

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 3 / 2015

Aufsätze

- Theresia Bauer* Freiräume für Wissenschaft schaffen und schützen **131-136**
- Horst-Peter Götting und Anne Lauber-Rönsberg* Open Access und Urheberrecht **137-146**
- Frank Wertheimer* „Rolle rückwärts“ – Zur Rücknahme des Rufs in einem Berufungsverfahren **147-154**
- Andreas Heldrich †* Die zivilrechtliche Haftung für Schäden durch wissenschaftliche Betätigung **155-164**

Anmerkungen zur Rechtsprechung

- Patrick Schultes* Grenzüberschreitende studentische Mobilität in Europa und Hochschulzulassung in höhere Fachsemester – zugleich Anmerkung zu VG Münster – 9 L 787/14 **165-174**

Berichte

- Michel Fromont* La formation d'étudiants de haut niveau en droit étranger à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne **175-178**

Buchvorstellung

- Albrecht Bischoffshausen* Ökonomische Rechtfertigung der urheberrechtlichen Schutzfrist **179-186**

Ausgegraben

- Ludwig Raiser* Die Universität im Staat **187-188**

ISSN 2197-9197

Theresia Bauer

Freiräume für Wissenschaft schaffen und schützen

OdW versteht sich nicht zuletzt als Forum wissenschaftspolitischer und wissenschaftsethischer Fragen. Wir sind deshalb der Ministerin für Wissenschaft, Forschung und Kunst des Landes Baden-Württemberg, *Theresia Bauer*, sehr dankbar, dass sie in dem nachfolgenden Beitrag zu der zentralen Frage Stellung nimmt, wie in der Gegenwart Freiräume für Wissenschaft zu schaffen und zu schützen sind.

Manfred Löwisch

I. Leitbild Wissenschaftsfreiheit

Forschung und Wissenschaft sind Freiräume. Sie überwinden Grenzen. Ihre Gegenstände sind endlos, ihre Fragen berühren den Anfang von Zeit und Raum; Vorgänge, die wir nicht erfahren, sondern oft nur simulieren oder rekonstruieren können. Forschung und Wissenschaft behandeln die unendliche Vielzahl der Fragen des menschlichen Zusammenlebens. Sie entwickeln Dinge, die wir heute nicht mal denken können. Sie befassen sich damit, wie wir die Zukunft als Menschheit gestalten können. Der Kern der wissenschaftlichen Freiheit liegt darin, dass für sie das, was wir Überzeugungen und Wahrheiten nennen, nicht fest gegeben ist. Was lange als Wahrheit galt, kann jederzeit durch neue Erkenntnisse, durch eine neue Wahrheit ersetzt werden.

Wissenschaft ist also Freiheit. Und gleichzeitig braucht Wissenschaft Freiheit, um sich entfalten zu können. Dass die Gesellschaft der Wissenschaft Freiheit bei der Auswahl von Forschungsgegenständen und von Methoden – in verfassungsrechtlichen Grenzen – einräumt, ist unabdingbare Grundvoraussetzung für wissenschaftliche Innovationskraft und Qualität.

In Deutschland ist die Freiheit der Wissenschaft im Grundgesetz ungewöhnlich stark verankert. Während Meinungs- und Pressefreiheit Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze finden, wurde die Freiheit der Wissenschaft von den Vätern des Grundgesetzes vorbehaltlos garantiert.

Zentral ist dabei die Idee, dass Wissenschaft ein ergebnisoffener und nicht unmittelbar Zwecken unterzu-

ordnender Prozess ist, so wie sie in der durch die Ideen Humboldts geprägten Universität des 19. Jahrhunderts ausgeprägt wurde.

Es gilt jedoch sich auch daran zu erinnern, dass in der Zeit der Gründung der ersten Universitäten, die Freiheit der Wissenschaft weniger auf einen freien, ergebnisoffenen Forschungsprozess bezogen war, als auf die Freiheit der Lehrenden und Lernenden, sich als Gemeinschaft eigene Regeln geben zu können. Diese Idee, dass Wissenschaft als institutioneller Freiraum mit eigenen Regeln und Qualitätsmaßstäben ausgestaltet werden sollte, gehört heute ebenso zu einer modernen Vorstellung von Freiheit der Wissenschaft, wie die Idee, dass mit Freiheit eine besondere Verantwortung einhergeht.

In diesem Zusammenhang gelten die Sätze des Bundesverfassungsgerichts aus den siebziger Jahren noch immer:

„Die Distanz, die der Wissenschaft um ihrer Freiheit willen zu Gesellschaft und Staat zugebilligt werden muss, enthebt sie auch nicht von vornherein jeglicher Auseinandersetzung mit gesellschaftlichen Problemen. Dieser Freiraum ist nach der Wertung des Grundgesetzes nicht für eine von Staat und Gesellschaft isolierte, sondern für eine letztlich dem Wohle des Einzelnen und der Gemeinschaft dienende Wissenschaft verfassungsrechtlich garantiert.“¹

Ausgehend von diesem noch heute hochaktuellen Verständnis von Wissenschaftsfreiheit als Leitbild stellt sich die Frage, welche Rahmenbedingungen eine moderne Wissenschaftspolitik garantieren muss, um das tatsächliche Leben von Wissenschaftsfreiheit zu ermöglichen. Welche Gefährdungen bestehen heute für dieses Verständnis von Wissenschaftsfreiheit und was kann Wissenschaftspolitik tun, um diesen entgegenzutreten?

II. Wissenschaftsfreiheit heute bedeutet, Freiräume zu eröffnen

Ich schlage vor, diese Freiheit der Wissenschaft heute als Auftrag an die Wissenschaftspolitik zu verstehen, Freiräume zu eröffnen und zu erhalten. Freiheit der Wissen-

¹ BVerfG 47, 327 – Hessisches Universitätsgesetz.

² *Gumbrecht, Hans Ulrich*, Riskantes Denken. Intellektuelle als Katalystoren von Komplexität. In: *Der kritische Blick. Über intellektu-*

elle Tätigkeiten und Tugenden, *Uwe Justus Wenzel* (Hrsg.), 2002, Frankfurt a. M., 140-147.

schaft kann nicht allein als Abwehrrecht gegen unmittelbare Eingriffe in die Wahrheitsorientierung von Forschung und Lehre verstanden werden, es ist vielmehr eine Kultur des Ermöglichtens gefragt.

Moderne Wissenschaft muss die Möglichkeit des „risikanten Denkens“² – auch des Scheiterns haben. Sie muss sowohl in Richtung der technischen und gesellschaftlichen Umsetzung denken als auch ihrer eigenen inneren Logik ohne Zweckbindung folgen können. Sie muss eine sich selbst befeuernde Dynamik entwickeln können, bei der neue Erkenntnisse immer neue Fragestellungen hervorbringen. Der Kern guter Wissenschaftspolitik ist, für die Wissenschaft Freiräume zu schaffen und zu schützen, die diese Dynamik ermöglichen.

Wissenschaft lebt in besonderer Weise von solchen Freiräumen, innerhalb derer hochqualifizierte und kreative Persönlichkeiten ihren eigenen Vorhaben nachgehen. So können neue Ideen entstehen, so werden die Grundlagen für unsere Innovationskraft geschaffen – für die Bearbeitung der großen Herausforderungen. Freiheit ist dafür die Grundlage, denn Innovationen lassen sich nicht auf einen definierten Bereich einschränken. Was oft mit „zukunfts-fähig machen“ beschrieben wird, suggeriert, man könne sich durch Forschung auf eine vorgegebene Zukunft vorbereiten. In Wahrheit kennen wir weder unsere Zukunft noch ist sie festgelegt.³ Wir gestalten unsere Zukunft immer wieder neu und verändern sie – und zwar zu großen Teilen getrieben von unserer Wissenschaft.

III. Bedrohungen von Wissenschaftsfreiheit

Die Freiräume der Wissenschaft sind heute bedroht durch eine Reihe von mittelbaren Faktoren, die ich exemplarisch an den Begriffen Kurzatmigkeit, Abhängigkeit und Verzweckung festmachen möchte.

1. Kurzatmigkeit

Der Anteil der Drittmittelfinanzierung in der Forschung ist in den letzten Jahren bundesweit dramatisch angestiegen. Im Jahr 2012 wurden an den baden-württembergischen Hochschulen 23,4% der Ausgaben durch Drittmittel gedeckt, zehn Jahre zuvor waren es noch 18% gewesen – Tendenz steigend.⁴ Gleichzeitig waren die letzten Jahrzehnte politisch zunehmend von kleinteiligen Finanzierungsformaten und befristeten Sonderprogrammen geprägt. Sonderprogramme für den Studierendenaufwuchs, Studiengebühren, Ersatzgelder für die Studiengebühren. Dieses kleinteilige System hat das

finanzielle Fundament der Hochschulen angegriffen, die Möglichkeit der langfristigen Planung geschmälert und damit ihre Strategiefähigkeit geschwächt.

So richtig und wichtig die Impulse waren und sind, die Förderprogramme für die Wissenschaft setzen, so bedarf es einer guten Balance zwischen den Anreizwirkungen projekt- und wettbewerbsbezogener Finanzierung und einer verlässlichen Grundfinanzierung. Denn das Privileg der Wissenschaft, in langen Linien denken zu können, Wege zu beschreiten, ohne zu wissen, wo sie enden werden, darf nicht durch eine zu umfangreiche Bindung von Finanzmitteln an kurze Zeitperioden eingeschränkt werden.

2. Abhängigkeit

Karrierewege in der Wissenschaft sind mit großen Unsicherheiten behaftet. Es vergeht eine lange Zeit, bis Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler in die Position kommen, eigenverantwortlich zu arbeiten. Auf diesem Weg gehen viele talentierte Köpfe für die Wissenschaft verloren. Denn im globalen Wettbewerb um die besten Köpfe gibt es durchaus attraktive Alternativen. Die lange Phase der Unsicherheit gefährdet vor allem aber auch die Freiheit der Wissenschaft, weil Nachwuchswissenschaftler nicht ermutigt sind, Bestehendes gegen den Strich zu bürsten, neue Wege zu bestreiten.

Im Schnitt erreichen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler in Deutschland erst mit 42 ihre erste Lebenszeitprofessur – wenn überhaupt. Bis dahin sind sie häufig angehalten, sich an der Ausrichtung des Lehrstuhls, oft auch am wissenschaftlichen Mainstream zu orientieren oder sich durch Projekte zu hangeln, die zum Erfolg verdammt sind, da nur so die eigene Stelle gesichert werden kann.

Frühere akademische Eigenständigkeit und verlässlichere Perspektiven sind notwendig, um Wissenschaft gerade für Querdenker und kreative Persönlichkeiten attraktiv zu machen.

3. Verzweckung

Der gestiegene Anteil an Drittmitteln – aus privater und öffentlicher Hand – wirft immer stärker Fragen nach der Ökonomisierung und einer Verzweckung von Wissenschaft auf. Diese Debatte muss geführt werden. Nicht weil Spenden und Projektgelder aus der Wirtschaft für Wissenschaft per se abzulehnen wären. Das Gegenteil ist der Fall. Die Annahme von Drittmitteln darf aber kein Ergebnis von Finanzierungsnot sein, weil der Staat sei-

3 Vergleiche auch *Prantl, Heribert*, Wunderwort Zukunft, in: *Süddeutsche Zeitung*, 23.05.2015. Online abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/politik/pfingsten-wunderwort-zukunft-1.2490257-2> (2.6.2015).

4 Statistisches Landesamt Baden-Württemberg, Stuttgart, 2.5.2014 – Pressemitteilung Nr. 156/2014.

ner Finanzierungsverantwortung nicht ausreichend nachkommt.

Eine andere Form der Freiheitsbedrohung kann heute aber auch aus überschießenden Ideen entstehen, Wissenschaft ausschließlich an den großen Herausforderungen unserer Zeit zu orientieren. So gibt es derzeit intensive Diskussionen darüber, Wissenschaft stärker auf ihren Beitrag für die nachhaltige Entwicklung zu verpflichten.⁵

Es ist unzweifelhaft richtig, dass die großen Fragen der Nachhaltigkeit nur mit Hilfe technischer und sozialer Innovationen gelöst werden, für die Hochschulen und wissenschaftliche Einrichtungen unverzichtbar sind. Die Wissenschaft wird dafür gebraucht und Baden-Württemberg fördert entsprechend neue Formen der Wissensgenerierung, etwa hinsichtlich der besonderen interdisziplinären Struktur der Nachhaltigkeitsproblematik.

Orientierung an großen gesellschaftlichen Herausforderungen darf jedoch nicht heißen, dass disziplinäre Forschung oder Grundlagenforschung an Legitimation verlieren oder dass nun jedes Forschungsprojekt außerwissenschaftliche Akteure einbeziehen müsste. Es darf auch nicht bedeuten, Wissenschaft nur auf Anwendungsforschung zu fokussieren.

Bedenkenswert erscheint mir das jüngste Positionspapier des Wissenschaftsrats „Zum wissenschaftspolitischen Diskurs über große gesellschaftliche Herausforderungen“, in dem neue Formen der Wissensproduktion die Grundlagenforschung als besonderer Ausdruck der freien und ungerichteten Wissenschaft betont werden, die ihrem Namen entsprechend die Grundlage für die Bearbeitung der Herausforderungen unserer Zeit legt.⁶

Wir dürfen und wir müssen der Wissenschaft zumuten, sich mit den großen Fragen der Gesellschaft zu beschäftigen. Wir dürfen Wissenschaft allerdings nicht engführen, weil wir sie dann ihrer spezifischen Stärke berauben. Denn wir wissen nicht, was die großen Fragen von morgen sein werden. Und es ist an der Wissenschaft ebenso wie an allen anderen Teilen der Gesellschaft, beständig darüber zu reflektieren, welche Fragen zu bearbeiten sind und auch immer wieder neu zu prüfen, ob es noch die richtigen sind.

IV. Wie eröffnen wir Freiräume für Wissenschaft?

Wie kann Wissenschaftspolitik Freiräume erweitern und gegen die genannten Bedrohungen schützen? Ich möchte einige Beispiele nennen, wie die Landesregierung von Baden-Württemberg dieses Ziel verfolgt.

1. Finanzielle Verlässlichkeit

Die Philosophie, Freiräume zu eröffnen, findet sich im Hochschulfinanzierungsvertrag „Perspektive 2020“;⁷ den wir dieses Jahr in Baden-Württemberg auf den Weg gebracht haben. Nach Jahren des Stillstands haben wir durch die Erhöhung der Grundfinanzierung unserer Hochschulen die Balance zwischen projektorientierter Finanzierung und Grundfinanzierung verbessert. Wir geben den Hochschulen mehr finanzielle Spielräume, um eigenständige Strategien entwickeln und in längeren Horizonten agieren zu können.

Konkret überführen wir den Großteil der Qualitätssicherungsmittel, die als Ersatz der Studiengebühren an die Hochschulen geflossen sind, sowie Mittel aus dem Programm Hochschule 2012 in die Grundfinanzierung. Zusätzlich gibt das Land bis 2020 zusätzliche Mittel in Höhe von 1,1 Milliarden Euro. Damit realisieren wir den vom Wissenschaftsrat empfohlenen dynamischen Aufwuchs der Grundfinanzierung um drei Prozent pro Jahr. Dieser Aufwuchs ermöglicht den Hochschulen, in den nächsten sechs Jahren bis zu 3800 Stellen in der Grundfinanzierung zu schaffen.

Wofür die Hochschulen das Geld konkret einsetzen, ist nun ihnen überlassen und nicht mehr an Vorgaben bestimmter Programmlinien gebunden. So entsteht ein Freiraum, eigene Schwerpunkte zu setzen, Neues auszuprobieren und die Möglichkeit, um die Persönlichkeiten zu werben, die die Wissenschaftsfreiheit am Ende mit Leben füllen.

2. Perspektiven für den wissenschaftlichen Nachwuchs

Wir haben den Hochschulen mit der Erhöhung der Grundfinanzierung auch die Möglichkeit in die Hand gegeben, jungen hochqualifizierten Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern gute Bedingungen zu bieten.

5 Vergleiche u.a.: *Schneidewind, Uwe* und *Singer-Brodowski, Mandy*, Transformative Wissenschaft. Klimawandel im deutschen Wissenschafts- und Hochschulsystem, Marburg 2014; *Jahn, Thomas*, Wissenschaft für eine nachhaltige Entwicklung braucht eine kritische Orientierung, in: GAIA - Ecological Perspectives for Science and Society, 22 (1), 2013, 29-33.

6 *Wissenschaftsrat*, Zum wissenschaftspolitischen Diskurs über

große gesellschaftliche Herausforderungen, Positionspapier April 2015, Drucksache 4594-15.

7 „Perspektive 2020“, Hochschulfinanzierungsvertrag Baden-Württemberg 2015-2020. Abrufbar unter https://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/PDF/150109_Hochschulfinanzierungsvertrag.pdf (am 2.6.2015).

Unser Wissenschaftssystem basiert zu großen Teilen auf den hochproduktiven Nachwuchswissenschaftlerinnen und Nachwuchswissenschaftlern, die eigene Ideen entwickeln und neue Projekte anstoßen. Die Besten wollen wir halten, sie dürfen nicht aus mangelnder Perspektive in die Wirtschaft oder ins Ausland abwandern.

Der Hochschulfinanzierungsvertrag ermöglicht längere Vertragszeiten und fordert diese von den Hochschulen in Form von Selbstverpflichtungen ein. Bereits 2014 haben wir zudem im neuen Landeshochschulgesetz den echten Tenure Track für Juniorprofessuren eingeführt. Ohne Stellenvorbehalt kann eine Juniorprofessur damit in eine Lebenszeitprofessur überführt werden, wenn die notwendige Qualität geprüft und gegeben ist. Die Juniorprofessur mit Tenure Track ermöglicht die frühere Eigenständigkeit von Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern und bietet eine verlässliche Karriereperspektive.

Wir wollen den oft zu eng geratenen Takt, in dem Verträge für junge Wissenschaftler geschlossen werden, wieder entzerren. Wer stets nur mit der Bewerbung auf die nächste Stelle beschäftigt ist, kann keinen eigenen ambitionierten Projekten nachgehen. Wer unter so hohem Publikationsdruck steht, dass jedes Projekt zum Erfolg führen muss, kann nicht riskante Wege beschreiten.

3. Verankerung in der Gesellschaft

Weder Politik noch Wirtschaft dürfen Wissenschaft für ihre Ziele vereinnahmen. Freiräume sind jedoch keine Biotope, in denen Wissenschaft in Ruhe gelassen wird. Mit Freiheit geht Verantwortung einher. Wissenschaft muss sich in der Gesellschaft verankern, ohne sich jedem Trend anzupassen.

Um nur ein Beispiel zu nennen, wie dies gelingen kann, sei an dieser Stelle das Konzept der „Reallabore“ genannt. Um Wissenschaft näher an die Gesellschaft zu rücken, fördern wir Projekte, in denen Hochschulen mit zivilgesellschaftlichen und kommunalen Akteuren an konkreten Herausforderungen vor Ort arbeiten. Wir sind damit Empfehlungen einer vom Wissenschaftsministerium eingesetzten Expertengruppe zur „Wissenschaft für Nachhaltigkeit“⁸ gefolgt, ohne diese generell als Leitbild für die Hochschulen vorzusehen.

Auf der Grundlage einer ersten Ausschreibung fördert das Wissenschaftsministerium seit Januar 2015 bereits sieben Projekte im Land, die sich in einem wettbe-

werblichen Verfahren durchgesetzt haben. Eine zweite laufende Ausschreibung widmet sich dem Thema „Städte“ als Zukunftslabore unserer Gesellschaft.

Reallabore unterstützen angewandte Forschung vor Ort, deren Fragestellungen und Methoden interdisziplinär und im Dialog mit Praxispartnern entwickelt werden. So sind Reallabore selbst Freiräume, in denen Neues entstehen kann.

Ebenso sind Kooperationen mit der Wirtschaft gewünscht. Sie sind kein Bruch mit der Wissenschaftsfreiheit. Kooperation ist Nähe zur Praxis und immer auch Anstoß zu neuen Perspektiven und Innovationen. Ein Blick auf die derzeit bei Studierenden im Bereich Wirtschaft und Informatik weltweit beliebteste Elite Universität Stanford⁹ zeigt, welche Dynamik aus der Verbindung von exzellenter Lehre und Forschung und der Förderung des sogenannten „Entrepreneurship“ entstehen kann.

So kritisch manche Entwicklungen auch zu hinterfragen sind – insbesondere in Bezug auf sozialstaatliche Einbettungen im amerikanischen System und Fragen der Datensicherung und des Dateneigentums – so sehr hat doch die enorme Dynamik des Silicon Valleys unsere Gesellschaft verändert. Was bei uns bürokratisch Technologietransfer heißt, ist dort eine Start Up Kultur, die wir uns in Deutschland bislang noch schwer vorstellen können.

Es kann nicht Ziel sein, kalifornische Verhältnisse ungefiltert in Deutschland zu kopieren. Doch es lohnt sich, darüber nachzudenken, was wir von Freiräumen, die dort in Form von offenen Räumen und internationaler und interdisziplinärer Begegnungskultur gelebt werden, lernen wollen.

V. Die Luft der Freiheit weht

Wissenschaftspolitik hat die Aufgabe, Freiräume zu eröffnen. Wissenschaft übernimmt im Gegenzug Verantwortung.

Neben der wissenschaftlichen Redlichkeit per se geht es insbesondere um Verantwortung gegenüber der Gesellschaft. Die im Grundgesetz verbürgte Forschungsfreiheit und die Bereitstellung der Bedingungen für diese Freiheit durch die Politik bringen die Pflicht mit sich, mit der Gesellschaft im engen Dialog zu sein.

Forschungsergebnisse müssen der Öffentlichkeit nahegebracht werden und Forschungsnotwendigkeiten gerade in sensiblen Gebieten erläutert werden. Gerade weil

8 *Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst Baden-Württemberg* (Hrsg.), Empfehlungen der Expertengruppe „Wissenschaft für Nachhaltigkeit“, Juni 2013, abrufbar unter <https://mwk.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-mwk/intern/dateien/>

pdf/Wissenschaft_f%C3%BCr_Nachhaltigkeit/Expertenbericht_RZ_MWK_Broschuere_Nachhaltigkeit_Web.pdf (2.6.2015).

9 U.S. News Ranking 2015, <http://colleges.usnews.rankingsandreviews.com/best-colleges/stanford-1305> (8.6.2015).

Politik nicht regulierend sondern ermöglichend eingreift, entsteht daraus die Verantwortung, sich von Seiten der Wissenschaft selbst öffentlich zu erklären und hinterfragen zu lassen.

Prominentes Beispiel sind hier die Neurowissenschaften, die auf Tierversuche zurückgreifen, um das Gehirn zu verstehen. Zuletzt ist in Baden-Württemberg am Beispiel des Tübinger MPI für biologische Kybernetik wieder intensiv über das Für und Wider tierexperimenteller Forschung mit Primaten diskutiert worden. Und diese Debatte ist notwendig. Forschung an Tieren ist immer eine schwere ethische Abwägung, die nicht pauschal in die eine oder andere Richtung entschieden werden kann. Daher werden in Deutschland Tierversuche durch Ethikkommissionen geprüft und einzeln genehmigt. Sie nehmen die Wissenschaft in die Pflicht, jeden einzelnen Versuch an Tieren zu begründen und zu rechtfertigen.

Hier geht es um das Abstecken ethischer Grenzen der Freiheit der Wissenschaft. Was die Art der Debatte in den letzten Monaten in Baden-Württemberg betrifft, muss aber auch festgehalten werden: Völlig inakzeptabel ist es, wie Wissenschaftler diffamiert, beleidigt und ge-

meinsam mit ihren Familien bedroht wurden. Es wäre ein herber Rückschlag, wenn Forschung aufgrund solcher Art Drucks eingestellt würde, ohne dass eine sachliche Abwägung noch möglich wäre. In diesen oft unangenehmen Konflikten muss Wissenschaft offener Position beziehen und sich der Gesellschaft erklären. Politik kann moderieren aber nicht die Wissenschaft aus der Pflicht entlassen, Forschungsmethoden zu erläutern und zu rechtfertigen.

Je besser Wissenschaft in der Gesellschaft verankert ist, desto besser kann Politik Wissenschaft die Freiheit garantieren, die sie benötigt. Die Landesregierung behält dieses Ziel fest im Blick. Nicht zuletzt bei der Delegationsreise im Mai 2015 nach Kalifornien wurde sie darin eindrucksvoll bestätigt. Denn dass Freiheit Grundvoraussetzung für die Leistungsfähigkeit von Wissenschaft ist, ist wohl nirgends so schön ausgedrückt wie an der Universität Stanford. Bis heute führt sie einen deutschen Leitspruch in ihrem Universitätswappen: „Die Luft der Freiheit weht“.

Theresia Bauer ist Ministerin für Wissenschaft,
Forschung und Kunst in Baden-Württemberg.

Horst-Peter Götting / Anne Lauber-Rönsberg

Open Access und Urheberrecht

ÜBERSICHT

I. Einführung

1. Tatsächliche Hintergründe
2. Rechtliche und faktische Maßnahmen zur Förderung von Open Access
 - a) Verpflichtungen durch das Hochschulrecht
 - b) Maßnahmen der Hochschulen
 - c) Maßnahmen der öffentlichen Forschungsförderung
 - d) Urheberrechtliche Maßnahmen

II. Verfassungsrechtliche Vorgaben

1. Freiheit der Forschung, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG
2. Verfassungsrechtlicher Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts durch Art. 2 Abs. 1 GG
3. Eigentumsgarantie, Art. 14 GG

III. Urheberrechtliche Grundlagen

1. Schutz von Forschungsergebnissen
 - a) Schutz durch das Urheberrecht
 - b) Schutz durch Leistungsschutzrechte
2. Rechtsinhaberschaft

IV. Förderung von Open-Access-Publikationen durch das Urheberrecht

1. Vorschläge *de lege ferenda*
 - a) Bei wissenschaftlichen Werken nur Recht auf Anerkennung der Urheberschaft
 - b) Einführung einer Anbieterspflicht
 - c) Weitere Vorschläge
2. Open Access und Verlagsverträge
 - a) Der „goldene Weg“
 - b) Der „grüne Weg“: § 38 Abs. 1, 4 UrhG
 - c) Ergänzung durch hochschulrechtliche Publikations- oder Anbieterspflichten?

V. Fazit

I. Einführung

Der Zugang zu wissenschaftlichen Erkenntnissen ist Grundvoraussetzung für jede Forschungstätigkeit. Auf

dieser Erkenntnis basiert die Open-Access-Bewegung, deren Ziel darin besteht, einen unmittelbaren, uneingeschränkten und kostenlosen Zugang zu wissenschaftlicher Literatur und anderen Forschungsergebnissen im Internet zu ermöglichen.¹ Ein Katalysator für diese Entwicklung war die sog. „Journal Crisis“: In den letzten Jahrzehnten sind die Bezugspreise von Zeitschriften der internationalen Marktführer Elsevier, Wiley, Kluwer/Springer und Blackwell in den MINT-Fächern stark angestiegen.² Da die Bibliotheksetats mit dieser Entwicklung nicht Schritt hielten, waren die Bibliotheken gezwungen, Zeitschriften abzubestellen. Diese Einnahmeverluste kompensierten die Fachverlage durch weitere Preiserhöhungen. Als Folge entwickelten sich zunächst private transnationale Initiativen wie die Budapest Open Access Initiative (2002),³ das Bethesda Statement of Open Access Publishing (2003)⁴ und die Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities (2003).⁵ Diesen Initiativen hat sich auch die Allianz der deutschen Wissenschaftsorganisationen angeschlossen.⁶ Mittlerweile hat sich die Förderung von Open Access als wissenschaftspolitisches Handlungsfeld national und international etabliert. So hat sich die Europäische Kommission zum Ziel gesetzt, dass bis zum Jahr 2016 60 % der mithilfe öffentlicher Mittel geschaffenen wissenschaftlichen Beiträge EU-weit frei zugänglich sein sollen.⁷

1. Tatsächliche Hintergründe

Es ist zwischen zwei unterschiedlichen Arten von Open-Access-Publikationen zu unterscheiden: Der „goldene Weg“ (golden road) bezieht sich auf die Erstveröffentlichung wissenschaftlicher Beiträge in Open-Access-Zeitschriften oder durch andere frei zugängliche Dokumentenserver, während der „grüne Weg“ (green road) allein auf die zweite Zugänglichmachung einer Publikation abstellt, die in einem anderen Rahmen – in der Regel in

1 Vgl. z.B. *Suber*, Open Access, 2012, S. 4.

2 In den Jahren von 1975-1995 sind die Abonnement-Preise um mehr als 300 % über der Inflationsrate gestiegen, vgl. Europäische Kommission, Study on the Economic and Technical Evolution of the Scientific Publication Markets in Europe: Final Report – January 2006, http://ec.europa.eu/research/science-society/pdf/scientific-publication-study_en.pdf (18.5.2015); s. auch BReg, Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes, 05.04.2013, BT-Drs. 17/13423, S. 9.

3 Budapest Open Access Initiative, www.budapestopenaccessinitiative.org (18.5.2015).

4 Bethesda Statement of Open Access Publishing, <http://legacy.earlham.edu/~peters/fos/bethesda.htm> (18.5.2015).

5 Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities, http://openaccess.mpg.de/67605/berlin_declaration_engl.pdf (18.5.2015).

6 <http://www.allianzinitiative.de/en/core-activities/open-access.html> (18.5.2015).

7 Mitteilung der Europäischen Kommission – Verbesserung des Zugangs zu wissenschaftlichen Informationen vom 7.7.2012 (COM (2012) 401 final), S. 13.

einem Nicht-Open-Access-Medium – schon einmal veröffentlicht wurde.

Die Verbreitung und Akzeptanz von Open-Access-Publikationen ist in den einzelnen Fachbereichen sehr unterschiedlich. Während z.B. in der Informatik Open-Access-Publikationen aufgrund der Internationalität des Fachgebiets und der Akzeptanz des Internets als Medium der Information und Kommunikation weit verbreitet sind, stellen sie in der eher von einer Buchkultur geprägten Rechtswissenschaft, deren Publikationen in der Regel nur national wahrgenommen werden und nicht im gleichen Maße wie in den MINT-Fächern auf Aktualität angewiesen sind, die Ausnahme dar.

Vorteile der Veröffentlichung von Beiträgen im Wege des Open Access sind die in der Regel kurzen Bearbeitungszeiten, die dadurch hohe Aktualität und die Möglichkeit zur Prioritätssicherung sowie die erhöhte – auch internationale – Sichtbarkeit und Zitierhäufigkeit. Dagegen sind Open-Access-Publikationen entgegen verbreiteter Annahme für die Verfasser nicht immer unentgeltlich. Beiträge in Open-Access-Zeitschriften können zwar von den Nutzern kostenlos abgerufen werden, erfordern aber häufig durchaus beträchtliche Kostenzuschüsse durch die Autoren, zu deren Finanzierung die Hochschulen mithilfe der DFG zum Teil sog. Publikationsfonds eingerichtet haben.⁸

Nachteile von Open-Access-Publikationen sind – neben den schon erwähnten Autorenzuschüssen – das (noch) fehlende Renommee vieler Open-Access-Zeitschriften sowie die mangelnde Qualitätssicherung, falls kein oder kein ausreichender Peer-Review erfolgt. Zum Teil wird auch befürchtet, dass Open-Access-Publikationen häufiger plagiiert würden. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass Übereinstimmungen mit frei im Internet zugänglichen Veröffentlichungen durch Suchmaschinen leichter identifiziert werden können, so dass etwaige Plagiate zumindest schneller aufgedeckt werden können.⁹

Aus wissenschaftspolitischer Sicht wird zudem argumentiert, dass bei dem derzeitigen Publikationsmodell Wissenschaftler den Wissenschaftsverlagen urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrechte an mit öffentlichen Geldern geförderten Forschungsergebnissen einräumen, an denen dann wiederum steuerfinanzierte Bibliotheken

Lizenzen erwerben müssen, damit die Forschungsergebnisse für die Öffentlichkeit zugänglich sind.¹⁰ Diese „Doppelfinanzierung“ durch die öffentliche Hand (sog. double-dipping) könne durch Open-Access-Publikationsmodelle vermieden werden. Andererseits darf nicht übersehen werden, dass Wissenschaftsverlagen neben der reinen Distributorentätigkeit häufig weitere Funktionen z.B. im Rahmen des Lektorats und Korrektorats, bei der Selektion, Aufbereitung und der Verbreitung zukommen; diese werden jedenfalls durch solche Open-Access-Modelle, die umfangreiche Parallelstrukturen zu den wissenschaftlichen Fachverlagen aufbauen, in Frage gestellt.¹¹

2. Rechtliche und faktische Maßnahmen zur Förderung von Open Access

Die Förderung von Open-Access-Publikationsmodellen ist grundsätzlich durch verschiedene Instrumente denkbar.

a) Verpflichtungen durch das Hochschulrecht

Diskutiert wird zum einen, Wissenschaftlern die gesetzliche Verpflichtung aufzuerlegen, steuerfinanzierte wissenschaftliche Werke im Wege des Open Access zu veröffentlichen. Ein Beispiel hierfür ist die im Jahr 2014 eingeführte Regelung des § 44 Abs. 6 LHG B-W, die den Hochschulen aufgibt, ihr wissenschaftliches Personal durch Satzung dazu zu verpflichten, das Recht auf nicht-kommerzielle Zweitveröffentlichung für im Rahmen der Dienstaufgaben entstandene wissenschaftliche Beiträge nach Ablauf einer Embargofrist von einem Jahr wahrzunehmen.¹²

b) Maßnahmen der Hochschulen

Zu beobachten ist des Weiteren, dass viele Hochschulen die Forderung nach offenem Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen nicht nur durch „Open Access Policies“, sondern auch durch institutionelle Selbstverpflichtungen, sog. Open Access Mandates unterstützen. So lässt sich z. B. die Harvard University von ihren Wissenschaftlern nicht-ausschließliche Rechte zur Veröffentlichung der wissenschaftlichen Beiträge auf einem Open Access-Repository einräumen; sofern ein Wissenschaftler nur eine traditionelle Verlagspublikation plant, muss er eine Ausnahme („waiver“) beantragen.¹³ Auch

8 Dazu *Fournier/Weihberg*, Das Förderprogramm „Open-Access-Publizieren“ (OAP) der Deutschen Forschungsgemeinschaft. Zum Aufbau von Publikationsfonds an wissenschaftlichen Hochschulen in Deutschland, *ZfBB* 60 (2013), S. 236 ff.

9 *Suber*, Open Access (Fn. 2), S. 24.

10 *RegE* (Fn. 2), BT-Drs. 17/13423, S. 9.

11 Siehe ausführlich zu Argumenten pro und contra Open Access *Lutz*, Zugang zu wissenschaftlichen Informationen in der digitalen Welt, 2012, S. 182 ff.; zu den die Autoren beeinflussenden Entscheidungsfaktoren *Eger/Scheufen/Meierrieks*, Determinants of Open Access Publishing, 2013.

12 Dazu siehe unten IV. 2. c).

verschiedene deutsche Hochschulen haben „Open Access Mandates“ verabschiedet; diesen kommt jedoch lediglich ein unverbindlicher Appellcharakter zu.

Denkbar ist des Weiteren eine Förderung von Open Access durch finanzielle und andere faktische Anreizsysteme, z. B. durch entsprechende Zielvereinbarungen. Auch die Europäische Kommission forderte in einer Empfehlung vom Juli 2012 die Mitgliedstaaten sowie die nationalen akademischen Institutionen zu einer Anpassung des Einstellungs- und Laufbahnbewertungssystems für Forscher und des Beurteilungssystems für die Vergabe von Forschungsstipendien unter dem Gesichtspunkt des Open Access auf.¹⁴

c) Maßnahmen der öffentlichen Forschungsförderung

Die Institutionen der öffentlichen Forschungsförderung haben die Open Access-Bewegung von Beginn an unterstützt. So hat zum Beispiel die DFG bereits 2003 die „Berliner Erklärung“ unterzeichnet. Zunehmend setzt die Forschungsförderung durch öffentliche Drittmittelgeber eine anschließende Publikation der Forschungsergebnisse im Wege des Open Access voraus.¹⁵ Nachdem bereits das 7. Forschungsrahmenprogramm eine Reihe von Pilotinitiativen enthielt, hat die Europäische Kommission den freien Zugang zu wissenschaftlichen Veröffentlichungen nunmehr als allgemeinen Grundsatz in dem seit dem 1.1.2014 geltenden EU-Rahmenprogramm für Forschung und Innovation „Horizon 2020“ verankert. Seit 2014 sollen demnach alle wissenschaftlichen Veröffentlichungen, die mit Hilfe von EU-Fördergeldern entstanden sind, als Open-Access-Publikationen zugänglich gemacht werden.¹⁶ Eine vergleichbare Verpflichtung enthält die Open-Access-Richtlinie der Helmholtz-Gemeinschaft. Die DFG beschränkt sich bislang auf die dringende Empfehlung einer Open-Access-Veröffentlichung.

