

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

**Jahrgang 2019**

ISSN 2197-9197

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

## Herausgeber

*Professor Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch, Professor Dr. Thomas Würtenberger*

*Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht der Universität Freiburg,*

*und Dr. Cornelia Feldmann, Rechtsanwältin in Freiburg*

## in Verbindung mit

*Dr. Nikolaus Blum, Oberkirchenrat,  
Leiter des Landesamtes der Evangelisch-  
Lutherischen Kirche in Bayern*

*Prof. Dr. Volker M. Haug, Professur für Öffent-  
liches Recht, insbes. Staats-, Europa- und Me-  
dienrecht der Hochschule für öffentliche Ver-  
waltung und Finanzen Ludwigsburg*

*Professor Dr. Michael Fehling, LL.M., Lehrstuhl  
für Öffentliches Recht mit Rechtsvergleichung,  
Bucerius Law School Hamburg*

*Dr. Felix Hornfischer, Richter am Verwaltungs-  
gericht Freiburg*

*Professor Dr. Max Emanuel Geis, Forschungs-  
stelle für Wissenschafts- und Hochschulrecht,  
Friedrich-Alexander-Universität  
Erlangen-Nürnberg*

*Prof. Dr. Alexander Kurz, Mitglied des  
Vorstands der Fraunhofer Gesellschaft*

*Prof. Dr. Christian Picker, Lehrstuhl für Bürger-  
liches Recht, Arbeitsrecht und Unternehmens-  
recht der Universität Konstanz*

*Professor Dr. Silja Vöneky, Lehrstuhl für Öffent-  
liches Recht, Völkerrecht, Rechtsvergleichung  
und Rechtsethik an der Albert-Ludwigs-Universi-  
tät Freiburg*

*Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Ar-  
beitsbeziehungen und Arbeitsrecht an der  
Ludwig-Maximilians-Universität München*

*Dr. Gerhard Werner, Rechtsanwalt in Freiburg*

*Dr. Sarah Tarantino, Regierungspräsidium  
Freiburg*

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

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

## Impressum

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

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

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

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

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2019

## Aufsätze

- I. Susanne Baer* More Than Welcome: A Berlin Call for University Ethics 1-6
- II. Ute Mager* Das Verhältnis von Steuerung, Freiheit und Partizipation in der Hochschulorganisation aus verfassungsrechtlicher Sicht 7-14
- III. Thomas Würtenberger* Privathochschulfreiheit – auch bei der Organisation der Leitungsebene? 15-26
- IV. Christoph Ohly* Mit überlegter und prophetischer Entschlossenheit. Aspekte der Neuausrichtung kirchlicher Universitäten und Fakultäten gemäß Veritatis gaudium 27-34
- V. Robert Brehm* Konsequenzen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Dritten Numerus-Clausus-Urteil vom 19.12.2017 aus anwaltlicher Sicht 35-44
- VI. Silvia Pernice-Warnke* Status und Alter in der akademischen Selbstverwaltung 45-54

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2019

## Aufsätze

- VII. *Stefan Mückl* Der Angebotscharakter der Konkordate und Kirchenverträge – Die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen an den staatlichen theologischen Fakultäten **69-88**
- VIII. *Volker M. Haug* Open Access in Baden-Württemberg: Rechtswidriger Zweitveröffentlichungszwang zwischen Urheber- und Hochschulrecht **89-96**
- IX. *Frank Selbmann / Alexander Schwarz* Der gerichtliche Kapazitätsüberprüfungsanspruch von Nicht-EU-Ausländern und Staatenlosen im Hochschulzulassungsrecht **97-110**
- X. *Alexander Kübler-Kreß* Die Hochschullehrermehrheit an privaten Hochschulen – Pflicht oder Kür? **111-118**
- XI. *Margrit Seckelmann* Evaluation und Recht. Ansätze zu einem wissenschaftsadäquaten Modell der staatlichen Indienstnahme evaluativer Verfahren **119-124**
- XII. *Tobias Mandler / Laura Wegmann* Berechnung der Höchstbefristungsgrenze gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 WissZeitVG – Anmerkung zu LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16. August 2018 – 21 Sa 201/18 **125-130**

# ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2019

## Aufsätze

- XIII. Frederik Becker* Die Stellung der Kanzlerinnen und Kanzler an Hochschulen zum Beschluss des Bundeiverfassungsgerichts vom 24. April 2018, Az.: 2 BvL 10/16 **131-134**
- XIV. Georg Sandberger* Hochschulgovernance statt Unternehmerischer Hochschule? Zu den Empfehlungen des Wissenschaftsrats **137-150**
- XV. Liudvika Leišytė* Der Wandel universitärer Entscheidungsstrukturen in den USA **151-156**
- XVI. Hans-Hennig von Grünberg / Christian Sonntag* 50 Jahre Fachhochschule Über das langsame Entstehen eines neuen Hochschultyps **157-168**
- XVII. Dennis Hillemann / Tanja Wittig* Die EU-beihilferechtliche Trennungsrechnung in der Wissenschaft – Überblick und aktuelle Rechtsfragen **169-178**
- XVIII. Manfred Löwisch* Tarifeinheit und Wissenschaftsfreiheit **179-182**
- XIX. Martin Winter* Funktionsverschiebungen zwischen Schule und Hochschule **183-194**

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2019

## Aufsätze

- XX. Milena Herbig* Unwirksamkeit des Verzichts auf  
Ausbildungsvergütung zum Erhalt von  
BAföG-Leistungen **195-198**
- XXI. Tobias Mandler / Laura Wegmann* Der Befristungsgrund gem. § 14 Abs. 2 TzBfG  
im Anwendungsbereich des WissZeitVG  
**201-212**
- XXII. Hans Peter Schwintowski / Valeria  
Podmogilnij / Daniel Timmermann* Legal Tech – ein neues (Ordnungs-)Prinzip  
der Rechtswissenschaft? **205-214**
- XXIII. Thomas Würtenberger* Unterrichtsausfall und chancengleicher  
Hochschulzugang **215-226**
- XXIV. Cristina Fraenkel-Haeberle* Wissenschaftsfreiheit und Steuerung am Bei-  
spiel des universitären Berufungsverfahrens  
im deutsch-italienischen Vergleich **227-236**
- XXV. Margrit Seckelmann* Tax Compliance Management bei  
Wissenschaftseinrichtungen **237-242**
- XXVI. Susanne Lutz* Datenschutzpflichten studentischer Hilfskräfte  
**243-248**

# ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2019

## Urteilsbesprechungen

- I. Cornelia Feldmann* Der Rechtsweg beim Konkurrentenrechtsstreit um eine durch privaten Dienstvertrag zu besetzende Stelle – OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 19.1.2018, 2 E 10045/18 und LAG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 15.8.2018, 2 Ta 77/18 **55-60**
- II. Andreas Schubert / Nikolas Eibel* Fortführung des bisherigen Namens der Partnerschaftsgesellschaft durch die nicht promovierten Partner bei Ausscheiden des promovierten Namensgebers – Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 8.5.2018, II ZB 27/17 **61-64**

## Buchbesprechungen

- I. Max-Emanuel Geis* Hans-Peter Rosenberger/Sebastian Wündisch (Hrsg.), Verträge über Forschung und Entwicklung, 3. Auflage 2017 **199-202**
- II. Rafael Müller* Gerrit Hellmuth Stumpf, Ungeschriebener Parlamentsvorbehalt und akademische Selbstverwaltungsgarantie **249-254**
- III. Ulf Pallme König* George Turner, Hochschulreformen - Eine unendliche Geschichte seit den 1950er Jahren **255-258**

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2019

## **Berichte**

- I. Viktor Kurz* JurOA-Tagung Frankfurt vom 18. und 19. Oktober 2018 **65-66**
- II. Margrit Seckelmann* Evaluationen im deutschen Wissenschaftssystem – Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen und des internationalen Wissenschaftsrechts am 7. und 8. März 2019 in Berlin **259-260**

## **Ausgegraben**

- I. Roland Reuß* TOFU **67-68**
- II. Peter Rieß* Belegverbindung **135-136**
- III. Anonym* Preisaufgabe an alle Juristenfakultäten der ganzen Welt **203-204**
- IV. Albrecht Dihle* Humanismus und Wissenschaft **261**

# Susanne Baer

## *More Than Welcome: A Berlin Call for University Ethics*

Democracy is under attack, as are human rights outside and inside the academy, and scholars are at risk. The keynote proposes an ethics that calls on universities to truly welcome these scholars, with more than a benevolent gesture. Instead, the university must be the space for a truly cosmopolitan “education” via exchange among equals – which adds *Alexander* and *Caroline* to *Wilhelm von Humboldt*. This allows an “enlightened and active mind ... to wander freely and widely”, as “one of the joys and rewards of human existence” – which is the version of the United Nations Committee on such human rights. This commitment to safeguard education and academic freedom justifies university autonomy; the way a university deals with scholars at risk is a litmus test of its practice, and its ability to contribute to democracy at all.

At the 2018 Scholars at Risk conference in Berlin, keynotes have addressed academic freedom (Hoodfar) and open inquiry (Butler), social stability and sustainable development (Hilgert). On its last day, there is a need to address the institution that hosts scholars, as the institution that allows for, that empowers and that invests in research and teaching and organizes education: the university. If we understand the role of the university for democracy, we find the institutional answer to the question of what needs to be done when scholars are at risk. Since the current political situation is extremely worrying, it is also a rather urgent Berlin call for university ethics. If needed, it can easily be applied to other institutions responsible for academic affairs.

### Three dimensions of Humboldt

My first question is: Do you know *Humboldt*?

Indeed, there is a Berlin university that carries the name (and many others, on many continents). Yet the name refers to people: *Familie Humboldt*. Primarily, in discussions of academic work, “*Humboldt*” is a reminder of *Wilhelm*, the Prussian bureaucrat who started what is now known as the *Humboldt* model of higher education, implemented in Berlin in 1810.<sup>1</sup> This concept of higher education is based, notably, on the freedom of those willing to learn to choose your course of studies. It’s running mode is the community of scholars and students, thus both learning together in engaging in research, free from economic or political pressure and limitations. Today, we call this academic freedom and institutional autonomy.

However, there is also *Alexander*, the geographer, naturalist and linguist, a foreseer of climate change, and author of *Kosmos*.<sup>2</sup> He did not only live interdisciplinarity,<sup>3</sup> yet also lived a cosmopolitan<sup>4</sup> life, a gay man eventually countering more than just narrow-mindedness, but colonial mindsets regarding the unknown, the other. Today, we may call this the unbiased search for, still, the truth.<sup>5</sup>

And there is *Caroline* – do never forget the women! She married *Wilhelm*, and – yet, notably already then – led a liberated life.<sup>6</sup> Like *Alexander*, she did not only travel, but went places to stay. She also initiated literary salons, the at the time legitimate format to stage debate, organize collective enquiry, contextualize knowledge.<sup>7</sup>

1 R. D. Anderson, Germany and the Humboldtian Model. 2004

2 In English: *Cosmos. Sketch for a Physical Description of the Universe*. Generally, see *Sorkin, David*. „Wilhelm Von Humboldt: The theory and practice of self-formation (Bildung), 1791-1810.“ *Journal of the History of Ideas* 44.1 (1983): 55-73. On the brothers, see *Geier, Manfred*. „Die Brüder Humboldt.“ Eine Biographie. 2009.

3 See *Cannon, Susan Faye*. *Science in Culture: The Early Victorian Period*. 1978; *Jardine, N*; *Secord, J.A.*; *Spary, E.C.* *Cultures of Natural History*. 1996.

4 In regard to the much debated topic of “global citizenship” in the U.S. cf. *K. Hovland*, *Shared Futures: Global Learning and Liberal Education*, 2006. The term cosmopolitan is used in varied ways by *Immanuel Kant*, *Perpetual Peace*, who applies this (older) idea in terms of a philosophy of law; cf. *Idea for a Universal History with a Cosmopolitan Purpose*, 1784; and which is also referred to by *Wilhelm von Humboldt*, *Ideas for an endeavour to define*

the limits of state action, 1792. Today, there are several versions of cosmopolitanism, incl. *Kwame A. Appiah*, *Cosmopolitanism: Ethics in a world of strangers*, 2006.

5 Certainly, this is the truth and not the Truth, in that it recognizes the challenge in finding consensus on what must be considered real, taking subjectivities and positionalities into account. Yet this does not result in a cynical or nihilist abandonment of the notion, or the search, which seems rather dangerous when populist auto-crats claim “facts” to be entirely at their disposal.

6 See *Hazel Rosenstrauch*: *Wahlverwandt und ebenbürtig. Caroline und Wilhelm von Humboldt*. 2009; *Dagmar von Gersdorff*: *Caroline von Humboldt. Eine Biographie*. 2011; *Stephan, Inge*. „Wahlverwandtschaften. Caroline und Wilhelm von Humboldt in ihren Briefen.“ *Zeitschrift für Germanistik* (2010): 205-214.

7 *Hazel Rosenstrauch*, *Wahlverwandt und ebenbürtig. Caroline und Wilhelm von Humboldt*. 2009.

Today, in light of threats to academic freedom and to democracy overall, I suggest to draw inspiration from all three. To engage in and for the university, and to allow for and contribute to democracy, there is a need for all three dimensions they do represent. *Wilhelm* – to understand academic freedom and the university in its democratic function, *Alexander* – to get the cosmopolitan nature of the task, to implement glocalisation in light of globalisation, and *Caroline* – to truly value the academy as a diverse space of exchange among equals.

Why is this important today?

To be very clear, this is not just an argument for pity with people in need. Indeed, it is also not just an argument for solidarity with those who have your job elsewhere and are less comfortable in it. Rather, this is a reminder of the crucial role that universities play in this world, and of our responsibility for it.

Namely, there is an urgent need for proper action because democracy is under attack, including human rights and the institutional arrangements of the rule of law to protect them. This keynote does not allow me to discuss the details. But the strategically well planned attacks by populists, employing the more or less subtle means of autocratic legalism, as well as the outright destruction by means of sheer force do exist, and they are deeply worrying.<sup>8</sup> Certainly, locations and contexts differ, as does the harm, including the harm to students and scholars.<sup>9</sup> It also happens outside of as well as inside the academy that activists and journalists and judges and more, as well as scholars and students, are persecuted, threatened, jailed and even murdered. Right now, there are many pressing issues that need to be addressed.

Yet regarding scholars, it is of crucial importance to understand universities and what they can and need to do. Indeed, democracy does rely on universities and on academic freedom in specific ways. It is universities that have a specific role to play in allowing for and defending democracy. Again, be sure to properly define what is meant by this: “democracy”. Yet to defend democracy as a respectful way of the social, we need a deep sense of the university’s glocal nature and need for equality in diversity to fill it.

So let me first address the role of the university today. The argument is that academic freedom and institutional autonomy are key, if properly understood, as requirements of *Humboldt’s* version of education. As such, the university has a political function, as a factor of democracy. Second, this freedom and this autonomy come with an ethics. Specifically, in an governance mode of modest realism, all universities have an international dimension today, which requires them to be diplomatic going abroad, and true hosts at home, willing and able to interact with the other as an equal. Third, then, hosting scholars at risk is a litmus test for universities. You do only pass this test if you allow for, empower, and invest in different voices. Again, the point is that scholars at risk must enjoy more than a gracious gesture. For many reasons, they and their expertise must be truly welcome. And since it draws inspiration from the *Humboldt’s* and since we are in a city that went through dramatic changes in the world’s history, this is a Berlin call for university ethics.

### The role of the university today

The starting point is that there is an inextricable link between the university and democracy. Certainly, this link does only exist between democracy that deserves its name, and a university that lives up to an enlightened understanding of academic freedom and university autonomy. As part of the current problem, this cannot be taken for granted at all.

Regarding democracy, there is an imminent and powerful abuse of the label. What Hungarian President Orbán has labelled “illiberal democracy” is not in need of academic freedom. Nor is a democracy that relies on tweeted news and denies the existence or relevance of facts in need of research. Rather, these representatives of what they still call democracy abuse the concept to destroy it. When politicians win majorities in elections proclaiming “illiberal democracy” or the “true rule of our law”, but elections are manipulated and law is denounced and constitutions are changed into a contradiction in terms and courts are ridiculed, and when “truth” and

8 Most worrying, we see attempts to claim the grand and noble terms of a consensus reached around the globe after 1945 and again after 1989, in order to destroy it, i.e. turn “democracy” into “illiberal democracy”, or “law” into a means to destroy legal protection, or “courts” into scapegoats for government interests. There are claims to a “true meaning” of key concepts that guarantee our social fabric, based on peace, and dignity in equal liberty, as respect. This is not intellectually entertaining, and not yet another instance of hegemonic struggle, elites fighting for words, a system destroying itself. Although rather flawed Marxists may get excited

about more trouble on the ground still hoping for a revolution, this is either naïve or elitist. Instead, there is an organized attack on democracy and the rule of law, in constitutionalism. See recently, Madeleine Albright: *Fascism: A Warning*, 2018.

9 Around the world, education is not in good shape. There are students at risk, or already hurt – like the girls abducted by Boko Haram and all the children turned into soldiers or gang members and all those starving instead of going to school – deprived of their human right to education. There are teachers at risk, or already fired, or threatened, or killed.

“facts” and “arguments” become labels for lies, legends, or libel, echoed by powerful people in office and algorithms, all of us have a serious problem. Opposed to these oppressive plans, a democracy that is inextricably related to fundamental human rights, and thus – by the way, not “Western”, but – necessarily liberal, equality and dignity based – to refer to the grand consensus past 45 and past 89 –. Democracy that safeguards this for each and everyone via the rule of law and a separation of powers, does allow for, and in fact need, the university.

However, this does only apply to a university that deserves the name. Regarding academic freedom and the university, there is a similar risk as the one that destroy democracy. Clearly, there are institutions that do not deserve the name. This is the case if a school offers biased or even oppressive training and indoctrination to selected peers, rather than opportunities to think and articulate opinions. Yet other cases are much less clear. When universities become sites of lies instead of truth, of hate instead of speech, of ideology instead of explorative research and teaching, they become sites of battle, or controversy, yet they are not engaged in what defines a university as such.

Namely, and rather prominent in the U.S., but also in other countries, there are speakers that claim a right to “academic freedom”, or a right to “free speech” in universities, in order to, by way of example, call the Holocaust a lie, or discuss human races as fact, inherently unequal, or lecture on women as beings naturally inferior to men, via brain size, or categorize sexual minorities as sick freaks and aberrations of nature, or present the belief in God’s creation a science, and natural sciences as crap. And to avoid misunderstandings: All of this can be said and written and communicated by other peaceful means as long as it does not harm someone. Since whether we like it or not: This is free speech. But it is not research, or science, interested in truth.

Therefore, if such lies and hate and ideology achieve to be defined as research and teaching, to enjoy academic freedom and the protection of an autonomous university, it is, also, an abuse of the very idea.<sup>10</sup> Lies – or alternative facts” – or hate or ideology is not just another approach and topic and result of research, but it is lies and hate and ideology. It may and must be subject to debate, but it is not research and teaching. Instead, these are attempts to capture the space of academic freedom, to in fact destroy it. Note that these people and organisations

act based on well funded strategies, and are defended by many more, and attempt to enlist all liberals in that defence, in the name of the human right to free speech, to however denounce women and people of color and other others, as well as critical analysis. Based on the very concept of the university as a site of education, such attempts to rather destroy the university must be refuted.

### This is Wilhelm

To understand what the university is about, or should at least attempt to be, in an ever-lasting process of trying, *Wilhelm von Humboldt*, and this a Berlin idea, is inspiring. In 1810, he conceptualized the university as the place of “Bildung” – a term that carries a meaning beyond its usual translation as “higher education”, since it is a specific type of it: a development of mind and soul towards civic virtues via academic encounter. Famously, he explained to the king “There are undeniably certain kinds of knowledge that must be of a general nature and, more importantly, a certain cultivation of the mind and character that nobody can afford to be without.” But notably, he saw this not only as economically profitable. To add another *Humboldt* scholar: Educator and civil rights leader *W.E.B.* (for *William Edward Burghardt DuBois*) stated in 1902 that “the ideals of education, whether men [sic] are taught to teach or plow, to weave or to write, must not be allowed to sink into sordid utilitarianism. Education must keep broad ideals before it, and never forget that it is dealing with Souls and not with Dollars.” Put this way, dealing with souls defines a university as very specific space.

Now *Wilhelm* promoted higher learning as an asset of a democratic society. Academic freedom of research and freedom of study,<sup>11</sup> in the community of scholars and students, in an institution that enjoys corporate autonomy despite their being funded by the state<sup>12</sup> – to allow for, empower and invest in citizens. This is the link between democracy and the university, if both deserve the name.

In that tradition, as the United Nations phrase it now, higher education in which teaching is grounded in and part of research has “a vital role ... in promoting ... democracy”, beyond the practical, as a human right. Or, in the words of the organization of all states marked as European geographically, the Council of Europe, which runs a project on Education for Democratic Citizens

10 Note that in countries like the U.S., there is a temptation to confuse free speech with academic freedom, for lack of a more refined concept, to be found in international human rights law, or explicitly in German constitutional law.

11 Lernfreiheit, instead of rigid curricula, still defining the difference

between Ph.D. studies and a doctorate

12 Similar to public broadcasting, state funding of truly autonomous research is a paradoxical and courageous move in that those in power fund those designed for critique.

since 1997, “challenges that Europe is facing today – including disenchantment with democracy, integration of refugees and the rise of violent extremism – make education for democratic citizenship and human rights more important than ever”.<sup>13</sup> We need to step up this work in the years to come.

Indeed, the attacks themselves are a striking indicator of why this is necessary. Wherever autocrats are out to destroy a democratic society, as a society that respects all present as equals, and limits majority power by fundamental rights eventually protected by courts, they do attack specific institutions and particular people first, namely: the media, courts, and the university and scholars. As such, what illustrates the nexus between the university and democracy is the relationship between pressure and threats on academics and critical thinking and the presence of non- or antidemocratic forces in any society. The more democracy is at risk, the less academic freedom. Scholars who oppose autocratic regimes and ideologies do report that they were not targeted for being somewhere at a time, but for being academics where critical thought is not wanted. And very often, thinking women are not wanted at all. This has happened in Turkey, and it also characterises the attacks on universities in Hungary or Poland, spiced with antisemitism and racism, with sexism and homophobia, and it is the background of many more battles.

So there is an inherent link between the university and democracy. Academic freedom and institutional autonomy are key, if properly understood, in *Humboldt*'s version of education, to a democratic society. As such, the university has a political function, as a factor of democracy.

### Against Radical Misunderstandings

In this concept, and because of the vast array of self-determination universities enjoy, academic freedom and university autonomy come with an ethics. In fact, such an ethics informs how a university deals with others, ranging from international partners to hosted scholars at risk.

As with all liberties, freedom and university autonomy shall not be confused with the unlimited use of privi-

lege.<sup>14</sup> This is important because there are not only attempts to abuse the very idea of education and academic freedom and the university as such, but there are also what I would call radical misunderstandings, or misconceptions, of this freedom as such.<sup>15</sup> There is no unrestricted freedom and no entirely unlimited liberty in any social setting. Therefore, freedom beyond egocentric autonomy, as a liberty that is socially embedded, in a world in which we fundamentally accept each other, carries with it obligations. And whenever it comes to obligations that are attached to freedom, there is certainly the question whether such obligations are in fact a cover up for political intrusion or oppression or censorship or any other inadequate intervention. But different from these, the ethics of the university I want to address are the very foundation academic freedom and the autonomy of the university itself rest upon. Such ethical obligations do not put knowledge and understanding at risk. Rather, there is an ethics to academic freedom that is vital to take the risk away from the academy.

Certainly, this keynote also does not suffice to address all aspects of such an ethics. In the context of scholars at risk, it seems most important to address its international dimension, thus calling on the ethics of universities that are not at risk themselves but reach out to places where scholars are, and that act as host universities and allow scholars at risk elsewhere to stay. Thus, university ethics have at least two sides, as international institutions, reaching out via collaboration and cooperation, as well as inviting in, as receiving ones.

Indeed, internationalisation of universities has mostly been managed as a set of outreach efforts, sending students and scholars abroad, collaborating and cooperating with others in this world. This is *Alexander*, and it is indeed a wonderful idea to go travel and go explore. Yet with *Alexander* and with *W.E.B. DuBois* and so many others, it is also entirely clear that this can fail badly,<sup>16</sup> up to a (neo-)colonial encounter. Therefore, we need an ethics to avoid that and properly address when it happens.

There are challenges on the way. In efforts to internationalize universities, conflicts arise and have arisen when a university contracts into partnership with an institution that dismisses scholars based on their political

13 Commemoration of 20 years, at [https://www.coe.int/en/web/edc/home/-/asset\\_publisher/MmQioA2qaHyO/content/twenty-years-of-promoting-education-for-democracy-and-human-rights?inheritRedirect=false](https://www.coe.int/en/web/edc/home/-/asset_publisher/MmQioA2qaHyO/content/twenty-years-of-promoting-education-for-democracy-and-human-rights?inheritRedirect=false). The Council develops a Reference Framework of Competences for Democratic Culture, to support schools with such efforts. There is a continuous effort in the Council of Europe to strengthen such efforts, namely since 2002, including the Council of Europe Charter on Education for

Democratic Citizenship and Human Rights Education from 2010.

14 *Wilhelm von Humboldt* believed that a university can and will achieve more (and also different things) than can ever be planned by the state. This also applies to plans made by presidents and rectors, ‘professionalised deanships’ and other executive committees: there is no such thing as orders, or thoroughly planned success. However, there is good academic governance.

16 They are neither new nor do they come from “the enemy”.

and philosophical views. Conflicts also arise when a university partners with institutions in political contexts in which the core civil and political human rights are not protected.<sup>17</sup> In addition, conflicts arise when cooperation is funded by people or entities that persistently violate human rights. So would you sign an agreement with an institution where religious freedom and homosexuality are denied or discouraged – and what would you do if a student or scholar faces repression while working and studying there?

And there are more questions: Who sets out the definition of education, as well as academic freedom, abroad, and can an international partner ‘censor’ the curriculum or research? When China funds institutes abroad, and Western states fund institutes in China – who runs them, and where does censorship start? More generally, international cooperation already always poses the question of whether this is still a university endeavour that deserves its name. And when should you stand up and protest human rights to be infringed? Note that the ‘bad guys’ like nothing more than collaborating with the ‘good guys’, as it is an excellent way to restore their tarnished reputation, and an opportunity to wash their dirty laundry. By way of example: a German partner tends to ensure that academic freedom appears sparkling white. Therefore, Western universities, faculties and institutes as well as individual scholars are very much sought after, and bribed into cooperating with institutions that use rather than allow for, empower, and invest in science. Thus, reaching out to international partners, in an governance mode of modest realism, requires universities to be diplomatic.<sup>18</sup> Diplomacy is, then, the outreach side of university ethics.

### Glocalizing Universities

Regarding the other dimension of an international institution, the ethics of a university must make it a really good host. When reaching out across borders must employ all skills developed in diplomacy, to avoid the

gunboats as long as possible but take a stand when needed, inviting in does also have an ethics to it. Internationalisation means glocalisation. Here comes *Caroline*.

She adds diversity to the picture. *Wilhelm* designed the institution. *Alexander* travelled the world, a cultural diplomat. And *Caroline* is not only a woman among so many defining men, she also invited people into her salons, to allow for, empower and invest in the fascinating diversity of approaches, understandings, views. Diversity. Now pause for a moment: what does it exactly mean again? If outreach needs diplomacy, inviting people in as a host needs generosity, more than tolerance and respect for the other, but genuine curiosity and appreciation. This asks of us to seriously engage with the unfamiliar – a key ingredient of science.<sup>19</sup> If universities want to be true hosts at home, they must be willing and able to interact with the other as an equal.

Now this is not a question of priorities and emphasis and choice. It is also more than a necessity in today’s global economy of knowledge. Rather, the commitment to globalisation as glocalisation, in a diplomatic university that is a true host, is a component of academic freedom and university autonomy that deserve the name.

### A Litmus Test and a Berlin Call for University Ethics

That much said, the way universities treat scholars at risk is a “litmus test” to their very *raison d’être*, and the test indeed applies to foundations and other such institutions as well. In short, a key to an office and a library card will not do, nor will one lunch and a weekend invitation. Rather, glocalisation in universities must translate into research and teaching. The more universities live up to the ideal of the Humboldtian university, based on academic freedom and institutional autonomy, driven not by money or ideology but by research, the more such institutions must host scholars from abroad as equals. Similar to the status of politically controversial academic fields in universities that challenge an oppressive status quo, like gender studies or disability studies, it is a litmus

17 I.e., *Peter Scott* wrote about the “ugly side to internationalisation” in *The Guardian* 06.06.2011. This term describes “more (high-fee) international students” as the cash cow problem, “exotic partnerships which inevitably demand much travelling by senior managers”, or partnerships that involve the awarding of honorary doctorates. It is therefore problematic when the whole situation is referred to as a market, even though economic aspects must be considered. Furthermore, there is also the criticism that internationalisation strategies are nothing more than a superficial myth, false labelling or unsuccessful efforts.

18 At Yale, a prominent critic of cooperating with Singapore was philosopher Seyla Benhabib, <http://yaledailynews.com/blog/2011/05/18/benhabib-why-i-oppose-yale-in-singapore/>. At

NYU, similar debates focus on Abu Dhabi, Zvika Krieger, online at <http://www.theatlantic.com/international/archive/2013/03/the-emir-of-nyu-john-sextons-abu-dhabi-debacle/273982/>.

19 For more, see *Baer, Susanne*, Unbounded academic freedom?, online at [www.international.hu-berlin.de](http://www.international.hu-berlin.de), see *Ferngespräche*. Diplomacy has a long – and global – history. It is a tool in international relations, not the answer to the questions posed. It relies on people who converse in a shared language, to enable links to other regions of the world, to collect information, to create understanding. Diplomacy relies on ambassadors who are at ease with different cultures, environments and languages; curious and motivated, open and unselfish, tackling common causes for the greater good.

test for universities to host such efforts, if it wants to live up to its institutional calling.

Thus, as much as a university is based on a refined understanding of its function in and for democracy, it allows for, empowers, and invests in scholars at risk. As a result, scholars at risk must enjoy more than a gracious gesture. Glocally thinking, their expertise must be truly welcome. For a start, one could consider to support research that reflects upon the very reasons for the risks, such as autocratic legalism, populism, unfriendly takeovers of liberal institutions and terms, etc. Also, one must systematically address the specific needs of legal status and protection for scholars that need to work abroad because they are at risk at home. Then, every university would profit tremendously from teachings offered on research under pressure, and ways to counter it. Again, the ethics that inform academic freedom and university autonomy must, and may indeed profitably, inform the university's policies.

Inspired by all three *Humboldt's*, but also thinking at a place that went through dramatic changes in the world's history, this is then a Berlin call for university and other such institution's ethics. With Humboldt and human rights, this call is deeply rooted in Berlin as a city, as the former geopolitical front of the cold war where the symbolic as well as real concrete Wall that came down, in fact: was taken down, in 1989. The call is also very Berlin because it is even more deeply anchored in a post-1945 consensus of "never again" to genocide, to antisemitism, to racism, to fascism in all forms, which were indeed also planned and executed and hailed ... in Berlin. And the

call is so Berlin because this appeal is indebted to the concept of the university as an autonomous community of scholars and students, free from state intrusion – attributable to *Wilhelm* –, yet committed to the *Nomos*, to world citizenship – *Alexander* –, and listening beyond prejudice – *Caroline*, all *von Humboldt*.

The key proposition is to counter the risk posed by attacks on democracy, and on universities and academic freedom. Then, the call is for a nuanced diplomacy of a university reaching out. Finally, the call is to, as one element of glocalisation, truly welcome and host scholars at risk, with more than a benevolent gesture. It is the university that is designed to be, and must strive to stay the space for a cosmopolitan "education" via exchange among equals – which adds, again, *Alexander* and *Caroline* to *Wilhelm von Humboldt*. The university then must be an inclusive space – diverse.<sup>20</sup> In the words of the United Nations Committee on such human rights, this allows an "enlightened and active mind ... to wander freely and widely", as "one of the joys and rewards of human existence".<sup>21</sup> This commitment to safeguard education and academic freedom justifies university autonomy; the way a university deals with scholars at risk is a litmus test of its practice, and its ability to contribute to democracy at all. I encourage all of you to work for it.

Susanne Baer is Professor of Public Law and Gender Studies, former Vice-President of Student and International Affairs at Humboldt-Universität zu Berlin and currently Justice of the German Federal Constitutional Court (First Senate, since 2011 until 2023).

20 *Nettelbeck, Joachim*, former Secretary of Wissenschaftskolleg zu Berlin, FAZ 19.3.2013.

21 *Gailda Pitre Davis*, Diversity and Internationalization: Collaborating, Not Just Co-Existing, 2013 ([www.nafsa.org/\\_/File/\\_/ti\\_diversity.pdf](http://www.nafsa.org/_/File/_/ti_diversity.pdf)); *C.L. Olson, R. Evans, R.F. Shoenberg*, At home in the world: Bridging the gap between internationalization and multicultural education, 2007.

22 Well put by the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, in a document adopted in December 1999. Its work is based on the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, entry into force 3 January 1976, in accordance with article 27.

# Ute Mager

## *Das Verhältnis von Steuerung, Freiheit und Partizipation in der Hochschulorganisation aus verfassungsrechtlicher Sicht\**

Seit den 1990er Jahren hat sich die Hochschulorganisation in den Bundesländern unter dem Einfluss von New Public Management Konzepten und dem Schlagwort von der Stärkung der Hochschulautonomie erheblich ausdifferenziert.<sup>1</sup> Das Bundesverfassungsgericht betont in ständiger Rechtsprechung den weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. Die Frage, der hier nachzugehen ist, lautet, inwieweit das Verfassungsrecht, namentlich die Wissenschaftsfreiheit, Steuerung und Partizipation in der Hochschulorganisation determiniert.

### **I. Definition der leitenden Begriffe**

Die Bearbeitung des Themas erfordert zunächst die drei Begriffe Steuerung, Freiheit und Partizipation zu definieren. Schon die Definition dieser drei leitenden Begriffe bleibt nicht unbeeinflusst von rechtlichem Verständnis. Verfassungsrechtlich ist in einem freiheitlichen Staat der Begriff der Freiheit grundlegend und damit Ausgangspunkt für die Bestimmung der Reichweite von Steuerung und Partizipation.

Freiheit ist auch nach verfassungsrechtlichem Verständnis Selbstbestimmung.

Steuerung ist dagegen Fremdbestimmung und bedarf deshalb verfassungsrechtlich gesehen der Rechtfertigung.

Partizipation schließlich lässt sich begreifen als die durch Organisations- und damit Steuerungserfordernisse zur Mitbestimmung gewandelte Selbstbestimmung. Im Begriff der Partizipation verbinden sich also freiheitliche Selbstbestimmung und steuernde Fremdbestimmung. Dabei kann Partizipation den Inhalt von Entscheidungen betreffen; sie kann sich aber auch darauf beschränken, die Entscheidungsträger maßgeblich mitzubestimmen.

### **II. Bestandsaufnahme der Rechtsgrundlagen**

#### **1. Verfassungsrecht**

Verfassungsrechtliche Grundlage ist zunächst Art. 5 Abs. 3 GG, der lapidar bestimmt: „Wissenschaft, For-

schung und Lehre sind frei.“ Von Hochschulen ist nicht die Rede. Es gibt jedoch in dreizehn Landesverfassungen Bestimmungen, die sich explizit auf Hochschulen beziehen,<sup>2</sup> von denen wiederum zehn das Recht der Selbstverwaltung im Rahmen der Gesetze garantieren. Drei Länder (Baden-Württemberg, Sachsen, Nordrhein-Westfalen) sprechen von einer dem besonderen Charakter der Hochschulen entsprechenden Selbstverwaltung. Sechs Bundesländer (Bayern, Brandenburg, Hessen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen) verankern explizit die Mitwirkung der Studierenden, zwei Bundesländer nennen auch die Lehrenden und sonstige Mitglieder oder sprechen von der Beteiligung aller Mitglieder an der Selbstverwaltung (Brandenburg, Thüringen). In der überwiegenden Zahl der Landesverfassungen ist also Partizipation ausdrücklich Bestandteil der Selbstverwaltungsgarantie.

Das Bundesverfassungsgericht hat aus der Freiheitsgarantie für Wissenschaft, Forschung und Lehre Maßstäbe für die Hochschulorganisation abgeleitet, die angesichts der Tatsache, dass dem Wortlaut keinerlei organisatorische Anweisungen zu entnehmen sind, von bemerkenswerter Argumentationskunst zeugen. Andererseits betont das Bundesverfassungsgericht den weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers in organisatorischen Fragen. Tatsächlich haben die Landesgesetzgeber den Spielraum genutzt und sehr unterschiedliche organisatorische Modelle im Spannungsfeld zwischen plural organisierter Selbstverwaltung auf der einen Seite und hierarchischer Leitung auf der anderen Seite verwirklicht, seit das Bundesrecht infolge des 4. Änderungsgesetzes zum Hochschulrahmengesetz von 1999 bis auf § 37 keine Vorgaben mehr für die Hochschulorganisation enthält.

