12.2016, „Akkreditierungsstaatsvertrag der KMK sichert größtmögliche Qualität von Studiengängen und Mobilität für Studierende“, <https://www.kmk.org/aktuelles/artikelansicht/akkreditierungsstaatsvertrag-der-kmk-sichert-groesstmoeegliche-qualitaet-von-studiengaengen-und-mobilitaet-fuer-studierende.html> (abgerufen am 11.8.2017).

8 Zum Entwurfstext des „Staatsvertrages über die Organisation eines gemeinsamen Akkreditierungssystems zur Qualitätssicherung in Studium und Lehre an deutschen Hochschulen (Studienakkreditierungsstaatsvertrag)“, der noch in den Ländern ratifiziert werden muss, vgl. etwa: Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 18/0362, <https://www.parlament-berlin.de/ad0s/18/IIIPlen/vorgang/d18-0362.pdf> (abgerufen am 11.8.2017).

Die Entscheidung der Ländergemeinschaft für diese staatsvertragliche Lösung zeigt deutlich, dass sie sich zu einem möglichst einheitlichen System der Qualitätssicherung und Akkreditierung in Deutschland bekennt.

### 1. Wesentliche Leitlinien

Die wesentlichen Elemente des bisherigen Akkreditierungssystems werden mit der Neuregelung übernommen. So wird es weiterhin die beiden bewährten Formate der Programm- und der Systemakkreditierung geben, ebenso wie die sie tragenden Akteure. Die „Stiftung zur Akkreditierung von Studiengängen in Deutschland“ mit Sitz in Bonn wird weiter fortbestehen und zwar als gemeinsame Einrichtung der Länder unter dem neuen Namen „Stiftung Akkreditierungsrat“ (Art. 5 Abs. 1 Studienakkreditierungsstaatsvertrag). Dafür wird das nordrhein-westfälische Stiftungerrichtungsgesetz von 2005<sup>9</sup> entsprechend geändert werden.

Der Staatsvertrag betont die zentrale Verantwortung der Hochschulen für die Qualitätssicherung ihrer Studiengänge bzw. für ihre Qualitätsmanagementsysteme (Art. 1 Abs. 1 S. 1) wie auch das bewährte „Peer reviewing“-Verfahren (Art. 3 Abs. 2). Unterstrichen wird darin zugleich die Ausrichtung des Verfahrens an den bekannten vier Schritten der European Standards and Guidelines (ESG):<sup>10</sup>

1. Antrag der Hochschule,
2. Selbstevaluationsbericht der Hochschule,
3. unabhängiger externer Sachverständiger von Peer Reviewing (Peer Reviewing ist dabei das Einlösen des Anspruchs auf ein wissenschaftliches Verfahren) und
4. Gutachten mit Beschluss- und Bewertungsempfehlungen.

### 2. Die wichtigsten Neuerungen

Dessen ungeachtet haben sich die Länder für eine Reihe wichtiger Weiterentwicklungen entschieden. So wird das Beziehungsgeflecht zwischen Hochschulen, Agenturen und einem neu zusammengesetzten Akkreditierungsrat in einer Reihe zentraler Punkte neu justiert. Besonders bedeutsam ist dabei die neue Rollenverteilung zwischen Akkreditierungsrat und Akkreditierungsagenturen. Die Akkreditierungsentscheidung in Form eines Verwaltungsakts trifft künftig sowohl bei der Programm- als auch bei der Systemakkreditierung zentral der Akkredi-

tierungsrat und nicht mehr die jeweilige Akkreditierungsagentur (vgl. Art. 3 Abs. 5). Dieses Pooling der Entscheidungen beruht auf den vom Wissenschaftsrat bemängelten Reibungsverlusten im Mehrebenensystem der Akkreditierung:<sup>11</sup> Dort finden sich die Akteure KMK (also die Länder), der Akkreditierungsrat, die Akkreditierungsagenturen und „last but not least“ die Hochschulen. Mit der neuen Zentralisierung und den staatlichen Verfahrensregeln wollen die Länder nunmehr zur Effizienzsteigerung sowie zu konsistenteren Entscheidungen beitragen.

Gleichzeitig sollen sich die Hochschulen in den Verfahren der Programm- und Systemakkreditierung weiterhin einer Akkreditierungsagentur bedienen (Art. 3 Abs. 2 S. 2). Dies dient bei der Vielzahl der erwarteten Verfahren nicht zuletzt auch der Entlastung des Rates, der hierdurch entscheidungsreife Unterlagen erhält. Hochschulen und Akkreditierungsagenturen führen das Verfahren autonom und wissenschaftsnah durch. Vertreter der Berufspraxis und Studierende werden wie bisher obligatorisch in die Verfahren der Programm- und Systemakkreditierung einbezogen. Das Verhältnis von Akkreditierungsagenturen und Akkreditierungsrat wird künftig bestimmt durch die Abstufung von Entscheidungsvorbereitung und Entscheidung.

Für die Hochschulen wird es im Verfahren zu einer eindeutigen Trennung zwischen den verschiedenen Verfahrensschritten kommen, die auf der einen Seite das privatrechtliche Verhältnis der Hochschule zur Akkreditierungsagentur und auf der anderen Seite das Verhältnis der Hochschule zum Akkreditierungsrat und dem Erlass des Akkreditats als Verwaltungsakt betreffen.

Darüber hinaus wurde der Wissenschaft zur Gewährleistung der nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts erforderlichen Wissenschaftsmehrheit<sup>12</sup> in fachlich-inhaltlichen Fragen eine strukturelle Mehrheit im Akkreditierungsrat eingeräumt (Art. 9 Abs. 4). Das Besetzungsverfahren für die Gruppe der Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler im Rat liegt gemäß Art. 9 Abs. 2 S. 2 und 3 in den Händen der Hochschulrektorenkonferenz (HRK). Die HRK trägt auch die Verantwortung für die Richtlinien der Gutachterbestellung (Art. 3 Abs. 3 S. 1).

Es erfolgt zudem eine Trennung der Verfahren zur Bewertung der formalen Kriterien (Art. 2 Abs. 2) einerseits und der fachlich-inhaltlichen Kriterien (Art. 2 Abs. 3) andererseits, zu denen auch die Berufsrelevanz

9 Gesetz zur Errichtung einer Stiftung „Stiftung zur Akkreditierung von Studiengängen in Deutschland“ vom 15.2.2005, GV. NRW. S. 45, in Kraft getreten am 26.2.2005.

10 Vgl. Hochschulrektorenkonferenz (HRK), Standards und Leitlinien für die Qualitätssicherung im Europäischen Hochschulraum

(ESG) – Standards and guidelines for quality assurance in the European Higher Education Area (ESG), Beiträge zur Hochschulpolitik 3/2015, Bonn 2015.

11 Wissenschaftsrat (Fn. 4), S. 60 ff.

12 BVerfG (Fn. 1), Rn. 81.

gehört. Allerdings ist das Prinzip des „Peer reviewing“ nur für die fachlich-inhaltlichen Kriterien vorgesehen. Diese Aufteilung dient auch der Verfahrensökonomie: Die formalen Kriterien bedürfen keiner Prüfung durch die Peers, sondern allein der Verifizierung durch die Agenturen. Damit werden die Gutachter von der Prüfung rein formaler Kriterien entlastet.

Das Verfahren der Zulassung von Agenturen findet künftig nur noch formal auf der Basis einer Registrierung im European Quality Register for Higher Education (EQAR) statt (Art. 5 Abs. 3 Nr. 5) und soll den Akkreditierungsrat von der bisher aufwändigen Akkreditierung der Agenturen entlasten sowie eine bessere Öffnung zum europäischen Agenturmarkt ermöglichen.

Über die beiden bekannten Akkreditierungsformate der Programm- und Systemakkreditierung hinaus wird in Art. 3 Abs. 1 Nr. 3 nunmehr auch eine Experimentierklausel verankert, die den Staatsvertrag für den Einsatz alternativer Akkreditierungsinstrumente öffnet und damit zukunftsfest macht.<sup>13</sup>

### 3. Kosten

Hinsichtlich der Kosten der Akkreditierung sieht der Staatsvertrag in Art. 4 Abs. 5 die Möglichkeit vor, im Rahmen von Rechtsverordnungen Regelungen zu den Agenturentgelten zu treffen, um den Ländern zum Beispiel eine Kostenbremse zu ermöglichen. Das Minimalziel wird es sein, die Kosten für die Hochschulen nicht über den bisherigen Stand steigen zu lassen. Vorstellbar sind perspektivisch sogar sinkende Kosten. Dazu können ein wie bisher personell möglichst schlank gehaltenen Akkreditierungsrat, klare und effiziente Verfahren sowie der stärker steigende Anteil systemakkreditierter Hochschulen beitragen. Der Wissenschaftsrat hat nachgewiesen, dass die Kosten pro Studiengang bei der Systemakkreditierung deutlich unter jenen der Programmakkreditierung liegen.<sup>14</sup> Daher sind von der Systemakkreditierung als dem zukünftigen absehbaren de facto-Regelfall positive Effekte für Aufwand und Kosten zu erwarten. Zu diesem Ziel könnten auch großzügigere Akkreditierungs- und Reakkreditierungsfristen als bisher beitragen. Für die Systemakkreditierung spricht jedoch aus Sicht der Qualitätssicherung und -entwick-

lung letztendlich weit mehr als nur die Betrachtung nach Aufwand und Kosten des Verfahrens.

### III. Die Musterrechtsverordnung

Die weitere Ausgestaltung insbesondere der formalen und der fachlich-inhaltlichen Kriterien sowie der Verfahrensregelungen diskutieren die Länder derzeit im Wege der Erstellung einer Musterrechtsverordnung i.S.d. Verordnungsermächtigung in Art. 4 des Studienakkreditierungsstaatsvertrags.

Seit Februar 2017 hat eine länderoffene Arbeitsgruppe unter Federführung des Landes Nordrhein-Westfalen die komplexe Arbeit an einer Musterrechtsverordnung aufgenommen, welche die Grundlage für die von den 16 Ländern jeweils zu erlassenden „Verordnungen zur Regelung des Näheren der Studienakkreditierung“ bilden soll. Die Arbeitsgruppe, der Vertreterinnen und Vertreter fast aller Bundesländer angehören, wird in rasch aufeinander folgenden Sitzungen und Anhörungen einen Vorschlag zur Umsetzung des Staatsvertrages formulieren und diesen Entwurf voraussichtlich bis Herbst 2017 den KMK-Gremien zur Befassung vorlegen.

Das vorrangige Ziel der Arbeitsgruppe besteht darin, einen möglichst einheitlichen rechtlichen Rahmen für alle Bundesländer zu schaffen. Der Staatsvertrag schreibt in Art. 4 Abs. 6 die Einheitlichkeit der Rechtsverordnungen hinsichtlich der Regelungen zu den formalen Kriterien, zu den Sonderregelungen für bestimmte Studienbereiche, zum Verfahren sowie zu den von den Agenturen zu erhebenden Entgelten vor. Allerdings nur soweit dies für die Gewährleistung der staatlichen Verantwortung als Grundlage gegenseitiger Anerkennung und für die Mobilität erforderlich ist. Es wird also jeweils einen ländergemeinsamen Teil sowie gegebenenfalls einen länderspezifischen Teil in den einzelnen Rechtsverordnungen geben.

Inhaltlich wird es in der Musterrechtsverordnung um die operative Ausgestaltung und die Funktionszuweisungen des zukünftigen Akkreditierungssystems gehen. Möglicher Regelungsinhalt der Rechtsverordnungen hinsichtlich der formalen und fachlich-inhaltlichen Kriterien sind unter anderem die ländergemeinsamen Strukturvorgaben der KMK,<sup>15</sup> gegebenenfalls in modifi-

13 Dies entspricht den Empfehlungen des Wissenschaftsrats: Wissenschaftsrat (Fn. 4), S. 83 f.

14 Wissenschaftsrat (Fn. 4), S. 145.

15 Ländergemeinsame Strukturvorgaben für die Akkreditierung von Bachelor- und Masterstudiengängen, Beschluss der

Kultusministerkonferenz vom 10.10.2003 i.d.F. vom 4.2.2010, [https://www.kmk.org/fileadmin/Dateien/veroeffentlichungen\\_beschluesse/2003/2003\\_10\\_10-Laendergemeinsame-Strukturvorgaben.pdf](https://www.kmk.org/fileadmin/Dateien/veroeffentlichungen_beschluesse/2003/2003_10_10-Laendergemeinsame-Strukturvorgaben.pdf) (abgerufen am 11.08.2017).



zierter Form. Die näheren Verfahrensregelungen werden sich wie erwähnt an den ESG orientieren.

#### IV. Schlussbemerkungen

Der neue Staatsvertrag schafft die notwendig gewordene neue Rechtsgrundlage für ein zukunftsfähiges Akkreditierungssystem. Die zugrunde liegenden Leitgedanken lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Die primäre Verantwortung der Hochschulen für Qualitätssicherung und -entwicklung in Lehre und Studium,
- Akkreditierung als externes, wissenschaftsgeleitetes Qualitätssicherungssystem für Studium und Lehre zur Gewährleistung fachlich-inhaltlicher Standards und der Berufsrelevanz der Hochschulabschlüsse,
- die Wahrnehmung der staatlichen Verantwortung für die Gleichwertigkeit einander entsprechender Studien- und Prüfungsleistungen sowie Studienabschlüsse und die Möglichkeit des Hochschulwechsels,
- Programm- und Systemakkreditierung als Akkreditierungsinstrumente sowie die feste Option zur Fortentwicklung der Qualitätssicherung durch Akkreditierung im Wege der Experimentierklausel und

- die Kompatibilität mit den auf europäischer Ebene vereinbarten Standards und Leitlinien für die Qualitätssicherung im europäischen Hochschulraum.

Abschließend kann festgehalten werden, dass sich das „Peer review“ in der Forschung über Jahrzehnte als Verfahren zur Feststellung wissenschaftlicher Leistung entwickelt und bewährt hat. In der Lehre steht das „Peer review“ in Deutschland allerdings noch immer relativ am Anfang, mit allen damit verbundenen Schwierigkeiten. Es wäre daher im Einklang mit dem Wissenschaftsrat zu begrüßen, wenn die wechselseitige, kollegiale Begutachtung der Lehre und ihrer Organisation zukünftig flächendeckend einen vergleichbaren Rang wie in der Forschung erreichte und sich auch auf diese Weise eine im Alltag gelebte Qualitätskultur entwickeln ließe.

Patrick A. Neuhaus ist Persönlicher Referent der Ministerin für Kultur und Wissenschaft des Landes Nordrhein-Westfalen. Dr. habil. Thomas Grünewald war bis Juni 2017 Staatssekretär im Ministerium für Innovation, Wissenschaft und Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen. Dieser Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Meinung der Verfasser wieder.

Volker M. Haug  
*Perspektiven der gemeinsamen Bund-Länder-  
Förderung unter dem neuen Art. 91b GG:  
Chancen und Streitpunkte*

## I. Einleitung

Ende 2014 erließ der verfassungsändernde Gesetzgeber einen neuen Art. 91b GG. Die Bestimmung legitimiert – in Abweichung vom grundsätzlichen Trennungsgebot des Art. 104a Abs. 1 GG (wonach Bund und Länder nur jeweils ihre eigenen Aufgaben finanzieren dürfen und müssen) – gemeinsame Förderaktivitäten von Bund und Ländern im Wissenschaftsbereich. War dies seit 1969 aus Rücksicht auf die Zuständigkeit der Länder für die Hochschulen zunächst auf die Forschungsförderung beschränkt, erfolgte 2006 eine – allerdings nur vorhabenbezogene – Ausweitung auf die Hochschullehre. Erst die jüngste Neufassung des Art. 91b GG schuf die Voraussetzungen für eine zeitlich und thematisch unbegrenzte Bundesförderung nicht nur der Hochschullehre, sondern zugleich der Hochschulen in institutioneller Hinsicht.<sup>1</sup> Die einzige qualitative Hürde stellt das Erfordernis einer überregionalen Bedeutung des Förderungsgegenstandes dar. Betrifft eine Fördermaßnahme schwerpunktmäßig den Hochschulbereich, ist die Zustimmung aller Länder erforderlich (Art. 91b Abs. 1 S. 2 GG).