Des Weiteren unterstützen die öffentlichen Drittmittelgeber den Aufbau der technischen Infrastruktur, die für Open-Access-Publikationen erforderlich ist. Zum Beispiel fördert die DFG die Einrichtung institutioneller Open-Access-Repositoryn und universitärer Publikati-

onsfonds, die für Autoren die Kosten von Open-Access-Publikationen übernehmen.¹⁷

d) Urheberrechtliche Maßnahmen

Als viertes Handlungsfeld für eine Förderung von Open-Access-Publikationssystemen kommt das Urheberrecht in Betracht. Am weitesten gehen Vorschläge, die darauf abzielen, de lege ferenda steuerfinanzierte wissenschaftliche Werke entweder ganz vom urheberrechtlichen Schutz auszunehmen oder spezielle Schrankenregelungen bzw. Zwangslizenzen für diese Werke einzuführen.¹⁸ Diskutiert wurde des Weiteren – in Anlehnung an die für Arbeitnehmererfindungen geltende Rechtslage – die Einführung einer urheberrechtlichen Anbietungspflicht für im Rahmen der Lehr- und Forschungstätigkeit entstandene Beiträge, um Hochschulen in die Lage zu versetzen, diese z.B. in Universitätsverlagen oder auf hochschuleigenen Open-Access-Repositoryn zu veröffentlichen.¹⁹ Diese Vorschläge konnten sich jedoch nicht durchsetzen. Nunmehr hat der Gesetzgeber mit Wirkung vom 1.1.2014 für wissenschaftliche Autoren ein unabdingbares Zweitverwertungsrecht eingeführt, das unter bestimmten Voraussetzungen eine Open-Access-Zweitverwertung „auf dem grünen Weg“ trotz Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte an einen Verlag ermöglicht.²⁰

II. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Bevor im Einzelnen auf diese urheberrechtlichen Regelungsoptionen eingegangen wird, sollen zunächst kurz die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für entsprechende Maßnahmen umrissen werden. Da gesetzgeberische Maßnahmen bislang nur im Rahmen des nationalen Urheberrechts diskutiert wurden, beschränkt sich die folgende Darstellung auf die einschlägigen nationalen Grundrechte. Wäre dagegen die Zulässigkeit unionsrechtlicher Maßnahmen zu bewerten, so wären diese primär an Art. 13 GrR-Charta zu messen.

13 „By means of Harvard’s Open Access Policy, faculty authors in participating schools grant the university a nonexclusive, irrevocable right to distribute their scholarly articles for any non-commercial purpose. Scholarly articles provided to the university are stored, preserved, and made freely accessible in digital form in DASH, Harvard University Library’s open access repository.“ (<https://osc.hul.harvard.edu/policies> (18.5.2015)).

14 Empfehlung der Europäischen Kommission vom 17.7.2012 über den Zugang zu wissenschaftlichen Informationen und deren Bewahrung, C (2012) 4890 final, S. 6.

15 Zu den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen förderungsrechtliche Open-Access-Verpflichtungen siehe ausführlich

Fehling, Verfassungskonforme Ausgestaltung von DFG-Förderbedingungen zur Open-Access-Publikation, *OdW* 4 (2014), 179.

16 Vgl. Art. 29.2 des Model Grant Agreement, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/grants_manual/amga/h2020-amga_en.pdf (18.5.2015).

17 Hierzu aus Wettbewerbs- und kartellrechtliche Perspektive *Goldberg*, *Open Access im Wettbewerbsrecht*, 2010, S. 19 ff.

18 Dazu s.unten IV. 1. a) und IV. 1. c).

19 *Pflüger/Ertmann*, *E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich*, ZUM 2004, 436, 441 f. Dazu siehe unten IV. 1. b).

20 Dazu s.unten IV. 2. b).

1. Freiheit der Forschung, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG

Von besonderer Bedeutung ist hier der Schutz der Forschungsfreiheit im Rahmen des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG. Sie umfasst neben der freien Wahl von Forschungsgegenstand und Methodik sowie der gesamten praktischen Durchführung des Forschungsprojekts auch die freie Entscheidung über die Verbreitung von Forschungsergebnissen.²¹ Damit steht die Entscheidung über Ort, Zeitpunkt und Modalitäten der Publikation von Forschungsergebnissen den Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern selbst zu. Streitig ist jedoch, inwieweit die Forschungsfreiheit auch die Entscheidung über das „ob“ der Publikation schützt (sog. negative Publikationsfreiheit). Zum Teil wird vor dem Hintergrund der Wissenschaft als kommunikativem Prozess im Schrifttum die Ansicht vertreten, dass Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG nur die auf Publizität angelegte Wissenschaft schützt.²² Die praktische Bedeutung dieses Meinungsstreits wird jedoch dadurch relativiert, dass dem Wissenschaftler nach wohl einhelliger Ansicht jedenfalls die Freiheit zukommt, ein Forschungsergebnis als publikationswürdig und publikationsreif zu bewerten.²³

Würde z.B. eine gesetzliche Verpflichtung von Wissenschaftlern eingeführt, eine Erstveröffentlichung im Wege des Open Access vorzunehmen oder den Hochschulen – einfache oder ausschließliche – Nutzungsrechte zur Veröffentlichung ihrer wissenschaftlichen Beiträge anzubieten,²⁴ so würde dies das Recht auf freie Auswahl des Publikationsmediums einschränken, das für die wissenschaftliche Sichtbarkeit und das Renommee des Forschers von grundlegender Bedeutung ist. Entsprechende Regelungen zur Anpassung des wissenschaftlichen Kommunikationssystems an Open-Access-Prinzipien wür-

den daher in die durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geschützte Wissenschaftsfreiheit eingreifen.²⁵ Offen ist jedoch, inwieweit ein solcher Eingriff in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG zur Förderung der Teilhabe an und des Zugangs zu wissenschaftlichen Erkenntnissen verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden könnte.²⁶

2. Verfassungsrechtlicher Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts durch Art. 2 Abs. 1 GG

Das Recht des Urhebers, darüber zu bestimmen, ob und in welcher Form ein Werk veröffentlicht wird, wird zudem durch § 12 UrhG einfachgesetzlich gewährleistet. Diese persönlichkeitsrechtlichen Bestandteile des Urheberrechts werden verfassungsrechtlich über Art. 1, Art. 2 Abs. 1 GG geschützt.²⁷

3. Eigentumsgarantie, Art. 14 GG

Darüber hinaus sind urheberrechtliche Maßnahmen zur Förderung von Open-Access-Publikationsmodellen auch auf ihre Vereinbarkeit mit der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG zu prüfen. Sowohl die urheberrechtlichen Verwertungsrechte gemäß §§ 15 ff. UrhG als auch daraus abgeleitete Nutzungsrechte z. B. der Verlage gemäß § 31 UrhG fallen nach ständiger Rspr. des BVerfG in den Schutzbereich des Art. 14 GG.²⁸ Die Bestimmung des Schutzbereichs wird allerdings dadurch erschwert, dass der Gegenstand des Urheberrechts – anders als beim Sacheigentum – nicht fassbar und damit weniger vorgegeben ist.²⁹ Das Rechtsinstitut des Privateigentums wird grundsätzlich durch die Privatnützigkeit des Eigentums und die Verfügungsfähigkeit über das Eigentumsobjekt gekennzeichnet. Aus diesen Strukturmerkmalen des Eigentums leitet das BVerfG ab, dass das vermögenswerte Ergebnis der schöpferischen Leistung dem Urheber

21 BVerfGE 111, 333, 354 – Brandenburgisches Hochschulgesetz; BVerfGE 90, 1 = NJW 1994, 1781 – Jugendgefährdende Schriften; BVerfGE 35, 79 = NJW 1973, 1176 – Hochschulurteil; BeckOK GG/Kempen, Art. 5 Rn. 182; *Fehling*, in: Dolzer/Vogel/Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 110. Lfg. März 2004, Bd. 2, Art. 5 Abs. 3 Rn. 74; *ders.*, OdW 4 (2014), 179, 190.

22 S. z.B. H. Dreier/*Pernice*, GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaft) Rn. 28; die negative Publikationsfreiheit unterliege nur Art. 12 Abs. 1 GG, nicht Art. 5 Abs. 3 GG.

23 *Schmidt-Aßmann*, Wissenschaft – Öffentlichkeit – Recht, in: H. Dreier, Rechts- und staatstheoretische Schlüsselbegriffe – FS Hofmann, 2005, S. 67, 82.

24 Dazu siehe unten IV. 1. b).

25 *Fehling* (Fn. 15), OdW 4 (2014), 179, 190; *Hansen*, Zugang zu wissenschaftlicher Information – alternative urheberrechtliche Ansätze, GRUR Int. 2005, 378, 379 mwN.; aA *Pflüger/Ertmann* (Fn. 19), ZUM 2004, 436, 441 (nur Art. 2 Abs. 1 GG betroffen).

26 Dies bejaht z.B. *Bäuerle*, Open Access zu hochschulischen Forschungsergebnissen? Wissenschaftsfreiheit in der Informationsgesellschaft, in: Britz, Forschung in Freiheit und Risiko, 2012, S.

1, 11 f., 14; ähnlich *Peukert*, Ein wissenschaftliches Kommunikationssystem ohne Verlage – zur rechtlichen Implementierung von Open Access als Goldstandard wissenschaftlichen Publizierens, Arbeitspapier 6/2013, Fachbereich Rechtswissenschaft, Goethe Universität Frankfurt/Main, S. 20 ff., allerdings unter dem Vorbehalt, dass das neue Publikationssystem wissenschaftsadäquat ausgestaltet sein muss, was derzeit z.B. aufgrund von infrastrukturellen Defiziten wie fehlenden Fachrepositorien noch nicht gewährleistet sei; aA *Rojahn* in: Schrickler/Loewenheim, UrhG, 4. Aufl. 2010, § 43 Rn. 131; *Hansen* (Fn. 25), GRUR Int. 2005, 378, 380; *Sandberger*, Behindert das Urheberrecht den Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen?, ZUM 2006, 818, 820; s. dazu auch *Krujatz*, Open Access, 2012, S. 324.

27 *T. Dreier*, in: Dreier/Schulze, UrhG, 4. Aufl. 2013, Einleitung, Rn. 39.

28 BVerfGE 31, 229, 238 ff. – Kirchen- und Schulgebrauch; BVerfGE 49, 382, 392 – Kirchenmusik; BVerfG GRUR 1990, 183, 184 – Vermietungsvorbehalt; BVerfG GRUR 2010, 56, 57.

29 *Loewenheim/Götting*, Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl. 2010, § 3 Rn. 3.

zuzuordnen sei sowie seine Freiheit zu gewährleisten sei, in eigener Verantwortung darüber verfügen zu können.³⁰ Dies wirft die Frage nach den Grenzen der einfachgesetzlichen Ausgestaltung dieses normgeprägten Grundrechts angesichts seiner Sozialbindung sowohl aus Sicht der Wissenschaftler als auch aus Sicht der wissenschaftlichen Fachverlage auf.

Darüber hinaus ist Art. 14 GG auch insoweit zu beachten, als die Entscheidung über eine kommerzielle Verwertung von Forschungsergebnissen nach überwiegender Ansicht in den Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG, jedoch nicht in den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit fällt.³¹ Dieses Interesse dürfte bei der Veröffentlichung wissenschaftlicher Beiträge, die im Rahmen einer vergüteten Forschungstätigkeit entstanden sind, jedoch in der Regel schwach ausgeprägt sein.³²

III. Urheberrechtliche Grundlagen

Im Folgenden wird zunächst kurz dargestellt, inwieweit Forschungsergebnisse urheberrechtlichen Schutz genießen und wem eventuelle Schutzrechte einschließlich der Entscheidungsbefugnis über Ort und Modalitäten der Veröffentlichung zugeordnet sind, um dann im nächsten Abschnitt auf spezielle Regelungen zur Förderung von Open-Access-Publikationsmodellen einzugehen.

1. Schutz von Forschungsergebnissen

a) Schutz durch das Urheberrecht

Das Urheberrecht schützt wissenschaftliche Sprachwerke (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG) unter der Voraussetzung, dass sie eine persönliche geistige Schöpfung darstellen (§ 2 Abs. 2 UrhG), also ein Mindestmaß an Individualität aufweisen. Jedoch ist der urheberrechtliche Schutz wissenschaftlicher Werke aus zweierlei Gründen begrenzt.

aa) Um die Monopolisierung von Informationen zu verhindern, wird der Schutz durch das Urheberrecht zum einen grundsätzlich nicht für den Inhalt eines

Werks, sondern nur für die Darstellungsweise wie z.B. Formulierungen gewährt. Somit ist zwischen Inhalt und Darstellungsweise zu differenzieren: Das, was den eigentlichen Wert einer wissenschaftlichen Publikation ausmacht, nämlich ihr Inhalt, beispielsweise wissenschaftliche Theorien, Lehrmeinungen und Daten, ist grundsätzlich urheberrechtsfrei. Begründet wird dieser Grundsatz damit, dass Informationen als solche nicht geschützt sind und insbesondere Gedanken und Lehren in ihrem Kerngehalt Gegenstand der freien geistigen Auseinandersetzung bleiben müssen.³³ Das Erfordernis einer Autorenattribution bei dem Zitat gemeinfreier Thesen oder Lehrmeinungen ergibt sich damit nicht aus dem Urheberrecht, sondern lediglich aus dienst- oder prüfungsrechtlichen Vorgaben sowie aus den Grundsätzen des redlichen wissenschaftlichen Arbeitens.

Allerdings bringt die praktische Umsetzung dieser Dichotomie zwischen Form und Inhalt Abgrenzungsschwierigkeiten mit sich. Mittlerweile hat sich die Ansicht durchgesetzt, dass an Stelle einer formalistischen Unterscheidung zwischen Form und Inhalt eine wertende Differenzierung zu erfolgen hat, die Forschungsergebnisse vom urheberrechtlichen Schutz ausnimmt, soweit ein Freihalteinteresse der Allgemeinheit besteht. Damit können bei wissenschaftlichen Arbeiten nicht wissenschaftliche Lehren als solche, sondern lediglich die konkrete Gliederung, Gestaltung und Darstellung urheberrechtlich geschützt sein.³⁴

bb) Auch diese schutzfähigen Elemente sind zur Wahrung der Freiheit der wissenschaftlichen Lehre jedoch nur dann urheberrechtlich geschützt, wenn im Einzelfall ein Gestaltungsspielraum bestand, die Gestaltung oder Gliederung also nicht durch Sachzwänge oder fachliche Gepflogenheiten vorgegeben war. Deshalb sind wissenschaftliche Darstellungen, die in der üblichen Fachsprache, z.B. nach den Vorgaben des Gutachtenstils, formuliert worden sind, ungeachtet ihrer inhaltlichen Qualität häufig weitgehend ungeschützt.³⁵ Diese Einschränkungen können zu einem Schutzdefizit für wis-

30 BVerfGE 31, 229, 243 – Kirchen- und Schulgebrauch; BVerfGE 31, 270, 274 – Schulfunksendungen; BVerfGE 79, 1, 25 – Leerkassette; BVerfGE 79, 29, 49 – Justizvollzugsanstalten; BVerfGE GRUR 1997, 123 – Kopierladen I.

31 Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Bd. I, Art. 5 III Rn. 84; Lutz, Zugang zu wissenschaftlichen Informationen in der digitalen Welt (Fn. 11), S. 41 mwN.

32 Vgl. auch Krujatz, Open Access (Fn. 26), S. 318. Für einen Ausgleich etwaiger finanzieller Verluste als Gebot der Publikationsfreiheit aber Fehling (Fn. 15), OdW 4 (2014), 179, 206.

33 BGH GRUR 1981, 352, 353 – Staatsexamensarbeit; OLG Frankfurt GRUR 1990, 124, 126 – Unternehmen Tannenberg; Götting, Der Schutz wissenschaftlicher Werke, in: FS Nordemann, 2004, S. 7, 9 ff. mwN.; vgl. auch § 69 a Abs. 2 S. 2 UrhG, Art. 9 Abs. 2 des TRIPS-Abkommens.

34 BGH GRUR 1981, 352, 353 – Staatsexamensarbeit mwN.

35 BGH GRUR 1981, 352, 355 – Staatsexamensarbeit: es sei „davon auszugehen, daß der im fraglichen wissenschaftlichen Fachbereich üblichen Ausdrucksweise regelmäßig urheberrechtsschutzfähige eigenschöpferische Prägung fehlen wird; dasselbe gilt für einen Aufbau und eine Darstellungsart, die aus wissenschaftlichen Gründen geboten oder in Fragen des behandelten Gebiets weitgehend üblich sind und deren Anwendung deshalb nicht als eine eigentümliche geistige Leistung angesehen werden kann.“ Vgl. auch OLG Frankfurt GRUR 1990, 124, 126 – Unternehmen Tannenberg. Dagegen wurde eine Multiple-Choice-Klausur als schutzfähig bewertet, insbesondere aufgrund der bei der Formulierung der falschen Antwortalternativen bestehenden Gestaltungsspielräume, LG Köln NJW-RR 2000, 1794. S. zu weiteren Beispielen aus der RspR Schulze in: T. Dreier/Schulze, UrhG (Fn. 27), § 2 Rn. 93 ff.

senschaftliche Werke führen. Hier zeigt sich, dass die Gewährleistung eines ausreichenden Schutzniveaus bei gleichzeitiger Vermeidung von Informationsmonopolen ein wohl nicht endgültig auflösbares Dilemma darstellt.

b) Schutz durch Leistungsschutzrechte

Neben den urheberrechtlich schutzfähigen Sprachwerken können grds. auch andere Forschungsergebnisse immaterialgüterrechtlich geschützt sein, da das Urheberrechtsgesetz u.a. wissenschaftliche oder organisatorische Leistungen durch sog. Leistungsschutzrechte honoriert. Geschützt sein können z.B. Aufnahmen mittels Röntgen-, Kernspin- und Computertomographie, Filme oder Fotos zu Dokumentationszwecken und Digitalisate, soweit sie ein Mindestmaß an persönlicher geistiger Leistung aufweisen,³⁶ durch Leistungsschutzrechte gem. §§ 72, 95 UrhG oder Datenbanken gemäß §§ 87a ff., so dass insbesondere bei biomedizinischen und naturwissenschaftlichen Forschungsvorhaben regelmäßig ein Konglomerat aus nicht geschützten und aufgrund verschiedener Leistungsschutzrechte geschützten Daten vorliegen wird.

2. Rechtsinhaberschaft

Das Urheberrecht an einem wissenschaftlichen Werk steht gemäß § 7 UrhG dem Wissenschaftler selbst zu. Jedoch werden an Werken, die in Erfüllung arbeits- bzw. dienstvertraglicher Verpflichtungen erschaffen wurden, nach §§ 43, 69 b UrhG grundsätzlich dem Dienstherrn – ggf. stillschweigend und vom Umfang her durch § 31 Abs. 5 UrhG begrenzt – die zur Verwertung erforderlichen Nutzungsrechte eingeräumt, so dass dem Urheber in der Regel nur die Urheberpersönlichkeitsrechte verbleiben, insbesondere das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft gemäß § 13 UrhG. §§ 43, 69 b UrhG gelten jedoch nach allgemeiner Ansicht nicht für die durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützten, weisungsfreien Tätigkeiten in Forschung und Lehre von Hochschullehrern und wissenschaftlichen Mitarbeitern an Hochschulen, da sie aufgrund der Wissenschaftsfreiheit dienstrechtlich nicht zur Publikation ihrer Forschungsergebnisse verpflichtet sind.³⁷ Bei an den Hochschulen selbständig tätigen Wissenschaftlern werden daher nicht nur die Urheberper-

sönlichkeits-, sondern auch die Verwertungsrechte allein dem Urheber zugeordnet. Demgegenüber sind die urheberrechtlichen Befugnisse von an außeruniversitären Forschungseinrichtungen tätigen Wissenschaftlern aufgrund ihrer Bindung an den Zweck der Forschungseinrichtung eingeschränkt.³⁸

Allerdings hat der BGH in seiner Grabungsmaterialien-Entscheidung eine Pflicht der Erben eines Hochschullehrers angenommen, der Hochschule den Besitz an archäologischen Grabungsmaterialien und urheberrechtliche Nutzungsrechte z.B. an Plänen aus dem wissenschaftlichen Nachlass des durch die DFG und aus universitären Mitteln geförderten Erblassers zur wissenschaftlichen Auswertung einzuräumen. Als rechtliche Grundlage führte der BGH eine nachwirkende Treuepflicht aus dem Dienstverhältnis an, die auch nach dem Tode fortbesteht. Jenseits dieser Konstellation besteht aber nach ganz h.M. keine Pflicht zur Anbietung urheberrechtlicher Nutzungsrechte.³⁹ Diese Entscheidung wird im Schrifttum jedoch als Argument für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer urheberrechtlichen Anbietungspflicht von Wissenschaftlern angeführt.⁴⁰ Diese Übertragung verkennt aber, dass die Entscheidung einen nicht verallgemeinerungsfähigen Sachverhalt betraf, da der Wissenschaftler bereits verstorben und damit zu einer eigenen Auswertung seiner wissenschaftlichen Erkenntnis nicht mehr in der Lage war.

Aus rechtsvergleichender Perspektive nimmt das deutsche Urheberrecht mit der Zuordnung des Urheberrechts zu den jeweiligen Wissenschaftlern eine Sonderstellung ein. So steht das Urheberrecht an wissenschaftlichen Werken in Ländern mit so unterschiedlichen Urheberrechtsregimen wie Großbritannien, Frankreich und den Niederlanden nach den gesetzlichen Vorgaben grundsätzlich der Universität zu. Allerdings nimmt diese das Urheberrecht in der Regel nicht wahr, sondern überlässt die Entscheidung über die Veröffentlichung dem Wissenschaftler.⁴¹ Dies wirft die grundsätzliche Frage auf, inwieweit die Ausnahme des wissenschaftlichen Bereichs von den Regelungen der §§ 43, 69b UrhG angesichts der Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 GG zwingend ist oder ob dem Gesetzgeber in dieser Hinsicht legislative Gestaltungsspielräume zustehen.

36 Lauber-Rönsberg, in: Ahlberg/Götting, BeckOK UrhG, Ed. 8, Stand: 1.4.2015, § 72 Rn. 12 ff.

37 BGH GRUR 1991, 523, 527 – Grabungsmaterialien; OLG Karlsruhe GRUR 1988, 536, 537 ff. – Hochschulprofessor; BGH GRUR 1985, 529, 530 – Happening; Götting/Leuze, Kap. XIII – Das Urheberrecht des wissenschaftlichen Personals, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, Rn. 99 mwN.

38 Leuze, in: Götting/Ahlberg, BeckOK UrhR (Fn. 36), Urheberrecht im Bereich der Wissenschaft, Rn. 37 f.

39 BGH GRUR 1991, 523, 525 – Grabungsmaterialien; KG ZUM-

RD 1997, 175, 179 – POLDOK; Wündisch, in: Berger/Wündisch, Urhebervertragsrecht, 2008, § 15 Rn. 54; T. Dreier, in: T. Dreier/Schulze, UrhG (Fn. 27), § 43 Rn. 12; Loewenheim/A. Nordemann, Handbuch des Urheberrechts (Fn. 29), § 63 Rn. 20; Wandtke, in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl. 2014, § 43 Rn. 43; Krutz, Open Access (Fn. 26), S. 271.

40 Pflüger/Ertmann (Fn. 19), ZUM 2004, 436 ff.

41 Siehe zum französischen, britischen und niederländischen Recht Guibault, in: dies./Angelopoulos, Open Content Licensing – From Theory to Practice, 2011, S. 137, 140 ff.

IV. Förderung von Open-Access-Publikationen durch das Urheberrecht

Bereits seit der Diskussion um den sog. „Zweiten Korb“, dem am 1.1.2008 in Kraft getretenen Zweiten Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft,⁴² steht die wissenschaftliche Informationsversorgung im Mittelpunkt der rechtspolitischen Diskussion.

1. Vorschläge de lege ferenda

a) Bei wissenschaftlichen Werken nur Recht auf Anerkennung der Urheberschaft

Nicht unerwähnt bleiben soll hier der radikale Vorschlag von Steven Shavell, Professor an der Harvard Law School und Vertreter der ökonomischen Analyse des Rechts, das Urheberrecht an wissenschaftlichen Werken nur auf das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft zu beschränken, da die allgemeine Ratio des Urheberrechts, kreatives Schaffen durch die Zuerkennung von Ausschließlichkeitsrechten zu stimulieren, für den wissenschaftlichen Bereich nicht gelte.⁴³ Eine Umsetzung dieser Option wäre jedoch im Hinblick auf die Verpflichtungen, denen die Mehrzahl der Staaten aufgrund internationaler urheberrechtlicher Abkommen wie der Revidierten Berner Übereinkunft, dem TRIPS-Übereinkommen und den WIPO Copyright Treaty unterliegen, nicht realistisch.

b) Einführung einer Anbietungspflicht

Im Rahmen der Diskussion um einen Zweiten Korb empfahlen Pflüger und Ertmann die Einführung einer zeitlich befristeten Option der Hochschulen, sich an den wissenschaftlichen Werken ihrer Beschäftigten Nutzungsrechte einräumen zu lassen, um diese dann durch einen Hochschulverlag oder auf einem Open-Access-Repository zu veröffentlichen.⁴⁴ Eine entsprechende Regelung für Hochschulerfindungen enthält § 42 AbnErfG.⁴⁵ Die Autoren erhofften sich hierdurch eine Förderung des Open-

Access-Prinzips sowie eine Stimulierung des Wettbewerbs auf dem Zeitschriftenmarkt.⁴⁶ Gegen diesen Vorschlag sprechen zum einen verfassungsrechtliche Bedenken, da der Wissenschaftler im Falle der Inanspruchnahme nicht mehr über Ort und Modalitäten der Publikation seiner Forschungsergebnisse entscheiden könnte. Diese sind aber für sein wissenschaftliches Renommee von entscheidender Bedeutung, so dass diese Entscheidungsbefugnis ein wesentliches Element der positiven Publikationsfreiheit ausmacht.⁴⁷ Zum zweiten ist höchst zweifelhaft, ob die Hochschulen die Funktionen der Fachverlage übernehmen und z.B. die notwendigen Selektions- und Begutachtungsprozesse durchführen könnten. Und schließlich würde ein solches Hochschulverlagswesen langfristig den Fortbestand einer ausdifferenzierten Fachverlagslandschaft bedrohen.⁴⁸

c) Weitere Vorschläge

Auch weitere Vorschläge wie die Einführung einer Zwangslizenzregelung⁴⁹ oder einer Schrankenregelung⁵⁰ konnten sich u.a. aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken sowie von Zweifeln an der Vereinbarkeit mit der maßgeblichen Richtlinie zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft⁵¹ nicht durchsetzen.

2. Open Access und Verlagsverträge

Für eine Förderung von Open-Access-Publikationsmodellen ist damit das Urhebervertragsrecht der geeignete Rahmen.

a) Der „goldene Weg“

Keinerlei rechtliche Schwierigkeiten stellen sich, wenn sich ein Autor für eine Erstveröffentlichung im Wege des Open Access entscheidet (sog. goldener Weg), soweit ihm die alleinige Entscheidungsbefugnis über Ort und Modalitäten der Veröffentlichung zusteht, was bei an Hochschulen eigenverantwortlich tätigen Wissenschaftlern grundsätzlich der Fall ist.⁵²

42 Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 26.10.2007, BGBl. I, S. 2513.

43 Shavell, Should Copyright of Academic Works Be Abolished?, Harvard Law School, Public Law & Legal Theory Working Paper Series, Paper No. 10-10, 2010, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1525667 (18.5.2015).

44 Pflüger/Ertmann (Fn. 19), ZUM 2004, 436 ff.

45 Zur Vereinbarkeit dieser Regelung mit Art. 5 Abs. 3 GG siehe BGH GRUR 2008, 150, 151 ff. – selbststabilisierendes Kniegelenk.

46 Pflüger/Ertmann (Fn. 19), ZUM 2004, 436, 442.

47 Hansen (Fn. 25), GRUR Int. 2005, 378, 380; Peifer, Regulatory Aspects of Open Access, JIPITEC 1 (2010), 131, 132; Sandberger (Fn. 26), ZUM 2006, 818, 820 und oben die bei Fn. 46 Genann-

ten.

48 Siehe zur Kritik im Einzelnen mwN. Lutz, Zugang zu wissenschaftlichen Informationen in der digitalen Welt (Fn. 11), S. 211 ff.; Krujatz, Open Access (Fn. 26), S. 271 ff.

49 Krujatz, Open Access (Fn. 26), S. 279 ff.; Hilty, Ungereimtheiten auf der urheberrechtlichen Wertschöpfungskette. Der Wissenschaftsmarkt als Prüfstein für die urheberrechtliche Zwangslizenz, in: ders./Drexler/Nordemann (Hrsg.), FS Loewenheim, 2009, S. 119, 127 ff.

50 Diskutiert und verworfen von Hansen (Fn. 25), GRUR Int. 2005, 378, 383 ff.

51 RL 2001/29/EG vom 22.5.2001, ABl. L 167 vom 22.06. 2001.

52 Dazu s. oben III. 2.

b) Der „grüne Weg“: § 38 Abs. 1, 4 UrhG

Problematischer ist dagegen eine Zweitveröffentlichung im Wege des Open Access, die zeitgleich mit oder im Nachgang zu einer Verlagspublikation erfolgt (sog. grüner Weg). Wirtschaftlich stehen hier die Open-Access- und die Verlagspublikation in einem Konkurrenzverhältnis. Aus rechtlicher Sicht wirft der „grüne Weg“ Fragen auf, da der Autor dem Verlag in dem Verlagsvertrag in der Regel ausschließliche Nutzungsrechte zur Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Zugänglichmachung des Werkes im Internet einräumt, die grds. auch den Autor von weiteren eigenen Werknutzungen ausschließen (§ 2 Abs. 1 VerLG).

aa) Jedoch ist es dem Urheber nach der Auslegungsregel des § 38 Abs. 1 UrhG gestattet, einen Zeitschriftenbeitrag nach Ablauf eines Jahres seit seinem Erscheinen im Internet öffentlich zugänglich zu machen, wenn mit dem Verlag nichts anderes vereinbart ist. Wie der Wortlaut zeigt, ist die Regelung jedoch abdingbar.

bb) Darüber hinaus gewährt nunmehr der zum 1.1.2014 in Kraft getretene § 38 Abs. 4 UrhG wissenschaftlichen Autoren auch dann, wenn sie einem Verlag ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt haben, ein unabdingbares Zweitverwertungsrecht für Beiträge, die im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen sind. Diese Beiträge dürfen nach Ablauf von zwölf Monaten seit der Erstveröffentlichung in der akzeptierten Manuskriptversion im Internet öffentlich zugänglich gemacht werden, soweit dies keinem gewerblichen Zweck dient; die Quelle der Erstveröffentlichung ist anzugeben.

§ 38 Abs. 4 UrhG regelt damit das Spannungsverhältnis zwischen dem wirtschaftlichen Interesse der Verlage und dem Interesse der wissenschaftlichen Autoren an größtmöglicher „Sichtbarkeit“, die je nach Disziplin in Open-Access- oder Closed-Access-Journals besser gewährleistet sein kann, indem die neu eingeführte Regelung die Entscheidungsbefugnis der Autoren über nicht-kommerzielle Zweitverwertungen als unveräußerlich ausgestaltet. Zugleich hat der Gesetzgeber sich damit für eine Förderung von Open Access in der „grünen Varian-

te“ entschieden. Kritiker monieren zu Recht, dass der „grüne Weg“ für die öffentliche Hand potentiell noch teurer werden könnte als das herkömmliche Publikationssystem, da neben den wohl auf absehbare Zeit nicht sinkenden Bezugspreisen der Zeitschriften auch noch der Aufbau der Infrastruktur, z.B. die Schaffung von Repositorien, und ggf. die Subventionierung von Autorengebühren für Zweitveröffentlichungen finanziert werden müssen.⁵³ Für diese Vorgehensweise spricht jedoch, dass sie ein Nebeneinander des herkömmlichen und des Open-Access-Publikationsmodells ermöglicht. Dagegen setzt z.B. Großbritannien auf die staatliche Förderung von Erstveröffentlichungen im Wege des Open Access unter Einbeziehung der Fachverlage.⁵⁴ Der Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, Open-Access-Publikationsmodelle durch zwingende urhebervertragsrechtliche Regelungen zu fördern, stehen bislang, soweit ersichtlich, keine parallelen gesetzlichen Entwicklungen in anderen Mitgliedstaaten gegenüber. Z.B. in Großbritannien und den Niederlanden wurden lediglich Musterverlagsverträge entwickelt.⁵⁵

Nachdem zunächst von Verlagsseite verfassungsrechtliche Bedenken gegen die neue Regelung geäußert wurden,⁵⁶ steht nunmehr die Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale im Mittelpunkt der Diskussion. Unklar ist zudem die kollisionsrechtliche Anwendbarkeit der Regelung, wenn der Verlagsvertrag ausländischem Recht unterliegt.⁵⁷

So gilt das Zweitverwertungsrecht nach der Gesetzesbegründung nur für Publikationen, die im Rahmen öffentlicher Projektförderung oder an einer institutionell geförderten außeruniversitären Forschungseinrichtung entstanden sind, hingegen nicht für die staatlich finanzierte, rein universitäre Forschung.⁵⁸ Diese Einschränkung wird im Regierungsentwurf damit begründet, dass in diesen Bereichen das staatliche Interesse an einer Verbreitung der Forschungsergebnisse besonders hoch sei und es hier, anders als bei der rein universitären Forschung, üblich sei, dass der Staat bei der staatlichen Förderung Vorgaben hinsichtlich der Ziele und der Verwertung der Forschung mache. Sowohl die Projektförderung als auch die Tätigkeit an außeruniversitären Forschungseinrichtungen beruhe auf programmatischen Vorgaben und Förderrichtlinien der Zuwendungsgeber, die damit

53 Hilty/Köckli/u.a., Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht zur Anfrage des Bundesministeriums der Justiz vom 20.2.2013, S. 6 f.

54 Horstmann, Finch und die Folgen – Open Access in Großbritannien, ZfBB 60 (2013) 5.

55 Guibault, in: dies./Angelopoulos, Open Content Licensing – From Theory to Practice, 2011, S. 137, 161.

56 Dazu siehe Sprang, ZUM 2013, 461, 465.

57 Dazu ausf. Fehling (Fn. 15), OdW 4 (2014), 179, 183 ff.; Lewinski/

Thum, Spezifische Fragen zum Auslandsbezug des geplanten Zweitveröffentlichungsrechts nach § 38 Abs. 1 S. 3 und 4 UrhG neu, 2011, abrufbar unter: <http://www.iuwis.de/sites/default/files/iuwis-gutachten-lewinski.pdf> (2.6.2015); Sprang, Zweitveröffentlichungsrecht – ein Plädoyer gegen § 38 Abs. 4 UrhG-E, ZUM 2013, 461, 463 f.; Sandberger, Zweitverwertungsrecht, ZUM 2013, 466, 471.