#### **2. § 37 HRG**

Interessanterweise betrifft die einzige Vorgabe des Bundesrechts für die Hochschulorganisation die Partizipation. § 37 HRG trägt die Überschrift „Allgemeine Grund-

\* Der Beitrag beruht auf dem Vortrag, den die Verfasserin am 11.10.2018 im Rahmen der Tagung „Hochschulsteuerung und Wissenschaftsfreiheit“ des Vereins zur Förderung des deutschen & internationalen Wissenschaftsrechts an der Universität Duisburg-Essen gehalten hat.

1 S. dazu die Vorträge von *Hendler* und *Mager* zum Thema „Die Universität im Zeichen von Ökonomisierung und Internationalisie-

rung“, *VVDStRL* Bd 65 (2006), S. 238 ff. und S. 274 ff. mit weiteren Nachweisen. S. auch *Kahl*, *Hochschule und Staat*, 2004, § 11.

2 Art. 20 BWVerf; Art. 138 BayVerf; Art. 32 BbgVerf; Art. 34 BremVerf; Art. 60 HesVerf; Art. 16 MVVerf; Art. 5 NdsVerf; Art. 16 NRWVerf; Art. 39 RPVerf; Art. 33 SaarVerf; Art. 107 SächsVerf; Art. 31 LSAVerf; Art. 28 ThürVerf.

sätze der Mitwirkung.“ In der Sache gibt die Vorschrift die Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1973 zur damaligen Einführung der Gruppenuniversität durch das niedersächsische Hochschulgesetz wieder.<sup>3</sup> Er lautet:

„(1) Die Mitwirkung an der Selbstverwaltung der Hochschule ist Recht und Pflicht aller Mitglieder. Art und Umfang der Mitwirkung der einzelnen Mitgliedergruppen und innerhalb der Mitgliedergruppen bestimmen sich nach der Qualifikation, Funktion, Verantwortung und Betroffenheit der Mitglieder.<sup>4</sup> Für die Vertretung in den nach Mitgliedergruppen zusammengesetzten Gremien bilden die Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer, die akademischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die Studierenden und die sonstigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter grundsätzlich je eine Gruppe; alle Mitgliedergruppen müssen vertreten sein und wirken nach Maßgabe des Satzes 2 grundsätzlich stimmberechtigt an Entscheidungen mit. Das Landesrecht regelt die mitgliedschaftsrechtliche Stellung der sonstigen an der Hochschule tätigen Personen. In nach Mitgliedergruppen zusammengesetzten Entscheidungsgremien verfügen die Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer bei der Entscheidung in Angelegenheiten, die die Lehre mit Ausnahme der Bewertung der Lehre betreffen, mindestens über die Hälfte der Stimmen, in Angelegenheiten, die die Forschung, künstlerische Entwicklungsvorhaben oder die Berufung von Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern unmittelbar betreffen, über die Mehrheit der Stimmen.“<sup>5</sup>

Mit den Kriterien Qualifikation, Funktion, Verantwortung und Betroffenheit enthält § 37 Abs. 1 S. 2 HRG die wesentlichen verfassungsrechtlich fundierten Kriterien für die Partizipation. Diese Kriterien rechtfertigen die Bildung von Gruppen ebenso wie die vorgeschriebenen Mehrheiten.

### 3. Kompetenzverteilung zwischen Hochschule und Staat

§ 37 HRG bezieht sich allein auf die hochschulinterne Selbstverwaltung. Ein weiterer Akteur darf jedoch nicht vergessen werden: der Staat insbesondere in Gestalt des Wissenschaftsministeriums.

Spricht man über die Organisation staatlicher Hochschulen, ist zu berücksichtigen, dass diese im Wesentlichen vom Staat finanziert werden und dass ihnen insbesondere mit Ausbildung und Prüfung Aufgaben übertragen sind, für deren ordnungsgemäße Erfüllung der Staat im Interesse der Ausbildungs- und Berufswahlfreiheit der Studierenden und des Gemeinwohls die Verantwortung trägt. In zahlreichen Landeshochschulgesetzen findet diese Pflichtenstellung der Hochschulen Ausdruck in der Formulierung, dass die Hochschulen nicht nur Körperschaften des öffentlichen Rechts, sondern auch staatliche Einrichtungen sind.<sup>6</sup> Dementsprechend ist den Hochschulen Selbstverwaltung nicht unbegrenzt, sondern nur im Rahmen der Gesetze gewährt.

Herkömmlich wurde zwischen staatlichen Angelegenheiten einerseits, Angelegenheiten der Hochschulen andererseits und Aufgaben, die ein Zusammenwirken von Staat und Universität fordern, unterschieden. Nach dieser Gliederung gehören zu den staatlichen Angelegenheiten insbesondere die Personal-, Wirtschafts-, Haushalts- und Finanzverwaltung. Das Zusammenwirken betrifft unter anderem die Errichtung, Änderung und Aufhebung von Fachbereichen und anderen wissenschaftlichen Einrichtungen, die Ordnung des Studiums und der Hochschulprüfungen, die im Zuge der Bologna-Reform weitgehend externalisiert wurde – Stichwort Akkreditierung<sup>7</sup> – sowie die Bestellung des Rektors.<sup>8</sup> Für die uneingeschränkte Selbstbestimmung der Hochschulen verbleiben die Bereiche, die Forschung und Lehre unmittelbar berühren. Hierzu zählen das Satzungsrecht in akademischen Angelegenheiten, also insbesondere Promotions- und Habilitationsordnungen, die Forschungs- und Lehrplanung sowie die Entscheidungen in Promotions- und Habilitationsverfahren. Letztlich ist die Abgrenzung der Sphären nicht „naturgegeben“, sondern Sache des Gesetzgebers, der dabei die Wissenschaftsfreiheit, die Ausbildungs-/Berufsfreiheit der Studierenden und die aus der Trägerschaft folgende gesamtgesellschaftliche Verantwortung des Staates zu berücksichtigen hat.<sup>9</sup> Die herkömmliche Sphärenabgrenzung

3 BVerfGE 35, 79 ff.

4 S. dazu BVerfGE 35, 79 (127, 131).

5 Vgl. zu § 37 Abs. 1 S. 2 – 5 den Leitsatz Nr. 8 a – c in BVerfGE 35, 79 ff. § 37 Abs. 2 und 3 HRG lauten: „(2) Die Mitglieder eines Gremiums werden, soweit sie dem Gremium nicht kraft Amtes angehören, für eine bestimmte Amtszeit bestellt oder gewählt; sie sind an Weisungen nicht gebunden. Eine angemessene Vertretung von Frauen und Männern ist anzustreben.

(3) Die Hochschulmitglieder dürfen wegen ihrer Tätigkeit in der Selbstverwaltung nicht benachteiligt werden.“

6 Siehe z.B. § 8 Abs. 1 S. 1 HSG BW; § 11 Abs. 1 S. 1 und 2 HSG Bay; § 2 Abs. 1 S. 1 HSG Berlin; § 2 Abs. 1 S. 1 HSG Bremen; § 1 Abs. 1

S. 1 HSG Hessen; § 2 Abs. 1 S. 1 HSG M-V; § 2 Abs. 1 S. 1 HSG SL; § 2 Abs. 1 HSG Thüringen.

7 S. BVerfGE 141, 143 ff. und dazu *Mager*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Akkreditierung, *OdW* 4 (2017), 237 ff. mit weiteren Nachweisen.

8 Vgl. § 60 HRG a.F. und dazu *Kahl* (Fn. 1), S. 72; *Kersten*, Alle Macht den Hochschulräten?, *DVBl.* 1999, 1704 (1706); *Grupp*, Zur Stellung der Universitäten im Zeichen ihres Rückbaus, in: *FS Roellecke*, 1997, 97 (103); *Fehling*, Neue Herausforderungen an die Selbstverwaltung in Hochschule und Wissenschaft, *Verw* 35 (2002), 399 (408): Bereich der Kooperation dominiert.

9 *Mager* (Fn. 1), S. 282.

lässt sich aber als eine verfassungskonforme Konkretisierung dieser Vorgaben auffassen.

Diese überkommene Kompetenzverteilung zwischen Staat und Hochschulen haben die Landesgesetzgeber im Laufe der 1990er Jahre unter dem Motto „Stärkung der Hochschulautonomie“ erheblich verändert. Insbesondere wurden bisher staatliche Aufgaben im Bereich der Personal-, Haushalts- und Wirtschaftsführung den Hochschulen übertragen. Gleichzeitig wurde der Hochschulrat als seiner Funktion nach neues Organ in die hochschulinterne Struktur aufgenommen,<sup>10</sup> was nahelegt, dass die Kompetenzen des Hochschulrats, abgesehen von einer Beratungsfunktion, nicht über diese bisher staatlichen Aufgaben hinausgehen sollten. Fest steht, dass die Frage der Partizipation innerhalb der Hochschulorganisation durch die Stärkung der Hochschulautonomie komplexer geworden ist, denn Stärkung der Hochschulautonomie bedeutet keineswegs automatisch Stärkung der Wissenschaftsfreiheit.

#### 4. Präzisierung des Untersuchungsgegenstands

Dies zeigt auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Fragen der Hochschulorganisation. Diese Rechtsprechung betrifft im Schwerpunkt das Verhältnis zwischen den plural zusammengesetzten Selbstverwaltungsorganen – im Folgenden: repräsentative Selbstverwaltungsorganen – und den Leitungsorganen, dagegen nicht das Verhältnis zwischen den verschiedenen Gruppen innerhalb der repräsentativen Selbstverwaltungsorganen oder deren Besetzung nach den Anforderungen des Repräsentationsprinzips.<sup>11</sup> Auf den von der Rechtsprechung vorgegebenen Schwerpunkt ist die folgende Analyse beschränkt.

### III. Art. 5 Abs. 3 S.1 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Wie alle Freiheitsrechte ist auch die Freiheit von Wissenschaft, Forschung und Lehre zuallererst ein Abwehrrecht gegenüber staatlichen Eingriffen. Daneben kommt Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG jedoch ein objektivrechtlicher Gehalt zu, der den Staat verpflichtet, in den Einrichtungen, die er gerade zu dem Zweck schafft, Forschung und wissenschaftliche Lehre zu betreiben, die Eigengesetzlichkeit der Wissenschaft zu schützen sowie durch Organisation, Verfahren und finanzielle Leistung zu fördern.

#### 1. BVerfGE 35, 79 ff. – Niedersachsen

Diese Dimension der Wissenschaftsfreiheit hat das Bundesverfassungsgerichts zum ersten Mal 1973 in seinem

grundlegend gewordenen Urteil zu den Organisationsvorschriften des niedersächsischen Hochschulgesetzes entfaltet:

Der Staat hat „durch geeignete organisatorische Maßnahmen dafür zu sorgen, dass das Grundrecht der freien wissenschaftlichen Betätigung soweit unangetastet bleibt, wie das unter Berücksichtigung der anderen legitimen Aufgaben der Wissenschaftseinrichtungen und der Grundrechte der verschiedenen Beteiligten möglich ist ...“<sup>12</sup>

Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bewegt sich also zwischen der Pflicht, den Hochschulangehörigen einerseits freie wissenschaftliche Betätigung zu sichern, andererseits die Funktionsfähigkeit der Hochschule und ihrer Organe zu gewährleisten. Damit wirken zum einen die sachlich identischen Grundrechtspositionen der an der Hochschule tätigen Wissenschaftler gegenseitig begrenzend, zum anderen die Aufgaben der Hochschulen etwa in Ausbildung und Prüfung.

#### 2. BVerfGE 93, 85 ff. – NRW und BVerfGE 111, 333 ff. – Brandenburg

In den folgenden Entscheidungen wird die Reichweite der Wissenschaftsfreiheit unterschiedlich bestimmt. Heißt es in Leitsatz 7 zum niedersächsischen Hochschulgesetz noch, dass die Organisationsnormen den Hochschulangehörigen, insbesondere den Hochschullehrern, einen *möglichst breiten Raum für freie wissenschaftliche Betätigung* sichern sollen, ist in Leitsatz 1 der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung zum Hochschulgesetz Nordrhein-Westfalen aus dem Jahr 1995 zu lesen:

„Solange gewährleistet ist, dass der *Kernbereich wissenschaftlicher Betätigung* der Selbstbestimmung des einzelnen Grundrechtsträgers vorbehalten bleibt, hat der Gesetzgeber bei der Regelung der akademischen Selbstverwaltung einen weiten Gestaltungsraum.“<sup>13</sup>

In der Entscheidung zum brandenburgischen Hochschulgesetz von 2004 betonte das Gericht dann, dass das Recht der einzelnen Wissenschaftler auf wissenschaftsadäquate Organisation auf die Sicherung ihrer *individuellen Möglichkeit zum Betreiben freier Forschung und Lehre* begrenzt ist. Darüber hinaus soll der Organisationsgehalt der Wissenschaftsfreiheit allein dahin gehen, dass von den Organisationsregelungen, insbesondere von der Kompetenzverteilung, *keine strukturelle Gefährdung* der Wissenschaftsfreiheit ausgehe.<sup>14</sup> Aus der positiven Pflicht, eine wissenschaftsadäquate Organisation zu schaffen, ist negativ das Verbot geworden, eine Organisation zu schaffen, die Wissenschaft „strukturell“ beeinträchtigt. Dies ist nicht mehr als das Verbot an den Staat, nicht in Widerspruch mit sich selbst zu geraten, indem

<sup>10</sup> S. dazu *Hendler* (Fn. 1), S. 251 ff.; *Mager* (Fn. 1), S. 298 ff. jeweils mit weiteren Nachweisen.

<sup>11</sup> Dazu insbesondere VerfGH BW, VBlBW 2017, 61 ff.

<sup>12</sup> BVerfGE 35, 79 (115 f.). S. auch Ls. 2.

<sup>13</sup> BVerfGE 93, 85 (95). Kursivsetzung durch Verfasserin.

<sup>14</sup> BVerfGE 111, 333 (355).

er vermeintlich eine Einrichtung zum Betreiben freier Wissenschaft gründet, ohne dass in ihr freie Wissenschaft tatsächlich möglich ist.<sup>15</sup>

### 3. BVerfGE 127, 87 ff. – Hamburg

Eine Trendwende zeichnete sich in der Entscheidung zum Hamburgischen Hochschulgesetz aus dem Jahr 2010 ab. Dort ist wiederum vom Schutz des *Kernbereichs wissenschaftlicher Betätigung* die Rede. Er wird unter Bezugnahme auf die vorherige Rechtsprechung definiert als die auf wissenschaftlicher Eigengesetzlichkeit beruhenden Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen bei der Suche nach Erkenntnissen, ihrer Deutung und Weitergabe. Weiter heißt es, dass den in der Wissenschaft Tätigen zum Schutz dieses Kernbereichs Teilhabe an den öffentlichen Ressourcen und an der Organisation des Wissenschaftsbetriebs zu gewähren ist. Die Teilhabe der Grundrechtsträger an der Organisation des Wissenschaftsbetriebs sei erforderlich zum Schutz vor wissenschaftsinadäquaten Entscheidungen.

„Die Garantie ist für jeden Wissenschaftler auf solche hochschulorganisatorischen Entscheidungen beschränkt, die seine eigene Freiheit zu forschen und zu lehren, gefährden können.“<sup>16</sup>

Insoweit unterscheidet das Gericht zwischen Entscheidungen, welche die Wissenschaftsfreiheit im Einzelfall verletzen und gegen die sich die betroffene Person im Einzelfall wehren kann, und Strukturen des hochschulorganisatorischen Gesamtgefüges, die sich gefährdend auswirken können. Hierfür sei das Gesamtgefüge mit seinen unterschiedlichen Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten in den Blick zu nehmen.<sup>17</sup> Nach Betonung des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers heißt es weiter:

„Die Sicherung der Wissenschaftsfreiheit durch organisatorische Regelungen verlangt, dass die Träger der Wissenschaftsfreiheit durch ihre Vertreter in Hochschulorganen Gefährdungen der Wissenschaftsfreiheit abwehren und ihre fachliche Kompetenz zur Verwirklichung der Wissenschaftsfreiheit in die Universität einbringen können. Der Gesetzgeber muss daher ein hinreichendes Niveau der Partizipation der Grundrechtsträger gewährleisten.“<sup>18</sup>

Dies sei im Wege einer Gesamtwürdigung zu ermitteln, für die das Gericht die folgende je-desto-Formel aufstellt:

„Je stärker der Gesetzgeber die Leitungsorgane mit Kompetenzen ausstattet, desto stärker muss er im Ge-

genzug die direkten oder indirekten Mitwirkungs-, Einfluss-, Informations- und Kontrollrechte der Kollegialorgane ausgestalten, ...“<sup>19</sup>

Entscheidend für die Verfassungswidrigkeit der Regelungen des Hamburgischen Hochschulgesetzes über die Kompetenzverteilung zwischen Dekanat und Fakultätsrat war letztlich, dass der Fakultätsrat nicht nur aller substanziellen Entscheidungsbefugnisse entledigt war, sondern nicht einmal über die Möglichkeit der Abwahl des Dekans mit Hochschullehrermehrheit verfügte. Das Gremium konnte nur mit einer  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit dem Präsidium einen entsprechenden Vorschlag unterbreiten, das für eine Abberufung auch noch der Zustimmung des Hochschulrats bedurfte. Der Fakultätsrat hatte weder Einfluss auf den Struktur- und Entwicklungsplan, noch auf Berufungsentscheidungen, noch auf die Ausrichtung freiwerdender Professuren oder die Mittelverteilung. Als Dekan konnte vom Präsidium ein Externer bestimmt, allerdings nicht gegen den Willen des Fakultätsrats ernannt werden. Informationsrechte waren nicht vorgesehen, nur ein nicht näher bestimmtes Kontrollrecht sowie ein Recht, Stellungnahmen abzugeben.

Das Gericht bewertet das Recht der Wahl und Abwahl dabei ausdrücklich als Einfluss- und Kontrollinstrument, welches Kompetenzerweiterungen des Leitungsorgans und den Entzug direkter Mitwirkungsrechte bei wissenschaftsrelevanten Entscheidungen kompensieren kann.<sup>20</sup>

Eine Antwort auf die Frage, ob es Grenzen für die Kompensation des Entzugs von inhaltlichen Entscheidungsbefugnissen durch indirekte Einflussmöglichkeiten, also Wahl- und vor allem Abwahlbefugnisse, gibt, lässt sich der Entscheidung zum Hamburger Hochschulgesetz nicht entnehmen.

### 4. BVerfGE 136, 338 ff. – Medizinische Hochschule Hannover

Weiterführend, wenn auch nicht alles klärend, ist insoweit die Entscheidung zu den Regelungen über die Medizinische Hochschule Hannover von 2014.<sup>21</sup>

In dieser Entscheidung betont das Gericht, dass die mit Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG garantierte Mitwirkung von Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern im organisatorischen Gesamtgefüge einer Hochschule sich auf alle wissenschaftsrelevanten Entscheidungen erstreckt. Konkretisierend heißt es weiter:

15 Mager, Freiheit von Forschung und Lehre, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd VII, 3. Aufl. 2009, § 166 Rn. 40; kritisch auch Gärditz, Hochschulmanagement und Wissenschaftsadäquanz, NVwZ 2005, 407 (407, 409).

16 BVerfGE 127, 87 (116), Rn. 91.

17 BVerfGE 127, 87 (116).

18 BVerfGE 127, 87 (117).

19 BVerfGE 127, 87 (117 f.).

20 BVerfGE 127, 87 (129).

21 BVerfGE 136, 338 ff.

„Dies sind nicht nur Entscheidungen über konkrete Forschungsvorhaben oder Lehrangebote, sondern auch über die Planung der weiteren Entwicklung einer Einrichtung sowie alle den Wissenschaftsbetrieb prägenden Entscheidungen über die Organisationsstruktur und den Haushalt (vgl. BVerfGE 35, 79 <123>; 61, 260 <279>; 127, 87 <124 ff., 126>), denn das Grundrecht auf Wissenschaftsfreiheit ließe leer, stünden nicht auch die organisatorischen Rahmenbedingungen und die Ressourcen zur Verfügung, die Voraussetzungen für die tatsächliche Inanspruchnahme dieser Freiheit sind (vgl. BVerfGE 35, 79 <114 f.>).“<sup>22</sup>

Erneut wird aber auch der weite Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers unterstrichen, „solange die wissenschaftlich Tätigen an wissenschaftsrelevanten Entscheidungen hinreichend mitwirken können (vgl. BVerfGE 127, 87 <116 f.>).“<sup>23</sup>

Als absolute Grenze jeder Fremdbestimmung, durch repräsentative Selbstverwaltungs- wie durch Leitungsorgane, nennt das Gericht die Angelegenheiten, die der Selbstbestimmung des einzelnen Grundrechtsträgers unterliegen.<sup>24</sup> Außerhalb dieses engen Bereichs individueller Wissenschaftsfreiheit lehnt das Bundesverfassungsgericht einen grundsätzlichen Vorrang plural zusammengesetzter Organe der Selbstverwaltung gegenüber Leitungsorganen ab.<sup>25</sup> Indem es die Qualitäten der jeweiligen Organe beschreibt – funktionaler Pluralismus der Selbstverwaltungsorgane versus straffe Entscheidungsfindung und dynamisches Agieren der Leitungsorgane –,<sup>26</sup> legt es eine funktionsadäquate Aufgabenzuweisung nahe, ohne dies jedoch ausdrücklich auszusprechen. In Anknüpfung an die Brandenburg- und Hamburg-Entscheidung heißt es:

„Die Zuweisung von Entscheidungsbefugnissen an Leitungsorgane darf jedoch nur in dem Maße erfolgen, wie sie inhaltlich begrenzt und organisatorisch so abgesichert sind, dass eine strukturelle Gefährdung der Wissenschaft ausscheidet. [...] Je mehr, je grundlegender und je substantieller wissenschaftsrelevante personelle und sachliche Entscheidungsbefugnisse dem kollegialen Selbstverwaltungsorgan entzogen und einem Leitungsorgan zugewiesen werden, desto stärker muss im Gegenzug die Mitwirkung des Selbstverwaltungsorgans an der Bestellung und Abberufung dieses Leitungsorgans und an dessen Entscheidungen ausgestaltet sein.“<sup>27</sup>

Neu ist das Aufscheinen einer inhaltlichen Grenze dieser Kompensationsmöglichkeit mit der Aussage: „Der Gesetzgeber ist zum organisatorischen Schutz der Wissenschaftsfreiheit vor Gefährdungen im Regelfall gehalten, gerade bei den Weichenstellungen, die Forschung und Lehre unmittelbar betreffen, ein Einvernehmen mit dem Vertretungsorgan akademischer Selbstverwaltung zu fordern.“<sup>28</sup> Letztlich waren die Regelungen über die Medizinische Hochschule Hannover verfassungswidrig, weil der Senat keinen Einfluss auf maßgebliche Entscheidungen über die Entwicklungsplanung, Organisation und wissenschaftsrelevante Verteilung von Haushaltsmitteln hatte, sich aber auch nicht selbstbestimmt vom Leitungsorgan trennen konnte.

#### IV. Systematisierung

In Orientierung an den dargestellten, nicht sehr scharfen Maßstäben, die das Bundesverfassungsgericht der Wissenschaftsfreiheit entnommen hat, wird im Folgenden ein Vorschlag zur Strukturierung hinsichtlich Ob und Wie der hochschulinternen Partizipation zwischen Freiheit und Steuerung unterbreitet. Dabei sind vier Bereiche zu unterscheiden:

- der Bereich unzulässiger Steuerung und damit unbeschränkter Freiheit,
- der Bereich notwendig inhaltlicher Partizipation der repräsentativen Selbstverwaltungsorgane,
- der Bereich der mittelbaren Partizipation der repräsentativen Selbstverwaltungsorgane durch maßgeblichen Einfluss auf die Wahl und Abwahl der Leitungsorgane und
- der Bereich, der keine Partizipation repräsentativer Selbstverwaltungsorgane erfordert.

##### 1. Die Grenzen der Wissenschaftsfreiheit für jede Form der Fremdbestimmung

Eine absolute Grenze zieht die Wissenschaftsfreiheit jeglicher Fremdbestimmung für die Angelegenheiten, die der Selbstbestimmung der einzelnen Grundrechtsträger unterliegen. Sie dürfen weder Vertretungsorganen noch Leitungsorganen zur Entscheidung zugewiesen wer-

22 BVerfGE 136, 338 Rn. 58.

23 BVerfGE 136, 338 Rn. 59.

24 BVerfGE 136, 338 Rn. 59.

25 So schon BVerfGE 111, 333 (356 f.).

26 BVerfGE 136, 338 Rn. 59: „So können Vertretungsorgane die verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmung auch der Organisation von Wissenschaft sichern und vor wissenschaftsgefährdenden Entscheidungen schützen, sofern sie pluralistisch zusammengesetzt sind und es so ermöglichen, die auch innerhalb

der Wissenschaft bestehenden Unterschiede in die Organisation sachverständig einzubringen (zum funktionalen Pluralismus BVerfGE 35, 79 <126 ff.>). Kleine Leitungsorgane sind demgegenüber auf straffe Entscheidungsfindung hin angelegt und können in Distanz zu den einzelnen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern dynamischer agieren.“

27 BVerfGE 136, 338 Rn. 60.

28 BVerfGE 136, 338 Rn. 76.

den.<sup>29</sup> Dies betrifft den Kernbereich individueller Forschung und Lehre, namentlich die Selbstbestimmung hinsichtlich der Auswahl des Forschungsgegenstands, der Fragestellung in Bezug auf den Forschungsgegenstand sowie in Bezug auf die Wahl der Methoden bei der Behandlung des Forschungsgegenstands.<sup>30</sup> Die Lehrfreiheit umfasst die Freiheit der Aufbereitung und Darbietung wissenschaftlicher Erkenntnisse einschließlich der Wahl der Vermittlungsmethoden und Vermittlungsmedien.<sup>31</sup> Die Freiheit der Bestimmung von Zeit und Ort sind dagegen nicht Bestandteil der Lehrfreiheit, soweit sie nicht ausnahmsweise von entscheidender Bedeutung für den Vermittlungserfolg sind.<sup>32</sup>

## 2. Der Bereich notwendiger inhaltlicher Partizipation

Die Antwort auf die Frage nach dem Vorbehalt inhaltlicher Entscheidungsbefugnisse für die repräsentativen Selbstverwaltungsorgane findet ihren Ausgangspunkt darin, dass es jedenfalls nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts keinen grundsätzlichen Vorrang der repräsentativen Selbstverwaltungsorgane vor den Leitungsorganen gibt.<sup>33</sup> Von entscheidender Bedeutung ist der Gesichtspunkt der funktionsadäquaten Aufgabenzuordnung. Dieser Gesichtspunkt wird konkretisiert in dem Grundsatz, dass bei Weichenstellungen, die Forschung und Lehre unmittelbar betreffen, im Regelfall ein Einvernehmen mit dem repräsentativen Selbstverwaltungsorgan zu fordern sei.<sup>34</sup>

Meines Erachtens entspricht es einer wissenschaftsadäquaten Ausgestaltung der Hochschulorganisation, sich auch im Hinblick auf die inneruniversitäre Organisation an der Unterscheidung zwischen den universitären Angelegenheiten, den staatlichen Angelegenheiten und denen, die ein Zusammenwirken von Staat und Universität fordern, zu orientieren. Die ausschließlich universitären Angelegenheiten sind gerade diejenigen, die Forschung und Lehre unmittelbar betreffen, namentlich die Forschungs- und Lehrplanung, die Habilitations- und Promotionsordnungen sowie die Entscheidungen in Promotions- und Habilitationsverfahren. Diese Entscheidungen sind auch inhaltlich den repräsentativen Selbstverwaltungsorga-

nen vorbehalten. Insoweit ist eine Verlagerung von Entscheidungsbefugnissen auf die Leitungsorgane und damit auch eine Kompensation durch indirekte Einflussnahme ausgeschlossen.

In Bezug auf Aufgaben, die im Zusammenwirken von Staat und Universität angesiedelt sind, kommt es auf die unmittelbare Bedeutung für Forschung und Lehre an. Das Zusammenwirken betrifft – wie schon gesagt – die Ordnung des Studiums und der Hochschulprüfungen einschließlich Evaluationen, Berufungen, die Struktur- und Entwicklungsplanung, die Errichtung, Änderung und Aufhebung von Fachbereichen und anderen wissenschaftlichen Einrichtungen. Es handelt sich durchweg um Entscheidungen, die entweder inhaltliche Kompetenz erfordern, unmittelbar Forschung und Lehre betreffen und/oder eine unmittelbare Betroffenheit des wissenschaftlichen Personals zur Folge haben, so dass insoweit zwar keine alleinige Zuständigkeit, aber eine maßgebliche inhaltliche Mitwirkung der repräsentativen Selbstverwaltungsorgane erforderlich ist, die je nach Gegenstand differenziert ausfallen oder auf maßgebliche Zwischenschritte beschränkt sein kann, wie etwa im Fall von Berufungsverfahren.

## 3. Der Bereich mittelbarer Partizipation

Damit bleibt der Bereich der ehemals staatlichen Angelegenheiten, die im Zuge der Universitätsreformen der 1990er Jahre auf die Hochschulen verlagert wurden. Hierbei handelt es sich insbesondere um die Personal-, Wirtschafts-, Haushalts- und Finanzverwaltung. Eine Zuordnung dieser Aufgaben zu den Leitungsorganen ist grundsätzlich funktionsgerecht. Insoweit ist zwar, etwa in Bezug auf den Wirtschafts- und Haushaltsplan, Information und Möglichkeit zur Stellungnahme oder die regelmäßige Abgabe von Rechenschaftsberichten gegenüber den repräsentativen Selbstverwaltungsorganen zu fordern, nicht aber zwingend eine inhaltliche Mitbestimmung.<sup>35</sup> Ausnahmen können sich im Einzelfall ergeben, wenn ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Ressourcenentscheidung und wissenschaftlicher Ausrichtung besteht.<sup>36</sup> Im Übrigen ist zu bedenken, dass die inhaltliche Beteiligung an der Struktur- und Entwicklungsplanung bereits Vorentscheidungen auch über die Ressourcenverteilung enthält und auch deshalb die mittelbare Einflussnahme durch maßgebliche Beteili-

29 BVerfGE 127, 87 (118).

30 BVerfGE 35, 79 (113).

31 BVerfGE 35, 79 (113 f.).

32 Kaufhold, Die Lehrfreiheit – ein verlorenes Grundrecht, 2006, S. 199; a. A. Fehling, in: BK zu Art. 5 Abs. 3 Rn. 88 mit weiteren Nachweisen.

33 BVerfGE 136, 338 Rn. 60. So schon BVerfGE 111, 333 (356 f.); zustimmend Hendler (Fn. 1), S. 250; s. auch Groß, Kollegialprinzip und Hochschulselbstverwaltung, DÖV 2016, 449 (450) mit weiteren Nachweisen. Skeptisch Gärditz, Anmerkung zu BVerfG,

1. Senat, Beschluss vom 24.06.2014 – 1 BVR 3217/07 – Vb gegen organisatorische Hochschulausgestaltung erfolgreich, DVBl. 2014, 1132 (1135) mit weiteren Nachweisen.

34 BVerfGE 136, 338 Rn. 76.

35 Zur fehlenden Tragfähigkeit des Arguments „ehemals staatliche Angelegenheit“ für einen völligen Ausschluss von „der Mitwirkung des einzelnen Wissenschaftlers“, s. Groß (Fn. 33), S. 453.

36 Ein Einvernehmen des Senats in Bezug auf Grundsätze der Mittelverteilung schlägt Groß (Fn. 33), S. 453 vor.

gung an der Bestellung und Abwahl der Leitungsorgane als hinreichende Kompensation angesehen werden kann. Diese Form der Partizipation setzt für ihre sachgerechte Ausübung allerdings voraus, dass sie durch substanzielle Informationsrechte flankiert wird.

#### 4. Der partizipationsfreie Bereich

Als eindeutig partizipationsfreier Bereich bleibt damit die laufende Verwaltung, etwa die laufende Personalverwaltung oder der Vollzug des Wirtschafts- und Haushaltsplans. Insoweit bedarf es keiner Partizipation der repräsentativen Selbstverwaltungsorgane, ggf. aber regelmäßiger Information.

### V. Fazit

Die leitenden verfassungsrechtlichen Kriterien für eine wissenschaftsadäquate Hochschulorganisation sind und

bleiben die vom Bundesverfassungsgericht aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG abgeleiteten und in § 37 HRG aufgenommenen Kriterien Qualifikation, Funktion, Verantwortung und Betroffenheit. Sie lassen hinreichend Spielraum für verschiedene Organisationsmodelle zwischen hierarchischer Leitung und repräsentativ organisierter Selbstverwaltung. Dies gilt auch, wenn die Regelung hinsichtlich Art und Weise der Partizipation sich, wie hier vorgeschlagen, an der herkömmlichen Kompetenzverteilung zwischen Staat und Hochschulen orientiert. Ob und wie die Modelle in der Praxis funktionieren, hängt allerdings entscheidend von tatsächlichen Bedingungen ab. Sie bedürfen der sozialwissenschaftlichen Analyse.<sup>37</sup>

Ute Mager ist Professorin für Öffentliches Recht an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

<sup>37</sup> S. dazu *Bielezki*, *The Power of Collegiality. A Qualitative Analysis of University Presidents Leadership in Germany*, 2018.



# Thomas Würtenberger

## *Privathochschulfreiheit – auch bei der Organisation der Leitungsebene?\**

Private Hochschulen<sup>1</sup> zu gründen und staatlich anerkennen zu lassen, lag bis Mitte des 20. Jahrhunderts außerhalb der bildungspolitischen Vorstellungen. Es galt das Diktum aus dem Preußischen Allgemeinen Landrecht: „Schulen und Universitäten sind Veranstaltungen des Staates“.<sup>2</sup> Dies hat sich grundlegend geändert. Es gibt einen gesellschaftlichen und politisch-rechtlichen Wandel zu einem Hochschulsystem, das dem Gedanken der Subsidiarität verpflichtet ist. Die Bildungsangebote des staatlichen Hochschulsystems werden durch staatlich anerkannte private Hochschulen ergänzt, der Pluralität der Gesellschaft entspricht ein *Pluralismus von Konzepten hochschulpolitischer Schwerpunktsetzung und Ausbildung*.

Von den gegenwärtig etwa 400 Hochschulen in Deutschland sind etwa 160 den nichtstaatlichen Hochschulen zuzurechnen; über 2/3 dieser Privathochschulen wurden erst nach dem Jahr 2000 gegründet.<sup>3</sup> Die Privathochschulen nehmen mittlerweile etwa 10% der Erstsemester auf, eine Quote, die ebenfalls für die Absolventen von Privathochschulen gilt. Demgegenüber sind an Privathochschulen in Relation zu den öffentlichen Hochschulen weniger Professoren beschäftigt. Noch signifikant geringer ist der Anteil der wissenschaftlichen Mitarbeiter an Privathochschulen. So wundert es nicht, dass die Forschungsleistungen privater Hochschulen jedenfalls in der Forschungsbreite gegenüber denen an staatlichen Hochschulen deutlich abfallen. Allerdings gibt es auch forschungsstarke und exzellente Privathochschulen wie etwa die Bucerius Law School.

Während das staatliche Hochschulwesen überwiegend aus Steuermitteln finanziert wird, finanzieren sich Privathochschulen vor allem durch Studiengebühren, Spenden und oftmals auch durch Zuwendungen ihres Trägers. Die teilweise hohen Studiengebühren sind nicht unbedingt ein Nachteil im Wettbewerb mit staatlichen

Hochschulen. Sie ermöglichen den Privathochschulen Lehrveranstaltungen mit überschaubaren Studierendenzahlen anzubieten. Ihre Distanz zum Betrieb der „Massenuniversitäten“ wird von vielen Studierenden geschätzt.<sup>4</sup>

Wie bei aller Privatisierung vormals staatlicher Aufgaben führt auch der neue „Privathochschulmarkt“ zu der Problematik der Qualitätskontrolle. Hat jede natürliche oder juristische Person Zugang zum „Markt der Privathochschulen“, bedarf es nicht allein zum Schutz der Studierenden und der auf gut ausgebildete Hochschulabsolventen angewiesenen Berufszweige effektiver Mechanismen der Kontrolle und Überwachung. Dabei muss Leitlinie sein, dass Studium und Prüfungen an Privathochschulen im Wesentlichen dem Standard an öffentlichen Hochschulen entsprechen. Diese Vergleichbarkeit der Studien- und Prüfungsbedingungen wird unter anderem durch die (Re-)Akkreditierung von Studiengängen sowie durch Maßnahmen staatlicher Aufsicht gesichert.