Die Operationalisierung des Art. 91b GG ist seit 2006 der Gemeinsamen Wissenschaftskonferenz übertragen. Dort wirken die Wissenschafts- und Finanzminister von Bund und Ländern zusammen, um (vorbehaltlich der Billigung durch die Regierungschefs und –chefinnen) die einzelnen Fördermaßnahmen und –programme zu entwickeln sowie deren Finanzierung sicherzustellen.<sup>2</sup> Daher ist es naheliegend, dass die GWK die weitere Ausweitung des Anwendungsbereichs von Art. 91b GG zum Anlass genommen hat, die damit verbundenen neuen

Spielräume abzustecken und mögliche neue Förderungen zu identifizieren. Sie hat deshalb die Staatssekretärsarbeitsgruppe<sup>3</sup> um eine Zusammenstellung der erweiterten Möglichkeiten gebeten. Dieser Auftrag wurde mit der Vorlage des „Berichts zu Möglichkeiten der Anwendung des neuen Artikels 91b im Hochschulbereich“ vom 7.4.2017 erfüllt. Eine Veröffentlichung dieses für die Zukunft des deutschen Wissenschafts- und Hochschulsystems grundlegenden Strategiepapiers ist gleichwohl noch nicht erfolgt. Im Gegenteil wurde der Bericht zunächst als Geheimangelegenheit behandelt, weshalb der Text weder auf informellem Weg noch auf förmliche Geltendmachung der Rechte aus dem IFG durch die OdW-Schriftleitung zu erhalten war: Sowohl die GWK als auch das nordrhein-westfälische Wissenschaftsministerium haben entsprechende Anfragen abschlägig beschieden.<sup>4</sup> Erst das BMBF hat durch die Zurverfügungstellung des Berichts die gesetzlich vorgesehene Transparenz hergestellt.<sup>5</sup>

## II. Wesentlicher Inhalt des „Berichts zu Möglichkeiten der Anwendung des neuen Artikels 91b im Hochschulbereich“ vom 7.4.2017

### 1. Struktur und Themen

Neben der für politische Arbeitspapiere üblichen Betonung der Bedeutung des Gegenstandes der Erörterung (also der Hochschulen und ihrer Förderung durch Bund und Länder, S. 4 f.<sup>6</sup>) enthält der Bericht vor allem eine in fünf (sogenannte) „Leistungsdimensionen“ von Hochschulen eingeteilte Struktur: Lehre, Forschung, Infrastruktur, Transfer und Querschnitts- bzw. spezifische Themen. Anhand dieser fünf Bereiche werden Heraus-

1 Ausführlicher zu dieser Entwicklung mit kritischen Anmerkungen Haug, Die Gemeinsame Wissenschaftskonferenz (GWK): Das zentrale Steuerungsorgan der nationalen Wissenschaftsförderung, OdW 2016, S. 85 (86 f.).

2 Zur Organisation und Arbeitsweise der GWK näher Haug (Fn. 1), S. 85 (91-94).

3 Die Staatssekretärsarbeitsgruppe ist im GWK-Abkommen nicht vorgesehen; dort erfolgt die verwaltungsmäßige Unterstützung der aus Regierungsmitgliedern bestehenden Konferenz durch den Ausschuss, der in der Regel auf Abteilungsleiterebene beschiedet wird (vgl. § 6 Abs. 1 GWKA). Gleichwohl betraut die GWK dieses informelle Gremium immer wieder mit wichtigen Arbeitsaufträgen.

4 Schreiben der Generalsekretärin der GWK vom 19.5.2017 (weil die GWK keine Bundesbehörde sei und deshalb nicht unter das IFG falle) und des Ministeriums für Innovation, Wissenschaft und Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen vom 28.6.2017, Az. 411 (wegen angeblich fehlender Dispositionsbefugnis angesichts der Mitwirkung vieler anderer Ministerien).

5 Schreiben des BMBF v. 4.7.2017, GZ 123-18501/25(2017).

6 Alle Seitenangaben im Text beziehen sich auf den der OdW vom BMBF übersandten Umdruck des „Berichts zu Möglichkeiten der Anwendung des neuen Artikels 91b GG im Hochschulbereich“ vom 7.4.2017.

forderungen beschrieben, bisher Geleistetes referiert und Perspektiven entwickelt, wobei letztere ausdrücklich nicht abschließend zu verstehen sind. Hierbei werden in sechs – teilweise sehr(finanz-)gewichtigen – Fragen klare Meinungsunterschiede zwischen dem Bund einerseits und den Ländern andererseits durch entsprechende Positionsbeschreibungen dokumentiert (was vielleicht ein Grund für die Zurückhaltung der Weitergabe des Berichts gewesen sein mag). Während drei dieser Konfliktfelder zur Leistungsdimension „Forschung“ zählen, betreffen zwei ganz besonders kapitalintensive Streitfragen die Leistungsdimension „Infrastruktur“ (näher dazu unten, Ziff. 3).

Außerdem ordnet das Papier den neuen Art. 91b GG in das grundgesetzliche Kompetenz- und Finanzverfassungsgefüge ein. Allem voran wird der (durch diese Norm freilich stark aufgeweichte) Grundsatz der Länderzuständigkeit für die Hochschulen als „nicht berührt“ betont. Ebenso entschieden wird die Gemeinschaftsaufgabe des Art. 91b GG gegenüber nicht zweckgebundenen Geldtransfers einerseits und Regelungen des Bund-Länder-Finanzausgleichs andererseits abgegrenzt (S. 13 f.). Schließlich erfolgt eine Hervorhebung des fakultativen Charakters dieser Gemeinschaftsaufgabe, die ein Zusammenwirken von Bund und Ländern ermöglicht, ohne aber dazu zu verpflichten (S. 14), bevor die einzelnen Anwendungsvoraussetzungen des Art. 91b GG kurz erörtert werden (S. 15 f.).<sup>7</sup>

## 2. Herausforderungen und unstrittige Perspektiven

### a) Lehre

Die zentrale Herausforderung im Bereich der Lehre war und ist der starke Anstieg der Studienanfänger, deren Zahl sich laut Bericht von 2005 bis 2015 um 40 % erhöht hat (S. 6). Dem hat die GWK – freilich schon unter der alten Fassung des Art. 91b GG (nämlich als zeitlich limitiertes „Vorhaben“) – durch den Hochschulpakt 2020 Rechnung getragen, der im Jahr 2014 mit 3,36 Mrd. € ein starkes Viertel aller Art. 91b-Förderungen (13,05 Mrd. €) ausgemacht hat (S. 11). Weitere Herausforderungen sieht die GWK in der zunehmenden Heterogenität der Studierenden, der steigenden Zahl internationaler Studierender, der „Dynamik, die das Thema Inklusion ausgelöst hat“ und der Erschließung „nichttraditionelle[r] Studierende[r] als Zielgruppe hochschulischer Bildungsangebote“, namentlich durch eine „Akademisierung bisher nicht akademischer Berufe“ (S. 6). Perspektivisch sieht die GWK hierzu die Möglichkeit, die im Hochschulpakt und im Qualitätspakt Lehre zur Verfügung

gestellten Mittel – was wegen des bestimmten Artikels „die“ deren beträchtliche Höhe (von z.B. rund 3,5 Mrd. € in 2014) einschließt – über das Auslaufen der beiden Förderprogramme im Jahr 2020 hinaus „in diesem Sinne für die Hochschulen einzusetzen“ (S. 17). Außerdem könnten Fördermaßnahmen die „Entwicklung innovativer Lehr- und Studienformate“ wie E-Learning oder Blended Learning-Angebote unterstützen und damit beruflich oder familiär gebundenen Menschen ein Studium ermöglichen; ebenso ist angesichts der zunehmenden Bedeutung der Digitalisierung auch eine Unterstützung der Hochschulen „in den Feldern Datenmanagement, Datenanalyse und Datenkuratierung“ ein denkbare Förderthema (S. 18).

### b) Forschung

Im Forschungsbereich wird angesichts zunehmender Komplexität und oft auch Interdisziplinarität von Fragestellungen der Verbundforschung eine erhebliche Bedeutung zugemessen, sowohl hochschulintern als auch institutionenübergreifend. Dies können die Hochschulen jedenfalls dann nicht mehr aus ihrem Bestand leisten, wenn eine internationale Wettbewerbsfähigkeit erreicht werden soll. Hinzu kommen die Belastungen der Hochschulen mit indirekten Kosten bei erfolgreichen Drittmittelinwerbungen. Hier sieht die GWK dank des neuen Art. 91b GG weitergehende Möglichkeiten, weil nun auch eine dauerhafte Förderung von Verbänden zulässig wäre (S. 7). Dieselbe Absicherung ist auch für besonders risikobehaftete Forschung (z.B. Emerging fields) von erheblicher Bedeutung (S. 19). Deshalb kann sich die GWK eine institutionelle Förderung von standort- (garrländer-) und themenübergreifenden Kooperationen zwischen einzelnen oder mehreren Hochschulen einerseits und außeruniversitären Forschungseinrichtungen andererseits vorstellen (S. 20).

### c) Infrastruktur

Neben strittigen Punkten – dazu unten – benennt die GWK den Ausbau der digitalen Infrastruktur als wesentliche Voraussetzung für die Zukunftsfähigkeit der Hochschulen und Universitätsklinika. Denn der digitale Wandel wird sowohl die Ausgestaltung der Lehre als auch die Durchführung von Forschung, die Verfügbarmachung von Forschungsergebnissen und die Anforderungen an Bibliotheken verändern. Der Zugang zu den exponentiell steigenden digitalen Wissensressourcen ist für die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Hochschulen essentiell (S. 7 f.). Auch der weitere Ausbau von Open Access und nationalen Lizenzen sowie die Stärkung der

<sup>7</sup> Näher zu den einzelnen Anwendungsvoraussetzungen von Art. 91b GG n.F. und ihre Auslegungsprobleme vgl. Haug (Fn. 1), S. 85 (87-89).

Daten- und Informationssicherheit sind von erheblicher Bedeutung (S. 22). Hierfür ist schon einiges unternommen worden (Bildungsoffensive für die digitale Wissenschaftsgesellschaft des BMBF, Strategie „Bildung in der digitalen Welt“ der KMK, Einsetzung des Rates für Informationsinfrastrukturen der GWK), wobei der angedachten Einführung einer „Nationalen Forschungsdateninfrastruktur (NFDI)“ besondere Bedeutung zugemessen wird (S. 8). Besondere weitere Förderpotentiale erkennt der GWK-Bericht in der Nachhaltigstellung erfolgreicher Kooperationsprojekte überregionaler und internationaler Art sowie in der Förderung technischer Infrastrukturen von überregionaler Bedeutung, z.B. in Form überregionaler Kompetenzzentren und -netze (S. 22 f.). Aber auch eine Weiterentwicklung der Förderung von Forschungsbauten und Großgeräten soll in Betracht kommen. Dabei geht es nicht nur um eine mögliche Erhöhung der zur Verfügung gestellten Mittel, sondern auch um die Ertüchtigung bestehender Forschungsbauten und die Förderung von Bauten für angewandte Forschung an Fachhochschulen (S. 21 f.).

#### d) Transfer

Unter Bezugnahme auf ein Positionspapier des Wissenschaftsrates, wonach die möglichen Potenziale an „Ideen-, Wissens- und Technologietransfer“ aus den Hochschulen in die Gesellschaft noch nicht ausgeschöpft sind (S. 9),<sup>8</sup> sieht die GWK über die bereits bestehende Förderinitiative „Innovative Hochschule“ hinaus Anlass, diesen Bereich – auch bezüglich nichttechnologischer Wissenschaftsdisziplinen – stärker zu fördern (S. 23). Dies gilt etwa für von Hochschulen bereits gegründete regionale Netzwerke und Zentren von nationaler und internationaler Bedeutung, die bislang aber nur befristet eingerichtet sind. Hier könnte eine nachhaltige Förderung von Bund und Ländern zur Stärkung von Innovationen und der Verwertung von Forschungsergebnissen „durch Validierung und die gezielte Weiterentwicklung bis zu deren Anwendbarkeit“ beitragen (S. 24).

#### e) Querschnitts- und spezifische Themen

Besondere Herausforderungen im Querschnittsbereich sieht der Bericht in der Weiterentwicklung der Internationalisierung der Hochschulen, in der Gestaltung attraktiver Karrierewege und Beschäftigungsverhältnisse (die den Betroffenen Planungssicherheit ermöglichen) sowie in der Erreichung eines ausgeglicheneren Geschlechterverhältnisses insbesondere in wissenschaftlichen Füh-

rungspositionen. Hinzu benennt der Bericht als spezifische Themen die Rekrutierungsschwierigkeiten der Fachhochschulen für ihren Professurenachwuchs, den Erhalt der Kleinen Fächer und die Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit der Universitätsmedizin (S. 9 f.). Um hier zu Verbesserungen zu gelangen, erwägt das Papier eine institutionelle Förderung von Hochschulen hinsichtlich ihrer Internationalisierungsstrategie (S. 24) und eine Förderung der Fachhochschulen zur Stärkung deren Rolle „im (regionalen) Innovationssystem“, indem diesen eine „langfristige strategische und fachliche Profilierung in Lehre, Transfer und angewandte Forschung und Entwicklung“ ermöglicht wird (S. 25). Bezüglich der Karrierewege und der Chancengerechtigkeit beschränkt sich der konsensuale Teil des Berichts auf die bereits eingeleiteten Maßnahmen (Bund-Länder-Programm zur Förderung des Wissenschaftlichen Nachwuchses – Tenure-Track-Programm; Professorinnenprogramm), während zugunsten des Erhalts der Kleinen Fächer langfristig finanzierte Sicherungsmaßnahmen (durch „Erprobung von exemplarischen Instrumenten, Maßnahmen und Strukturmodellen“) für denkbar gehalten werden (S. 25 f.). Zur Stärkung der Universitätsmedizin erwägt das Papier „wirkungsvolle Maßnahmen zur strukturellen Verbesserung“ und „eine Weiterentwicklung der Forschungsförderung in diesem Bereich“ (S. 26 f.).

### 3. Konflikte zwischen Bund und Ländern

#### a) in der Leistungsdimension „Forschung“

Der erste Konfliktpunkt im Forschungsbereich betrifft die Förderung thematischer Zentren an einzelnen Hochschulen. Aus Sicht der Länder benötigen solche interdisziplinären Leistungsbereiche quer zu den Fakultäts-/Fachbereichsstrukturen zur Erlangung einer internationalen Wettbewerbsfähigkeit eine dauerhafte Förderung nach Art. 91b GG (S. 18 f.). Der Bund hingegen möchte sich an Finanzierungen innerhalb einzelner Hochschulen nicht beteiligen und verortet dies im primären Interesse des jeweiligen Sitzlandes. Er verweist zudem darauf, dass dies bereits im Zusammenhang mit der Exzellenzstrategie diskutiert und zugunsten anderer Förderformate verworfen worden sei (S. 19).<sup>9</sup> Für den Bund ist daher – s.o., Forschung – der Standort- oder (noch besser) länderübergreifende Charakter solcher Zentren eine maßgebliche Voraussetzung für die Förderung nach Art. 91b GG.

<sup>8</sup> Positionspapier des WR „Wissens- und Technologietransfer als Gegenstand institutioneller Strategien“ (Drs. 5665-16) vom Oktober 2016, S. 7 f.

<sup>9</sup> Zur Exzellenzstrategie vgl. den Bericht von Haug, Exzellenzinitiative zum Dritten!, OdW 2016, 187 ff.

Einen weiteren forschungsbezogenen Konfliktpunkt stellt die Forderung der Länder nach einer Verstetigung und Ausweitung der derzeit bis 2020 befristeten DFG-Programmpauschalen dar. Zur Begründung verweisen die Länder auf die segensreichen Auswirkungen der Programmpauschalen zur Abdeckung der indirekten Kosten (S. 20 f.). Aus Sicht des Bundes sind diese Fragen der schon nach dem alten Art. 91b GG möglichen Projektförderung zuzuordnen. Bezüglich der DFG sei die Verstetigung daran gescheitert, dass die Programmpauschalen allein vom Bund bezahlt werden und die Länder nach 2020 nicht zur DFG-üblichen Kostenteilung von Bund und Ländern (58:42) bereit waren (S. 21).

Schließlich wünschen sich die Länder eine Verlängerung des „sehr erfolgreichen“ Pakts für Forschung und Innovation (PFI), durch den die institutionelle Förderung der gemeinsam finanzierten außeruniversitären Wissenschaftseinrichtungen verlässlich gesteigert wurde (2006-2010 um 3 %, 2011-2015 um 5 % und 2016-2020 wieder um 3 %). Während aber die Kostensteigerungen von 2006-2015 von Bund und Ländern gemeinsam (entsprechend ihres generellen Verteilungsschlüssels)<sup>10</sup> getragen wurden, trägt der Bund die 3 %-Steigerungen seit 2016 allein. Eine denkbare Fortsetzung des PFI ist für den Bund nur dann möglich, wenn die Länder die Steigerungen wieder schlüsselanteilig mitfinanzieren (S. 21).