58 BT-Drs. 17/13423, S. 14; Soppe, in: Ahlberg/Götting, BeckOK UrhG (Fn. 36), § 38 Rn. 59 f.

den Erkenntnisgewinn in zuvor festgelegten Themenbereichen fördern wollten. Zu den Rahmenbedingungen dieser Förderbereiche gehörten seit jeher Förderbestimmungen, die z. B. auch die Verwertung und Verbreitung der Ergebnisse regelten.⁵⁹

Diese Einschränkung wird angesichts des Schutzes der Forschungsfreiheit durch Art. 5 Abs. 3 GG für bedenklich und mit dem Ziel der Regelung, den Zugang zu Forschungsergebnissen zu verbessern, nicht vereinbar gehalten.⁶⁰ Auch der Bundesrat hat im Gesetzgebungsverfahren die Ansicht vertreten, dass sich der Anwendungsbereich des § 38 Abs. 4 UrhG im Wege einer verfassungskonformen Auslegung auch auf das gesamte, an den Hochschulen beschäftigte wissenschaftliche Personal erstrecken müsse.⁶¹

Ein sachlicher Differenzierungsgrund für diese Schlechterstellung der universitären Forschung ist auf den ersten Blick tatsächlich nicht ersichtlich. Allenfalls kann gemutmaßt werden, dass der Gesetzgeber die Einführung von hochschulrechtlichen Zweitverwertungs-pflichten als flankierende Maßnahmen zu dem urheberrechtlichen Zweitverwertungsrecht antizipierte und den Weg für eine solche Inanspruchnahme nur in Bezug auf Mitarbeiter außeruniversitärer Forschungseinrichtungen ebnen wollte, deren Forschungstätigkeit intensiver durch Vorgaben der Forschungseinrichtung reguliert werden kann, als dies bei der rein universitären, zweckfreien Forschung der Fall ist, wie letztlich auch die Begründung des Regierungsentwurfs zum Ausdruck bringt.

Die Interessen der Verlage versucht § 38 Abs. 4 UrhG dadurch zu wahren, dass die Regelung nur für Beiträge in periodisch erscheinenden Sammlungen gilt, eine Zweitveröffentlichung lediglich in der vom Verlag zur Veröffentlichung akzeptierten Manuskriptversion, also nicht im Verlagslayout,⁶² und erst nach Ablauf einer 12monatigen Karenzfrist zulässig ist. Hierdurch soll „eine Amortisation verlegerischer Investition“ gewährleistet werden.⁶³ Fraglich ist allerdings, ob diese pauschale Karenzfrist allen Fachrichtungen gerecht wird. Während zwölf Monate in manchen geisteswissenschaftlichen Bereichen durchaus angemessen oder gar zu kurz sind, ist der Zeitraum für Publikationen in einigen MINT-Wissenschaftsbereichen wohl häufig zu lang, weil die Erkenntnisse nach Ablauf einer 12-Monats-Frist üblicherweise von geringem oder keinem Wert mehr sind.⁶⁴

Eine nach Fachgebieten gestaffelte Karenzfrist hätte dagegen Abgrenzungsschwierigkeiten mit sich gebracht, so dass die vom Gesetzgeber gewählte Variante wohl als pragmatische Lösung darstellt.

c) Ergänzung durch hochschulrechtliche Publikations- oder Anbietungspflichten?

§ 38 Abs. 4 UrhG verleiht wissenschaftlichen Autoren ein Zweitverwertungsrecht und bewirkt somit eine Stärkung ihrer Rechtsposition. Zugleich eröffnet diese Regelung aber die Handlungsoption, flankierend eine hochschulrechtliche Zweitverwertungs-pflicht einzuführen. Eine entsprechende Regelung trifft nun der am 9.4.2014 in Kraft getretene § 44 Abs. 6 des LHG Baden-Württemberg. Danach sollen die Hochschulen ihr wissenschaftliches Personal durch Satzung grundsätzlich dazu verpflichten, das Recht auf nichtkommerzielle Zweitveröffentlichung nach einer Frist von einem Jahr nach Erstveröffentlichung für wissenschaftliche Beiträge wahrzunehmen, die im Rahmen der Dienstaufgaben entstanden und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung veröffentlicht wurden.

Aus rechtspolitischer Sicht ist diese Regelung höchst kritikwürdig, da sie die durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Freiheit der Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern einschränkt, selbst über Ort und Modalitäten von Veröffentlichungen zu entscheiden. Auch wenn die Einbeziehung von Open-Access-Prinzipien in das wissenschaftliche Publizieren wissenschaftspolitisch für erstrebenswert gehalten wird, so sollte hierbei jedoch das Prinzip der Autonomie und Freiwilligkeit gewahrt werden.

Fraglich ist zudem, inwieweit wissenschaftliche Beiträge tatsächlich im Rahmen von Dienstaufgaben erstellt werden, wie § 44 Abs. 6 LHG Baden-Württemberg voraussetzt. Denn nach der zumindest im urheberrechtlichen Schrifttum h.M. trifft den Universitätsprofessor trotz seiner Verpflichtung, sein Fach in Forschung und Lehre zu vertreten, keine Dienstpflicht zur Erschaffung urheberrechtlich geschützter Werke.⁶⁵

Unter rechtstechnischen Gesichtspunkten ist zudem darauf hinzuweisen, dass die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Zweitverwertungs-pflicht nicht deckungsgleich mit denjenigen des Zweitverwertungsrechts aus § 38 Abs. 4 UrhG sind, da sich die Regelung nicht nur auf solche Beiträge bezieht, die im Rahmen einer mindes-

59 RegE BT-Drs. 17/13423, S. 9.

60 Sandberger (Fn. 57), ZUM 2013, 466, 470.

61 Beschluss des BR vom 20.9.2013, BR-Drs. 643/13.

62 Kritisch Peifer, Die gesetzliche Regelung über verwaißte und vergriffene Werke, NJW 2014, 6, 11: „verwirrende Mehrfachversionen“.

63 RegE BT-Drs. 17/13423, S. 12.

64 Klass, Die deutsche Gesetzesnovelle zur „Nutzung verwaißter und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes“ im Kontext der Retrodigitalisierung in Europa, GRUR Int. 2013, 881, 893; Sandberger (Fn. 57), ZUM 2013, 466, 472.

65 Götting/Leuze, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht (Fn. 37), Kap. XIII Rn. 124.

tens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden sind. Zudem soll § 38 Abs. 4 UrhG zumindest nach der Begründung des Regierungsentwurfs wie dargestellt nur für Publikationen gelten, die im Rahmen öffentlicher Projektförderung oder an einer institutionell geförderten außeruniversitären Forschungseinrichtung entstanden. Daher müssten universitäre Satzungen ggf. entsprechend eingeschränkt werden.

V. Fazit

Die Einführung eines unabdingbaren, nicht-kommerziellen Zweitverwertungsrechts durch § 38 Abs. 4 UrhG wird evtl. mehr Rechtssicherheit bewirken, aber voraussichtlich weder einen Durchbruch des Open-Access-Publizierens bewirken, noch ein effektives Heilmittel für die sog. Zeitschriftenkrise darstellen. Denn bereits nach der früheren Rechtslage stand es Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler frei, sich für eine Erstveröffentlichung ihrer Werke im Wege des Open Access zu entscheiden. Zudem gestatten viele Verlage ihren Autoren nach Ablauf einer gewissen Karenzfrist eine Open-Access-Zweitverwertung z.B. auf einem institutionellen Repositorium. Dass diese Möglichkeiten bislang in vielen Fachbereichen nicht intensiver genutzt werden, liegt

sicherlich auch daran, dass es in vielen Fachbereichen, wie z.B. der Rechtswissenschaft, bislang kaum etablierte und renommierte Open-Access-Journals gibt – oder diese zumindest häufig nicht als gleichwertig mit Verlagspublikationen anerkannt werden. Aus Sicht von Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern ist es daher unabdingbar, dass auch während solcher Umwandlungsprozesse den Fach- und Publikationskulturen der einzelnen scientific communities Rechnung getragen wird und die Publikationsfreiheit gewahrt bleibt.

Es hat jeweils etwa 200 Jahre gedauert, bis sich die Gesellschaft auf das Alphabet bzw. den Buchdruck eingestellt hatte.⁶⁶ Bei den gegenwärtigen Entwicklungen wird es nicht um vergleichbare zeitliche Dimensionen gehen, aber auch hier bedarf es einer allmählichen Weiterentwicklung – ein Umbruch kann und sollte nicht erzwungen werden.

Der Autor ist o. Professor und geschäftsführender Direktor des Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Medienrecht an der Juristischen Fakultät der TU Dresden.

Die Autorin ist Inhaberin einer Juniorprofessur für Bürgerliches Recht, Immaterialgüter-, Medien- und Datenschutzrecht an der Juristischen Fakultät der TU Dresden.

66 Luhmann, Die Wissenschaft der Gesellschaft, 1990, S. 600.

Frank Wertheimer

*„Rolle rückwärts“ – Zur Rücknahme des Rufs
in einem Berufungsverfahren*

I. Fragestellung

Die richtige Auswahlentscheidung in einem Berufungsverfahren hat für eine Universität große Bedeutung. Misslingt der Auswahlprozess, werden nicht nur die mit der Neubesetzung einer Professur verbundenen strukturellen Überlegungen rasch zu Makulatur, nicht selten handelt sich die Hochschule auch personelle Probleme ein, die zeitraubend und ressourcenvernichtend sind. Im Bereich der Hochschulmedizin, in der mit der Vertretung eines Fachs in Forschung und Lehre auch Aufgaben in der Krankenversorgung verbunden sind, kann im Falle einer Fehlbesetzung ein erheblicher finanzieller Schaden hinzukommen.

Im Verlaufe eines Berufungsverfahrens bestehen für die universitären Entscheidungsträger unterschiedliche Möglichkeiten, sich über die Kompetenz der Bewerber um die ausgeschriebene Professur ein Bild zu machen. So lassen die eingereichten Unterlagen zu Publikationen, erbrachten Lehrleistungen, eingeworbenen Drittmitteln, Vorträgen bis hin zu wahrgenommenen Funktionen in der scientific community eine Einschätzung der wissenschaftlichen Reputation zu. Weiterer Aufschluss ergibt sich aus den Probenvorträgen und den danach häufig mit den Bewerbern geführten Gesprächen im Kreise der Berufungskommission. Eingeholte auswärtige Gutachten führen im Regelfall zur Weichenstellung für die Erstellung der Berufsungsliste und damit zur Entscheidung, wem der Ruf erteilt wird.

Gleichwohl können im Zuge der sich anschließenden Berufsungsverhandlungen, in denen die sächliche, räumliche und investive Ausstattung der Professur sowie ferner die persönlichen Rahmenbedingungen des Dienstverhältnisses – im Bereich der Hochschulmedizin auch ein Chefarztvertrag – verhandelt werden, Zweifel aufkommen, ob sich die gesteckten Ziele mit dem Rufadressaten verwirklichen lassen. Das gilt vice versa.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob, unter welchen Voraussetzungen und bis zu welchem Stadium eines Berufsungsverfahrens eine Universität die

„Reißleine ziehen“ und den einmal erteilten Ruf wieder zurücknehmen kann. Im Hinblick auf die eingangs beschriebenen Folgen einer „Fehlberufung“ hat sie erhebliche praktische Bedeutung.

II. Teilschritte eines Berufsungsverfahrens

Der Ablauf eines Berufsungsverfahrens vollzieht sich in Teilschritten, die in den Hochschulgesetzen der Länder geregelt sind. Hinzu kommen Verordnungen auf Länderebene, die Zuständigkeitsregelungen enthalten, etwa die Kompetenz zur Ruferteilung auf den Rektor bzw. den Präsidenten einer Universität übertragen.¹ Schließlich ergänzen Bestimmungen in den Grundordnungen der Universitäten häufig die inneruniversitären Abläufe des Verfahrens, die vor allem die Schnittstellen zwischen Berufungskommission, Fakultäts- bzw. Fachbereichsrat, Senat bis hin zur Hochschulleitung betreffen.²

Abgesehen von Nuancen gestaltet sich der Ablauf eines Berufsungsverfahrens im Wesentlichen in allen Bundesländern nach dem gleichen Raster: Einer universitätsinternen Entscheidung über die Neueinrichtung oder Wiederbesetzung einer Professur – nebst Festlegung, Bestätigung oder Änderung der Funktionsbeschreibung – folgt deren öffentliche Ausschreibung. Fakultätsintern wird eine Berufungskommission gebildet. Die Kommission wählt aus den eingegangenen Bewerbungen geeignete Kandidaten aus, die zu Probenvorträgen eingeladen werden; z.T. werden auch Kandidaten direkt angesprochen und aufgefordert, sich zu bewerben. Nach Einengung des Kandidatenkreises werden auswärtige Gutachten beauftragt und in einer abschließenden Sitzung eine Berufsungsliste verabschiedet. Es folgen unterschiedliche universitätsinterne Abstimmungsprozesse, hier differieren die Regelungen in den Ländern. Beteiligt sind dabei Fakultäts- bzw. Fachbereichsrat, der Senat der Universität und das Rektorat bzw. das Präsidium. Die Berufsungsliste geht dann zur Ruferteilung an den zuständigen Minister, in den meisten Bundesländern liegt die Ruferteilungskompetenz mittlerweile aber bei den Hochschulen

1 Vgl. z.B. die Bayerische Verordnung über das Berufsungsverfahren (BayBerufV) v. 3.8.2009, GVBl. 2009, S. 409; unmittelbar aus den Hochschulgesetzen folgt die Kompetenz zur Ruferteilung des Präsidenten bzw. Rektors z.B. in Hessen (§ 63 Abs. 3 S. 4 HessHG), in Sachsen (§ 60 Abs. 1 S. 1 SächsHG) oder in Baden-Württemberg,

dort im Einvernehmen mit dem Wissenschaftsministerium (§ 48 Abs. 2 S. 1 LHG BW).

2 Beispielsweise: § 50 Abs. 6 GO der Universität Würzburg v. 15.7.2007; § 24 Abs. 2 GO der Universität Freiburg v. 21.11.2012.

direkt, so dass der Ruf vom Rektor bzw. Präsidenten erteilt wird.³ Es schließen sich Berufungsverhandlungen an, abgeschlossen wird das Verfahren – im Falle einer Verbeamtung – mit der Ernennung⁴, bei einer Professur im Angestelltenverhältnis mit dem Abschluss des Dienst- bzw. Arbeitsvertrages. Im Falle einer klinischen Professur kommt ein Chefarztvertrag für die Aufgaben in der Krankenversorgung hinzu.⁵

III. Rechtliche Bindungswirkung

Zu untersuchen ist in der Folge, welche Rechtswirkungen die unter II. dargestellten Teilschritte eines Berufungsverfahrens entfalten:

1. Universitätsinterne Strukturbeschlüsse, öffentliche Ausschreibung

Soweit auf Grundlage entsprechender Beschlüsse einer Fakultät die Hochschulleitung – ggfs. im Zusammenwirken mit dem zuständigen Landesministerium – eine neue Professur einrichtet oder eine bereits existierende zur Wiederbesetzung freigibt, führt dies ebenso wenig zu einer Bindungswirkung wie die öffentliche Ausschreibung der Professur. Zum einen sind beide Teilschritte nicht personenbezogen und entfalten zum anderen, insbesondere auch die öffentliche Ausschreibung, zugunsten der Bewerber um die dortige Position nur Bindung, als dokumentiert wird, dass eine bestimmte Stelle besetzt werden soll.⁶

2. Beschlussfassung der Berufungskommission

Auch wenn die Beschlussfassung der Berufungskommission den ersten Teilschritt des Berufungsverfahrens darstellt, in dem eine personenbezogene Auswahlentscheidung fällt, erzeugt diese keine Rechtsbindung zugunsten eines der gelisteten Bewerber. Mangels Außenwirkung i.S.d. § 35 LVwVfG fehlt hier der Rechtscharakter eines Verwaltungsaktes. Bei dieser Auswahlentscheidung der Berufungskommission handelt es sich um einen rein internen, über die jeweilige Fakultät an die Hochschulleitung gerichteten, bloßen, wenn auch notwendigen rechtlich unselbständigen Zwischenschritt im Stellenbe-

setzungsverfahren.⁷ Gleiches gilt für die die Liste bestätigenden Beschlüsse sowie die Stellungnahme des Fakultäts- bzw. Fachbereichsrats oder des Hochschulsenats. Auch hier handelt es sich um rein interne Verfahrensschritte ohne rechtliche Außenwirkung.

3. Ruferteilung

a) Ruf als Verwaltungsakt?

Hinsichtlich der Rechtsqualität eines Rufes, wie er vom zuständigen Landesminister oder vom Rektor bzw. Präsidenten einer Universität gegenüber einem gelisteten Bewerber erteilt wurde, werden unterschiedliche Auffassungen vertreten.

Namhafte Stimmen in der hochschulrechtlichen Literatur vertreten die Auffassung, der Ruf habe gegenüber dem Rufinhaber Verwaltungsaktsqualität.⁸ Entscheidend sei, dass sich die Berufung eines Professors essentiell von der „Berufung“ eines sonstigen Beamten auf einen Dienstposten unterscheide. Mit der Erteilung des Rufes sei das Auswahlverfahren beendet; dies komme in einem Berufungsschreiben dadurch zum Ausdruck, dass der Bewerber auf die ausgeschriebene Professur „ohne wenn und aber“ berufen werde, was den Bindungswillen des Landes bzw. der Universität nochmals unterstreiche.⁹ Folgt man dieser Auffassung, so könnte ein erteilter Ruf nur nach Maßgabe der §§ 48, 49 LVwVfG zurückgenommen werden.

Die Rechtsprechung vertritt hingegen die Auffassung, dass es sich bei einem Ruf lediglich um eine rechtlich unbeachtliche invitatio ad offerendum handelt, d.h. um eine Aufforderung an den Rufadressaten, in Berufungsverhandlungen mit der ruferteilenden Einrichtung einzutreten.¹⁰ Zur Begründung wird auf den Wortlaut des Rufschreibens abgestellt, welches in aller Regel nicht mehr als eine Absichtserklärung enthalte, in der Zukunft nach Einigung mit dem Rufadressaten – letztlich über die Ausstattung der Professur sowie über dessen persönliches Statusverhältnis – ein Beamtenverhältnis oder ein privatrechtliches Dienstverhältnis begründen zu wollen, aus dem sich dann wechselseitige Rechten und Pflichten ergeben. Insoweit sei der Ruf nach der diesem zugrunde-

3 Vgl. auch *Detmer*, in: *HschR-Praxishandbuch*, 2. Aufl. 2011, S. 133 (Rn. 71).

4 Auch die Ernennung ist in einigen Ländern bereits auf die Hochschule delegiert, vgl. etwa § 1 Nr. 1 der Verordnung über dienstrechtliche Zuständigkeiten im Geschäftsbereich des Bayerischen Staatsministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst (ZustV-WKFM) v. 3.1.2011, GVBl. 2011, S. 26 oder § 4 Nr. 11 ErnG BW.

5 Beim sog. Integrationsmodell werden die Aufgaben in Forschung, Lehre und Krankenversorgung demgegenüber in einem einheitlichen Vertrag zusammengefasst, so z.B. an der Universitätsmedizin Mainz oder der Universitätsmedizin Göttingen.

6 BVerwG, Urt. v. 25.4.1996, 2 C 21/95, BVerwGE 101,112; *Detmer*, in: *HschR-Praxishandbuch*, aaO., S. 137 (Rn. 80) mwN.

7 BVerwG, Urt. v. 19.2.1998, 2 C 14/97, BVerwGE 106, 187.

8 Vgl. *Epping*, *WissR* 1992, 179; *Detmer* in: *HschR-Praxishandbuch*, aaO., S. 145 (Rn. 102) mwN.

9 Vgl. *Detmer*, *WissR* 1995, 1, 12, 14; *Brehm/Zimmerling*, Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Hochschullehrerrecht, www.zimmerling.de/veroeffentlichungen/volltextsuche/neu/hochschul-lehrerrecht.htm - Stand August 2001.

10 BVerwG, Urt. v. 19.2.1998, 2 C 14/97, aaO.; VG Wiesbaden, Urt. v. 20.3.1995, 8/V E 844/93, NVwZ-RR 1996, 207.

liegenden Auswahlentscheidung ebenfalls ein notwendiger, aber rechtlich unselbständiger Zwischenschritt im Stellenbesetzungsverfahren.¹¹

In der obergerichtlichen Rechtsprechung findet sich folgende Konkretisierung: Mit dem Ruf bekunde die nach Landesrecht zuständige Stelle ihre Bereitschaft, mit dem Adressaten in Berufungsverhandlungen einzutreten und zugleich zu erkunden, ob der Adressat bereit sei, die Professur zu übernehmen. Traditionell schließen sich an den Ruf die Berufungsverhandlungen an, die sich insbesondere auf den Status (Beamter oder Angestellter), die Ausgestaltung der Dienstpflichten und die Ausstattung des vorgesehenen Aufgabenbereichs beziehen können. Erst danach entscheide sich, ob dem Bewerber die Stelle endgültig übertragen wird.¹²

Ruferteilungsschreiben lässt sich in der Tat zumeist nur eine Absichtserklärung entnehmen, wenn sie – zumeist wie nachfolgend oder ähnlich – formuliert sind:

„Es ist grundsätzlich beabsichtigt, für die mit Forschung und Lehre zusammenhängenden Arbeiten einen Dienstvertrag abzuschließen. Dieser Dienstvertrag wird von der Universität abgeschlossen.“

Additiv in der Hochschulmedizin:

„Es ist beabsichtigt, die mit der Professur zusammenhängenden Aufgaben der Leitung der klinischen Einrichtung einschließlich des damit verbundenen Liquidationsrechts durch Chefarztvertrag zu regeln. Dieser Chefarztvertrag wird vom Universitätsklinikum abgeschlossen. Für Berufungsverhandlungen, insbesondere über die Ausstattung der Professur sowie zur Klärung weiterer mit der Stellenbesetzung zusammenhängender Fragen steht Ihnen der Dekan in der Fakultät für ... gerne zur Verfügung.“

Insbesondere die Formulierungen „es ist grundsätzlich beabsichtigt“ sowie „auch ist vorgesehen“, die sich mit den Vorstellungen einer Fakultät – bei Professuren mit Aufgaben in der Krankenversorgung auch eines Universitätsklinikums – auf die statusrechtliche Situation des Berufungsadressaten beziehen, sprechen dagegen, ein solches Schreiben als Verwaltungsakt zu werten. Die Auslegung einer Ruferteilung nach dem Empfängerhorizont lässt im Grunde keine andere Entscheidung zu, so dass der Rechtsprechung zu folgen ist.

Das BVerwG hat seine Auffassung, es handele sich bei der Ruferteilung nicht um einen Verwaltungsakt, fer-

ner damit begründet, dass die dortige streitgegenständliche landesrechtliche Bestimmung keine Rechtsgrundlage dafür enthalte, durch einseitige Regelung mit Außenwirkung eine verbindliche Rechtsfolge als Zwischenschritt im Berufungsverfahren zu setzen. Die Auswahlentscheidung werde erst mit der Übertragung des Amtes des Professors verbindlich getroffen.¹³

Zum Zeitpunkt der mehrfach zitierten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 19.02.1998 bestimmte die damalige Fassung des § 45 Abs. 2 S. 1 HRG, dass Professoren auf Vorschlag der Hochschule von der nach Landesrecht zuständigen Stelle berufen werden. Mit diesem Vorschlagsrecht wurde der Hochschule bei der Berufung von Professoren ein Mitwirkungsrecht eingeräumt, womit der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG in besonderer Weise Rechnung getragen wurde. Das BVerwG hat in diesem Zusammenhang festgehalten, dass diese Mitwirkungshandlung, also das Vorschlagsrecht der Hochschule, keine subjektiven Rechte des Vorgeschlagenen begründe.¹⁴ Ergibt sich damit in den Fällen etwas anderes, in denen nach Länderrecht die Ruferteilung nicht mehr dem zuständigen Minister sondern dem Rektor bzw. Präsidenten der Universität übertragen ist? Und spielt möglicherweise eine Rolle, dass in solchen Fällen, wie etwa nach § 1 Nr. 1 der Verordnung über dienstrechtliche Zuständigkeiten im Geschäftsbereich des Bayerischen Staatsministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst (ZustV-WFKM) vom 03.01.2011 (GVBl. 2011, S. 26) oder § 4 Nr. 11 ErnG BW die Zuständigkeit für die Ernennung von Hochschulprofessoren bei der Universität liegt und, soll mit dem Hochschulprofessor lediglich ein privatrechtliches Dienstverhältnis abgeschlossen werden, diese auch für den Abschluss des Arbeitsvertrages zuständig ist?

Nach hier vertretener Auffassung wurden hierdurch lediglich die Zuständigkeiten für den Ablauf eines Berufungsverfahrens geändert und die Autonomie der jeweiligen Universitäten gestärkt. Hingegen ändern diese neuen Zuständigkeiten nichts am Rechtscharakter der Ruferteilung an sich. Nach wie vor schließen sich erst an die Ruferteilung konkrete Berufungsverhandlungen an, die letztlich Aufschluss darüber geben, ob es zwischen der Universität und dem zu Berufenden zu einer Übereinstimmung hinsichtlich der zu besetzenden Professur kommt, insbesondere ob eine Einigung über deren Ausstattung sowie über den persönlichen Status des Rufadressaten erzielt werden kann. Ebenso wie sich im Rahmen dieser Verhandlungen beim Rufadressaten Zweifel an der Übernahme der Professur und den damit verbun-

11 BVerwG, Urt. v. 19.2.1998, aaO.

12 Vgl. OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 24.06.2010, 1 L 56/10, juris, Rn. 7; ebenso OVG NRW, Urt. v. 22.7.2014, 6 A 815/11, DÖV

2014, 982.

13 BVerwG, Urt. v. 19.2.1998, aaO.

14 BVerwG, Urt. v. 19.2.1998, aaO.

denen Aufgaben ergeben können, die am Ende eine Rufablehnung durch ihn nach sich ziehen, verhält sich dies umgekehrt. Dieser Überlegung widerspräche es, wenn die Universität in der Verhandlungssituation rechtlich gebunden wäre, auch wenn sie erkennt, dass der Berufene letztlich für die entsprechende Stelle doch nicht in Betracht kommt.

Die Auffassung, die das BVerwG vertritt, teilt das BAG für den Fall, dass mit der Ruferteilung – nach entsprechenden Berufungsverhandlungen – der Abschluss eines Arbeitsverhältnisses intendiert ist. So sieht auch das BAG in der Erteilung eines Rufs kein Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrages sondern stimmt vielmehr mit der zuvor dargestellten Auffassung zum Erklärungswert einer Ruferteilung überein.¹⁵ Danach beschränkt sich die Ruferteilung auf eine Anfrage zur grundsätzlichen Bereitschaft eines Bewerbers auf Übernahme einer bestimmten Professorenstelle, der kein rechtsverbindlicher Charakter beigemessen wird.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass in dem Ruferteilungsschreiben, unabhängig davon, ob es vom zuständigen Landesminister oder vom Rektor bzw. Präsidenten einer Universität stammt, kein Verwaltungsakt zu sehen ist, der gegenüber dem Rufadressaten verbindliche Rechtswirkungen erzeugt. Keine Bedenken bestehen daher gegen die gängige Praxis, dem Rufadressaten eine Frist zu setzen, innerhalb der sich die Universität an die Ruferteilung gebunden fühlt. Lässt der Rufadressat diese Frist verstreichen, kann der Ruf an den Nächstplatzierten erteilt werden.

b) Zusicherung

Ein Ruferteilungsschreiben ist in aller Regel auch keine Zusicherung i.S.d. § 38 Abs. 1 LVwVfG.

Der Anspruch, in ein Beamtenverhältnis berufen zu werden oder mit dem zu Berufenden einen privatrechtlichen Dienstvertrag abzuschließen, der die Aufgaben in Forschung und Lehre regelt, kann zwar grundsätzlich Gegenstand einer Zusicherung sein.¹⁶ Von einer Rechtsverbindlichkeit i.S.d. Vorschrift wird stets dann ausgegangen, wenn der Wille einer Behörde, sich für die Zukunft zu binden und einen entsprechenden Anspruch des Begünstigten auf die zugesagte Maßnahme zu begründen, in der Erklärung eindeutig erkennbar ist, damit sie als Zusicherung angenommen werden kann.¹⁷

Ist eine Ruferteilung so wie oben dargestellt formu-

liert – und das ist der Regelfall – handelt es sich aber nur um eine bloße Absichtserklärung. Diese Auslegung entspricht dann dem Willen der Universität und ist auf Grundlage des § 133 BGB auch vom objektiven Empfängerhorizont nicht anders zu verstehen.

4. Rücknahme des Rufs

Handelt es sich bei einem Ruf demnach nicht um einen rechtsverbindlichen Akt, weder im Sinne eines Verwaltungsaktes noch im Sinne einer Zusicherung, sondern vielmehr nur um eine unselbständige Vorbereitungshandlung mit verfahrensrechtlichem Charakter, so kann der Ruf ohne Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 48, 49 LVwVfG wieder zurückgenommen werden. Zuständig für die Rücknahme des Rufs ist – als *actus contrarius* zur Ruferteilung – die ruferteilende Stelle, mithin der zuständige Landesminister oder der Rektor bzw. der Universitätspräsident.

Freilich stellen sich bei der Rücknahme eines Rufs verschieden Fragen:

a) Rücknahme als Verwaltungsakt?

Zu klären ist zunächst, ob die Rücknahme des Rufs ein Verwaltungsakt ist. Daran wurden in der Literatur zum Teil Zweifel geäußert, weil die mehrfach zitierte Entscheidung des BVerwG aus dem Jahre 1998 dahingehend interpretiert wurde, dass das Zurückziehen eines Rufangebots ebenso wenig ein Verwaltungsakt sei wie das Rufangebot selbst.¹⁸ Dem ist entgegen zu halten, dass mit der Rücknahme des Rufs gegenüber dem Listenplatzierten verbindlich bestimmt wird, dass er für die Professur nicht mehr in Betracht kommt. Das hat auch das BVerwG in dem Fall so gesehen, in dem dem Rufadressaten mitgeteilt worden war, dass eine Berufung in ein Beamtenverhältnis abgelehnt werde. Eine solche Mitteilung sei ein Verwaltungsakt.¹⁹ Für diese Einschätzung spricht auch folgende Überlegung: Ist das Auswahlverfahren um eine Professur abgeschlossen, so wird die den Ruf erteilende Stelle als verpflichtet angesehen, den nicht berücksichtigten Bewerbern rechtzeitig vor der Ernennung oder der dienstvertraglichen Anstellung des Rufinhabers eine begründete Mitteilung zu machen, dass und weshalb sie in dem Auswahlverfahren keine Berücksichtigung gefunden haben und die Ernennung bzw. Einstellung des Rufinhabers bevorsteht. Eine solche Mitteilung gegenüber den unterlegenen Bewerbern wird als Verwaltungsakt qualifiziert.²⁰ Wenn der Minister, respektive

15 BAG, Urt. v. 9.7.1997, 7 AZR 424/96, NZA 1998, 752.

16 Vgl. Hess. VGH, Beschl. v. 4.3.1991, 1 TG 3306/90, juris, Rn. 29 für die Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit.

17 BVerwG, Urt. v. 7.2.1986, 4 C 28/84, NJW 1986, 2267; BVerwG, Urt. v. 22.1.1998, 2 C 8/97, NVwZ 1998, 1082; Stelkens/Bonk/Sachs/Stelkens, VwVfG, 8. Auf. 2014, § 38 Rn. 21.

18 Vgl. Hartmer, F&L 2000, 149.

19 Vgl. BVerwG, Urt. v. 19.2.1998, juris, Rn. 21.

20 Vgl. VG Düsseldorf, Beschl. v. 22.5.1996, 2 L 1225/96, n.v.; VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 19.9.1995, 1 L 2001/95, juris; ebenso Detmer in: HSchR-Praxishandbuch, aaO., S. 145 (Rn. 103).

der Rektor oder der Präsident gegenüber dem Rufad-ressaten demnach die Rücknahme des Rufs erklärt, so kommt dem die gleiche Rechtsqualität zu, lediglich mit dem Unterschied, dass die Erklärung zeitlich vorverlagert ist.

b) Rechtmäßigkeit der Rücknahme

Ist die Rufrücknahme demnach ein Verwaltungsakt, muss dieser rechtmäßig sein. In Betracht zu ziehen ist, ob dabei die Grundsätze für den Abbruch eines Berufungsverfahrens herangezogen werden können.

Es entspricht allgemeiner Meinung, dass ein Berufungsverfahren jederzeit abgebrochen und neu eröffnet werden kann, dies auch dann, wenn die Vorschlagsliste noch nicht erschöpft ist und solange Rechte Dritter dadurch nicht beeinträchtigt werden.²¹ Begründet wird dies letztlich damit, dass die Hochschule aus jedem Grund, der in den weit gesteckten Rahmen ihrer Organisationskompetenz fällt, ein solches Verfahren beenden kann.²²

Indessen lassen sich diese Überlegungen auf den Fall einer Rufrücknahme nicht übertragen. Damit ist nämlich nicht das beim Abbruch von Berufungsverhandlungen entscheidende Organisationsermessen sondern vielmehr das Auswahlermessen bezüglich der gelisteten Bewerber betroffen.

Die Rücknahme eines Rufs könnte gegen Art. 33 Abs. 2 GG verstoßen, insbesondere stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob der Erstplatzierte hieraus einen Anspruch auf Fortsetzung der Berufungsverhandlungen ableiten kann.²³ In formeller Hinsicht lässt sich demgegenüber einwenden, dass der Ruferteilende von Anfang an berechtigt gewesen wäre, von dem Listenvorschlag der Fakultät abzuweichen. Das ist in den Hochschulgesetzen der Länder überwiegend so vorgesehen, beispielsweise regelt § 2 Abs. 1 S. 2 BayBerufV, dass der Präsident an die Reihung des Berufungsvorschlages nicht gebunden ist.²⁴ Ähnliches bestimmt § 48 Abs. 2 S. 1 2. HS LHG BW, wonach der Rektor in begründeten Fällen vom Berufungsvorschlag abweichen kann.²⁵

Verletzt die vom Vorschlag der Hochschule abweichende Ruferteilung des Ministeriums nicht die institutionell garantierte Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) der Hochschule, so gilt dies erst recht, wenn der Präsident der Universität vom Berufungsvorschlag abweicht. Ist dieser demnach befugt, den Ruf ohne Bindung an die Reihung des Berufungsvorschlages zu erteilen, so schließt

dies ein, dass er von der zunächst verfolgten Reihung im Laufe des Berufungsverfahrens abweichen kann. Da – wie gesehen – die Ruferteilung keinen rechtsverbindlichen Charakter hat, wird insoweit in keine rechtlich bereits gefestigte Position des Rufadressaten eingegriffen.

Materiellrechtlich gelten nach der Rechtsprechung keine allzu hohen Anforderungen an die Rücknahme eines Rufs. Nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gewährt die Rechtsprechung einer Hochschule grundsätzlich eine verfassungsrechtlich geschützte Beurteilungskompetenz über die Qualifikation eines Bewerbers für eine Hochschul-lehrerstelle. Wie bei der Abweichung von einem Berufungsvorschlag kommen personalpolitische, wissenschaftspolitische wie auch fachwissenschaftliche Gründe dafür in Betracht.²⁶ Nach Maßgabe dieser Überlegungen hält es die Rechtsprechung für zulässig, einen Bewerber abweichend von der Reihenfolge des Berufungsvorschlags für die zu besetzende Professorenstelle auszuwählen und zu berufen. Da auch dieser Bewerber von der Hochschule vorgeschlagen und deshalb ihrer Meinung nach für die zu besetzende Hochschullehrerstelle qualifiziert ist, werde Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG nicht berührt.²⁷ Dabei können nicht nur rechtlich zwingende sondern auch unterhalb dieser Schwelle liegende Gründe, die die personelle Eignung des Bewerbers berühren, hinreichendes Gewicht haben.²⁸ Bei einem Berufungsvorschlag mit mehreren Bewerbern ist (zwangsläufig) eine Auswahl nach pflichtgemäßem Ermessen für den Bewerber zu treffen, der am besten geeignet erscheint, den sich ihm stellenden Aufgaben nach Art und Umfang gerecht zu werden.

Für eine Rücknahme des Rufs wäre es beispielsweise ausreichend, wenn sich im Laufe der Berufungsverhandlungen zeigt, dass die konzeptionellen Vorstellungen des Bewerbers zur Ausfüllung der Professur nicht mit den denen der Fakultät kompatibel sind, etwa weil er Schwerpunkte setzen möchte, die in der Fakultät schon durch eine andere Professur vertreten sind oder weil diese mit einer von der Fakultät beabsichtigten Antragstellung, z.B. für einen Sonderforschungsbereich, nicht kompatibel sind. Ein ausreichender Grund für eine Rufrücknahme wäre auch darin zu sehen, dass die Forderungen des Bewerbers für die personelle, sachliche oder investive Ausstattung der Professur so erheblich über dem zur

21 Vgl. OVG Schleswig-Holstein, Urt. v. 14.2.1994, 3 M 7/94, juris; OVG Koblenz, Beschl. v. 9.3.1993, 2 B 11743/93 n.v., vgl. auch BVerwG, Urt. v. 25.4.1996, 2 C 21/95, BVerwGE 101,112.