Die erforderliche Qualitätskontrolle findet allerdings an der Freiheit, eine Privathochschule zu gründen und zu betreiben, ihre Grenze. Die folgenden Ausführungen beschäftigen sich mit den verfassungsrechtlichen Rahmensetzungen für die Qualitätssicherung in der *Gründungsphase* einer Privathochschule. Hier geht es zunächst auf der Grundlage einer grundrechtlich abgesicherten Gründungsfreiheit um den Anspruch auf staatliche Anerkennung (I.). Dieses ministerielle Anerkennungsverfahren bedarf eines besonderen wissenschaftlichen und hochschulorganisatorischen Sachverständigen. Es setzt daher in vielen Bundesländern eine *Prüfung des Hochschulkonzepts* der Privathochschule voraus, mit der zum Beispiel der Wissenschaftsrat betraut wird.<sup>5</sup> Dies führt zu der Frage, in welchem Umfang das zuständige Wissenschaftsministerium, unterstützt durch

\* Dieser Beitrag greift Überlegungen auf, die in einem Rechtsgutachten entwickelt worden sind.

1 Private Hochschulen werden von einem privatrechtlich organisierten Rechtssträger gegründet und unterhalten. Stiftungshochschulen in der Rechtsform des öffentlichen Rechts oder in der Trägerschaft einer öffentlich-rechtlichen Stiftung zählen nicht zu den privaten Hochschulen.

2 II, 12, § 1 Preußisches Allgemeines Landrecht von 1794.

3 Statistische Nachweise bei Penßel, in: Geis (Hg.), Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2. Aufl. 2017, Kap. 6 Rn. 6.

4 Zu den Unterschieden zwischen staatlichen und privaten Hoch-

schulen im Überblick: Sandberger, Governance-Modelle für nicht staatliche Hochschulen – zum Akkreditierungsleitfaden des Wissenschaftsrates, OdW 2016, 95.

5 Vgl. § 73 Abs. 1 S. 2 HG NRW: Das Ministerium „kann von der Bildungseinrichtung verlangen, dass sie zuvor (vor der staatlichen Anerkennung, der Verf.) eine erfolgreiche Konzeptprüfung durch den Wissenschaftsrat oder durch eine vergleichbare, vom Ministerium benannte Einrichtung durchlaufen hat“. Nach § 70 Abs. 1 S. 5 LHG BW soll die Anerkennung von der Durchführung eines Akkreditierungsverfahrens abhängig gemacht werden, um die Entscheidungsgrundlagen zu erweitern.

den Wissenschaftsrat, insbesondere die Leitungsstruktur der Privathochschule auf seine Prüfagenda zu setzen vermag (II.). Denn wenn Privathochschulfreiheit grundrechtlich gewährleistet ist, spricht manches dafür, privat(hochschul)rechtlich mehr Freiheit bei der Organisation von Leitungsstrukturen in Anspruch nehmen zu können, als sie die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der landesgesetzlichen Regelung der Leitungsstrukturen an staatlichen Hochschulen gestattet.

### I. Zum Anspruch des Trägers einer Privathochschule auf staatliche Anerkennung

Die Neugründung einer Privathochschule hat nur dann Erfolg, wenn sie staatlich anerkannt wird. Eine Privathochschule ohne staatliche Anerkennung, die die staatliche Anerkennung der Studienabschlüsse impliziert, wird keine Studierenden finden. Damit geht es in einem ersten Zugriff um den Anspruch des Trägers einer Privathochschule auf staatliche Anerkennung. Die vom Grundgesetz gewährleistete Privathochschulfreiheit bestimmt die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen, unter denen eine staatliche Anerkennung zu erfolgen hat oder abgelehnt werden kann (1.). Wenn die in Übereinstimmung mit Art. 5 Abs. 3 GG gesetzlich geregelten Anerkennungsvoraussetzungen erfüllt sind, kann der Träger ein subjektiv öffentliches Recht auf staatliche Anerkennung seiner Hochschule (2.) geltend machen.

#### 1. Die vom Grundgesetz gewährleistete Privathochschulfreiheit

Der verfassungsrechtliche Standort der Privathochschulfreiheit wird teilweise in der Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes, weit überwiegend aber in Art. 5 Abs. 3 GG gesehen.

#### a) Aus Art. 2 Abs. 1 sowie aus Art. 12 Abs. 1 GG?

Bisweilen leitet man die Freiheit, eine private Hochschule zu gründen, aus Art. 2 Abs. 1<sup>6</sup> oder Art. 12 Abs. 1 GG<sup>7</sup> her. Ein Rückgriff auf die allgemeine Handlungsfreiheit scheidet jedoch aus, wenn man, wie sogleich entwickelt, die Gründung einer Privathochschule dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG zuordnet. Vergleichbares gilt

für die Berufswahl eines „Privathochschulunternehmers“. Dessen unternehmerische Freiheit ist zwar durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt. Dem Gründer einer Privathochschule geht es aber in der Regel nicht allein um unternehmerische Freiheiten. Mit der Gründung und dem Betrieb einer Privathochschule sollen vielmehr wissenschaftspolitische Zielsetzungen in Organisation, Forschung und Ausbildung verfolgt werden. Soweit es bei der Gründung und bei dem Betrieb einer Privathochschule um diesen wissenschaftsaffinen Bereich geht, gelangt der Schutzbereich von Art. 5 Abs. 3 GG zur Anwendung.

#### b) Aus Art. 5 Abs. 3 GG

Art. 5 Abs. 3 GG schützt die Freiheit von Wissenschaft und Forschung gegen Eingriffe des Staates. Der Schutzbereich umfasst die auf wissenschaftliche Erkenntnis gerichtete Tätigkeit des Wissenschaftlers und Forschers; juristische Personen in privatrechtlicher Rechtsform, also etwa eines Vereins, einer GmbH, einer Aktiengesellschaft oder Stiftung, können sich ebenfalls auf Art. 5 Abs. 3 GG berufen.<sup>8</sup> Nicht abschließend geklärt ist allerdings, ob Art. 5 Abs. 3 GG auch die Freiheit umfasst, eine private Hochschule zu gründen.

Nach einer älteren<sup>9</sup> und heute nur von wenigen Autoren vertretenen Ansicht schützt Art. 5 Abs. 3 GG lediglich die auf wissenschaftliche Erkenntnis gerichtete forschende Tätigkeit sowie die freie wissenschaftliche Kommunikation. Das aus Art. 5 Abs. 3 GG folgende Abwehrrecht wird leistungsstaatlich durch die staatliche Verpflichtung ergänzt, durch rechtliche Rahmenseetzungen darauf hinzuwirken, den durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützten Freiheitsraum zu sichern. Im Hinblick auf die organisatorische Gestaltung des Wissenschaftsbereichs bestehe jedoch kein Grundrechtsschutz. Aus Art. 5 Abs. 3 GG lasse sich kein Anspruch herleiten, eine staatliche Anerkennung für die Gründung einer privaten Hochschule zu erhalten.<sup>10</sup>

Diese restriktive Auslegung des von Art. 5 Abs. 3 GG gewährten Schutzes folgt der *Tradition des deutschen Hochschulrechts*, in der die Veranstaltung von Hochschulen als staatliche Aufgabe angesehen wurde.<sup>11</sup> In diese Richtung zielend hat das BVerfG in einer älteren

6 Karpén, Rechtliche Stellung und Chancen einer Privatuniversität, WissR 1990, 123, 129 ff.; Becker, Rechtsfragen zu Gründung und Betrieb privater Universitäten, DVBl. 2002, 94; Lorenz, Privathochschulen, in: Flämig u. a. (Hg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, 2. Aufl. 1996, S. 1157, 1163 f.

7 Krausnick, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, 2012, S. 344 ff.

8 Maunz/Dürig/Remmert, 84. EL August 2018, GG Art. 19 Abs. 3 Rn. 102 mit weit. Nachw. – Zur hier nicht zu vertiefenden Frage, inwieweit sich Stiftungen des Privatrechts auf Art. 5 Abs. 3 GG berufen

können: MüKoBGB/Weitemeyer, 8. Aufl. 2018, BGB § 80 Rn. 62 f.

9 Heidtmann, Grundlagen der Privathochschulfreiheit, 1980, S. 189 ff., 214 ff. mit Nachw.

10 BVerfG DÖV 1979, 750; DVBl. 1994, 1366; Becker, Rechtsfragen zu Gründung und Betrieb privater Universitäten, DVBl. 2002, 94.

11 Siehe oben Fn. 2 sowie Köttgen, Das Grundrecht der deutschen Universität, 1959, S. 70 ff.; Becker, Rechtsfragen zu Gründung und Betrieb privater Universitäten, DVBl. 2002, 92 mit Nachw. in Fn. 2; Heidtmann, Grundlagen der Privathochschulfreiheit, 1980, S. 179 ff., 189 ff., 219 ff.

Entscheidung zu Art. 12 Abs. 1 GG entschieden, der Betrieb einer privaten Fachhochschule sei nicht von der Berufsfreiheit erfasst, wenn der Staat diese Aufgabe im Rahmen seiner Gestaltungskompetenzen monopolisiert habe und durch eigene Lehranstalten wahrnehme.<sup>12</sup> Diese Entscheidung des BVerfG ist allerdings nicht zu Art. 5 Abs. 3 GG ergangen und trägt dem mittlerweile anerkannten Grundrechtsschutz von Fachhochschulen durch Art. 5 Abs. 3 GG offensichtlich noch nicht Rechnung.

Eine historisierende, die Gründung von Privathochschulen ausschließende Auslegung des Art. 5 Abs. 3 GG ist *methodisch verfehlt*.<sup>13</sup> Denn das Traditionsargument darf nicht Unzeitgemäßes festschreiben und nicht die Offenheit des Verfassungsrechts für eine verfassungsrechtliche Bewältigung gesellschaftlichen Wandels beeinträchtigen. Grundrechte müssen eben aus den heutigen Zeitumständen heraus ausgelegt werden. Die Legitimation des Grundrechtsschutzes liegt nicht in der Vergangenheit, sondern in der Gegenwart. Das Grundgesetz als eine *offene Verfassung* will dem historischen Wandel und der Veränderung der Lebensverhältnisse gerecht werden. In diesem Sinn will Art. 5 Abs. 3 GG dem heutigen Zustand des Privathochschulwesens verfassungsrechtlichen Schutz gewähren und dabei die den pluralistischen Staat kennzeichnende Vielfalt der Wissenschaft und ihrer Organisationsformen sichern, aber nicht alte Formen der staatlichen Monopolisierung oder auch nur Lenkung der Hochschulorganisation festschreiben.

Die restriktive, die Gründungsfreiheit von Privathochschulen ausschließende Auslegung des Art. 5 Abs. 3 GG lässt sich zudem nicht mit dem Schutz von sog. *Grundrechtsvoraussetzungen*<sup>14</sup> vereinbaren. Grundrechtsschutz soll sich auch auf das reale Umfeld der Grundrechtsausübung und insbesondere auf alle

Handlungen und Tätigkeiten erstrecken, die die realen Voraussetzungen von Grundrechtsschutz schaffen: sog. *Entstehungssicherung* von Grundrechtsschutz.<sup>15</sup> Diese Sicherung der Grundrechtsvoraussetzungen gilt unter Anderem für jene Grundrechte, die in aller Regel arbeitsteilig wahrgenommen werden. Diese bedürfen der Organisation, die zu gestalten einem künftigen Grundrechtsträger nicht verwehrt werden kann. Ebenso wie die *Pressefreiheit* unzweifelhaft die Gründung von *Presseunternehmen* garantiert, garantiert die *Wissenschaftsfreiheit* die Gründung und, werden die gesetzlich geregelten Voraussetzungen erfüllt, die *staatliche Anerkennung von privaten Hochschulen*.<sup>16</sup>

Letztlich lässt sich aus dem verfassungsrechtlichen Gebot der *Staatsfreiheit von Wissenschaft und Lehre* ein an den Staat gerichtetes *Wissenschaftssteuerungsverbot* herleiten.<sup>17</sup> Ohne die Grenzen eines solchen Wissenschaftssteuerungsverbotes an dieser Stelle genauer ausloten zu müssen, lässt sich ihm jedenfalls folgende staatliche Verpflichtung entnehmen: Durch die Versagung der staatlichen Anerkennung einer Privathochschule darf vom Staat keine Wissenschaftspolitik betrieben werden. Gegenüber dem breiten Spektrum vertretbarer Ansätze in Forschung, Lehre und auch Hochschulorganisation muss er *strikte Neutralität* wahren.

Damit lässt sich als Zwischenergebnis festhalten: Art. 5 Abs. 3 GG *schützt mit der Privathochschulfreiheit auch die Gründungsfreiheit*,<sup>18</sup> soweit mit ihr ein besonderes wissenschaftliches Konzept verfolgt wird. Dies ist *folgenreich*:

Art. 5 Abs. 3 GG gehört zu den vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten. Es gibt keinen Vorbehalt des Gesetzes für die Regelung von Eingriffen in die Privathochschulfreiheit. Die wissenschaftsaffine Privathochschulfreiheit unterliegt vielmehr nur verfassungsimma-

12 BVerfGE 37, 314, 322.

13 Zum Folgenden: *Zippelius/Württemberg*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 7 Rn. 21, 32 ff.

14 Hierzu zusammenfassend *Isensee*, Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl., Bd. IX, 2011, § 190, Rn. 70 ff, 160 ff.

15 Grundlegend *Kloepfer*, Grundrechte als Entstehungssicherung und Bestandsschutz, 1970, hierzu im Kontext der Gründungsfreiheit von Privathochschulen: *Heidtmann*, Grundlagen der Privathochschulfreiheit, 1980, S. 285 ff.; *Steinkemper*, Verfassungsrechtliche Stellung der Privathochschule und ihre staatliche Förderung, 2002, S. 110.

16 In diese Richtung *Isensee*, Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl., Bd. IX, 2011, § 190, Rn. 175, 177.

17 *Heidtmann*, Grundlagen der Privathochschulfreiheit, 1980,

S. 243 ff.; in der Sache ebenfalls *Steinkemper*, Verfassungsrechtliche Stellung der Privathochschule und ihre Finanzierung, 2002, S. 58.

18 *Jarass*, in *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, 14. Aufl. 2016, Art. 5 GG Rn. 141; *Fehling*, in *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 5 Abs. 3 GG Rn. 129 ff.; *Steinkemper*, Verfassungsrechtliche Stellung der Privathochschule und ihre Finanzierung, 2002, S. 116 ff.; *Penßel*, in: *Geis* (Hg.), Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2. Aufl. 2017, Kap. 6 Rn. 41; *Britz*, in *Dreier* (Hg.), Grundgesetz, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Abs. 3 GG Rn. 24; *Wendt*, in von Münch/Kunig (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 5 GG Rn. 105; *Hufen*, Staatsrecht II: Grundrechte, 5. Aufl. 2016, § 34 Rn. 16; *Starck/Paulus*, in von Mangoldt/Klein/Starck (Hg.), Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. 2010, Art. 5 Abs. 3 GG Rn. 532; *Trute*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, S. 120; *Löwer*, Freiheit von Forschung und Lehre, in *Merten/Papier* (Hg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 99 Rn. 19.

nennten Schranken,<sup>19</sup> die allein aus dem Kontext der Verfassung zu ermitteln und durch den Gesetzgeber zu konkretisieren sind. Zu diesen verfassungsimmanenten Schranken gehören insbesondere die Ausbildungsfreiheit der Studierenden und die Qualitätssicherung in der Lehre.

## 2. Zum Anspruch auf staatliche Anerkennung

Die staatliche Anerkennung einer Privathochschule ist von entscheidender Bedeutung für deren Betrieb. Die staatliche Anerkennung berechtigt die Hochschule, staatlich anerkannte Prüfungen abzunehmen und Leistungsnachweise auszustellen. Für den Träger einer Privathochschule ist dies die zentrale Voraussetzung für den Erfolg auf dem großen Markt der Studien- und Studienabschlussangebote. Privathochschulfreiheit ohne staatliche Anerkennung der Studiengänge an einer Privathochschule wäre ein *nudum ius*, wäre ein grundrechtlicher Schutz, der sich nicht realisieren lässt.<sup>20</sup>

### a) Die rechtlichen Voraussetzungen staatlicher Anerkennung

Die Hochschulgesetzen der Länder regeln die rechtlichen Voraussetzungen der staatlichen Anerkennung von Privathochschulen in aller Regel in Konkretisierung der verfassungsimmanenten Schranken des Art. 5 Abs. 3 GG. Folgende Voraussetzungen müssen nach den hochschulrechtlichen Regelungen<sup>21</sup> erfüllt sein:

- dass in der Hochschule die Freiheit von Wissenschaft, Forschung und Lehre sichergestellt ist,<sup>22</sup>
- dass das Studium auf eine berufliche Tätigkeit vorbereitet oder der Weiterbildung dient,
- dass eine Mehrzahl<sup>23</sup> von nebeneinander bestehende oder aufeinander folgende und erfolgreich akkreditierte Studiengänge an der Hochschule vorhanden oder im Rahmen einer Ausbauplanung vorgesehen sind,
- dass das Studium und die Abschlüsse auf Grund der Prüfungsordnungen einer kontinuierlichen internen und externen Qualitätssicherung unterliegen,
- dass die Studienbewerber die Voraussetzungen für

die Aufnahme in eine entsprechende Hochschule in der Trägerschaft des Landes erfüllen,

- dass die Lehraufgaben überwiegend von hauptberuflich Lehrenden der Hochschule wahrgenommen werden, die die Einstellungs Voraussetzungen eines Professors erfüllen,
- dass die Mitglieder der Hochschule an der Gestaltung des Studiums und an der akademischen Selbstverwaltung in sinngemäßer Anwendung<sup>24</sup> der für Hochschulen in staatlicher Trägerschaft geltenden Grundsätze mitwirken,
- dass die den Träger und die Hochschule maßgeblich prägenden natürlichen Personen die freiheitliche demokratische Grundordnung achten und die für den Betrieb einer Hochschule erforderliche Sachkunde und Zuverlässigkeit aufweisen,
- dass der Bestand der Hochschule und des Studienbetriebs sowie die Stellung des Hochschulpersonals wirtschaftlich und rechtlich dauerhaft gesichert sind.

Diese gesetzlichen Voraussetzungen der staatlichen Anerkennung einer privaten Hochschule gestatten es dem Land, seiner Verantwortung für die Qualität des Hochschulwesens nachzukommen.

### b) Zum Ermessen im Anerkennungsverfahren

Nach den hochschulrechtlichen Regelungen<sup>25</sup> können Hochschulen, die nicht in der Trägerschaft des Landes stehen, vom Wissenschaftsministerium staatlich anerkannt werden. Die Anerkennung einer privaten Hochschule steht damit im Ermessen des Ministeriums und damit des Landes. Fraglich ist, wie diese Ermessensregel verfassungskonform auszulegen ist: Besteht ein „Ablehnungsermessen“, wie es früher bisweilen mit Blick auf die eingangs zitierte deutsche Tradition lediglich staatlicher Hochschulen vertreten wurde? Oder führt die Grundrechtsbindung des Staates zu einer erheblichen Einnengung des Ermessensspielraumes? Ist eine Privathochschule immer dann anzuerkennen, wenn sie die gesetzlich geregelten Anerkennungsvoraussetzungen erfüllt?

19 Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 26 Rn. 101 ff.

20 Becker, Rechtsfragen zu Gründung und Betrieb privater Universitäten, DVBl. 2002, 95 mit Nachw.

21 Vgl. § 70 Abs. 2 LHG BW; Art. 76 BayHSchG; § 123 BerlHG; § 83 BbgHG; § 112 Abs. 1 BremHG; § 114 HmbHG; § § 91 HessHG; § 108 LHG M-V; § 64 NdsHG; § 72 HG NRW; § 117 RhPffHochSchG; § 88 SaarLUG; § 106 SächHSFG; § 104 HSG LSA; § 76 SchlHHSG; § 101 ThürHG.

22 Zur Begrenzung dieser Freiheit durch privatrechtliche Vereinba-

rung vgl. unten II., 2b.

23 Diese Regelung kann kaum auf die verfassungsimmanenten Schranken des Art. 5 Abs. 3 GG zurückgeführt werden. Warum sollte eine Privathochschule allein mit dem Studiengang Rechtswissenschaft ausgeschlossen sein?

24 Dieser Verweis auf das staatliche Hochschulrecht in manchen Hochschulgesetzen ist, wie in Folgendem entwickelt wird, verfassungswidrig, es sei denn „sinngemäß“ wird verfassungskonform ausgelegt.

25 Nachweise in Fn. 21.

aa) Ermessensausübung als „Kompetenz-Kann“ oder „Versagungs-Kann“?

Die hochschulrechtlichen Anerkennungsverfahren regeln das ministerielle Ermessen bei einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.<sup>26</sup> In diesem Ermessensbereich lässt sich zwischen einem „Kompetenz-Kann“ und einem „Versagungs-Kann“ unterscheiden:

Bei einem „Kompetenz-Kann“<sup>27</sup> besteht grundsätzlich ein Anspruch des Hochschulträgers auf Anerkennung, wenn die gesetzlichen Anerkennungsvoraussetzungen vorliegen. Die Rechtsfigur des Kompetenz-Kanns führt damit zu einer Einschränkung des Ermessensspielraums in Richtung auf eine *Anerkennungspflicht*. Diese besteht insbesondere dann, wenn an der Privathochschule ein *wissenschaftliches Mindestniveau* und ein den staatlichen Hochschulen vergleichbares Ausbildungsprogramm erreicht werden.<sup>28</sup> Nur unter ganz besonderen Voraussetzungen, etwa bei erheblicher Gefährdung öffentlicher Güter, „kann“ die Anerkennung verweigert werden.

Bei einem „Ermessens-Kann“ hat das Ministerium eine weitreichende Freiheit bei der Anerkennung einer Privathochschule. Im Verfahren der staatlichen Anerkennung kann auf deren Bildungskonzept hingewirkt werden, die Konkurrenzsituation zu anderen privaten und öffentlichen Hochschulen berücksichtigt werden oder eine regionale Lenkung des Ausbildungssektors entscheidungsleitend sein. Mit derartigen Rahmenseetzungen kann das ministerielle Ermessen die Entfaltung von Privathochschulfreiheit nicht nur eng reglementieren, sondern im Ergebnis auch ersticken. Ein solches Ermessen lässt sich geradezu als „Versagungsermessen“ qualifizieren. Ein derartiges „Versagungsermessen“ wäre an der mittlerweile überwundenen Rechtsansicht orientiert, für die Organisation auch des Privathochschulwesens bestehe eine Prärogative der Länder.

Mit einem „Ermessens-Kann“ kann der Gesetzgeber dem zuständigen Ministerium aber auch deutlich be-

grenzt Ermessen bei der Wahrnehmung seiner *Gesamtverantwortung für das Hochschulwesen* einräumen.<sup>29</sup> In dieser Perspektive ist zu klären, wie weit die grundrechtlich geschützte Privathochschulfreiheit durch eine von der Verfassung vorausgesetzte staatliche Verantwortung für das Hochschulwesen<sup>30</sup> dahin eingeschränkt werden kann, im Einzelfall die beantragte staatliche Anerkennung zu versagen. Dies führt zu der Frage, ob und in welchem Umfang die Leitungsstrukturen einer Privathochschule zum Gegenstand eines Anerkennungsverfahrens gemacht werden können.

## II. Privathochschulfreiheit auch bei Festlegung der Leitungsstrukturen

Die Privathochschulfreiheit umfasst auf den ersten Blick auch das Recht des Gründers einer Privathochschule, über deren Leitungsstrukturen zu bestimmen. Dabei geht man teilweise so weit, der Hochschule gegenüber ihrem Träger nur äußerst rudimentäre Selbstverwaltungsrechte einzuräumen.<sup>31</sup> Dies übersieht allerdings, dass die Autonomie des Hochschulträgers durch die Ausbildungsfreiheit der Studierenden und damit durch die Qualitätssicherung einer Lehre mit wissenschaftlicher Fundierung begrenzt wird. Die Privathochschulfreiheit wird zudem durch die Wissenschaftsfreiheit der an der Hochschule tätigen Professoren und Mitarbeiter sowie durch die Grundsätze akademischer Selbstverwaltung beschränkt.

Wie diese beiden Bereiche gerade an Privathochschulen voneinander abzuschichten sind, ist eine noch nicht abschließend geklärt: Ist insoweit die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Leitungsstrukturen an staatlichen Universitäten maßgeblich (1.)? Inwieweit sind gesetzliche Vorgaben für die Organisation der Hochschule selbstverwaltung Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit des Privathochschulträgers?<sup>32</sup> Stehen dem Gründer bzw. Träger einer Privathochschule im Vergleich zur Verfassungslage an staatlichen Hochschu-

26 Zu diesen Handlungsformen der Verwaltung: Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 9 Rn. 51 ff.; Württenberger/Heckmann/Tanneberger, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 7. Aufl. 2017, § 1 Rn. 42 ff.

27 Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 7 Rn. 9; BVerwGE 23, 25, 29; 44, 339, 342 (Rn. 14); zum Kompetenz-Kann bei der staatlichen Anerkennung einer privaten Hochschule: BeckOK HochschulR Bayern/Penfßel, 9. Ed. 1. 5. 2018, BayHSchG Art. 76 Rn. 41.

28 Zu dieser staatlichen Verantwortung für das Hochschulwesen Fehling, in: Bonner Kommentar, Art. 5 Abs. 3 GG (Wissenschaftsfreiheit), Rn. 131.

29 BeckOK HochschulR Hessen/Thürmer, 8. Ed. 1.9.2018, HHG § 91 Rn. 23, der dem Ministerium allerdings auch dann Ermessen

einräumt, wenn im Land die Zahl der Hochschulen oder auch ihre Art begrenzt werden soll. Dies lässt sich mit der aus Art. 5 Abs. 3 GG hergeleiteten Freiheit zu Hochschulgründungen nicht vereinbaren (deulich zurückhaltender jedoch die Kommentierung bei § 91 Abs. 2 Rn. 25).

30 Becker, Rechtsfragen zu Gründung und Betrieb privater Universitäten, DVBl. 2002, 95.

31 Penfßel, in: Geis (Hg.), Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2. Aufl. 2017, Kap. 6, Rn. 54 mit dem fragwürdigem Argument, es gebe keine gesetzliche Regelung, die den nichtstaatlichen Hochschulen das Recht auf Selbstverwaltung gegenüber ihrem Träger einräume.

32 Fehling, in: Bonner Kommentar, Art. 5 Abs. 3 GG (Wissenschaftsfreiheit), Rn. 243.

len weiter gehende Gestaltungsrechte zu (2., 3.)? Nach einer Abschichtung der Einflussmöglichkeiten des Trägers der Privathochschulfreiheit vom verfassungsrechtlich garantierten Bereich akademischer Selbstverwaltung lässt sich entwickeln, ob sich die Hochschulgesetze der Bundesländer und der Leitfadens des Wissenschaftsrates zur Konzeptprüfung von Privathochschulen in den vom Grundgesetz vorgezeichneten Bahnen bewegen (4.).

1. Die Rechtsprechung des BVerfG zur wissenschaftsadäquaten Regelung von Organisation und Leitungsstrukturen staatlicher Hochschulen auf Privathochschulen nur begrenzt anwendbar

Die hier kurz zusammenfassende Rechtsprechung des BVerfG fordert für die staatlichen Hochschulen eine wissenschaftsadäquate Regelung von Organisation und Leitungsebene.<sup>33</sup> Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG als eine objektive wertentscheidende Grundsatznorm verlangt, dass der Staat durch geeignete organisatorische Maßnahmen für die Funktionsfähigkeit der Institutionen eines freien Wissenschaftsbetriebes zu sorgen und dabei den Wissenschaftlern die Teilhabe am Wissenschaftsbetrieb zu ermöglichen hat. Die Wissenschaftsfreiheit muss sich in einem organisatorischen Gesamtgefüge entfalten, „in dem Entscheidungsbefugnisse und Mitwirkungsrechte, Einflussnahme, Information und Kontrolle durch die wissenschaftlich Tätigen so beschaffen sind, dass Gefahren für die Freiheit von Forschung und Lehre vermieden werden“.<sup>34</sup> Die in der Hochschule tätigen Wissenschaftler haben einen Anspruch auf die Wissenschaftsfreiheit sichernde organisatorische Maßnahmen. Hochschulorganisatorischen Entscheidungen, die die Freiheit des Wissenschaftlers zu forschen und zu lehren gefährden, ist entgegen zu wirken.

Abgesehen von individuellen Kontrollmöglichkeiten des Wissenschaftlers bedarf es organisationsrechtlicher Regelungen, kraft derer die Hochschullehrer über ihre Vertretungen in den Gremien Gefährdungen der Wissenschaftsfreiheit abwehren und ihre Vorstellung einer gelebten Wissenschaftsfreiheit in die Hochschulorganisation einbringen können. Ziel dieser Regelungen ist die Vermeidung wissenschaftsinadäquater Entscheidungen.<sup>35</sup>

Bei der Beurteilung, ob sich wissenschaftsinadäquate Entscheidungen vermeiden lassen, ist eine Gesamtsicht

auf das hochschulrechtliche Gesamtgefüge mit seinen unterschiedlichen Entscheidungskompetenzen, mit seinem verfahrensrechtlich geordnetem Zusammenspiel von Leitungs- und Vertretungsorganen sowie mit all seinen unterschiedlichen Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten zu wählen.

Eine strukturelle Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit ist ausgeschlossen, wenn im wissenschaftsorganisatorischen Gesamtgefüge ein hinreichendes Maß an Mitwirkung von Wissenschaftlern an der Planung der Hochschulentwicklung und einzelner Hochschuleinrichtungen, an allen den Wissenschaftsbetrieb prägenden Entscheidungen über die Organisation und den Haushalt sowie am hochschulinternen Satzungsrecht besteht. Leitgedanke ist dabei, die Wissenschaftler nicht allein vor wissenschaftsinadäquaten Entscheidungen zu schützen. Sie sollen darüber hinaus ihre fachliche Kompetenz zur Verwirklichung der Wissenschaftsfreiheit in die Hochschule einbringen können.

Nach der hochschulorganisationsrechtlichen je desto-Formel gilt: Je stärker die Kompetenzen der Leitungsorgane, desto stärkere Mitwirkungs- und Kontrollrechte der Kollegialorgane. Soweit in der Hochschulleitung Präsident bzw. Präsidium/Rektor bzw. Rektorat zu weitreichenden wissenschaftsrelevanten Entscheidungen berechtigt sind, müssen Abwahlregelungen ein Kompetenzgleichgewicht zwischen der Hochschulleitung und dem Senat herstellen. Dabei muss das Abwahlverfahren der Professorenschaft gestatten, sich von einem Präsidiums- oder Rektoratsmitglied zu trennen.

2. Keine Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung auf die Regelung von Organisation und Leitungsebene von Privathochschulen

Diese Rechtsprechung des BVerfG lässt sich aus mehreren Gründen nicht auf privatautonome Regelungen von Organisation und Leitungsebene privater Hochschulen übertragen.<sup>36</sup>

a) Unterschiedliche Gefährdungslage

Der Träger einer privaten Hochschule befindet sich gegenüber staatlichen Hochschulen in einer gänzlich anderen Gefährdungslage. Die von Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Privathochschulfreiheit gestattet, über die

33 Gärditz, Hochschulmanagement und Wissenschaftsadäquanz, NVwZ 2005, 407 ff.; Hartmann, Hochschulorganisation nach dem MHH-Beschluss des BVerfG, WissR 49 (2016), 197 ff.; Goerlich/Sandberger, Hochschulverfassungsrecht – Kontinuität oder Paradigmenwechsel in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: FS für Peine, 2016, S. 311 ff.; Würtenberger, Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der Hochschulleitung im Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg, OdW 2016, S. 1 ff.

34 BVerfG 1 BvR 1501/13, 1682/13 Rn. 68; 1 BvR 3217/07 Rn. 55, 57.

35 BVerfG 1 BvR 911/00, 927/00, 928/00 Rn. 156; 1 BvR 3217/07 Rn. 56.

36 Anders Sandberger, Governace-Modelle für nichtstaatliche Hochschulen – Zum Akkreditierungsleitfadens des Wissenschaftsrates, OdW, 2016, S. 95, 98, der allerdings der grundrechtlichen Gefährdungslage des Trägers von Privathochschulen nicht völlig gerecht wird.

wissenschaftliche Ausrichtung einer Privathochschule und über deren Organisation zu bestimmen, ohne in dieser Wissenschaftsautonomie vom Staat begrenzt zu werden. Art. 5 Abs. 3 GG schützt den Träger der Privathochschulfreiheit vor Grundrechtseingriffen.

An staatlichen Hochschulen hat der Staat hingegen die ganz andere, weitergehende Aufgabe, die Wissenschaftsfreiheit der dortigen Hochschullehrer bei der Entwicklung und Umsetzung der von ihrer Hochschule zu treffenden wissenschaftsaffinen Entscheidungen zu sichern. Hier kann der Staat nur in engen Grenzen die *wissenschaftliche Ausrichtung* einer Hochschule dirigieren und muss die wissenschaftsadäquate akademische Selbstverwaltung schützen.

#### b) Wissenschaftsfreiheit durch Anstellungsvertrag begrenzt

Im bürgerrechtlichen Status der Gleichordnung herrscht Vertragsfreiheit. Durch den *Anstellungsvertrag* kann der Umfang der Wissenschafts- und Forschungsfreiheit begrenzt werden.<sup>37</sup> So lässt sich etwa im Anstellungsvertrag regeln, dass die *Hochschulsatzung* mit ihren Einwirkungsmöglichkeiten des Hochschulträgers auf die Hochschulleitung *anerkannt* wird, dass bestimmte Forschungsschwerpunkte verfolgt werden oder dass bestimmte Wissenschaftskooperationen auf den Weg gebracht werden sollen. Davon abgesehen ist davon auszugehen, dass Art. 5 Abs. 3 GG für die Gestaltung der Leitungsebene an einer Privathochschule keine unmittelbare Drittwirkung entfaltet.<sup>38</sup> Denn der Träger einer Privathochschule ist im Gegensatz zum Staat nicht zum Schutz der von Art. 5 Abs. 3 GG gewährten grundrechtlichen Freiheit verpflichtet. Auch aus Art. 5 Abs. 3 GG als wertentscheidender Grundsatznorm folgt nichts anderes. Wie die Wissenschaftsfreiheit auf den Träger der Privathochschule und auf die Wissenschaftler an der Hochschule zu verteilen ist, folgt nicht aus diesem Konzept, sondern aus einer verhältnismäßigen Zuordnung der Wissenschaftsfreiheit des Hochschulträgers einerseits und der Wissenschaftler mitsamt ihrer akademischen Selbstverwaltung andererseits.

Deutliche rechtliche Begrenzungen der Wissenschafts- und Forschungsfreiheit sind im Übrigen selbst an staatlichen Hochschulen üblich und praktiziert. So regelt etwa § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 LHG BW eine Begrenzung der Forschungsfreiheit für die Professoren an einer Dualen Hochschule: Zu ihren *Dienstaufgaben* gehört lediglich eine auf die duale Ausbildung bezogene Forschung in Kooperation mit den Ausbildungsstätten – eine bemerkenswerte Verengung der Forschungsfreiheit von Hochschullehrern.

#### c) Wissenschaftsfreiheit der Träger von Privathochschulen zur Verwirklichung ihrer Organisationshoheit

Soll sich Grundrechtsschutz durch *Organisation und Verfahren* verwirklichen,<sup>39</sup> müssen die Träger von privaten Hochschulen weitgehend über das *organisatorische Gehäuse* bestimmen können, in dem sich das Wissenschafts- und/oder Lehrkonzept ihrer Privathochschule entfalten können. Wenn der Träger mit der Gründung einer Privathochschule *eine bestimmte Wissenschaftskonzeption*, ein bestimmtes Lehrkonzept, ein *bestimmtes Credo einer Religionsgemeinschaft* oder auch nur einen Kontrapunkt zum Wissenschaftsbetrieb an staatlichen Hochschulen setzen will, muss er dies durch eine Hochschulorganisation absichern können, die ihm die erforderlichen Einwirkungsrechte gestattet.

Dies führt zu der eingangs gestellten Frage ist, ob die staatliche Anerkennung damit verbunden werden kann, dass die private Hochschule zu einer Gestaltung ihrer Leitungsstrukturen verpflichtet wird, die im Wesentlichen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Leitungsstrukturen an staatlichen Hochschulen oder den Leitungsstrukturen in den Landeshochschulgesetzen entspricht.<sup>40</sup> Dem steht entgegen, dass das Anerkennungsverfahren die Privathochschulfreiheit des Trägers der Hochschule, wie sie oben entwickelt wurde, zu respektieren hat. Im Anerkennungsverfahren können keine Vorgaben gemacht werden, die mit der von Art. 5 Abs. 3 GG geschützten Wissenschaftsfreiheit des Hochschulträgers nicht vereinbar sind.