#### b) in der Leistungsdimension „Infrastruktur“

Angesichts des erheblichen Sanierungsstaus im allgemeinen Hochschulbau (den die KMK auf rd. 29 Mrd. € für die Hochschulen und 12 Mrd. € für die Universitätsklinika im Zeitraum 2017-2025 beziffert)<sup>11</sup> plädieren die Länder im GWK-Papier für die Auflegung von übergreifenden „Programmen zur Ertüchtigung von Hochschulbauten zum Erreichen erforderlicher baulicher Standards“ im Rahmen der gemeinsamen Förderung nach Art. 91b GG (S. 7, 22). Zur Begründung verweisen sie auf die gestiegenen Studierendenzahlen und die Umstellung auf Bachelor/Master (S. 22). Der Bund lehnt dies kategorisch ab und macht dafür vor allem verfassungsrechtliche Gründe geltend. Mit der im Rahmen der Föderalismusreform II im Jahr 2006 erfolgten Einstellung der obligatorischen Gemeinschaftsaufgabe des allgemeinen Hochschulbaus sei diese Aufgabe in die alleinige Länderzuständigkeit übergegangen, wofür die Länder vom

Bund bis 2019 die Entflechtungsmittel in Höhe von 695 Mio. € p.a. nach Art. 143c GG erhalten und ab 2020 zusätzliche Umsatzsteueranteile bekommen sollen (S. 12 f.). Würde man nun im Rahmen des neuen Art. 91b GG wieder den allgemeinen Hochschulbau (teil-)finanzieren, stelle dies eine Umgehung der Aufhebung von Art. 91a GG a.F. im Jahr 2006 dar. Die Länder negieren dagegen eine solche Sperrwirkung von Art. 143c GG zu Art. 91b GG. Vielmehr handele es sich beim Hochschulbau ebenso um eine in die Länderzuständigkeit fallende Hochschulangelegenheit wie alle anderen von Art. 91b GG geförderten Bereiche. Die Abschaffung von Art. 91a GG a.F. betreffe zudem die damalige obligatorische Gemeinschaftsaufgabe, während eine Förderung des Hochschulbaus nach Art. 91b GG fakultativ sei. Es bedürfe nur eines entsprechenden politischen Willens (S. 13), der freilich auf Bundeseite erkennbar fehlt.

Ebenso umstritten ist die Förderfähigkeit der „sozialen Infrastruktur“ nach Art. 91b GG n.F. Aus Sicht der Länder zählen zwar nicht „Bauten der studentischen Fürsorge wie Wohnheime und Mensen“ – was auch die Entwurfsbegründung zur Änderung von Art. 91b GG zum Ausdruck bringt<sup>12</sup> – zum Fördergebiet dieser Gemeinschaftsaufgabe, allerdings sehr wohl „inkludierende Maßnahmen für Studierende mit Behinderung oder chronischer Erkrankung“, „unterstützende Maßnahmen für Studierende mit Kindern, Einrichtungen beratend-fördernden Charakters oder eine Förderung allgemein der geistigen, gesundheitlichen, musischen, kulturellen und sportlichen Interessen der Studierenden“, da dies alles einen „deutlichen Lehr- und Lernbezug“ habe. Zudem sei auch der Bund durch die UN-Behindertenkonvention gebunden, die die „Förderung von Teilhabechancen von Menschen mit Behinderungen an akademischer Bildung“ anspreche. Der Bund lehnt dies mit dem nicht näher begründeten Hinweis ab, dass der „Ausbau der sozialen Infrastruktur“ nicht unter Art. 91b GG falle (S. 23).

#### c) in der Leistungsdimension „Querschnittsthemen“

Schließlich setzen sich die Länder dafür ein, dass im Rahmen von Art. 91b GG auch „strukturbildende Akzente“ für einen als notwendig angesehenen Ausbau von gesellschaftlich anerkannten Dauerstellen in Forschung

10 Bund/Länder-Schlüssel: DFG (58/42), MPG (50/50), WGL (50/50), FhG (90/10), HGF (90/10) – vgl. näher Haug (Fn. 1), S. 85 (90) mit Nachweisen.

11 Die Länder nehmen insoweit Bezug auf den KMK-Beschluss „Soziale Bauten für leistungsfähige Hochschulen – Wege zum Abbau des Sanierungs- und Modernisierungsstaus im Hochschulbereich“ v. 11.2.2016, S. 3 f.

12 BT-Drs. 18/2710, S. 7 (zumindest „grundsätzlich“).

und Lehre gesetzt werden (S. 25). Aus Sicht des Bundes können Dauerstellenkonzepte dagegen „nur einrichtungsspezifisch ermittelt und entwickelt“ werden, weshalb diese Aufgabe „Sache jeder einzelnen Hochschule“ (S. 26) und damit nicht der Bund-Länder-Förderung nach Art. 91b GG sei.

### III. Fazit

Das Papier hält einen Mittelkurs zwischen einem soliden „Weiter so“ bezüglich bewährter Förderungen (einschließlich kleinerer Weiterentwicklungen) einerseits und innovativen Ideen und Ansätzen für neue Fördermöglichkeiten andererseits. Damit ist es (wegen seiner administrativ geprägten Provenienz wenig überraschend) deutlich eher als evolutionär als revolutionär einzustufen. Bemerkenswerter als die konsensual identifizierten Förderpotenziale sind deshalb die in Umfang und Reichweite durchaus erheblichen und grundsätzlichen Meinungsunterschiede zwischen Bund und Ländern bezüglich der Möglichkeiten des neuen Art. 91b GG. Dabei fällt in der Tendenz auf, dass es die Länder sind,

die auf ein eher extensives Verständnis des Anwendungsbereichs von Art. 91b GG dringen, während der Bund in den strittigen Feldern entweder rechtlich oder politisch keine Förderungsperspektive sehen will. Es ist nicht zu verkennen, dass die mit der Erweiterung des Anwendungsbereichs dieser Norm verbundenen Hoffnungen und Erwartungen auf Länderseite zumindest in Teilen enttäuscht werden. Denn der Bund möchte offensichtlich vermeiden, in das graue Alltagsgeschäft der allgemeinen und mitunter kleinteiligen Hochschulfinanzierung der Länder hineingezogen zu werden, weil er dort wohl wenig politischen Gestaltungs- und Profilierungsspielraum sieht. Deshalb spricht viel dafür, dass er seine Ressourcen auf die überregional wie wissenschaftspolitisch besonders wahrnehmbaren „Leuchtturm“-Förderungen konzentrieren will.

Volker M. Haug ist Honorarprofessor im Institut für Volkswirtschaftslehre und Recht der Universität Stuttgart. Seine wissenschaftlichen Arbeitsschwerpunkte liegen im Partizipations-, Hochschul-, Medien- und Verfassungsrecht.



# Benjamin Unger

## *Möglichkeiten und Grenzen der Anfechtbarkeit juristischer (Staats-)Prüfungen*

Die Dissertation „Möglichkeiten und Grenzen der „Anfechtbarkeit juristischer (Staats-) Prüfungen“ wurde an der Universität Passau erstellt. Betreut wurde diese Arbeit von Prof. Dr. Müller-Terpitz.

### **I. Einführung**

Die Dissertation geht eingehend der Frage nach, ob und inwieweit und mit welchen Mitteln der Prüfling außergerichtlich und/oder gerichtlich – mit Aussicht auf Erfolg – gegen ihn belastende Prüfungsentscheidungen vorgehen kann.

Im Rahmen dieser Untersuchung erfolgt eine Auseinandersetzung mit dem einschlägigen materiellen (Prüfungs-) und Prozessrecht und vor allem dessen Auslegung und Anwendung in Rechtsprechung und Literatur. Dabei wird auch die (Fort-) Entwicklung der prüfungsrechtlichen Dogmatik seit der „*Juristenentscheidung*“ des Bundesverfassungsgerichtes vom 17.4.1991, die mit der Anerkennung eines „Antwortspielraums“ des Prüflings in Fachfragen und der Notwendigkeit einer verwaltungsinternen Kontrolle der Prüfungsentscheidung (formal) zu einer wesentlichen Verbesserung der Rechtsstellung des Prüflings geführt hat, aufgezeigt. Hier wird nachgewiesen, dass die Umsetzung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichtes durch die instanzgerichtliche Rechtsprechung in einer Art und Weise erfolgt ist, die im Ergebnis dazu führt, dass die heutige Rechtsposition des Prüflings gegenüber dem status quo kaum gestärkt worden ist. Die Gründe dafür werden ebenso aufgezeigt wie mögliche Wege zu einer Verbesserung der Rechtsstellung des Prüflings. Hervorzuheben ist insoweit die Neuziehung der Grenzen des Bewertungsspielraums durch die Übertragung des Modells der rationalen Abwägungskontrolle auf das Prüfungsrecht und die Entwicklung abgesenkter bzw. gesteigerter Anforderungen für die Einleitung und Durchführung des Überdenkungsverfahrens auf der Grundlage einer neuen Dogmatik.

### **II. Rechtsgrundlagen des Juristenausbildungs- und Prüfungsrechts**

Nach einer Einführung in den Gegenstand und Gang der Untersuchung in den Kapiteln 1 und 2, in welcher dem Leser im Wesentlichen mitgeteilt wird, dass sich deren Gliederung an dem tatsächlichen Ablauf einer Prüfungsanfechtung orientiert, werden im dritten Kapitel der Arbeit zunächst die Rechtsgrundlagen des Juristenausbildungs- und Prüfungsrechts vorgestellt.

#### 1. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Entsprechend der Normenhierarchie werden zunächst die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Prüfungswezens herausgearbeitet.

Als maßgebliche Determinationsquellen für dessen einfach-rechtliche Ausgestaltung sind hier die Art. 12 Abs. 1 Satz 1, Art. 3 Abs. 1, 19 Abs. 4 Satz 1 sowie Art. 20 Abs. 3 GG zu benennen. Eine schlechthin konstituierende Bedeutung kommt insoweit dem Grundrecht der Berufsfreiheit zu, dem die das Justizausbildungs- und Prüfungsrecht im Wesentlichen prägenden verfassungsrechtlichen Vorgaben entnommen werden können.

Im Ausgangspunkt ist zunächst festzustellen, dass die erfolgte Reglementierung des Zugangs zu den juristischen Berufen einen Eingriff in die von Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG garantierte Berufswahlfreiheit in Form einer subjektiven Zulassungsschranke darstellt. Dieser lässt sich grundsätzlich rechtfertigen, da die vorgesehenen Berufszugangsprüfungen das Ziel der Eignungs- und Bestenauslese zum Erhalt einer funktionierenden Rechtspflege als überragend wichtiges Gemeinschaftsgut verfolgen. Im Hinblick auf die sich aus der Wesentlichkeitslehre ergebenden Anforderungen müssen aber die konstituierenden Merkmale der den Berufszugang beschränkenden Regelungen vom parlamentarischen Gesetzgeber vorgegeben werden. Als weiteres Erfordernis für die Rechtmäßigkeit der freiheitsbeschränkenden Berufszugangsprüfungen ergibt sich die Notwendigkeit,



dass die Ausgestaltung des Prüfungsverfahrens und die Bestimmung der Prüfungsinhalte in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht für alle um den Berufszugang konkurrierenden Kandidaten zur Ermittlung ihrer wahren Kenntnisse und Fähigkeiten geeignet, erforderlich und angemessen gewesen ist und die unter diesen Bedingungen gezeigten Prüfungsleistungen zutreffend bewertet worden sind.

Ausgehend von diesen Prämissen kann aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG ein Anspruch des Prüflings auf eine „richtige“ Prüfungsentscheidung abgeleitet werden, dessen Erfüllung Vorkehrungen rechtlicher und tatsächlicher Art für das Verfahren der Ermittlung der Prüfungsleistung, deren Bewertung und Überprüfung erfordert. Dieses Grundrechtverständnis erlaubt es, den von der Rechtsprechung ursprünglich allein aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleiteten und inhaltlich eine (formal) gleiche Chance aller Prüflinge beim Erwerb der Berufszugangsberechtigung einfordernden Grundsatz der Chancengleichheit bereits unmittelbar aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG abzuleiten.

Weiter lässt sich aus dem in Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG wurzelnden Gebot der „Richtigkeit“ der Prüfungsentscheidung eine Reihe allgemeiner Bewertungsvorgaben einschließlich der bislang anerkannten „allgemeinen Bewertungsgrundsätze“ ableiten (Gebot der Verhältnismäßigkeit der Prüfungsanforderungen, Verbot der Anstellung sachfremder Erwägungen, angemessene Gewichtung der positiven und negativen Leistungsaspekte, Gebot der Sachlichkeit unter dem Aspekt der Freihaltung des Bewertungsprozesses von übermäßigen Emotionen, Gebot der Anerkennung des „Antwortspielraums“ des Prüflings in Fachfragen, nach dem eine vertretbare und mit gewichtigen Gründen folgerichtig begründete Lösung nicht als falsch bewertet darf).

Es ist aber zu bedenken, dass die aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG ableitbaren materiell-rechtlichen Bewertungsvorgaben nicht notwendigerweise dem Umfang der (gerichtlichen) Kontrolle der Prüfungsentscheidung entsprechen (müssen). So geht die ganz herrschende Meinung im Bereich der „prüfungsspezifischen Wertungen“, zu denen etwa die angemessene Gewichtung der Leistungsaspekte gehört, von einer Diskrepanz der an den Prüfer gerichteten Handlungsvorgaben und der zur Verfügung stehenden (objektiven) Kontrollnormen aus. Diese Annahme hat die Anerkennung eines Bewertungsspielraums des Prüfers und zur Folge, dass eine Kontrolle der „Richtigkeit“ der Prüfungsentscheidung unterbleibt. Das dadurch entstehende Rechtsschutzdefizit muss entsprechend der Forderung des Bundesverfas-

sungsgerichtes durch eine verwaltungsinterne Kontrolle der Prüfungsentscheidung kompensiert werden, da der Prüfling nämlich gestützt auf die prozedurale Gewährleistungskomponente des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG die Bereitstellung eines Verfahrens zur effektiven Durchsetzung der materiellen Grundrechtsverbürgungen beanspruchen kann. Daher kann der Prüfling auch – zur Gewährleistung eines angemessenen Grundrechtsschutzes durch Verfahren – die Einräumung all derjenigen (Neben-) Rechte verlangen, deren er bedarf, um sein Hauptrecht auf eine „richtige“ Prüfungsentscheidung außegerichtlich und/oder gerichtlich mittels der Erhebung substantiiertter Einwände gegen die ihr zugrundeliegenden Einzelbewertungen durchsetzen zu können (Begründungsanspruch, Akteneinsichtsrecht).

Bei der Ableitung des Chancengleichheitsgrundsatzes unmittelbar aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG hat Art. 3 Abs. 1 GG für die Ausgestaltung des Prüfungswesens kaum noch eigenständige Bedeutung. Auch der Heranziehung des Art. 20 Abs. 3 GG bedarf es an sich nicht, da sich insbesondere das Gebot der Verhältnismäßigkeit der Prüfungsanforderungen bereits unmittelbar aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG ableiten lässt.

Mit Blick auf die Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG entnommenen prozeduralen Gewährleistungen ergeben sich Überschneidungen mit dem Gewährleistungsbereich des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG. Innerhalb ihres Anwendungsbereichs, d.h. der Garantie eines effektiven *gerichtlichen* Rechtsschutzes, geht die Rechtsschutzgarantie aber Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG vor. Soweit eine (gerichtliche) Kontrolle der „Richtigkeit“ der Prüfungsentscheidung unterbleibt, stellt dies keine Verletzung der Rechtsschutzgarantie dar, wenn eine hinreichende verwaltungsinterne Überprüfung der Prüfung stattgefunden hat. Damit lässt sich der Anspruch auf die Durchführung eines Überdenkungsverfahrens zur Kompensation der Lücke im gerichtlichen Rechtsschutz auch aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ableiten.

## 2. Einfach-rechtliche Grundlagen

Im Anschluss an die Darstellung der verfassungsrechtlichen Grundlagen des Prüfungswesens wird im vierten Kapitel der Arbeit der sich aus den einfach-rechtlichen Rechtsgrundlagen (Deutsches Richtergesetz, Juristenausbildungsgesetze- und Prüfungsordnungen, Hochschulgesetze, universitäre Satzungen) ergebende Inhalt der Juristenausbildung und der vorgesehenen Prüfungen dargestellt und an den verfassungsrechtlichen Ausgestaltungsvorgaben gemessen. Im Schwerpunkt wird dabei auf die Neuerungen eingegangen, die sich durch das jüngste Juristenausbildungsreformgesetz ergeben haben.

#### a) Ausgestaltung der Zwischenprüfung und ihre Bewertung

Dementsprechend steht zunächst die neue Zwischenprüfung im Fokus, die mit der erstmaligen Einführung der universitären Schwerpunktbereichsprüfung aus hochschulrechtlichen Gründen erforderlich geworden ist. Deren Ausgestaltung steht in allen Bundesländern im Wesentlichen im freien Belieben der Universitäten, da es insoweit ganz überwiegend an jeglichem parlamentarischen (Rahmen-) Vorgaben fehlt.

Dies hat zur Folge, dass die erste Berufszugangshürde von den Universitäten weitgehend in Alleinverantwortung errichtet wird. Zudem gibt es selbst innerhalb eines Bundeslandes hinsichtlich Art und Inhalt der zu erbringenden Zwischenprüfungsleistungen vielfach große Unterschiede.

Dieser Befund erscheint mit Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG unvereinbar. Auch bei gebotener Anerkennung der Satzungsautonomie der Universitäten müssen die für die Grundrechtsausübung wesentlichen Entscheidungen vom parlamentarischen Gesetzgeber getroffen werden. Infolgedessen müssen von den Landesparlamenten zumindest die wesentlichen Eckpunkte für die Zwischenprüfung etwa in Form der Festlegung der Art und des Inhalts der zur erbringenden Prüfungsleistungen festgelegt werden. Anderenfalls kann auch die Chancengleichheit der Kandidaten innerhalb eines Bundeslandes nicht gewährleistet werden.