22 Vgl. etwa Detmer, WissR 1997, 193 ff.; Detmer, in: HSChR-Praxis-handbuch, aaO., S. 145 (Rn. 102); Brehm/Zimmerling, vgl. Fn. 8, unter II. 3. e).

23 Vgl. BAG, Urt. v. 9.7.1997, 7 AZR 424/96, juris, Rn. 19 sowie BVerwG v. 19.2.1998, aaO., juris, Rn. 28.

24 Ebenso VGH München, Beschl. v. 3.6.1998, 7 ZE 98.714, DVBl

1998, 1354; vgl. auch Detmer, in: HSChR-Praxisbuch, aaO., S. 135 (Rn. 74).

25 So auch § 60 Abs. 3 S. 5 HessHG; für den Fall der Ruferteilung durch den Minister, siehe § 50 Abs. 3 LHG Rheinland-Pfalz.

26 BVerwG, Beschl. v. 30.6.1998, 2 B 89/87, juris; vgl. BVerwG, Urt. v. 22.4.1977, VII C 17.74, NJW 1977, 1837; VGH München v. 3.6.1998, aaO.

27 Vgl. BVerwG, Urt. v. 9.5.1985, aaO., Rn. 30.

28 Vgl. BVerwG, Urt. v. 9.5.1985, 2 C 16/83, juris, Rn. 29 u. 30.

Verfügung stehenden Budget liegen, dass ein erfolgreicher Abschluss der Berufungsverhandlungen mit diesem Bewerber nicht zu erwarten ist. Freilich müsste gerade im letzten Fall dem Bewerber im Laufe der Verhandlungen die Möglichkeit eingeräumt werden, seine Ausstattungswünsche den vorhandenen finanziellen Spielräumen anzupassen. Andernfalls liefe die Universität Gefahr, dass eine sofortige Rufrücknahme als ermessensfehlerhaft eingestuft werden könnte. Hingegen lässt sich eine Rufrücknahme nicht auf sachfremde Erwägungen stützen, etwa solche, die den Wertungen des § 1 AGG widersprechen. Das BVerwG verlangt allerdings, dass in der Entscheidung gegenüber dem abgelehnten Bewerber, dem gegenüber der Ruf wieder zurückgenommen wird, erkennbar sein muss, welche konkreten Beweggründe für die Entscheidung maßgebend gewesen sind.²⁹

Werden diese Vorgaben eingehalten, kann ein erteilter Ruf zurückgenommen werden.

c) „Point of no return“

Berufungsverhandlungen münden im Regelfall in ein konkretes Berufsangebot an den Bewerber, welches in schriftlicher Form Zusagen zu dessen statusrechtlicher Stellung – im Falle einer Verbeamtung beispielsweise zu Besoldungszulagen, im Falle eines privatrechtlichen Dienstverhältnisses zur Vergütung – wie auch zur sächlichen, personellen bis hin zur investiven Ausstattung der Professur enthält. Somit stellt sich die Frage, ob die obigen Ausführungen zur Rücknahme eines Rufs auch dann noch gelten, wenn dem Bewerber ein solches Berufsangebot bereits zugegangen ist. Schon auf den ersten Blick ist ersichtlich, dass das Berufungsverfahren in diesem Falle einen gesteigerten Verbindlichkeitsgrad gegenüber der Phase erreicht hat, in der Universität und Bewerber über ihre jeweiligen Vorstellungen lediglich miteinander diskutiert haben. Diesem gesteigerten Verbindlichkeitsgrad steht nicht entgegen, dass die in einem Berufsangebot enthaltene Ausstattungszusage nach den Ländergesetzen einem Haushaltsvorbehalt unterliegen und idR auch nur befristet erfolgt.³⁰ Insbesondere die Befristung von Ausstattungszusagen betrifft lediglich die Frage, für welchen Zeitraum die mit der Berufung zugesagten Ressourcen gewährt werden und soll der Universität die Möglichkeit einräumen, über die Mittel-

zuweisung gerade auch unter Leistungsgesichtspunkten nach Ablauf der Befristungsdauer neu zu entscheiden.

Zur Frage der Rechtsnatur einer Ausstattungszusage im Rahmen einer Berufung werden unterschiedliche Auffassungen vertreten. Hierfür kommen grundsätzlich Verwaltungsakt, Nebenbestimmung, Zusicherung bzw. Zusage oder ein öffentlich-rechtlicher Vertrag in Betracht.³¹ Teilweise wird in einer Berufsvereinbarung ein öffentlich-rechtlicher Vertrag gesehen³², womit das Schreiben der Universität an den Rufadressaten ein Angebot zum Abschluss eines solchen Vertrages wäre. Zum Teil wird auf die äußeren Umstände abgestellt: Liegt lediglich eine einseitige Erklärung seitens der Universität vor, soll eine Zusicherung bzw. Zusage gem. § 38 Abs. 1 LVwVfG vorliegen, liegen wechselseitige, am Ende deckungsgleiche Erklärungen von Universität und Hochschullehrer vor, wird von einem öffentlich-rechtlichen Vertrag ausgegangen.³³ Der Streit hierüber wird an dieser Stelle nicht vertieft, zumal er sich für die hier zu behandelnde Frage in der Konsequenz nicht auswirkt.

Sieht man im Berufsangebot, welches eine konkrete Ausstattungszusage enthält, eine Zusicherung iSd § 38 Abs. 1 LVwVfG, so kann sich die Universität nach deren Abgabe davon nur lösen, wenn ein Fall des § 38 Abs. 3 LVwVfG vorliegt, d.h. es müsste nachträglich eine Änderung der Sach- und Rechtslage eingetreten sein und die Universität in Kenntnis dieser Änderung eine Zusicherung nicht abgegeben hätte oder aus rechtlichen Gründen nicht hätte geben dürfen. Zwar sind für eine Änderung der Sach- und Rechtslage Umstände aus der Sphäre der Behörde – hier also der Universität –, von der die Zusicherung stammt, nicht von vornherein ausgeschlossen.³⁴ Gleichwohl reichen die o.g. unter IV. 2. genannten Gründe aus Sicht des Verfassers nicht mehr aus, sich der Zusicherung gem. § 38 Abs. 3 LVwVfG durch Rücknahme des Rufs zu entziehen. Um die Bindungswirkung der Zusicherung nicht in das Belieben der Universität zu stellen, kommt eine Rücknahme des Rufs in dieser Phase des Berufungsverfahrens im Grunde nur dann in Betracht, wenn der Universität, bzw. dem Land im Falle der Ruferteilung durch den Minister, Tatsachen aus der Sphäre des zu Berufenden bekannt werden, die eine Ernennung zum Beamten oder dem Abschluss eines Arbeitsvertrages zwingend entgegen ste-

29 Vgl. BVerwG, Urt. v. 9.5.1985, aaO., Rn. 26.

30 Vgl. z.B. § 48 Abs. 4 LHG BaWü, § 18 Abs. 9 BayHSchPG, § 78 Abs. 5 ThüHG, § 37 Abs. 3 S. 1 HZG NRW.

31 Kluth/Reinhardt, WissR 2004, 288, 294; siehe auch Thieme, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 720 ff.

32 Siehe etwa OVG NRW, Urt. v. 27.11.1996, 25 A 3079/93, WissR 1997, 175; Detmer in: HSChR-Praxishandbuch, aaO., S. 149 (Rn. 113).

33 OVG Sachsen, Urt. v. 21.1.2010, 2 A 156/09, DVBl. 2010, 591;

VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 21.10.2008, 9 S 1507/06, VBIBW 2009, 69; freilich ist das Schriftformerfordernis des § 57 LVwVfG zu beachten, wonach sich die Unterschriften beider Parteien auf einer Urkunde befinden müssen, vgl. OVG Niedersachsen, Urt. v. 13.8.1991, 9 L 362/89, NJW 1992, 1404; Löwer, WissR 1993, 233, 235 ff.

34 Vgl. Stelkens/Bonk/Sachs/Stelkens, aaO., § 38 Rn. 99 ff.

hen. Das wäre z.B. der Fall, wenn die Universität von einer erheblichen Verletzung von Dienstpflichten im bestehenden Dienstverhältnis oder von Verhaltensweisen des zu Berufenden erfährt, die sich als Missbrauch der Wissenschaftsfreiheit darstellen, etwa die Fälschung von Forschungsergebnissen oder das Vorliegen von Wissenschaftsplagiaten. Diese Überlegungen gelten in gleichem Maße, wenn man in dem eine Ausstattungszusage enthaltenden Berufungsangebot ein Angebot zum Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages sieht. Nach § 62 S. 2 LVwVfG sind die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend anwendbar. Hat die Universität ein Berufungsangebot abgegeben, ist sie daran gem. § 145 BGB gebunden. Ein Erlöschen des Angebots richtet sich nach Maßgabe der §§ 146 ff. BGB. Damit kann sich die Universität von einem wirksam abgegebenen Angebot letztlich nur über eine Anfechtung nach §§ 119 ff. BGB lösen. Die o.g. Gründe, die eine Lösung von einer Zusicherung gem. § 38 Abs. 3 LVwVfG rechtfertigen, berechtigten auch zu einer Anfechtung, insbesondere wegen arglistiger Täuschung nach § 123 Abs. 1 BGB. Die Rücknahme eines Rufs nach Abgabe eines verbindlichen Berufungsangebots ist damit auf enge Ausnahmefälle begrenzt.

5. Praktisches Vorgehen

Die Situation, in der eine Universität erwägt, einen erteilten Ruf zurück zu nehmen, ist sensibel. Auf Universitäts-

seite ist sie mit der Erkenntnis verbunden, im Auswahlverfahren eine falsche Entscheidung getroffen zu haben; auf der anderen Seite sieht der Rufadressat seine wissenschaftliche Reputation gefährdet und ist die Rufrücknahme mitunter mit einem erheblichen Gesichtsverlust für ihn verbunden. Liegen keine Gründe vor, wie sie oben unter III. 3. beschrieben wurden, ist eine Universitätsleitung gut beraten, vor einer offiziellen Rücknahme des Rufs das Gespräch mit dem Rufadressaten zu suchen und ihm die Gründe zu erläutern, die sie zu dieser Entscheidung bewogen haben. Weiterer Flurschaden lässt sich für beide Seiten vermeiden, wenn der Rufadressat sich daraufhin entschließt, seine Bewerbung zurück zu ziehen. Die Universität hätte bei derartigem Ausgang auch Gewissheit, dass ein Konkurrentenstreit vermieden wird.

Der Autor ist Partner der Kanzlei KRAUSS LAW in Lahr/Schwarzwald. Zuvor war er 17 Jahre im Universitätsbereich, davon über 10 Jahre in der Hochschulmedizin, zuletzt als Kaufmännischer Direktor des Universitätsklinikums Freiburg, tätig. Zu seinen Beratungsfeldern gehört im Bereich des Arbeitsrechts auch das Hochschulrecht.

Andreas Heldrich †

Die zivilrechtliche Haftung für Schäden durch wissenschaftliche Betätigung

Andreas Heldrich (1935-2007), 1979 bis 1982 Vorsitzender des Wissenschaftsrats und 1994 bis 2002 Rektor der LMU München wäre am 30. Januar 2015 80 Jahre alt geworden. Heldrich hat sich Zeit seines Lebens mit dem Verhältnis von Wissenschaftsfreiheit und Recht und dessen praktischen Auswirkungen beschäftigt. Das heute im Wissenschaftszeitvertragsgesetz geregelte Hochschulbefristungsrecht geht maßgeblich auf seine Initiative zurück. Aber auch die zivilrechtlichen Implikationen der Wissenschaftsfreiheit haben ihn beschäftigt. So enthält sein 1987 vor Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe gehaltener Vortrag „Freiheit der Wissenschaft – Freiheit zum Irrtum? Haftung für Fehlleistungen in der Forschung“ ein ausführliches Kapitel zur zivilrechtlichen Haftung für Schäden durch wissenschaftliche Betätigung. Die dort angestellten Überlegungen sind heute so aktuell wie vor 28 Jahren.

Ergänzt um wenige Hinweise gibt OdW diese Überlegungen nachfolgend wieder. Auf den Abdruck des Fußnotenapparats wurde dabei verzichtet. Er kann in der Druckfassung des ganzen Vortrags in Heft 179 der Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe nachgelesen werden. Dem Verlag C. F. Müller ist für die Erlaubnis zum Nachdruck zu danken.

Manfred Löwisch

Die zivilrechtliche Haftung für Schäden durch wissenschaftliche Betätigung

In den Grundrechtsvorschriften der Verfassung verkörpert sich zugleich eine objektive Werteordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts, mithin auch für das Privatrecht gilt. Eine solche Wertentscheidung enthält auch Art. 5 III GG. Sie wirkt auf das Privatrecht bei der Anwendung von Generalklauseln und sonstiger auslegungsfähiger und ausfüllungsbedürftiger Begriffe ein. Diese mittelbare Drittwirkung des Grundrechts i.S. der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erfaßt insbesondere das private Haftungsrecht. Die Bedrohung mit einer Schadensersatz- oder Unterlassungspflicht hat eine freiheitseinschränkende Wirkung. Bei der Anwendung haftungsrechtlicher Vorschriften ist daher auch der Ausstrahlungswirkung des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit

Rechnung zu tragen. Einschränkungen der Freiheit der Forschung durch haftungsrechtliche Vorschriften sind nur insoweit statthaft, als sie zum Schutz anderer verfassungsrechtlich geschützter Güter, wie Menschenwürde, Leben oder Gesundheit, erforderlich sind. Darüber hinaus besitzt dieses Grundrecht auch unmittelbare Bedeutung als Rechtfertigungsgrund. Die Frage einer Haftung für Fehlleistungen in der Forschung stellt sich zivilrechtlich vor allem in zwei Zusammenhängen: zum einen bei Schädigungen im Verlauf des Arbeitsprozesses der Forschung selbst, zum anderen bei Schäden, die durch Bekanntgabe oder Verwendung von Forschungsergebnissen entstehen.

1. Haftung gegenüber Dritten bei Forschungsunfällen

In der modernen naturwissenschaftlichen Forschung gelangen Materialien, Verfahren und Technologien zum Einsatz, die ein nicht unerhebliches Sicherheitsrisiko darstellen. Dies gilt für die Kernforschung ebenso wie für die bakteriologische Forschung, die Hochenergiephysik ebenso wie für die Chemie oder Radiologie. Es spricht für das Verantwortungsbewußtsein und den hohen Sicherheitsstandard der deutschen Wissenschaft, daß *Unfälle* in der Forschung anscheinend trotzdem außerordentlich selten sind. Wo sie dennoch einmal auftreten, gelten die allgemeinen haftungsrechtlichen Grundsätze. Die Freiheit der Wissenschaft gewährt dem Forscher insoweit keinerlei Privilegien. Auch darf er sich – wie das Bundesverfassungsgericht [BVerfGE 47, 327 (369)] bemerkt – „bei seiner Tätigkeit, insbesondere bei etwaigen Versuchen, nicht über die Rechte seiner Mitbürger auf Leben, Gesundheit und Eigentum hinwegsetzen“. Dabei gelten keinerlei Unterschiede zwischen Grundlagenforschung und angewandter Forschung, zwischen Hochschulforschung und Industrieforschung. Soweit durch einen Forschungsunfall die Rechtsgüter Dritter betroffen werden, die am Forschungsvorgang selbst nicht beteiligt sind (sog. Außenunfälle), wird Ersatz nach den allgemeinen deliktsrechtlichen Vorschriften geschuldet. Bei der Begründung einer Schadensersatzpflicht nach § 823 I BGB wird es in der Regel auf die Verletzung einer Verkehrspflicht ankommen. Bei deren Konkretisierung ist ein strenger Maßstab anzulegen. Gerade von einer Forschungsanlage ist zu erwarten, daß sie sich an den durch den gegenwärtigen Stand von Wissenschaft und Technik gekennzeichneten Sicher-

heitsstandard hält. Die Verkehrssicherungspflicht trifft dabei grundsätzlich nicht den einzelnen Wissenschaftler, sondern den Unternehmer, der die Forschungsanlage betreibt, bei einem Hochschulinstitut also beispielsweise die Universität.

Ein Beispiel aus der Rechtsprechung bietet ein Urteil des OLG Frankfurt vom 28.2.1985 [NJW 1985, 2425 ff.]. Das Institut für Bienenkunde einer hessischen Universität hatte seit 1969 zu Versuchszwecken Bienenvölker aus Indien, Afghanistan und Pakistan importiert. Im Frühjahr 1977 stellte das Institut fest, daß auf seinen Bienenständen eine parasitäre Milbenart aufgetaucht war, wie sie bei den asiatischen Bienenvölkern häufig vorkommt. Die Milbe löste eine Bienenseuche aus, die sog. Varroatose. Wenig später wurde der Milbenbefall auch bei den Bienenvölkern eines Imkers festgestellt, dessen Bienenhaus in unmittelbarer Nähe des Universitätsinstituts stand. Sämtliche Bienenvölker des Imkers fielen der Varroatose zum Opfer. Das Gericht gab der Schadensersatzklage des Imkers gegen das Land Hessen statt, weil im Institut für Bienenkunde die mit der Bienenhaltung verbundene Verkehrssicherungspflicht schuldhaft verletzt worden sei. Zwar sei die Varroatose als Bienenseuche bis 1977 in Deutschland selbst in Fachkreisen nicht bekannt gewesen. Trotzdem sei vor dem Import der Bienen eine Untersuchung auf den Milbenbefall geboten gewesen, weil bei der asiatischen Bienenart *Apis cerana* mit dieser Bienenseuche immer zu rechnen sei und eine Übertragung auf die in Deutschland heimische *Apis mellifera* naheliegend gewesen sei. Ein wissenschaftliches Institut handele fahrlässig, wenn es sich beim Import eines Tieres nicht darüber informiere, inwieweit das Tier zum Infektionsherd für die inländischen Tiere werden könne. Für den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Inverkehrbringen der aus Asien importierten Bienen und der bei den Bienenvölkern des Imkers ausgebrochenen Varroatose spreche der Beweis des ersten Anscheins.

Der Fall ist meines Erachtens richtig entschieden [sic]. Der eingetretene Schaden hielt sich zum Glück für die Universität und Staat in bescheidenen Grenzen. Der Kläger machte insgesamt eine Ersatzforderung von 25 000,- DM geltend. Sehr viel gravierender erscheinen die Risiken, die mit *gentechnologischen* Experimenten verbunden sind. Indessen ist auch hier die Gefahr zunächst überschätzt worden. Vor diesem Hintergrund erscheint die von der Enquete-Kommission des 10. Deutschen Bundestages empfohlene Einführung einer Gefährdungshaftung für bestimmte Anwendungsbereiche der Gentechnologie nicht ganz überzeugend [Sie ist allerdings mit § 32 Abs. 1 GenTG v. 20.6.1990 eingeführt worden; s. dazu *Luttermann*, *Gentechnik und zivilrechtliches Haftungssystem*, JZ 1998, 174 ff.]. Die von der Bun-

desregierung beschlossenen „Richtlinien zum Schutz von Gefahren durch in-vitro neukombinierte Nukleinsäuren“ i. d. F. vom 28.5.1986 reichen als Konkretisierung von Verkehrspflichten für die Begründung einer deliktischen Schadensersatzpflicht aus. Da die Richtlinien den Stand von Wissenschaft und Technik widerspiegeln, prägen sie den haftungsrechtlich maßgebenden Sicherheitsstandard auch in den von ihrem Geltungsbereich nicht unmittelbar erfaßten Forschungseinrichtungen. Das verbleibende Restrisiko bei Einhaltung der Richtlinien ist anscheinend sehr gering. Deshalb besteht auch kein überzeugendes Bedürfnis für die ein wenig lächerlich anmutende Anwendung der Tierhalterhaftung nach § 833 S. 1 BGB auf laborgezüchtete Mikroorganismen. Sie könnte in der Konsequenz auch den gewöhnlichen Schnupfen-Patienten aus juristischer Sicht zum Tierhalter emporstilisieren.

2. Haftung gegenüber Versuchspersonen

Das Risiko außenstehender Dritter sind die Gefahren, die bei Experimenten für das Personal der Forschungseinrichtungen selbst oder für mitwirkende Versuchspersonen erwachsen können. Indessen reicht das Instrumentarium der vertraglichen und deliktischen Haftungsauflösung der hier auftretenden Probleme grundsätzlich aus. Einige Besonderheiten gelten für den Schutz von *Versuchspersonen*.

Art. 5 Abs. 3 GG gewährt dem Forschungsstand tatbestandsmäßig nicht das Recht, die Rechtsgüter Dritter zu Forschungszwecken in Anspruch zu nehmen. Die Freiheit der Forschung verleiht dem einzelnen Forscher nicht etwa das Privileg, nach Belieben andere Menschen in sein Versuchsprogramm einzuspannen. Man mag vielmehr im Gegenteil aus dem im Grundgesetz verbürgten Persönlichkeitsschutz das Recht ableiten, von fremden Forschungsgelüsten verschont zu bleiben, also nicht ohne Einwilligung „beforscht“ zu werden. Bedeutung gewinnt dieses der Wissenschaftsfreiheit „widerstehende“ Persönlichkeitsrecht vor allem bei so genannten *Humanexperimenten*.

Ihre Unentbehrlichkeit für die medizinische Forschung ist evident. Über die damit verbundenen Probleme hat *Deutsch* vor zehn Jahren von dieser Gesellschaft referiert [*Deutsch*, *Medizin und Forschung vor Gericht*, Heft 135 der Schriftenreihe der juristischen Studiengesellschaft 1978]. Sie seien deshalb hier nur kurz berührt.

Klinische Forschung am Menschen verlässt den gesicherten Boden des gegenwärtigen Erkenntnisstandes der Wissenschaft und stößt in medizinisches Neuland vor. Dabei unterscheidet man das der Krankenbehandlung im Einzelfall dienende therapeutische Experiment, z.B. eine Pionierleistung in der Chirurgie wie die erste Herztransplantation, von dem zu Forschungszwecken vorge-

nommenen rein wissenschaftlichen Experiment, welches der Versuchspersonen selbst keinen unmittelbaren Vorteil bringen kann. Diese Unterscheidung liegt auch der Regelung der klinischen Prüfung von Medikamenten nach §§ 40, 41 des Partner Arzneimittelgesetzes zugrunde. Sowohl der therapeutische als auch der rein wissenschaftliche Versuch am Menschen setzt grundsätzlich eine auf ausreichender Aufklärung beruhende Einwilligung (informed consent) des Patienten bzw. Probanden voraus. Allerdings werden an den Inhalt der Aufklärung und die Notwendigkeit der Einwilligung beim Heilversuch geringere Anforderungen gestellt als bei einem Experiment zu Forschungszwecken. Jedenfalls bei diesem schuldet der Forscher seiner Versuchspersonen aber vollständige Aufklärung über Anlage, Durchführung, Zweck und mögliche Risiken des geplanten Versuchs. Diese Aufklärungspflicht gerät oft in Konflikt mit den Bedürfnissen der medizinischen Forschung. Um den Erfolg einer neuen Behandlungsmethode zuverlässig abschätzen zu können, muss einer Versuchsgruppe eine Kontrollgruppe von Patienten und Probanden gegenübergestellt werden, welche unbehandelt bleibt oder anders therapiert wird.

Die Aufteilung der Betroffenen auf die beiden Gruppen muss dabei möglichst dem Zufall überlassen bleiben (sog. Randomisation). Das Interesse der Forschung gebietet es, die Teilnehmer vor und während des Experiments darüber im Unklaren zu lassen, ob sie der Versuchsgruppe oder der Kontrollgruppe angehören (sog. Blindversuch). Die Aufklärung der Versuchspersonen muss sich aber gerade auch auf diese Begleitumstände des Experiments erstrecken. Handelt es sich um einen Versuch an Kranken, so werden diese das Ansinnen, ihre Behandlung dem Zufall zu überlassen, zumindest „als bedrückende Zumutung empfinden“. Die Bereitschaft zur Mitwirkung wird jedenfalls durch diese Aufklärung nicht gefördert. Für den Forscher ergibt sich daraus die Versuchung, den Patienten nähere Einzelheiten über den geplanten Verlauf des Experiments zu verschweigen. Die auf unvollständiger Information beruhende Einwilligung ist jedoch fehlerhaft. Eine auf dieser Grundlage durchgeführte ärztliche Behandlung ist grundsätzlich rechtswidrig, auch wenn sie selbst kunstgerecht und fehlerfrei vorgenommen wird. Das Selbstbestimmungsrecht der Versuchspersonen hat also unbedingten Vorrang vor dem Erkenntnisstreben des Forschers. Erleidet der unzureichend informierte Proband durch die Teilnahme an dem Experiment einen Gesundheitsschaden, so ist der Versuchsleiter schadensersatzpflichtig nach § 823 Abs. 1 BGB. Dabei macht es m.E. keinen Unterschied, ob der Gesundheitsschaden auf die Behandlung im Rahmen der Versuchsgruppe des Experiments zurückzuführen ist oder etwa

auch das Unterbleiben einer Erfolg versprechenden anderen Behandlung im Rahmen der Kontrollgruppe.

Entsprechende Regeln gelten auch für die Forschung an Menschen in anderen Humanwissenschaften, insbesondere der Psychologie oder Soziologie. Ein berühmtes Beispiel für ein solches Experiment ist die Gehorsams-Studie des amerikanischen Sozialpsychologen *Milgram*. Ziel der Versuchsreihe war es, die Bereitschaft zu Befolgung verbrecherischer Befehle zu testen. Dabei berief sich Milgram ausdrücklich auf die auf Befehl begangenen Untaten des NS-Regimes. Die wirkliche Zielsetzung des Experiments wurde den Versuchspersonen verheimlicht. Ihnen wurde nur mitgeteilt, daß es sich um ein Lernexperiment handele, bei welchem die „Schüler“ mit Stromschlägen von zunehmender Stärke für falsche Antworten bestraft werden sollten. Es war Aufgabe der Versuchspersonen, diese Strafe zu verfolgen. Obwohl der angebliche Schüler vor Schmerz schrie, protestierte und den sofortigen Abbruch des Experiments verlangte, befolgten etwa zwei Drittel der Versuchspersonen die ihnen erteilten Befehle auch über die Grenze von 220 Volt hinaus, bei welcher Sie Lebensgefahr für das „Opfer“ annehmen mussten. Erst nach Beendigung des Versuches wurden die Probanden darüber aufgeklärt daß die Reaktionen des „Opfers“ nur gespielt waren und in Wirklichkeit keine Stromschläge erfolgt waren.

Das Milgram-Experiment macht ein gravierendes Problem derartiger Versuche deutlich: Ihr wissenschaftliches Gelingen setzt bis zu einem gewissen Grad die Täuschung der Versuchspersonen voraus. Würde diese nämlich die Versuchssituation voll durchschauen, so würde sie sich bewusst oder unbewusst darauf einstellen und damit den Erfolg des Experiments zunichte machen. Dieses wissenschaftliche Interesse kann aber aus juristischer Sicht die Täuschung nicht legitimieren. Das Grundrecht der Forschungsfreiheit bietet dazu keine Handhabe, weil es schon tatbestandsmäßig nicht die Befugnis gewährt, andere Menschen als Forschungsobjekt zu benutzen. Die Einwilligung der Versuchspersonen zur Mitwirkung an dem geplanten Experiment ist daher grundsätzlich unverzichtbar. Die Tragweite dieser Einwilligung hängt aber von der Aufklärung über die Anlage des Experiments – einschließlich der Tatsache einer dabei geplanten Täuschung der Teilnehmer als solcher – ab. Die Aufklärung ist nur dann entbehrlich, wenn die Versuchsperson wirksam darauf verzichtet hat. Die Demütigung der Probanden durch den Versuchsleiter im Milgram-Experiment war deshalb nicht von einer Einwilligung gedeckt.

Das Fehlen einer wirksamen Einwilligung ist allerdings so lange unerheblich, als der Versuch Rechtsgüter der Versuchspersonen nicht berührt. So braucht etwa bei

einer demoskopischen Umfrage der Befragte nicht notwendig im einzelnen über ihre Zielsetzung aufgeklärt zu werden. Mit der bloßen freiwilligen Beantwortung der gestellten Fragen werden seine Persönlichkeitsrechte jedenfalls dann nicht tangiert, wenn die Anonymität des Befragten gewährleistet ist. Soweit Forschung am Menschen aber – wie im Milgram-Experiment – durch Erniedrigung der Versuchspersonen die Menschenwürde angreift oder in unzulässiger Weise in die Privat- oder Intimsphäre der Probanden eindringt, verletzt sie deren allgemeines Persönlichkeitsrecht. Bei Fehlen einer rechtfertigenden Einwilligung, d.h. insbesondere bei unzureichender Aufklärung, ergibt sich daraus eine deliktische Schadensersatzpflicht, die bei schwerem Verschulden oder erheblicher Beeinträchtigung ein Schmerzensgeld einschließen kann.

Forschung am Menschen, die durch Täuschung von Versuchspersonen betrieben wird, birkt daher aus zivilrechtlicher Sicht erhebliche Risiken.

3. Haftung aus der Bekanntgabe von Forschungsergebnissen

Das Schadenspotenzial im Arbeitsprozeß der Forschung wirkt verschwindend gering im Vergleich mit den Gefahren, die von den *Arbeitsergebnissen der Forschung* ausgehen können. Die Erkenntnisse der Wissenschaft dienen nicht notwendig dem Nutzen der Gesellschaft. Verschiedene Anwendungsmöglichkeiten des naturwissenschaftlich-technischen Fortschritts bedrohen heute das Überleben der zivilisierten Menschheit. Oder um ein vergleichsweise harmloses Beispiel zu wählen – eine publikumswirksame soziologische Aufklärung hat in den letzten 20 Jahren die Wertordnung unserer Gesellschaft und die integrierende Kraft ihrer Institutionen nachhaltig erschüttert. „Risiken“ dieser Art sind in der Freiheit der Wissenschaft notwendig mit angelegt.

a) Ausstrahlungen des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit

Zur grundgesetzlich verbürgten Freiheit der Forschung gehört auch und gerade die Freiheit der Weitergabe und Verbreitung des Forschungsergebnisses, gleichgültig ob es vom sozialen Standpunkt erwünscht oder unerwünscht erscheint. Würde ein Wissenschaftler bei seiner Arbeit etwa zu dem Schluss kommen, daß zwischen Männern und Frauen genetisch bedingte Begabungsunterschiede bestehen, so dürfte er diese Befunde veröffentlichen, auch wenn er die Verwirklichung der Gleichberechtigung der Geschlechter erschwert. Das Privileg der Forschungsfreiheit unterscheidet auch nicht zwischen richtigen und unrichtigen Erkenntnissen. Wird das bekanntgegebene Forschungsergebnis alsbald von

anderen widerlegt, so bleibt es auch in der Rückschau von der Wissenschaftsfreiheit gedeckt. Diese garantiert im Prinzip auf die Freiheit des Irrtums.

Ebenso wie die Forschungsarbeit als solche kann aber auch die Verbreitung eines Forschungsergebnisses aus zivilrechtlicher Sicht einen haftungsbegründenden Tatbestand bilden, wenn sie verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter Dritter verletzt. Die Grenze zwischen dem Grundrecht der Forschungsfreiheit und den mit ihm kollidierenden Verfassungswerten, d.h. die Grenze zwischen Haftungsfreiheit und Haftbarkeit, ist dabei jeweils durch Güterabwägung im Einzelfall zu bestimmen [hierzu verweist Heldrich auf die in seinem Vortrag vorangehenden Ausführungen zur Verfassungsgarantie der Wissenschaftsfreiheit und ihrer Schranken]. Dennoch lassen sich einige allgemeine Regeln zur Lösung der denkbaren Konflikte entwickeln.

b) Haftungsfreiheit bei lege artis gewonnenen Erkenntnissen

Die Bekanntgabe eines Forschungsergebnisses kann als solche grundsätzlich *keine* Haftungsfolge auslösen, wenn es in Übereinstimmung mit denjenigen Standards erarbeitet worden ist, die derzeit in der wissenschaftlichen Fachwelt anerkannt werden. Diese internen Standards der jeweiligen „scientific community“ sind naturgemäß von Fach zu Fach verschieden. Es läßt sich aber keine entwickelte Wissenschaft denken, in welcher nicht wenigstens ein Grundkonsens über den bereits erreichten Stand der Erkenntnis und die – möglicherweise vielfältigen – Methoden seiner Weiterentwicklung besteht. Auf dieser Grundlage „lege artis“ gewonnene Forschungsergebnisse können grundsätzlich auch dann ohne Haftungsrisiko verbreitet werden, wenn sie verfassungsrechtlich geschützte Rechtspositionen Dritter beeinträchtigen. So darf etwa eine zeitgeschichtliche Untersuchung auch noch ein außerordentlich unerfreuliches Charakterbild eines noch lebenden oder jüngst verstorbenen Politikers zeichnen, wenn der Verfasser die derzeit zugänglichen Quellen unparteiisch und gewissenhaft ausgewertet hat und seine Analyse nach Konzeption, Methode und Formulierung den wissenschaftlichen „Zunftregeln“ entspricht. Die Freiheit der Verbreitung einer diesem Standard genügenden wissenschaftlichen Erkenntnis besitzt den Vorrang vor dem Persönlichkeitsschutz des Betroffenen. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht in der bekannten Mephisto-Entscheidung [BVerfGE 30, 173 ff.] einen ähnlichen Konflikt zwischen der Freiheit der Kunst und dem verfassungsrechtlich geschützten Persönlichkeitsbereich im Ergebnis zugunsten des letzteren entschieden. Die Begründung stellt jedoch ganz klar auf die Umstände des Einzelfalls ab, d.h. auf die Beurteilung eines Werks der erzählenden Kunst,

das an Vorgänge der historischen Wirklichkeit anknüpft und dabei ein negativ-verfälschtes Porträt der dargestellten Person zeichnet. Zwar genießt auch eine solche „Schmähschrift in Romanform“ den Schutz der Kuntsfreiheit gem Art. 5 III GG. Bei der Abwägung zwischen diesem Grundrecht und der Unverletzlichkeit der Menschenwürde gem. Art. 1 I GG hat das Gericht jedoch dem besonderen Charakter eines nicht hinlänglich verfremdeten Schlüsselromans Rechnung getragen. Ein „tendenziöses“ Kunstwerk – so lässt sich daraus folgern – genießt im Konflikt mit anderen verfassungsrechtlichen garantierten Rechtsgütern geringeren Schutz als ein „reines“ Kunstwerk. Diese Unterscheidung entspricht in den Grundzügen auch der hier vorgeschlagenen Wertung, die ein den Standards der wissenschaftlichen Fachwelt entsprechendes Forschungsergebnis höher stellt als andere wissenschaftliche Leistungen.

Der besondere Schutz lege artis gewonnener wissenschaftlicher Erkenntnisse besteht unabhängig davon, ob sie richtig oder falsch sind. Soweit sich ein Urteil darüber überhaupt fällen läßt – was in den Geisteswissenschaften problematisch erscheint – ist es häufig nur in der Rückschau aus der Perspektive einer fortgeschrittenen Wissenschaft möglich. Entscheidend ist deshalb allein, daß das Forschungsergebnis unparteiisch, in dem Bemühen um objektive Richtigkeit und in Übereinstimmung mit dem derzeitigen Stand der Wissenschaft erarbeitet worden ist. Auch die Bekanntgabe eines auf dieser Grundlage gewonnenen, zunächst nicht als solchen erkennbaren wissenschaftlichen Irrtums ist daher uneingeschränkt von der Forschungsfreiheit gedeckt. Unabhängig von den spezifischen Voraussetzungen deliktischer Schadensersatz- oder Unterlassungsansprüche können sich keinerlei Haftungsfolgen daraus ergeben.