37 Zechlin, Institutionelle Akkreditierung von Privathochschulen und Wissenschaftsfreiheit, *Ordnung der Wissenschaft*, 2018, S. 253, 258 mit Nachw.

38 Fehling, in: Bonner Kommentar, Art. 5 Abs. 3 GG (Wissenschaftsfreiheit), Rn. 52: nur mittelbare Drittwirkung; De Wall, Nichtstaatliche Hochschulen, in: Geis (Hg.), Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2009, Kap VI, S. 417 mit Fn. 4; Sandberger, Kommentar LHG BW, 2. Aufl. 2015, §§ 70-72, Rn. 2; Lorenz, in: Geis (Hg.), Hochschulrecht in Bund und Ländern, § 70 HRG, Rn. 37.

39 Hierzu im Überblick: Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 17 Rn. 41 ff.

40 So Krausnick, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, 2012, S. 351 ff.; Sandberger, Governance-Modelle für nicht staatliche Hochschulen – zum Akkreditierungsleitfaden des Wissenschaftsrates, *OdW* 2016, S. 97 f.

41 Etwa § 72 Abs. 2 Nr. 8 LHG NRW; § 70 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 LHG BW mit Verweis auf die „innere Wissenschaftsfreiheit“, auf einen „akademischen Kernbereich“ „mit maßgeblichem Einfluss auf die Bestellung und Abberufung der Hochschulleitung“.

In dieser Perspektive erscheinen hochschulrechtliche Regelungen<sup>41</sup> *verfassungsrechtlich nicht haltbar*, die die wissenschaftspolitischen Konzepte und die wissenschaftsaffine Organisationshoheit der Träger von Privathochschulen einengen, etwa weil das Hochschulgesetz des jeweiligen Bundeslandes auf die Regelung der akademischen Selbstverwaltung von Privathochschulen sinngemäß angewendet werden soll.

3. Praktische Konkordanz bzw. Abwägung zwischen der Wissenschaftsfreiheit des Hochschulträgers und der Wissenschaftsfreiheit der Professorenschaft sowie der wissenschaftsaffinen Hochschulselbstverwaltung

Wenn sich sowohl der Träger einer privaten Hochschule als auch die dort tätige Professorenschaft auf Art. 5 Abs. 3 GG berufen können, müssen Grundrechtskollisionen aufgelöst werden. Im Privathochschulbereich sind die Kollisionslinien klar ersichtlich: Einerseits: wie weit reichen die Einwirkungsmöglichkeiten des Trägers der Privathochschulfreiheit in die akademische Sphäre „seiner“ Hochschule? Andererseits: wie weit reichen die Wissenschafts- und Lehrfreiheit der an der Hochschule tätigen Professorenschaft sowie ihr akademisches Selbstverwaltungsrecht? Kollisionen wie vorliegend zwischen Grundrechten sind durch *Abwägung* dergestalt aufzulösen, dass zwischen ihren normativen Vorgaben ein *Ausgleich* gefunden wird, der als gerecht erscheint und in dem die Freiheitsgarantien der Verfassung zu *größtmöglicher Wirkung* kommen.<sup>42</sup>

Bei dieser Abwägung ist zu berücksichtigen, dass auch an Privathochschulen neben der Wissenschaftsfreiheit des Trägers der Hochschule die Wissenschaftsfreiheit der Professorenschaft mitsamt der ihnen zustehenden Selbstverwaltung bestehen muss. Bei dieser Abwägung lässt sich danach absichten, was zu den *Vorbehaltsbereichen* der beiden Grundrechtsträger gehört und was in Form einer wissenschaftsadäquaten Kommunikation und Kooperation zu regeln ist.<sup>43</sup>

a) Zu den Vorbehaltsbereichen des Trägers einer Privathochschule

Zu den *Vorbehaltsbereichen* des Trägers einer Hochschule gehört all jenes, was zu deren finanziellen Ausstattung

und deren wissenschaftlichen Ausrichtung gehört. Dabei steht außer Zweifel, dass die staatlichen Angelegenheiten bei öffentlichen Hochschulen in den Aufgabenbereich des Trägers der Privathochschule fallen. Im Einzelnen:

- Wie bei staatlichen Hochschulen die Personal-, Wirtschafts-, Haushalts- und Finanzangelegenheiten
- Insbesondere die Festlegung des Haushalts der Hochschule, der deren wissenschaftlichem Profil angemessen sein muss
- Die Bestimmung und Sicherung des wissenschaftlichen Profils der Hochschule
- Die Bestimmung des Kanzlers bzw. des an der Hochschule für den Haushalt Verantwortlichen
- Die Ernennung des an der Hochschule tätigen wissenschaftlichen Personals und der Hochschulleitung
- Vorschlags- oder jedenfalls Zustimmungsrecht bei der Ernennung der Hochschulleitung, Veto-Recht bei Abwahl eines Mitglieds der Hochschulleitung<sup>44</sup>

Bei den Vorbehaltsbereichen ist, um akademische Belange jeweils zu berücksichtigen, dem Senat ein Anhörungsrecht einzuräumen oder im Benehmen mit dem Senat zu entscheiden.

Im Ergebnis zählt auch die Festlegung des Struktur- und Entwicklungsplans zu den Vorbehaltsbereichen des Hochschulträgers. Zwar ist bei staatlichen Hochschulen ein Mitgestaltungsrecht des Senates an der Struktur- und Entwicklungsplanung gefordert. Die einzelne Planung bedarf aber der Zustimmung des Wissenschaftsministeriums, die verweigert werden kann, wenn sie „nicht mit den Zielen und Vorgaben des Landes in struktureller, finanzieller und ausstattungsbezogener Hinsicht übereinstimmt“.<sup>45</sup> Im Hinblick auf die Privathochschulfreiheit sollte der Träger der Privathochschule im Benehmen mit dem Senat die strukturellen, finanziellen, ausstattungsbezogenen und hochschulpolitischen Orientierungen der Struktur- und Entwicklungspläne beschließen können. Zum mindestens muss dem Hochschulträger ein Zustimmungsrecht eingeräumt sein, das es, wie dem Ministerium de facto bei staatlichen Hochschulen, verfahrensmäßig gestattet, die große Linie der jeweiligen Struktur- und Entwicklungsplanung eigenständig festzulegen.

42 Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 7 Rn. 22 mit Nachw.

43 Zum Folgenden Mager, Das Verhältnis von Steuerung, Freiheit und Partizipation in der Hochschulorganisation aus verfassungsrechtlicher Sicht, in diesem Heft, S. 7.

44 Anders Sandberger, Governace-Modelle für nichtstaatliche Hoch-

schulen – Zum Akkreditierungsleitfaden des Wissenschaftsrates, Ordnung der Wissenschaft, 2016, S. 95, 101 unter Verweis auf BVerwGE 135, 286, Rn. 57 für die Leitungsebene für Hochschulen mit einem Stiftungsträger in der Rechtsform des öffentlichen Rechts.

45 So § 7 Abs. 2 S. 3 LHG BW.

b) Zu den Vorbehaltsrechten der Professorenschaft und der Selbstverwaltungsgremien der Privathochschule

Zu den Vorbehaltsrechten der Professorenschaft und der Selbstverwaltungsgremien der Privathochschule:

- Freiheit von Forschung und Lehre der Hochschul-lehrer ggf. gemäß den vertraglichen Regelungen, eine Mindestausstattung des Forschungsbereichs, grundsätzlich freie Verwendung der Forschungsmittel
- Kompetenz des Senats in allen akademischen Angelegenheiten, wie z.B. Evaluations- und Auswahlverfahren

c) Zu den Mitentscheidungsbereichen

In folgenden Bereichen muss die Hochschulleitung (Senat oder Rektor/Rektorat) im Einvernehmen mit dem Träger der Hochschule entscheiden:

- Änderung der Grundordnung
- Die Errichtung, Änderung und Aufhebung von Fachbereichen<sup>46</sup>
- Einrichtung von Forschungsschwerpunkten
- Regelung der Hochschulprüfungen und Studienordnungen
- Grundsätzlich in Berufungsverfahren
- Bei Abwahl der Hochschulleitung durch den Senat; ggf. auch bei der Wahl der Hochschulleitung

Anderes gilt allerdings, wenn die Errichtung, Änderung und Aufhebung von Fachbereichen oder die Einrichtung von Forschungsschwerpunkten das wissenschaftliche Profil der Hochschule betrifft, das der Träger bestimmt hat oder nach dem Gründungsgeschäft bestimmen kann. Bei Privathochschulen zur Förderung besonderer Wissenschaftskonzepte kann der Träger auch über deren Wissenschaftsorganisation bestimmen. Denn anders als der Staat, der bei seinem Hineinwirken in die staatlichen Hochschulen zu wissenschaftspolitischer Neutralität verpflichtet ist, kann der Privathochschulträger eigene Wissenschaftskonzepte verfolgen.

d) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass das staatliche Hochschulorganisationsrecht zwar grundsätzlich,

aber doch nur begrenzt auf die Regelungen der Leitungsebene privater Hochschulen anzuwenden ist.<sup>47</sup>

4. Zur Verfassungsmäßigkeit der vom Wissenschaftsrat verwendeten Akkreditierungsmaßstäbe im Bereich der Konzeptprüfung

Nach dem Hochschulrecht einiger Bundesländer<sup>48</sup> kann das Wissenschaftsministerium im staatlichen Anerkennungsverfahren die *Konzeptprüfung neu gegründeter Hochschulen* zum Beispiel dem Wissenschaftsrat übertragen. Was unter Konzeptprüfung zu verstehen ist, wird vom Gesetzgeber allerdings nicht näher definiert. Diese Regelungslücke wird vom Wissenschaftsrat durch die Verabschiedung eines umfangreichen und äußerst detaillierten Leitfadens ausgefüllt.<sup>49</sup>

Dieser Leitfaden begegnet in Randbereichen verfassungsrechtlichen Bedenken (a). Seine sehr vage gehaltenen inhaltlichen Vorgaben geben dem Gründer von nichtstaatlichen Hochschulen zudem keine klaren Vorgaben. Sie sind vielmehr auf ein Verfahren angelegt, in dem der mit der Konzeptprüfung befasste Ausschuss des Wissenschaftsrates das durchzusetzen vermag, was er unter „Hochschulformigkeit“ versteht (b). Auf diesem Hintergrund bedarf es der verfassungsrechtlichen Einhegung des hochschulpolitischen Konzeptprüfungsermessens des Wissenschaftsrates (c).

a) Verfassungsrechtliche Bedenken

Der „Leitfaden der Konzeptprüfung nichtstaatlicher Hochschulen in Gründung“ begegnet einigen verfassungsrechtlichen Bedenken:

aa) Keine Berücksichtigung der Wissenschaftsfreiheit des privaten Hochschulträgers

Im Leitfaden des Wissenschaftsrates wird *nicht explizit berücksichtigt*, dass sich der private Hochschulträger auf den grundrechtlichen Schutz seiner Wissenschaftsfreiheit berufen kann. Dieses verfassungsrechtliche Defizit führt dazu, dass der Leitfaden und auch die Prüfungspraxis die verfassungsrechtlich geschützten Trägerinteressen an organisatorischer, wissenschaftlicher sowie ausbildungspolitischer Gestaltung und Akzentsetzung nicht hinreichend berücksichtigen.

46 An staatlichen Hochschulen wird die Gliederung in Fakultäten gemäß den hochschulrechtlichen Vorgaben in der Grundordnung geregelt.

47 So Lynen, Typisierung von Hochschulen, in: Hartmer/Detmer (Hg.), Hochschulrecht, 3. Aufl. 2017, Kap. 3 Rn. 58; Rüfner,

Kirchliche Hochschulen im staatlichen Recht, in Rhode/Rüfner, Kirchliche Hochschulen, 2012, S. 9, 19.

48 § 73 Abs. 1 S. 1 LHG NRW; § 91 Abs. 3 S. 1 Hess HG.

49 Leitfaden der Konzeptprüfung nichtstaatlicher Hochschulen in Gründung – Drs. 4396-15.

bb) Mangelnde demokratische Legitimation einer „Konzeptprüfung nichtstaatlicher Hochschulen“

Besteht der Gründer einer nichtstaatlichen Hochschule nicht die Konzeptprüfung durch den Wissenschaftsrat, so wird ihm die staatliche Anerkennung versagt. Dies ist ein tiefer Eingriff in dessen Wissenschaftsfreiheit.<sup>50</sup> Die Voraussetzungen für einen solchen tiefen Grundrechtseingriff sind nach der Lehre vom Gesetzesvorbehalt vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber in klarer Weise zu regeln. Dem genügt der bloße Hinweis auf eine Konzeptprüfung nicht. Der Begriff „Konzeptprüfung“ besagt nur, dass ein hochschulpolitisches Konzept zu prüfen sei, sagt aber nichts darüber aus, welche Maßstäbe an das zu prüfende hochschulpolitische Konzept anzulegen sind.

Zwar wird vom Wissenschaftsrat in eigenständiger Weise die „Hochschulförmigkeit“<sup>51</sup> als zentraler Maßstab der Konzeptprüfung entwickelt und ausdifferenziert. Die Hochschulförmigkeit aber ist kein normativer Begriff des deutschen Hochschulrechts. Eine solche Maßstäblichkeit müsste vom *demokratisch legitimierten Gesetzgeber vorgegeben* werden, kann aber nicht von einer privaten Organisation als Anerkennungsvoraussetzung in das Anerkennungsverfahren eingebracht werden.

Derartige Pflichten zu gesetzlicher Regelung hat das BVerfG für die Akkreditierungsverfahren entschieden:

„Die mit der Qualitätssicherung verbundenen Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit bedürfen nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage. Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot verpflichten den Gesetzgeber dazu, die insoweit für die Grundrechtswirklichkeit maßgeblichen Regelungen selbst zu treffen. Was wesentlich ist, ergibt sich aus den tragenden Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere aus den dort verbürgten Grundrechten. Wie weit der Gesetzgeber die für den jeweils geschützten Lebensbereich wesentlichen

Leitlinien selbst bestimmen muss, lässt sich dabei nur im Blick auf den Sachbereich und die Eigenart des Regelungsgegenstandes beurteilen.“<sup>52</sup>

Da die Konzeptprüfungsverfahren des Wissenschaftsrates dem Schutz der Studierenden und der Qualitätssicherung im Bereich von Privathochschulen dienen, lassen sich auf diese die im Akkreditierungsurteil des BVerfG entwickelten Maßstäbe anwenden. Der Wissenschaftsrat ist, wie das Wissenschaftsministerium, auf die Überprüfung der gesetzlich geregelten Anerkennungsvoraussetzungen beschränkt: Die Hochschulgesetze der Länder regeln zwar in uneinheitlicher Weise die Anerkennungsvoraussetzung, dass die akademische Selbstverwaltung auch an Privathochschulen zu sichern sei. Sie machen aber keine konkreten, auf die Privathochschulfreiheit zugeschnittenen Vorgaben für die Leitungsebene an Privathochschulen.<sup>53</sup> Der Träger der Privathochschule vermag aus dem Hochschulrecht nicht zu entnehmen, welche Vorgaben er bei der Organisation der Leitungsebene zu berücksichtigen hat. Soweit derartige hochschulrechtlichen Regelungen fehlen, was in den meisten Bundesländern der Fall ist, besteht keine Prüfungskompetenz des Wissenschaftsrates.<sup>54</sup>

cc) Fehlerhafte rechtliche Einordnung der nichtstaatlichen Hochschulen

Nicht zuletzt bleibt zu kritisieren, dass der Wissenschaftsrat die nichtstaatlichen Hochschulen unzutreffend in die Staatsorganisation einordnet. Der Wissenschaftsrat stellt seinen hochschulpolitischen Auftrag mit folgenden Worten dar:

„Der Wissenschaftsrat hat auf der Basis seiner Empfehlungen zur Institutionellen Akkreditierung privater Hochschulen einen Akkreditierungsausschuss eingesetzt, der im Auftrag der Länder Institutionelle Akkreditierungen und Konzeptprüfungen durchführt. Dabei handelt es sich um Verfahren der länderübergreifenden

50 *Zechlin*, Institutionelle Akkreditierung von Privathochschulen und Wissenschaftsfreiheit, *OdW*, 2018, S. 253, 260 zu den Erwartungen des Wissenschaftsrates, dass die zuständigen Ministerien seine Auflagen und Empfehlungen in die Anerkennungspraxis umsetzen. In dieser Erwartung wird der Wissenschaftsrat nicht enttäuscht: Was von ihm vorgeschrieben wird, findet Eingang in das Anerkennungsverfahren.

51 Vgl. etwa Wissenschaftsrat, Stellungnahme zur Reakkreditierung (Promotionsrecht) der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft, Hamburg vom 27. 4. 2018, Drs. 6974-18, S. 5.

52 BVerfGE 141, 143 Rn. 59; *Geis*, Das Bundesverfassungsgericht zur Akkreditierung, *OdW* 2016, 193 ff.; *Mager*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Akkreditierung von Studiengängen – Zugleich eine kritische Auseinandersetzung mit der Akkreditierungs-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und eine ver-

fassungsrechtliche Bewertung des Akkreditierungs-Staatsvertrags, *OdW* 2017, S. 237 ff.; *Hufen*, *JuS* 2016, 855 ff.

53 So regelt etwa § 91 Abs. 2 Hess HG die privathochschulrechtliche Selbstverwaltung nur sehr rudimentär; für Reglementierungen der Leitungsebene an Privathochschulen bestehen keinerlei rechtliche Grundlagen.

54 *Zechlin*, Institutionelle Akkreditierung von Privathochschulen und Wissenschaftsfreiheit, *OdW* 2018, S. 253, 260; *Otting/Ziegler*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Akkreditierung im Hochschulwesen, *NVwZ* 2016, 1064, 1066; BeckOK HochschulR NRW/*Birnbaum*, 8. Ed. 1.8.2018, HG § 73 Rn. 9.

55 Wissenschaftsrat, Stellungnahme zur Reakkreditierung (Promotionsrecht) der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft, Hamburg vom 27. 4. 2018, Drs. 6974-18, S. 5.

Qualitätssicherung nichtstaatlicher Hochschulen in ihrer Eigenschaft als staatlich beliehene Einrichtungen des tertiären Bildungssektors“.<sup>55</sup>

Wenn die nichtstaatlichen Hochschulen staatlich beliehene Einrichtungen sein sollten, müssten sie über eine Beleihung in die Staatsorganisation eingefügt sein. Dem widersprechen allerdings Regelungen nach denen die Hochschule „mit der Anerkennung das Recht erhält, auf privatrechtlicher Grundlage einen Studien- und Prüfungsbetrieb durchzuführen, der mit einem akademischen Grad abschließt“.<sup>56</sup> So nimmt man denn auch an, dass Privathochschulen keine Hoheitsgewalt übertragen ist und sie dem Zivilrecht unterfallen.<sup>57</sup> In Bundesländern, in denen eine Beleihung von Privathochschulen angenommen wird, ist diese auf die Bereiche von Prüfung und Graduierung beschränkt. Es gibt eben keinen Akt der Beleihung mit umfassender Hoheitsgewalt im Privathochschulbereich. Nichtstaatliche Hochschulen werden vielmehr lediglich staatlich anerkannt, aber von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich mit Hoheitsgewalt allein im Prüfungsbereich beliehen.<sup>58</sup>

Dies fragwürdige Verständnis des rechtlichen Status von Privathochschulen ist nicht folgenlos: Wer Privathochschulen als staatlich beliehene Einrichtungen ansieht, neigt zu weit reichenden Einwirkungsrechten des Staates auf deren Leitungsebene, die es jedoch im Privathochschulbereich nicht gibt.

#### b) Kriterien des Wissenschaftsrates bei der Konzeptprüfung von Organisation und Leitungsebene nichtstaatlicher Hochschulen

In seinem „Leitfaden der Konzeptprüfung nichtstaatlicher Hochschulen in Gründung – Drs. 4396-15“, S. 23 ff. entwickelt der Wissenschaftsrat die Kriterien und Maßstäbe, denen die Organisation und Leitungsebene nichtstaatlicher Hochschulen zu folgen haben:

„Leitungsstruktur und Organisation einer Hochschule müssen die grundgesetzlich garantierte Freiheit von Kunst, Wissenschaft, Forschung und Lehre sicherstellen. Entscheidend dafür ist zum einen ein diese Anforderung respektierendes Verhältnis zwischen der Hochschule und deren Trägereinrichtung und Betreiber. Zum anderen setzt die Gewährleistung akademischer Freiheitsrechte voraus, dass die Leitungs- und Selbstverwaltungsstrukturen innerhalb der Hochschule so beschaffen sind, dass sich die Hochschul-

mitglieder ihrem jeweiligen Status entsprechend an den akademischen Entscheidungsprozessen beteiligen können. Schließlich muss die Hochschule über eine wissenschaftsadäquate und ihren spezifischen Anforderungen genügende Organisationsstruktur sowie über ein funktionsgerechtes Qualitätsmanagement verfügen“.

Diese sehr allgemeinen Bemerkungen blenden, um es nochmals hervorzuheben, die an sich zu berücksichtigende Wissenschaftsfreiheit des Trägers einer Privathochschule aus. Im Einzelnen werden für die Beurteilung der Leitungsebene an Privathochschulen folgende Prüfkriterien entwickelt:

- Das Verhältnis zwischen den Interessen und Steuerungsmöglichkeiten des Betreibers, der Trägereinrichtung und der geplanten Hochschule ist ausgewogen gestaltet und schützt die Hochschule, ihre Organe und Mitglieder gegen wissenschaftsfremde Einflüsse Dritter.
- Die Organe und akademischen Gremien der geplanten Hochschule verfügen über hinreichende Kompetenzen in sämtlichen akademischen Belangen.
- Die Kompetenzen für die inhaltliche Gestaltung der Rahmenbedingungen von Forschung und Lehre liegen bei den Professorinnen und Professoren, die zu diesem Zweck über eine strukturelle Mehrheit im zentralen Selbstverwaltungsorgan der geplanten Hochschule verfügen.
- Professorinnen und Professoren unterliegen hinsichtlich der Inhalte von Lehre, Forschung und Kunstausübung keiner in ihre verfassungsmäßigen Grundrechte eingreifenden Weisungsbefugnis seitens der Hochschulleitung, der Hochschulträgereinrichtung oder des Betreibers.
- Das zentrale Selbstverwaltungsorgan der geplanten Hochschule hat hinsichtlich der Gestaltung und Änderung der Grundordnung oder Satzung der geplanten Hochschule ein Initiativrecht. Es beschließt die Grundordnung oder Satzung im Einvernehmen mit der Trägereinrichtung oder dem Betreiber.
- Die Bestellung und Abberufung der mit akademischen Angelegenheiten betrauten Mitglieder der Hochschulleitung erfolgt unter maßgeblicher Mitwirkung (Wahlrecht, Vorschlagsrecht oder Zustimmungserfordernis) des zentralen Selbstverwaltungs-

56 § 91 Abs. 4 S. 1 HS 1 Hess HG.

57 *Lynen*, Typisierung von Hochschulen, in: Hartmer/Detmer (Hg.), Hochschulrecht. 3. Aufl. 2017, Kap. 3 Rn. 58.

58 Vgl. BeckOK HochschulR Nds/Lange, 8. Ed. 1.6.2018, NHG § 64 Rn. 11; 67 Rn. 3 ff.; BAG NZA-RR 2011, 216 Rn. 52; VKH Kassel,

NJW 2016, 1338 Rn. 3; differenzierend OVG Münster BeckRS 2013, 51556; anders die Rechtslage u. a. in Bayern: BeckOK HochschulR Bayern/Penfel, 10. Ed. 1.8.2018, BayHSchG Art. 77 Rn. 3, 13.

organs der geplanten Hochschule. Die Besetzung der akademischen Leitungsämter nachgeordneter Funktionsebenen erfolgt entsprechend.

- Das zentrale Selbstverwaltungsorgan der geplanten Hochschule kann auf Antrag eines Mitglieds in Abwesenheit von Vertreterinnen und Vertretern der Trägereinrichtung oder des Betreibers, die qua Amt zu seinen Mitgliedern zählen (z. B. die Kanzlerin oder der Kanzler), tagen und Entscheidungen treffen.
- (in Berufungsverfahren) werden in der Regel folgende Grundprinzipien eingehalten: wissenschaftsgeleitete Denomination, öffentliche Ausschreibung, Leistungsevaluation nach transparenten und verbindlichen Kriterien, Einbindung eines akademischen Selbstverwaltungsorgans, Beteiligung externen wissenschaftlichen Sachverständigen, professorale Mehrheit in der Berufungskommission, Ausschluss von Vertreterinnen oder Vertretern des Betreibers und der Trägereinrichtung aus der Berufungskommission, sofern Letztere keine durch das zentrale Selbstverwaltungsorgan legitimierte Funktion in der Hochschulleitung innehaben, zeitnahe und regelmäßige Information der Bewerberinnen und Bewerber über den Stand des Verfahrens. Es ist ferner sichergestellt, dass der Betreiber oder die Trägereinrichtung der Hochschule Berufungsvorschläge nicht aus Gründen ablehnen kann, die die wissenschaftliche Qualifikation der Kandidatinnen und Kandidaten betreffen. Der Qualitätssicherung der Berufungsverfahren dient auch die Einsetzung von Berufsbeauftragten.

In dieser Allgemeinheit kann den vom Wissenschaftsrat entwickelten Maßstäben einer Konzeptprüfung im Grundsatz zugestimmt werden.<sup>59</sup> Auf eine *Homogenität der Leitungsebene* an privaten und staatlichen Hochschulen darf mit diesem Prüfkonzept allerdings nicht hingewirkt werden. Den vorstehend geäußerten

verfassungsrechtlichen Bedenken lässt sich bei der Prüfung des jeweiligen Hochschulkonzepts Rechnung tragen. Dabei müssen die Prüfungsmaßstäbe einzelfallorientiert in dem Maß zurückgenommen werden, in dem der Hochschulträger *eigene* wissenschaftspolitische Ziele und Organisationsformen verfolgt.

### III. Schlussbemerkung

Trotz der grundsätzlichen Zustimmung zur Konzeptprüfung des Wissenschaftsrates in der Gründungsphase einer Privathochschule sei festgehalten: Diese legitime Qualitätskontrolle darf nicht in eine inadäquate und verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigende *Fremdbestimmung* des Trägers der Hochschule münden. Dem Hochschulträger ist die Freiheit zu belassen, selbstbestimmte Besonderheiten und Alternativkonzepte zu herkömmlichen und insbesondere staatlichen Modellen der Hochschulleitung zu verfolgen.<sup>60</sup> In einem pluralistischen Hochschulwesen muss es möglich sein, den vom BVerfG entwickelten Vorgaben für die Hochschulleitung andere Leitungskonzepte entgegen zu setzen. Erst ein solches Experimentieren mit unterschiedlichen Leitungskonzepten ermöglicht, jenseits verfassungsgerichtlicher Rahmensetzungen alternative Leitungskonzepte auf den Prüfstand wissenschaftsadäquater Realisierung zu stellen. Soll etwa der Privathochschulfreiheit der Versuch verwehrt sein, im Ausland erprobte Leitungskonzepte in die deutsche Wissenschaftskultur zu übertragen? Eine Konzeptprüfung des Wissenschaftsrates muss bereits in der Gründungsphase den hochschul- und wissenschaftspolitischen Vorstellungen des Hochschulträgers in angemessener Weise Rechnung tragen.

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

59 Sehr viel großzügiger zu einer vom Wissenschaftsrat erzwungenen Homogenität in der Hochschulorganisation staatlicher und privater Hochschulen: *Lynen*, Typisierung von Hochschulen, in: Hartmer/Detmer (Hg.), Hochschulrecht. 3. Aufl. 2017, Kap. 3 Rn.

58, der allerdings, wie er selbst bemerkt, an den Prüfungsausschüssen des Wissenschaftsrates mitwirkt.

60 So nachdrücklich *Hufen*, JuS 2016, 855, 858.

# Christoph Ohly

## *Mit überlegter und prophetischer Entschlossenheit. Aspekte der Neuausrichtung kirchlicher Universitäten und Fakultäten gemäß Veritatis gaudium*

### I. Anstoß und Verwirklichung

#### II. Grundkriterien eines erneuerten Studiensystems

1. Dienst der Verkündigung
2. Kennzeichen einer missionarischen Kirche „im Aufbruch“
  - a) Einführung in das Kerygma
  - b) Dialog als Kultur der Begegnung
  - c) Inter- und Transdisziplinarität
  - d) Bildung von Netzwerken

#### 3. Indispensabler Auftrag der Konstitution

#### III. Konsequenzen für kirchliche Hochschulen

1. Umsetzung zum akademischen Jahr 2018/2019
2. Fortführung der personellen Öffnung kirchlicher Hochschulen
3. Einrichtung neuer Studiengänge
4. Sonstige kirchliche Fakultäten
5. Fazit

### I. Anstoß und Verwirklichung

Die bekannte „Regensburger Vorlesung“, die Papst Benedikt XVI. am 12.9.2006 an seiner ehemaligen Wirkungsstätte als Universitätsprofessor hielt, gehört ohne Zweifel zu den historisch bedeutsamen Texten heutiger Philosophie und Theologie.<sup>1</sup> Sie hat im doppelten Sinne viel in Bewegung gebracht. Neben einer neuen bedeutsamen Etappe im Dialog zwischen Vertretern der Katholischen Kirche und Gelehrten der islamischen Welt vermochte sie mit Blick auf die Beziehung von Glaube, Vernunft und Universität einen Anstoß zu setzen, der in der Apostolischen Konstitution *Veritatis gaudium* von Papst Franziskus über die kirchlichen Universitäten und Fakultäten vom 27.12.2017 eine erkennbare Aufnahme und Umsetzung erfahren hat.<sup>2</sup> Der

inzwischen emeritierte Papst schloss damals seine Überlegungen mit dem Aufruf:

„Mut zur Weite der Vernunft, nicht Absage an ihre Größe – das ist das Programm, mit dem eine dem biblischen Glauben verpflichtete Theologie in den Disput der Gegenwart eintritt. ‚Nicht vernunftgemäß, nicht mit dem Logos handeln ist dem Wesen Gottes zuwider‘, hat Manuel II. von seinem christlichen Gottesbild her zu seinem persischen Gesprächspartner gesagt. In diesen großen Logos, in diese Weite der Vernunft laden wir beim Dialog der Kulturen unsere Gesprächspartner ein. Sie selber immer wieder zu finden, ist die große Aufgabe der Universität.“<sup>3</sup>

Damit ist so etwas wie das Grundgesetz einer verantwortlichen Theologie im Kontext der universitären und akademischen Welt formuliert und in Erinnerung gerufen worden. Theologie versteht sich als vernunftorientierte Erforschung und Verkündigung des Glaubens, der als solcher in den Disput mit anderen Wissenschaften tritt. Dabei entfaltet sich diese disputative Begegnung in der Haltung eines Dialogs, der auf indispensable Weise sowohl aus dem bereitwilligen Hören des anderen und seiner Position erwächst als auch auf der Erkenntnis beruht, in einer verbindenden Wahrheit zu kommunizieren: „Dialog ohne dieses innere Hören auf den gemeinsamen Grund würde ein Disput von Tauben bleiben.“<sup>4</sup>

Papst Franziskus hat diesen Leitgedanken mit dem spezifischen Blick auf die „Neubelebung der kirchlichen Studien auf allen Ebenen“<sup>5</sup> aufgenommen und ihn mit der veränderten Situation kirchlicher Verkündigung verbunden. In rechtlicher Hinsicht schließt er dabei mit *Veritatis gaudium* und den zugehörigen *Ordinationes* an die Apostolische Konstitution *Sapientia Christiana* vom 29.4.1979 an, mit der Papst Johannes Paul II. das kirchliche Hoch-

1 Papst Benedikt XVI., Glaube, Vernunft und Universität. Erinnerungen und Reflexionen. Regensburger Vorlesung vom 12.09.2006, in: Verlautbarungen des Apostolischen Stuhls 174, Bonn 2006, 72-84.

2 Papst Franziskus, Apostolische Konstitution *Veritatis gaudium* über die kirchlichen Universitäten und Fakultäten vom 27.12.2017, in: Verlautbarungen des Apostolischen Stuhls 211, Bonn 2018. Im Folgenden: VG. Dazu auch *ders.*, Nachsynodales Schreiben *Evangelii gaudium*, in:

Verlautbarungen des Apostolischen Stuhls 194, Bonn 2013, 132-134.

3 Benedikt XVI., Vorlesung (Anm. 1), 84.

4 Joseph Ratzinger, Vom Wesen des Akademischen und seiner Freiheit, in: *ders.*, Wesen und Auftrag der Theologie. Versuche zu ihrer Ortsbestimmung im Disput der Gegenwart, Einsiedeln 1993, 26-35, hier 28.

5 VG, 1.

schulwesen gemäß den Vorgaben des II. Vatikanischen Konzils neu geordnet hatte.<sup>6</sup> Nicht nur die „neue Phase der Sendung der Kirche“<sup>7</sup> in Form veränderter ekklesialer Rahmenbedingungen, sondern auch die seit 1979 erfolgten Rechtsfortschreibungen machen nach Auffassung des Papstes eine aktualisierte Anpassung („aggiornamento“) notwendig, ohne damit *Sapientia Christiana* die bleibende rechtliche Gültigkeit zu entziehen. Vielmehr geht es um eine Art „Update“<sup>8</sup> der Bestimmungen, die sowohl durch die innerkirchlichen Delegationen der Konstitution (z.B. in Bezug auf die kanonistischen Fakultäten und die kirchlichen Studien der Philosophie) und einschlägigen päpstlichen Lehrdokumente<sup>9</sup> als auch durch die Reformen im Rahmen des sog. Bologna-Prozesses notwendig geworden sind.<sup>10</sup> Die inhaltlichen und rechtlichen Koordinaten wertet Papst Franziskus als günstiges Zeitfenster, um den kirchlichen Studien „mit überlegter und prophetischer Entschlossenheit“<sup>11</sup> eine erneuerte Ausrichtung zu vermitteln.

Die nachfolgenden Überlegungen unternehmen den Versuch, die inhaltlichen Maßgaben der päpstlichen Ausführungen für die kirchlichen Hochschuleinrichtungen zu bestimmen und einige zentrale rechtliche Konsequenzen zu benennen.

## II. Grundkriterien eines erneuerten Studiensystems

### 1. Dienst der Verkündigung

Gemäß c. 815 CIC kommt den kirchlichen Universitäten und Fakultäten der Auftrag der Kirche zu, „die geoffenbarte Wahrheit zu verkündigen“. Die wissenschaftliche Befassung mit der Offenbarung Gottes wird demzufolge „nicht als eine bloße Möglichkeit, sondern gleichsam als eine naturnotwendige Folge aus dem Verkündigungsauftrag der Kirche verstanden.“<sup>12</sup> Die Hochschuleinrichtungen stehen folglich im Dienst der kirchlichen Ver-

kündigung, die ihnen eine Art paradigmatisches Siegel aufdrückt. Sie widmen sich – anders als die Katholischen Universitäten nach c. 807 CIC – vornehmlich der theologischen Wissenschaft und den mit ihr verbundenen Disziplinen und sind als solche vom Apostolischen Stuhl mit allen akademischen Rechten und Pflichten errichtet.<sup>13</sup>

Das Wesen der kirchlichen Forschungs- und Lehrinstitutionen macht damit zugleich ihre Abhängigkeit von den jeweiligen Erfordernissen der kirchlichen Verkündigung deutlich. Wenn Papst Franziskus die aktuelle, mit tiefgreifenden Veränderungen verbundene Phase der Kirche als eine „neue Etappe der Evangelisierung“ kennzeichnet, die zu einer angemessenen „Erneuerung des kirchlichen Studiensystems“ führen muss, in dem sich die philosophisch-theologischen Studien als „eine Art günstiges kulturelles Laboratorium“ verstehen, das fähig ist, eine „performative Interpretation der Wirklichkeit“ zu leisten, „die dem Christusergebnis entspringt und sich aus den Gaben der Weisheit und der Wissenschaft speist“, dann wird darin unausweichlich die neue Akzentsetzung durch *Veritatis gaudium* erkennbar.<sup>14</sup> Die Theologie lebt nicht allein aus einem inneren Bezug zur göttlichen Offenbarung und ihrer beständigen Durchdringung. Sie ist als Selbstmitteilung Gottes immer nach außen, und das heißt auf den Menschen, gerichtet. So kann auch ihre Erschließung und Verkündigung nicht von den kontextuellen Gegebenheiten des Hier und Jetzt absehen. Vielmehr müssen die aktuellen Gegebenheiten menschlicher und gesellschaftlicher Existenz stärker in die Ausrichtung und Zielsetzung der Studien mit einfließen.