Im Übrigen ist nach einer bundesweiten Analyse des Inhalts der einschlägigen Zwischenprüfungsordnungen eine erhebliche Varianzbreite hinsichtlich der Art und Anzahl der zu erbringenden Prüfungsleistungen sowie des Prüfungsinhalts zu konstatieren. Dieses Ergebnis erscheint mit dem bundesrechtlichen Gebot der Einheitlichkeit der Leistungsanforderungen (§ 5 Abs. 1 Satz 2 DRiG), das richtigerweise auch auf die Zwischenprüfung zu erstrecken ist, unvereinbar.

Soweit als weiteres Auswertungsergebnis festzustellen ist, dass mündliche Prüfungsleistungen überwiegend nicht vorgesehen sind, bleibt damit zunächst der Regelungsauftrag des Reformgesetzgebers unerfüllt, (auch) in der Zwischenprüfung die Schlüsselqualifikationen zu berücksichtigen. Der mögliche Ausschluss des Kandidaten vom Berufszugang allein aufgrund unzureichender schriftlicher Prüfungsleistungen ist aber vor allem auch mit dem Gewährleistungsgehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG unvereinbar, weil es ihm verwehrt bleibt, diese durch bessere mündliche Leistungen zu kompensieren.

Keinen rechtlichen Bedenken begegnet es demgegenüber, dass die Zwischenprüfungsleistungen überwiegend nur von einem Prüfer bewertet werden, da das Zwei-Prüfer-Prinzip zu keinem Objektivitätsgewinn bei der Bewertung führt. In diesem Fall gewinnt aber die verwaltungsinterne Kontrolle der Prüfungsentscheidung zur Gewährleistung eines angemessenen Grundrechtsschutzes durch Verfahren an Bedeutung. Hier ergibt sich die Besonderheit, dass aufgrund des gestreckten Prüfungsverfahrens bei der Zwischenprüfung zwischen der Bekanntgabe der Einzelbewertungen und dem Ergehen des Zwischenprüfungsbescheides auf deren Grundlage ein erheblicher Zeitraum liegen kann. Zur Gewährleistung einer effektiven verwaltungsinternen Kontrolle der Prüfungsentscheidung ist es daher entsprechend der Regelung in einigen Zwischenprüfungsordnungen erforderlich, diese zweistufig auszugestalten. Das heißt, dass dem Prüfling zunächst eine Remonstrationsmöglichkeit beim Veranstaltungsleiter zum Zwecke des (zeitnahen) Überdenkens der Bewertung eröffnet werden und er unabhängig von ihr daneben die Möglichkeit haben muss, im Rahmen eines späteren Widerspruchs gegen den Zwischenprüfungsbescheid eine Überprüfung seiner Rechtmäßigkeit zu erreichen.

#### b) Ausgestaltung der Schwerpunktbereichsprüfung und ihre Bewertung

Die vorzufindende Ausgestaltung der Schwerpunktbereichsprüfung wirft ganz ähnliche rechtsgrundsätzliche Fragen und Probleme auf wie diejenige der Zwischenprüfung. Auch insoweit ist nämlich festzustellen, dass es teilweise an jeglichen parlamentarischen Direktiven fehlt. Damit haben die Bundesländer zunächst den ihnen vom Bund erteilten Auftrag, das Nähere der Schwerpunktbereichsprüfung zu regeln, nicht erfüllt. Vor allem aber ist das weitgehende Fehlen parlamentarischer Ausgestaltungsdirektiven mit den Vorgaben der Wesentlichkeitslehre offenkundig unvereinbar. Soweit die legislative Zurückhaltung der Landesgesetzgeber zu teilweise sehr unterschiedlichen Regelungen innerhalb eines Bundeslandes geführt hat, sind zudem wiederum die Chancengleichheit der Kandidaten und das Einheitlichkeitsgebot nicht gewahrt.

Bedenken begegnet die Ausgestaltung der Schwerpunktbereichsausbildung und -Prüfung weiter insoweit, als bereits das Fehlen (vertiefter) Kenntnisse in einem Teilbereich der Rechtswissenschaft zum Ausschluss vom Berufszugang führen kann. Daraus ergeben sich jedenfalls besondere Anforderungen für die (konkrete) Aus-

gestaltung der Ausbildungs- und Prüfungsinhalte, die eine hinreichend sichere Grundlage für das zu fällende Befähigungsurteil darstellen müssen.

Zuzustimmen ist im Ergebnis auch der Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes, nach der zur Vermeidung eines Systembruchs (auch) bei den schriftlichen Prüfungsleistungen eine Kompensationsmöglichkeit vorgesehen werden muss. Vor allem aber besteht aus verfassungsrechtlichen Gründen die Notwendigkeit, dem Prüfling die Möglichkeit einzuräumen, Defizite in den schriftlichen Prüfungsleistungen durch bessere mündliche Prüfungsleistungen auszugleichen.

### c) Ausgestaltung der staatlichen Prüfungen und Bewertung

Zum Abschluss des vierten Kapitels erfolgt noch eine kurze Auseinandersetzung mit der Ausgestaltung der staatlichen Prüfungen, die weit weniger Rechtsfragen und -probleme aufwerfen als die universitären Prüfungen. Soweit aber festzustellen ist, dass in einigen Bundesländern in den Juristenausbildungsgesetzen keine parlamentarischen Leitentscheidungen im Sinne substantieller Regelungen getroffen worden sind, ist auch dies mit den Vorgaben der Wesentlichkeitslehre nicht in Einklang zu bringen.

Im Übrigen stellt die Bestehensregelung in Rheinland-Pfalz, nach der die Zulassung zur mündlichen Prüfung mindestens ausreichende schriftliche Prüfungsleistungen voraussetzt, im Vergleich zu den Bestehensregelungen in den anderen Bundesländern unter dem Aspekt des Einheitlichkeitsgebots einen Systembruch und eine Verletzung des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG im Hinblick auf die fehlende Kompensationsmöglichkeit dar.

### III. Mögliche Angriffsgegenstände und vorprozessuale Rechtsschutzmöglichkeiten im Überblick

Im fünften Kapitel der Untersuchung werden die belastenden Prüfungsentscheidungen, die in dem jeweiligen Ausbildungs- und Prüfungsabschnitt auf der Grundlage der zuvor dargestellten Regelungen ergehen können, sowie die dem Prüfling hiergegen vorprozessual eröffneten Rechtsschutzmöglichkeiten im Überblick aufgezeigt.

Der in erster Linie streitgegenständliche Bescheid über das Nichtbestehen der Zwischen-, Schwerpunktbereichs-, staatlichen Pflichtfach- oder Zweiten juristischen Staatsprüfung stellt nach allen Ansichten einen Verwaltungsakt dar. Entsprechend einzuordnen ist aber auch der Bescheid über das Bestehen der juristischen

(Staats-) Prüfungen mit einer bestimmten Note, da entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung mit diesem verbindlich festgestellt wird, dass die Prüfung nicht besser als mit der ausgewiesenen Note bestanden worden ist. Daher kann der Prüfling gegen den jeweiligen (Nicht-) Bestehensbescheid Widerspruch einlegen, sofern ihm diese Möglichkeit nach den einschlägigen landesgesetzlichen Regelungen eröffnet ist. Dies ist nur in Bayern beim Vorgehen gegen die Ergebnisse der jur. Staatsprüfungen nicht der Fall, da hier zur Durchführung der vom Bundesverfassungsgericht geforderten verwaltungsinternen Kontrolle der Prüfungsentscheidung ein eigenständiges Nachprüfungsverfahren eingeführt worden ist.

Ist – wie im Regelfall – ein Widerspruch gegen die Prüfungsentscheidung statthaft, erfolgt die gemäß § 68 VwGO gebotene Kontrolle der Recht- und Zweckmäßigkeit des Prüfungsbescheides bzw. der ihm zugrundeliegenden Einzelbewertungen in einer Art Kooperationsverhältnis zwischen den Prüfern und dem Prüfungsamt. Im Rahmen desselben obliegt dem Prüfungsamt die (abschließende) Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Prüfungsentscheidung, während die Überprüfung ihrer Zweckmäßigkeit durch die Prüfer in Form des Überdenkens der Einzelbewertungen erfolgt.

Dieses Kooperationsverhältnis wird bei der Überprüfung der universitären Prüfungsentscheidungen deutlich, wenn dort die verwaltungsinterne Kontrolle im Rahmen eines zweistufigen Verfahrens erfolgt. In diesem Fall hat auch der Streit um die Frage, ob die Bewertung einer einzelnen Prüfungsleistung, die in den späteren Gesamtbescheid eingeht, Verwaltungsaktqualität hat, keinerlei praktische Bedeutung.

Für die staatlichen Prüfungen gilt dies ohnehin, da hier im Regelfall die Bekanntgabe der Einzelbewertungen mit der Bekanntgabe des Gesamtergebnisses zeitlich zusammenfällt. Im Übrigen beantwortet sich die Frage der Verwaltungsaktqualität von Einzelleistungen nach der zutreffenden Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes allein nach der Ausgestaltung der jeweiligen Prüfungsordnung.

### IV. Möglichkeiten und Grenzen der (gerichtlichen) Kontrolle der Prüfungsentscheidung

Das sechste Kapitel, das sich den Möglichkeiten und Grenzen der (gerichtlichen) Kontrolle der Prüfungsentscheidung zuwendet, stellt den Kern der Untersuchung dar. Einleitend werden das mögliche Spektrum der Einwendungen des Prüflings und der tatsächlich in Betracht kommenden Rechtsfehler des Prüfungsverfahrens,

deren Abgrenzung, die Voraussetzungen ihrer erfolgreichen Geltendmachung sowie die Möglichkeiten und Grenzen ihrer Kompensation aufgezeigt.

#### 1. Differenzierung zwischen Verfahrensfehlern und formellen und materiellen Bewertungsfehlern

Grundlegend ist die Unterscheidung zwischen Fehlern im Verfahren der Leistungsermittlung auf der einen und formellen und materiellen Bewertungsfehlern auf der anderen Seite. Unter Verfahrensfehlern sind solche fortwirkenden Beeinträchtigungen des Prüfungsablaufs zu verstehen, die geeignet (gewesen) sind, die Ermittlung der wahren Kenntnisse und Fähigkeiten des Prüflings zu verhindern. Sie können letztlich nur durch eine erneute Erbringung der durch die widrigen Umstände (möglicherweise) verfälschten Prüfungsleistung unter ordnungsgemäßen Prüfungsbedingungen kompensiert werden. Um zu verhindern, dass sich der Prüfling eine weitere Chance auf den Prüfungserfolg dadurch erschleicht, dass er sich nach Bekanntgabe der ihn beschwerenden Prüfungsergebnisse auf einen Verfahrensmangel beruft, der ihn bei der Leistungserbringung gar nicht beeinträchtigt hat, muss dem Prüfling im Grundsatz eine Obliegenheit zur Rüge der Störungen des Prüfungsablaufs auferlegt werden.

Da derartige Missbrauchsmöglichkeiten bei auftauchenden formellen oder materiellen Fehlern im Bewertungsvorgang nicht bestehen, können diese bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung im Verwaltungsprozess geltend gemacht werden. Solche Bewertungsfehler sind nach einhelliger Auffassung durch eine rechtsfehlerfreie Neubewertung zu kompensieren. Fehlt es allerdings zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung wie im Regelfall bei mündlichen Prüfungen an einer noch hinreichenden Bewertungsgrundlage, kommt nur eine Wiederholung der Prüfungsleistung in Betracht.

#### 2. Voraussetzungen der erfolgreichen Geltendmachung von Verfahrensfehlern

Nach dem einleitenden Überblick über die möglichen Rechtsfehler im Leistungsermittlungs- und Bewertungsverfahren und ihrer Kompensation werden die Voraussetzungen dargestellt, unter denen der Prüfling nach Bekanntgabe der Prüfungsergebnisse Störungen im Prüfungsablauf noch mit Aussicht auf Erfolg geltend machen kann. Hier ist das Vorliegen eines erheblichen Verfahrensfehlers, der offensichtlich oder vom Prüfling rechtzeitig geltend gemacht, vom Prüfungsamt aber nicht anerkannt oder nicht (hinreichend) beseitigt und/oder kompensiert worden war, zu benennen.

#### a) Erscheinungsformen von Verfahrensfehlern

Nachgehend werden diese Voraussetzungen im Einzelnen behandelt. Es wird dargestellt, dass bei den einzelnen Verfahrensfehlern zwischen äußeren und inneren Störungen und bei letzteren wiederum zwischen Mängeln aus der Sphäre des Prüflings und solchen aus dem Verantwortungsbereich des Prüfungsamtes differenziert werden muss. Während beim Prüfling nur eine Krankheit als innere Störung in Betracht kommt, umfasst das mögliche Spektrum beim Prüfungsamt die gesamten Prüfungsverfahrensfehler im engeren Sinne (Über- oder Unterschreitung der Prüfungsdauer, falsche Besetzung der Prüfungskommission etc). Zu ihnen zählt richtigerweise auch die Prüfungsstoffüberschreitung, deren Einordnung in Rechtsprechung und Literatur umstritten ist.

#### b) Die Rügeobliegenheit des Prüflings

Im Anschluss an die Auflistung und nähere Behandlung der möglichen Verfahrensfehler erfolgt eine eingehende Befassung mit der Rügeobliegenheit des Prüflings. Hier ist zunächst festzustellen, dass die Voraussetzungen einer krankheitsbedingten Prüfungsunfähigkeit und das Verfahren ihrer (erfolgreichen) Geltendmachung überwiegend in den Prüfungsordnungen normiert worden sind, die Obliegenheit zur Rüge äußerer Störungen und sonstiger Prüfungsverfahrensfehler (im engeren Sinne) demgegenüber nur vereinzelt.

Beim Fehlen einer gesetzlichen Regelung der Rügeobliegenheit haben Rechtsprechung und Literatur diese bislang im Regelfall aus dem Grundsatz der Chancengleichheit abgeleitet. Für den Fall der dem Prüfling nachweisbaren Kenntnis des Verfahrensfehlers zum Zeitpunkt der Leistungserbringung und damit dem Vorliegen einer bewussten Risikoübernahme überzeugt diese Ableitung nicht. Der (drohende) Einwendungsausschluss und die daraus folgende Rügeobliegenheit lassen sich hier besser mit dem Grundsatz von Treu und Glauben unter dem Gesichtspunkt des Vorwurfs eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens begründen. Aufgrund seiner rechtsschutzbegrenzenden Wirkung kann sich der Prüfling in diesem Fall auf sein aus den Art. 12 Abs. 1 Satz 1, 19 Abs. 4 Satz 1 GG folgendes Interesse an einer zeitlich unbegrenzten Geltendmachung von Verfahrensfehlern gar nicht erst berufen.

Eine Abwägung mit dem gegenläufigen Interesse der anderen Prüfungsteilnehmer an einer Begrenzung der Wiederholungsmöglichkeiten zur Gewinnung einer Rügeobliegenheit ist daher nur geboten, wenn dem Prüfling die Kenntnis des Verfahrensmangels und damit ein treu-

widriges Verhalten nicht nachgewiesen werden können. Diese ist in vielen von der Rechtsprechung bisher entschiedenen Fallkonstellationen nicht gelungen mit der Folge, dass eine Rügeobliegenheit des Prüflings in einem zu weitgehenden Umfang angenommen wird. Um sie sachgerecht einzugrenzen, wird vorgeschlagen, bei Unklarheiten über das Vorliegen eines Verfahrensmangels und/oder den darauf bezogenen Grad der Erkenntnis des Prüflings eine sphären- und verantwortungsbereichsorientierte Differenzierung anhand der Typizität des Verfahrensmangels vorzunehmen. Im Ergebnis einer solchen Differenzierung ist eine Rügeobliegenheit nur begründbar bei Verfahrensmängeln, die dem Prüfungsamt verborgen geblieben sind, dem Prüfling aber nachweislich bekannt oder zumindest erkennbar waren. Damit ist insbesondere die Geltendmachung der aus der Sphäre des Prüfungsamtes stammenden Prüfungsverfahrenfehler im engeren Sinne nach der Bekanntgabe der Prüfungsergebnisse für den Prüfling nicht ausgeschlossen, wenn ihm – wie im Regelfall – deren Kenntnis oder Kennenmüssen nicht nachgewiesen werden kann. Der gegenteiligen Rechtsprechung ist mit dem Argument entgegenzutreten, dass anderenfalls zu Unrecht dem Prüfling die an sich bei der Prüfungsbehörde als Herrin des Prüfungsverfahrens liegende Verantwortung für ein ordnungsgemäßes Prüfungsgeschehen aufgebürdet werden würde. Aus eben diesem Grund ist auch die weit verbreitete, beinahe unumstrittene Rechtsauffassung abzulehnen, dass den Prüfling eine erneute Rügeobliegenheit trifft, wenn er die infolge der Anzeige eines Verfahrensmangels vom Prüfungsamt ergriffenen Kompensations- bzw. Abhilfemaßnahmen nicht für ausreichend hält.