Ein Beispiel mag dies verdeutlichen. Die Deutsche Forschungsgemeinschaft hat eine Senatskommission zur Prüfung gesundheitlicher Arbeitsstoffe eingerichtet, die jährlich eine Liste „Maximale Arbeitsplatzkonzentrationen und Biologische Arbeitsstofftoleranzwerte“ veröffentlicht. Diese sog. MAK-Werte-Liste hat erhebliche praktische Bedeutung für die Rechtssetzung im Bereich des Arbeitsschutzes. Sie wird u.a. vom Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung in die von ihm erlassenen „Technischen Regeln für gefährliche Arbeitsstoffe (TRGA 900)“ übernommen. In der MAK-Werte-Liste 1985 werden erstmals Buchenholzstaub und Eichenholzstaub als eindeutig krebserregende Arbeitsstoffe ausgewiesen mit Hinweis: „Verursachendes krebserregendes Prinzip derzeit noch nicht identifiziert“. Gegen diese Einstufung wendet sich eine Firma, die Holzgranulate und Hpözstäube herstellt und einen Marktanteil von etwa 60 % besitzt. Sie befürchtet erhebliche Absatzeinbußen und

macht eine Verletzung ihrer Grundrechte auf freie Berufsausübung und am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb geltend.

Aus zivilrechtlicher Sicht erscheint zweifelhaft, ob ein einzelnes Unternehmen überhaupt aus diesem Sachverhalt einen Unterlassungs- oder Schadensersatzanspruch gegen die Deutsche Forschungsgemeinschaft als Träger der betreffenden Senatskommission herleiten kann. Zwar ist die Aufstellung und Veröffentlichung der MAK-Werte-Liste ein dem Privatrecht unterliegender Vorgang. Die Einstufung bestimmter Stoffe als krebserzeugend ist aber kein unmittelbarer, auf den Betrieb eines einzelnen Unternehmens bezogener Eingriff. Eine Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als sonstiges Recht i.S. von § 823 I BGB kommt daher nicht in Betracht. Auch für die Anwendung von § 824 BGB wäre erforderlich, daß die behauptete oder verbreitete (unwahre) Tatsache sich unmittelbar mit diesem Unternehmen befasst oder doch in enger Beziehung zu seinen Verhältnissen, seiner Betätigung oder seiner gewerblichen Leistung steht. Diese Voraussetzung scheint hier trotz des beachtlichen Marktanteils des betreffenden Unternehmens der Holzverarbeitenden Industrie nicht erfüllt. Unabhängig davon kommt ein zivilrechtlicher Schadensersatz- oder Unterlassungsanspruch aber schon deshalb nicht in Frage, weil – wie hier unterstellt werden darf – die Empfehlungen der Senatskommission der DFG zur Prüfung gesundheitsschädlicher Arbeitsstoffe nach dem derzeitigen Standards erarbeitet werden. Die Bekanntgabe der auf dieser Basis gewonnenen wissenschaftlichen Erkenntnisse ist unbedingt vom Privileg der Forschungsfreiheit gedeckt, selbst wenn sie schädliche Rückwirkungen auf Dritte hat. Aus diesem Grund müßte eine Haftung zum Beispiel auch dann entfallen, wenn ein Arbeitnehmer auf Grund eines irrtümlich zu hoch angesetzten MAK-Wertes durch Schadstoff-Exposition einen gesundheitlichen Schaden erleidet.

c) Verpflichtung zur Berichtigung eines anerkannten Irrtums

Eine andere Beurteilung wäre allerdings geboten, wenn ein nachträglich als falsch erkanntes Forschungsergebnis nicht alsbald nach Aufdeckung des Irrtums korrigiert wird. Zwar mag seine Bekanntgabe ursprünglich vom Grundrecht der Forschungsfreiheit gedeckt gewesen sein. Das daraus abgeleitete Haftungsprivileg entfällt aber mit der Erkenntnis des Irrtums. Wird die unrichtige Erkenntnis nicht umgehend in angemessener Form berichtigt, so setzt sich derjenige, der sie bekanntgegeben hat, bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen des negatorischen Rechtsgüterschutzes einem Unterlas-

sungsanspruch aus. Auch wäre er gegebenenfalls für den aus der Aufrechterhaltung des Irrtums entstandenen Schaden nach den Vorschriften des Deliktsrechts ersatzpflichtig. Die Richtigstellung eines Dritten bekannt gewordenen Irrtums gehört zu den selbstverständlichen Grundsätzen der wissenschaftlichen Arbeit. Wer sie unterläßt, befindet sich nicht mehr im Einklang mit dem Arbeitsethos der wissenschaftlichen Arbeit. Verletzt er dadurch verfassungsrechtlich geschützte Rechtspositionen anderer, so wiegen diese schwerer als die Garantie der Wissenschaftsfreiheit. Für den entdeckten Irrtum gelten die gleichen Regeln wie für die wissenschaftliche Erkenntnis, die fehlerhaft erarbeitet oder in unrichtiger Form mitgeteilt wird.

d) Haftungsprivileg bei leichter Fahrlässigkeit

Derartige fehlerhafte Erkenntnisse, deren Gewinnung oder Präsentation nicht den wissenschaftlichen Standards entspricht, sind geläufige Begleiterscheinungen der Wissenschaft. Sie können z.B. auf Denkfehlern, ungenügender Datenbasis, methodischen Mängeln, nicht ausreichenden Literaturstudien oder ungenauer Formulierung beruhen. Die tatsächliche Bedeutung von Fehlerquellen dieser Art ist keineswegs gering. Forschung wird heute nicht mehr von einigen wenigen hochqualifizierten Gelehrten betrieben. Mit der breiten Vermehrung der Personalstellen im Wissenschaftsbereich dürfte auch die Zahl der nicht ausreichend talentierten oder engagierten Forscher gestiegen sein. Dabei ist zu beachten, daß die Teilhabe an der Forschung inzwischen zum Statussymbol geworden ist, welches schon aus Prestigebedürfnis angestrebt wird. Die anscheinend unaufhaltsame Einebnung der Unterschiede zwischen Aufgabenstellung von Universitäten und Fachhochschulen gibt dafür ein beredtes Beispiel. Hinzu kommt die Flut von Dissertationen, welche die Akademikerschwemme mit sich bringt. Aber auch die Profilierungsbedürfnisse der eigentlichen Wissenschaftler aller Berufs- und Altersgruppen sorgen für eine wachsende Zahl oft eilig hingeworfener Publikationen, deren Qualität nicht über jeden Zweifel erhaben ist. Bei realistischer Betrachtung des modernen Wissenschaftsbetriebs ist also auch in der Forschung keineswegs alles Gold, was glänzt.

(1) Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, inwieweit „dubiose“ Forschungsergebnisse zu einer Haftung für den daraus entstehenden Schaden führen können. Zwar gilt die Garantie der Wissenschaftsfreiheit unabhängig von der Qualität der jeweiligen Forschung. Das Grundrecht schützt das einfältige Bemühen ebenso wie die anspruchsvollste Grundlagenforschung. Bei einer

Kollision mit anderen verfassungsrechtlich geschützten Werten sind jedoch Differenzierungen statthaft, die auch der Qualität der Forschung Rechnung tragen.

Ein bekanntes Beispiel ist die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 7.7.1970 [BGH JZ 1971, 63ff. mit Anmerkung von *Deutsch*] zu Haftung des Verlegers für die Folgen eines Druckfehlers in einem medizinischen Lehrbuch. In einem Werk über die „Differentialdiagnose innerer Krankheiten“ wurde die Konzentration der Kochsalzlösung, die beim sog. Carter-Robbins-Test infundiert wird, statt richtig mit 2,5 % versehentlich mit 25 % angegeben. Ein junger Assistenzarzt hielt sich buchstabengetreu an diese falsche Anleitung. Die Infusion der hochprozentigen Lösung führte fast zum Tod des Patienten. Eine Schadensersatzklage gegen den Verleger des Buches hat der Bundesgerichtshof mit der Begründung abgewiesen, daß dieser die Korrektur auf Druckfehler ohne Verstoß gegen eine Verkehrssicherungspflicht – wie im Verlagswesen allgemein üblich – dem Autor überlassen durfte. Der Verfasser führe die Korrekturtätigkeit auch nicht als Verrichtungsgehilfe des Verlegers i.S. von § 831 BGB aus. Die Anleitung zur intravenösen Infusion einer Kochsalzlösung betreffe im übrigen keine besonders gefährliche oder ungewöhnliche ärztliche Maßnahme. Es habe deshalb für den Verleger auch kein Anlass zu außerordentlichen Vorkehrungen zur Vermeidung von Druckfehlern bestanden.

Auf die Frage einer etwaigen Haftung des *Autors*, der den Druckfehler übersehen hat, geht das Urteil nicht ein, weil dieser nicht verklagt worden war. Immerhin bemerkt das Gericht, das Auftreten eines einzelnen Druckfehlers gestatte nicht den Schluss, daß der für die Korrektur Verantwortliche die im Verkehr erforderliche Sorgfalt vernachlässigt habe. Eine Häufung von Druckfehlern im Lehrbuch des Verfassers werde von der Revision nicht behauptet. Hieraus wird man wohl den Schluss ziehen dürfen, daß auch nach Ansicht des Senats den Autor, der viele Druckfehler übersieht, ein Verschulden trifft. Was aber für vermeidbare Druckfehler gilt, muss füglich auch für vermeidbare *inhaltliche* Fehler gelten.

Spätestens an dieser Stelle stockt dem Verfasser wissenschaftlicher Publikationen der Atem. Soll der Bearbeiter eines Praxiskommentars zum BGB, der exzentrische Ansichten vertritt, eine neue höchstrichterliche Entscheidung übersieht oder phantasievoll Fehlzitat an Fehlzitat reiht, etwa für die Kosten des verlorenen Prozesses aufkommen müssen, der von einem Rechtsanwalt im Vertrauen auf die Richtigkeit dieser Erläuterungen angestrengt wurde? Soll der gescheiterte Examenskandidat vom Verfasser eines in vieler Hinsicht überholten Lehrbuchs Schadensersatz verlangen können, weil sich

dieser Unglücksrabe mit diesem Buch auf die Prüfung vorbereitet hat? Die bloße entfernte Möglichkeit einer solchen fast unübersehbaren Haftung könnte den wissenschaftlichen Publikationsbetrieb nahezu zum Erliegen bringen. Ihre Voraussetzungen seien deshalb im folgenden etwas genauer untersucht.

(2) Da eine Vertragsbeziehung zwischen Autor und Leser in der Regel ausscheiden dürfte, kommt nur eine deliktische Haftung in Betracht. Sie lässt sich schwerlich bereits mit dem Argument verneinen, den Verfasser treffe keine Verkehrspflicht, seine Leser oder deren Vertragspartner (z.B. die Patienten oder Mandanten) vor mittelbaren Schäden auf Grund fehlerhafter Informationen zu bewahren. Wissenschaftliche Werke sind potentiell eine Gefahrenquelle für Dritte, weil sie beim Leser ein besonderes Vertrauen in ihre inhaltliche Richtigkeit erwecken. Dieser wird gewöhnlich davon ausgehen, die betreffende Publikation entspreche den für das jeweilige Fachgebiet geltenden wissenschaftlichen Standards, beruhe also insbesondere auf dem aktuellen Stand der Wissenschaft. Allein der Autor hat es auch in der Hand, den von ihm geschaffenen „Gefahrenherd“ zu kontrollieren, d.h. Abweichungen von diesen Standards soweit möglich zu vermeiden.

Auch das Erfordernis des adäquaten Kausalzusammenhangs verspricht in der Regel keinen Haftungsausschluss. Zwar wendet sich ein wissenschaftliches Werk an einen sachkundigen Leserkreis, von dem erwartet werden darf, daß er seinen Inhalt nicht unbesehen übernimmt. Es liegt aber keineswegs außerhalb aller Wahrscheinlichkeit, daß zahlreiche Benutzer im „blinden Vertrauen“ auf seine Richtigkeit handeln. Das unkritische Befolgen selbst offenkundig falscher Auffassungen ist zwar ein schuldhaftes Fehlverhalten des Lesers. So hätte in dem vom BGH entschiedenen Fall der behandelnde Arzt ohne weiteres die Unverträglichkeit von fast 160g binnen kurzer Zeit in den Blutkreislauf verbrachten Kochsalzes erkennen müssen. Ihn trifft deshalb ein erhebliches Verschulden. Dennoch wird man nicht sagen können, daß eine solche sklavische Befolgung der in einem anerkannten Lehrbuch enthaltenen Anweisung nach der Lebenserwartung vernünftigerweise nicht mehr in Betracht gezogen werden dürfte. Ebenso wird man zwar vom Anwalt bei der Beratung eines Mandanten verlangen können, daß er sich „in wesentlichen Rechtsfragen nicht mit der Fundstellenangabe im Palandt begnügt, sondern die angeführte BGH-Entscheidung selbst überprüft“. Es erscheint aber immerhin zweifelhaft, ob das unkritische Vertrauen auf den Kommentar ein so ungewöhnlich grobes Fehlverhalten darstellt, daß der adäquate Kausalzusammenhang unterbrochen wird. Der als Nebentäter mithaftende Assistenzarzt oder

Rechtsanwalt ist aber für den wissenschaftlichen Autor, der sich einen Fehltritt geleistet hat, nur ein schwacher Trost. Lediglich das mitwirkende Verschulden des Benutzers, der den Schaden selbst erlitten hat, z.B. die allzu große Naivität des am schlechten Lehrbuch gescheiterten Examenskandidaten, stellt wenigstens die Reduktion der Ersatzpflicht in Aussicht. Auch von Haftungsbegrenzung nach dem Schutzzweck der Norm ist Abhilfe kaum zu erwarten. In der Regel wird der geltend gemachte Schaden innerhalb des Schutzbereichs der Verkehrspflicht liegen, deren Verletzung dem Autor vorgeworfen wird. Obgleich der Verstoß gegen diese Verkehrspflicht nicht ohne weiteres mit einer Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt im Sinn des objektiven Fahrlässigkeitsmaßstabs gleichgesetzt werden kann, wird in der Praxis aus dem einen gewöhnlich auch das andere folgen.

Wenigstens den juristischen Autor rettet am Ende zwar eine der Segnungen unseres Haftpflichtrechts: das Fehlen einer allgemeinen deliktsrechtlichen Generalklausel. Die bloße fahrlässige Beeinträchtigung fremder Vermögensinteressen, wie etwa die irrtümliche Verleitung zur nutzlosen Aufwendung von Prozeßkosten, ist als solche grundsätzlich kein haftungsbegründender Tatbestand nach §§ 823 ff. BGB. *Canaris* hat diese Entscheidung des Gesetzgebers wegen ihrer freiheitsschützenden Wirkung zu Recht eine Tat genannt [*Canaris, Schutzgesetzverkehrspflichten, FS Larenz II, 1983, S. 27, 36*]. Sie ist jedoch heute nicht mehr unumstritten. Eine im Vordringen befindliche neuere Auffassung will bei Verletzung bestimmter vermögensbezogener Verkehrspflichten eine deliktische Haftung unabhängig von den in § 823 I BGB normierten Tatbeständen eintreten lassen. Eine solche Schutzpflicht für fremdes Vermögen wird dabei u.a. aus der Verantwortung gegenüber demjenigen abgeleitet, der auf professionell oder informationell Überlegenen angewiesen ist. Auf dieser schiefen Bahn wäre auch für die juristische Literatur kein Halten.

Anderen Wissenschaften, deren Fehler zu einer Rechtsgutsverletzung i.S. von § 823 I BGB führen können, ist das Deliktsrecht ohnehin weniger wohl gesonnen. So käme für den Autor eines medizinischen Lehrbuchs durchaus eine Haftung wegen Gesundheitsverletzung in Betracht, wenn ein Patient nach seinen Anweisungen falsch behandelt wird. Der Verfasser einer Anleitung zur Statik-Berechnung beim Brückenbau, der in der Aufregung Sinus und Kosinus verwechselt hat, müsste mit noch weit schlimmeren Haftungsfolgen rechnen, wenn die fehlerhaft errichtete Brücke bei ihrem Einsturz Mensch, Tier und Gefährt in die Tiefe reißt.

(3) Daß das Risiko einer derartigen Schadensersatzpflicht empfindliche Rückwirkungen auf die Bereitschaft

zur Veröffentlichung auch ganz einwandfreier wissenschaftlicher Bücher und auf deren Inhalt haben würde, liegt auf der Hand. jedenfalls potentiell schadensstiftende Aussagen würden soweit wie möglich ausgemerzt, kühne Thesen, die den gesicherten Boden des allgemein geteilten Erkenntnisstandes verlassen, müßte der Verfasser für sich behalten. Die lebendige Vielfalt eines reichen Publikationswesens mit ihren Licht- und Schattenseiten würde verkümmern. Eine solche Entwicklung wäre mit der verfassungsrechtlichen Wertentscheidung für Freiheit der Wissenschaft unvereinbar. Die Bedrohung mit einer Schadensersatzpflicht darf im Ergebnis nicht dazu führen, daß der freie Austausch von wissenschaftlicher Meinung, Kritik und Gegenmeinung behindert oder gar unterbrochen wird. Dieser Kommunikationsprozeß ist für den Fortschritt der Wissenschaft unentbehrlich. Bei der gebotenen Abwägung zwischen Grundrecht der Forschungsfreiheit und anderen verfassungsrechtlich geschützten Werten ist also der Wissenschaft auch eine gewisse Fehlertoleranz zuzubilligen. Wissenschaftliche Publikationen richten sich - wie bereits erwähnt - an den sachkundigen und kritischen Leser. Sie wollen ihm eigene Überprüfung und Würdigung nicht einfach abnehmen. Die Bekanntgabe eines Forschungsergebnisses, das nach Begründung oder Inhalt nicht dem in der jeweiligen Wissenschaft akzeptierten Standard entspricht, ist daher auch dann von der Wissenschaftsfreiheit gedeckt, wenn die Abweichung auf *einfacher Fahrlässigkeit* beruht. Eine Schädigung Dritter durch eine leicht fahrlässige wissenschaftliche Fehlinformation ist nach Art. 5 III GG nicht rechtswidrig und begründet deshalb auch keine deliktische Haftung.

(4) Das Haftungsprivileg des wissenschaftlichen Autors gilt auch für dessen *Verleger*. Dieser übt eine „unentbehrliche Mittlerfunktion“ zwischen dem Verfasser und seinen Lesern aus. Ohne ihn wäre die angemessene Verbreitung von Forschung nicht möglich. Die Garantie der Wissenschaftsfreiheit erstreckt sich deshalb auch auf seine Tätigkeit. Eine Einschränkung der Publikationsfreiheit des wissenschaftlichen Verlegers über die für den Autor geltenden Haftungsschranken hinaus müßte notwendig nachteilige Auswirkungen auf den Kommunikationsprozeß haben, welcher die Grundlage der Wissenschaft bildet.

Zwar gelten die allgemeinen Regeln der *Produzentenhaftung* grundsätzlich auch für den Hersteller eines Buches [zur Produkthaftung für Druckwerke inzwischen auch *Foerste*, Die Produkthaftung für Druckwerke, NJW 1991, 1433]. Den Verleger trifft damit im Prinzip eine Verkehrspflicht, durch geeignete Maßnahmen dafür zu sorgen, daß die von ihm produzierten Bücher in gefahrlosem Zustand auf den Markt gelangen. Eine fahrlässige

Verletzung dieser Pflicht könnte zu einer deliktsrechtlichen Haftung nicht nur gegenüber dem Benutzer, sondern auch gegenüber einem mittelbar geschädigten Dritten führen. Indessen bezieht sich die Verkehrspflicht des Verlegers in erster Linie auf die einwandfreie Herstellung des Werkes, d.h. insbesondere auf die Vermeidung von Druckfehlern. Für die inhaltliche Richtigkeit zu sorgen, ist bei wissenschaftlichen Büchern Sache des Autors. Vom Verleger wird man insoweit neben der sorgfältigen Auswahl nur eine Überprüfung auf eklatante Fehler verlangen können, die auch ohne besonderes Fachwissen auf dem betreffenden Gebiet sofort auffallen. Eine Verletzung dieser eingeschränkten Verkehrspflicht kann aber nach der hier vertretenen Auffassung nur dann zu einer deliktischen Haftung des Verlegers führen, wenn sie grob fahrlässig oder gar vorsätzlich erfolgt ist. Unter diesen Umständen wird dem Verleger der Entlastungsbeweis des fehlenden Verschuldens verhältnismäßig leicht gelingen. Dabei kommt ihm auch zustatten, daß sich die Herkunft eines Fehlers an Hand von Manuskript, Druck- und Korrekturfahnen in der Regel einfach aufklären lässt.

Die Haftung des Buchproduzenten unterscheidet sich also nicht unerheblich von der des gewöhnlichen *Warenherstellers*. Dieser muß sich bei Konstruktion, Fabrikation und Instruktion nach dem neueren Stand von Wissenschaft und Technik richten, soweit er objektiv erkennbar und ermittelbar ist. Lediglich für Gefahren, die in der Entwicklungs- und Konstruktionsphase bei aller nach diesem Standard gebotenen Sorgfalt nicht erkennbar waren, wird - von der Gefährdungshaftung im Pharmabereich nach § 84 AMG abgesehen - grundsätzlich nicht gehaftet. Auch für solche Entwicklungsrisiken trifft den Hersteller jedoch eine Haftung bei Verletzung seiner Produktbeobachtungspflicht. Sie gebietet ihm, „laufend den Fortgang der Entwicklung von Wissenschaft und Technik auf dem einschlägigen Gebiet zu verfolgen“. Bei Großunternehmen, die ihre Erzeugnisse in der ganzen Welt vertreiben, gehören dazu auch „die Verfolgung der Ergebnisse wissenschaftlicher Kongresse und Fachveranstaltungen sowie die Auswertung des gesamten internationalen Schrifttums“. Konsequenterweise wird dem Hersteller daher auch angesonnen, sich nicht auf den vermeintlich gesicherten Stand der Wissenschaft allein zu verlassen, sondern auch abweichende Außenseiter- und Mindermeinungen zu berücksichtigen, die wissenschaftlich vorgetragen und begründet werden.

Die daraus resultierenden Anforderungen sind sehr hoch. Sie kontrastieren auffällig zu der Großzügigkeit, mit welcher der Bundesgerichtshof die Haftung des Verlegers eines medizinischen Lehrbuchs beurteilt hat. Bei

ihr soll es – wie gesagt – auf ein paar Druckfehler hin oder her nicht ankommen. Dies läßt sich mit der Erwägung begründen, daß für den Produzenten eines wissenschaftlichen Buches im Interesse der Forschungsfreiheit die gleiche Fehlertoleranz gelten muß wie für den Autor. Dagegen wird die Frage, ob und inwieweit sich der Warenhersteller bei seiner Haftung auf das auch für ihn geltende Grundrecht der Forschungsfreiheit berufen könnte, soweit ersichtlich nicht einmal diskutiert. Dabei ist nicht zu bezweifeln, daß in der Entwicklung vieler höherwertiger Produkte eine Forschungskomponente enthalten ist, deren freie Entfaltung durch das Haftungsrisiko empfindlich beeinträchtigt wird. Die für die EG-Richtlinie [gemeint ist die EG-Produkthaftungsrichtlinie 85/374/EWG] ursprünglich vorgeschlagene Gefährdungshaftung für Entwicklungsrisiken ist daher wegen ihrer innovationshemmenden Wirkung nicht in die Tat umgesetzt worden. Aber auch die geltende verschuldensunabhängige Regelung der Produzentenhaftung errichtet für die Forschungs- und Entwicklungstätigkeit in der Industrie gewisse Barrieren. Dennoch ist ihre Verfassungsmäßigkeit nicht zu bezweifeln. Bei einer kommerziell verflochtenen Forschung tritt das Grundrecht des Art. 5 III GG im Konflikt mit anderen verfassungsrechtlich geschützten Werten, wie Leben, Gesundheit oder Eigentum der Verbraucher, zurück (vgl. oben IV. 4.). Der Haftungsausschluß für die auf einfacher Fahrlässigkeit beruhende Fehlinformation gilt nur für die von politischen, weltanschaulichen oder wirtschaftlichen Interessen unabhängige Forschung, wie sie etwa in Universitäten, Max-Planck-Instituten oder Großforschungseinrichtungen betrieben wird.

e) Haftung bei bewußter Fälschung

Für eine *leichtfertige* oder gar *vorsätzliche* Schädigung Dritter versagt im Übrigen auch dieses Haftungsprivileg. Insoweit bleibt es bei der Anwendung der allgemeinen deliktsrechtlichen Vorschriften. Die daraus erwachsenden Haftungsrisiken sind mit der Freiheit der Wissenschaft zu vereinbaren. Sie werden allenfalls mittelbar der Qualität der Forschung zugute kommen, weil sie krasse Abweichungen von den Regeln sorgfältiger, besonnener gewissenhafter wissenschaftlicher Arbeit verhindern helfen.

Daß solche dennoch immer wieder vorkommen, ist kein Geheimnis. Auch die Geschichte der Wissenschaft ist nicht frei von Skandalen. Ein Astronom erfindet sich

einen Komet, ein berühmter Psychologe belegt seine Theorie der Vererblichkeit der Intelligenz mit erdichteten Untersuchungen an eineiigen Zwillingen, ein Physiker entdeckt eine neue Art von Strahlung, die es gar nicht gibt und hält damit für ein Jahr die Fachwelt zum Narren, ein Krebsforscher beweist die Überwindung der Immunbarriere an Hand von weißen Mäusen mit hervorragend angewachsenen schwarzen Hautimplantaten, die das Produkt eines Filzstifts waren. Besondere Berühmtheit hat in den USA vor einigen Jahren der Fall *John Darsee* erlangt, der als einer der erfolgreichsten Fälscher der Geschichte der Wissenschaft gilt. Im Alter von 31 Jahren war er an die renommierte Harvard Medical School berufen worden und konnte mit 33 Jahren bereits über hundert wissenschaftliche Publikationen auf experimenteller Grundlage vorweisen, die allerdings zum Teil auf geschickte Mehrfach-Veröffentlichungen zurückzuführen waren. Seine Fälschungen mußten in mühsamer Kleinarbeit durch andere Wissenschaftler aufgedeckt werden. Herausgeber wissenschaftlicher Fachzeitschriften und Mitautoren hatten nichts davon bemerkt, obgleich Unstimmigkeiten nicht zu übersehen waren. So findet sich anscheinend in einem Stammbaum, mit dem Darsee den Erbgang einer seltenen Herzkrankheit beschreibt, ein 17jähriger Mann mit vier Kindern im Alter von acht, sieben, fünf und vier Jahren, was zumindest auf eine höchst ungewöhnliche Akzeleration der Geschlechtsreife des Vaters hindeutet.

Fälle dieser Art beweisen, daß Ehrgeiz und Karrierestreben auch Wissenschaftler korrumpieren können. Selbst Nobelpreisträger sind dagegen anscheinend nicht gefeit. Zugleich sind solche Affären aber auch die unerfreuliche Begleiterscheinung eines harten Wettbewerbs um die knapp gewordenen Stellen und Forschungsmittel. Sie deuten damit auf strukturelle Mängel unseres Wissenschaftsbetriebes hin. Die Maxime „publish or perish“ entwickelt sich zur Geißel der Forschung.

Aus juristischer Sicht ist zu derlei Skandalen nur wenig anzumerken. Das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit deckt die bewußte Fälschung nicht (vgl. oben IV 1). Für die daraus entstehenden Schäden, etwa von Forschungsorganisationen oder von Fachkollegen, die sich vergeblich abmühen, die gefälschten Experimente zu reproduzieren, wird nach den allgemeinen deliktsrechtlichen Vorschriften gehaftet. Dabei ist insbesondere auch eine Ersatzpflicht wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB in Betracht zu ziehen.

Patrick Schultes
*Grenzüberschreitende studentische Mobilität
in Europa und Hochschulzulassung
in höhere Fachsemester*
– zugleich Anmerkung zum Beschluss des
VG Münster vom 16.10.2014 – 9 L 787/14

I. Einleitung

In ihrem Beschluss vom 16.10.2014¹ stellt die 9. Kammer des Verwaltungsgerichts Münster unter anderem fest, dass die in § 26 Abs. 1 VergabeVO NRW geregelte Rangfolge bei der Vergabe von verfügbar gebliebenen Studienplätzen in höheren Fachsemestern zulassungszahlenbegrenzter Studiengänge (hier: Humanmedizin) nicht gegen Bestimmungen des Europarechts verstößt. § 26 Abs. 1 VergabeVO NRW sieht bei der Vergabe der Studienplätze in höheren Fachsemestern eine unterschiedliche Behandlung von Ortswechslern innerhalb Deutschlands auf der einen Seite und Bewerbern, die anrechenbare Leistungen im Ausland erbracht haben, auf der anderen Seite vor.

II. Ausgangslage

Seit Inkrafttreten der Ersten Verordnung zur Änderung der Approbationsordnung für Ärzte (ÄAppO) vom 17.7.2012² ist das mindestens sechsjährige³ Studium der Medizin wieder in drei Abschnitte aufgeteilt (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 5, Abs. 3 ÄAppO).⁴

So schließt der Erste Studienabschnitt (auch „Vorklinik“) nach vier Semestern⁵ mit dem Ersten Abschnitt der ärztlichen Prüfung (andere Bezeichnung: „Physikum“). Diesem folgt der zweite Abschnitt (auch „klinischer Abschnitt“) mit einer Dauer von 3 Jahren und eine zusammenhängende praktische Ausbildung („Praktisches Jahr“) von 48 Wochen. Der Zweite Abschnitt der Ärztlichen Prüfung (schriftlich) findet vor, der dritte und letzte Abschnitt (mündlich-praktisch) nach dem Praktischen Jahr statt.⁶

Da das Medizinstudium in Deutschland mit einem *numerus clausus* belegt ist, greifen einige Studienbewerber auf die Möglichkeit zurück, sich an einer Hochschule im europäischen Ausland einzuschreiben. Inzwischen besteht diesbezüglich ein großes Studienangebot⁷ – teilweise verbunden mit erheblichen Studiengebühren.⁸ Nach Absolvieren des Ersten Abschnitts der Ärztlichen Prüfung versuchen dann einige Studenten, ihr begonnenes Studium in Deutschland fortzusetzen.⁹

Im Auswahlverfahren, das für höhere Fachsemester nicht von der Stiftung für Hochschulzulassung (SfH), sondern von der jeweiligen Hochschule nach Landesrecht durchgeführt wird, konkurrieren diese Bewerber

1 VG Münster, Beschluss 16.10.2014 – 9 L 787/14 –, juris.

2 Erste Verordnung zur Änderung der ÄAppO vom 17.6.2012 (BGBl. I, S. 1539).

3 In den Mitgliedsländern der Europäischen Union muss die ärztliche Grundausbildung mindestens sechs Jahre und 5.500 Stunden theoretischen und praktischen Unterrichts an einer Universität oder unter Aufsicht einer Universität umfassen, Art. 24 Abs. 2 der RL 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates.

4 Mit der Approbationsordnung für Ärzte vom 27.6.2002, BGBl. I S. 2405, wurde die Prüfungsstruktur zum 1.10.2003 weitgehend verändert. Diese sah eine zweigeteilte Ärztlichen Prüfung, also mit dem Ersten Abschnitt nach zwei Jahren und dem Zweiten Abschnitt (dem sog. „Hammerexamen“) nach sechs Jahren Medizinstudium, folglich nach dem Praktischen Jahr, vor, vgl. hierzu *Laufs*, in: *Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts*, 4. Aufl. 2010, § 7 Rn. 6 ff. Die Erste Verordnung zur Änderung der ÄAppO führte zu einer Rückkehr zum alten Prüfungsmodell, vgl. *Haage*, *MedR* 2012, 630, 633.

5 Die Angaben zur Dauer der jeweiligen Abschnitte beziehen sich auf die vorgesehene Regelstudienzeit.

6 Vgl. auch *Haage*, in: *NK-ÄAppO*, § 1 Rn. 4 ff.

7 Ein Medizinstudium in deutscher Sprache kann in Österreich, Schweiz, Ungarn und Polen absolviert werden. Ein Studium in englischer Sprache bieten Universitäten – neben solchen in England und Irland – in Ungarn, Serbien, Slowenien, Polen, Rumänien, Bulgarien, Kroatien, Litauen, Zypern, Lettland, Tschechien, Slowakei und Spanien an. Nicht selten bieten Unternehmen eine entsprechende Vermittlung an diese Universitäten an.

8 So betragen die Studiengebühren für ein (deutschsprachiges) Studium an der Semmelweis-Universität in Budapest 6.900€ pro Semester, s. http://medizinstudium.semmelweis.hu/nav/aufnahme_fur_studienanfanger (7.6.2015).

9 Dies kann zum einen damit zusammenhängen, dass ein Weiterführen des Studiums in der Regel nur noch in englischer Sprache oder in der Landessprache möglich ist. Zum anderen sind im Rahmen der Ausbildung in dem klinischen – praktischen – Studienabschnitt Kenntnisse der jeweiligen Landessprache für den Patientenkontakt erforderlich. Schließlich besteht auch die Möglichkeit, dass ein Studium in den ost- oder mitteleuropäischen Ländern ohnehin nur als Einstieg in das Humanmedizinstudium dienen sollte und eine Weiterführung an einer deutschen Universität von Anfang an geplant war.

mit Bewerbern, die den Studienort innerhalb Deutschlands wechseln (Ortswechsler), mit Bewerbern, die auf einen Teilstudienplatz zugelassen sind (Teilzugelassene), mit Bewerbern, die infolge eines wichtigen Grundes – z.B. Betreuung eines Kindes oder eines zeitweiligen Auslandsstudiums – ihr Studium unterbrechen mussten (Unterbrecher), und mit Bewerbern, die in einem anderen Studiengang anrechenbare Leistungen erworben haben (Quereinsteiger).

III. Vergabe von Studienplätzen in höheren Fachsemestern

Nach § 26 Abs. 1 VergabeVO NRW werden die verfügbaren Studienplätze nach der dort festgeschriebenen Rangfolge vergeben. An dritter Stelle werden diejenigen Bewerberinnen und Bewerber berücksichtigt, die im Zeitpunkt der Antragstellung an einer Hochschule *im Geltungsbereich des Grundgesetzes* für den gewählten Studiengang endgültig eingeschrieben sind oder vor diesem Zeitpunkt endgültig eingeschrieben waren; erst an

vierter und letzter Stelle folgen Bewerberinnen und Bewerber, die anrechenbare Leistungen im Ausland vorweisen können.

Der nordrhein-westfälischen Regelung ähnliche Bestimmungen finden sich in Mecklenburg-Vorpommern, § 5 Abs. 2 und 3 HZG M-V¹⁰ i.V.m. § 8 Abs. 1 HZVO M-V¹¹, Niedersachsen, § 6 NHZG¹² i.V.m. § 15 HVVO¹³, Sachsen, § 7 SächsHZG¹⁴, und Sachsen-Anhalt, § 9 Abs. 2 HZulG LSA¹⁵ i.V.m. § 17 Abs. 1 HVVO¹⁶; in einem begrenzteren Maße auch in Schleswig-Holstein¹⁷, § 8 Abs. 2 HZG¹⁸ i.V.m. § 37 HZVO¹⁹. Der Wortlaut der Regelungen in Brandenburg²⁰ und Thüringen²¹ ist diesbezüglich nicht eindeutig.²² Kürzlich geändert wurden die Regelungen betreffend die Hochschulzulassung in höheren Semestern in Berlin, Hessen und Schleswig-Holstein.²³ Eine ausdrückliche Gleichstellung von Ortswechslern innerhalb Deutschlands und Bewerbern, die anrechenbare Leistungen im Ausland erbracht haben, erfolgt hingegen beispielsweise in Baden-Württemberg.²⁴

- 10 Gesetz über die Zulassung zum Hochschulstudium in Mecklenburg-Vorpommern (Hochschulzulassungsgesetz - HZG M-V) v. 14.8.2007 (GVBl. M-V 2007, S. 286), zuletzt geändert am 16.12.2010 (GVBl. M-V, S. 730, 758).
- 11 Verordnung über die Zulassung zum Hochschulstudium in Mecklenburg-Vorpommern (Hochschulzulassungsverordnung - HZVO M-V) v. 23.5.2008 (GVBl. M-V 2008, S. 145), zuletzt geändert am 9.7.2014 (GVBl. M-V S. 387).
- 12 Niedersächsisches Hochschulzulassungsgesetz (NHZG) v. 29.1.1998 (Nds.GVBl. Nr.3/1998, S.51), zuletzt geändert am 11.12.2013 (Nds.GVBl. Nr.22/2013, S. 287).
- 13 Verordnung über die Vergabe von Studienplätzen durch die Hochschulen (Hochschul-Vergabeverordnung) v. 22.6.2005 (Nds. GVBl. Nr.14/2005, S.213), zuletzt geändert am 19.6.2014 (Nds. GVBl. Nr.11/2014, S.158).
- 14 Gesetz über die Zulassung zum Hochschulstudium im Freistaat Sachsen (Sächsisches Hochschulzulassungsgesetz - SächsHZG) v. 7.6.1993 (SächsGVBl., S. 462), zuletzt geändert am 18.10.2012 (SächsGVBl., S. 568).
- 15 Hochschulzulassungsgesetz Sachsen-Anhalt (HZulG LSA) v. 12.5.1993 (GVBl. LSA 1993, S. 244, zuletzt geändert am 24.7.2012 (GVBl. LSA, S. 297).
- 16 Verordnung des Landes Sachsen-Anhalt über die Vergabe von Studienplätzen (Hochschulvergabeverordnung - HVVO) v. 26.5.2008 (GVBl. LSA 2008, S. 196), zuletzt geändert am 27.5.2014 (GVBl. LSA, S. 232, ber. 381).
- 17 Insoweit wird noch das Kriterium der „sozialen Härte“ angeführt: Nach § 8 Abs. 2 HZG sind Studienplätze zunächst an Bewerberinnen und Bewerber, die für diesen Studiengang an einer Hochschule im Geltungsbereich des Grundgesetzes endgültig eingeschrieben sind oder waren und für die die Ablehnung des Zulassungsantrages eine soziale Härte bedeuten würde und erst dann an sonstige Bewerberinnen und Bewerber, die für diesen Studiengang an einer Hochschule in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union endgültig eingeschrieben sind oder waren, zu vergeben.