Der Papst geht in dieser Hinsicht sogar noch weiter. Er verlangt einen „radikalen Paradigmenwechsel“, oder provozierender formuliert, eine „mutige(n) kulturelle(n) Revolution“, innerhalb derer die kirchlichen Universitä-

6 Papst Johannes Paul II., Apostolische Konstitution *Sapientia Christiana* über die kirchlichen Universitäten und Fakultäten vom 29.04.1979, in: Verlautbarungen des Apostolischen Stuhls 9, Bonn 1979. Im Folgenden: SapChr. Siehe dazu Ulrich Rhode, Die Hochschulen, in: HdbkathKR3, Regensburg 2015, 1048-1085; Stephan Haering, Katholische Theologie an wissenschaftlichen Hochschulen. Kanonistische und staatskirchenrechtliche Rahmenbedingungen für Bayern und Deutschland, in: Stephanie von Luttitz / Ludwig Mödl (Hrsg.), Theologie. Und wie es weitergeht, Würzburg 2018, 11-27.

7 VG, 1.

8 Matthias Pulte / Anna-Christina Schmees, Was ist neu in der Apostolischen Konstitution *Veritatis gaudium* über das katholische Hochschulwesen?, in: Ansgar Hense / Matthias Pulte (Hg.), Kirchliche Hochschulen und konfessionelle akademische Institutionen im Lichte staatlicher und kirchlicher Wissenschaftsfreiheit (Mainzer Beiträge zu Kirchen- und Religionsrecht 4), Würzburg 2018, 241-271, hier 242.

9 Zu denken ist hier vornehmlich an die Enzykliken *Evangelii nun-*

*tiandi* und *Populorum progressio* (Paul VI.), *Redemptor hominis*, *Fides et ratio*, *Laborem exercens*, *Sollicitudo rei socialis* und *Centesimus annus* (Johannes Paul II.) sowie *Caritas in veritate* (Benedikt XVI.) und *Laudato si* (Franziskus).

10 Vgl. dazu Matthias Ambros, Sendung nach innen wie nach außen. Die Zukunft der Theologie und der Theologischen Fakultäten im Licht der Apostolischen Konstitution *Veritatis gaudium*, in: Stephanie von Luttitz / Ludwig Mödl (Hg.), Theologie. Und wie es weitergeht, Würzburg 2018, 43-69, hier 45-46.

11 VG, 1.

12 Winfried Aymans / Klaus Mörsdorf, Kanonisches Recht III, Paderborn 2007, 146. Dazu cc. 815-821 CIC.

13 Vgl. SapChr, Art. 1 und 2. Gemäß VG, Art. 2 § 2 zählen dazu auch die theologischen Fakultäten in staatlichen Universitäten und in den katholischen Universitäten (gemäß Art. 1 § 2 der Apostolischen Konstitution *Ex corde Ecclesiae* vom 15.08.1990, in: AAS [1990] 1475-1509). In die nachfolgenden Überlegungen werden diese jedoch nicht eigens einbezogen.

14 VG, 3.

ten und Fakultäten einen entscheidenden Beitrag als Sauerteig innerhalb von Kultur und Gesellschaft zur Verkündigung des Evangeliums zu leisten befähigt werden.<sup>15</sup> Mit anderen Worten: Eine kirchliche Hochschule steht in einem unaufgebbaren Zusammenhang mit dem Auftrag der Evangelisierung, die zugleich bereit ist, beständig den Adressatenraum mit seinen spezifischen Gegebenheiten zu erforschen und, das wird ohne Zweifel konstatiert, aus ihm zu lernen. Für bestehende und künftige kirchliche Hochschuleinrichtungen bringt dies das Desiderat eines erneuerten Zueinanders von hoher wissenschaftlicher Qualität in Lehre und Forschung einerseits und einer der Trias „Wort Gottes – Kirchliche Tradition – Kirchliches Lehramt“<sup>16</sup> verpflichteten Theologie andererseits mit sich, die befähigt ist, eine qualifizierte Ausbildung zu sichern und dabei in eben jenen notwendigen Dialog einzutreten, der den Kontext des Menschen von heute in Gesellschaft, Kultur, Wissenschaft und Arbeitswelt prägen muss.

## 2. Kennzeichen einer missionarischen Kirche „im Aufbruch“

Für eine inhaltliche Entfaltung dieser Herausforderung gibt *Veritatis gaudium* exemplarisch und doch maßgebend vier Kriterien vor, die für die Konstituierung der kirchlichen Hochschulen als Werkzeuge einer missionarischen Kirche „im Aufbruch“<sup>17</sup> entscheidend sind. Sie finden ihr Fundament in der Überzeugung, dass im Christusereignis nicht nur der Weg Gottes zum Menschen, sondern auch umgekehrt, der Weg des Menschen zu Gott eröffnet ist. Als Wahrheit in Person, nicht als abstrakte Idee, macht Christus „in der Offenbarung des Geheimnisses des Vaters und seiner Liebe dem Menschen den Menschen selbst voll kund und erschließt ihm seine höchste Berufung.“<sup>18</sup> Folglich kann als Kern kirchlicher Verkündigung das Bezeugen dieses Wahrheitsereignisses und die ihm innewohnende Fähigkeit benannt werden, den Menschen und die Welt im Licht dieser Wahrheit zu erschließen. Aufgabe der kirchlichen Hochschuleinrichtungen ist es daher, eine „geistige Atmosphäre der Suche und der Gewissheit, gegründet auf die Wahrheiten der Vernunft und des Glaubens“ zu schaffen, die es erlauben, „Überzeugungen zu erwerben, die die Intelligenz strukturieren und stärken sowie den Willen erhellen.“<sup>19</sup> Dies zu ermöglichen, weist den Philosophen und Theologen in seiner Qualität als Lehrer und Zeuge aus, wenn er

„immer offen für das ‚maius‘ Gottes und der Wahrheit“<sup>20</sup> und damit in Entwicklung begriffen verbleibt.

### a) Einführung in das Kerygma

Dem ersten Kriterium geht es um eine geistliche, intellektuelle und existentielle Erschließung des Evangeliums Jesu Christi (Kerygma) sowie um eine daraus folgende kirchliche „Mystik des Wir“.<sup>21</sup> Die kirchliche Hochschule muss in ihrem Inneren darauf ausgerichtet sein, durch das theologische Studium eine intellektuell ausgerichtete Hinwendung zur göttlichen Offenbarung in Jesus Christus zu ermöglichen, deren Bedeutung und Auswirkung im Leben der Kirche nicht nur erfahrbar wird, sondern auch als Zeugnis für die „universalen Brüderlichkeit“ heranreift, „die die heilige Größe des Nächsten zu sehen weiß“.<sup>22</sup> Das betrifft daher alle philosophischen und theologischen Disziplinen in den klassischen Fächergruppen der historischen, exegetischen, systematischen und praktischen Theologie.

Ziel dieses Kriteriums ist es, in der theologischen Ausbildung Einseitigkeiten zu vermeiden, die auf Dauer den inneren Zusammenhang von Glaube, Vernunft und Existenz auflösen. Es muss ersichtlich werden, dass der Glaube an Gott vernünftig ist und nur so durchdrungen sowie auf dem Weg des Arguments verantwortlich bezeugt werden kann. Das wiederum schließt eine geistliche und zugleich existentielle Prägung nicht aus. Im Gegenteil, das Argument bedarf ihrer, um zu einer das Leben prägenden Wirklichkeit zu werden, die zum Zeugnis erwächst. Dabei erweist sich das theologische Studium nicht als ein in sich geschlossenes System, sondern als ein Prozess, der im Licht des trinitarischen Gottesglaubens den Menschen in seiner heute veränderten natürlichen und kulturellen Umgebung in den Blick nimmt und die Herausforderungen gelebter Solidarität zwischen den Menschen als Geschöpfe Gottes zu benennen weiß.

### b) Dialog als Kultur der Begegnung

Aus der Anforderung einer umfassenden Einführung in das Kerygma geht das zweite Kriterium des Dialogs hervor. Es handelt sich hierbei nach *Veritatis gaudium* nicht um eine „rein taktische Vorgehensweise“, sondern um das fundamentale Bedürfnis, „gemeinsam die Erfahrung der Freude der Wahrheit zu machen und ihre Bedeutung

15 VG, 3.

16 Vgl. II. Vatikanisches Konzil, Dekret *Optatum totius* über die Ausbildung der Priester, Art. 16.

17 VG, 3.

18 II. Vatikanisches Konzil, Pastoralkonstitution *Gaudium et spes*

über die Kirche in der Welt von heute, Art. 22. Vgl. VG, 1.

19 VG, 3.

20 VG, 3.

21 VG, 4a.

22 Dazu auch *Evangelii gaudium* (Anm. 2), 272.

sowie die praktischen Auswirkungen gründlich zu untersuchen.<sup>23</sup> Dialog bezeichnet folglich kein unverbindliches Reden, sondern als *día-logos* jenen Austausch bzw. die Gemeinschaft, welche die Wahrheit, der *lógos*, zu schaffen vermag. Wahrer Dialog redet nicht rechthaberisch aneinander vorbei, sondern schafft ein verantwortliches Handeln in der Überzeugung, von der Wahrheit gemeinsam ergriffen zu sein. Daher fordert der Papst für diesen Dialog als „Kultur der Begegnung“ das Gespräch mit den Christen der anderen Kirchen und kirchlichen Gemeinschaften ebenso wie den Angehörigen anderen Religionen und Weltanschauungen, um entgegenstehende Positionen im Licht der Offenbarung zu betrachten.<sup>24</sup> Die kirchlichen Hochschuleinrichtungen müssen somit auf Dauer die Anforderung des dialogischen Prinzips stärker als bisher in den Blick nehmen und im theologischen Studienprogramm nachhaltig – das heißt als kennzeichnendes Profil, nicht als instrumentellen Zusatz – verankern. Gerade hier eröffnet sich für die Zukunft der Einrichtungen ein großer Horizont reicher Möglichkeiten, die zu einer Vertiefung ihrer evangelisierenden Zielsetzung ebenso führt wie zu einer hilfreichen Spezialisierung dialogischer Arbeitsfelder, welche die einzelne Hochschule als profilierte Lehr- und Forschungseinrichtung ausweist. Zu denken ist hier an eine ganze Reihe von spezifischen Dialogfeldern, wie beispielsweise der interreligiöse und -kulturelle Dialog durch örtlich gegebene Spezifika, der institutionelle Dialog durch die Auswirkungen von Globalisierung und der Erfahrung katholischer Weltkirche, oder der Dialog mit der Welt der Medien, die den Menschen von heute wie zu keiner anderen Zeit prägen und begleiten.

#### c) Inter- und Transdisziplinarität

Ebenfalls als logische Weiterführung der beiden ersten Kriterien benennt *Veritatis gaudium* als dritten Maßstab der künftigen kirchlichen Hochschuleinrichtung „eine im Licht der Offenbarung mit Weisheit und Kreativität ausgeübte Inter- und Transdisziplinarität,<sup>25</sup> die nicht lediglich verschiedene Ansätze in den Vergleich zueinander stellt, sondern vom Ziel motiviert ist, alles im Licht der einen Offenbarung Gottes zu durchdringen und zu verstehen. Das gilt für die philosophisch-theolo-

gischen Disziplinen ebenso wie für den Dialog mit nicht-theologischen Wissenschaften. Das Studiensystem soll daher eine große Einheit bieten, die von einer erkennbaren dynamischen Systematik gekennzeichnet ist und zugleich im „heute bruchstückhaften und nicht selten zersplitterten Panorama der Universitätsstudien und mit einem unsicheren, konfliktreichen oder relativistischen Pluralismus der Meinungen und kulturellen Angebote“<sup>26</sup> konzentrierende Orientierung zu vermitteln vermag. Neben der Fähigkeit, sich reflektiert an den Entwicklungsprozessen in Wissenschaft, Politik und Kultur zu beteiligen, wird damit nicht zuletzt die Möglichkeit eröffnet, auf Überzeugungen hinzuführen, die von der gesamten Menschheitsfamilie als maßgebende und unverrückbare Grundeinsichten geteilt werden können (z.B. die Menschenrechte).<sup>27</sup>

Mit John Henry Newman und Antonio Rosmini erinnert die Konstitution folgerichtig an die vier Säulen eines integrativen christlichen Erziehungs- bzw. Bildungswesens im Rahmen einer kirchlichen Studieneinrichtung: „Die Einheit des Wissens, die Vermittlung von Heiligkeit, das gemeinsame Leben, die wechselseitige Liebe.“<sup>28</sup> Die kirchliche Hochschule der Zukunft wird sich im Dienst an dieser Einheit verstehen, aber auch messen lassen müssen – eine inter- und transdisziplinär herausgeforderte und zugleich bereicherte Einheit, die den Menschen im Ganzen der Schöpfung und der Menschheit zu verorten weiß.

#### d) Bildung von Netzwerken

Schließlich geht es dem vierten Kriterium der Konstitution um den Aufbau von Netzwerken kirchlicher Studieneinrichtungen sowie um die Herausbildung von Forschungsschwerpunkten, die sich im Licht des Glaubens und als Ausdruck des kirchlichen Verkündigungsauftrages dem „Studium der epochalen Probleme“ der Menschheit widmen.<sup>29</sup> Dieses Erfordernis korreliert mit der verfassungsrechtlichen Struktur der Katholischen Kirche, deren ekklesiologische Koordinaten von der Vielfalt der Realitäten in der Einheit des Glaubens bestimmt werden.<sup>30</sup> Entgegen einer lähmenden Uniformierung und einer zerstörenden Pluralisierung, so formuliert es Johannes Paul II., „verfügt das Christentum (...) nicht

23 VG, 4b.

24 VG, 4b mit Verweis auf SapChr, Einleitung, III sowie *Gaudium et spes*, Art. 62.

25 VG, 4c.

26 VG, 4c.

27 Vgl. dazu *Papst Benedikt XVI.*, Ansprache im Deutschen Bundestag vom 22.09.2011, in: *Verlautbarungen des Apostolischen Stuhls* 189, Bonn 2011, 30–38. Siehe auch *Jürgen Habermas / Joseph Ratzinger*, *Dialektik der Säkularisierung*, Freiburg i. Br. 2005.

28 VG, 4c.

29 VG, 4d.

30 Vgl. dazu die Grundformel katholischer Ekklesiologie. II. Vatikanisches Konzil, Dogmatische Konstitution *Lumen Gentium* über die Kirche, Art. 23.1: „Episcopi autem singuli visibile principium et fundamentum sunt unitatis in suis Ecclesiis particularibus, ad imaginem Ecclesiae universalis formati in quibus et ex quibus una et unica Ecclesia catholica existit“.

über ein einziges kulturelles Modell, sondern ,es bewahrt voll seine eigene Identität in totaler Treue zur Verkündigung des Evangeliums und zur Tradition der Kirche und trägt auch das Angesicht der vielen Kulturen und Völker, in die es hineingegeben und verwurzelt wird!“<sup>31</sup> Die Vielfalt fordert die Einheit ebenso heraus, wie umgekehrt die Einheit zur maßgebenden Orientierung für die vielfältigen Wirklichkeiten wird.

Das Erfordernis von netzwerkartigen Kooperationen kann dabei sowohl inhaltlich als Konsequenz aus der Einheit des Glaubens im Sinne ekklesialer Proprietät als auch formal durch die sinnvolle Bündelung von Kräften und Kompetenzen begründet werden. Dafür muss sich die kirchliche Hochschule der Zukunft auf nationale, insbesondere aber auch auf internationale Verbindungen hin orientieren, die den Mikrokontext des jeweiligen Ortes zugunsten des Makrokosmos der universalen Kirche und ihrer vielfältigen Realitäten zu weiten versteht. Institutionalisierte Formen der Kooperation werden seitens der kirchlichen Hochschulen bereits heute umgesetzt, beziehen sich aber nicht selten ausschließlich auf die Gruppe der Studierenden (z.B. Erasmus-Studien als Förderprogramm der Europäischen Union). Zu denken ist daher an umfassende, rechtlich begründete Formen der Kooperation zwischen Einrichtungen der kirchlichen Hochschulen, die fähig sind, im Bereich von Forschung und Lehre zu synergetischen Effekten, aber ebenso zu neu initiierten Erkenntnissen zu führen.

### 3. Indispensabler Auftrag der Konstitution

Den Überlegungen des Proömiums der Konstitution, die den rechtlichen Bestimmungen vorangestellt sind, eignet keine Unverbindlichkeit. Im Gegenteil! Sie machen als theologisch-ekklesiologischer Leitfaden offenkundig, dass Papst Franziskus die kirchlichen Hochschuleinrichtungen der Zukunft zwar in ihrem Grundbestand als Ausbildungsstätten für kirchliche Berufe bewahren, doch zugleich auf die Herausforderungen heutiger Entwicklungen inhaltlich und strukturell ausrichten will. Dabei verfolgt er das Ziel, die Forschungs- und Lehrinstitutionen der Kirche in ihrem instrumentellen Charakter innerhalb der Heilssendung der Kirche zu bestärken, ohne dadurch jedoch den Anspruch auf höchste wissenschaftliche und methodische Qualität in Zweifel zu stellen.

So ergibt sich für die kirchlichen Hochschuleinrichtungen a longe das unverzichtbare inhaltliche und formale Erfordernis, „den Aufbau und die methodische Dynamik der vom kirchlichen Studiensystem vorgeschlagenen Lehrpläne im Hinblick auf ihre theologische Fragestellung, auf ihre Leitprinzipien und ihre unterschiedlichen Ebenen der fachlichen, pädagogischen und didaktischen Gliederung neu zu prüfen.“<sup>32</sup> Dementsprechend sind Zielsetzung und Gliederung der theologischen Disziplinen zu überdenken und zu aktualisieren. Damit ist das Ziel verbunden, „intellektuelle Instrumente zu entwickeln, die sich als Paradigmen eines Handelns und Denkens erweisen, die für die Verkündigung in einer Welt, die von einem ethisch-religiösen Pluralismus geprägt ist, nützlich sind.“<sup>33</sup> Neben einer fundierten theologischen Kenntnis und einem damit verbundenen evangelisierenden Bewusstsein erfordert dies ohne Zweifel den Prozess einer verstärkten Öffnung und dialogalen Struktur der kirchlichen Hochschule, um sich den verändernden kulturellen Kontexten zu stellen, diese lernend zu erkennen und in sie hineinzuwirken. Neben der großen Chance, die damit für die Verkündigung des Evangeliums verbunden ist, bringt das nicht wenige Risiken mit sich, vor allem das Wagnis, theologische Fragestellungen und Antworten verstärkter in das wissenschaftliche und kulturelle Gespräch einzubringen, das sich nicht selten schon von der kirchlichen Realität entfernt hat.<sup>34</sup>

### III. Konsequenzen für kirchliche Hochschulen

Die bisherigen Reaktionen auf *Veritatis gaudium* aus dem Bereich der Kanonistik belegen nachweislich, dass die Konstitution das Recht für die kirchlichen Universitäten und Fakultäten nicht neu erfindet, sondern sich bewusst in die bisherige Gesetzgebung einreihet.<sup>35</sup> Die synoptische Gegenüberstellung der beiden Rechtstexte verdeutlicht dies augenscheinlich. Gleichzeitig kann eine Reihe von veränderten Bestimmungen benannt werden, die sich einerseits der Aufnahme der bisherigen Rechtsfortschreibung, andererseits der Konstitution und ihrer inhaltliche Perspektive verdanken. Dazu gehören u.a. die Unterscheidung von Statuten, Studienordnung und Ordnungen, die Mindestzahl von festangestellten Dozenten, Normen zur Errichtung einer kirchlichen Fakultät, Bestimmungen zur Qualitätssi-

31 So Papst Johannes Paul II., Apostolisches Schreiben *Novo Millennio inenite* vom 06.01.2001, in: Verlautbarungen des Apostolischen Stuhls 150, Bonn 2001, hier Nr. 40.

32 VG, 4b.

33 VG, 5.

34 Vgl. dazu Simone d'Agostino, *Veritatis Gaudium*. Un rischioso processo di apertura e dialogo, in: *La Gregoriana* XXIII,5 (2018) 8-10.

35 So Pulte / Schmees, Konstitution *Veritatis gaudium* (Anm. 8), 270, hier mit einem spezifischen Blick auf die Theologischen Fakultäten in staatlichen Universitäten.

cherung, die Aufgabe der Kongregation für das Katholische Bildungswesen als bevollmächtigter Ansprechpartner auf universalkirchlicher Ebene für die Ausbildungsfragen im Rahmen des Bologna-Prozesses und der Lissabon-Konvention, die Frage der Priesterquote im Professorium und anderes mehr.<sup>36</sup> Die Frage dabei bleibt, welche unmittelbaren Konsequenzen sich aus der inhaltlichen Neuausrichtung der kirchlichen Hochschulen für die Zukunft ergeben oder ergeben können.

#### 1. Umsetzung zum akademischen Jahr 2018/2019

Gemäß Art. 88 VG findet die Konstitution Anwendung mit Beginn des akademischen Jahres 2018/2019. Die betreffenden Statuten und Studienordnungen der kirchlichen Universitäten und Fakultäten sind im Sinne der vorgelegten Normen zu überarbeiten und bis zum 8.12.2019 der Kongregation zur Approbation vorzulegen.<sup>37</sup> Hierbei wird es insbesondere darum gehen, die inhaltliche Ausrichtung mit Hilfe der vier in *Veritatis gaudium* genannten Kriterien zu verankern. Wie weit die Änderungen reichen, hängt sicher immer von den jeweiligen Statuten und Studienordnungen im Einzelnen ab. Doch insbesondere da, wo zukünftig eine kirchliche Hochschule neu errichtet oder eine bestehende umgewidmet würde, ist an eine grundsätzliche Neufassung der entsprechenden Rechtstexte im Geist von *Veritatis gaudium* zu denken.

#### 2. Fortführung der personellen Öffnung kirchlicher Hochschulen

Unter besonderer Beachtung des ersten Kriteriums (Einführung in das Kerygma) wird darauf Wert zu legen sein, dass sich die kirchlichen Hochschulen verstärkt einer breiteren Gruppe von Studierenden öffnen. Sie sind zwar auch heute insbesondere als Theologische Fakultäten vorrangig auf die akademische Priesterausbildung ausgerichtet. Doch gemäß Art. 3 und 68-87 VG dienen sie in umfassender Weise allen Gläubigen – Männern und Frauen – zur Aus- bzw. Weiterbildung hinsichtlich der verschiedenen kirchlichen Dienste, Ämter und Berufe oder grundsätzlich der theologischen Bildung, auf die jeder Gläubige gemäß c. 229 § 2 CIC ein Anrecht besitzt. Gerade hier können die mit dem vierten Kriterium eingeforderten Kooperationen mit anderen kirchlichen und gesellschaftlichen Institutionen greifen, wenn diese auf die

Fort- und Weiterbildung von Mitarbeitenden mit Hilfe von Zertifikatsstudien ausgerichtet sind.<sup>38</sup> Die kirchlichen Hochschulen erweisen sich dadurch als Orte jener „performative(n) Interpretation der Wirklichkeit“, die auf dialogische Weise die Wirklichkeiten menschlicher und gesellschaftlicher Existenz durchdringen und zugleich jene Hilfen des Evangeliums bereitstellen, die mit den „Gaben der Weisheit und der Wissenschaft“ vermittelt werden.<sup>39</sup>

#### 3. Einrichtung neuer Studiengänge

In den kirchlichen Hochschuleinrichtungen – hier vor allem den Theologischen Fakultäten – sind die grundständigen und kanonischen (vom Apostolischen Stuhl errichteten) Studiengänge etabliert, die der Ausbildung zu den kirchlichen Berufen mit der Verleihung der entsprechenden akademischen Grade gemäß Art. 8 § 1 und 35 OrdVG dienen. Dazu gehören universal-kirchlich das Bakkalaureat mit einem nachfolgenden Lizentiat (sowie gegebenenfalls einem Doktoratsstudium) sowie in den deutschsprachigen Gebieten der Magister Theologiae. Dazu gibt es in staatlicher Kooperation eingerichtete und eigens akkreditierte Lehramtsstudiengänge (Bachelor und Master of Education), die auf die Ausbildung künftiger Religionslehrer ausgerichtet sind.

Wenn Art. 52 VG darüber hinaus die Möglichkeit eröffnet, neben den bekannten akademischen Graden auch „andere Titel“ entsprechend der verschiedenen Fakultäten und Studienordnungen zu verleihen, ist daran zu denken, im Rahmen der durch das vierte Kriterium benannten Netzwerkforderung weitere und an den Erfordernissen der Studierenden orientierte Studiengänge zu ermöglichen. Das können theologische und /oder interdisziplinär angelegte Bachelor- und Masterstudiengänge sein, die insbesondere den Erfordernissen des Dialogs als Kultur der Begegnung dienen. Zu nennen sind hier beispielsweise die Notwendigkeiten spezifischer interreligiöser und kultureller Studien, aber auch jene, die sich mit den Anforderungen der Globalisierung, der medizinischen Ethik und Gesundheitsdienste oder der Medialisierung und Digitalisierung menschlichen Lebens auseinandersetzen und mit den theologischen Positionen im Blick auf den Menschen als Geschöpf Gottes konfrontieren. Als hilfreich würde sich hier die Errichtung einschlägiger Lehrstühle

<sup>36</sup> Vgl. dazu *Ulrich Rhode*, Rechtliche Änderungen, die sich aus der Apostolischen Konstitution *Veritatis gaudium* und den zugehörigen *Ordinationes* ergeben, in: *educatio catholica* 4 (2018) 57-68.

<sup>37</sup> Für die Theologischen Fakultäten in staatlichen Universitäten

werden gemäß Art. 92 VG längere Zeiträume ermöglicht.

<sup>38</sup> Mit Blick auf eherechtliche Fortbildungen für kirchliche Bedienstete vgl. *Ambros*, Sendung (Anm. 10), 55.

<sup>39</sup> VG, 3.

im Bereich der Fakultät selbst oder in Form der Kooperation mit Lehrstühlen anderer Fakultäten oder Fachbereiche erweisen.<sup>40</sup>

Der Ausbau solcher Studiengänge mit einer möglichen Etablierung einschlägiger theologischer Kompetenzzentren vermag die kirchlichen Hochschuleinrichtungen durch eine Balance von wissenschaftlicher, qualitativ anspruchsvoller Theologie und von inter- und transdisziplinären Studien sowohl nach innen als auch nach außen zu einem auskunftsfähigen und herausfordernden Gesprächspartner zu entwickeln.<sup>41</sup>

#### 4. Sonstige kirchliche Fakultäten

Über diese möglichen neuen Studiengänge hinaus, die in den (klassischen) kirchlichen Hochschuleinrichtungen (Theologische, Kirchenrechtliche, Philosophische Fakultäten) implementiert werden können, weist Art. 85 VG auf die Errichtungsmöglichkeit „anderer kirchlicher Fakultäten“ hin. Diese können in weitreichenderer Weise dem Anspruch der „kulturellen Laboratorien“ Genüge leisten, die Papst Franziskus in den Bildungsinstitutionen der Kirche sehen möchte. So wären demzufolge kirchliche Fakultäten oder Institute denkbar, die sich in spezifischer Weise speziellen Bereichen der Theologie, des kirchlichen Rechts, der Philosophie oder der Kirchengeschichte ebenso widmen wie Studien- und Forschungsinstitutionen, die sich durch die Konzentration auf und den Dialog mit außerkirchlichen Wissenschaftsbereichen auszeichnen. Dazu gehören beispielsweise die Human- und Literaturwissenschaften ebenso wie zahlreiche geistes- und kulturwissen-

schaftliche Bereiche (wie Kunst und Musik), mit denen Gläubige auf spezifische apostolische Aufgaben angemessen vorbereitet werden können.

#### 5. Fazit

Mit den Bestimmungen der Apostolischen Konstitution wird das Bemühen um Innovation und Kreativität im Blick auf die Verkündigung des Evangeliums im veränderten Kontext des aktuellen Zeitfensters der Kirche offenkundig. Dahinter wird von neuem jener Mut der apostolischen Urkirche erkennbar, sich den Bereichen der Welt als Ort des Evangeliums nicht zu verschließen, sondern mit der Heilsbotschaft des Evangeliums die Kultur der Begegnung zu pflegen. Dieser Mut sollte auch und gerade die Begegnung im Licht wissenschaftlicher Forschung und Lehre, akademischer Aus- und Fortbildung sowie inter- und transdisziplinären Arbeitens prägen. *Veritatis gaudium* ruft in Erinnerung, dass diese Begegnung zu den größten kulturellen und spirituellen Herausforderungen der kirchlichen Bildung und Verkündigung im gegenwärtigen Moment der Kirchengeschichte gehört.<sup>42</sup> Sich ihnen zu versagen, wäre ein Eingeständnis des Verzagens. Sich ihnen hingegen mit der Freude der Wahrheit zu stellen, ist ein Proprium des Christlichen.

Christoph Ohly ist Inhaber des Lehrstuhls für Kirchenrecht an der Theologischen Fakultät Trier sowie Gastprofessor an der Kanonistischen Fakultät der Universität San Dámaso in Madrid.

40 Exemplarisch kann hier auf den in der Bundesrepublik Deutschland einzigartigen Kooperationsvertrag zwischen der Theologischen Fakultät Trier und der Universität Trier verwiesen werden. Über die bestehenden Formen der Vernetzung von Lehrveranstaltungen unterschiedlicher Fachbereiche mit dem theologischen Studium wird derzeit an einer möglichen Etablierung von dialogisch konzipierten Masterstudiengängen gearbeitet. Siehe dazu

<https://www.uni-trier.de/index.php?id=42448> (Zugriff: 02.11.2018).

41 Vgl. dazu VG, 5. Hier kann die Katholische Universität gemäß AK *Ex corde Ecclesiae* (Anm. 13) mit ihren verschiedenen Fakultäten und einer theologischen Studieneinrichtung als Vorbild dienen. Vgl. cc. 807-814 CIC.

42 Vgl. VG, 6.



Robert Brehm  
*Konsequenzen der Entscheidung des  
Bundesverfassungsgerichts zum Dritten  
Numerus-Clausus-Urteil vom 19.12.2017  
aus anwaltlicher Sicht*

- I. Einführung
- II. Rahmenbedingungen für eine Neuregelung
  - 1. Länderstaatsvertrag
  - 2. Umsetzungsfrist
    - a) Technische Ausgestaltung des Zulassungsverfahrens
    - b) Übergangsverfahren
  - 3. Reichweite einer Neuregelung
- III. Minimallösung oder Neugestaltung des zentralisierten Vergabeverfahrens (SfH)
  - 1. Abiturbestenquote
  - 2. Ortspräferenzen innerhalb der Abiturbestenquote
  - 3. Wartezeitquote
  - 4. Talentquote
  - 5. Wartezeit: Problem der Altwarter
- IV. Das Auswahlverfahren der Hochschulen („AdH“)
  - 1. Ausgestaltung durch Landesrecht
    - a) Eignungskriterien für das Auswahlverfahren
      - aa) Regelungsauftrag des BVerfG
      - bb) Perspektiven
      - b) Wesentlichkeitstheorie / Parlamentsvorbehalt
    - c) Sicherstellung der länderübergreifenden Vergleichbarkeit von Abiturnoten
  - 2. Ausgestaltung durch Satzungsrecht der Hochschulen
    - a) Unmittelbare Verbindlichkeit des Urteils für die bisherigen Regelungen in den Auswahlstatuten der Hochschulen
    - b) Testwiederholung
    - c) Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Vorauswahl zum Ham-Nat und zum Auswahlgespräch
    - d) Keine Vorauswahl durch Ortspräferenzen bei nicht-individualisierten Auswahlverfahren

## I. Einführung

Der dem Aufsatz zugrundeliegende Vortrag im Rahmen des Hochschulrechtstages am 15.5.2018 in Erlangen knüpft an eine vorhergehende Publikation<sup>1</sup> des Verfassers an, welche das Urteil des BVerfG vom 19.12.2017<sup>2</sup> zur künftigen Ausgestaltung des Studienzulassungsrechts, insbesondere zum künftigen Recht der Vergabe von Studienplätzen in den medizinischen Studiengängen aus-

föhrlich bewertet. Aufgrund der mehr als 40-jährigen Erfahrung des Referenten auf dem Gebiet des Studienzulassungsrechts und der Kenntnis der Praxis der Vergabeverfahren seit 1975 werden konkrete Vorschläge zur künftigen Gestaltung des Vergabeverfahrens unterbreitet. Berücksichtigt werden die Interessen „besonders schutzwürdiger Altwarter“ – um einen Begriff aus früheren Verfassungsgerichtsentscheidungen aufzugreifen – in einem zukünftigen Vergabeverfahren. Die Frage nach deren Schutzbedürftigkeit unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes ist Gegenstand eines von der Amtschefkonferenz der Kultusminister in Auftrag gegebenen Gutachtens.

Für den Vortrag haben wir die Folgerungen für (innerkapazitäre) Vergaberechtsstreitigkeiten entsprechend ergänzt, zwischenzeitlich bekannt gewordene Eckpunkte der KMK-Amtschefkonferenz eingearbeitet und abschließend unsere Vorschläge für ein künftiges Vergabeverfahren aus anwaltlicher Sicht zusammengefasst. Für (sog. außerkapazitäre) Verfahren, in denen es um die Ausschöpfung der Ausbildungskapazität geht, spielt die Entscheidung aus anwaltlicher Sicht jedenfalls gegenwärtig keine Rolle.

## II. Rahmenbedingungen für eine Neuregelung

*These: Die Übergangsfrist für die Schaffung einer den Anforderungen des BVerfG genügenden Regelung bis zum 31.12.2019 fordert eine Neuregelung spätestens zum Sommersemester 2020. Da sich der Bund „geweigert“ hat, selbst tätig zu werden, wird es eine Länderregelung – voraussichtlich in einem Staatsvertrag 2019 – geben. Ohne ein Übergangsverfahren wird es angesichts der rechtlichen und tatsächlichen Probleme nicht gehen.*

### 1. Länderstaatsvertrag

Der Bund hat von der Möglichkeit, durch Änderung und/oder Ergänzung des HRG von seiner konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch zu machen oder gar ein eigenes (Bundes-)Hochschulzulassungsge-

1 Brehm/Brehm-Kaiser, Das Dritte Numerus-Clausus-Urteil des BVerfG, NVwZ Extra, 08/2018, 1 ff., abrufbar unter: [http://rsw.beck.de/rsw/upload/NVwZ/Extra\\_8-2018.pdf](http://rsw.beck.de/rsw/upload/NVwZ/Extra_8-2018.pdf) (27.07.2018).

2 BVerfG, Urteil v. 19.12.2017 - 1 BvL 3/14, 1 BvL 4/14; NJW 2018, 361 ff.

setz zu erlassen,<sup>3</sup> keinen Gebrauch machen wollen. Zu einer weiteren Ratifizierung des bisher nur in 10 Bundesländern ratifizierten Staatsvertrags über die gemeinsame Einrichtung für Hochschulzulassung vom 21.3.2016<sup>4</sup> wird es nicht mehr kommen.

Bereits im Februar 2018 hat sich eine KMK-Gruppe etabliert,<sup>5</sup> nach deren Arbeitsbeginn sich die Amtschefs zunächst dafür ausgesprochen haben, dass die Länder die Humanmedizin-Studienplatzvergabe in Eigenregie neu regeln, nachdem das Bundesbildungsministerium zu Zeiten der „geschäftsführenden Regierung“ der KMK informell signalisiert hatte, dass es den Ländern den Vortritt lassen möchte.

## 2. Umsetzungsfrist

Die KMK-Arbeitsgruppe „Staatsvertrag Hochschulzulassung“ interpretiert – wie auch wir – das Urteil so, dass das neue Zulassungsverfahren bereits zum Sommersemester 2020 greifen muss. Dies bedeutet, dass der neue Staatsvertrag spätestens bis Anfang November 2019 in allen Ländern ratifiziert werden und in Kraft treten muss.

### a) Technische Ausgestaltung des Zulassungsverfahrens

Dafür muss die Stiftung für Hochschulzulassung („SfH“) eine völlig neue Software für das neue Zulassungsverfahren entwickeln, was nach den Medienberichten von Wiarda und Schmoll wohl zeitlich nicht zu schaffen ist.<sup>6</sup> Daher schlug die Arbeitsgruppe vor, von Anfang an eine Übergangsregelung in den neuen Staatsvertrag einzubauen, der zufolge das Zulassungsverfahren „mit den bestehenden oder nur rudimentär weiterentwickelten EDV-technischen Gegebenheiten durchgeführt werden kann.“ Was dies faktisch bedeuten würde, ist uns (noch) nicht klar. Wir können uns nicht vorstellen, dass der neue Staatsvertrag die bisherige Zulassungspraxis – unverändert – wenn auch nur auf eine bestimmte Zeit verlängern würde.