### c) Unverzögliche Geltendmachung des Verfahrensmangels

Im Anschluss an die Klärung der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Rüge- bzw. Anzeigeobliegenheit des Prüflings legitimiert werden kann, beantwortet die Untersuchung die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt der jeweilige Verfahrensmangel geltend gemacht werden kann. Hier wird zunächst der allgemeinen Auffassung beigetreten, nach der ein Verfahrensmangel unverzüglich geltend zu machen ist, soweit dem Prüfling dies in der konkreten Prüfungssituation zumutbar ist. Sodann erfolgt eine fallgruppenartige Konkretisierung der Zumutbarkeitsregeln, wobei zwischen den verschiedenen Verfahrenseffekten und der schriftlichen und mündlichen Prüfung differenziert wird. Die wesentlichen Ergebnisse dieser Überlegungen lassen sich dahin

zusammenfassen, dass dem Prüfling wegen der weitreichenden Rechtsfolgen einer Prüfungsunfähigkeitsanzeige grundsätzlich eine angemessene Überlegungszeit einzuräumen und ihm die Rüge von Verfahrensfehlern im engeren Sinne bereits während der mündlichen Prüfung nicht zumutbar ist. Sofern die nachträgliche Geltendmachung einer Prüfungsunfähigkeit in einigen Prüfungsordnungen zeitlich befristet ist, müssen solche Vorschriften verfassungskonform dahin ausgelegt werden, dass sie nur bei Kenntnis oder Kennenmüssen der Prüfungsunfähigkeit greifen.

Soweit eine Rüge- bzw. Anzeigeobliegenheit unter den dargelegten Prämissen verfassungsrechtlich legitimierbar ist, bedarf sie der gesetzlichen Regelung. Die diesbezügliche Leitentscheidung ist zudem wegen der weitreichenden Folgen eines Einwendungsausschlusses durch den parlamentarischen Gesetzgeber zu treffen. Im Übrigen wird für das Erfordernis einer generellen Hinweispflicht auf die bestehenden Rüge- und Anzeigeobliegenheiten zur Gewährleistung eines hinreichenden Grundrechtsschutzes durch Verfahren eingetreten.

Anschließend werden kurz die beim Auftreten eines Verfahrensmangels in Betracht kommenden Abhilfe-/Kompensationsmaßnahmen dargestellt und es wird darauf hingewiesen, dass der Prüfungsbehörde bei ihrer Auswahl mittlerweile kein Beurteilungsspielraum mehr zugestanden wird.

Teils bereits Gesetz geworden ist die umstrittene Rechtsauffassung, nach welcher der Prüfling im Falle einer als nicht hinreichend angesehenen Abhilfe-/Kompensationsmaßnahme innerhalb eines Monats nach Abschluss der Prüfung bzw. unverzüglich und jedenfalls vor Bekanntgabe der Prüfungsergebnisse den Verfahrensfehler (nochmals) geltend machen muss. Eine solche Mitwirkungslast des Prüflings ist abzulehnen, weil sie ihm wiederum unzulässigerweise die (alleinige) Verantwortung für ein rechtmäßiges Prüfungsgeschehen aufbürdet.

Die Beschäftigung mit möglichen Verfahrensfehlern endet mit der Darstellung der Rechts- bzw. Kompensationsfolgen, die sich nach den einschlägigen gesetzlichen Regelungen bzw. der Rechtsprechung bei ihrem Vorliegen ergeben, welche kritisch unter Entwicklung eigener Ansätze beleuchtet werden.

### 3. Formelle und materielle Bewertungsfehler

Der nachfolgende Unterabschnitt widmet sich dann den möglichen formellen und materiellen Bewertungsfehlern, die zur Rechtswidrigkeit der Prüfungsentscheidung führen können. Eingangs werden die wesentlichen

Merkmale des sich aus den einschlägigen Prüfungsregelungen ergebenden Bewertungsverfahrens nur knapp dargestellt, da deren Auslegung und Anwendung kaum Probleme bereitet.

a) Der Bewertungsvorgang als dreistufiger Abwägungsprozess

Umso ausführlicher wird im Anschluss auf das materielle Bewertungsverfahren eingegangen, bei dem zwischen dem Vorgang der Ermittlung der Beurteilungsgrundlage im Sinne des gegenständlichen Erfassens der Prüfungsleistung und dem Vorgang der eigentlichen Leistungsbewertung differenziert wird. In Bezug auf den Ermittlungsvorgang werden zunächst die Obliegenheiten des Prüflings behandelt, die ihn im Rahmen der Leistungserbringung treffen. Sodann wird auf die Verpflichtungen des Prüfers bei der Leistungserfassung eingegangen und im Zuge dieser Darlegungen auch das Problem des (teilweisen) Abhandenkommens von schriftlichen Prüfungsleistungen behandelt. Dieses wird im Ergebnis dahin gelöst, dass der Prüfling deren Wiederholung unter der Voraussetzung verlangen kann, dass sich der (Teil-)Verlust der Prüfungsleistung auf die (Gesamt-)Bewertung ausgewirkt haben kann.

Im Weiteren erfolgt eine Analyse des nach der Erfassung der Prüfungsleistung beginnenden eigentlichen Vorgangs der Leistungsbewertung. Dabei wird erstmals herausgearbeitet, dass sich dieser in einem dreistufigen Abwägungsprozess dergestalt vollzieht, dass im Rahmen der teilleistungsorientierten Brauchbarkeitsprüfung zunächst das Abwägungsmaterial gesammelt, dieses im Zuge der sich anschließenden gesamtleistungsorientierten Brauchbarkeitsprüfung gewichtet und abgewogen und schließlich die so ermittelte Gesamtleistung des Prüflings einer der nach der Bundesnotenverordnung vorgesehenen Prüfungsnoten zugeordnet wird. Auf der ersten Stufe des Bewertungsvorgangs misst der Prüfer die vom Prüfling erbrachten Teilprüfungsleistungen zunächst an den sich aus der Prüfungsaufgabe ergebenden fachspezifischen Anforderungen und sodann an seinen prüfungsspezifischen Bewertungskriterien, zu denen etwa der angenommene Schwierigkeitsgrad der Aufgabenstellung gehört.

Diese prüfungsspezifischen Bewertungskriterien kennzeichnet, dass sie sich im Laufe der Prüfertätigkeit herausbilden und geprägt sind durch die hierbei gewonnenen Einschätzungen und Erfahrungen, insbesondere durch den ständigen Vergleich der Aufgabenstellungen und der Leistungen der Prüflinge. Sie kommen insbesondere auch als Gewichtung- und Abwägungsfaktoren

auf den nachfolgenden Stufen des Abwägungsvorgangs zur Anwendung, so dass die Bewertung insgesamt maßgeblich durch sie beeinflusst ist. Deren Ursprung lässt sich aufgrund ihrer komplexen Entwicklung und der imponderablen und unbewussten Prägung des Prüfers später nicht mehr hinreichend aufklären.

b) Der Bewertungsspielraum des Prüfers und seine (neue) Legitimation

Diese Erkenntnis hat das Bundesverwaltungsgericht frühzeitig dazu bewogen, einen weiten, auch die fachspezifische Bewertung einschließenden Beurteilungsspielraum des Prüfers anzuerkennen. Infolgedessen sollte die Bewertung nur daraufhin überprüfbar sein, ob der Prüfer von einem vollständig und zutreffend ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist, allgemein gültige Bewertungsgrundsätze beachtet, sachfremde Erwägungen angestellt oder sonst willkürlich gehandelt hat. Dieser weitreichende Bewertungsspielraum ist erst vom Bundesverfassungsgericht in seiner „Juristenentscheidung“ vom 17.4.1991 unter Anerkennung eines „Antwortspielraums“ des Prüflings in Fachfragen auf die prüfungsspezifischen Wertungen eingeengt und dementsprechend auch terminologisch nur noch als „Bewertungsspielraum“ anerkannt worden.

Heutzutage wird meist nur noch über die dogmatische Begründung für den Bewertungsspielraum des Prüfers und über seine Rechtsfolgen gestritten. Insoweit überwiegt die Auffassung, dass die Anerkennung eines Bewertungsspielraums den Schutzbereich des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG berührt, aber zur Wahrung der Chancengleichheit der anderen Prüfungsteilnehmer gerechtfertigt ist. Nur vereinzelt wird die Auffassung vertreten, dass vor dem Hintergrund des Gewährleistungsgehalts des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG die Annahme eines dem Prüfer zustehenden Bewertungsspielraums nicht zu einer Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle führen dürfe. Der Prüfer sei zwar berechtigt, seine eigenen subjektiven Bewertungsmaßstäbe zu entwickeln und anzuwenden. Diese müssten von den Gerichten aber im Rahmen einer Zweckmäßigkeitkontrolle überprüft werden.

In dieser Diskussion um die Begründung und Begründbarkeit eines Bewertungsspielraums des Prüfers wird nach einer Darstellung des aktuellen Standes der Diskussion um die verfassungsrechtliche Legitimierbarkeit von administrativen Entscheidungsfreiräumen in Rechtsprechung und Literatur der neue Standpunkt angenommen, dass eine allein aufgrund fehlender objektiver Kontrollmaßstäbe unterbleibende gerichtliche Kontrolle der Verwaltungsentscheidung den Schutzbereich

des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG grundsätzlich ebenso wenig berühren kann wie denjenigen des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG. Denn eine (gerichtliche) Überprüfung der „subjektiven Richtigkeit“ der Bewertung ist im Hinblick darauf, dass es nicht möglich ist, (objektive) Kontroll- bzw. Richtigkeitsmaßstäbe im Bereich der prüfungsspezifischen Wertungen zu definieren, überhaupt gar nicht möglich.

Zwar können die Art. 19 Abs. 4 Satz 1, 12 Abs. 1 Satz 1 GG auch durch eine unzweckmäßige, an den eigenen Maßstäben des Prüfers gemessen „subjektiv unrichtige“ Bewertung verletzt werden. Diese Rechtsverletzung darf das Gericht aber nur mit dem Maßstab und den Methoden des Rechts und nicht durch eine eigene Bewertung der Prüfungsleistung in Form der teilweise geforderten Zweckmäßigkeitskontrolle feststellen. Das dadurch entstehende Rechtsschutzdefizit ist vielmehr durch eine Gestaltung des Verfahrens zu kompensieren, die eine hinreichende Selbstkontrolle der Bewertungen durch den Prüfer und damit einen vorverlagerten Grundrechtsschutz ermöglicht. Sofern diese sichergestellt ist, lässt sich ein Bewertungsspielraum des Prüfers mit dem Gewährleistungsgehalt der Art. 12 Abs. 1 Satz 1, 19 Abs. 4 Satz 1 GG vereinbaren.

c) (Verbleibende) Möglichkeiten der (gerichtlichen) Überprüfung der materiellen Bewertung

Anschließend werden die bei der Annahme eines Bewertungsspielraums des Prüfers noch (verbleibenden) Möglichkeiten und Grenzen der (gerichtlichen) Kontrolle der Prüfungsentscheidung aufgezeigt.

aa) Die bisherigen Kontrollformeln der Rechtsprechung  
Zunächst werden die im Wesentlichen noch zur Verfügung stehenden Kontrollparameter im Überblick und der Inhalt der daraus in der Rechtsprechung entwickelten Kontrollformeln dargestellt. So erstreckt sich die gerichtliche Prüfung nach der vorherrschenden neuen Kontrollformel des Bundesverwaltungsgerichtes allein auf das Vorliegen von Verfahrensfehlern, die vollständige und zutreffende Ermittlung des Sachverhalts, die Einhaltung des geltenden Rechts und allgemein gültiger Bewertungsmaßstäbe, das Anstellen sachfremder Erwägungen sowie die Feststellung sonstiger Verstöße gegen das Willkürverbot. (Nur) in der bayerischen Verwaltungsgerichtsbarkeit wird vorgeblich einer erweiterten Kontrollformel zudem geprüft, ob die Bewertung des Prüfers in sich schlüssig und nachvollziehbar ist und dem Gebot der rationalen Abwägung gerecht wird.

bb) Differenzierung zwischen den Voraussetzungen der Eröffnung und den Grenzen des Bewertungsspielraums

Diese beiden Kontrollformeln benennen die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für die Prüfungsentscheidung im weiteren Sinne. Richtigerweise ist aber entgegen der bisherigen Dogmatik in Bezug auf den Bewertungsspielraum des Prüfers rechtslogisch zwischen den Voraussetzungen seiner Eröffnung und den Grenzen seiner Ausübung zu differenzieren. Entsprechend diesem Standpunkt werden eine verfahrensfehlerfrei ermittelte und vom Prüfer vollständig und zutreffend erfasste Prüfungsleistung sowie die Eignung der Prüfungsaufgabe als Eröffnungsvoraussetzungen benannt und diese soweit (noch) erforderlich im Einzelnen erläutert. Demgemäß wird die erforderliche Eignung der Prüfungsaufgabe eingehend behandelt, die davon abhängt, ob die Prüfungsaufgabe entsprechend den Bestimmungen der Prüfungsordnung ausgewählt worden und zur Ermittlung der wahren und für die Berufsausübung erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten geeignet gewesen ist. Daher werden insbesondere die sich aus den gesetzlichen Regelungen ergebenden Anforderungen an Art und Inhalt der Prüfung unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Vorgaben bestimmt.

cc) (Bisherige) Grenzen des Bewertungsspielraums als „verkappte Abwägungskontrolle“

Nach kurzen Darlegungen zum Sachverhaltsirrtum des Prüfers, der entsprechend dem neuen dogmatischen Ansatz als Verfahrensfehler eingeordnet wird, erfolgt die Darstellung der (bisherigen) Grenzen des Bewertungsspielraums, die in dem „anzuwendenden Recht“ und den „allgemeinen Bewertungsgrundsätzen“ gesehen werden. Zunächst wird darauf hingewiesen, dass sich die Wirkung von objektiven Bewertungsmaßstäben, die aus Rechtsvorschriften abgeleitet oder schlicht als „allgemein gültiger Bewertungsgrundsatz“ postuliert werden, mit Blick auf den dargestellten Ablauf des Bewertungsvorgangs darin erschöpft, im gewissen Grad den Abwägungsprozess des Prüfers zu steuern, sich durch sie die Prüfungsnote aber nicht im Vorhinein bestimmen lässt. Anschließend werden kurz die wenigen, sich aus den Prüfungsregelungen ergeben Bewertungsvorgaben im Lichte der verfassungsrechtlichen Determinanten herausgearbeitet.

Im Anschluss erfolgt eine ausführliche Auseinandersetzung mit den in ihrer Bedeutung bislang ungeklärten „allgemeinen Bewertungsgrundsätzen“, indem ihre Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur eingehend

beleuchtet und ihr bisheriger Inhalt dargestellt wird. Dabei zeigt sich im Ergebnis, dass das Gebot der Sachlichkeit und der Respektierung des Antwortspielraums des Prüflings – die beiden bislang allein anerkannten Bewertungsgrundsätze – Instrumente einer „verkappten Abwägungskontrolle“ darstellen. Dabei kommt dem Gebot der Respektierung des Antwortspielraums des Prüflings die Funktion zu, den Abwägungsvorgang zu steuern, während das Sachlichkeitsgebot nur ein Abwägungsergebnis falsifizieren kann.

dd) Das neue Modell der rationalen Abwägungskontrolle

Sodann wird nachgewiesen, dass sich hinter dem Kontrollkriterium des rationalen Abwägungsgebots, an dem die bayerischen Verwaltungsgerichte vorgeblich ihrer Kontrollformel die Bewertung des Prüfers zusätzlich messen, ein eigenständiges, erweitertes Kontrollmodell verbirgt. Hierzu werden zunächst die bisherigen Ansätze zu einer rationalen Abwägungskontrolle in Rechtsprechung und Literatur aufgezeigt. Anschließend wird das von Riehm in einer jüngeren Untersuchung entwickelte universelle Abwägungskontrollmodell vorgestellt. Nach diesem beschränken sich die Möglichkeiten einer (gerichtlichen) Überprüfung einer Abwägungsentscheidung auf eine formale Rationalitätskontrolle im Sinne der Sachbezogenheit und Konsistenz der zur Begründung der Abwägungsentscheidung angeführten Gründe sowie in inhaltlicher Hinsicht auf die Einhaltung des Abwägungsrahmens im Sinne der Beachtung der (gesetzlichen) Abwägungsregeln und im Rahmen der Subsumtionskontrolle auf das Vorliegen einer abstrakten Fehlgeichtung maßgeblicher Abwägungsgesichtspunkte.