- 18 Hochschulzulassungsgesetz (HZG) v. 19.6.2009 (GVBl. 2009, S. 331), zuletzt geändert am 24.9.2014 (GVBl. 2014, S. 306).
- 19 Landesverordnung über die Kapazitätsermittlung, die Curricularwerte, die Festsetzung von Zulassungszahlen, die Auswahl von Studierenden und die Vergabe von Studienplätzen (Hochschulzulassungsverordnung - HZVO) v. 21.3.2011 (NBl. MWV. Schl.-H. 2001, S. 11), zuletzt geändert am 4.4.2014 (NBl. HS MBW. Schl.-H. 2014, S. 27).
- 20 § 15 der Verordnung über die Vergabe von Studienplätzen in zulassungsbeschränkten Studiengängen durch die Hochschulen des Landes Brandenburg (Hochschulvergabeverordnung – HVV) vom 16.5.2014
- 21 § 35 Abs. 5 der Thüringer Verordnung über die Vergabe von Studienplätzen an den staatlichen Hochschulen (Thüringer Vergabeverordnung) v. 18.6.2009 (GVBl., S. 485), zuletzt geändert durch Verordnung v. 7.4.2014 (GVBl., S. 151).
- 22 In beiden Fällen werden „Bewerber, die für denselben Studiengang an einer Hochschule eingeschrieben sind“ vor sonstigen Bewerbern eingestuft. Ob der Begriff „Hochschule“ auch Universitäten außerhalb des Geltungsbereiches des Grundgesetzes umfasst, ergibt sich nicht direkt aus dem Wortlaut. *Selbmann/Drescher* sehen in dieser Formulierung allerdings eine Bevorzugung von Ortswechslern, *Selbmann/Drescher*, Zur Europarechtskonformität von Regelungen der Bundesländer zur Hochschulzulassung in höhere Fachsemester, DÖV 2010, 961, 962 ff.
- 23 Vgl. noch zur alten Gesetzeslage: *Selbmann/Drescher* aaO. (Fn. 22), 962 ff.
- 24 Hier findet sich eine ausdrückliche Gleichstellung in § 19 Verordnung des Wissenschaftsministeriums über die Vergabe von Studienplätzen in zulassungsbeschränkten Studiengängen durch die Hochschulen (Hochschulvergabeverordnung - HVVO) v. 13.1.2003 (GBl. 2003, S. 63, ber. S. 115), zuletzt geändert am 9.5.2014 (GBl., S. 262) und § 7 Gesetz über die Zulassung zum Hochschulstudium in Baden-Württemberg (Hochschulzulassungsgesetz - HZG) v. 15.9.2005 (GBl. 2005, S. 629), zuletzt geändert am 5.5.2015 (GBl. 2015, S. 313).

Neben dem VG Münster haben sich bisher das OVG Schleswig-Holstein,²⁵ das OVG NRW²⁶ und jüngst auch das VG Leipzig²⁷ mit der Europarechtskonformität der Bevorzugung von Ortswechslern gegenüber Bewerbern, die die vorklinischen Semester im Ausland absolviert haben, befasst. Diese kommen zu einem ähnlichen Ergebnis wie die zu besprechende Entscheidung.

IV. Sachverhalt

Die Antragstellerin hatte nach der Approbationsordnung für Ärzte anrechnungsfähige Studien der Medizin an der Universität Riga, Lettland, absolviert. Zum Wintersemester 2014/2015 bewarb sie sich auf Zulassung zum 5. Fachsemester bzw. zum 1. Klinischen Fachsemester an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster (WWU Münster). Ihr auf den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO gerichteter Antrag zielte darauf, die Antragsgegnerin, die WWU Münster, zu verpflichten, ihre Bewerbung in die Ranggruppe nach § 5 Abs. 2 Nr. 3 HZG i.V.m. § 26 Abs. 1 Nr. 3 VergabeVO NRW – anstelle der Ranggruppe nach § 5 Abs. 2 Nr. 4 HZG i.V.m. § 26 Abs. 1 Nr. 3 VergabeVO NRW – einzuordnen. Die Antragstellerin erstrebte folglich eine Gleichbehandlung ihrer Bewerbung mit derjenigen von Bewerbern, die bereits an einer anderen deutschen Hochschule im Studiengang Humanmedizin eingeschrieben sind oder waren.

V. Entscheidung des Verwaltungsgerichts

Zunächst lässt das Verwaltungsgericht offen, ob ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse besteht. Insofern sei es der Antragstellerin möglich, die Zuweisung eines Studienplatzes nach Ablehnung oder Nichtbescheidung des Zulassungsgesuchs im gerichtlichen Rechtsschutz zu ersuchen. Es bestünden zumindest Bedenken, ob ein Teilaspekt des Zulassungsverfahrens einer gerichtlichen Überprüfung im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zugeführt werden könne.²⁸

Unabhängig davon verneint das Gericht das Vorliegen sowohl des Anordnungsgrundes als auch des Anordnungsanspruchs. Für die begehrte einstweilige Anordnung fehle zunächst der Antragsgrund, da es auf die von der Antragstellerin gestellte Rechtsfrage nicht an-

komme. § 1 i.V.m. Anlage 5 der Zulassungszahlenverordnung²⁹ legt die Zahl der Studienplätze für das 1. klinische Semester des Humanmedizinstudiums an der WWU Münster auf 113 Studienplätze fest (Auffüllgrenze). Die Antragsgegnerin habe glaubhaft geltend gemacht, dass sich bereits 159 Studentinnen und Studenten i.S.d. § 25 Abs. 2 VergabeVO NRW zurückgemeldet hätten. Damit ergebe sich bereits durch reguläre Rückmelder eine Überschreitung der Sollzahl, die aus der Studienfortführungsgarantie für Medizinstudenten und -studentinnen, § 3 der Zulassungszahlenverordnung, resultiere. In dieser Situation sei das Eilrechtsschutzgesuch in Wahrheit auf die Erteilung einer gerichtlichen Rechtsauskunft gerichtet.³⁰

Sodann führt das Gericht aus, dass im Übrigen aber ohnehin ein Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht werden könne.

So verstoße die Rangfolge des § 26 Abs. 1 Nrn. 1-4 VergabeVO NRW bei summarischer Prüfung nicht gegen europarechtliche Bestimmungen. Dabei zitiert das VG Münster – ausführlich (Rn 17-25) – die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 1. Oktober 2009.³¹ Darin verneint das Gericht einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit des Art. 12 EGV (heute Art. 18 AEUV), da nach § 2 VergabeVO NRW die Studienplätze an Deutsche sowie an ausländische Staatsangehörige oder Staatenlose, die im Sinne dieser Verordnung Deutschen gleichgestellt sind, vergeben werden.

Anschließend befasst sich die zitierte Entscheidung mit der Prüfung eines Eingriffs in die Freizügigkeit nach Art. 18 EGV (heute: Art. 21 AEUV) im Zusammenspiel mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot nach Art. 12 EGV (Art. 18 AEUV). Ein Eingriff in den Gewährleistungsbereich des Freizügigkeitsrechts in seiner Verklammerung mit dem Diskriminierungsverbot wird angenommen.³²

Die vorgesehene Nachrangigkeit lasse sich aber nach dem Gemeinschaftsrecht rechtfertigen. Zunächst solle eine Umgehung der Zulassungsbegrenzung für Hochschulen verhindert werden. Es sei insofern ein legitimes Interesse des Ordnungsgebers, den Studenten, die in Deutschland über eine Zulassung zum Studium verfügen, die Fortsetzung des Studiums zu ermöglichen und sie nicht einem Wettbewerb mit denjenigen auszusetzen,

25 OVG Schleswig-Holstein, Beschluss 10.4.2008, 3 MB 10/08.

26 OVG NRW, NVwZ-RR 2010, 229.

27 VG Leipzig, Beschluss 17.12.2014 – NC 2 L 1129/14, NC 2 L 1130/14, NC 2 L 1131/14, NC 2 L 1282/14, NC 2 L 1283/14, NC 2 L 1284/14, NC 2 L 1383/14 –, juris.

28 VG Münster aaO. (Fn. 1), Rn. 5.

29 Verordnung über die Festsetzung von Zulassungszahlen und die Vergabe von Studienplätzen in höheren Fachsemestern an den

Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen zum Studienjahr 2014/2015 vom 19.8.2014 (GV. NRW 2014, Ausgabe Nr. 24, S. 429-474).

30 VG Münster aaO. (Fn. 1), Rn. 6.

31 OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss 1.10.2009 – 13 B 1185/09 –, juris.

32 VG Münster aaO. (Fn. 1), Rn. 21.

die – ohne das *nc*-Verfahren durchlaufen zu haben – Ausbildungsabschnitte im Ausland absolviert haben. Dies würde dem nationalen Zulassungsrecht zuwiderlaufen.³³

Diesen Ausführungen tritt nun das VG Münster bei. Es unterstützt diese Auffassung mit einem Hinweis auf die Gesetzesmaterialien, die auf die „Intensität des Zulassungsanspruchs der jeweiligen Bewerber“ abstellen. Ortswechsler hätten „mit dem erfolgreich durchlaufenen Auswahlverfahren und deren Ausnutzung durch Einschreibung an einer deutschen Hochschule eine auch rechtlich beachtliche Bindung an das staatlich zur Verfügung gestellte Bildungssystem auf Hochschulebene erlangt, die sich von denjenigen Bewerbern, bei denen dies nicht der Fall ist (Ranggruppe Nr. 4) deutlich unterscheidet“. Der Bewerberkreis, der sich ausländische Leistungen hat anrechnen lassen, habe zu keinem Zeitpunkt eine rechtlich geschützte Akzeptanz entwickeln können.³⁴

VI. Kritische Würdigung

Nachfolgend sollen die – interessanten, aber nicht entscheidungserheblichen – Passagen des Urteils, die sich mit der Europarechtskonformität der Vergabeverordnung auseinandersetzen, näher beleuchtet werden.

Das VG Münster bejaht – richtigerweise – eine Beeinträchtigung des Schutzbereiches von Art. 21 AEUV i.V.m. Art. 18 AEUV.

Titel XII des dritten Teils des AEUV zu den internen Politiken der Union (Art. 165 und 166 AEUV) widmet sich der allgemeinen und beruflichen Bildung. Kein Gegenargument für die Eröffnung des Schutzbereiches wäre hier, wie teilweise vor dem EuGH vorgetragen,³⁵ dass die Verantwortung der Mitgliedstaaten für Lehrin-

halte und Gestaltung des Bildungssystems von der Union *strikt* geachtet werden muss, Art. 165 AEUV (ex Art. 149 EGV). Der EuGH hat mehrmals und früh klargestellt, dass diese Zuständigkeit unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts ausgeübt werden muss,³⁶ und zwar insbesondere unter Beachtung der Grundfreiheiten und der Bestimmungen über das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten.³⁷ Insofern bildet sich hier eine Schnittmenge der bildungspolitischen Kompetenzverteilung zwischen supranationaler und mitgliedstaatlicher Ebene und somit ein Spannungsfeld.³⁸

Ebenso wenig – so richtig vom VG Münster erkannt – ist hier problematisch, dass vorliegend Ansprüche gegen den Herkunftsstaat geltend gemacht werden. Der EuGH verneint zwar die Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots und der Grundfreiheiten auf rein innerstaatliche, d. h. nicht grenzüberschreitende Sachverhalte.³⁹ In der Rs. *D’Hoop* machte der EuGH allerdings deutlich, dass es bei der Bestimmung dieses Merkmals weniger auf das Kriterium verschiedener Nationalitäten ankommt, sondern mehr und mehr um die Unterscheidung zwischen Staatsangehörigen geht, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht, und solchen, die dieses Recht nicht genutzt haben.⁴⁰ Er führte – unter Rückgriff auf die in *Singh* eröffnete Linie⁴¹ – aus, dass es für denjenigen, der von dem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, „mit dem Recht auf Freizügigkeit unvereinbar (wäre), wenn der Mitgliedstaat, dessen Staatsangehöriger er ist, ihn deshalb weniger günstig behandeln würde, weil er von den Möglichkeiten Gebrauch gemacht hat, die ihm die Freizügigkeitsbestimmungen des EG-Vertrags eröffnen.“⁴² Dies gilt besonders im Bereich der Bildung – es soll insbesondere die Mobilität

33 VG Münster aaO. (Fn. 1), Rn. 25.

34 VG Münster aaO. (Fn. 1), Rn. 28.

35 Dieses Argument wurde beispielsweise bemüht durch die deutsche, die niederländische, die österreichische und die schwedische Regierung, die Regierung des Vereinigten Königreichs und die Kommission in Urteil EuGH, Morgan, Rs. C-11/06 und 12/06, EU:C:2007:626, Rn. 24.

36 Vgl. in diesem Sinne: Urteil EuGH, Morgan, Rs. C-11/06 und 12/06, EU:C:2007:626, Rn. 24; Urteil EuGH, Schwarz und Gootjes-Schwarz, Rs. C-76/05, EU:C:2007:492, Rn. 70.

37 Vgl. in diesem Sinne: Urteil EuGH, Morgan, Rs. C-11/06 und 12/06, EU:C:2007:626, Rn. 24; Urteil EuGH, Schwarz und Gootjes-Schwarz, Rs. C-76/05, EU:C:2007:492, Rn. 99.

38 Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 165; Rn. 1; vgl. auch den Überblick bei Fürst, Die bildungspolitischen Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft, S. 98 ff.

39 Urteil EuGH, Land Nordrhein-Westfalen/Uecker und Jacquet/Land Nordrhein-Westfalen, Rs. C-64/96 und C-65/96, EU:C:1997:285, Rn. 23; Urteil EuGH, Steen/Deutsche Bundespost, Rs. C-332/90, EU:C:1992:40, Rn. 9 f.; vgl. auch Nic Shuibhne, Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time

to Move On?, 39 Common Market Law Review 2002, 731; Tryfonidou, Reverse Discrimination in Purely Internal Situations: An Incongruity in a Citizens’ Europe, 35 Legal Issues of Economic Integration 2008, 43; Spaventa, Seeing the Wood Despite the Trees? On the Scope of Union Citizenship and its Constitutional Effects, 45 Common Market Law Review 2008, 13; Dautricourt/Thomas, Reverse discrimination and free movement of persons under Community law: all for Ulysses, nothing for Penelope?, 34 European Law Review 2009, 433.

40 Haltern verweist insofern auf die veränderte Vergleichsgruppe, Haltern, Europarecht, Dogmatik im Kontext, 2. Auflage 2007, Rn. 1297 ff.; Chalmers/Davies/Monti, European Union Law, 3. Aufl. 2014, 492.; s. auch Urteil EuGH, Knoors/Staatssecretaris van Economische Zaken, Rs. C-115/78, EU:C:1979:31, Rn. 24.

41 Urteil EuGH, D’Hoop, Rs. C-224/98, EU:C:2002:432, Rn. 31.

42 Urteil EuGH, D’Hoop, Rs. C-224/98, EU:C:2002:432, Rn. 39; Urteil EuGH, De Cuyper, Rs. C-406/04, EU:C:2006:491, Rn. 39; Urteil EuGH, Schwarz und Gootjes-Schwarz, Rs. C-76/05, EU:C:2007:492, Rn. 93; Urteil EuGH, Morgan, Rs. C-11/06 und 12/06, EU:C:2007:626, Rn. 25.

von Lernenden und Lehrenden gefördert werden.⁴³ Die deutschen Medizinstudierenden, die die Freizügigkeitsbestimmungen genutzt haben, kommen somit nicht zu einer „internen Situation“ zurück; benachteiligende Maßnahmen dürfen hier nicht ansetzen.⁴⁴

Eine solche Beschränkung kann nach Gemeinschaftsrecht nur dann gerechtfertigt sein, wenn sie auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen des Allgemeininteresses beruht, die in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit dem nationalen Recht rechtmäßigerweise verfolgten Zweck stehen.⁴⁵

Grundsätzlich kommen vier – vor dem EuGH aufgeworfene – Rechtfertigungsgründe in Betracht: das Argument der übermäßigen Belastung der Finanzen,⁴⁸ der Schutz der öffentlichen Gesundheit,⁴⁶ die Wahrung der Einheitlichkeit des Hochschulunterrichts⁴⁷ und zuletzt die Erhaltung und Verbesserung des Bildungssystems.⁴⁹

Erstens: Das Argument der übermäßigen Belastung der Finanzen greift vorliegend nicht.⁵⁰ Unabhängig davon, dass dieses Argument vor dem EuGH wenig erfolgversprechend ist,⁵¹ ist es hier nicht sachlich einschlägig. Die Zahl der Studienplätze im klinischen Bereich ist festgesetzt und an vorhandene Kapazitäten gebunden; im Streit steht hier nur die Reihenfolge der Zulassung. Das finanzielle Argument kann daher (zum gegenwärtigen Stand) nicht erfolgreich bemüht werden.

Als entscheidender Rechtfertigungsgrund diente in der Rs. *Bressol* das Argument des Schutzes der öffentlichen Gesundheit.⁵² Dieses dürfte hier *zweitens* ebenso nicht einschlägig sein. Dass eine Ausbildung im europäischen Ausland den erforderlichen Anforderungen nicht genügt, kann wohl nicht erfolgreich vorgetragen werden⁵³ – die Anrechnung des im Ausland absolvierten Studiums ist schließlich bei Bewerbung auch für gewöhnlich erfolgt (Gleichwertigkeitskriterium, § 12 ÄAppO). Letztens würde auch der Nachweis eines zukünftigen Ärztemangels schwerfallen: Die Studienbewerber

wollen sich gerade in der Regel in Deutschland nach erfolgreichem Abschluss des Medizinstudiums niederlassen.

Mit der Rechtfertigung aufgrund der Wahrung der Einheitlichkeit des Hochschulunterrichts haben sich *drittens* in der Rs. *Kommission/Österreich* sowohl der EuGH als auch insbesondere Generalanwalt Jacobs schwer getan.⁵⁴ Österreich wollte im konkreten Fall wohl geltend machen, dass die Offenheit des Hochschulzugangs – Österreich sperrte sich im Gegensatz zu Deutschland gerade gegen die Einführung eines *numerus clausus* – und die Durchlässigkeit des Bildungssystems gefährdet sei. Der EuGH hat diesem Rechtfertigungsversuch aber schnell den Wind aus den Segeln genommen. Auch setzte er hier eine hohe Hürde in Bezug auf die Beibringung von Beweismitteln (s.u.). Auch wenn sich der EuGH in der Rs. *Bressol* gegenüber dieser Argumentationslinie empfänglicher zeigte und dort eine darauf gestützte Rechtfertigung grundsätzlich für möglich hielt,⁵⁵ erscheint es sinnvoller, eine mögliche Rechtfertigung für die Regelung von § 26 VergabeVO NRW mit der in der Rs. *Lyyski* hervorgebrachten Rechtfertigung der Erhaltung und Verbesserung des Bildungssystems zu diskutieren.⁵⁶ In diese Kategorie zählen wohl auch die Argumente, die vom VG Münster (und ursprünglich vom OVG Münster) vorgebracht wurden.

Diesen Erwägungen entgegenet die Literatur,⁵⁷ dass die erbrachten Leistungen – nicht zuletzt in der erfolgreichen Anrechnung manifestiert – gleichwertig seien. Weiterhin sei es für die im Ausland eingeschriebenen Studierenden schwerer, ihr Studium fortzusetzen (aus kapazitären oder sprachbezogenen Gründen). Des Weiteren berechtige nicht die Zulassung an einer bestimmten Hochschule *per se* zu einem Ortswechsel. Es fehle insofern an einem sachlichen Grund, Ortswechsler aus Deutschland zu bevorzugen.⁵⁸

Aufschluss über den Erfolg solcher Argumente kann jedoch nur durch einen detaillierten Blick auf die bishe-

43 Urteil EuGH, *Kommission/Österreich*, Rs. C-147/03, EU:C:2005:427, Rn. 44.

44 *Chalmers/Davies/Monti* aaO. (Fn. 40), S. 493.

45 Urteil EuGH, *De Cuyper*, Rs. C-406/04, EU:C:2006:491, Rn. 40.

46 Urteil EuGH, *Bressol* u.a., Rs. C-73/08, EU:C:2010:181.

47 Urteil EuGH, *Kommission/Österreich*, Rs. C-147/03, EU:C:2005:427.

48 Urteil EuGH, *Kommission/Österreich*, Rs. C-147/03, EU:C:2005:427 und Urteil EuGH, *Bressol* u.a., Rs. C-73/08, EU:C:2010:181.

49 Urteil EuGH, *Lyyski*, Rs. C-40/05, EU:C:2007:10.

50 Dieses Argument hatte im Rechtsstreit auch keinen Erfolg. Nachdem die finanzielle Natur der Problematik auf EuGH-Ebene insbesondere anfänglich weitgehend ignoriert wurde, wurde in *Bressol* nur kurz darauf verwiesen, dass sich das Bildungswesen auf der Grundlage des Systems der „geschlossenen Dotierung“ finanziert, bei dem die globale Mittelzuweisung nicht von der Gesamtzahl der Studierenden abhängt, Urteil EuGH, *Bressol* u.a.,

Rs. C-73/08, EU:C:2010:181, Rn. 50. Ob dieses Argument, das für Belgien und Österreich in der Tat von einigem Gewicht ist, bei weiterer Überzeugungsarbeit unter Rückgriff auf empirisches Datenmaterial ein stärkeres werden kann, ist aber nicht ausgeschlossen, *Hilpold*, Anm. zu EuGH: Beschränkung der Neueinschreibung „nichtansässiger“ Studenten, *EuZW* 2010, 465, 472.

51 Vgl. u.a. Urteil EuGH, *Kommission/Italien*, Rs. C-388/01, EU:C:2003:30, Rn. 13 und Urteil EuGH, *Verkooijen*, Rs. C-35/98, EU:C:2000:294, Rn. 48.

52 Urteil EuGH, *Bressol* u.a., Rs. C-73/08, EU:C:2010:181, Rn. 54 ff.

53 So auch *Selbmann/Drescher* aaO (Fn. 22), S. 967.

54 Urteil EuGH, *Kommission/Österreich*, Rs. C-147/03, EU:C:2005:427, Rn. 50.

55 Urteil EuGH, *Bressol* u.a., Rs. C-73/08, EU:C:2010:181, Rn. 53.

56 Urteil EuGH, *Lyyski*, Rs. C-40/05, EU:C:2007:10, Rn. 39.

57 Zu beachten ist, dass diese ggf. eigene Interessen verfolgt, s. *Selbmann*, der Studierende in Studienplatzklagen vertritt.

58 *Selbmann/Drescher* aaO (Fn. 22), S. 967 f.

rige Spruchpraxis des EuGH sowie kontextuale Erwägungen gewonnen werden. Der vom VG Münster zu entscheidende Fall betrifft eine nachgelagerte Ebene im Vergleich zu den Urteilen des EuGH in den Rs. *Bressol* und *Kommission/Österreich*: Hier war nicht eine Zulassungsbeschränkung gegenüber Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten streitgegenständlich, sondern die Behandlung von Staatsangehörigen im Herkunftsstaat, die nach Rückkehr in den Herkunftsstaat eine andere Behandlung erfuhren. Dennoch sind die beiden Urteile hier durchaus von Interesse.

Das von Österreich angeführte Argument der „Wahrung der Einheitlichkeit des österreichischen Bildungssystems“ – gemeint war ein starker Andrang von Studienwerbern aus anderen Mitgliedstaaten mit der Folge von strukturellen, personellen und finanziellen Problemen – überzeugte den EuGH nicht (s.o.). Insbesondere Generalanwalt Jacobs äußerte sich skeptisch ob dieses Rechtfertigungsgrundes.⁵⁹ Der EuGH bemängelte ausdrücklich, dass Österreich erst in der mündlichen Verhandlung Schätzungen über den zu erwartenden Studentenandrang – zudem allein für das Fach Medizin und somit keine Schätzungen in Bezug auf andere Studienfächer – vorgelegt hatte. Dabei musste Österreich einräumen, insoweit über keine anderen Daten zu verfügen.⁶⁰ Im Übrigen scheint es dem EuGH auch bitter aufgestoßen zu sein, dass die fragliche nationale Bestimmung im Wesentlichen vorbeugenden Charakter hatte.⁶¹

Der deutlichen Kritik der fehlenden Nachweise steht entgegen, dass Österreich durchaus plausible Gründe für eine Zulassungsbeschränkung hatte: Einerseits sah sich Österreich einem großen Strom deutscher Studenten ausgesetzt; andererseits wollte es an einem grundsätzlich freien Hochschulzugang festhalten und gerade keinen *numerus clausus* einführen. Dies hing auch damit zusammen, dass Österreich eine unterdurchschnittliche Akademikerquote von 15% verzeichnete (OECD-Durchschnitt: 24 %).⁶² Österreich hatte in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht, dass im Fach Medizin die Zahl der Studienbewerber bis zu fünfmal so hoch sein könnte wie die Zahl der verfügbaren Studienplätze, was

das finanzielle Gleichgewicht des österreichischen Systems der Hochschulausbildung und damit dessen Bestand selbst bedrohen würde.⁶³ *Hilpold* weist ferner darauf hin, dass der Prozentanteil der ausländischen Studierenden in Österreich mit 18,7% europaweit an erster und weltweit an dritter Stelle stand und weiterhin etwa 30% aller in Österreich Studierenden Studienfächer belegten, für welche in Deutschland Zugangsbeschränkungen durch einen *numerus clausus* galten.⁶⁴

Der EuGH beschränkte sich auf der Rechtfertigungsebene aber darauf, festzustellen, dass hier nicht eine allein Österreich betreffende Problemstellung vorliege.⁶⁵

Als Rechtfertigungsgrund in der Rs. *Bressol* führte Belgien zunächst übermäßige Belastungen zur Finanzierung des Hochschulunterrichts an. Diese waren jedoch ausweislich der Ausführungen des Gesetzgebers kein entscheidender Grund für die Regelung.⁶⁶

So befasste sich der EuGH im Anschluss mit der Frage, ob die Regelung aus Gründen der Wahrung der Einheitlichkeit des Systems des Hochschulunterrichts zu rechtfertigen sei. Zwar schloss der EuGH nicht ohne Weiteres aus, dass dies die Ungleichbehandlung bestimmter Studierender rechtfertigen könne. Er zog es jedoch vor, die hierzu vorgebrachten Rechtfertigungsgründe unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der öffentlichen Gesundheit zu prüfen.⁶⁷ Insofern zeigte sich der EuGH feinfühlig in Bezug auf die Situation der Mitgliedstaaten Österreich und Belgien und vermied eine direkte Stellungnahme.

Somit stand nur eine Rechtfertigung aufgrund von Erfordernissen der öffentlichen Gesundheit im Raum.⁶⁸ Nach dem EuGH kann die Aufrechterhaltung einer qualitativ hochwertigen, ausgewogenen und allgemein zugänglichen medizinischen Versorgung ein legitimes Ziel darstellen. Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer diesbezüglichen Maßnahme überließ der EuGH zwar dem vorlegenden nationalen Gericht; er gab allerdings klar begrenzte und detailliert ausgeführte Hinweise mit an die Hand. Er verlangt dabei spezifische Untersuchungen zur tatsächlichen Gefährdung der öffentlichen Gesundheit; diese sind dem Gericht durch die zuständigen

59 „Erstens ist nicht klar, was mit dem Ziel gemeint ist, die Einheitlichkeit des österreichischen Systems der Hochschulausbildung zu erhalten. Nach dem allgemeinen Tenor der österreichischen Argumentation und dem Sachverhalt des Falles scheint „Einheitlichkeit“ so viel zu bedeuten wie „bevorrechtigter Zugang für österreichische Staatsangehörige“, Schlussanträge GA *Jacobs*, *Kommission/Österreich*, Rs. C-147/03, EU:C:2005:427, Rn. 30.

60 Urteil EuGH, *Kommission/Österreich*, Rs. C-147/03, EU:C:2005:427, Rn. 62 ff.

61 Urteil EuGH, *Kommission/Österreich*, Rs. C-147/03, EU:C:2005:427, Rn. 62 ff.

62 <http://www.news.at/a/oessterreich-hochschulbildung-akademikerquote-oecd-schnitt-121318> (7.6.2015).

63 Urteil EuGH, *Kommission/Österreich*, Rs. C-147/03, EU:C:2005:427, Rn. 64.

64 *Hilpold*, Hochschulzugang und Unionsbürgerschaft, Das Urteil des EuGH vom 7.7.2005 in der Rechtssache C-147/03, *Kommission gegen Österreich*, EuZW 2005, 647, 650.

65 Urteil EuGH, *Kommission/Österreich*, Rs. C-147/03, EU:C:2005:427, Rn. 62.

66 Urteil EuGH, *Bressol u.a.*, Rs. C-73/08, EU:C:2010:181, Rn. 50.

67 Urteil EuGH, *Bressol u.a.*, Rs. C-73/08, EU:C:2010:181, Rn. 54.

68 Dieses Argument war auch deswegen entscheidend, weil der EuGH in *Hartlauer* kurz zuvor diesem Rechtfertigungsgrund einen hohen Stellenwert eingeräumt hatte. Urteil EuGH, *Hartlauer*, Rs. C-169/07, EU:C:2009:141, Rn. 47.

Stellen vorzulegen.⁶⁹ Auch stellt er das Erfordernis einer Prüfung auf, inwiefern die zuständigen Stellen die Erreichung dieses Ziels angemessen mit den sich aus dem Unionsrecht ergebenden Erfordernissen in Einklang gebracht haben, insbesondere mit dem den Studierenden aus anderen Mitgliedstaaten zustehenden Recht auf Zugang zum Hochschulunterricht, das zum Kernbereich des Grundsatzes der Freizügigkeit der Studierenden gehört.⁷⁰

Insofern wird deutlich, dass der EuGH seiner Linie, den Gesundheitsschutz als wirksamen Rechtfertigungsgrund für Beschränkungsmaßnahmen mit weitem Ermessen für die Mitgliedstaaten zu akzeptieren treu bleibt. Dabei verlangt er jedoch eine kohärente und substantiierte Darlegung der Rechtfertigung.

Tatsächlich formuliert der EuGH hier vorsichtiger und zeigt sich sensibel in Bezug auf die mitgliedstaatlichen Problematiken, die sowohl Belgien als auch Österreich im Dialog vorgebracht haben. Auch ist die Sprache bei weitem nicht mehr so empathisch wie zu Beginn der Entwicklung der Unionsbürgerschaft. Letztlich wird die Entscheidung auch dem vorlegenden Gericht aufgegeben. In der Literatur wurde dies bereits als eine Verschiebung von der strikten Auffassung hin zu einer verständnisvolleren Betrachtung (von *Bidar*⁷¹ hin zu *Förster*⁷² oder von *Kommission/Österreich*⁷³ hin zu *Bressol*⁷⁴) gesehen.⁷⁵

Dies darf jedoch nicht über die tatsächlichen Konsequenzen hinwegtäuschen. Auch in *Bressol* ist die Rechtfertigungsmöglichkeit sehr eng umgrenzt – nach *Hilpold* grenzen die Kriterien gar an eine „*probatio diabolica*“.⁷⁶ In der Tat hat der belgische Verfassungsgerichtshof die Quote in nur drei Fällen für gerechtfertigt gehalten, nämlich für die Bachelor-Studiengänge in „Veterinärmedizin“, „Heilpädagogik“ und „Heilpädagogik und Rehabilitation“.⁷⁷ In allen übrigen Fällen verneinte das Gericht das Vorliegen von ausreichenden Nachweisen. So hielt sich das belgische Gericht an die enge Marschroute, die durch den Gerichtshof vorgegeben wurde. *Chalmers/Davies/Monti* so auch ferner darauf hin, dass eine sehr

naheliegende Gefahr von weitgehenden Beschränkungen im grenzüberschreitenden Zugang zur Ausbildung besteht, sofern es Mitgliedstaaten zuerkannt werden sollte, Maßnahmen auf der Basis von unklarem potentiellen Risiko zu erlassen.⁷⁸

Auffällig ist, dass der Gerichtshof in beiden Fällen starken Fokus auf Aufschlüsselung, Nachweise und Belege seitens der Mitgliedstaaten gelegt hat. Damit entgeht er zum Teil der Kritik, zu schwere Bedeutung auf das Ergebnis selbst und zu wenig auf den Prozess zu legen.⁷⁹ Andererseits gibt dies dem EuGH mehr Spielraum in der Begründung seines Urteils – insbesondere da er so in *Bressol* Verständnis für die belgische Situation zeigen konnte.⁸⁰

Damit eng zusammen hängt auch das Prozessverhalten der Mitgliedstaaten. Es wird in der Entscheidung *Kommission/Österreich* deutlich, dass der EuGH wenig Mühe hatte, die Argumente Österreichs abzuweisen. Dem lag offensichtlich auch Kritik am Prozessverhalten Österreichs zugrunde.⁸¹ Gleiches gilt auch für die Verteidigung Belgiens „*pre-Bressol*“, die bis dahin keine den EuGH zufrieden stellende Rechtfertigung nahebringen konnte.⁸² Dies scheinen keine Einzelfälle zu sein.⁸³

Hingegen hat das Argument, in dem vorliegenden Fall handle es sich nur um „Trittbrettfahrer“ in Bezug auf die Nutzung der grenzüberschreitenden Mobilität, das moralische Gewicht auf seiner Seite, das auch in dem Urteil des VG Münster durchschimmert: Das nationale Verfahren wird – unter Rückgriff auf das europäische Ausland mit deutlich höheren Studiengebühren – umgangen, weil dessen Maßstäbe gegebenenfalls nicht erfüllt werden können. Es fragt sich insoweit, ob die „Trittbrettfahrer“ noch mit dem eigentlichen Zweck in Einklang stehen. Diese Abwägung nimmt Generalanwalt *Jacobs* wie folgt vor:

„(41) Es fragt sich, ob diese zwei Situationen rechtlich unterschiedlich behandelt werden sollten oder können.

69 Urteil EuGH, *Bressol* u.a., Rs. C-73/08, EU:C:2010:181, Rn. 74.

70 Urteil EuGH, *Bressol* u.a., Rs. C-73/08, EU:C:2010:181, Rn. 79.

71 Urteil EuGH, *Bidar*, Rs. C-209/03, EU:C:2005:169.

72 Urteil EuGH, *Förster*, Rs. C-158/07, EU:C:2008:630.

73 Urteil EuGH, *Kommission/Österreich*, Rs. C-147/03, EU:C:2005:427.

74 Urteil EuGH, *Bressol* u.a., Rs. C-73/08, EU:C:2010:181.

75 *Craig/de Búrca*, EU Law: Text, Cases, and Materials, 5. Aufl. 2011, S. 841.

76 *Hilpold* aaO. (Fn. 50), 473.

77 Belgischer Verfassungsgerichtshof, Urteil Nr. 89/2011 31.5.2011, Geschäftsverzeichnisnr. 4034 und 4093, B.8.1 – B.8.8.5.