### b) Übergangsverfahren

Da die vom BVerfG gesetzte Frist zur Neuregelung bis zum 31.12.2019 angesichts der Kompliziertheit der Materie, der Einigungspflicht der Länder auf einen neuen Staatsvertrag, dessen Ratifizierung in den Länderparlamenten und der neuen Hard- und Software zu knapp bemessen ist, erscheint es angebracht, zunächst einer Neuregelung ein „Vorschaltgesetz“ im Sinne eines Übergangsverfahrens voranzustellen. Ein solches Übergangsverfahren gab es bereits aufgrund des HRG 1976 und des SV 1978 bis einschließlich zum Sommersemester 1986, bevor dann zum Wintersemester 1986/1987 das Besondere Auswahlverfahren galt.<sup>7</sup> Auch damals gab es nur eine kurze Zeitspanne zwischen dem Zweiten NC-Urteil vom 8.2.1977 und der Einführung des Übergangsverfahrens zum Besonderen Auswahlverfahren.

Allerdings sehen wir einen wesentlichen Unterschied zwischen damals und heute: Das BVerfG hat im Zweiten NC-Urteil das damalige System zwar als beschleunigt abzulösen, aber noch nicht als „verfassungswidrig“ angesehen. Auch existierte damals bereits ein neues – künftiges – Auswahlverfahren, das vom BVerfG „als solches nicht von vornherein als verfassungsrechtlich bedenklich“ angesehen wurde. Derartiges gibt es derzeit nicht.

Dennoch sollten verfassungsrechtliche Hindernisse für ein solches Übergangsverfahren nicht bestehen. Das BVerfG hat sowohl im Zweiten NC-Urteil als auch im Altwarterbeschluss darauf hingewiesen, dass die Neuregelung eines Auswahlverfahrens ein typischer Anwendungsfall dafür sei, dass dem Gesetzgeber bei komplexen, in der Entwicklung begriffenen Sachverhalten eine angemessene Frist zur Sammlung von Erfahrungen gebühre und dass Mängel einer Regelung erst dann Anlass zum verfassungsgerichtlichen Eingreifen geben könnten, wenn der Gesetzgeber eine Überprüfung und Verbesserung trotz ausreichender Erfahrungen für eine sachgerechtere Lösung unterlasse.<sup>8</sup> Diese Grundsätze

3 Zu dem äußerst komplizierten Ineinandergreifen der Kompetenzen: BVerfG a.a.O., Fn. 2, Rn. 230 ff.; vgl. dazu auch *Lindner*, Aktuelle Entwicklungen im Hochschulzugangrecht, NVwZ-Extra 06/2010, Rn. 18 m.w.N.

4 z.B. [https://recht.nrw.de/lmi/owa/br\\_vbl\\_detail\\_text?anw\\_nr=6&vd\\_id=16143&vd\\_back=N239&sg=1&menu=1](https://recht.nrw.de/lmi/owa/br_vbl_detail_text?anw_nr=6&vd_id=16143&vd_back=N239&sg=1&menu=1) (13.12.18).

5 *Wiarda*, Wer darf Arzt werden?, DIE ZEIT Nr.20/2018 vom 9.5.2018, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/2018/20/medizinstudium-arzt-numerus-clausus-bundesverfassungsgericht> (27.7.2018); *ders.*, <https://www.jmwiarda.de/2018/02/16/studienzulassung-f%C3%BCr-medizin-bis-mai-sollen-die-eckpunkte-ei->

[nes-neuen-staatsvertrages-stehen/](https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/hochschule/talent-statt-wartezeit-neuordnung-bei-den-medizinern-15585362.html) (27.7.2018); *Schmoll*, Im Streit um Studienplätze, F.A.Z. vom 12.5.2018, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/hochschule/talent-statt-wartezeit-neuordnung-bei-den-medizinern-15585362.html> (27.7.2018).

6 *Wiarda* und *Schmoll* a.a.O., Fn. 5.

7 Ausführlich zum Übergangsverfahren: *Bahro*, 1. Aufl., Art. 16 StV 1972, S. 106 ff.; kritisch: *Becker*, Die Entwicklung des Hochschulzulassungsrechts bis 1982, NVwZ 1983, 204 ff. (208).

8 BVerfG, Beschl. v. 3.11.1981 – 1 BvR 1249/80, NVwZ 1982, 97 ff.; BeckRS 1981, 106189 unter Bezugnahme auf auf das zweite NC Urteil.

finden sich in der Rechtsprechung zur Beobachtungspflicht des Gesetz- bzw. Ordnungsgebers wieder.<sup>9</sup>

Es spricht daher nach unserer Auffassung nichts dagegen, durch Übergangsregelungen Erfahrungen zu sammeln, um dem Gestaltungsauftrag, welcher dem Gesetzgeber obliegt, gerecht werden zu können.

In diesem Übergangsverfahren könnten auch den „besonders schutzwürdigen Altwartern“ noch Zulassungschancen eingeräumt werden.

### 3. Reichweite einer Neuregelung

*These: Das neue Vergabeverfahren muss sämtliche Studiengänge des zentralen Vergabeverfahrens (SfH-Studiengänge) und – nach einer längeren Übergangsfrist – auch die Studiengänge der direkten Hochschulvergabe – Ortsbewerbung oder Dialogorientiertes Serviceverfahren (DoSV) – umfassen. Ausnahmen sind gesetzlich oder staatsvertraglich vorzugeben.*

Die Neuregelung muss, dies bestätigen auch die Überlegungen der KMK-Arbeitsgruppe, wenn es auch zeitliche Abstufungen geben kann, nicht nur die Studiengänge des zentralen Vergabeverfahrens (SfH-Studiengänge), sondern auch die der Studiengänge der direkten Vergabe durch die Hochschulen – sei es aufgrund einer reinen Ortsbewerbung oder über die Serviceleistung des dialogorientierten Serviceverfahrens (DoSV) – umfassen.<sup>10</sup> Denn überall dort, wo die Nachfrage von Studienplätzen das Kontingent überschreitet und in der Folge Zulassungsbeschränkungen etabliert sind, besteht im Ausgangspunkt dieselbe Problemlage, wie sie nunmehr vom BVerfG für die Humanmedizin entschieden wurde.<sup>11</sup> Dies gilt jedenfalls für die anderen medizinischen Studiengänge; aber auch im Übrigen, gegebenenfalls nur mit abgeschwächter Brisanz.

Da aber für die Studiengänge außerhalb des zentralen Vergabeverfahrens die Fristsetzung des BVerfG nicht gilt, kann hier die Einführung besonderer Vergabeverfahren auf den Erfahrungen aufbauen, die im Übergangsverfahren bis zum Greifen der Neuregelung gemacht werden.

### III. Minimallösung oder Neugestaltung des zentralisierten Vergabeverfahrens (SfH)

In der Mai-Sitzung der Amtschefs am 3.5.2018 wurden sodann Eckpunkte beschlossen, die der KMK-Hoch-

schulausschuss auf Basis der Vorarbeiten der eigens eingerichteten KMK-Arbeitsgruppe „Staatsvertrag Hochschulzulassung“ formuliert hatte. Aus diesen Eckpunkten<sup>12</sup> ist zu entnehmen, dass die Länder nicht lediglich die Mängelliste des Verfassungsgerichts im Sinne einer „Minimallösung“ abarbeiten, sondern die Gelegenheit zu einer „Weiterentwicklung mit Gestaltungsmöglichkeiten“ nutzen wollen.

#### 1. Abiturbestenquote

Allerdings soll die vom BVerfG an sich nicht beanstandete Abiturbestenquote nicht abgeschafft werden. Dies lässt sich mit den Schulministern und Senatoren nicht machen, welche wohl die Notenmotivation aufrechterhalten wollen. Es wird also offensichtlich an diesem Kriterium festgehalten, weil man andernfalls eine Entwertung des Abiturs als Abschluss insgesamt fürchtet.

Die Abiturnote soll als bisher mit Abstand wichtigstes Zulassungskriterium nach den Eckpunkten auch weiterhin eine – allerdings deutlich geringere – Rolle spielen. Unstrittig ist, dass es neue Ausgleichsmechanismen zur länderübergreifenden Vergleichbarkeit der Schulensuren geben muss. Dies soll – dem Vernehmen nach – in der Form umgesetzt werden, dass die Abitur-Noten-Verteilung in jedem Bundesland in Prozenstränge übersetzt wird, so dass es beim bundesweiten Vergleich nicht mehr auf die konkrete Ziffer auf dem Zeugnis ankommt.

#### 2. Ortspräferenzen innerhalb der Abiturbestenquote

Die vorrangige Berücksichtigung der Ortspräferenzen in der Abiturbestenquote soll beseitigt werden. Die – dem Autor nicht bekannte – Vorlage der AG „Staatsvertrag Hochschulzulassung“ nennt eine Reihe von Möglichkeiten. So könnten z.B. die Länder für die Abiturbestenquote eine gleichzeitige bundesweite Bewerbung an allen (derzeit) 35 Medizinstandorten erlauben.

#### 3. Wartezeitquote

Die auf der KMK-Amtschefkonferenz diskutierte Frage, ob die Wartezeitquote beibehalten werden soll oder alternativ ganz wegfallen könnte, scheint derzeit im Sinne der zweiten Alternative beantwortet. Wie bereits anfangs erwähnt, sehen wir dies als eines der aus anwaltlicher Sicht zentralen Themen an: So bezweifeln wir, dass es wirklich fairer wäre, wenn Bewerber künftig vier Jahre warteten und dann endgültig und ohne Studienplatz

9 Vgl. dazu im Kapazitätsrecht *Zimmerling/Brehm*, Hochschulkapazitätsrecht, Band 2, 2012, S. 96 ff, Rn.185 ff.; konkret zur Beobachtungspflicht des Ordnungsgebers beim Krankenversorgungsabzug Tiermedizin VerfGH Berlin, Beschl. v. 15.1.2014 - 109/13, DVBl 2014, 377 ff. m. Anm. *Zimmerling/Brehm*.

10 a.A. wohl v. *Coelln*, NJW 2018, 380.

11 Ausführlich: *Brehm/Brehm-Kaiser*, Das Dritte Numerus-Clausus-Urteil des BVerfG, NVwZ-Extra 08/2018, 1 (10 f.).

12 Abrufbar unter: <https://www.kmk.org/presse/pressearchiv/mitteilung/richtungsentscheidung-der-kultusministerkonferenz-zur-vergabe-von-studienplaetzen-im-fach-humanmedizi.html> (27.7.2018).

aus dem Verfahren fliegen.<sup>13</sup> Umgekehrt macht aber auch die – insbesondere die sofortige – ersatzlose Streichung der Wartezeitquote die Zulassung nicht gerechter. Immerhin lässt die Erfüllung von Wartezeiten auf eine besonders große Motivation des Bewerbers schließen. Die Länder diskutieren deshalb unter anderem, ob aus dem Warteverfahren gekippte Bewerber sich künftig erneut über standardisierte Eignungstests bewerben dürfen.

#### 4. Talentquote

Die Kultusminister wollen die Wartezeitquote in Höhe von 20 % durch eine von den KMK-Amtschefs sog. Talentquote ersetzen und herausragenden Bewerbern unabhängig von ihrer Note die Chance geben, ihre Eignung nachzuweisen, z.B. über berufliche Vorerfahrungen oder Standardtests. Die genauen Kriterien müssen hier noch festgelegt werden.

Da sich die Beschlüsse der KMK zur Zulassung auf die Studienplatzvergabe in weiteren NC-beschränkten Fächern – und nicht nur auf die drei medizinischen Fächer und die Pharmazie – auswirken werden, wird die Debatte über die künftige Bedeutung und Ausgestaltung standardisierter Tests wie auch der Auswahlgespräche in den nächsten Monaten besonders engagiert geführt werden. So werden strukturierte Eignungsprüfungen eine Möglichkeit sein, die Bedeutung der Abiturnote abzuschwächen.

Bereits 2017 hatte der zwischen Bund und Ländern vereinbarte „Masterplan Medizinstudium 2020“ weitere Eignungskriterien für die Zulassung vorgeschlagen: Vor allem passende berufliche Vorerfahrungen etwa von Krankenpflegern oder Rettungssanitätern. Solche Überlegungen lassen sich auch auf andere Fächer übertragen.

#### 5. Wartezeit: Problem der Altwarter

*These: Für die „besonders schutzwürdigen Altwarter“ ist bei Herabsetzung der Wartezeitquote, bei Beschränkung der Wartezeit auf eine bestimmte Zahl von Semestern und erst recht bei deren Abschaffung ein Übergangsverfahren vorzusehen.*

Wir halten eine Übergangsfrist für Altwarter von insgesamt drei Jahren seit dem Urteil aus Gründen des Vertrauensschutzes für erforderlich, denn:

Das BVerfG hat die Wartezeitquote nicht als verfassungswidrig verworfen, sondern lediglich eine höhere Quote als 20% untersagt und die Dauer auf 8 Semester

„begrenzt“. Mit einem vollständigen Wegfall der Wartezeitzulassung mussten die Bewerber nach rund 40 Jahren, in denen sie einen Platz „erwarten“ konnten, nicht rechnen. Immerhin sah auch noch der in 10 Bundesländern ratifizierte Staatsvertrag 2016 eine feste Quote von 20% vor. Bode<sup>14</sup> hat es zu Recht als „geradezu paradox“ bezeichnet, dass von Altwartern angestoßene Vorlagebeschlüsse zur Abschaffung der Wartezeitzulassung führen.

Die wesentlichen Grundlagen, wie eine verfassungsgemäße Ausgestaltung der Wartezeitregelung unter Berücksichtigung von Vertrauensschutzgesichtspunkten aussehen könnte, ergeben sich bereits aus dem Beschluss des BVerfG zu den „Altwartern“ vom 3.11.1981.

Zur besonders schutzwürdigen Gruppe der Altwarter gehören nur diejenigen, die sich spätestens zum Wintersemester 2017/2018 – also vor dem Dritten NC-Urteil – erstmals und sodann kontinuierlich im Wunschstudienfach beworben haben. „Gelegenheitsbewerber“ gehören – anders als das BVerfG meint – nicht dazu: Es ist zwar verfassungsrechtlich nicht unzulässig, jedoch nicht geboten, Gelegenheitsbewerber zu berücksichtigen. Es spricht nichts gegen die dazu im StV 2016 getroffenen Regelungen.

Es empfiehlt sich zur Vermeidung verfassungswidriger Regelungen, insbesondere zu Lasten der Altwarter, in einem neuen Vergabeverfahren Erfahrungen durch ein (erneutes) Übergangsverfahren zu machen.

Der Beginn fachnaher Berufsausbildungen führt neben der Erstbewerbung spätestens zum dem Wintersemester 2017/2018 und – kumulativ – der kontinuierlichen Bewerbung zur Einstufung in die Gruppe der besonders schutzwürdigen Bewerber. Der Gesetzgeber/der Staatsvertrag kann für diese Bewerber im Auswahlverfahren der Hochschulen („AdH“) eine „Sondergruppe“, entsprechend der derzeitigen Regelung z.B. an der Universität Gießen vorsehen.<sup>15</sup> Der Gesetzgeber/der Staatsvertrag können für diese Bewerber auch Aufbesserungen der Hochschulzugangsberechtigungs („HZB)-Note für das AdH und der Wartezeit vorsehen.

## IV. Das Auswahlverfahren der Hochschulen („AdH“)

### 1. Ausgestaltung durch Landesrecht

#### a) Eignungskriterien für das Auswahlverfahren

*These: Die Landesgesetzgeber müssen vorsehen, dass die Hochschulen im AdH jedenfalls zwei weitere Auswahlkri-*

13 Das BVerfG hat eine Wartezeit von längstens 4 Jahren für zulässig erachtet, BVerfG a.a.O., Fn. 2 Rn. 225.

14 Bode, Zwischen Realität und Utopie: Die „Numerus clausus III“ -

Entscheidung des BVerfG, OdW 2018, 173 (189).

15 <http://www.uni-giessen.de/studium/bewerbung/erststudium/medizin/gruppea/med-zahnmed> (27.7.2018).

terien neben der HZB-Note heranziehen. Dies folgt aus der Bezugnahme des BVerfG auf den „Masterplan Medizinstudium 2020“.

#### aa) Regelungsauftrag des BVerfG

Bereits im Leitsatz 5, 5. Spiegelstrich, verwirft das BVerfG die Regelungen zum AdH deshalb als verfassungswidrig, weil für einen hinreichenden Teil der Studienplätze neben der HZB-Note keine weiteren Auswahlkriterien mit erheblichem Gewicht Berücksichtigung finden. Damit macht das BVerfG deutlich, dass es Sache des Gesetzgebers ist, verschiedene weitere Auswahlkriterien, deren Zahl und deren Kombination zu normieren.

#### bb) Perspektiven

Wir sind der Auffassung, dass sich aus den vom BVerfG zustimmend zitierten Ausführungen zum „Masterplan Medizinstudium 2020“ ergibt, dass der Gesetzgeber /der Staatsvertrag den Universitäten aufgeben muss, jedenfalls zwei weitere Auswahlkriterien neben der HZB-Note heranzuziehen.<sup>16</sup>

So wurde – um das Medizinstudium stärker auf Fähigkeiten auszurichten, die im Arztberuf wichtig sind – im Masterplan vereinbart, im AdH künftig die Anwendung von mindestens zwei weiteren Kriterien neben der HZB-Note vorzuschreiben.<sup>17</sup> Auch die Lösungsvorschläge des Medizinischen Fakultätentages („MFT“) beziehen sich ausdrücklich auf den Masterplan.<sup>18</sup>

Wir weisen auch noch auf die Untersuchung „Medizinstudierendenauswahl in Deutschland – Messung kognitiver Fähigkeiten und psychosozialer Kompetenzen – Vorschlag einer Neuregelung der Auswahl“ von Mitgliedern der Arbeitsgruppe – Auswahlverfahren an der Universität Hamburg – hin.<sup>19</sup> Die Leiter der Studie wurden beide auch vom BVerfG in der mündlichen Verhandlung als Gutachter angehört.

#### Zusammenfassend kommen die Autoren zu folgendem Ergebnis:

*„Untersuchungen zeigen, dass die Abiturnote der beste Prädiktor von Studienleistungen ist. Die Auswahl der Bewerberinnen nach Abiturnote gerät jedoch verstärkt in die Diskussion, da die Vergleichbarkeit der Abiturnoten infrage steht*

*und die Bewerberzahl mit Bestnote stark anwächst. Fähigkeits- und Kenntnistests können inkrementell zur Abiturnote die Vorhersage der Studienleistungen verbessern, wobei insbesondere die naturwissenschaftlichen Anteile bedeutsam sind. Die Messung psychosozialer Kompetenzen in klassischen Interviews ist wenig reliabel und valide. Die reliableren Multiple Mini-Interviews können vor allem praktische Studienergebnisse besser vorhersagen. Im Ausland eingesetzte Situational Judgement Tests (SJTs) werden als reliabel und valide eingeschätzt, die Korrelation eines in Hamburg pilotierten deutschen SJT mit dem Multiple Mini-Interview stimmt vorsichtig positiv“.*

Der Artikel endet mit einem Vorschlag, wie der zukünftige Zulassungsweg eines potenziellen Medizinstudierenden unter Berücksichtigung der Erkenntnisse aussehen könnte und der deutliche Sympathien mit dem bereits erwähnten Vorschlag des MFT und der Bundesvertretung der Medizinstudierenden in Deutschland erkennen lässt, nach dem die Wartezeit- und die Abiturbestenquote abgeschafft werden sollen.

Nach diesem Entwurf können die Bewerberinnen in unterschiedlichen Kategorien Punkte sammeln:

- maximal 40 Punkte für die Abiturnote,
- bis zu 40 Punkte für einen Test kognitiver Fähigkeiten (vorgeschlagen wird eine Kombination des TMS und des HAM-Nat),
- 10 Punkte für eine einjährige berufspraktische Erfahrung und
- 10 Punkte für einen bundeseinheitlichen SJT<sup>20</sup> zur Erfassung sozialer Kompetenzen.

Da für Abiturnote und Eignungstests der Forschungsstand zur prädiktiven Validität deutlich besser ist, sollen diese mit der stärksten Gewichtung eingehen. Berufserfahrung und SJT sollen die im Masterplan Medizinstudium 2020 geforderten psychosozialen Kompetenzen abbilden, wobei der Nutzen eines SJTs nur vorsichtig positiv einzuschätzen ist.

Die Hälfte der Studienplätze soll direkt entsprechend der Punktesumme vergeben werden. Für die andere Hälfte der Studienplätze sollen die Fakultäten die verbleibenden Bewerberinnen wiederum aufgrund der Punktesumme zu einem ihrem Profil entsprechenden universitären Auswahlverfahren einladen können, das

16 BVerfG a.a.O., Fn. 2, Rn. 204 ff.

17 BVerfG a.a.O., Fn. 2, Rn. 204 am Ende; Masterplan Medizinstudium 2020, S. 2: abrufbar unter: [https://www.bmbf.de/files/2017-03-31\\_Masterplan%20Beschluss%20text.pdf](https://www.bmbf.de/files/2017-03-31_Masterplan%20Beschluss%20text.pdf) (27.7.2018).

18 Zu dem Vorschlag eines zweistufigen Vergabeverfahrens: <https://medizinische-fakultaeten.de/studium/themen/aktuelle-themen/zulassung/> (27.7.2018); dabei wird wohl davon ausgegangen, dass

ein weiteres Kriterium neben der HZB-Note ausreichend sei.

19 Hampe/Kadmon u.a., Medizinstudierendenauswahl in Deutschland, Bundesgesundheitsblatt 2018, 61: 178 ff., abrufbar unter: <https://link.springer.com/article/10.1007/s00103-017-2670-2> (27.7.2018).

20 Situational judgement test.

dann auch weitere Tests zur Ermittlung der psychosozialen und kommunikativen Kompetenzen, wie z. B. Multiple Mini-Interviews, umfassen kann.

#### b) Wesentlichkeitstheorie / Parlamentsvorbehalt

*These: Die Gewichtung von Methoden zur Eignungsmessung – Studienfähigkeitstest, Auswahlgespräch – gegenüber den anderen Auswahlkriterien, insbesondere der Note der HZB, bedarf einer gesetzlichen/staatsvertraglichen Regelung.*

Die Gewichtung des TMS-Tests im AdH ist bisher weder durch den Staatsvertrag noch durch Landeshochschulzulassungsgesetze vorgeschrieben. Sie erfolgt durch die bzw. in den jeweiligen Auswahlsetzungen der Hochschulen.

So sehen z.B. die Auswahlsetzungen der Universitäten Frankfurt, Halle, Köln und Mainz für HM und ZM jeweils eine Gewichtung von Note der HZB und Test im Verhältnis von 51% zu 49% vor, ebenso die Uni Bochum für HM. Die Uni Leipzig gewichtet 60% HZB zu 40% Testergebnis. Andere Universitäten normieren – je nach Testergebnis – eine Verbesserung der HZB-Note um bis zu 0,8 für 10% der Testbesten, so die Uni Erlangen und die LMU. Als maximale Verbesserung sehen die Unis Göttingen, Freiburg und Kiel jeweils eine halbe Notenstufe – 0,5 – bei den 10%-Testbesten vor. Bei der Medizinischen Universität Lübeck führt ein Prozentwert von 50 oder höher – nicht weiter binnendifferenziert – zur Verbesserung der HZB-Note um 0,4.

Damit ist es angesichts der Bedeutung des Tests und des Vorbehalts des Gesetzes vorbei: Es bedarf einer einheitlichen bundesweiten Regelung – eine dezentrale Normierung kommt nicht in Betracht.

Unter Berücksichtigung der Ausführungen des BVerfG zum Gesetzesvorbehalt/zur Wesentlichkeitslehre erweist es sich als unumgänglich, dass angesichts der Bedeutung des Tests für eine chancengerechte Auswahl die Gewichtung im Verhältnis zur HZB-Note gesetzlich oder staatsvertraglich normiert wird. Dies gilt in gleicher Weise für die Gewichtung des Auswahlgesprächs für die Zulassung über die AdH-Quote.

Die besondere Bedeutung des Tests, gerade auch für Medizinbewerber mit mittleren Durchschnittsnoten, zeigt das Ergebnis einer Arbeitsgruppe, die untersucht hat, ob die Gewichtung des TMS, die darauf abzielt, die Zulassung potentiell leistungsschwacher Abiturbesten zu reduzieren und stattdessen die Zulassung potentiell

leistungsstarker Bewerber zu fördern, die mittelmäßige Schulabgangsnoten mitbringen, gerechtfertigt ist.<sup>21</sup>

Hierbei wurde der prognostische Beitrag der Abiturnote und des TMS zur Studienleistung und zur Studienkontinuität im vorklinischen Abschnitt des Medizinstudiums an zwei Studierendengruppen untersucht: Abiturbeste (HZB-Note 1,0, Abiturnote 823-900) und mittelmäßige Abiturienten (HZB-Noten 2,0-2,3, Abiturnote 689-660). Sodann wurden beide Gruppen im Verhältnis zu ihren TMS-Ergebnissen verglichen.

Aus den Ergebnissen gewann die Arbeitsgruppe die Erkenntnis, dass der TMS geeignet ist, zwischen potentiell erfolgreichen und weniger erfolgreichen Studierenden beider HZB-Notenbereiche zu differenzieren. Mittelmäßige Abiturienten mit besonders hohen TMS-Ergebnissen erreichten bessere Studienergebnisse im vorklinischen Studienabschnitt als die Abiturbesten, die im TMS nur mittelmäßigen Erfolg hatten. Diese Beobachtungen rechtfertigen die Anwendung des TMS, um die Chancen von Studienbewerbern mit mittelmäßigen HZB-Noten im Wettbewerb um die Studienplätze zu erhöhen.

#### c) Sicherstellung der länderübergreifenden Vergleichbarkeit von Abiturnoten

*These: Mangels Vergleichbarkeit der Abitur- bzw. HZB-Noten in den einzelnen Bundesländern wird es – jedenfalls vorübergehend – wieder zu einer Art Bonus-Malus-System kommen (BVerfG: „Relationierung auf Zentralebene“):*

Es ist nicht das erste Mal, dass das BVerfG das Fehlen von Mechanismen für die nur eingeschränkte länderübergreifende Vergleichbarkeit von HZB-Noten rügt – dieses Mal für das AdH.<sup>22</sup> Bereits in der „Bonus-Malus“-Entscheidung des BVerfG von 1974<sup>23</sup> war das Problem virulent. Art. 11 Abs. 8 des damaligen StV sah sogar eine Verpflichtung vor, für die Bewertung der Reifezeugnisse und der Zeugnisse der Fachhochschulreife einheitliche Maßstäbe zu entwickeln, um im gesamten Geltungsbereich des StV eine gerechte Zulassung nach dem Grad der Qualifikation zu gewährleisten:

*„(8) Für die Bewertung der Reifezeugnisse und der Zeugnisse der Fachhochschulreife sind einheitliche Maßstäbe zu entwickeln, um im gesamten Geltungsbereich des Staatsvertrages eine gerechte Zulassung nach dem Grad der Qua-*

21 Kadmon/Kadmon, Studienleistung von Studierenden mit den besten versus mittelmäßigen Abiturnoten: Gleicht der Test für medizinische Studiengänge (TMS) ihre Prognosen aus?, GMS 2016, 33 ff.

22 BVerfG a.a.O., Fn. 2, Leitsatz 5, 5. Spiegelstrich, Rn. 173 – 192.

23 BVerfG, Beschl. v. 03.04.1974 – 1 BvR 282, 305/73; NJW 1974, 1127; BeckRS 1973, 104818.

lifikation zu gewährleisten. Solange solche Maßstäbe noch nicht entwickelt sind, ist nach folgenden Grundsätzen zu verfahren:

Für jedes Land werden jährlich die Durchschnittsnoten aller Reifezeugnisse festgestellt. Aus dem Ergebnis der einzelnen Länder wird eine Gesamtdurchschnittsnote für alle Länder ermittelt. Unterschreitet die Durchschnittsnote eines Landes die Gesamtdurchschnittsnote, so werden für das Vergabeverfahren die Noten der Reifezeugnisse dieses Landes um die Differenz heraufgesetzt, im umgekehrten Fall entsprechend herabgesetzt.

Entsprechendes gilt für Zeugnisse der Fachhochschulreife. Einzelheiten werden vom Verwaltungsausschuss beschlossen“.

Auf eine Landesverfassungsbeschwerde hin erklärte der Bayerische Verfassungsgerichtshof mit Urteil vom 01.08.1975<sup>24</sup> den Zustimmungsbeschluss des Bayerischen Landtags zum StV vom 21.02.1973 für verfassungswidrig. Einige Bundesländer wollten dies nicht hinnehmen und klagten beim BVerfG auf Feststellung der Verletzung des Verfassungsrechtssatzes über die Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten. Das BVerfG erklärte sich allerdings mit Beschl. vom 07.04.1976<sup>25</sup> für nicht zuständig, weil es sich nicht um eine verfassungsrechtliche Streitigkeit handele: Der StV sei kein verfassungsrechtlicher, sondern ein verwaltungsrechtlicher Vertrag.

Der Gesetzgeber ersetzte durch das HRG vom 26.01.1976 – konkret § 32 Abs. 3 Nr. 1 Satz 5 HRG 1976 – das Bonus-Malus-System durch das – in der Abiturbestenquote bis heute geltende und auch vom BVerfG aktuell nicht angetastete – Landesquotensystem: Die Quote eines Landes bemisst sich – unverändert – zu einem Drittel nach seinem Anteil an der Gesamtzahl der Bewerberinnen und Bewerber für den betreffenden Studiengang (Bewerberanteil) und zu zwei Dritteln nach seinem Anteil an der Gesamtzahl der Achtzehn- bis unter Einundzwanzigjährigen (Bevölkerungsanteil); für die Länder Berlin, Bremen und Hamburg werden die sich danach ergebenden Quoten um drei Zehntel erhöht. Bei der Berechnung des Bewerberanteils werden nur Personen berücksichtigt, die eine HZB besitzen, die von allen Ländern gegenseitig anerkannt ist.<sup>26</sup>

Im Urteil vom 19.12.2017 erklärte das BVerfG die gesetzlichen Vorschriften zum Auswahlverfahren der Hochschulen für verfassungswidrig, soweit im Verfah-

ren HZB-Noten berücksichtigt werden können, ohne einen Ausgleichsmechanismus für deren nur eingeschränkte länderübergreifende Vergleichbarkeit vorzusehen.<sup>27</sup> Die Unterschiede der Aussagekraft der HZB-Noten in den Ländern seien zu gewichtig, als dass sie unter Rückgriff auf eine generalisierende Betrachtung übergangen werden könnten. Daher vermögen auch die Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers und die praktischen Schwierigkeiten der Hochschulen den Verzicht auf einen Ausgleichsmechanismus für die Defizite in der länderübergreifenden Vergleichbarkeit der HZB-Noten nicht zu rechtfertigen.<sup>28</sup>

Das VG Gelsenkirchen hatte im Vorlagebeschluss herausgearbeitet, dass die durchschnittliche HZB-Note in den Jahren 2005 bis 2012 stets je nach Bundesland zwischen etwa 2,25 (Thüringen) und etwa 2,65 (Niedersachsen) lag.<sup>29</sup>

Vorschläge, wie die Länder damit im Rahmen des neuen Verfahrens umgehen könnten, hat das BVerfG nicht gemacht: Zwar könne es sein, dass die Übertragung des für die Abiturbestenquote vorgesehenen Landesquoten-Prinzips auf das Auswahlverfahren der Hochschulen an Grenzen stoße; ein bestimmter Mechanismus sei aber von Verfassungs wegen nicht vorgegeben. Es sei vielmehr Aufgabe des Gesetzgebers, eine Regelung zu finden, die eine annähernde Vergleichbarkeit der Noten praktikabel ermögliche, etwa durch eine Relationierung der Noten auf Zentralebene, auf die die Hochschulen dann zurückgreifen könnten. Der Gesetzgeber habe dabei einen weiten Gestaltungsspielraum. Es reiche, zumindest eine annähernde Vergleichbarkeit der HZB-Noten über die Ländergrenzen hinweg herzustellen.<sup>30</sup>

## 2. Ausgestaltung durch Satzungsrecht der Hochschulen

### a) Unmittelbare Verbindlichkeit des Urteils für die bisherigen Regelungen in den Auswahlstatuten der Hochschulen

*These: Die Übergangsfrist zum 31.12.2019 gilt nicht für das der Entscheidung widersprechende Satzungsrecht der Hochschulen. Dieses ist bereits gegenwärtig verfassungswidrig.*

Wir sind der Auffassung, dass sich die Übergangsfrist zur Neuregelung nur an den Gesetz- und Verordnungsgeber, nicht jedoch an die Hochschulen richtet. Diese

24 BayVerfGH, Urt. v. 01.08.1975 – Vf. 11 – VII – 73; NJW 1975, 1733 ff.; BeckRS 1975, 01426.

25 BVerfG, Beschl. v. 07.04.1976 – 2 BvH 1/75; NJW 1976, 1084 m. Anm. Pestalozza; BeckRS 9998, 106153

26 BVerfG a.a.O., Fn. 2, Rn. 3, Abiturbestenquote ohne Erwähnung der Landesquoten gebilligt in Rn. 127 ff.

27 BVerfG a.a.O., Fn. 2, Leitsatz 5, 4. Spiegelstrich, Rn. 173 ff.

28 BVerfG a.a.O., Fn. 2, Rn. 186 f.

29 VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 18.03.2014 – Az. 6z K 4229/13, Rn. 402 ff. (429).

30 BVerfG a.a.O., Fn. 2, Rn. 188; krit. Bode a.a.O., S.180.

müssen nach unserer Meinung die verfassungswidrigen Regelungen durch unmittelbare und unverzügliche Neuregelung in den Auswahlsetzungen ersetzen. Es gilt folgende verfassungswidrige Regelungen zu vermeiden bzw. zu ändern:

- soweit die Hochschulen bisher neben eignungsbezogenen gesetzlichen Kriterien uneingeschränkt auch auf das Kriterium eines frei zu bestimmenden Ranges der Ortspräferenz zurückgegriffen haben, ohne dass dies durch Besonderheiten des konkreten Auswahlverfahrens (z.B. strukturierte Auswahlgespräche) geboten ist,
- soweit die Hochschulen allein die HZB-Noten berücksichtigt und auf diese Weise 80% der Plätze an die Abiturbesten vergeben haben,
- soweit die Hochschulen im Rahmen der Vorauswahl für Auswahlgespräche und den HAM-Nat die Auswahl wiederum entweder nach der Abiturdurchschnittsnote oder einer Verfahrensnote treffen und so andere Bewerber mit guten bis mittleren Noten keine Chance haben, ausgewählt und über das AdH zugelassen zu werden
- als die Satzung der Universität Heidelberg, die von allen Auswahlsetzungen, die den TMS als Auswahlbestandteil vorsehen, in Bezug genommen wird, für den TMS nicht dessen Wiederholbarkeit vorsieht.

Wir sind sehr erstaunt darüber, dass – soweit ersichtlich – bisher keine einzige Universität durch Änderung ihrer Auswahlsetzung für das WS 2018/2019 auf das Urteil des BVerfG reagiert hat. Wir hätten erwartet, dass wenigstens einzelne Universitäten auch vor Änderung des Staatsvertrags und der Hochschulzulassungsgesetze Konsequenzen ziehen. Hier herrscht offensichtlich „Schockstarre“.

#### b) Testwiederholung

*These: Jedenfalls eine einmalige Wiederholbarkeit des Tests ist zwingend vorzusehen.*

Das bisherige Vergaberecht, konkret die TMS-Satzung, „Satzung der Universität Heidelberg für die Zulassungen zu den Studiengängen Medizin (Fakultät Heidel-

berg), Medizin (Fakultät Mannheim) sowie Zahnmedizin jeweils mit Abschluss Staatsexamen nach dem hochschuleigenen Auswahlverfahren vom 17. Dezember 2012 und 11. Februar 2015,<sup>31</sup> sieht in § 6 Abs. 1 a.E. eine Wiederholung des TMS nicht vor. Vergleichbare Regelungen finden sich in den Auswahlsetzungen der anderen Hochschulen, die den TMS heranziehen.

Anders ist es beim HAM-Nat, dort schließen die Charité und die Universität Hamburg dessen Wiederholbarkeit nicht aus.<sup>32</sup>

Entsprechende Regelungen zur Frage der Wiederholbarkeit des TMS gibt es weder im HRG noch im Staatsvertrag 2008 noch in den Landes-Hochschulzulassungsgesetzen

Für den Ausschluss der Wiederholbarkeit des TMS ist jedoch nicht der Satzungsgeber, sondern der Gesetzgeber zuständig. Dieser muss eine Regelung treffen, denn so weitreichend ist die Satzungsautonomie der Hochschulen nach dem Urteil des BVerfG nicht. Mangels ausreichender gesetzlicher Grundlage ist der Ausschluss der Wiederholbarkeit des TMS nach unserer Auffassung ab sofort verfassungswidrig.