Dieses Kontrollmodell *Riehms* stimmt weitgehend mit der bauplanungsrechtlichen Abwägungsfehlerlehre überein. Das Bundesverwaltungsgericht hat anlässlich einer entsprechenden Anregung des Verfassers ihre Heranziehung zur (gerichtlichen) Kontrolle von Prüfungsentscheidungen abgelehnt. In der hier vorgestellten Untersuchung wird nun nachgewiesen, dass die von der Rechtsprechung für die Kontrolle von Bauleitplänen entwickelte Abwägungsfehlerlehre entgegen dem Bundesverwaltungsgericht auf das Prüfungsrecht übertragbar ist. Hierzu wird die Parallelität der Entscheidungsstrukturen aufgezeigt und im Einzelnen belegt, dass den Kontrollparametern der Abwägungsfehlerlehre (Abwägungsausfall, -defizit, -fehleinschätzung, -disproportionalität) auch im Prüfungsrecht materiell-rechtliche Bindungen gegenüberstehen. Diese Kontrollparameter sind für das Prüfungsrecht um das bislang als allgemeiner Bewertungsgrundsatz anerkannte Gebot der Sachlichkeit

zu ergänzen, das im rationalen Abwägungskontrollmodell die Funktion eines weiteren Abwägungsfalsifikationsmaßstabs einnimmt. Auch die so erweiterte Abwägungsfehlerlehre führt aber nur zu einer Kontrolle der Abwägung im engeren Sinne. Von dieser zu unterscheiden ist im rationalen Abwägungskontrollmodell die Überprüfung der Einhaltung der den Abwägungsrahmen absteckenden Abwägungsdirektiven. Das sind neben den gesetzlichen Bewertungsvorgaben das Verbot der Anstellung sachfremder Erwägungen und namentlich das Gebot der Respektierung des Antwortspielraums des Prüflings in Fachfragen, nachdem eine vertretbare und mit gewichtigen Gründen folgerichtig begründete Lösung nicht als falsch bewertet werden darf.

ee) Der „Antwortspielraum“ des Prüflings als Abwägungsdirektive

Die (möglichen) Steuerungswirkungen dieser Abwägungsdirektive werden nachfolgend eingehend behandelt. Dabei wird zunächst aufgezeigt, dass das „Gebot der Respektierung des Antwortspielraums in Fachfragen“, so wie es derzeit in der Rechtsprechung ausgelegt und angewendet wird, nicht als Kontrollmaßstab fungiert. Diese Funktion hat der „Antwortspielraum“ dadurch eingebüßt, dass die Verwaltungsgerichte von Anfang an den Rechtsstandpunkt eingenommen und bis heute beibehalten haben, dass die Beurteilung der „Gewichtigkeit der Argumentation“ und der „Folgerichtigkeit der Lösung“ komplexe prüfungsspezifische Wertungen erforderten mit der Folge, dass diese allein dem Prüfer innerhalb seines nur eingeschränkt überprüfbaren Bewertungsspielraums zustehe. Diese Sichtweise hat zur Konsequenz, dass der Prüfer sich im Regelfall immer auf eine unzureichende Begründung und der Prüfling dann nicht auf seinen „Antwortspielraum“ berufen kann.

Damit ist die mit der Postulierung des „Antwortspielraums“ angestrebte Rechtsschutzintensivierung für den Prüfling nur erreichbar, wenn das Vorliegen aller seiner konstituierenden Voraussetzungen vom Verwaltungsgericht vollständig überprüft wird. Dies ist entgegen den bisherigen Annahmen auch ohne Weiteres möglich. Bei der „Gewichtigkeit“ der Argumentation handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der auch in anderen Rechtsvorschriften Anwendung findet und der abstrakt-objektiven Konkretisierung zugänglich ist. Und soweit das Bundesverfassungsgericht die Folgerichtigkeit der Lösung verlangt, wird in der Sache die Einhaltung der objektiven Regeln der Logik vorausgesetzt, die auch das Verwaltungsgericht ohne Weiteres überprüfen kann. Da im Übrigen weitgehend anerkannt ist, dass alle



durch die Prüfungsaufgabe und deren Lösung aufgeworfenen Fragen, die einem fachlichen Richtigerheitsurteil zugänglich sind, gerichtlich überprüfbar sind, kann bei der aufgezeigten richtigen Anwendung des „Gebots der Respektierung des Antwortspielraums des Prüflings in Fachfragen“ tatsächlich eine wesentliche Einengung des Bewertungsspielraums des Prüfers erreicht werden.

Im Anschluss an die Konkretisierung der Abwägungsdirektiven wird noch einmal zusammenfassend auf die Abwägungsfalsifikationsmaßstäbe und hier in Ergänzung der bisherigen Darstellung näher auf die formellen Rationalitätsanforderungen und das Sachlichkeitsgebot eingegangen.

Abschließend werden das Erfordernis der Erheblichkeit von Abwägungsfehlern herausgearbeitet und die Kriterien für ihre Annahme entwickelt. Während im Ergebnis Fehler im Abwägungsvorgang stets als erheblich anzusehen sind, müssen die Auswirkungen von Fehlern bei der Zusammenstellung des Abwägungsmaterials in erster Linie anhand der Prüfererklärungen beurteilt werden, soweit diese plausibel sind.

## V. Das verwaltungsinterne Kontrollverfahren (Überdenkungsverfahren)

Das siebte Kapitel der Untersuchung befasst sich erstmals detailliert mit den Voraussetzungen für die Einleitung und Durchführung des Überdenkungsverfahrens, die in den einschlägigen Juristenausbildungsgesetzen und Ordnungen nur ansatzweise benannt sind und bis zuletzt weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur näher beleuchtet worden sind. Jüngst hat nun *Morgenroth* in einem in dieser Zeitschrift nach der Drucklegung der Dissertation veröffentlichten Beitrag den Versuch unternommen, dem Überdenkungsverfahren durch die Beantwortung von Fragen, die sich aus der Sicht der Hochschulen diesbezüglich aufdrängen, Konturen zu verleihen.<sup>1</sup> Dabei hat er Thesen aufgestellt, die nicht unwidersprochen bleiben können.

### 1. Zur Funktion des Überdenkungsverfahrens als kompensatorisches Rechtsschutzverfahren

Entgegenzutreten ist zunächst seiner Annahme, dass das Überdenkungsverfahren systematisch zum Leistungsbewertungsverfahren und nicht zum Rechtsschutzverfahren zählt.<sup>2</sup> Wie bereits ausgeführt schafft die Durchführung desselben einen verfassungsrechtlich notwendigen Ausgleich für die Rechtsschutzlücke, die dadurch ent-

steht, dass die prüfungsspezifischen Bewertungen des Prüfers (auch bei der Anwendung des in der Untersuchung entwickelten Modells der rationalen Abwägungskontrolle) gerichtlich nur eingeschränkt überprüft werden können. Indem der Prüfer namentlich seine prüfungsspezifischen Wertungen überdenkt, leistet er den gebotenen kompensatorischen Rechtsschutz. Zwar geht das Überdenken der Bewertung, soweit die Einwände des Prüflings dazu veranlassen, mit einer (partiellen) Neubewertung der Prüfungsleistung einher. Dies rechtfertigt es aber nicht, das Überdenkungsverfahren dem Leistungsbewertungsverfahren zuzuordnen. Vielmehr ist zu erkennen, dass eine (partielle) Neubewertung der Prüfungsleistung nur Folge der gebotenen kompensatorischen Rechtsschutzgewährung ist bzw. sein kann, weiter, dass dieser entsprechend die (Neu-) Bewertungsbefugnisse des Prüfers im Überdenkungsverfahren richtigerweise nur so weit reichen wie die Einwände des Prüflings und auch deshalb die Zuordnung desselben zum Leistungsbewertungsverfahren nicht sachgerecht erscheint.

Aus der (richtigen) Erkenntnis, dass das Verfahren des Überdenkens der Bewertung rechtssystematisch kompensatorischen Rechtsschutz gewährt, lassen sich gewichtige Folgerungen für die Anforderungen an die Einleitung und Durchführung desselben ableiten.

### 2. Das Erfordernis der Erhebung substantiiertener Bewertungsrügen als Einleitungsvoraussetzung

Die Durchführung eines Überdenkungsverfahrens kann der Prüfling nur bei der Erhebung substantiiertener Einwände beanspruchen, zu deren Formulierung er aber nur in der Lage ist, wenn er die Gründe erfährt, die die Prüfer zu der streitgegenständlichen Bewertung bewegen haben. Aus dieser Erkenntnis resultiert ein Anspruch des Prüflings auf eine nachvollziehbare Begründung der Bewertung und ein Recht auf Einsicht in diese.

### 3. Das Akteneinsichtsrecht des Prüflings als notwendige Bedingung der Möglichkeit der Erhebung substantiiertener Bewertungsrügen

Das Akteneinsichtsrecht des Prüflings ist mittlerweile überwiegend spezialgesetzlich in den Juristenausbildungsgesetzen- bzw. Verordnungen sowie allgemein (§ 29 LVwVfG, § 79 LVwVfG i.V.m. § 100 VwGO) ohnehin geregelt. Der Anwendungsbereich der verschiedenen Rechtsgrundlagen wird gegeneinander abgegrenzt und ihr Inhalt teils kritisch im Lichte der Art. 12 Abs. 1 Satz 1, 19 Abs. 4 Satz 1 GG beleuchtet. Im

1 *Morgenroth*, OdW 2017, 13 ff.

2 *Morgenroth*, OdW 2017, 13 (23).

Ergebnis wird unabhängig von der jeweils einschlägigen Rechtsgrundlage für ein in zeitlicher und gegenständlicher Hinsicht grundsätzlich unbeschränktes und namentlich die Anfertigung von Ablichtungen der Prüfungsunterlagen umfassendes Akteneinsichtsrecht eingetreten. *Morgenroth* will demgegenüber die „Pflicht zur Ermöglichung von Fotokopien“ auf Ausnahmefälle beschränken und meint, dass eine solche Praxis mit dem Gebot der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes zu vereinbaren sei.<sup>3</sup> Diese These ist schon in sich widersprüchlich, soweit von einer „Pflicht“ die Rede ist, die aber nicht erfüllt zu werden braucht. Im Übrigen begründet *Morgenroth* seinen Rechtsstandpunkt nicht mit gewichtigen Argumenten. Insbesondere benennt er kein legitimes Interesse der Hochschulen, dem Prüfling die Anfertigung von Ablichtungen zu verwehren, das aber erforderlich wäre, um die Beschränkung der sich aus den Art. 12 Abs. 1 Satz 1, 19 Abs. 4 GG ergebenden Rechte des Prüflings zu rechtfertigen. Tatsächlich lässt sich ein solches, wie in der Untersuchung im Einzelnen nachgewiesen wird, aber auch nicht begründen.

#### 4. Der Begründungsanspruch des Prüflings als weitere Vorbedingung

Im Anschluss an das Akteneinsichtsrecht wird der Begründungsanspruch des Prüflings behandelt. Dessen Erfüllung ist für die Realisierung seines Überdenkensanspruchs gleichermaßen konstituierend wie die Gewährung eines Akteneinsichtsrechtes. Dennoch sind die Voraussetzungen und der Inhalt des aus den Art. 12 Abs. 1 Satz 1, 19 Abs. 4 Satz 1 GG ableitbaren Begründungsanspruchs gesetzlich nur vereinzelt und zwar für die Bewertung mündlicher Prüfungsleistungen geregelt. Danach hängt deren Begründung entsprechend der allgemeinen und vom Verfasser geteilten Annahme von einem entsprechenden Verlangen des Prüflings ab, während sie wegen ihrer Garantie- und Klarstellungsfunktion bei der Bewertung einer schriftlichen Prüfungsleistung obligatorisch ist.

An das notwendige Begründungsverlangen des Prüflings bei mündlichen Prüfungen dürften aber keine besonderen Anforderungen gestellt werden. Abzulehnen ist – um insbesondere Überschneidungen mit der Realisierung des Überdenkensanspruchs zu vermeiden – die mitunter geforderte einwendungsbezogene Spezifizierung desselben. Soweit der Prüfling unmittelbar im An-

schluss an die Bekanntgabe der Bewertung einer mündlichen Prüfungsleistung und gegebenenfalls deren kurzer Begründung mit den Prüfern über deren Angemessenheit diskutiert, erhält er eine erweiterte Begründung der Bewertung, gegen die er dann zu einem späteren Zeitpunkt Einwände im Rahmen des Widerspruchsverfahrens erheben kann. *Morgenroth* verkennt in seiner Abhandlung diese gebotene Differenzierung zwischen dem Anspruch des Prüflings auf eine erweiterte Begründung der Bewertung und deren Überdenken.<sup>4</sup>

Die Garantie-, Klarstellungs- und Rechtsschutzfunktion der Begründung erfordert auch bei mündlichen Prüfungen im Regelfall eine schriftliche Begründung der Bewertung. Erstaunlich ist, dass der Zweite Senat des Bundesverwaltungsgerichtes in einem Beschluss vom 21.12.2016 den Rechtsstandpunkt eingenommen hat, dass eine schriftliche Begründung der Bewertung der mündlichen Prüfungsleistung verfassungsrechtlich nicht zwingend erforderlich ist. Diese Aussage ist jedenfalls für den Fall nicht richtig und mit der Rechtsprechung des 6. Senats des Bundesverwaltungsgerichtes<sup>5</sup> unvereinbar, dass der Prüfling eine (schriftliche) Begründung der Bewertung seiner mündlichen Prüfungsleistungen verlangt und deren Erstellung den Prüfern zum Zeitpunkt des Begründungsverlangens noch möglich ist. Entgegenstehe Regelungen in den Prüfungsordnungen sind daher – soweit möglich – verfassungskonform auslegen.

Die Anforderungen an Inhalt und Umfang der Begründung der Bewertung werden in Abweichung von der bisherigen Dogmatik wegen der äquivalenten Funktion der Begründung eines Urteils und der Parallelität der Entscheidungsstrukturen ausgehend von § 108 Abs. 1 Satz 2 VwGO analog bestimmt. Demgemäß wird (nur) eine Pflicht des Prüfers zur Angabe der leitenden Erwägungen angenommen, die sein Abwägungs- und Bewertungsergebnis bestimmt haben. Deren Erfüllung macht es erforderlich, dass die vom Prüfer angenommenen fachlichen Anforderungen und die angewendeten prüfungsspezifischen Abwägungs- und Gewichtungskriterien in einer solchen Ausführlichkeit angegeben werden, dass die (Punkt-)Bewertung entsprechend dem formalen Rationalitätspostulat schlüssig und nachvollziehbar aus dem Wortgutachten folgt.

Fehlt eine Begründung oder ist sie gemessen an den für richtig gehaltenen Maßstäben völlig unzureichend, wird für eine Neubewertung durch einen anderen Prüfer

<sup>3</sup> *Morgenroth*, OdW 2017, 13 (21).

<sup>4</sup> *Morgenroth*, OdW 2017, 12 (24); auch dem Zweiten Senat des Bundesverwaltungsgerichtes ist in einem Beschluss vom 21.12.2016 – 2 B 108/15, juris, insb. Rn. 15, dieser Fehler unterlaufen. In dem Fall ging es nicht um die Anforderungen an die

Begründung der Bewertung einer mündlichen Prüfungsleistung, sondern diejenigen für die Durchführung des Überdenkungsverfahrens.

<sup>5</sup> Siehe BVerwGE 99, 185 (195 f.).

eingetreten, da nur so einer mit dem Chancengleichheitsgrundsatz unvereinbaren Änderung der Bewertungskriterien durch den ursprünglichen Prüfer begegnet werden kann. Liegt eine ausreichende Bewertungsbegründung vor, wird der in der Rechtsprechung teils angenommene Anspruch des Prüflings auf eine weitere, konkretere Begründung der Bewertung unter der Voraussetzung der Erhebung substantiiert Einwände abgelehnt. Eine Konkretisierung der Begründung stellt sich in diesem Fall nämlich nur als Nebeneffekt bei der Realisierung des Anspruchs auf ein Überdenken der Bewertung bzw. der Gewährung rechtlichen Gehörs dar (entsprechend § 108 Abs. 2 VwGO).

Abschließend werden zunächst noch „praktische Handreichungen“ für die konkrete Umsetzung der zuvor erarbeiteten abstrakten Begründungsanforderungen durch die Entwicklung verallgemeinerungsfähiger Grundsätze gegeben.

Sodann wird darauf hingewiesen, dass die aufgestellten Begründungsanforderungen gleichermaßen für den Zweitprüfer gelten. Dieser kann sich aber bei der überwiegend durchgeführten „offenen Zweitkorrektur“ einer ausreichenden Erstbegründung anschließen, soweit er die Bewertung des Erstprüfers und deren Begründung teilt.

Gesteigerte Begründungspflichten des Zweitkorrektors sind auch für den Fall, dass seine Bewertung dazu führt, dass die Klausur als nicht bestanden gilt, abzulehnen. Die insoweit lebhaft geführte Diskussion behandelt eine Scheinproblematik, da es hier in der Sache immer nur um die Frage der ausreichenden Umsetzung der abstrakten Anforderungen namentlich für die Begründung der prüfungsspezifischen Wertungen geht.

##### 5. Die Substantiierungsobliegenheit des Prüflings

Nach der Darstellung des Akteneinsichtsrechts des Prüflings sowie seines Begründungsanspruchs als notwendige Vorbedingungen für die Erhebung substantiiert Einwände gegen die Bewertung erfolgt eine nähere Auseinandersetzung mit dieser allgemein postulierten Obliegenheit des Prüflings. Zunächst werden die rudimentären gesetzlichen Regelungen der Substantiierungsobliegenheit und hier vor allem diejenige in Rheinland-Pfalz vorgestellt, nach der eine Prüferbeteiligung nur unter der Voraussetzung erfolgt, dass nach summarischer Prüfung der Einwände des Prüflings das Vorliegen von Bewertungsfehlern nicht ausgeschlossen erscheint (§ 9 Abs. 6 Satz 1 JAPO RLP).