78 *Chalmers/Davies/Monti* aaO. (Fn. 40), S. 921, mit Verweis auf die Kontextvergleichbarkeit im Bereich der Gesundheit.

79 *Scott*, On Kith and Kine (and Crustaceans): Trade and Environment in the EU and WTO, in: Weiler (Hrsg.), The EU, the

WTO and the NAFTA: Towards a Common Law of International Trade?.

80 *Van der Mei* bezeichnete das Urteil deswegen als „clever ruling“, *A.P. van der Mei*, (13) European Journal of Migration and Law 2011, 123, 130.

81 *Hilpold* aaO. (Fn. 50), S. 650 weist auf *Dobrowz*, *Ecolex* 2005, 85, 87 hin, der befürchtete, Österreich könnte versucht sein, das Verfahren halbherzig zu betreiben, um über die „Hintertür eines Vertragsverletzungsverfahrens“ die Einführung eines *numerus clausus* zu rechtfertigen.

82 Urteil EuGH *Gravier/Ville de Liège*, Rs. C-293/83, EU:C:1985:69; Urteil EuGH *Kommission/Belgien*, Rs. C-47/93, EU:C:1994:181, Rn. 9; Urteil EuGH, *Kommission/Belgien*, Rs. C-65/03, EU:C:2004:402, Rn. 30.

83 *Nic Shuibhne*, Annotation of Schwarz, *Commission v. Germany and Morgan* (2008), 45 CML Rev. 771, 781-786.

Das ist meines Erachtens zu verneinen. Der gegenwärtige Stand der Rechtsprechung gibt dafür keine Grundlage her. Beide Arten von Studenten genießen – wenn gleich aus unterschiedlichen Gründen – individuelle Rechte, die ihnen im EG-Vertrag eingeräumt wurde, und ich meine nicht, dass die Motive für die Wahl der einen oder der anderen Hochschule irgendeine Auswirkung auf den Umfang dieser Rechte haben sollten, vorausgesetzt natürlich, dass es zu keinem Missbrauch kommt – ein Thema, mit dem ich mich im Zusammenhang mit der zweiten von Österreich geltend gemachten Rechtfertigung befassen werde.“⁸⁴

Aus dem Urteil des Verwaltungsgerichts ergeben sich keinerlei präzise Nachweise, die diesen hohen Kriterien des Gerichtshofs genügen würden. Vielmehr dürfte diese pauschale Begründung so keinen Erfolg haben. Es erscheint weiterhin zumindest zweifelhaft, dass sich für das beschriebene Vorbringen im Rahmen der Rechtfertigung ausreichend Nachweise oder Belege finden lassen, sodass die nordrhein-westfälische Regelung den strengen Maßstäben des EuGH standhielte.

VII. Kontextuelle Erwägungen

Die grenzüberschreitende Mobilität Studierender innerhalb der EU nimmt immer größere Ausmaße an:⁸⁵ Bereits 2008 studierten etwa 500.000 Studenten in anderen Mitgliedstaaten als ihrem Heimatstaat; dies entspricht einem Zuwachs von 50% gegenüber dem Jahr 2000.⁸⁶ Die EU-Minister haben sich darauf geeinigt, den Anteil der Studierenden, die einen Teil ihres Studiums

oder ihrer Ausbildung im Ausland absolvieren, bis 2020 auf 20 % zu erhöhen.⁸⁷ Die Aktivität der EU-Organe in diesem Bereich ist ebenfalls beträchtlich.⁸⁸ Demgegenüber stehen – bereits angesprochene – mitgliedstaatliche Bedenken gegenüber dieser studentischen Mobilität.⁸⁹

Diese grenzüberschreitende Mobilität dient nicht mehr nur den Studenten selbst. Drei kontextuelle Erwägungen liegen hinter der bisherigen Spruchpraxis des EuGH und können auch im gegenwärtigen Fall fruchtbar gemacht werden. Die starke Eindämmung mitgliedstaatlicher Macht und Erweiterung des Einflusses der EU-Organe ist *erstens* im Rahmen der Entwicklung einer europäischen Identität zu sehen.⁹⁰ *Zweitens* sind kontextuelle politische Hintergründe zu beleuchten. *Drittens* offenbaren auch wirtschaftliche Hintergründe einen anderen, beachtenswerten, Blick auf das Bild der Rechtsprechung.

Erstens: Die Verschränkung der Thematik der Unionsbürgerschaft mit dem Identitätsdiskurs wurde bereits ausgiebig an anderer Stelle besprochen.⁹¹ Die Grundidee dabei ist, dass durch die Begegnung von Studierenden verschiedener Nationalitäten ein Gefühl der gemeinsamen Zugehörigkeit zu Europa unter den Teilnehmern entsteht, und auf diesem Wege europäische Bürger geformt werden.⁹²

In Bezug auf Studierende wird diese Idee durch mehrere politik- und sozialwissenschaftliche Studien gestützt: Diese weisen darauf hin, dass Studenten, die einen Studienaufenthalt innerhalb Europas absolviert haben, – im Vergleich zu nicht-mobilen Studenten – eher angeben, sich als Europäer zu fühlen.⁹³ Dabei kamen einige Studien zu dem Ergebnis, dass während der Auslandspe-

84 Schlussanträge GA *Jacobs*, Kommission/Österreich, Rs. C-147/03, EU:C:2005:427, Rn. 41.

85 *Bode*, Europarechtliche Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen in den Mitgliedstaaten, S. 21.

86 Commission Staff Working Document, SEC(2011)526 “Progress Towards the Common European Objectives in Education and Training (2010/2011): Indicators and Benchmarks”, S. 34 ff.

87 http://ec.europa.eu/education/policy/higher-education/mobility-cbc_de.htm (7.6.2015).

88 Hingewiesen sei exemplarisch auf die Programme *Erasmus*, *Erasmus+*, *Europäischer Hochschulraum* oder den *Bologna-Prozess*. Vgl. dazu ebenso Kommission, KOM(2009) 329, Grünbuch - Die Mobilität junger Menschen zu Lernzwecken fördern oder Mitteilung der Kommission KOM(2010) 2020, EUROPA 2020, Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum.

89 Beispielhaft sind die Äußerungen vom ehemaligen österreichischen Bundeskanzler Schüssel in *Parker*, Austrian chancellor urges EU court to heed national feelings, *Financial Times* (20.4.2006), oder vom ehemaligen dänischen Ministerpräsidenten Rasmussen, EUObserver.com, unter euobserver.com/9/20666.

90 *O’Leary*, The Social Dimension of Community Citizenship, in: Rosas/Antola (Hrsg.), *A Citizen’s Europe*, 156, 178.

91 Vgl. statt vieler *Haltern* aaO. (Fn. 40), Rn. 1326. *Haltern* führt in Rn. 1370 aus: „Damit wird nachvollziehbar, was – mit dem Be-

griff und der Praxis der Unionsbürgerschaft – auf dem Spiel steht. Wer sich als Bürger eines Gemeinwesens definiert, nimmt den transtemporalen, kollektiven Charakter dieses Gemeinwesens in seine individuelle Identität mit auf. (...) Dieser erfolgreiche Vorgang hat zur Folge, dass er Ansprüche stellen kann, die im Extremfall das Äußerste von seinen Bürgern verlangen und doch als legitim betrachtet werden. Dies kann erfüllend und sinnstiftend sein. Es kann aber auch zu all jenen Katastrophen und Hypertrophien führen, die uns aus dem blutigen letzten Jahrhundert bekannt sind.“

92 *Mitchell*, Student mobility and European Identity: Erasmus Study as a civic experience?, *Journal of Contemporary European Research* 8(4) 2012, S. 490 ff.

93 Basierend auf *Deutsch et al.*, Political Community and the North Atlantic Area; *Lijphart*, Tourist Traffic and Integration Potential, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 2 No. 3 1964, S. 251 ff.; *Fligstein*, Euroclash. The EU, European Identity, and the Future of Europe; *Mitchell* aaO. (Fn. 91); *Recchi/Favell*, Pioneers of European Integration. Citizenship and Mobility in the EU; *Roeder*, Does Mobility Matter for Attitudes to Europe? A Multi-level Analysis of Immigrants’ Attitudes to European Unification, *Political Studies*, Vol. 59 No. 2 2011, S. 458–471; *Kommission* (Auftraggeber), *The Erasmus Impact Study, Effects of mobility on the skills and employability of students and the internationalisation of higher education institutions*, S. 136.

riode das Gefühl einer europäischen Identität nochmals verstärkt wird;⁹⁴ andere Studien nach verändert sich die Einstellung nicht signifikant im Zeitverlauf des Auslandsjahres.⁹⁵ Insofern scheint der Schluss dergestalt naheliegend, dass ein Auslandsaufenthalt zumindest das Potential hat, die Einstellung zur europäischen Identität zu verändern. Dieses Potential entfaltet sich jedoch – evtl. abhängig von der vorherigen Einstellung – bei nicht allen Teilnehmenden.⁹⁶

Wie *Haltern* ausführt, liegt die Unionsbürgerschaft als Folie über der Frage, wer wir sind und welche Identität wir haben.⁹⁷ Dies könnte umso mehr gelten angesichts der Überlegung, dass Studierende durch ihre Mobilität und durch ihre Zugehörigkeit zur intellektuellen Elite „Unionsbürger *par excellence*“ und „Hoffnungsträger des Integrationsprozesses“ sind.⁹⁸ Insofern lässt sich jedoch mit den obigen Ergebnissen im Gegenteil fragen, ob für die Verankerung dieser Idee nicht andere Schichten als der junge und gut ausgebildete Europäer geeigneter wären.⁹⁹

Zweitens sind die politischen Hintergründe zu beachten. Es ist keineswegs der Fall, dass der EuGH ausschließlich für die Integration im Bildungsbereich verantwortlich ist; so haben die Mitgliedstaaten selbst eine bedeutende Rolle in der Europäisierung der Bildung gespielt.¹⁰⁰ Besonders erkennbar wird dies durch den *Bologna-Prozess*, einen zwischenstaatlichen Reformprozess, der am 19.6.1999 mit der Unterzeichnung der so genann-

ten *Bologna-Erklärung* durch Hochschulminister und -ministerinnen aus 29 europäischen Ländern begann. Diese Erklärung beginnt mit den Worten:

„Dank der außerordentlichen Fortschritte der letzten Jahre ist der europäische Prozeß für die Union und ihre Bürger zunehmend eine konkrete und relevante Wirklichkeit geworden. Die Aussichten auf eine Erweiterung der Gemeinschaft und die sich vertiefenden Beziehungen zu anderen europäischen Ländern vergrößern die Dimension dieser Realität immer mehr.“

Es folgt zweimal die Formulierung „Europa des Wissens“.¹⁰¹ Diese Formulierungen in einem außerhalb des europäischen Rahmens angelegten Abkommen scheinen nicht nur den oben beschriebenen Bedenken der Mitgliedstaaten zu widersprechen; sie ebnen dem Gerichtshof weiterhin den Weg für weitreichende Entscheidungen wie *Kommission/Österreich* oder *Bressol*.¹⁰² Ebenso wird darauf hingewiesen – und dies dürfte mindestens ebenso bedeutend sein – dass die Kommission im Zuge des *Bologna-Prozesses* deutlich an Einflussnahme und Spielraum gewonnen hat. Sie konnte die Entwicklung eines „Europas des Wissens“ nur als ein Zuwerfen des Spielballes deuten und sah sich fortan als Spielmacher des weiteren Prozesses. Auch dieser ebnete den Weg für die behandelten Urteile des EuGH.¹⁰³

94 *van Mol*, From EU-identification Towards a Wider European identity. The Influence of European Student Mobility on European Identity, Paper for the ISA Conference 2010; *van Mol*, The Influence of European Student Mobility on European Identity and Subsequent Migration Behavior, in: Dervin (Hrsg.): *Analyzing the Consequences of Academic Mobility and Migration* S. 29 ff.; *Streitwieser*, Erasmus Mobility Students and Conceptions of National, Regional and Global Citizenship Identity, Northwestern University, Center for Global Engagement (Working Paper No. 11-001).

95 *Sigalas*, Cross-border mobility and European identity: The effectiveness of intergroup contact during the ERASMUS year abroad, *European Union Politics* 11(2), S. 241 ff.; *Wilson*, What Should We Expect of ‚Erasmus Generations‘?, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 49, No. 5 2011, S. 1113-1140. Verschiedene Erklärungen werden für die Divergenzen hervorgebracht: Zum einen beruht die Studie von *Wilson* auf einer relativ kleinen Stichprobe (99 Erasmus-Studierende, 145 Studierende ohne Auslandsaufenthalt); die Studie von *Sigalas* konzentriert sich zudem nur auf England als Entsende- und Empfängerland. Der Kontext in diesem Zusammenhang kann aber durchaus von Bedeutung sein; Unterschiede innerhalb der europäischen Länder wurden in weiteren Studien ausgemacht, vgl. *van Mol*, Europe on the Move. A study into intra-European student exchanges in higher education. Insbesondere wurde darauf hingewiesen, dass die Einstellung bezüglich der europäischen Identität im Vereinigten Königreich abweichend zu anderen europäischen Ländern sein könnte, vgl. *Hawkins*, Nation, Separation and Threat: An Analysis of British Media Discourses on the European Union Treaty Reform Process, *Journal of Common Market Studies* Vol. 50 2012, S. 561–577.

Wichtiger erscheint allerdings das Argument, dass sich Erasmus-Studierende gegenüber nicht-mobilen Studierenden bereits vor dem Auslandsaufenthalt durch eine höhere Affinität zu Europa, durch eine ansatzweise bereits vorhandene Art europäischer Identität auszeichnen. *Sigalas*, *van Mol* und *Wilson* kommen zu diesen Ergebnissen. Diese Hypothese lässt sich derzeit jedoch noch nicht endgültig überprüfen; diesbezüglich besteht noch wissenschaftlicher Aufholbedarf.

96 So auch *Kuhn*, Why Educational Exchange Programmes Miss Their Mark: Cross-Border Mobility, Education and European Identity, *Journal of Common Market Studies* (50) 2012, S. 994.

97 *Haltern* aaO. (Fn. 40), Rn. 1374.

98 So *Hilpold* aaO. (Fn. 50), 471.

99 Diese Theorie entwickelt *Kuhn* aaO. (Fn. 95), S. 994 ff. mit Hinweis darauf, dass Europäer aus niederen Bildungsschichten in der Regel nicht in Berührung mit der Förderung der grenzüberschreitenden Mobilität kommen.

100 *Garben*, The Bologna process and the Lisbon strategy: commercialisation of higher education through the back door? *Croatian Yearbook of European Law and Policy* (6) 2010, 209, 217.

101 Der Europäische Hochschulraum Gemeinsame Erklärung der Europäischen Bildungsminister, 19.6.1999.

102 Es dürfte kein Zufall sein, dass GA in *Sharpston* den *Bologna-Prozess* auch in ihren weitreichenden und einschneidenden Schlussanträgen im *Bressol*-Fall nutzt: Schlussanträge GA in *Sharpston*, *Bressol* u.a., Rs. C-73/08, EU:C:2009:396, Rn. 1.

103 *Garben* aaO. (Fn. 103), 219; *Ravinet*, From Voluntary Participation to Monitored Coordination: Why European Countries Feel Increasingly Bound by their Commitment to the Bologna Process, 43 (3) *European Journal of Education* 2008, 353, 357.

Drittens sind jedoch immer mehr Formulierungen wie die einer „wissensbasierten“ Wirtschaft und einem wettbewerbsfähigen Bildungssystem in den Fokus gerückt. Diese Forderung wurde sodann nicht nur bezeichnenderweise zum Schlüsselwort der *Lissabon-Strategie*,¹⁰⁴ sondern fand sich auch in Begründungssträngen der handelnden Organe.¹⁰⁵ Die immer wiederkehrende Rhetorik zeigt die der Idee zugrunde liegende Kraft. *Fejes* führt in diesem Sinne aus:

„[the] planetspeak rhetoric such as the ideas of the knowledge society, employability, lifelong learning, quality assurance and mobility [...] constitute a way of thinking that makes participation in the Bologna process and the implementation of its objectives a rational way to act.“¹⁰⁶

VIII. Fazit

Diese drei im Hintergrund laufenden kontextuellen Erwägungen sind ebenso zu beachten, wenn der Stand-

punkt des Gerichtshofes ausgeleuchtet werden soll. Insofern erscheint es – auch unter Berücksichtigung der beschriebenen Entscheidungen *Bressol* und *Kommission/Österreich* – nur schwer nachvollziehbar, dass dem EuGH die kurze und auf eine „Intensität des Zulassungsanspruches“ gestützte Argumentation genügen würde. Auch erscheint fraglich, ob der strengen Nachweispflicht Genüge getan werden könnte; pauschale Begründungen reichen dem EuGH jedenfalls ausdrücklich nicht. Es dürfen Zweifel bestehen, ob die nordrhein-westfälische Regelung in dieser Form vor dem EuGH Bestand hätte.

Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter des Instituts für Öffentliches Recht, Abt. 1: Europa- und Völkerrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

104 http://www.consilium.europa.eu/de/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/00100-r1.en0.htm (07.06.2015).

105 *Garben* aaO. (Fn. 103), S. 227 ff.

106 *Fejes*, *The Bologna process: governing higher education in Europe through standardization*, in: Halvorsen/Nyhagen (Hrsg.): *The Bologna process and the shapening of the future knowledge societies*, S. 219.

Michel Fromont

La formation d'étudiants de haut niveau en droit étranger à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Lors de la refonte de la carte universitaire de l'Académie de Paris en 1968-1971, d'assez nombreux professeurs de l'ancienne Faculté de droit et des sciences économiques de Paris ont créé, avec la quasi totalité des économistes et une partie importante des professeurs de sciences humaines et sociales, l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Tous les départements de cette Université, notamment le Département des Études internationales, européennes et comparatives ont développé progressivement l'enseignement des droits étrangers, principalement des droits des États européens.

I. Les master en droits français et étranger

Parmi les professeurs de droit de l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne qui ont entendu encourager et rénover l'enseignement des droits étrangers figurent deux grands professeurs qui se sont dépensés sans compter pour ouvrir les études universitaires de droit vers l'étranger: les professeurs André Tunc et Claude-Albert Colliard auxquels il convient tout d'abord de rendre hommage.

André Tunc (1917-1999) avait en 1968 une riche expérience internationale. En particulier, de 1947 à 1950, il occupa le poste de conseiller juridique du Gouvernement français au Fonds monétaire international et à son retour des Etats-Unis, il écrivit avec son épouse quatre volumes consacrés au droit américain: deux étaient consacrés aux sources et techniques (Paris 1955), et deux au droit constitutionnel américain (Paris 1954) ce qui est d'ailleurs une belle preuve de pluridisciplinarité pour un agrégé de droit privé. Par la suite, il porta ses recherches également sur le droit anglais et sur le droit français, principalement sur la responsabilité civile qu'il contribua à révolutionner dans les années 1980. Entre-temps, il avait été appelé à enseigner à la Faculté de droit et des sciences économiques de Paris dès 1958 qu'il ne quitta qu'en 1969 quand il opta pour la nouvelle Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Il était alors devenu le maître incontesté du droit civil comparé.

Claude-Albert Colliard (1913-1990) ne fut pas seulement un grand professeur de droit international et de libertés publiques. Il fut aussi un admirable administrateur universitaire tant à Grenoble où il fut un grand doyen qu'à Paris qu'il a rejoint dès 1959. Sans lui, l'Université de Paris 1 n'aurait pas créé un Département des Études internationales, européennes et comparatives et c'est grâce à son imagination

créatrice et à ses talents d'animateur que ce département prit son essor. Sans être lui-même comparatiste, il a toujours voulu ouvrir l'université française à une plus grande connaissance des droits du monde entier, y compris les pays les plus proches de la France. Partageant avec André Tunc le goût de l'innovation et une grande attention aux étudiants, Claude-Albert Colliard forma avec lui une équipe remarquable de créativité et d'efficacité au service de nouvelles formes d'enseignement des droits étrangers.

La conception classique de l'enseignement des droits étrangers consistait et, pour certains, consiste aujourd'hui encore, à enseigner en premier lieu le droit français, censé être le droit dont l'étude est la plus formatrice, puis, en second lieu, à dispenser un enseignement d'initiation aux principaux droits étrangers, principalement en mettant l'accent sur les sources du droit et sur l'existence de grandes familles du droit. Une telle conception présente l'inconvénient de faire du droit français un système de raisonnement dont l'étudiant a quelque difficulté à s'échapper et de favoriser en conséquence un apprentissage assez superficiel des droits étrangers. Or, comme me l'a souvent répété le grand comparatiste que fut le professeur Léontin Constantinesco, pour faire du « droit comparé », il faut d'abord « mettre les mains dans le cambouis », c'est-à-dire étudier le droit d'un pays donné comme le font les apprentis juristes du pays concerné. Cela exige que soient exploitées à fond toutes les sources d'information relatives à ce droit, c'est-à-dire à la fois non seulement les textes constitutionnels et législatifs, mais encore la jurisprudence, la doctrine et même les méthodes d'enseignement de ce droit. Cela exige, en particulier, que l'apprenti comparatiste acquière une connaissance sérieuse du système juridique du pays étudié avant d'approfondir certaines branches de celui-ci et de comparer dans la mesure du possible les méthodes et les solutions de ce droit avec celles du droit français. C'est le seul moyen de comprendre le système juridique d'un autre pays que le sien.

C'est pourquoi le professeur André Tunc imagina d'organiser d'une toute autre manière l'enseignement des droits étrangers. Il le fit en commençant par monter un programme quadriennal d'études juridiques franco-anglaises. Il le fit en associant l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne au King's College de l'Université de Londres. Il fit d'ailleurs siennes bien des suggestions du professeur

Alec Chloros, du King's College de Londres, qui devint plus tard le juge grec de la Cour de justice des Communautés européennes. Il bénéficia aussi de l'appui précieux du professeur R. Graveson (1911-1991), professeur au King's College de Londres, qui avait été codirecteur de *The International and Comparative Law Quarterly* (1955-1961), puis président de l'International Association of Legal Science (1960-62). L'idée fondamentale était que les étudiants de chacune des deux universités devaient étudier ensemble un programme commun pendant plusieurs années, soit quatre années jusqu'à la réforme de Bologne et cinq années depuis l'entrée en vigueur de cette réforme, les étudiants français et les étudiants britanniques commençant ensemble leurs études par le droit anglais. Les étudiants français, qui sont recrutés au sortir du lycée ou d'une année préparatoire, ont donc l'immense privilège d'aborder leurs études juridiques par le droit anglais, et, plus précisément, de suivre à Londres les mêmes enseignements et d'y subir les mêmes contrôles que les autres étudiants du King's College. Certes, un tel aménagement des études exige des étudiants un grand effort d'adaptation et donc beaucoup d'efforts et d'intelligence. Mais le résultat est là: avoir été initié au droit exclusivement par des professeurs étrangers donne à l'étudiant un avantage incomparable: il sait en profondeur comment raisonne un juriste anglais et maîtrise parfaitement à la fois la bibliographie et le vocabulaire juridique anglais. Bien plus, il connaît la psychologie britannique, ce qui lui donne un avantage certain dans les négociations qu'il aura à mener. Peut-être objectera-t-on que la connaissance du droit français est de ce fait un peu négligée. Il n'en est rien, car le Français qui revient en France étudier le droit français après deux années d'études du droit anglais apprend plus vite et a un recul qui se révèle très profitable pour des études approfondies de droit français. Peut-être objectera-t-on aussi que les études portent sur un seul droit étranger et qu'il y a plus juxtaposition de deux cursus nationaux qu'une étude véritablement comparative des deux droits. Mais l'expérience prouve que l'apprentissage d'un droit étranger constitue le pas décisif et qu'une fois franchi ce premier pas, il est assez aisé d'acquérir des connaissances sérieuses en d'autres droits étrangers. En outre, il ne faut pas oublier que les étudiants participant à un tel programme font partie d'un groupe binational relativement restreint (40 étudiants pour le programme Paris 1 – King's College) et qu'ils sont ainsi amenés s'entraider en faisant eux-mêmes les comparaisons nécessaires pour comprendre en profondeur le droit de l'autre pays. Le programme d'études juridiques franco-anglaises commença en 1977 et a donc maintenant presque 40 ans derrière lui.

Le succès de cette formule a amené l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne à organiser trois autres programmes fondés sur les mêmes principes, ceux du bilinguisme et de la biculturalité: le programme franco-allemand Paris 1 – Cologne (créé en 1990 par le professeur Michel Fromont), le programme franco-espagnol Paris 1 – Madrid (Complutense) (créé en 1997 par les professeurs Patrick et Hélène Ruiz-Fabri) et le programme franco-italien Paris 1 - Florence (créé en 2000 par les professeurs Pierre-Laurent Frier et Marcel Morabito). Du fait de cette extension, quatre programmes fonctionnent parallèlement depuis 15 à 30 ans selon les pays concernés, les deux plus importants étant le programme franco-anglais et le programme franco-allemand. Quand les étudiants de ces quatre programmes binationaux arrivent à Paris après deux ans passés à l'étranger, ils forment une promotion de plus d'une centaine d'étudiants. Parmi les branches de droit français qu'ils doivent alors étudier, certaines sont normalement enseignées à des étudiants français qui sont débutants et la pédagogie utilisée est donc peu adaptée à des étudiants ayant déjà étudié pendant deux ans le droit, fût-ce un droit étranger. Pour remédier à cet inconvénient, des cours spéciaux de droit français ou comparé ont été créés depuis une vingtaine d'années pour la centaine d'étudiants français et européens qui reviennent chaque année de leurs deux ans d'études de droit dans le pays partenaire. Non seulement, la pédagogie s'en trouve fortement améliorée, mais cette organisation permet un brassage entre étudiants provenant de l'un des quatre pays concernés, la Grande-Bretagne, l'Allemagne, l'Espagne et l'Italie, ce qui leur permet de créer des liens d'amitié entre eux.

En outre, afin de satisfaire aux exigences du processus de Bologne, ces programmes bilingues et biculturels comprennent désormais cinq années d'études (la cinquième année étant consacrée à une étude comparée des deux systèmes juridiques précédemment étudiés) et débouchent sur un master 2 professionnel ou recherche; c'est le cas notamment des Masters 2 *Droit anglo-américain des affaires*, *Droits français et allemand des affaires*, *Droits français et italien*, *Droit public comparé*, *Opérations et fiscalité internationale des sociétés*, *Droit pénal et politique criminelle en Europe*. Mais cette cinquième année permet aussi aux étudiants de suivre, s'ils le préfèrent, d'autres Master de deuxième année, soit en France, soit en Allemagne.

Un tableau complet des enseignements de ce type devrait comprendre également quelques indications sur le Master en droits français et américain, créé en 1990 par le professeur X. Blanc-Jouvan. Ce cursus ne fonctionne pas tout à fait de la même manière du fait que les étudi-

ants américains ont déjà effectué des études universitaires et que, sauf obtention d'une bourse, les bénéficiaires américains de ce cursus doivent acquitter des frais de scolarité élevés à l'Université Cornell ou à celle de Columbia même pendant leurs études à Paris.

Pour donner une vue plus concrète de ces programmes, quelques indications supplémentaires vont être données sur le programme d'études Paris 1- Cologne qui fonctionne depuis 25 ans.

II. Le fonctionnement concret du programme franco-allemand Paris 1 – Cologne

Le premier problème qui s'est posé dès le début du fonctionnement du programme franco-allemand, est l'organisation du recrutement des étudiants. Il ne se pose pas d'ailleurs tout-à-fait de la même façon pour les étudiants français et les étudiants allemands.

Les étudiants français présentent la particularité de commencer leurs études supérieures très jeunes (entre 18 et 19 ans) alors qu'il les commencent tout de suite dans une université étrangère, donc très loin de leurs parents et dans une langue qu'ils maîtrisent encore imparfaitement (spécialement le langage juridique). Pour éviter que ces jeunes connaissent l'échec dans une telle aventure, il est nécessaire de choisir avec beaucoup de soin les candidats: ils doivent être non seulement fortement motivés, mais aussi être aptes à surmonter des difficultés de toute sorte, spécialement être capables de s'adapter à un changement radical de pédagogie et d'acquérir dans des délais assez brefs une grande maîtrise de la langue. Cela explique qu'il a fallu mettre en place une procédure permettant tout à la fois d'avoir un contact très personnel avec les candidats et de tenir compte de l'avis motivé de leurs professeurs. De fait, le taux d'échec en première année à Cologne a été et demeure très faible. Il faut dire que l'Université de Cologne, spécialement sous l'impulsion du professeur Ulrich Hübner, puis de la professeure Barbara Dauner-Lieb, a su remarquablement encadrer les jeunes venus de France. De plus, une remarquable solidarité entre les étudiants français et allemands du programme s'est développée très tôt et contribue au succès de tous.

Les étudiants allemands ont a priori moins de difficultés à surmonter durant les premiers semestres pour deux raisons: ils sont un peu moins jeunes et surtout, ils commencent leurs études supérieures dans leur propre pays et en utilisant leur propre langue. Leurs difficultés ne commencent guère qu'à l'arrivée à Paris, mais ils sont déjà plus âgés et plus expérimentés, même si le changement de pédagogie constitue pour eux un véritable choc: la pédagogie française est plus autoritaire et exige une plus

grande discipline. La procédure de recrutement adoptée par l'Université de Cologne a suivi en conséquence des techniques plus classiques; elle porte principalement sur la compréhension des textes et les connaissances linguistiques.

Le deuxième problème à résoudre a été celui du financement du programme. En ce qui concerne le financement des enseignements, le problème n'a pas été trop aigu du fait que les universités de Paris 1 et Cologne disposent d'un grand nombre d'enseignants. Bien plus, la qualité des étudiants franco-allemands a été si grande que les enseignants se réjouissaient et se réjouissent toujours d'avoir la chance de les avoir pour étudiants. Du côté français, le Ministère de l'enseignement supérieur a accepté après de longues démarches de créer deux postes d'enseignants pour s'occuper à temps partiel des problèmes de coordination et d'animation, l'un pour la direction des études (emploi de professeur agrégé de l'enseignement secondaire), l'autre pour l'organisation des échanges scientifiques avec l'Université de Cologne. Le problème a été plus aigu pour trouver les locaux nécessaires pour accueillir les bureaux rendus nécessaires pour le fonctionnement du programme, spécialement à Paris 1 où les locaux sont insuffisants compte tenu du nombre total d'étudiants (40 000).

Néanmoins, compte tenu de la conception française de l'égalité des chances, le problème le plus aigu fut à plusieurs reprises le financement des bourses. En effet, vivre à l'étranger pendant deux ans entraîne nécessairement des frais supplémentaires pour les intéressés. Heureusement, l'Université franco-allemande a apporté un soutien important aux deux universités, même si le grand nombre de participants au programme l'a souvent conduite à limiter son aide à un nombre d'étudiants inférieur au nombre réel. En outre, le Programme Erasmus, et, du côté allemand, la Stiftung des deutschen Volkes ont également accordé leur soutien sous la forme de l'octroi de quelques bourses. Personnellement nous regrettons que l'Université franco-allemande n'ait pas concentré toute son aide sur seulement quelques universités des deux pays pour chacune des grandes disciplines. Ainsi une véritable université sans murs aurait surgi de l'espace universitaire franco-allemand. Le saupoudrage des aides n'est jamais aussi efficace qu'un financement solide de quelques grandes initiatives. Il faut relever que les séjours à Paris sont indirectement aidés par l'aide personnalisée au logement qui permet aux étudiants de bénéficier, sans conditions de revenus des parents, d'une participation assez importante au financement du loyer de la chambre, ce qui est appréciable pour une ville comme Paris réputée pour le prix élevé de ses logements.

Cette organisation qui est assez lourde à faire fonctionner apporte beaucoup de satisfactions aux responsab-

les actuels de ce programme, la professeure Barbara Dau-ner-Lieb, Cologne, et le professeur David Capitant, Paris 1. En effet, les étudiants franco-allemands se donnent à fond à leurs études et à la promotion de leurs diplômes. Non seulement ils réussissent leurs examens bien au delà des performances des étudiants ordinaires tant en France qu'en Allemagne bien que les examens qu'ils subissent sont exactement les mêmes pour tous: ils obtiennent presque tous des notes bien au dessus de la moyenne des autres étudiants et les redoublements ou abandons sont rarissimes. Une forte solidarité les unit, ce qui permet à ceux, heureusement peu nombreux, qui rencontrent des difficultés de les surmonter. En outre, leurs deux associations, l'association des Juristes de Paris 1 et de Cologne (JPC) et l'association Juristen des deutschen und französischen Rechts (JDFR e.V.), sont très actives, non seulement pour développer les contacts entre leurs membres (sous la forme de rencontres le soir ou le week-end ou même de brefs voyages), mais aussi pour faire connaître leurs diplômes à l'extérieur: chaque année, ils organisent plusieurs séminaires avec des personnalités extérieures.¹ De plus, les grands anniversaires de la création du Programme font l'objet de cérémonies et de festivités importantes; ce fut le cas, notamment du 20e anniversaire qui fut fêté le 13 mars 2010 à l'Université de Cologne, dans des lieux prestigieux, et ce sera le cas pour le 25e anniversaire qui sera fêté le 30 mai 2015 à Paris tant à l'Université qu'à l'Ambassade d'Allemagne et auquel participeront des personnalités de premier plan. De surcroît, ces deux associations éditent ensemble un Annuaire qui a paru sur papier jusqu'en 2010 et qui est désormais consultable sur le site internet de chacune des deux associations.²

Les débouchés professionnels sont aisés à trouver. Certes, l'on pourrait penser que la connaissance approfondie de l'allemand ne suffit plus aujourd'hui pour permettre des carrières prestigieuses. Il n'en est rien. Comme l'a déclaré un jour le responsable d'un cabinet d'avocats américains à Paris: « peu importe le droit étudié, ce qui compte, c'est d'être habitué à raisonner dans le cadre de divers systèmes juridiques ». De plus, l'étude de

la langue anglaise est encouragée à Paris 1 et plusieurs profitent de la cinquième année pour faire des études en langue anglaise pendant une année, par exemple, en faisant le Master 2 Droit anglo-américain des affaires à King's College (Londres) ou en suivant un programme d'études à l'un des deux collèges d'Europe, celui de Bruges ou celui de Natolin (Warszawa).

La plupart des diplômés des deux pays, qui sont aujourd'hui plus d'un millier, ont la possibilité de faire carrière soit dans les institutions européennes, notamment la Commission européenne ou la Cour de justice de l'Union européenne, soit dans les institutions nationales, notamment les Universités, le ministère des affaires étrangères et les juridictions, soit dans les cabinets d'avocats les plus prestigieux ou les entreprises les plus importantes. A cet égard, les diplômés ont connu des succès particulièrement flatteurs dans les Universités: ainsi deux d'entre eux sont devenus professeurs de droit privé (Louis Davout à Paris 2 et Jonas Knesch à La Réunion), deux d'entre eux sont devenus professeur en Allemagne ou Privatdozent (Achilles, Hochschule für angewandte Wissenschaften, München; Bernhardt Krefe, Hagen), quatre d'entre eux sont devenus maître de conférences en France (Iris Barsan, Paris 12; Julien Dubarry, Paris 2; Natalie Joubert, Bourgogne; Valérie Parisot, Rouen): enfin Claire Micheau commence une carrière brillante à l'Université de Luxembourg.

Si l'on ajoute au millier de diplômés du programme franco-allemand les deux milliers d'étudiants qui sont aujourd'hui diplômés des autres programmes biculturels et bilingues franco-anglais, franco-italien et franco-es-pagnol, ces innovations de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne ont permis d'injecter parmi les juristes des quatre pays concernés environ trois mille juristes ouverts à la culture et spécialement au droit des pays voisins de la France et, en tout premier lieu de l'Allemagne.

L'auteur est ancien professeur des Universités allemandes et professeur émérite à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

1 Par exemple, voir *Tim Maxian Rusche*, 3. Deutsch-französisches Kolloquium der Universität Paris 1 und der Universität zu Köln am 25.5.2012 in Paris, Deutsch-französische Konvergenzen: Unternehmensfinanzierung und Governance der Finanzinstitutionen, *EuZW* 2013, p. 9; le texte de l'article se trouve aussi sur

le site Internet de l'Université de Cologne (Deutsch-Französische Studiengänge Rechtswissenschaften: Commentaires de presse).

2 www.juristespariscologne.fr on <https://de-de.facebook.com/JDFR>.