Die Gesichtspunkte, die 1986 nach Auffassung des OVG Münster<sup>33</sup> die Gründe für eine Wiederholbarkeit des TMS aufgewogen haben, waren zeit- und situationsabhängig: Insoweit verweisen wir auf unseren NVWZ-Online-Aufsatz.<sup>34</sup> Heute spielt das Ergebnis des Tests mit bis zu 49%iger Gewichtung und der Mitentscheidung an jedenfalls 22 Unis in der Humanmedizin eine bedeutende Rolle für die Auswahl.<sup>35</sup>

#### c) Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Vorauswahl zum Ham-Nat und zum Auswahlgespräch

*These: Das Urteil des BVerfG verbietet es, die Note der HZB oder deren Bestandteile, wie Einzelnoten in bestimmten Fächern, zum Gegenstand der Vorauswahl zu machen.*

Während für den TMS – mit Ausnahme des derzeitigen Ausschlusses bei vorheriger Teilnahme – eine Vorauswahl nicht vorgesehen ist, begrenzen sowohl die Charité als auch die Universität Hamburg die Auswahl der Teilnehmer für den Ham-Nat strikt nach Note.<sup>36</sup> Gleich-

31 Abrufbar unter: <http://www.tms-info.org/fileadmin/pdf/auszugsatzungtmsbereich.pdf> (27.7.2018).

32 Vgl. etwa die „Satzung über das Auswahlverfahren der Charité – Universitätsmedizin Berlin für die Studiengänge Medizin und Zahnmedizin (Auswahlsetzung)“ vom 20.4.2015.

33 OVG Münster, NJW, 1987, 1505 (1507).

34 *Brehm/Brehm-Kaiser* a.a.O., S. 12 f.

35 Anders als 1986 sind heute für die Entscheidung über die Wiederholbarkeit des Tests als AdH-spezifisches Mit-Auswahlkriterium die Gerichte des in erster Präferenz gewählten Studienorts

zuständig (vgl. VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 29.9.2014 - 6a L 1244/14, Rn.7 ff.; Beschl. vom 2.10.2015 - 6z L 1804/15 und Gerichtsbescheid v. 5.3.2015 - 6z K 3908/15, n.v.; *Brehm/Maier*, DVBl. 2016, 1166 ff. (1173). Dies gilt auch für die Anfechtung der Durchführung oder des Ergebnisses des Auswahlgesprächs.

36 Vgl. § 8 der Satzung über das Auswahlverfahren der Charité – Universitätsmedizin Berlin für die Studiengänge Medizin und Zahnmedizin (Auswahlsetzung) vom 20.04.2015; Die Teilnahme ist auf 850 Bewerber beschränkt.

ches gilt für die Vorauswahl hinsichtlich der Teilnahme am Auswahlgespräch an der Medizinischen Universität Lübeck.<sup>37</sup>

Danach erfolgt an diesen Universitäten regelhaft eine Auswahl im AdH nach HZB-Note und damit eine fast 80%ige Abiturbestenquote. Diese Auswahl ist verfassungswidrig. Dies hatte im Übrigen auch das VG Mainz bereits 2006<sup>38</sup> entschieden: Sinn und Zweck des Kriteriums „Auswahlgespräch“ verbiete es, bei der Frage, wer einzuladen sei, wiederum auf die Qualifikation abzustellen, denn über das Kriterium „Auswahlgespräch“ solle auch gerade den Bewerbern eine Chance eingeräumt werden, die über weniger gute Durchschnittsnoten verfügten. Indem die Uni Mainz die zahlenmäßig begrenzten Teilnehmer für das Auswahlgespräch über die Qualifikationsliste geladen habe, habe sie in das Auswahlkriterium „Auswahlgespräch“ sinn- und satzungswidrig erneut das Qualifikationsmerkmal einfließen lassen.

d) Keine Vorauswahl durch Ortspräferenzen bei nicht-individualisierten Auswahlverfahren

*These: Sieht eine Hochschule die Vorauswahl für ein AdH vor, bei dem die Auswahl „rechnergesteuert“ erfolgt, wie z.B. nach der Abitur/Testkombination, darf es keine Einschränkung dieser Vorauswahl durch ein „Verlangen nach Angabe einer Ortspräferenz“ geben.*

Der Geschäftsführer der Stiftung für Hochschulzulassung, Bade, hat angesichts des tatsächlichen Befunds, dass im WS 2017/2018 insgesamt 25 Universitäten im Rahmen der Vorauswahl für das AdH die erste Ortspräferenz forderten, bereits in der mündlichen Verhandlung vor dem BVerfG am 04.10.2017 die Auffassung vertreten, dass diese Forderung nur für Universitäten gerechtfertigt sei, die eingehende Bewerberüberprüfungen z.B. durch hochschuleigene Tests und Auswahlgespräche durchführten. Vergebe eine Hochschule die Plätze im

AdH nur in einem „maschinengeeigneten Verfahren“, wie Abitur oder Abitur/TMS-Quote, sei das Verlangen nach der Angabe in erster Präferenz weder erforderlich noch sachgerecht.

Dies hat das BVerfG veranlasst, das Vorauswahlverfahren zum AdH insoweit für verfassungswidrig zu erklären, als die Hochschulen neben eignungsbezogenen gesetzlichen Kriterien auch uneingeschränkt auf das Kriterium eines frei zu bestimmenden Ranges der Ortspräferenz zugreifen dürften.<sup>39</sup> Das Verlangen nach der ersten Ortspräferenz kann nur als Vorfilter zur Durchführung individuell aufwendiger Auswahlprozesse der Hochschulen in begrenztem Umfang gerechtfertigt sein, um zu gewährleisten, dass der Aufwand auf solche Personen beschränkt bleibt, bei denen es hinreichend wahrscheinlich erscheint, dass sie den Studienplatz auch annehmen.<sup>40</sup> Vergeben aber – wie bisher häufig – die Hochschulen ihre Studienplätze im AdH nach Kriterien, die in automatisierter Form angewendet werden könnten, kann auf den Grad der Ortspräferenz nicht zurückgegriffen werden. Die Hochschulen dürfen also das Kriterium des Grades der Ortspräferenz nur bei anspruchsvollen individualisierten – eignungsbezogenen – Auswahlverfahren zugrunde legen und auch dort nur beschränkt,

– wenn es um Studienplätze geht, die tatsächlich im Rahmen eines aufwendigen individualisierten Auswahlverfahrens vergeben werden,

und kumulativ

– hiervon auch nur ein hinreichend beschränkter Anteil der insgesamt je Hochschule im AdH zu vergebenden Plätze betroffen ist.<sup>41</sup>

Dr. Robert Brehm, Sozietät Rechtsanwälte Dres.  
Brehm & Zimmerling, Frankfurt/Saarbrücken

37 § 4 Abs. 1 der Satzung der Universität zu Lübeck zur Durchführung des Auswahlverfahrens im Studiengang Humanmedizin vom 14.02.2014.

38 VG Mainz, Urt. vom 04.09.2006 - 6 K 875/04.MZ, n.v. Auf die Berufung der Universität hin wurde das Urteil aus formalen Gründen abgeändert und die Klage abgewiesen: OVG Koblenz, Urt. vom 14.03.2007 - 6 A 11619/06.OVG,n.v.

39 BVerfG a.a.O., Fn. 2, Leitsatz 5, dritter Spiegelstrich, Rn. 167 ff.

40 BVerfG a.a.O., Fn. 2, Rn. 169.

41 BVerfG a.a.O., Fn. 1, Rn. 170 f.

22 BVerfG a.a.O., Fn.2, Leitsatz 5, 5. Spiegelstrich, Rn. 173 – 192.

23 BVerfG, Beschl. v. 03.04.1974 – 1 BvR 282, 305/73; NJW 1974, 1127; BeckRS 1973, 104818.

24 BayVerfGH, Urt. v. 01.08.1975 – Vf. 11 – VII – 73; NJW 1975,



# Silvia Pernice-Warnke

## Status und Alter

### in der akademischen Selbstverwaltung

#### I. Einführung

Lässt sich von einer „Gerontokratie“ an Hochschulen<sup>1</sup> sprechen, wird die akademische Selbstverwaltung also zu sehr von Älteren dominiert? Sollte Jüngeren mehr Einfluss in den Hochschulgremien eingeräumt werden, weil dies innovative Impulse und ein Aufbrechen gefestigter, vielleicht teilweise auch überkommener, Strukturen verspricht, weil es eine Mitwirkung derjenigen, die von zukunftsbezogenen Entscheidungen an Hochschulen am längsten betroffen sind, garantiert? Könnte auf diesem Wege „Generationengerechtigkeit“ an den Hochschulen hergestellt werden? Rechtlich gilt es dabei die Frage zu untersuchen, ob Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG, aus dem die Mitwirkungsrechte an der Hochschule abgeleitet werden, eine verstärkte Mitwirkung Jüngerer gerade verbietet oder ob das Kriterium „Alter“ insoweit keine Rolle spielen kann.

#### II. Grundsätzliches zu den Mitwirkungsrechten an der akademischen Selbstverwaltung<sup>2</sup>

Bei der akademischen Selbstverwaltung handelt es sich um funktionale, um „grundrechtsverwirklichende“, nicht um demokratische Selbstverwaltung.<sup>3</sup> Somit ist sie nicht durch demokratisch-egalitäre Partizipation,<sup>4</sup> sondern durch eine aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG folgende, abgestufte Mitwirkung der Mitgliedergruppen gekennzeichnet.<sup>5</sup>

Die genauen Anforderungen, die sich aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG für die Mitwirkung ergeben, hat das BVerfG 1973 in seinem Hochschulurteil grundlegend

herausgearbeitet. In dieser Entscheidung werden die Hochschullehrer als „Inhaber der Schlüsselfunktionen des wissenschaftlichen Lebens“<sup>6</sup> bezeichnet, deren besondere Stellung sich aus ihrer „Qualifikation, Funktion, Verantwortung und Betroffenheit“ ergebe.<sup>7</sup> Diese herausgehobene Stellung der Hochschullehrer kann freilich – wie vom BVerfG zutreffend dargestellt – nur für wissenschaftsrelevante Angelegenheiten Geltung beanspruchen.<sup>8</sup>

Zu den Hochschullehrern gehören nach dem vom BVerfG in seinem Hochschulurteil geprägten „materiellen Hochschullehrerbegriff“ diejenigen akademischen Forscher und Lehrer, die „aufgrund der Habilitation oder eines sonstigen Qualifikationsbeweises mit der selbständigen Vertretung eines wissenschaftlichen Faches in Forschung und Lehre betraut“ sind.<sup>9</sup> Erforderlich sei eine „homogen“ zusammengesetzte Gruppe der Hochschullehrer, die sich durch eine „typische Interessenlage“ auszeichnen müsse.<sup>10</sup>

Die Mitwirkungsrechte der wissenschaftlichen Mitarbeiter werden, ebenfalls der überzeugenden Auffassung des BVerfG zufolge, dem Grunde nach auch durch das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit geschützt.<sup>11</sup> Den Studierenden soll das Recht aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gleichfalls zustehen, „solange und soweit sie an der Forschung und wissenschaftlichen Lehre“ teilnehmen. Dass dagegen die nicht-wissenschaftlichen Mitarbeiter nicht unter den Schutzbereich dieses Grundrechts fallen, soll keinen hinreichenden Grund für ihren generellen Ausschluss von der Beteiligung darstellen. Ihre Mitwirkung als solche soll auch nicht in unzulässiger Weise in die verfas-

1 Zur Begrifflichkeit siehe bereits den Beitrag von Paul B. Baltes „Wider die Gerontokratie“ in der „Zeit“ v. 4.4.1997, Ausgabe 15/1997.

2 S. hierzu auch bereits Pernice-Warnke, Die Mitwirkung der Gruppe der Hochschullehrer und der sonstigen Statusgruppen an der universitären Selbstverwaltung, Rechtswissenschaft 2/2017, 227. Der vorliegende Beitrag stellt eine Fortentwicklung der dort angestellten Überlegungen, insbesondere unter Berücksichtigung des Aspekts „Alter“, dar.

3 Zur Abgrenzung der akademischen von der kommunalen Selbstverwaltung als „demokratischer“ Selbstverwaltung und von der übrigen funktionalen Selbstverwaltung Jesaedt, Selbstverwaltung als „Verbundbegriff“, Die Verwaltung 35 (2002), 293 (316); ders., Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, S. 530. Für eine Sonderstellung der akademischen Selbstverwaltung als „Freiheitssicherung für ein sensibles Grundrecht“ auch Schmidt-

Aßmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, S. 96.

4 Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 1987, § 22 Rn. 33.

5 So auch Fehling, Neue Herausforderungen an die Selbstverwaltung in Hochschule und Wissenschaft, Die Verwaltung 35 (2002), 399 (402 f.), der die Hochschulselbstverwaltung allerdings über Art. 5 Abs. 3 GG hinaus für grundrechtsgeprägt hält und einen „quasi-demokratischen Ansatz“, der auf „Partizipation und Repräsentation aller Hochschulangehörigen abzielt“, befürwortet.

6 BVerfGE 35, 79 (127).

7 BVerfGE 35, 79 (127, 131).

8 BVerfGE 35, 79 (130 f.).

9 BVerfGE 35, 79 (125 ff.).

10 BVerfGE 35, 79 (134 f.).

11 BVerfGE 35, 79 (125).

sungsrechtlich abgesicherten Mitwirkungsrechte der Hochschullehrer eingreifen.<sup>12</sup> Das Modell der Gruppenuniversität, das eine grundsätzliche Mitwirkung aller Mitgliedergruppen der Hochschule vorsieht, wurde somit in der Entscheidung für mit Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG vereinbar befunden.

Die Vorgaben des BVerfG zu den abgestuften Mitwirkungsrechten haben Eingang in die Hochschulgesetze der Länder gefunden, die bestimmen, dass sich Art und Umfang der Mitwirkung der einzelnen Mitgliedergruppen nach Qualifikation, Funktion, Verantwortung und Betroffenheit der Mitglieder richten.<sup>13</sup> Teilweise ist aber auch eine viertelparitätische Gremienbesetzung vorgesehen, so beispielsweise im HG NRW für den Senat.<sup>14</sup>

### III. Die Altersstruktur der durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützten Statusgruppen

Der Altersstruktur der Statusgruppen kommt zwar hinsichtlich der Altersstruktur der Hochschulgremien nur mittelbare Bedeutung zu, weil aus einer Statusgruppe mit überwiegend jüngeren Angehörigen auch gerade die Ältesten und umgekehrt aus Statusgruppen mit überwiegend älteren Angehörigen auch gerade die Jüngsten gewählt werden können. Hinsichtlich des aktiven Wahlrechts stellt sich die Altersstruktur der Statusgruppe jedoch als unmittelbar relevant dar. Bei den folgenden statistischen Angaben zum Durchschnittsalter in den einzelnen Gruppen ist allerdings zu berücksichtigen, dass sich dieses auf eine Personalgruppe bezieht, die nicht vollumfänglich mit der Zusammensetzung der entsprechenden Statusgruppe an der jeweiligen Hochschule übereinstimmt und dass es sich um hochschulübergreifend ermittelte Durchschnittswerte handelt, die keine Aussage über das Durchschnittsalter in der entsprechen-

den Gruppe an einer einzelnen Hochschule zu treffen vermögen.

#### 1. Die Alterszusammensetzung der Gruppe der Studierenden

Der Großteil der Hochschulzugangsberechtigten nimmt ein Studium im Anschluss an die Schule, in jungem Alter auf,<sup>15</sup> nicht zuletzt auch wegen rechtlicher oder tatsächlicher Höchstaltersgrenzen für die Aufnahme bestimmter Berufe. Insgesamt lag das Durchschnittsalter (Median) der Studienanfänger im Studienjahr 2017/18 bei 21,5,<sup>16</sup> das Durchschnittsalter (Median) der Studierenden im WS 2017/18 bei 24,5<sup>17</sup> und das Durchschnittsalter (Median) zum Zeitpunkt des Studienabschlusses bei universitären Abschlüssen bei 26 Jahren.<sup>18</sup>

Teilweise existieren auch Höchstaltersgrenzen. So werden gemäß § 8 Abs. 3 des Staatsvertrags über die gemeinsame Einrichtung für Hochschulzulassung<sup>19</sup> diejenigen, die zum Bewerbungsstichtag das 55. Lebensjahr bereits vollendet haben, am Auswahlverfahren hinsichtlich der im zentralen Verfahren vergebenen Studienplätze<sup>20</sup> nur beteiligt, wenn für das beabsichtigte Studium unter Berücksichtigung der persönlichen Situation schwerwiegende wissenschaftliche oder berufliche Gründe sprechen. Die darin liegende, an (Art. 12 i.V.m.) Art. 3 Abs. 1 GG zu messende, Ungleichbehandlung aufgrund des Alters lässt sich dadurch rechtfertigen, dass vorrangig solchen Personen der Zugang zum Studium ermöglicht werden soll, die dieses als Vorbereitung für eine im Anschluss an das Studium aus Altersgründen auch noch tatsächlich in Betracht kommende Berufstätigkeit benötigen.

Auch in Folge des Urteils des BVerfG zur Studienplatzvergabe für das Medizinstudium wird sich die Zahl älterer Studierender zumindest im Fach Medizin (und in den anderen bundesweit zulassungsbe-

12 BVerfGE 35, 79 (126 ff.); zum Streit, ob die Einbeziehung nicht-wissenschaftlicher Mitarbeiter in den Kreis der Hochschulmitglieder sachgerecht erscheint, auch Gärditz, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2009, S. 556, Fn. 710 m.w.N.

13 S. z.B. § 11a Abs. 1 HG NRW, § 14 Abs. 1 S. 3 HG SH oder § 10 Abs. 1 S. 1 LHG BW.

14 § 22 Abs. 2 S. 3 HG NRW bestimmt, dass die Stimmen der Vertreter der Gruppen im Sinne des § 11 Abs. 1 S. 1 im gleichen Verhältnis zueinander stehen, es sei denn, es liegt eine Regelung in der Grundordnung nach § 11a Abs. 2 S. 2 vor und das Ministerium hat dies schriftlich gegenüber der Hochschule festgestellt.

15 Von den studienberechtigten Schulabgängern des Jahres 2014 begannen insgesamt 45% ein Studium im Jahr des Studierenerwerbs, 23% ein Jahr danach und 6% zwei Jahre danach. Somit nahmen

rund 73% der Studienberechtigten aus dem Jahr 2014 innerhalb von zwei Jahren ein Studium auf, Statistisches Bundesamt, Hochschulen auf einen Blick, 2018, S. 12.

16 Statistisches Bundesamt, <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/BildungForschungKultur/Hochschulen/Tabellen/StudierendeErstesFSBundeslaender.html>.

17 <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/BildungForschungKultur/Hochschulen/Tabellen/StudierendeInsgesamtBundeslaender.html>.

18 Statistisches Bundesamt, Hochschulen auf einen Blick, 2018, S. 24 f.

19 Staatsvertrag über die gemeinsame Einrichtung für Hochschulzulassung vom 17.3.2016.

20 Derzeit Medizin, Zahnmedizin, Tiermedizin, Pharmazie.

schränkten Studiengängen, bei denen die Bewerberzahl die Gesamtzahl der zur Verfügung stehenden Studienplätze übersteigt)<sup>21</sup> verringern.<sup>22</sup> Die Richter des Ersten Senats des BVerfG führten in diesem Urteil aus, Wartezeitquoten seien zwar verfassungsrechtlich nicht geboten, jedoch zulässig. Dies gelte allerdings nur dann, wenn die Wartezeit in ihrer Dauer begrenzt sei. Denn Studierende mit längeren Wartezeiten wiesen einen geringeren Studienerfolg auf („Verlernen des Lernens“) und brächen ihr Studium häufiger ab als andere Studierende.<sup>23</sup> Ein zu langes Warten beeinträchtigt demnach die Erfolgchancen im Studium und damit die Möglichkeit zur Verwirklichung der Berufswahl. Zugleich würden Bewerber mit größeren Erfolgsaussichten blockiert.<sup>24</sup>

Zusätzlich werden vielfach auch die externen, d.h. nicht an der Hochschule beschäftigten, Doktoranden der Gruppe der Studierenden zugeordnet.<sup>25</sup> Dies führt zu einer Erhöhung des Durchschnittsalters dieser Gruppe und wirft die Frage nach ihrer homogenen Zusammensetzung auf, weil Qualifikation und Interessen der Studierenden einerseits und der Doktoranden andererseits voneinander abweichen.

## 2. Die Alterszusammensetzung der Gruppe der wissenschaftlichen und künstlerischen Mitarbeiter<sup>26</sup>

Die Gruppe der wissenschaftlichen und künstlerischen Mitarbeiter umfasst vor allem befristet beschäftigtes Personal in der Qualifikationsphase nach abgeschlossenem Studium und vor Aufnahme einer Hochschullehrer- oder anderweitigen Berufstätigkeit, insbesondere Doktoranden und Postdocs/Habilitanden, aber auch dauerhaft beschäftigtes wissenschaftliches Personal, regelmäßig auch Lehrkräfte für besondere Aufgaben.<sup>27</sup> Dementsprechend ist ein durchschnittliches Alter, das über demjenigen der

Studierenden und unter demjenigen der Hochschullehrer liegt, zu erwarten: 2014 waren 109.880 der dem hauptberuflichen wissenschaftlichen und künstlerischen Personal angehörenden Personen unter 35 und 35.047 zwischen 35 und 45 Jahre alt. Dabei ist die Zahl der Nachwuchswissenschaftler unter 35 zwischen 2000 und 2014 um 91%, diejenige der 35-45-Jährigen um 41% gewachsen.<sup>28</sup> Das Durchschnittsalter (Median) der wissenschaftlichen und künstlerischen Mitarbeiter betrug 2017 32 Jahre<sup>29</sup> und ist damit seit 2014 leicht angestiegen.<sup>30</sup>

## 3. Die Alterszusammensetzung der Gruppe der Hochschullehrer

### a. Grundsätzliches

Die Zusammensetzung der Hochschullehrerschaft und damit auch der Statusgruppe Hochschullehrer wird über die Berufung der Hochschullehrer an die Hochschule gesteuert. Dabei legt Art. 33 Abs. 2 GG mit Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung die für den Zugang zum Hochschullehreramt maßgeblichen Kriterien fest. Der Begriff „Befähigung“ soll allgemein der Tätigkeit zu Gute kommende Fähigkeiten wie Begabung, Allgemeinwissen oder Lebenserfahrung umfassen, der Begriff „fachliche Leistung“ Fachwissen, Fachkönnen und Bewährung im Fach und der Begriff „Eignung (i.e.S.)“ schließlich alle sonstigen geistigen, körperlichen, psychischen und charakterlichen Eigenschaften.<sup>31</sup> Das Alter wird in Art. 33 Abs. 2 GG gerade nicht genannt. Allenfalls ließe sich darüber nachdenken, ob in manchen, insbesondere geisteswissenschaftlichen, Fächern ein höheres Alter eine höhere Befähigung und bessere fachliche Leistung indiziert oder ob umgekehrt ein geringeres Alter für eine geringere Befähigung und

21 Dazu von *Coelln*, Anmerkung zu BVerfG, Urt. v. 19.12.2017 – 1 BvL 3/14, 1 BvL 4/14, Unvereinbarkeit der Studienplatzvergabe für Humanmedizin mit dem Grundgesetz, NJW 2018, 361 (380).

22 S. dazu auch die im Juni 2018 von der KMK verabschiedeten Eckpunkte für einen Staatsvertrag zur Vergabe von Studienplätzen im Fach Humanmedizin, die eine Abschaffung der Wartezeitquote vorsehen, <https://www.kmk.org/aktuelles/artikelansicht/richtungsentscheidung-der-kultusministerkonferenz-zur-vergabe-von-studienplaetzen-im-fach-humanmedizi.html>

23 BVerfG, NJW 2018, 361 (375 ff.; insbes. Rn. 224).

24 BVerfG, NJW 2018, 361 (375 ff.; insbes. Rn. 224).

25 S. z. B. § 11 Abs. 1 Nr. 4 HG NRW, § 16 Abs. 2 S. 6 NHG, § 32 Abs. 3 Nr. 2 HHG. Allerdings ermöglicht § 32 Abs. 7 HHG eine abweichende Zuordnung und auch § 11 Abs. 1 S. 3 HG NRW behält der Grundordnung die Schaffung einer eigenen Doktorandengruppe vor. Beispielsweise § 10 Abs. 1 LHG BW sieht für externe Doktoranden eine eigene Gruppe vor und weist den an der Hochschule beschäftigten Doktoranden ein Wahlrecht zu, ob sie der Gruppe

der Mitarbeiter oder der Gruppe der Doktoranden angehören möchten. Gemäß § 5 Abs. 3 Nr. 2 BremHG bilden Doktoranden eine gemeinsame Gruppe mit den wissenschaftlichen und künstlerischen Mitarbeitern.

26 Zur genauen Bezeichnung und Zusammensetzung vgl. die einzelnen Regelungen in den Landeshochschulgesetzen.

27 S. z.B. § 11 Abs. 1 Nr. 2 HG NRW, § 16 Abs. 2 Nr. 2 LHG BW, § 32 Abs. 3 Nr. 3 HHG.

28 Bundesbericht Wissenschaftlicher Nachwuchs 2017, S. 100.

29 Arithmetisches Mittel: 35,6 Jahre. Statistisches Bundesamt, Fachserie 11, Reihe 4.4, Bildung und Kultur – Personal an Hochschulen, 2018, S. 244. Als Hochschulen wurden dabei alle nach Landesrecht anerkannten Hochschulen, unabhängig von der Trägerschaft, ausgewiesen.

30 Arithmetisches Mittel 2014: 35,3 Jahre; Median: 31,7 Jahre; Statistisches Bundesamt, Fachserie 11, Reihe 4.4, Bildung und Kultur – Personal an Hochschulen, 2015, S. 161.

31 *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 33 Rn. 18.

schlechtere fachliche Leistung spricht, weil die Auseinandersetzung mit den Grundlagen des Faches, mit der grundlegenden Literatur, notwendigerweise eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt. Letztlich bleibt das Alter in diesem Bereich jedoch ein eignungs fremdes Kriterium, d.h. ein Kriterium, das in keiner unmittelbaren Beziehung zur Eignung i.e.S., zur Befähigung oder fachlichen Leistung, steht.<sup>32</sup>

Rein faktisch wird aber ein Großteil der Erstberufenen wegen der regelmäßig zeitaufwendigen Qualifikationsnachweise, die für die Erlangung einer Hochschullehrerposition zu erbringen sind, bereits ein fortgeschrittenes Lebensalter erreicht haben. So sind W2-Professoren bei ihrer Berufung im Durchschnitt 41,4 und W3-Professoren 42,4 Jahre alt (arithmetisches Mittel).<sup>33</sup>

Die vergleichsweise hohen Einstellungshöchstaltersgrenzen für Hochschullehrer (s. z.B. § 39a HG NRW) berücksichtigen diese zeitintensive Qualifizierung und dienen damit gerade den Interessen des wissenschaftlichen Nachwuchses. Sie begünstigen zwar keine Verjüngung, führen aber auch nicht zwangsläufig zu einer Alterung der Gruppe der Hochschullehrer, weil sie eine Qualifizierung, Berufung und Zugehörigkeit zur Gruppe der Hochschullehrer in jüngerem Alter nicht verhindern.

Die Möglichkeit des Hinausschiebens des Eintritts in den Ruhestand (s. z.B. §§ 33 Abs. 1 HG NRW, 120 Abs. 1, 32 LBG NRW; § 16 Abs. 7 HmbHG) schließlich führt im Falle ihrer Wahrnehmung zu einem höheren Durchschnittsalter in der Gruppe der Hochschullehrer.

Insgesamt wurde zwar für die Jahre 2002 - 2010 eine Verjüngung innerhalb der Gruppe der Hochschullehrer nachgewiesen,<sup>34</sup> für die Jahre 2010 bis 2017 lässt sich dies den Zahlen des Statistischen Bundesamtes jedoch nicht entnehmen: Im Jahr 2010 lag das Durchschnittsalter der Hochschullehrer bei 50,4, der Anteil der Hochschullehrer über 60 an den Hochschullehrern insgesamt bei 16,61% und derjenige der Hochschullehrer unter 45 bei 25,86%.<sup>35</sup> Im Jahr 2016

stieg das Durchschnittsalter auf 51,2 (Median)<sup>36</sup> und der Anteil der Hochschullehrer über 60 auf 19,11% an. Der Anteil der Hochschullehrer unter 45 sank dagegen auf 22,31%.<sup>37</sup>

#### b. Seniorprofessoren

Sind in den Landeshochschulgesetzen so genannte „Seniorprofessuren“ vorgesehen<sup>38</sup> und werden die Seniorprofessoren der Hochschullehrergruppe zugeordnet, kann auch dies zu einem Ansteigen des Durchschnittsalters in der Hochschullehrergruppe führen. Für die Selbstverwaltungsgremien an der Hochschule ist das dann relevant, wenn den Seniorprofessoren auch vollumfängliche Mitgliedsrechte zustehen.

Ausdrückliche gesetzliche Regelungen zur Seniorprofessur treffen beispielsweise die Hochschulgesetze von Hamburg, Schleswig-Holstein und Thüringen. So sieht § 94 Abs. 2 S. 1 ThürHG vor, dass nach dem Eintritt von Professoren in den Ruhestand die vorübergehende Wahrnehmung von Aufgaben aus ihrem bisherigen Fachgebiet im Wege der Beauftragung durch den Präsidenten, am Universitätsklinikum durch den Klinikumsvorstand oder im Rahmen eines privatrechtlichen Vertragsverhältnisses möglich ist. Durch dieses als „Seniorprofessur“ bezeichnete Instrument soll vor allem ein geordneter Übergang bis zur Neubesetzung der Professur sichergestellt und dem Professor der Abschluss bestimmter Projekte ermöglicht werden. Dafür können die Seniorprofessoren von den sonstigen mit der Professur verbundenen Dienstaufgaben entbunden werden.<sup>39</sup> Gemäß § 21 Abs. 2 S. 5 ThürHG gehören auch die Seniorprofessoren zur Gruppe der Hochschullehrer. Die Zulässigkeit dieser Zuordnung erscheint angesichts der vom BVerfG aufgestellten Kriterien der Funktion und Verantwortung bei einer umfangreichen Entbindung von den Dienstaufgaben zweifelhaft, lässt sich wegen des vorübergehenden Charakters jedoch hinnehmen.

§ 16 Abs. 9 HmbHG sieht vor, dass ein Professor der betreffenden oder einer anderen Hochschule aus dem In- oder Ausland, der in den Ruhestand getreten

32 Siehe zu diesem Problemkomplex und zur Unterteilung in eignungs immanente Kriterien, eignungs ergänzende Hilfskriterien und eignungs fremde Kriterien Höfling, Altersgrenzen im (Hochschul-)Recht – eine Problemskizze, in: Anderbrügge/Epping/Löwer, Festschrift für Dieter Leuze zum 70. Geburtstag, 2003, S. 263 (268 f.). Speziell zu Altersgrenzen bei der Berufung von Professoren siehe auch Püttner, Altersgrenzen im Beamtenrecht, DVBl 1997, 259 (260 f.); Roelcke, Altersgrenzen in Berufungsverfahren, VBIBW 1995, 1 (2).

33 Bundesbericht Wissenschaftlicher Nachwuchs 2017, S. 117.

34 Heinz/Briedis/Jongmanns, Alter(n) und Wissenschaftskarrieren, in: Baur/Besio/Norkus/Petschick, Wissen – Organisation – Praxis, 2016, S. 552 (565 f.).

35 Statistisches Bundesamt, Fachserie 11, Reihe 4.4, Bildung und Kultur – Personal an Hochschulen, 2011, S. 158.

36 Arithmetisches Mittel: 51,3 Jahre, Statistisches Bundesamt, Fachserie 11, Reihe 4.4, Bildung und Kultur – Personal an Hochschulen, 2018, S. 244.

37 Berechnet aufgrund der Zahlen des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 11, Reihe 4.4, Bildung und Kultur – Personal an Hochschulen, 2018, S. 244. Im Jahr 2015 lag das Durchschnittsalter bei 50,9 Jahren, der Anteil der Hochschullehrer über 60 bei 17,7% und der Anteil unter 45 bei 23,33%, Statistisches Bundesamt, Fachserie 11, Reihe 4.4, Bildung und Kultur – Personal an Hochschulen, 2016, S. 158.

38 Für einen Überblick Detmer, Die Seniorprofessur, FuL 6/17, 516.

39 Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Perspektiven des wissenschaftlichen Nachwuchses sowie zur Änderung hochschulrechtlicher Vorschriften, LT Drs. 5/7018, S. 24 f.

ist, bei hervorragender Eignung als Professor an der Hochschule beschäftigt werden kann, jedoch nicht länger als bis zum Ende des letzten Monats des Semesters, in dem das 75. Lebensjahr vollendet wird. Die Beschäftigung erfolgt auf der Grundlage eines öffentlich-rechtlichen Vertrages, in dem die Rechte und Pflichten des Professors in Forschung und Lehre zu vereinbaren sind. Im Unterschied zu den die Seniorprofessur betreffenden Regelungen im thüringischen Hochschulgesetz lässt das HmbHG auch eine Beschäftigung von Professoren anderer Hochschulen als Seniorprofessoren zu und enthält nicht den Begriff „übergangsweise.“ Vorrangiger Grund für die Regelung im HmbHG ist anders als in Thüringen nicht die Sicherstellung eines geordneten Übergangs bis zur Neubesetzung der Professur, sondern die Überbrückung von Engpässen in der Lehre.<sup>40</sup>

Nach dem HmbHG sind Seniorprofessoren Mitglieder der Hochschule, wenn es sich um eine hauptberufliche Tätigkeit handelt, § 8 Abs. 1 S. 1 HmbHG, da die Seniorprofessur in einem Unterabsatz des § 16 zur dienstrechtlichen Stellung der Professoren geregelt ist, die dem Teil „Mitglieder der Hochschule“ unterfällt. Daraus sowie aus dem Fehlen abweichender Regelungen lässt sich darüberhinaus schließen, dass Seniorprofessoren zur Gruppe der Hochschullehrer gehören. Die Regelung der genauen Rechte und Pflichten der Mitglieder der Hochschule überlässt § 8 Abs. 2 HmbHG der Grundordnung. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Zuordnung zur Gruppe der Hochschullehrer mit den entsprechenden Mitwirkungsrechten hängt im Hinblick auf die Kriterien der Funktion und Verantwortung von der genauen Stellung und den einzelnen Pflichten der Seniorprofessoren ab.

§ 65 Abs. 3 HG SH bestimmt schließlich, dass die Hochschule in ihre Verfassung Regelungen über die Beschäftigung von Hochschullehrern oder anderen Persönlichkeiten aus der wissenschaftlichen oder künstlerischen Praxis aufnehmen kann, die die Voraussetzungen für eine Professur nach § 61 erfüllen und die bereits in den Ruhestand getreten sind oder eine Rente beziehen. Diese Personen können mit der befristeten Wahrnehmung von Aufgaben in Lehre,

Forschung, Weiterbildung und Kunst beauftragt werden und für die Dauer ihrer Beauftragung die Bezeichnung „Seniorprofessor“ führen. Gemäß § 13 Abs. 4 S. 1 Nr. 4 HG SH sind die Seniorprofessoren nach schleswig-holsteinischem Recht allerdings nur Angehörige der Hochschule. Während § 14 S. 2 HG SH die Mitwirkung an der Selbstverwaltung zum Recht und zur Pflicht aller Mitglieder erklärt, steht Angehörigen, soweit im HG nichts Näheres bestimmt ist, gemäß § 13 Abs. 4 S. 2 HG SH das aktive und passive Wahlrecht nur zu, wenn dies in der Verfassung der Hochschule so festgelegt wird. Dort werden gemäß § 13 Abs. 4 S. 3 HG SH auch die weiteren Rechte und Pflichten der Angehörigen im Rahmen der Selbstverwaltung und bei der Erfüllung der Aufgaben der Hochschule geregelt.