Die Substantiierungsobliegenheit und ihre gesetzlichen Regelungen werden sodann im Lichte der Art. 12

Abs. 1 Satz 1, 19 Abs. 4 Satz 1 GG bewertet. Im Ergebnis wird eine Substantiierungsobliegenheit des Prüflings im Grundsatz als unproblematisch erachtet, aber zu bedenken gegeben, dass die Voraussetzungen für den Zugang zum Überdenkungsverfahren nicht in einer unzumutbaren, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigenden Art und Weise erschwert werden dürfen. Kritisch in den Blick genommen wird insoweit die in Rheinland-Pfalz getroffene Regelung. Da der Prüfling gerade die Möglichkeit haben muss, die „subjektive Richtigkeit“ der Bewertung auch durch isolierte Einwände gegen die prüfungsspezifischen Wertungen anzuzweifeln, wird § 9 Abs. 6 Satz 1 JAPO RLP daher als verfassungswidrig angesehen.

Nach der Darstellung der bislang aufgestellten Substantiierungsanforderungen in Rechtsprechung und Literatur wird ausgehend von der strukturellen Identität der einem Prüfungsurteil und einem Urteil im Allgemeinen vorausgehenden Abwägungsprozesse in analoger Anwendung der §§ 124 Abs. 2 Nr. 1, 124 a Abs. 4 Satz 2 VwGO eine eigene Substantiierungsformel entwickelt. Nach dieser ist maßgeblich, ob es dem Prüfling gelungen ist, ernstliche Zweifel an der objektiven oder subjektiven Richtigkeit der Bewertung aufzuzeigen. Dies ist der Fall, wenn er eine erhebliche Tatsachenfeststellung, den tragenden (abstrakten) Rechtssatz oder Maßstab einer fach- oder prüfungsspezifischen Wertung oder ein konkretes Subsumtionsergebnis mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt hat. In diesem Zusammenhang ist der Rechtsansicht von *Morgenroth* entschieden entgegenzutreten, dass es nicht zulässig sei, im Überdenkungsverfahren eine Vertretbarkeitsrüge bzw. sonstige Bewertungsfehler geltend zu machen.<sup>6</sup> Zwar ist es richtig, dass ein verwaltungsinternes Kontrollverfahren nur zum Zwecke des Überdenkens der prüfungsspezifischen Bewertungen durchgeführt werden muss und die bloße Rüge von Bewertungsfehlern eine Prüferbeteiligung nicht erfordert. Dies schließt es aber nicht nur nicht aus, dass der Prüfer neben den prüfungsspezifischen Wertungen auch seine fachlichen Einschätzungen überdenkt. Vielmehr erscheint dies aus Praktikabilitätsgründen zwingend geboten, da fachspezifische mit prüfungsspezifischen Wertungen im Regelfall untrennbar verknüpft sind. Stellt der Sachbearbeiter beim Prüfungsamt einen Bewertungsfehler fest, muss dieser ohnehin den Prüfer mit dessen Korrektur beauftragen, weil nur dieser die Prüfungsleistung neu bewerten darf. Vor diesem Hintergrund ist es wesentlich effektiver, dem Prüfer von vornherein eine umfassende Selbstkontrolle seiner Bewertung im Lichte der Einwände des Prüflings zu er-

6 So aber *Morgenroth*, OdW 2017, 12 (20).

möglichen. So verfährt auch die Praxis und dies nicht nur bei der Erhebung von Einwänden gegen die Bewertung juristischer Prüfungsleistungen.

Das bislang in der Rechtsprechung teils weitergehend aufgestellte Erfordernis der Schlüssigkeit der Einwendungen in dem Sinne, dass die Einwendungen des Prüflings die Prüferkritik auch tatsächlich berühren, ist abzulehnen, weil nur der Prüfer beurteilen kann, ob dies der Fall ist.

#### 6. Anforderungen an die Durchführung des Überdenkungs- und Widerspruchsverfahrens

Nachdem die Voraussetzungen für die Einleitung des Überdenkungsverfahrens abgehandelt worden sind, werden die Anforderungen für die Durchführung desselben und des Widerspruchsverfahrens dargelegt. In diesem Zusammenhang ist klarzustellen, dass mit Ausnahme von Bayern das Überdenkungsverfahren in allen Bundesländern im Rahmen des Widerspruchsverfahrens durchgeführt wird. *Morgenroth* tritt allgemein einer solchen Einbettung entgegen,<sup>7</sup> was wie dargelegt darauf beruht, dass er die Rechtsschutzfunktion des Überdenkungsverfahrens verkennt. Erkennt man diese, ist das Widerspruchsverfahren der ideale Standort für die Durchführung des Überdenkungsverfahrens. In der Untersuchung wird herausgearbeitet, dass die im Widerspruchsverfahren gebotene Kontrolle der Recht- und Zweckmäßigkeit des Verwaltungsaktes in einer Art Kooperationsverhältnis zwischen dem Prüfungsamt und dem Prüfer durchgeführt wird. Im Rahmen dessen wird – wie bereits ausgeführt – die Zweckmäßigkeitskontrolle durch den Prüfer in Form des Überdenkens seiner prüfungsspezifischen Bewertungen durchgeführt, während die Sachbearbeiter beim Prüfungsamt die (abschließende) Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Bewertung vornehmen. Wie dargelegt schließt diese grundsätzliche Aufgabenverteilung es aber nicht aus, den Prüfern auch eine Selbstkorrektur der vom Prüfling gerügten Bewertungsfehler zu ermöglichen. Diese zusätzliche Kontrolle stärkt den Rechtsschutz des Prüflings weiter. Im gegebenen Kontext ist *Morgenroth* auch insoweit entgegenzutreten, als er der Ansicht ist, dass die Anwendung eines Prüfungsbewertungsmaßstabs reine Rechtsanwendung darstellt, deshalb im Überdenkungsverfahren keine Zweckmäßigkeitskontrolle stattfindet und das Widerspruchsverfahren für seine Durchführung daher unpassend ist.<sup>8</sup> Tatsächlich liegt eine Rechtsanwendung nur vor, wenn der Prüfer objektive Bewertungsmaßstäbe anwendet bzw. beachten muss, die aus dem geltenden Recht einschließlich des Verfassungsrechts folgen.

Soweit seine Bewertung auf seinen subjektiven Bewertungskriterien beruht, kommen außerrechtliche Maßstäbe zur Anwendung, die nur einer Zweckmäßigkeitsüberprüfung, aber keiner Rechtskontrolle zugänglich sind. Das wird von *Morgenroth* selbst nicht in Abrede gestellt.<sup>9</sup>

#### 7. Befassungs- und Bescheidspflicht des Prüfers

In Bezug auf den Umgang des Prüfers mit den substantiierten Einwänden des Prüflings wird in der Untersuchung zur Gewährleistung der Rechtsschutzfunktion des Überdenkungsverfahrens eine umfassende Befassungs- und Bescheidspflicht angenommen, die rechtsfortbildend neu in § 108 Abs. 2 VwGO analog verortet wird. Dieser Vorschrift bzw. ihrer Auslegung in Rechtsprechung in Literatur werden auch die im Einzelnen zu stellenden Anforderungen an den Umfang der Stellungnahme des Prüfers entnommen. Soweit das Bundesverwaltungsgericht nun in einem am 21.9.2016 gefassten Beschluss, der in der Untersuchung nicht mehr berücksichtigt werden konnte, den Rechtssatz aufgestellt hat, dass der Umfang und die Begründungstiefe, die eine im Überdenkungsverfahren abgegebene Stellungnahme aufweisen muss, von der Substanz der im konkreten Fall vom Prüfling vorgebrachten Einwände abhänge,<sup>10</sup> steht dieser mit dem in der Untersuchung aufgestellten Postulat einer umfassenden Befassungs- und Bescheidspflicht durchaus in Einklang, die natürlich unter dem Vorbehalt steht, dass die Einwände des Prüflings hinreichend substantiiert und schlüssig sind.

#### 8. Kompetenzen des Prüfers im Überdenkungsverfahren

Im Rahmen der abschließenden Auseinandersetzung mit den Kompetenzen des Prüfers im Überdenkungsverfahren wird erstmals zwischen einer formellen Überprüfungsbeziehung, deren Umfang durch die Einwände des Prüflings bestimmt wird, sowie der materiellen Neubewertungs-/Abänderungsbefugnis des Prüfers differenziert. Diese ist innerhalb einer bestehenden Überprüfungsbeziehung unter der Voraussetzung der Beibehaltung des bisherigen Bewertungsmaßstabs unbeschränkt. Auch eine Änderung der Bewertung zum Nachteil des Prüflings und eine darauf aufbauende Aufhebung/Abänderung der ursprünglichen Prüfungsentscheidung sind möglich, wenn ihr keine schutzwürdigen Belange des Prüflings entgegenstehen.

<sup>7</sup> *Morgenroth*, OdW 2017, 12 (23).

<sup>8</sup> *Morgenroth*, OdW 2017, 12 (24).

<sup>9</sup> *Morgenroth*, OdW 2017, 12 (24).

<sup>10</sup> BVerwG, Bes. vom 21.9.2016 – 6 B 14/16, juris, Rn. 11.

## VI. Verwaltungsprozessuale Rechtsschutzmöglichkeiten

Im Rahmen des Schlusskapitels der Dissertation wird dargestellt, mit welchen prozessualen Mitteln der Prüfling seinen Anspruch auf eine „richtige“ Prüfungsentscheidung und die zu seiner Durchsetzung dienenden Nebenansprüche (Akteneinsichtsrecht, Begründungsanspruch etc.) gerichtlich (weiter-) verfolgen und unter welchen Voraussetzungen das jeweilige Rechtsschutzbegehren erfolgreich sein kann.

### 1. Bestimmung des Streitgegenstandes

Eingangs der diesbezüglichen Darstellung wird der in das gerichtliche Verfahren einzuführende Streitgegenstand bestimmt. Hier wird auf die prüfungsrechtliche Besonderheit hingewiesen, dass sich der Prüfling zwar formal gegen die im jeweiligen Prüfungsbescheid getroffene Regelung, in der Sache aber gegen das Verfahren der Ermittlung einer oder mehrerer Teilprüfungsleistung(en) oder deren Bewertung wendet. So stellt bei von ihm erhobenen materiellen Rügen gegen die Bewertung, die zur Einholung von Prüferstellungnahmen geführt haben, deren Begründung in der Gestalt, die sie durch das verwaltungsinterne Kontrollverfahren erhalten hat, den Gegenstand der gerichtlichen Kontrolle dar. Dieser Kontrollgegenstand kann durch die Einholung erstmaliger oder ergänzender Prüferstellungnahmen Veränderungen unterworfen sein. In diesem Fall ist der Prüfling gehalten, darauf zur Meidung prozessualer Nachteile zu reagieren (prozessbeendende Erklärung, weiter gehende Substantiierung).

### 2. (Erneute) Prüferbeteiligung während des gerichtlichen Verfahrens?

Ausgehend von diesen möglichen Veränderungen des Streitgegenstandes wird anschließend den Fragen nachgegangen, ob auch gegen den Willen des Prüflings Stellungnahmen der Prüfer zu seinen prozessualen Bewertungsrügen eingeholt werden können und ob und unter welchen Voraussetzungen er umgekehrt eine (erneute) Prüferbeteiligung verlangen kann. Die erste Frage ist im Hinblick auf die Dispositionsbefugnis des Prüflings zu verneinen.

Hinsichtlich der zweiten Frage gilt es, die unterschiedlichen Fallkonstellationen zu unterscheiden, in denen ein Bedürfnis des Prüflings für eine erneute bzw. erstmalige Prüferbeteiligung bestehen kann. Im Ergebnis wird in der Untersuchung ein diesbezüglicher Anspruch zunächst in den Fällen bejaht, in denen es nicht

dem Prüfling angelastet werden kann, dass ein Überdenkungsverfahren nicht durchgeführt worden ist; aber auch bei einer infolge einer Obliegenheitsverletzung unterbliebenen Prüferbeteiligung oder dem (einstweiligen) Verzicht des Prüflings auf eine solche wird ein fortbestehender Überdenkensanspruch bejaht. Grund hierfür ist, dass die gebotene Abwägung zwischen dem (kompensatorischen) Rechtsschutzinteresse des Prüflings und dem bloßen Interesse der Prüfer an einer unterbleibenden Inanspruchnahme für eine verwaltungsinterne Kontrolle der Prüfungsentscheidung eindeutig zugunsten des Prüflings ausgeht.

### 3. Gerichtliches Rechtsschutzinstrumentarium

Nach erfolgter Klärung der Zulässigkeit bzw. Gebotenheit einer (erneuten) Einbindung der Prüfer in die (gerichtliche) Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Prüfungsentscheidung wird das dem Prüfling zur Verfügung stehende Rechtsschutzinstrumentarium dargestellt. Hier werden zunächst die statthaften Klagearten bei den jeweils in Betracht kommenden Begehren des Prüflings und sodann die Rechtsfolgen bei deren prozessualer Überholung auch und gerade mit Blick auf daraus resultierende Handlungslasten des Prüflings behandelt.

### 4. Vorläufige Rechtsschutzmöglichkeiten

Der nachfolgende Teilabschnitt widmet sich der Frage, welche Möglichkeiten der Prüfling hat, seinen Anspruch auf eine „richtige“ Prüfungsentscheidung sowie die zu seiner Durchsetzung dienenden Neben- und Hilfsansprüche im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes durchzusetzen, die im Hinblick auf die immer noch zunehmende Dauer der Hauptsacheverfahren von überragender Bedeutung ist. Prinzipiell kann der Prüfling seine Neben- und Hilfsansprüche (Akteneinsichtsrecht, Begründungsanspruch, Überdenkensanspruch etc.) durch den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO durchsetzen, sofern dem nicht § 44a Satz 1 VwGO, wonach Rechtsbehelfe gegen behördliche Verfahrenshandlungen nur gleichzeitig mit den gegen die Sachentscheidung zulässigen Rechtsbehelfen geltend gemacht werden können, entgegensteht. In vielen Fällen, insbesondere bei einem schon abgeschlossenen Widerspruchsverfahren, ist diese Vorschrift aber bereits tatbestandlich nicht einschlägig. Im Übrigen bedarf § 44a Satz 1 VwGO innerhalb seines Anwendungsbereichs mit Blick auf den Gewährleistungsgehalt der Art. 19 Abs. 4 Satz 1, Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG der verfassungskonformen Auslegung, soweit nämlich durch die Verweigerung vorläufigen Rechtsschutzes Nachteile entstünden, etwa das Unmöglichwerden des

Überdenkens der Bewertung durch die Prüfer infolge Zeitablaufs und der dadurch verblassten Erinnerung an das (mündliche) Prüfungsgeschehen, die im späteren Hauptsacheverfahren nicht mehr ausgeglichen werden könnten. Dies war bislang auch der überwiegende Standpunkt der Rechtsprechung. Jüngst hat nun aber das VG Stuttgart in einem bislang unveröffentlichten Beschluss vom 5.5.2017<sup>11</sup> einen vom Verfasser gestellten Antrag auf Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Begründung der Bewertung einer Lehrprobe mit Verweis auf § 44a Satz 1 VwGO kurz und knapp für unzulässig erklärt. Die Entscheidung des VGH Mannheim als Beschwerdeinstanz und die weitere Entwicklung der Rechtsprechung in dieser Rechtsfrage bleibt abzuwarten.

Grundsätzlich ist es anerkannt, dass ein Prüfling, der aufgrund unzureichender schriftlicher Prüfungsleistungen die Prüfung endgültig nicht bestanden hat, gestützt auf seinen materiell-rechtlichen Hauptanspruch die vorläufige Zulassung zur mündlichen Prüfung erstreiten kann, weil er anderenfalls gehalten wäre, sein Prüfungswissen trotz Ungewissheit über den Ausgang des Hauptsacheverfahrens und einer etwaigen Neubewertung seiner schriftlichen Prüfungsleistungen für einen unabsehbar langen Zeitraum zu konservieren und fortlaufend zu aktualisieren, was zu Recht als unzumutbar angesehen wird.<sup>12</sup> In einem Beschluss vom 19.4.2017 hat der VGH Mannheim nun seine frühere Rechtsprechung bestätigt, wonach eine vorläufige Zulassung zur mündlichen Staatsprüfung bereits aus Rechtsgründen ausscheide, weil der Prüfungsausschuss die Endnote nicht festsetzen könne, solange die in der schriftlichen Prüfung erzielte Note nicht feststünde.<sup>13</sup> Diese Rechtsprechung des VGH Mannheim ist im Hinblick auf die insbesondere auch vom Bundesverfassungsgericht betonte gebotene Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes in der zur Diskussion stehenden Fallkonstellation<sup>14</sup> abzulehnen. Es ist mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG unvereinbar, die unzumutbaren Belastungen für den Prüfling durch die gebotene Aufrechterhaltung des notwendigen Prüfungswissens für einen unabsehbar langen Zeitraum anzuerkennen, aber ihn gleichwohl die vorläufige Zulassung wegen der zunächst nicht möglichen Festsetzung der Endnote zur mündlichen Prüfung zu versagen. Hier verkennt der VGH Mannheim im Übrigen, dass wegen der Vorläufigkeit der Zulassung die Festsetzung der Endnote noch gar nicht geboten ist. Da die Endnote noch gar nicht ermittelt werden kann, steht der vorläufigen Zulassung zur Prüfung entgegen dem VGH Mannheim auch nicht entgegen, dass der Prüfungsausschuss

nach § 5 d Abs. 4 Satz 1 DRiG zu entscheiden hat, ob von dieser aufgrund des vom Prüfling gewonnen Gesamteindrucks abzuweichen ist. Diese Entscheidung kann erst getroffen werden, wenn das Ergebnis der schriftlichen Prüfung endgültig feststeht. Dass sie tatsächlich auch noch zu einem späteren Zeitpunkt getroffen werden kann, belegen die Konstellationen, in denen der Prüfungsausschuss erneut eine Abweichensentscheidung treffen muss, weil der Prüfling, der die Prüfung bestanden hat, eine bessere Bewertung seiner schriftlichen Prüfungsleistungen im Wege einer Prüfungsanfechtung erstritten hat. Einer drohenden Verblässung an den in der mündlichen Prüfung vom Prüfling gewonnen Eindruck kann durch die Anfertigung entsprechender Notizen begegnet werden.