Albrecht Bischoffshausen
*Ökonomische Rechtfertigung der
urheberrechtlichen Schutzfrist*
– *Analyse de lege lata und de lege ferenda
aus historischer, dogmatischer und
rechtsökonomischer Sicht*

Der Verfasser stellt im nachfolgenden Beitrag seine Dissertation vor, die von Prof. Dr. Horst-Peter Götting, LL.M. (London), TU Dresden, betreut wurde und im Rahmen eines Promotionsstipendiums am Max Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb in München entstanden ist. Die Drucklegung wurde im Jahr 2013 mit einem Zuschuss des Wissenschaftsfonds der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht gefördert. Die Arbeit ist in der Reihe „Schriften zum geistigen Eigentum und zum Wettbewerbsrecht“ bei Nomos (www.nomos-shop.de/21061) erschienen.

1. Teil: Urheberrechtliche Schutzexpansion und Schutzfrist

Die vielgepriesene Informations- und Wissensgesellschaft hat eine Kultur des Wissens und des Teilens begründet und dadurch ein lange unumstrittenes Rechtsgebiet in wenigen Jahren auf den Kopf gestellt: Während radikale Stimmen die Abschaffung des Urheberrechts fordern,¹ unterstreichen andere umso überzeugter den Schutz immaterieller Güter. Weshalb wird die Debatte um ein Rechtsgebiet, das lange Zeit nur eine überschaubare Fachöffentlichkeit interessiert hat, aktuell mit einer bislang ungekannten Härte und noch dazu in der Mitte der Gesellschaft geführt? Eine Ursache mag sein, dass die faktische Verfügbarkeit informationeller Ressourcen im Distributionskanal Internet das geistige Schaffen enorm beflügelt, dass die Aussicht auf mehr Teilhabe das Spannungsfeld zwischen möglichst ungehindertem Zugang zu stofflosen Gütern und deren gleichzeitigem Schutz aber andererseits erheblich verschärft hat. Das Urheberrecht leidet an einer Akzeptanz-

krise.² Angesichts der gesetzgeberischen Entwicklung der letzten Jahrzehnte, scheint die Antwort auf die Probleme, die massenhafte, nahezu (grenz-)kostenlose Kopien dem Urheberrecht bescheren, eindeutig. Schutzexpansion und verschärfte Konsequenzen für Rechtsverletzer werden indes immer mehr als hypertroph hinterfragt.³ Es liegt daher auf der Hand, nach dem rechten Maß urheberrechtlichen Schutzes und insbesondere nach der Rechtfertigung der urheberrechtlichen Schutzfrist zu fragen.

2. Teil: Geschichte des Urheberrechts und seiner Schutzfrist

Die historische Analyse⁴ des Urheberrechts und der Schutzfrist in Deutschland, England, den Vereinigten Staaten und Frankreich lässt zwei Tendenzen erkennen: Zum einen kennen schon die sog. Privilegien als rudimentäre Vorläufer des modernen Urheberrechts seit Mitte des 15. Jahrhunderts eine Befristung. Zum anderen tritt eine gegenläufige Strömung ab Mitte des 18. Jahrhunderts für den Schutz des „geistigen Eigentums“ ein und macht sich unter dem Einfluss der Naturrechtslehre für ein zeitlich unbegrenztes Urheberrecht stark. Bemerkenswert ist in diesem Kontext, dass die ersten, bildungspolitisch motivierten Gesetze im nachrevolutionären Frankreich zur Verbreitung aufklärerischer Ideen eine zeitliche Begrenzung der *propriété littéraire* vorsahen.⁵ Dessen ungeachtet kennzeichnet die französische Urheberrechtslehre später den ewigen Schutz des *droit moral*, den das Land bis heute kennt. Zu einer Renaissance der naturrechtlichen Lehre kam es in Deutschland in den 1950er und 1960er-Jahren.⁶ Neben den beiden großen

1 *Van Schijndel/ Smiers*, NO COPYRIGHT, Köln 2012.

2 Hierzu *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 25 ff.

3 So u.a. *Zypries*, Hypertrophie der Schutzrechte? – Vortrag anlässlich der GRUR-Jahrestagung am 17.9.2004 in Berlin, GRUR 2004, 977 ff. Wie die 2011 beschlossene, umstrittene Verlängerung der leistungsschutzrechtlichen Schutzfrist für ausübende Künstler und Tonträgerhersteller durch die Richtlinie 2006/116/EG zeigt, ist das Thema dabei nicht nur von theoretischem, sondern von

praktischem Interesse.

4 Ausführlich zur historischen Entwicklung *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 47-122.

5 So *Le Chapelier* in einer Rede vor der *Assemblée Constituante* im Jahr 1791, *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 114 f.

6 Zur Geschichte des Urheberrechtsgesetzes von 1965 und seiner Begründungsansätze *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 88 ff.

Tendenzen – Befristung bzw. ewiges Recht – zeigt die Historie, dass anstelle dogmatisch tragfähiger Motive Partikularinteressen oft eine tragende Rolle gespielt haben. In diese Richtung weist die Geschichte der aktuellen Schutzfrist: Bei der letzten großen Reform des Jahres 1965 hatten sich alle Vorgängerentwürfe für die Einführung einer sog. Urhebernachfolgevergütung und gegen die Verlängerung der bis dahin geltenden 50-jährigen Schutzfrist ausgesprochen. Der überarbeitete Regierungsentwurf, der zu einer Fristverlängerung auf die bis heute geltenden 70 Jahre *post mortem auctoris*⁷ führte, verzichtete kurzfristig auf die Urhebernachfolgevergütung und begründete diese Verlängerung um 20 Jahre vor allen Dingen mit der gestiegenen Lebenserwartung. Die Verlängerung, die bis dahin ohne internationales Vorbild gewesen war und die die weitere internationale Entwicklung erheblich beeinflusst hat, basierte damit auf einem – plötzlichen – Ersatz für die ursprünglich angedachte, später aber wieder fallen gelassene Urhebernachfolgevergütung.⁸

3. Teil: Individualistische und kollektivistische Rechtfertigung der Befristung des Urheberrechts

Die Ausgestaltung des Urheberrechts ist Ausdruck von Begründungen, die das Schutzrecht im Laufe seiner Entwicklung in unterschiedlichem Maße geprägt haben. Diese Ansätze lassen sich in *individualistische* und *kollektivistische* Theorien unterscheiden. Individualistische Ansätze lassen sich auf eine Primärbeziehung zwischen dem Urheber und seinem Werk zurückführen, aufgrund derer eine rechtliche Sekundärbeziehung zwischen dem Urheber und seinem Werk gerechtfertigt ist. Kollektivistische Rechtfertigungsansätze beziehen sich demgegenüber zunächst auf die Primärbeziehung zwischen der Gesellschaft und Werken, aufgrund derer eine rechtliche Sekundärbeziehung zwischen Urhebern und ihren Werken gerechtfertigt ist.⁹

A. Individualistische Rechtfertigungsansätze

Das Naturrecht hat bei der historischen Entwicklung hin zum heutigen Urheberrecht eine wichtige Rolle gespielt, ist jedoch unter anderem wegen der vorstaatlichen Begründung des Urheberrechts als „geistiges Eigentum“, daneben aber auch wegen der Beliebtheit der aus ihm

abgeleiteten Aussagen nicht mehr vertretbar.¹⁰ Dessen ungeachtet rekurriert die aktuelle rechtspolitische Diskussion regelmäßig auf Begrifflichkeiten wie „geistiger Diebstahl“ oder „Raubkopien“, um eine ontologische Nähe zwischen dem „geistigen Eigentum“ und dem Sacheigentum herzustellen.

Der Rechtfertigungsansatz vom Urheberrecht als Persönlichkeitsrecht stellt den schöpferischen Urheber in den Vordergrund und betont das „geistige Band“ zwischen seiner Persönlichkeit und seinem Werk.¹¹ Inhaltlich ist die Befristung des Urheberrechts gerechtfertigt, weil das Werk mit dem Urheber eine Schicksalsgemeinschaft eingeht: Sobald die Persönlichkeit des verstorbenen Urhebers verblasst, endet auch das Urheberrecht. Schwächen offenbart der Ansatz mit Blick auf massenkompatible, schnelllebige Verstandeswerke wie Computerprogramme oder Datenbanken, bei denen von der Emanation der Persönlichkeit als *Regelfall* schöpferischen Wirkens keine Rede sein kann.

Wegen der Einbeziehung solcher Verstandeswerke verdient der dritte Ansatz, die dualistische Theorie,¹² Augenmerk. Obwohl die Anerkennung vermögensrechtlicher Befugnisse im Urheberrecht, die der Ansatz von persönlichkeitsrechtlichen Aspekten *trennt*, angesichts des im deutschen Recht vorherrschenden Monismus und seiner praktischen Ableitungen u.a für die (Un-)Übertragbarkeit des Urheberrechts radikal anmutet, kann der Dualismus insbesondere den Schutz von Verstandeswerken institutionell rechtfertigen. Hinsichtlich der Rechtfertigung der Schutzfrist offenbart aber auch dieser Ansatz Schwächen. Ein ewiges Urheberpersönlichkeitsrecht, wie es im französischen Urheberrecht verankert ist, führt letzten Endes zu einer Art Denkmalschutz geistiger Werke. Dieser Gedanke aber verlässt den Boden einer individualistischen Rechtfertigung primär im Urheberinteresse. Andererseits ist das französische Modell mit seinem ewigen *droit moral* nicht die *einzige* denkbare Konsequenz. Zukunftsweisend erscheint die Theorie, weil sich mit ihr abweichende Schutzfristen für vermögenswerte und persönlichkeitsrechtliche Bestandteile des Urheberrechts rechtfertigen lassen, wobei letztere nicht *zwangsläufig* ewig fort dauern müssen.

Der vierte und letzte individualistische Ansatz ist die im geltenden deutschen Recht verankerte monistische Theorie. Obwohl einige der Argumente gut nachvoll-

7 § 64 UrhG: Das Urheberrecht erlischt siebenzig Jahre nach dem Tode des Urhebers.

8 *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 91.

9 Siehe auch *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, Berlin 2006, S. 46 ff.

10 *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 128 ff.

11 *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 139 ff.

12 *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 149 ff.

ziehbar sind,¹³ offenbart auch dieser Ansatz bei näherem Hinsehen Schwächen: Der Monismus überzeugt als institutioneller Rechtfertigungsansatz allenfalls, wenn es um den Schutz schöpferisch-individuell geprägter Werke geht. Hingegen ist fraglich, ob das einheitlich ausgestaltete Urheberrecht mit seinem Doppelcharakter der Realität der Werkschöpfung durchweg entspricht, indem es als wesentlichen Schutzgrund ohne jegliche Differenzierung postuliert, dass sich in geistigen Werken *regelmäßig* die schöpferische Individualität des Urhebers manifestiere. Angesichts kulturwirtschaftlicher Produktionsbedingungen, bei denen schnellelebige Verstandeswerke im Vordergrund stehen, scheint der allein urheberzentrierte Ansatz jedenfalls als *einzig* Legitimationsgrundlage nicht mehr ausreichend. Auch inhaltlich bestehen Zweifel, ob der Ansatz beim Rückgriff auf persönlichkeitsrechtliche Argumente für die einheitlich lange postmortale Dauer des Urheberrechts der kulturwirtschaftlichen Realität annähernd Rechnung trägt.

Letztlich leiden alle individualistischen Ansätze daran, dass sie nach der Art der vom Urheberrechtsschutz erfassten Werke gar nicht oder allenfalls rudimentär differenzieren. Zwar können gerade der personalistische Ansatz und auch die monistische Theorie den Schutz von Werken, in denen sich die Persönlichkeit des Urhebers widerspiegelt, rechtfertigen. Dennoch greifen alle Ansätze zu kurz, wenn es um den Schutz alltäglicher Verstandeswerke geht, die längst die kulturwirtschaftliche Praxis dominieren, weil die Theorien starr davon ausgehen, dass der Urheberrechtsschutz *primär* auf die Interessen des schöpferisch tätigen Urhebers abstellt.

B. Kollektivistische Rechtfertigungsansätze

Dem kulturpolitischen Ansatz nach *Lessig*¹⁴ zufolge bezweckt das Urheberrecht eine gerechte und attraktive Kultur. Indem es vom Leitbild des aktiven und selbstbestimmten Nutzers und Produzenten ausgeht, sind dem Urheberrecht u.a. zeitliche Grenzen inhärent. Die Befristung stellt sicher, dass der aktive und selbstbestimmte Nutzer seinen Beitrag für eine gerechte und attraktive Kultur leisten kann, die andernfalls behindert würde. Obwohl der Ansatz unter dem Aspekt eines Schutzes vor unberechtigter Manipulation auch einen postmortalen Fortbestand des Urheberpersönlichkeitsrechts stützt, bleiben die Aussagen für die konkrete Länge der Schutzfrist vage.

Der demokratiebasierte Ansatz nach *Netanel*¹⁵ führt zwar ebenfalls zu einer institutionellen Rechtfertigung des Urheberrechts, leidet dabei aber an Annahmen, die kaum falsifizierbar sind. Obwohl der Ansatz zum Teil spekulative Züge aufweist, spricht einiges für die Bedeutung des Urheberrechts für ein demokratisch organisiertes Gesellschaftssystem, weil es die hierfür notwendige kommunikative Basis schafft. Auch mit Hilfe dieser Theorie lässt sich die Befristung des Urheberrechts inhaltlich rechtfertigen, da die selbstgesteckten produktiven und strukturellen Ziele andernfalls verfehlt würden.

Letztlich leiden alle dargestellten individualistischen und kollektivistischen Ansätze daran, einen einheitlichen Schutz „*one size fits all*“ zu propagieren. Zwar ist im Rahmen der kollektivistischen Ansätze die Einbeziehung verschiedener schützenswerter Interessen bereits auf der Ebene der institutionellen Rechtfertigung möglich, dennoch gelangen alle Theorien spätestens bei der Frage der inhaltlichen Rechtfertigung der Schutzfrist an Grenzen. Deshalb lohnt der Versuch, mithilfe der Rechtsökonomik differenziertere Aussagen hinsichtlich der Rechtfertigung des Urheberrechts und seiner Schutzfrist zu gewinnen.

4. Teil: Ökonomische Analyse der urheberrechtlichen Schutzfrist

A. Die institutionelle Rechtfertigung des Urheberrechts

Die rechtsökonomischen Ansätze lassen sich für die institutionelle Rechtfertigung auf den gemeinsamen Nenner bringen, dass das Urheberrecht ein Mittel für die effiziente Allokation immaterieller Ressourcen darstellt.¹⁶ Ausgangspunkt für alle Ansätze ist der Befund, dass es ohne den rechtlichen Schutz persönlicher geistiger Schöpfungen zu einem Marktversagen käme,¹⁷ das die Ansätze jeweils mit unterschiedlichem Fokus zu beheben suchen.

I. Incentive-Access-Ansatz

Nach dem Incentive-Access-Paradigma bezweckt das Urheberrecht, sowohl die Unterproduktion neuer Werke als auch die Unternutzung bestehender Werke zu vermeiden. Der Ansatz propagiert eine Balance zwischen Anreizen *ex ante* zur Schaffung urheberrechtlich geschützter Werke und der Zugangs- und Nutzungsmöglichkeit. Hieraus folgt zunächst, dass sich ein per se hohes Schutz-

13 *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 155 ff.

14 *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 169 ff.

15 *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 177 ff.

16 *Landes/Posner*, An Economic Analysis of Copyright Law, 18 J. Legal Studies, 325 ff. (1989); zu den durchaus umstrittenen Grundannahmen der ökonomischen Analyse *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 233 ff.

17 Zu den Hauptgründen für Marktversagen *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 261 ff.

niveau verbietet und darüber hinaus, dass nicht von einem Automatismus ausgegangen werden kann, wonach mehr Urheberrecht *ex ante* mehr geistiges Schaffen oder gar mehr Verbreitung von Wissen induziert. Forschung im Bereich der Literatur- und Musikmärkte weist darauf hin, dass das Urheberrecht *ex ante* weniger monetäre Anreize vermittelt als vermutet.¹⁸ Dennoch kann einer Abschaffung des Urheberrechts nicht das Wort geredet werden. Forschungsergebnisse relativieren das klassische Anreizargument, es steht aber keineswegs fest, dass ohne Urheberrechtsschutz die vom Gesetzgeber avisierten Ziele besser erreicht würden.¹⁹

II. Property Rights-Ansatz

Während der Incentive-Access-Ansatz insofern interventionistisch argumentiert, als der Gesetzgeber durch entsprechende Ausgestaltung des Urheberrechts Kosten und Nutzen auszubalancieren hat, plädiert der Property Rights-Ansatz für ein möglichst geringes Maß an staatlichen Eingriffen.²⁰ Er setzt auf möglichst breite Schutzrechte, um Verhandlungs- und Tauschlösungen am Markt zu ermöglichen. Die wirkmächtige neoklassische Schule deutet urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrechte weniger als Anreizinstrumente, sondern sieht darin sog. *property rights*, um Trittbrettfahrer auszuschließen. Obwohl die Theorie einen prominenten Platz unter den ökonomischen Ansätzen einnimmt, ist das von ihr propagierte, nahezu blinde Vertrauen in die Selbstregulierung des Marktes für Geistesgüter gerade im Bereich des Urheberrechts problematisch. Die Fokussierung auf Allokationseffizienz lässt die verschiedenen schutzwürdigen Interessen der vom Urheberrechtsschutz Betroffenen außer Acht. Gelingt es schon nicht, zugunsten der schöpferisch Tätigen urheberpersönliche Interessen zu rechtfertigen, sind dem Ansatz Nutzerinteressen gänzlich fremd. Indem der Ansatz ausgehend vom *Coase*-Theorem auf die unsichtbare Hand des Marktes und auf Verhandlungslösungen baut, verkennt er, dass Urheber, Werkvermittler und (End-)Nutzer sich oft genug nicht auf gleicher Augenhöhe gegenüberstehen. Verhandlungslösungen können aber in der Realität nicht erzielt werden, wenn vollständige Information und vollständiger Wettbewerb nicht einmal annäherungsweise vorliegen.

III. Transaktionskostenökonomik

Auch mithilfe der Transaktionskostenökonomik lässt sich das Urheberrecht jedenfalls in Bezug auf seine vermögenswerten Befugnisse institutionell rechtfertigen.²¹ Dem Ansatz zufolge löst das Urheberrecht Marktversagensprobleme, indem es positive externe Effekte internalisiert und Urhebern, Intermediären und Endnutzern Handlungsspielräume auf dem Markt eröffnet. Darüber hinaus propagiert der Ansatz eine inhaltliche Ausgestaltung des Urheberrechts am Maßstab der Transaktionskosten. Erwünschte Transaktionen mit urheberrechtlich geschützten Werken werden gefördert, indem die dabei anfallenden Kosten durch entsprechende Ausgestaltung der gesetzlichen Rahmenbedingungen möglichst niedrig gehalten werden. Der Ansatz stößt allerdings an Grenzen, weil Transaktionskosten *ex ante* nicht bestimmt bzw. gemessen werden können. Dennoch stellt die Transaktionskostenökonomik bei der Befassung mit den vermögenswerten urheberrechtlichen Befugnissen im Unterschied zu den beiden konkurrierenden effizienzbasierten Ansätzen nicht nur darauf ab, dass das Urheberrecht Markttransaktionen *prinzipiell* ermöglicht. Der Ansatz geht darüber hinaus der Frage nach, wie das Urheberrecht inhaltlich modelliert sein sollte, um Markttransaktionen zu ermöglichen. Hierin liegt der entscheidende Vorteil gegenüber konkurrierenden ökonomischen Theorien.

B. Die inhaltliche Rechtfertigung der Schutzfrist

Der Praxistest für die ökonomischen Ansätze ist ihre Anwendung auf das Phänomen der urheberrechtlichen Schutzfrist. Dabei zeigt sich zum einen, ob die Befristung aus ökonomischer Sicht inhaltlich gerechtfertigt ist. Zum anderen kann eine Applikation der Theorien die Frage beantworten, inwieweit die ökonomische Analyse inhaltliche Aussagen für die Bemessung einer optimalen Schutzfrist liefert.

I. Incentive-Access-Ansatz

Der Incentive-Access-Ansatz propagiert einen Ausgleich der durch den Urheberrechtsschutz vermittelten Vor- und Nachteile. Aus dieser zugegebenermaßen abstrakten Einsicht lassen sich für die inhaltliche Rechtfertigung

18 *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 276 ff.

19 Zu Alternativen zum Urheberrechtsschutz *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 284 ff.

20 *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 281 ff.

21 *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 292 ff.

der urheberrechtlichen Schutzfrist folgende Aussagen ableiten: Ein Gleichgewicht zwischen Vor- und Nachteilen lässt sich nur durch eine Befristung des Urheberrechtsschutzes erreichen. Ist bereits die faktische Anreizwirkung des Urheberrechts *ex ante* umstritten, sind die Effekte der Anreizwirkung wegen des Gesetzes vom abnehmenden Grenznutzen und wegen Diskontierungseffekten für weit in der Zukunft liegende monetäre Vorteile marginal. Auch wenn dieser Schluss nicht zwingend ist, ist die inhaltliche Rechtfertigung der postmortalen Fortdauer des Urheberrechtsschutzes weit über den Tod des Urhebers hinaus deshalb zumindest problematisch. Eine Schwäche des Ansatzes ist seine mangelnde Operationalisierbarkeit. Mangels empirischer Fundierung lässt sich die „richtige“ Dauer urheberrechtlichen Schutzes, bei der Grenznutzen und Grenzerlös des Urheberrechtsschutzes gleich sind, nicht *quantifizieren*. Versuche, eine jahresgenaue Annäherung an die richtige Schutzdauer vorzunehmen, sind spekulativ. Dennoch ist eine *qualitative* Aussage möglich: Der Incentive-Access-Ansatz spricht für eine Differenzierung der Schutzfrist. Die im geltenden Recht verankerte einheitlich-starre Schutzfrist „one size fits all“ ermöglicht schon dem Grunde nach keinerlei Unterscheidung nach Werkkategorien, sodass sich in der Länge der Schutzfrist noch nicht einmal *abstrakt* ein Gleichgewicht zwischen den beiden Aspekten urheberrechtlichen Schutzes widerspiegelt.

II. Property Rights-Ansatz

Auch wenn sich aus dem Property Rights-Ansatz zumindest ableiten lässt, dass der Urheberrechtsschutz befristet sein muss, streitet er für eine lange Schutzfrist. Werden Urheber und Rechteinhaber durch ein möglichst breites bzw. langes *property right* in die Lage versetzt, externe Effekte auf lange Sicht zu internalisieren, gilt dies erst recht für sogenannte *ex post*-Investitionen. Um diese abzusichern, lässt sich mit diesem Ansatz der lange postmortalen Fortbestand des Urheberrechtsschutzes inhaltlich legitimieren. Dies allerdings konterkariert das berechtigte Ziel, dass das Urheberrecht nicht nur möglichst viele, sondern qualitativ hochwertige Werke, die nicht nur den Massengeschmack bedienen, fördern soll. Wie sich bereits im Rahmen der institutionellen Rechtfertigung des Urheberrechts abgezeichnet hat, leidet der Ansatz wegen der Propagierung eines *einseitig* an Urheber- bzw. Verwerterinteressen orientierten Schutzes an Schwächen. Zuletzt überzeugt er auch deshalb nicht, weil der abstrakte Verweis auf die Allokationswirkung des Wettbewerbs keinerlei quantitative Erkenntnisse im Hinblick auf die konkrete Dauer der Schutzfrist liefert.

III. Transaktionskostenökonomik

Auch die Transaktionskostenökonomik gelangt zunächst zur Rechtfertigung der Befristung des Urheberrechtsschutzes. Darüber hinaus lässt sich mit der transaktionskostenökonomischen Analyse aber keine konkrete Schutzdauer ermitteln, weil die Transaktionskosten als Maßstab des Ansatzes *ex ante* nicht beziffert werden können. Dennoch sind interessante *qualitative* Aussagen möglich: Aus der näherungsweise Bestimmung der Höhe der Transaktionskosten folgt zunächst die Notwendigkeit einer Differenzierung der urheberrechtlichen Schutzdauer. Eine lange Schutzfrist kommt danach allenfalls für „Orchideenwerke“ in Betracht, die kommerziell wenig erfolgreich sind. Weil die Amortisierung der Fixkosten, die für deren Herstellung anfallen, längere Zeit in Anspruch nimmt, wäre insofern ein vergleichsweise längerer Schutz inhaltlich gerechtfertigt. Kürze Schutzfristen wären nach dem Ansatz hingegen für solche Werke bzw. Werkgattungen angebracht, die aus Sicht von nachschaffenden Urhebern und Nutzern eine aufwändige Rechtklärung sowie einen aufwändigen Rechteerwerb bedeuten. Um zu verhindern, dass prohibitiv hohe Kosten (legalen) Transaktionen nicht auf Dauer entgegenstehen, wäre schließlich bei solchen Werken an eine kurze Schutzfrist zu denken, die zu „verwaisen“ drohen, weil Rechteinhaber bzw. potenzielle Lizenzgeber nicht mehr aufzufinden sind.

5. Teil: Regelungsalternativen im Hinblick auf die Ausgestaltung der urheberrechtlichen Schutzfrist

Dem Ansatz *de lege lata*, sämtliche Werkgattungen im Hinblick auf die Schutzfrist einheitlich behandelt, stehen Konzepte gegenüber, die zwischen längerlebigen Werkgattungen und solchen, deren urheberrechtlicher Schutz nach einer verhältnismäßig kurzen Zeitspanne enden soll, unterscheiden. Alternativen zur einheitlichen Schutzfrist werden verglichen mit Ansätzen, die unmittelbar oder mittelbar differenzieren.

Eine *einheitlich* lange oder sogar ewige Schutzfrist ist mit Blick auf die klassische, urheberzentrierte individualistische Rechtfertigung problematisch, weil vom Urheberrecht längst nicht mehr *primär* der schöpferisch tätige Urheber, sondern in Wahrheit nicht selten Inhaber abgeleiteter Rechte, die Verwerter profitieren. Je mehr im Urheberrecht aber *faktisch* auch schutzwürdige Interessen der Verwerter und der Endnutzer Einzug halten, desto weniger lässt sich eine undifferenziert lange Schutzfrist alleine mit individualistischen Argumenten

inhaltlich rechtfertigen. Der Incentive-Access-Ansatz sowie der transaktionskostenökonomische Ansatz fördern zutage, dass eine *Differenzierung* der Schutzfrist wünschenswert wäre: Eine fixe Differenzierung mittels werk- bzw. gattungsspezifischer, passgenauer Fristen scheitert allerdings an zwei Hürden: Zum einen mangelt es an empirischen Erkenntnissen, ohne die die Festlegung von Fristen zwangsläufig willkürlich wäre. Daneben würde eine solche Regelung mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Fristendickicht führen, das die Rechtsanwender überfordern würde. Dem eingangs angesprochenen Rechtfertigungsbedarf des Urheberrechts und seiner Schutzfrist würde aber eine Regelung, die die urheberrechtliche Überregulierung noch weiter verfestigen würde, nicht gerecht, das Gegenteil wäre der Fall.

Letztlich sprechen deshalb die besten Argumente für ein System *de lege ferenda*, das Unterschiede in der Lebensdauer verschiedener Werke bzw. Werkgruppen *mittelbar* berücksichtigt.²² Denkbar wäre eine Registrierungslösung, bei der das Urheberrecht nach einer Eingangsschutzfrist von fünf bzw. 20 Jahren ab Veröffentlichung oder (Erst-)Registrierung durch mehrfache Verlängerung auf bis zu 75 bzw. 80 Jahre ausgeweitet werden könnte. Der Vorteil eines solchen Ansatzes liegt zunächst in der *marktbasierten* Bestimmung der Schutzdauer: Das Urheberrecht dauert danach so lange, wie die kostenpflichtige Aufrechterhaltung des Schutzes aus Sicht der Urheber lohnt. Zusätzlich zu Gebühren, die für Fristverlängerung(en) anfallen, bietet auch der zeitliche Aufwand für die Registrierung Anreiz für eine Überprüfung dahingehend, ob sich die Aufrechterhaltung des Schutzes jeweils (noch) rentiert. Es sticht die Parallele zum Patentrecht ins Auge, dessen Schutzentstehung und -dauer von der ersten Registrierung bzw. der Entrichtung jährlicher Verlängerungsgebühren abhängen.

Problematisch an beiden Ansätzen zur mittelbaren Differenzierung der Schutzfrist ist allerdings die Anknüpfung des Fristbeginns an die Eintragung in ein Register. Auch wenn längst nicht alle Urheber durch die Einhaltung von Förmlichkeiten zur Herbeiführung des urheberrechtlichen Schutzes abgeschreckt werden dürften, scheint der Preis, weniger gut organisierte Urheber durch das Raster fallen zu lassen, hoch – jedenfalls bei der Registrierung als Voraussetzung für die *Entstehung*

des Schutzes. Darüber hinaus ist nach deutschem²³ und internationalem²⁴ Urheberrecht die Entstehung und Ausübung des Schutzes nicht an die Erfüllung von Förmlichkeiten gebunden.

6. Teil: Mögliche Gestaltung der Schutzfrist *de lege ferenda*

Neben der Erklärung²⁵ einer Gestaltung der Schutzfrist *de lege ferenda* schlägt der Autor folgende Formulierung für eine Neugestaltung der Schutzfrist vor:²⁶

- (1) Die urheberrechtlichen Verwertungsrechte entstehen mit der Schöpfung des Werkes und erlöschen frühestens 15 Jahre nach dessen gestatteter Erstveröffentlichung (Eingangssfrist). Wurde das Werk nicht veröffentlicht, beginnt die Schutzfrist mit der Werkschöpfung.
- (2) Die Schutzfrist nach Absatz 1 kann um jeweils fünf Jahre nach Ablauf der Eingangssfrist insgesamt bis zu siebenmal verlängert werden. Die Verlängerung wird durch Eintragung des Werkes in ein Register bewirkt. Für jede Verlängerung ist eine Gebühr zu entrichten, die von Periode zu Periode ansteigt. Die urheberrechtlichen Verwertungsrechte erlöschen spätestens 50 Jahre nach der gestatteten Erstveröffentlichung oder der Werkschöpfung.
- (3) Das Urheberpersönlichkeitsrecht nach Maßgabe der §§ 12 bis 14 erlischt 70 Jahre nach dem Tode des Urhebers.
- (4) Alle oben genannten Fristen sind Jahresfristen und werden nach Maßgabe von § 69 berechnet.
- (5) Das Bundesministerium der Justiz wird ermächtigt, die näheren Einzelheiten der Verlängerung und der Gebühren nach Absatz 2 durch Rechtsverordnung zu erlassen.

7. Teil: Ausblick

Das Grundmotiv für die Heranziehung der Rechtsökonomik war die eingangs festgestellte Tendenz der urheberrechtlichen Schutzexpansion und einer zugleich konstatierten Akzeptanzkrise des Urheberrechts. Die Effektivität des Urheberrechts lässt sich nicht dekretieren. Letztlich also muss die Akzeptanz des Urheberrechts

22 Zustimmung *Flehsig*, Besprechung zu Bischoffshausen, Die ökonomische Schutzfrist des Urheberrechts, ZUM 2014, 626, 627.

23 Dies folgt aus dem sog. Schöpfungsprinzip, § 7 UrhG.

24 Siehe Art. 5 Abs. 2 Satz 1 RBÜ (Pariser Fassung).

25 *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 343 ff.

26 Der *Autor* räumt ein, dass eine Umsetzung angesichts der auf europäischer und internationaler Ebene bestehenden Regelungen

wenig realistisch scheinen mag, weist aber zugleich darauf hin, dass eine ergebnisoffene Diskussion überhaupt erst möglich ist, wenn Vorschläge auf dem Tisch liegen. *Bischoffshausen*, Die ökonomische Rechtfertigung der Schutzfrist, S. 348 f. Zweifel an der Umsetzbarkeit der vorgeschlagenen Lösung äußert *Peukert*, Das Urheberrecht und die zwei Kulturen der Online-Kommunikation, GRUR-Beilage 2014, 77, 88.

verbessert werden, damit alle Adressaten des Urheberrechts – Urheber, Intermediäre und Endnutzer – wissen, weshalb die Rechtsordnung welche Arten von Werken für wie lange schützt. Die Rechtsökonomik bedient sich bei der Analyse rechtlicher Phänomene eines hohen Abstraktionsgrades, die die facettenreiche Realität des kreativen Schaffens zwangsläufig auf Modelle reduziert, in denen die denkbaren Motive des Werkschaffens monetarisiert werden. Für die institutionelle Rechtfertigung des Urheberrechts stoßen die verschiedenen rechtswirtschaftlichen Ansätze an Grenzen, weil sie oft genug nur die vermögenswerten Urheberinteressen im Blick haben. *Cum grano salis* überzeugt die ökonomische Analyse bei der Grundfrage, warum das Urheberrecht nach ökonomischer Lesart nicht nur ist, sondern sein soll. Bei der konkreten Frage der inhaltlichen Rechtfertigung der urheberrechtlichen Schutzfrist führt die ökonomische Analyse gleichwohl zu einer gewissen Ernüchterung. Wegen der theorieimmanenten Ausblendung unzähliger, da unzählbarer Rahmenbedingungen kann die rich-

tige Schutzfrist jahresgenau nicht bestimmt werden. Bessere, belastbarere und vor allen Dingen konkretere Ergebnisse werden sich mithilfe der ökonomischen Analyse nur erzielen lassen, wenn das empirische Fundament des Forschungsgebietes Urheberrecht weiter verstärkt wird. Auch wenn die untersuchten ökonomischen Ansätze qualitativ für ein größeres Maß an Differenzierung der Schutzfrist sprechen, treten auch die Grenzen einer Ökonomisierung des Urheberrechts zutage. Wie am unterbreiteten Vorschlag für eine Schutzfristregelung *de lege ferenda* sichtbar wird, soll deshalb nicht einem Primat der Rechtsökonomik das Wort geredet werden. Bei der Suche nach einer optimalen urheberrechtlichen Schutzfrist müssen nicht nur aus verfassungsrechtlichen Gründen auch *metaökonomische* Ziele angemessen Berücksichtigung finden.

Dr. Albrecht Bischoffshausen, LL.M. arbeitet als Rechtsanwalt in München.

Ludwig Raiser

*Die Universität im Staat*¹

Die Selbstständigkeit der Universität dient dazu, der Wissenschaft in Forschung und Lehre den Raum freier Selbstbestimmung zu sichern, dessen sie bedarf um unvoreingenommen Erkenntnis zu gewinnen und damit dem Staat und allen außerstaatlichen Mächten auch kritisch gegenüberzutreten zu können. Der Sinn ist nicht Abkehr vom Staat, sondern ein besonderer Dienst im Staat. Zwar wäre es unrichtig zu behaupten, unvoreingenommene, kritische Forschung sei nur in autonomen Forschungseinrichtungen möglich. Es gibt allenthalben staatliche und industrielle Forschungsinstitute, deren Forschungsarbeit dem Rang nach nicht hinter der der Hochschulen zurückbleibt, und man würde sich die Kritik am sowjetischen System unverantwortlich leicht machen, wollte man Rang und Wert der an den dortigen Anstalten getriebenen Forschung leugnen. Aber alle geschichtliche Erfahrung lehrt, daß die Versuchung für

den Staat als Machthaber zu groß ist, die Forschungsergebnisse zu beeinflussen und die wissenschaftliche Kritik zu unterdrücken. Wie der demokratische Rechtsstaat des Rechtes bedarf, um in Ehren leben zu können, und dennoch die Rechtsprechung unabhängigen Gerichten anvertraut, so muß von ihm um seiner Existenz willen gefordert werden, daß er den Universitäten als den hauptsächlichen Trägern der Wissenschaft, deren Haltung den Maßstab setzt für alle übrigen Forschungseinrichtungen des Landes, diejenige Selbstständigkeit gibt und rechtlich sichert, die es ihnen ermöglicht, ihren Dienst im und am Staat frei auszurichten.

Ludwig Raiser (1904-1980) war Rektor der Universitäten Göttingen und Tübingen, 1951-1955 DFG-Präsident und 1961-1965 Vorsitzender des Wissenschaftsrats.

1 Auszug entnommen aus *Ludwig Raisers* Schrift „Die Universität im Staat“. Erschienen im Rahmen der Schriften des Hofgeismarer Kreises zur Lage und Reform der deutschen Hochschulen, Heidelberg 1958