In der Konsequenz der Rechtsprechung des VGH Mannheim müsste der Prüfling darauf ausweichen, die vorläufige Neuerbringung und/oder Neubewertung von Prüfungsleistungen im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes zu erstreiten. Insbesondere die vorläufige Neubewertung von schriftlichen Prüfungsleistungen ist in der bisherigen Rechtsprechung ausnahmslos mit dem Argument abgelehnt worden, dass eine Bewertung nicht vorläufig sein könne und daher im Falle der Stattgabe eines entsprechenden Antrags die Hauptsache unzulässigerweise vorweggenommen werden würde. In der Untersuchung wurde darauf hingewiesen, dass die Vorläufigkeit der Bewertung dadurch gesichert sei, dass das Ergebnis der Neubewertung keinen Bestand hat, wenn im Hauptsacheverfahren die Klage mangels Vorliegen von Bewertungsfehlern abgewiesen wird. Weiter wird ausgeführt, dass selbst bei Annahme der Vorwegnahme der Hauptsache diese zur gebotenen Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes hinzunehmen sei, um unzumutbare Nachteile für den Prüfling zu vermeiden. Diese bestehen darin, dass ein Prüfer, der viele Jahre nach der Erstbewertung eine schriftliche Prüfungsleistung erneut bewerten muss, nicht mehr in der Lage ist, diese nach den seinerzeit angewandten subjektiven Bewertungsmaßstäben zu beurteilen, worauf der Prüfling aber einen Anspruch hat. Insbesondere ist eine Neubewertung innerhalb des ursprünglichen Vergleichsrahmens ansonsten nicht mehr gewährleistet.

Kurz vor Drucklegung der Dissertation hat das VG Bremen nun den ähnlichen Standpunkt eingenommen, dass wegen der immensen Dauer eines Hauptsacheverfahrens ein Anspruch auf die vorläufige Neubewertung einer schriftlichen Prüfungsleistung prinzipiell anzuerkennen sei.<sup>15</sup>

12 Siehe etwa aktuell OVG Lüneburg, Bes. v. 19.4.2017 – 2 ME 101/17, n.v.

13 VGH Mannheim, Bes. v. 19.4.2017 – 9 S 673/17, juris, Rn. 11 ff.

14 BVerfG, Bes. v. 25.7.1996 – 1 BvR 638/96, NVwZ 1997, 479.

15 VG Bremen, Bes. v. 4.3.2015 – 1 V 80/15, juris, Rn. 22 f.

Im vorletzten Teilabschnitt des Schlusskapitels wird der gerichtliche Entscheidungsfindungsprozess innerhalb der dem Prüfling offen stehenden gerichtlichen Rechtsschutzverfahren beleuchtet. Nach der Darstellung der hier geltenden allgemeinen Grundsätze wird näher auf das Verfahren der Feststellung und der Erheblichkeit von Bewertungsfehlern eingegangen und das in diesem Zusammenhang zu beachtende Selbstbewertungsverbot betont.

Zum Ende des Kapitels und der Untersuchung werden noch die verschiedenen Möglichkeiten der Prozessbeendigung dargestellt.

## VII. Ergebnis und Ausblick

Auch wenn die vorgestellte Dissertation explizit nur die Möglichkeiten und Grenzen der Anfechtbarkeit juristischer (Staats-)Prüfungen untersucht, so gelten ihre wesentlichen Ergebnisse für die Anfechtung aller Prüfungsentscheidungen. Hervorzuheben ist insoweit zunächst insbesondere die (Fort-) Entwicklung des Modells der rationalen Abwägungskontrolle und seine Heranziehung zur (gerichtlichen) Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Prüfungsentscheidungen. Insoweit

leistet die Untersuchung auch allgemein einen Beitrag zu den Möglichkeiten der Eingrenzung administrativer Entscheidungsfreiräume. Weiter ist zu betonen, dass innerhalb des (fort-) entwickelten Modells der rationalen Abwägungskontrolle der „Antwortspielraum“ des Prüflings als Abwägungsdirektive eingeführt wird und die Voraussetzungen für seine Eröffnung so interpretiert werden, dass das Gebot seiner Respektierung entgegen der bisherigen Rechtsprechung tatsächlich als Kontrollmaßstab fungiert. Bedeutsam für die Rechtsschutzmöglichkeiten des Prüflings im Allgemeinen sind auch die erstmals umfassend behandelten Voraussetzungen für die Einleitung und Durchführung des Überdenkungsverfahrens. Aus den im Zuge der Untersuchung insoweit gewonnenen neuen Erkenntnissen können eventuell auch Folgerungen für die Ausgestaltung des außegerichtlichen Überprüfungsverfahrens bei der Erhebung von Einwendungen gegen beamtenrechtliche Beurteilungen gezogen werden.

Benjamin Unger ist als selbstständiger, auf Prüfungsrecht spezialisierter Rechtsanwalt, in Hildesheim, tätig.

Andreas Schubert

*Rezension zu Morgenroth, Hochschulstudienrecht  
und Hochschulprüfungsrecht, 1. Auflage 2017*

Das kürzlich in der 1. Auflage erschienene Buch von *Carsten Morgenroth*, Justiziar und Vertreter des Kanzlers der *Ernst-Abbe-Hochschule* Jena, erweitert den Fundus des eher spärlich bearbeiteten Gebiets des Hochschulstudien- und Hochschulprüfungsrechts.

Das 165 Seiten umfassende Buch ist in vier Teile gegliedert. Auf einen Grundlagenteil folgt das Recht des Hochschulstudiums sowie das zentrale Kapitel des Hochschulprüfungsrechts. Im letzten Abschnitt wird in einem kurzen Überblick die Anerkennung von Leistungen behandelt.

Eines der Hauptanliegen des Buches ist es, „*Gemeinsamkeiten des Rechts des Hochschulstudiums und dem Hochschulprüfungsrecht aufzuzeigen*“ (Rn. 337). Konsequenterweise führt daher der Grundlagenteil des Werkes den Leser in die Grundstrukturen des Hochschulwesens ein und erklärt die Rahmenbedingungen des Hochschulrechts und Hochschulprüfungsrechts. Ausgehend von der verfassungsrechtlichen Prüfungstrias von Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung stellt *Morgenroth* anhand von Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 5 Abs. 3 GG die drei, für das Hochschul- und Prüfungsrecht wesentlichen Grundrechte dar. Hierbei verliert sich *Morgenroth* nicht in den, für juristisch unkundige Leser, komplexen Untiefen verfassungsrechtlicher *termini technici*, sondern beschränkt sich auf leicht verständliche Erläuterungen. Nach einem kurzen Abriss der „rechtlichen Dimensionen für private Hochschulen“ schließt der erste Teil mit einer Darstellung über die „Erfassung der Rechte in Satzungen“. Hierbei werden zunächst die inhaltlichen Voraussetzungen der Satzung als hochschuleigene Verfassung unter Erläuterung der „Vorgaben höherrangigen Rechts“ erörtert. Daran folgt eine kurze Erklärung der Regelungstechnik von Satzungen.

Das zweite Kapitel „*Recht des Hochschulstudiums*“ setzt sich, sowohl aus Sicht der Hochschule, als auch aus Sicht des jeweiligen Bewerbers, ausführlich mit der Zugangsberechtigung zum Hochschulstudium auseinander. *Morgenroth* geht neben dem rechtlichen Rahmen der Mitgliedschaft an staatlichen Bildungseinrichtungen auch auf das zivilrechtlich ausgeprägte Studienvertragsverhältnis an privaten Hochschulen ein. Hervorzuheben

ist hierbei, dass sich *Morgenroth* nicht nur auf den Vertrag als solchen beschränkt, sondern anhand der Strukturen des AGB-Rechts Unwirksamkeitsgründe des Vertragsschlusses und Lösungsmöglichkeiten vom Vertragsverhältnis aufzeigt.

Das dritte Kapitel „*Hochschulprüfungsrecht*“ beginnt mit einem definitorischen Umriss begrifflicher und struktureller Grundlagen. Dem Leser wird anhand der Abschnitte „*Leistungsermittlungs- und Leistungsbewertungsverfahren*“ aufgezeigt, wie sich der Weg von Leistungserbringung zur Notenfindung vollzieht. Deklaratorisch werden dem Prüfling und der Hochschule die sie, ihm im Rahmen von Prüfungen, betreffenden Pflichten dargestellt. (Pflicht der Durchführung der Prüfung; Pflicht nicht zu täuschen; Pflicht zur Wahrung der öffentlichen Ordnung; Pflicht zum Handeln nach Recht und Gesetz...). Der Abschnitt zur Leistungsbewertung endet mit der Darstellung des - im Hochschulsektor häufig vernachlässigten - Überdenkensverfahrens (hierzu ausführlich *Morgenroth*, OdW 1/2017, S. 13ff.). Das Kapitel zum Hochschulprüfungsrecht zeigt dem Leser abschließend mit Widerspruch, Klage und einstweiligem Rechtsschutz die wichtigsten Instrumente im Streitfall auf. Das Buch schließt mit einem kurzen Kapitel zu der Anerkennung von Leistungen.

Das Werk von *Morgenroth*, Hochschulstudienrecht und Hochschulprüfungsrecht hat sich zur Aufgabe gemacht, Aufgabenträgern „*in Sachen Studium und Prüfung, also MitarbeiterInnen in Prüfungsämtern, Praxisämtern oder Dekanaten, aber auch MitgliederInnen in Prüfungsausschüssen, Studienkommissionen oder Fachbereichsräten, (die) keine oder keine fachspezifische rechtliche Vorbildung mitbringen (...) prägnant und verständlich, aber dennoch umfassend in das Recht von Hochschulstudium- und Prüfung einzuführen*“. Dies gelingt. Die schnörkellose und einfache Sprache des Autors machen dem Leser die doch eher unwegsamen Materie des Hochschulstudien- und prüfungsrechts leicht zugänglich. *Morgenroth* stellt anhand zahlreicher Übersichten und Grafiken anschaulich und in gebotener Kürze die wichtigsten Rahmenbedingungen des Prüfungsrechts dar und gibt dem Leser mit dem Grundlagenteil die Mög-



lichkeit an die Hand, Hochschulstrukturen auch jenseits des „Hochschulstudien- und Hochschulprüfungsrechts“ zu verstehen. Hierbei beschränkt er sich nicht auf die bloße Vermittlung bestehenden Rechts, sondern bringt, wo angezeigt, eigene (kritische) Ansichten in den wiederkehrenden Abschnitten „Vertiefung“ ein. Der Anhang mit den wichtigsten Regelungen für Hochschulen außerhalb der Landeshochschulgesetze erleichtert das Nachvollziehen geschilderter Inhalte.

Das Buch ist ein guter Einstieg in eine komplexe Materie und, wie es sich selbst zur Aufgabe gemacht hat, insbesondere Hochschulmitarbeitern zu empfehlen, die keine oder nur marginale juristische Kenntnisse mit-

bringen. Auch Studenten kann das Buch einen gewinnbringenden Einblick in die Funktionsweise hochschulrechtlicher und prüfungsrechtlicher Strukturen verschaffen.

Carsten Morgenroth, Hochschulstudienrecht und Hochschulprüfungsrecht, 1. Auflage, Nomosverlag, Baden-Baden 2017, 42,00 Euro.

Andreas Schubert ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Forschungsstelle für Hochschularbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch.

## Robert von Mohl

### *Und immer wieder: Reform der Universität*

In Tübingen war die Universität Anfang der zwanziger Jahre nicht mehr die selbstständige Korporation, welche sich selbst durch den aus sämtlichen ordentlichen Professoren bestehenden Senat unter dem Vorsitze eines halbjährig unter den vier Fakultäten wechselnden Rektors und unter einer Art von Kontrolle eines Kanzlers, der immer der älteste Professor der Theologie war, regierte, ihre Mitglieder selbst ernannte, von ihrem eigenen Vermögen lebte, und nur gelegentlich unterstützt aus Mitteln des Kirchenguts oder der herzoglichen Rentkammer, Gerichtsbarkeit jeder Art über ihre Angehörigen hatte. König Friedrich hatte in seiner Umgestaltung des ganzen Staatslebens nach modernen, namentlich französischen Ideen und bei seiner entschiedenen Abneigung gegen alle selbstständigen Organismen auch hier scharf eingegriffen. Die Universität wurde als Staatsanstalt erklärt, wie andere Lehranstalten unter das Kultusministerium gestellt; ihre Vermögensverwaltung ward mit der der Staatsdomänen verbunden, der nötige Zuschuß regelmäßig aus der Staatskasse geliefert; die Ernennung des Lehrpersonals erfolgte durch den König auf Vorschlag des Ministeriums, und dem Senate blieb nur ein Vorschlagsrecht; den alten vier Fakultäten wurden unter König Wilhelm zwei neue beigefügt, eine katholisch-theologische und eine staatswirtschaftliche; eine Zeit lang war sogar ein am Orte residierender Kurator als Mittelstelle und unmittelbare Aufsicht bestellt.

Doch blieben immer noch manche Reste der früheren Zustände übrig. Die beratende und begutachtende, in bestimmten Fällen beschließende Behörde blieb der Senat, auch jetzt bestehend aus den sämtlichen ordentlichen Professoren, deren Zahl sich allmählich auf mehr als 30 belief, unter dem Vorsitze eines halbjährig nach der Reihenfolge der Fakultäten und in diesen nach dem Amtsalter wechselnden Rektors. Auch der Kanzler hatte seine Stellung als *commissarius principis* und als erster Votant im Senate behalten; er hatte das Recht, jedem Berichte des Senates einen geheim gehaltenen Beibericht anzufügen. Nur war die wichtige Neuerung eingetreten, daß der Kanzler vom Könige aus der Zahl der Professoren frei ernannt wurde und nicht mehr der älteste Professor der evangelischen Theologie war. Der Rektor be-

stellte die Referate nach seinem Gutfinden, wenn er nicht vorzog, selbst den Vortrag zu halten. Sitzungen fanden, fast regelmäßig, an allen Donnerstagen statt, an welchem Tage daher keine Vorlesungen gehalten wurden; die Anwesenheit der Mitglieder war keine sehr regelmäßige; manche erschienen kaum je. Dem Eintritte in den Senat mußte die Abhaltung einer Rede in der großen Aula vorangehen. Ein eigentümliches Recht des Senates war das Patronat über 28 Pfarreien, unter welchen viel katholische; auf volle Freiheit der Verleihung nach den allgemeinen Grundsätzen über Patronate wurde eifersüchtig gehalten und jeder Versuch des Konsistoriums sich einzumischen zurückgewiesen.

Die Fakultäten bildeten selbständige Kollegien unter einem wechselnden Dekan und waren teils vom Senate unabhängig, namentlich was die Verleihung der akademischen Grade und dergleichen betraf, teils hatten sie vorbereitende Gutachten, vor allem in Stellenbesetzungsfragen, an den Senat zu erstatten. Ihre Sitzungen waren seltener und nur wenn ein bestimmtes Geschäft sie erforderte. – Zur Besorgung untergeordneter Angelegenheiten bestanden Kommissionen, namentlich eine Disziplinarkommission und ein Verwaltungsausschuß, unter dem Vorsitze des Rektors und zusammengesetzt aus einigen Professoren.

Außerordentliche Professoren und Privatdozenten hatten keinerlei Anteil an der Leitung der Universitätsangelegenheiten. Jene wurden von der Regierung ernannt und bezogen einen ziemlich spärlichen Gehalt, hatten Staatsdienerrechte und -pflichten; diese mußten sich durch öffentliche Verteidigung einer Dissertation habilitieren, von der Regierung bestätigt werden, erhielten aber, mit sehr seltenen Ausnahmen, keine Besoldung. Im ganzen wurden Privatdozenten nicht gern gesehen; man betrachtete sie eher als ein unruhiges und unzufriedenes, daher unbequemes Element.

Robert von Mohl (1789 – 1875), ein politischer Professor und bedeutender Staatswissenschaftler, schildert in seinen „Lebenserinnerungen“ die Reformen an der Universität Tübingen, wie er sie 1824 bei Antritt seiner dortigen Professur antraf.