#### c. Entpflichtete Hochschullehrer

Auch die Zuordnung entpflichteter oder in den Ruhestand versetzter Professoren zur Hochschullehrergruppe führt zu einem Ansteigen des Durchschnittsalters in dieser Gruppe. Für die Selbstverwaltungsgremien an der Hochschule ist dies dann relevant, wenn diesen Professoren auch dieselben Mitwirkungsrechte wie Hochschullehrern im aktiven Dienst zustehen, was jedoch regelmäßig nicht der Fall ist. So sieht bspw. § 9 Abs. 1 S. 2 HG NRW vor, dass es sich bei entpflichteten oder in den Ruhestand versetzten Professoren zwar um Mitglieder der Hochschule handelt, dass sie aber, wenn sie nicht zugleich aus anderen Gründen Mitglieder der Hochschule sind, an Wahlen nicht teilnehmen. § 21 Abs. 3 Nr. 2 ThürHG weist Professoren im Ruhestand ebenso wie Seniorprofessoren den Status „Angehörige der Hochschule“ zu. Die Regelung der gegenüber Mitgliedern regelmäßig weniger weitreichenden Mitwirkungsrechte der Angehörigen überlässt das ThürHG gemäß § 21 Abs. 3 S. 1 der Hochschulordnung, während in § 22 ThürHG die Rechte und Pflichten der Mitglieder näher bestimmt werden. Auch gemäß § 13 Abs. 4 Nr. 2 HG SH sind die Professoren im Ruhestand nur Angehörige der Hochschule (dazu bereits oben b.). Diese eingeschränkten Mitwirkungsrechte lassen sich mit dem Entfallen<sup>41</sup> der Elemente „Funktion“ und „Verantwortung“ begründen.

40 S. dazu auch die Antwort des Senats auf die Schriftliche Kleine Anfrage v. 31.3.2013, Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg, Drs. 20/6754.

41 Wobei entpflichtete Hochschullehrer vielfach noch zur Betreuung von Dissertationen und Habilitationen berechtigt sind.

#### d. Juniorprofessoren

Die Zuordnung der Juniorprofessoren zur Gruppe der Hochschullehrer<sup>42</sup> trägt zum Absinken des Durchschnittsalters dieser Gruppe bei, denn Juniorprofessoren sind bei ihrer Berufung im Schnitt nur 35,2 Jahre alt (arithmetisches Mittel; W<sub>2</sub>-Professoren dagegen wie gezeigt 41,4 und W<sub>3</sub>-Professoren 42,4 Jahre alt).<sup>43</sup>

Gerade diese Zuordnung der Juniorprofessoren zur Hochschullehrergruppe mit vollumfänglichen Mitwirkungsrechten ist indes problematisch. Juniorprofessoren sind zwar mit der selbstständigen Vertretung eines wissenschaftlichen Faches in Forschung und Lehre betraut. Hinsichtlich des Aufgabenspektrums und jedenfalls regelmäßig bezüglich des Umfangs der (Lehr-)Aufgaben unterscheiden sie sich jedoch von Professoren und sind diesen somit hinsichtlich Funktion und Verantwortung nicht vollumfänglich gleichgestellt. Zudem ist die Juniorprofessur als alternativer Qualifikationsweg zur Habilitation auf dem Weg zur Professur ausgestaltet.<sup>44</sup> Damit entspricht die Qualifikation (noch) nicht derjenigen der Professoren; vielmehr wird der entsprechende Qualifikationsnachweis gerade erst erbracht. Insgesamt ist die Interessenlage der Juniorprofessoren eher derjenigen der wissenschaftlichen Mitarbeiter vergleichbar. Die Verfassungsmäßigkeit der Zuordnung zur Gruppe der Hochschullehrer lässt sich somit zumindest erheblich anzweifeln.<sup>45</sup>

#### IV. Zwischenergebnis

Eine Verjüngung der Gruppe der Hochschullehrer ist zumindest für die Jahre 2010 - 2017 nicht festzustellen. Die Mitwirkungsrechte Studierender und wissenschaftlicher Mitarbeiter an der universitären Selbstverwaltung wurden zwar teilweise ausgeweitet. Dennoch bleibt der dominierende Einfluss der regelmäßig älteren Hochschullehrer bestehen. Gründe dafür liegen in der Altersstruktur innerhalb der Hochschullehrergruppe und in dem dominierenden Einfluss der Hochschullehrergruppe an sich. Eine Verjüngung der Hochschulgremien kann somit entweder über eine Verjüngung der Status-

gruppen selbst bzw. eine Stärkung der Jüngeren in den Statusgruppen oder über eine Veränderung des Einflusses der Statusgruppen erfolgen.

#### V. Reformansätze

##### 1. Veränderung der Mitwirkungsrechte der einzelnen Statusgruppen

Eine Verjüngung der Entscheidungsgremien kann zunächst dadurch erreicht werden, dass denjenigen Statusgruppen, denen überwiegend Jüngere angehören, d.h. insbesondere der Gruppe der wissenschaftlichen Mitarbeiter und der Gruppe der Studierenden, mehr Mitwirkungsrechte eingeräumt werden.

Die Mitwirkungsrechte sind jedoch wie gezeigt Ausprägung des durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG vermittelten Schutzes. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG aber lässt sich das Erfordernis, Jüngeren bzw. allen Altersgruppen gleichermaßen Mitwirkungsrechte einzuräumen, nicht entnehmen; das Lebensalter stellt kein für die Ableitung von Mitwirkungsrechten aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG relevantes Kriterium dar. Vielmehr richten sich die Mitwirkungsrechte nach Funktion und Status.

Auch der Anzahl der Mitglieder der jeweiligen Statusgruppe kommt keine unmittelbare Bedeutung für die Mitwirkungsrechte zu, weil die Hochschulselbstverwaltung wie bereits gezeigt nicht durch demokratisch-egalitäre Partizipation, sondern durch eine aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG folgende, abgestufte Mitwirkung der Mitgliedergruppen gekennzeichnet ist. Dass also der Anteil der wissenschaftlichen und künstlerischen Mitarbeiter an sämtlichen Hochschulen am gesamten hauptberuflichen wissenschaftlichen und künstlerischen Personal im Jahr 2000 bei 63% und im Jahr 2014 bereits bei 75% lag, während der Anteil der Professoren von 24% auf 19% gesunken ist,<sup>46</sup> gebietet keine Ausweitung der Mitwirkungsrechte der Statusgruppe der wissenschaftlichen Mitarbeiter.

Möglicherweise müssten aber den mit Jüngeren besetzten anderen Statusgruppen wegen des Kriteriums der Betroffenheit weitreichendere Mitwirkungsrechte eingeräumt werden. Denn das BVerfG hatte

42 S. bspw. § 11 Abs. 1 Nr. 1 HG NRW, §§ 10 Abs. 1 Nr. 1, 44 Abs. 1 Nr. 1 LHG BW oder § 42 S. 1 HRG. Infolge der Föderalismusreform 2006 ist die Rahmenkompetenz des Bundes gemäß Art. 75 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GG a.F., entfallen. Gemäß Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG gilt das HRG dennoch fort. Das Vorhaben, das HRG aufzuheben (vgl. BT-Drs. 16/6122), wurde bislang nicht realisiert. Die Landesgesetzgeber können gemäß Art. 125a Abs. 1 S. 2 GG das Bundesrecht durch Landesrecht ersetzen.

43 Bundesbericht Wissenschaftlicher Nachwuchs 2017, S. 117.

44 S. zu dieser Einschätzung auch von Coelln, Das Binnenrecht der Hochschule, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 3. Aufl. 2017, Kap. 7 Rn. 58.

45 Hellmuth Stumpf, Innere Organisation und Interorganbeziehungen von Hochschulen, DÖV 2017, 620 (625) argumentiert dagegen, dass der Hochschullehrergruppe das für die herausgehobene Stellung konstitutive Element der Homogenität u.a. wegen der landesgesetzlichen Zuordnung der Juniorprofessoren zur Gruppe der Hochschule fehle. Überzeugender erscheint es aber, die Homogenität der Hochschullehrergruppe für verfassungsrechtlich geboten und die Zuordnung der Juniorprofessoren zu dieser Gruppe daher für verfassungswidrig zu halten.

46 Bundesbericht Wissenschaftlicher Nachwuchs 2017, S. 101, Abb. B16.

ausgeführt, dass Hochschullehrer „infolge ihrer regelmäßig längeren Zugehörigkeit zur Universität [...] durch langfristig wirkende Entscheidungen der Hochschulorgane stärker betroffen [würden] als die Gruppen der wissenschaftlichen Mitarbeiter und Studenten“<sup>47</sup> und damit das Merkmal der Betroffenheit zeitlich und nicht nach Intensität definiert. Aufgrund dessen ließe sich argumentieren, dass gerade Jüngere länger als Ältere von Entscheidungen betroffen sind. Gegen die längere Betroffenheit der Studierenden und wissenschaftlichen Mitarbeiter spricht aber die regelmäßig nur zeitlich begrenzte Zugehörigkeit zur Hochschule bzw. die befristete Beschäftigung. So betrug der Anteil des befristet beschäftigten wissenschaftlichen Personals am hauptberuflichen wissenschaftlichen und künstlerischen Personal an Universitäten und gleichgestellten Hochschulen 2014 73%, derjenige des unbefristet beschäftigten wissenschaftlichen Personals dagegen nur 14%. Insgesamt haben sich die Verhältnisse zugunsten befristeter Beschäftigung verschoben.<sup>48</sup> Zudem vermöchte sich aber auch eine etwaige längere Betroffenheit der wissenschaftlichen Mitarbeiter nicht gegenüber einer höheren Qualifikation, wichtigeren Funktion oder größeren Verantwortung der Hochschullehrer durchzusetzen.

Wegen der Wissenschaftsnähe der wissenschaftlichen Mitarbeiter und auch wegen des Verschwimmens der Grenzen zwischen den Statusgruppen durch die Zuordnung der Juniorprofessoren zur Gruppe der Hochschullehrer ließe sich allerdings über eine Aufwertung der Gruppe der wissenschaftlichen Mitarbeiter im Vergleich zu den anderen Gruppen und eine Annäherung der Anzahl der Vertreter der Hochschullehrer und der wissenschaftlichen Mitarbeiter in den Hochschulgremien diskutieren.<sup>49</sup>

Dabei müsste aber die herausgehobene Stellung der Hochschullehrer gewahrt bleiben. Denn die vom BVerfG zur Begründung der herausgehobenen Stellung der Hochschullehrer herangezogenen Argumente ihrer im Vergleich zu den anderen Statusgruppen höheren Qualifikation, wichtigeren Funktion und größeren Verantwortung vermögen auch in heutiger Zeit noch zu überzeugen, weil nur diese die für eine Begründung von aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG abgeleiteten Mitwirkungsrechten maßgeblichen Kriterien darstellen können. Damit ist die herausgehobene Stellung

der Hochschullehrer für wissenschaftsrelevante Fragen nach wie vor verfassungsrechtlich geboten<sup>50</sup> und steht einer Ausweitung von Mitwirkungsrechten anderer Statusgruppen in wissenschaftsrelevanten Fragen in einem die herausgehobene Stellung der Hochschullehrer berührenden Ausmaß entgegen.

2. Verjüngung der Gruppe der Hochschullehrer und Stärkung der Mitwirkungsrechte jüngerer Hochschullehrer innerhalb der Hochschullehrergruppe

a. Zusammensetzung der Gruppe der Hochschullehrer

Zur Gruppe der Hochschullehrer können wegen der Kriterien der Funktion und Verantwortung nur solche Hochschullehrer gehören, die noch vollumfänglich die Pflichten von Hochschullehrern wahrnehmen. Insofern scheidet jedenfalls entpflichtete Hochschullehrer aus, was zu einem Absinken des Durchschnittsalters in der Hochschullehrergruppe beiträgt. Zusätzlich tragen die regelmäßig jüngeren Juniorprofessoren zur Verjüngung dieser Gruppe bei. Gerade die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Zuordnung der Juniorprofessoren zur Gruppe der Hochschullehrer ist jedoch wie gezeigt zweifelhaft. Eine Verjüngung der Gruppe der Hochschullehrer und damit der Gremien kann freilich durch veränderte Qualifikationsbedingungen, die eine raschere Qualifikation ermöglichen, erreicht werden, dies aber möglicherweise um den Preis geringerer Befähigung und schlechterer fachlicher Leistung.

b. Stärkung der Mitwirkungsrechte jüngerer Hochschullehrer innerhalb der Hochschullehrergruppe

Schließlich stellt sich die Frage, ob sich über die vom BVerfG aufgestellten Kriterien der Qualifikation, Funktion, Verantwortung und Betroffenheit, die ursprünglich nur der Abgrenzung gegenüber den anderen Statusgruppen dienen, auch eine Differenzierung innerhalb der Gruppe der Hochschullehrer begründen lässt und die Mitwirkungsrechte der jüngeren Hochschullehrer innerhalb der Gruppe ausgeweitet werden können. Das Merkmal der Qualifikation ermöglicht allerdings keine Differenzierung: Die erforderliche, formale Qualifikation kann nur entweder vorliegen oder nicht vorliegen. Anders stellt sich dies bezüglich der Funktion, Verantwortung und Betroffenheit dar. So erscheint es denkbar, Hochschullehrern mit wichtigerer Funktion und größte-

47 BVerfGE 35, 79 (127).

48 Bundesbericht Wissenschaftlicher Nachwuchs 2017, S. 102, Abb. B 19.

49 Ein Hinweis darauf mag dem MHH-Urteil des BVerfG zu entnehmen sein, in welchem mehrfach von der Mitwirkung der

„Wissenschaftler“ (und nicht der Hochschullehrer) die Rede ist, BVerfGE 136, 338 (u.a. 377 f.); dazu näher Pernice-Warnke (Fn. 2), Rechtswissenschaft 2/2017, 227 (233).

50 Dazu ausführlicher Pernice-Warnke (Fn. 2), Rechtswissenschaft 2/2017, 227. A.A. Hellmuth Stumpf (Fn. 45), DÖV 2017, 620.

rer Verantwortung mehr Einflussmöglichkeiten zu gewähren. Ebenfalls könnten jüngeren Hochschullehrern, die aufgrund der ihnen verbleibenden Dienstzeit noch länger als ältere Hochschullehrer von Entscheidungen betroffen sind, als logische Konsequenz des vom BVerfG zeitlich definierten Merkmals der Betroffenheit, mehr Mitwirkungsrechte eingeräumt werden.

Zum einen vermag jedoch das Kriterium der Betroffenheit die anderen Kriterien nicht zu verdrängen. Gerade dienst- und damit häufig auch lebensältere Hochschullehrer werden aber regelmäßig wichtigere Funktionen bekleiden und größere Verantwortung tragen. Genau dies spiegelt sich auch in dem vielfach angewendeten Anciennitätsprinzip wieder, das im Gegensatz zum Senioritätsprinzip zwar an das Dienstalter anknüpft<sup>51</sup> und Dienstälteren eine herausgehobene Position zuweist, damit aber letztlich mittelbar regelmäßig auch Lebensältere begünstigt. Auch das BVerfG hatte diese Kriterien mit einem zeitlichen Aspekt in Verbindung gebracht: „Die Hochschullehrer prägen aufgrund ihrer Vorbildung, ihrer meist langjährigen Tätigkeit und Erfahrung in Forschung und Lehre in erster Linie die Hochschule als wissenschaftliche Einrichtung. Sie tragen kraft ihres Amtes [...] erhöhte Verantwortung [...]“<sup>52</sup>

So könnte also zum einen selbst eine längere Betroffenheit jüngerer Hochschullehrer keine Gewährung ausgeweiteter Mitwirkungsrechte innerhalb der Hochschullehrergruppe rechtfertigen, wenn sie hinsichtlich der Funktion und Verantwortung hinter älteren Hochschullehrern zurückblieben. Zum anderen ist fraglich, ob jüngere Hochschullehrer tatsächlich grundsätzlich länger als ältere betroffen sind. Einige Hochschulgesetze sehen die Möglichkeit einer Berufung auf Zeit, teilweise auch gerade für den Fall der Erstberufung vor,<sup>53</sup> so dass sich eher jüngere als ältere Hochschullehrer in einem befristeten Beschäftigungsverhältnis befinden und die Hochschule in absehbarer Zeit wieder verlassen werden. Auch aufgrund eines Rufs an eine andere Hochschule kann es

zu einem Hochschulwechsel kommen, wobei diese Möglichkeit freilich nicht auf jüngere Hochschullehrer beschränkt ist. Dass jüngere Hochschullehrer – im Gegensatz zu einem Großteil der Studierenden und wissenschaftlichen Mitarbeiter – der Wissenschaft nicht ganz den Rücken kehren, sondern ihr an einer anderen Hochschule weiterhin dienen werden, kann schließlich bezüglich der Selbstverwaltung einer konkreten Hochschule nicht das maßgebliche Kriterium darstellen. Somit lässt sich die längere Betroffenheit jüngerer Hochschullehrer jedenfalls nicht grundsätzlich bejahen.

Schließlich lassen die gegenüber dem Zeitpunkt des Ergehens des Hochschulurteils veränderten Verhältnisse, insbesondere die Existenz zeitlich befristeter Professuren,<sup>54</sup> ein Festhalten am Merkmal der Betroffenheit insgesamt problematisch erscheinen. So ist es auch genau dieses Kriterium der längeren Zugehörigkeit, das in einem 2016 ergangenen Urteil des VerFGH BW entfallen ist.<sup>55</sup> Allenfalls könnte künftig auf die Intensität anstelle der Dauer der Betroffenheit abgestellt werden. Dies allerdings hätte keine Relevanz für die altersbezogene Mitwirkung.

## VI. Ergebnis

Aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG lässt sich weder das Erfordernis ausgeweiteter Mitwirkungsrechte der anderen Statusgruppen noch der jüngeren Hochschullehrer innerhalb der Hochschullehrergruppe und insgesamt kein Gebot der Generationengerechtigkeit an der Hochschule ableiten. Eine Verjüngung der Gruppe der Hochschullehrer und damit der Gremien kann freilich durch veränderte Qualifikationsbedingungen wie insbesondere verkürzte Qualifikationszeiten erreicht werden. Ob dies im Hinblick auf die fachliche Leistung und Befähigung erstrebenswert ist, lässt sich bezweifeln. Zudem können innovative Ideen zwar gerade der Fortentwicklung der Wissenschaft dienen. Dass allerdings gerade oder nur jüngere Hochschullehrer solche innovativen Ideen ver-

51 Duden, Das große Fremdwörterbuch, 4. Aufl. 2017, „Anciennitätsprinzip.“

52 BVerfGE 35, 79 (127).

53 § 28 Abs. 1 NHG, u.a. explizit für den Fall der Erstberufung; § 49 LHG BW; Art. 8 Abs. 2 BayHSchPG; § 61 Abs. 5 HHG.

54 S. dazu Statistisches Bundesamt, Hochschulen auf einen Blick, 2018, S. 32.

55 VerFGH BW, VBlBW 2017, 61 (63): „[...] Jedoch ist das Gewicht ihrer Betroffenheit durch die Hochschulstruktur nicht dem der Betroffenheit der Hochschullehrer vergleichbar, die aufgrund ihrer Vorbildung, ihrer meist langjährigen Tätigkeit und Erfahrung in Forschung und Lehre in erster Linie die Hochschule als wissenschaftliche Einrichtung prägen. Sie tragen kraft ihres Amtes und Auftrages erhöhte Verantwortung für die Funktionsfähigkeit und

den wissenschaftlichen Rang der Hochschule. Sie sind nach ihrem Status und ihrer Funktion zur Forschung und Lehre sowie deren Organisation oder Mitorganisation in ihrem Fachbereich verpflichtet und daher mit der Sache der Wissenschaft besonders eng verbunden. Nach der derzeitigen Struktur der Hochschule sind sie die Inhaber der Schlüsselfunktion des wissenschaftlichen Lebens.“ Dies gleicht der entsprechenden Passage des Hochschulurteils, auf das auch Bezug genommen wird. Jedoch fehlt im Urteil des VerFGH BW der im Hochschulurteil folgende Satz: „Infolge ihrer regelmäßig längeren Zugehörigkeit zur Universität werden sie zudem durch langfristig wirkende Entscheidungen der Hochschulorgane stärker betroffen als die Gruppen der wissenschaftlichen Mitarbeiter und der Studenten“, BVerfGE 35, 79 (127).

treten, bleibt eine bloße Hypothese.<sup>56</sup> Jedenfalls aber ist eine Einbringung, wenn auch nicht Durchsetzung solcher Ideen, bereits durch wenige möglich. Schließlich setzt eine Wahl jüngerer Hochschullehrer in die Vertretungsgremien nicht unbedingt eine Mehrheit derselben in der Hochschullehrergruppe voraus, weil jüngere Hochschullehrer nicht zwangsläufig für jüngere und ältere Hochschullehrer nicht zwingend für ältere stim-

men. Allerdings stellt die Aufgabe der – wenn auch nur faktischen – Orientierung am Anciennitätsprinzip die Vorbedingung für eine Wahl jüngerer Vertreter dar.

Silvia Pernice-Warnke ist Akademische Rätin und Habilitandin am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Wissenschaftsrecht und Medienrecht der Universität zu Köln.

56 *Roellecke*, Altersgrenzen in Berufungsverfahren, VBlBW 1995, 1 (2) und *Höfling*, Altersgrenzen im (Hochschul-)Recht – eine Problemskizze, in: *Anderbrügge/Epping/Löwer*, Festschrift für Dieter Leuze zum 70. Geburtstag, 2003, S. 263 (272 f.) dagegen bejahen die Entwicklung des Faches durch jüngere Hochschullehrer und

deren neue Argumentationsmuster. Die Berufung Jüngerer diene damit der Forschungsfreiheit. Auch *Püttner*, Altersgrenzen im Beamtenrecht, DVBl 1997, 259 (261) verweist auf die Innovationskraft der Jüngeren.



Cornelia Feldmann

*Der Rechtsweg beim Konkurrentenrechtsstreit um eine durch privaten Dienstvertrag zu besetzende Stelle – OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 19.1.2018, 2 E 10045/18 und LAG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 15.8.2018, 2 Ta 77/18*

Sowohl das OVG Rheinland-Pfalz als auch das LAG Rheinland-Pfalz mussten sich zuletzt mit der Frage auseinandersetzen, ob bei einem Eilantrag, der auf Sicherung des aus Art. 33 Abs. 2 GG resultierenden Bewerberverfahrensanspruchs gerichtet ist, eine öffentlich-rechtliche oder eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt, wenn die Anstellung des künftigen Stelleninhabers in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis erfolgen soll. Beide Gerichte kamen dabei zu unterschiedlichen Ergebnissen, was einen näheren Blick in die Entscheidungsgründungen lohnt. Die Entscheidungen sind auch für den Hochschulbereich von wesentlicher Bedeutung, weil zahlreiche Stellen an den Hochschulen nicht (mehr) durch Beamte, sondern von Arbeitnehmern oder freien Dienstnehmern besetzt werden. So hat zuletzt das ArbG Mainz mit Verweis auf die Entscheidung des OVG Rheinland-Pfalz für einen bei ihm eingereichten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, mit der ein Bewerber die Besetzung einer Professorenstelle verhindern wollte, die durch Begründung eines privatrechtlichen Dienstverhältnisses erfolgen sollte, den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten für nicht gegeben erachtet und den Rechtsstreit an das VG Mainz verwiesen.<sup>1</sup> Droht damit das Ende des arbeitsrechtlichen Konkurrentenrechtsstreits?

### **I. Fallkonstellationen und Inhalt der Entscheidungen**

1. In dem vom OVG Rheinland-Pfalz<sup>2</sup> zu entscheidenden Fall ging es um die Besetzung der Stelle des Direktors der Landeszentrale für Medien und Kommunikation Rheinland-Pfalz, einer Anstalt des öffentlichen Rechts. Die Landeszentrale ist selbst nicht dienstherrenfähig, kann also selbst keine Beamtenverhältnisse begründen. Mit dem künftigen Direktor sollte nach dem Willen der Landeszentrale deshalb ein privatrechtlicher Dienstvertrag geschlossen werden. Der Antragsteller begehrte in einem beim VG Neustadt eingereichten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, dass

der Landeszentrale aufgegeben wird, die Stelle nicht zu besetzen, solange nicht über seine eigene Bewerbung bestandskräftig entschieden ist.

a) Die erste Instanz, das VG Neustadt,<sup>3</sup> hatte zunächst die Verweisung des Rechtsstreits an die ordentliche Gerichtsbarkeit erwogen. Auch die Landeszentrale für Medien und Kommunikation Rheinland-Pfalz vertrat die Ansicht, dass der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten im vorliegenden Verfahren nicht gegeben sei. In seinem auf Grundlage einer entsprechenden Anwendung von § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 17a Abs. 3 GVG gefassten Beschlusses entschied das Verwaltungsgericht jedoch sodann, dass der Rechtsweg zu den Gerichten der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit eröffnet ist. Es handele sich bei dem anhängigen Konkurrentenrechtsstreit um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art i.S.v. § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Es stützte seine Auffassung dabei auf zwei Aspekte. Zum einem handele es sich bei der Stellung des Direktors der Landeszentrale um eine öffentlich-rechtliche Stellung. Der Direktor sei nicht nur eines der gesetzlich vorgesehenen Organe der Landeszentrale, sondern diesem Organ würden ausdrücklich im Landesmediengesetz (§ 42 Nr. 18 und § 44 Abs. 3 Nr. 8 LMG) auch Hoheitsbefugnisse eingeräumt. Die Ausübung hoheitlicher Befugnisse sei nach Art. 33 Abs. 4 GG als ständige Aufgabe jedoch in der Regel den Angehörigen des öffentlichen Dienstes vorbehalten, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Deshalb sei die Stellung als Direktor der Landeszentrale trotz der vorgesehenen privatrechtlichen Ausgestaltung des Dienstvertrages von öffentlich-rechtlicher Rechtsnatur. Überdies gehe es nach dem Vortrag des Antragstellers in erster Linie um die Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung, deren rechtlichen Grundlagen sich aus dem Landesmediengesetz und der Hauptsatzung der Landeszentrale ergäben. Dort sei die Direktorenwahl näher geregelt. Dem Antragsteller gehe es darum, den Abschluss des Dienstvertrages als Folge der von

1 ArbG Mainz, Beschl. 28.3.2018, 1 Ga 3/18, n.v.

2 OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. 19.1.2018, 2 E 10045/18,

ZUM-RD 2018, 602.

3 VG Neustadt, Beschl. 27.12.2017, 5 L 1378/17.NW, n.v.

ihm für rechtswidrig gehalten Wahl des Mitbewerbers zu verhindern. Es gehe deshalb um das Ob und nicht um das Wie des Anstellungsvertrages. Das Verwaltungsgericht hielt es deshalb für angezeigt, die Grundsätze der sog. Zwei-Stufen-Theorie – allerdings wohl generell – auch auf die Konkurrentenklage anzuwenden und beim „Ob“ des Anstellungsvertrages von einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit auszugehen. Mangels anderer ausdrücklicher Rechtswegzuweisung kam aus Sicht des VG Neustadt weder eine Verweisung des Rechtsstreits an die Arbeitsgerichte noch an die ordentliche Gerichtsbarkeit in Betracht. Es erklärte deshalb den bestrittenen Rechtsweg für zulässig, § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 17a Abs. 3 GVG. Gegen diesen Beschluss legte die Landeszentrale sofortige Beschwerde beim OVG Rheinland-Pfalz.

b) Das OVG Rheinland-Pfalz wies diese Beschwerde zurück. Zurecht habe das VG Neustadt den Verwaltungsrechtsweg nach § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 17a Abs. 3 GVG für zulässig erklärt. Die entsprechende Rechtswegzuständigkeit folge aus § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit im Sinne dieser Norm sei immer anzunehmen, wenn der Antragsteller aus dem vorgetragenen Sachverhalt Rechtsfolgen aus Rechtsnormen des öffentlichen Rechts herleite. Öffentlich-rechtliche Normen seien dadurch gekennzeichnet, dass sie nur auf Rechtsbeziehungen zwischen Privaten und öffentlich-rechtlich organisierten Trägern, insbesondere Trägern der Staatsverwaltung, Anwendung finden könnten. Ausschlaggebend sei, dass sie ausschließlich einen derartigen Träger berechtigen oder verpflichten. Art. 33 Abs. 2 GG begründe eine einseitige Verpflichtung von Trägern staatlicher Gewalt und sei damit dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass die Landeszentrale für Medien und Kommunikation nicht dienstherrenfähig ist und mit dem Bewerber ein privatrechtliches Dienstverhältnis begründet werden soll. Der Landeszentrale sei gemäß § 2 LMG die Aufgabe übertragen, die Verwirklichung des Grundrechts der Rundfunkfreiheit zu sichern. Auch wenn die Landesmedienanstalten – wie die Landeszentrale – nicht der unmittelbaren Staatsverwaltung angehörten, so übten sie doch hoheitliche Tätigkeit aus. Im übrigen hänge der öffentlich-rechtliche Charakter der Streitigkeit um das „Ob“ eines Anstellungsvertrages nicht von der öffentlich- oder privatrechtlichen Natur des Anstellungsvertrages ab. Denn im Kern stehe das

nach öffentlich-rechtlichen Normen zu beurteilende Auswahlverfahren in Streit.

2. Diesen Gedanken aufgreifend verneinte das ArbG Mainz<sup>4</sup> gleich in mehreren Beschlüssen den Rechtsweg zu der Arbeitsgerichtsbarkeit hinsichtlich bei ihm eingereichter Konkurrentenklagen, in denen es um durch privatrechtlichen Anstellungsvertrag bzw. Arbeitsvertrag zu vergebende Stellen ging. Der vom LAG Rheinland-Pfalz<sup>5</sup> zu entscheidende Fall hatte einen Antrag einer Volljuristin zum Gegenstand, der auf Sicherung des Bewerberverfahrensanspruchs hinsichtlich einer Stelle als Sachbearbeiterin in Ausländerangelegenheiten bei einer Stadt gerichtet war. Die künftige Stelleninhaberin sollte nach dem Willen der Stadt, der sich auch aus der Ausschreibung ergab, im Arbeitsverhältnis tätig werden. Mit dem beim ArbG Mainz eingereichten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung begehrte die Antragstellerin, der Antragsgegnerin vorläufig zu untersagen, die Stelle endgültig oder kommissarisch zu besetzen, bevor nicht über ihre Bewerbung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichtes erneut entschieden wurde.

a) Nach Anhörung der Parteien erklärte das ArbG Mainz<sup>6</sup> nach § 17a Abs. 2 Satz 1 GVG den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen für unzulässig und verwies den Rechtsstreit an das VG Mainz. Zur Begründung führte es aus, dass die Antragstellerin den durch einstweilige Verfügung zu sichernden Bewerbungsverfahrensanspruch auf Art. 33 Abs. 2 GG stütze. Diese Bestimmung begründe eine einseitige Verpflichtung von Trägern staatlicher Gewalt und sei damit dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Dies gelte, wie das OVG Rheinland-Pfalz in seinem Beschluss vom 19.1.2018 (2 E 10045/18) zurecht entschieden habe, auch dann, wenn die Beteiligten über die Begründung eines privatrechtlichen Anstellungsvertrages streiten. Neben dem Recht auf gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern schütze Art. 33 GG das Interesse des öffentlichen Dienstes an der Bestenauslese. In einem Anbahnungsverhältnis für ein Arbeitsverhältnis würden die Pflichten nach Art. 33 Abs. 2 GG ausschließlich potentielle Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes treffen. Der Rechtsreit sei demnach öffentlich-rechtlicher Natur. Gegen diesen Beschluss legte die Antragstellerin sofortige Beschwerde ein, der das ArbG Mainz nicht abholte und deshalb dem LAG Rheinland-Pfalz zur Entscheidung vorgelegt wurde.

b) Auf die sofortige Beschwerde änderte das LAG Rheinland-Pfalz die Entscheidung des ArbG Mainz ab

4 ArbG Mainz, Beschl. 28.3.2018, 1 Ga 3/18, n.v.; ArbG Mainz, Beschl. 30.5.2018, 3 Ga 5/18, n.v. und ArbG Mainz, Beschl. 24.7.2018, 3 Ca 756/18, n.v.

5 LAG Rheinland-Pfalz, Beschl. 15.8.2018, 2 Ta 77/18, NZA-RR 2018, 622.

6 ArbG Mainz, Beschl. 30.5.2018, a.a.O.

und erklärte den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen für zulässig. Zu Unrecht habe das ArbG Mainz angenommen, dass es sich bei dem vorliegenden Eilantrag um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handle. Obwohl sich der vorliegend geltend gemachte Bewerbungsverfahrenanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG herleite und sich gegen eine öffentlich-rechtliche Körperschaft richte, handle es sich doch gleichwohl um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit. Das Rechtsverhältnis sei maßgeblich durch das Klagebegehren geprägt, in den öffentlichen Dienst im Angestelltenverhältnis eingestellt zu werden. Da die ausgeschriebene Tätigkeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ausgeübt werden solle, bewege sich die Antragsgegnerin bei ihrer Entscheidung, mit welchem Stellenbewerber ein entsprechender Arbeitsvertrag geschlossen werden soll, auf dem Boden des Privatrechts.

Die Natur des Rechtsverhältnisses werde nicht dadurch verändert, dass das Klagebegehren auf eine grundrechtsgleiche Position gestützt wird und sich gegen eine öffentlich-rechtliche Körperschaft richtet.

## II. Bewertung

Trotz gleichen Ansatzpunktes, nämlich dass sich der im arbeitsrechtlichen Konkurrentenrechtsstreit geltend gemachte Anspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG herleitet, gelangen das OVG Rheinland-Pfalz und das LAG Rheinland-Pfalz also zu unterschiedlichen Rechtswegzuständigkeiten. Dies bedingt eine genauere Prüfung der Rechtslage. Im Einzelnen:

1. Nach § 13 GVG gehören vor die ordentlichen Gerichte „die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, die Familiensachen und die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Zivilsachen) sowie die Strafsachen, für die nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder auf Grund von Vorschriften des Bundesrechts besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind“. Die Verwaltungsgerichte sind nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO „in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art zur Entscheidung berufen, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind“.

Eine ausdrückliche Zuweisung an besondere Gerichte, nämlich die Gerichte für Arbeitssachen, sehen § 2 Abs. 1 und 2 und § 2a ArbGG vor. Nach

§ 2 Abs. 1 Nr. 3c ArbGG sind die Gerichte für Arbeitssachen ausschließlich zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern „aus Verhandlungen über die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses“. Dazu gehören nach unbestrittener Ansicht auch bürgerlich-rechtliche Ansprüche auf Abschluss eines Arbeitsvertrages und deren Sicherung durch einstweilige Verfügung.<sup>7</sup> Eine Sonderzuweisung enthalten zudem § 126 Abs. 1, 2 BRRG und § 34 BeamStG. Nach diesen Bestimmungen ist für alle Klagen der Beamten, Ruhestandsbeamten, früheren Beamten und der Hinterbliebenen aus dem Beamtenverhältnis sowie für Klagen des Dienstherrn der Verwaltungsrechtsweg gegeben.

2. Für die beamtenrechtliche Konkurrentenklage fällt vor diesem Hintergrund die Bestimmung des richtigen Rechtswegs einfach. Aufgrund der aufdrängenden Sonderzuweisung in § 126 Abs. 1, 2 BRRG für Bundesbeamte und § 34 BeamStG sowie § 63 Abs. 3 Satz 2 BeamStG i.V.m. § 126 Abs. 1 und 2 BRRG für Beamte der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände sowie der sonstigen der Aufsicht eines Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts (§ 1 BeamStG) ist hier stets ausschließlich der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet.<sup>8</sup> Insofern ist anerkannt, dass diese spezialgesetzlichen Zuweisungsregelungen auch dann greifen, wenn der Bewerber selbst noch nicht Beamter ist, aber im Zuge des Stellenbesetzungsverfahrens zu einem solchen ernannt werden will.<sup>9</sup> Leitet die „Konkurrentenklage“ ein Beamter ein oder eine Person, die dies werden will, ist also stets der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

Nicht entscheidend ist hingegen, in welchem Rechtsverhältnis der zur Besetzung der Stelle Vorgesehene zur Anstellungskörperschaft steht. „Denn der Antragsteller, der selbst Beamter ist, macht in diesem Verfahren seinen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf verfahrens- und ermessensfehlerfreie Auswahlentscheidung gegenüber seinem Dienstherrn [...] geltend. Demzufolge spielt es für die Frage des Rechtsweges keine Rolle, ob die Stelle mit einem beamteten Konkurrenten oder mit einem solchen im Angestelltenverhältnis besetzt werden soll“.<sup>10</sup>

3. Wie aber ist nun der Fall zu entscheiden, wenn die in Streit stehende Stelle mit einem Arbeitnehmer oder einem freien Dienstnehmer besetzt werden soll? § 126 Abs. 1, 2 BRRG und § 34 BeamStG greifen dann nicht. Vielmehr wäre hier nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO der

7 BAG, Urt. 14.12.1988, 7 AZR 773/87, NJW 1989, 2909.

8 VG Karlsruhe, Beschl. 28.1.2011, 6 K 161/11, VBIBW 2011, 404; *Brinktrine*, Konkurrentenstreitverfahren im Beamtenrecht, Jura 2015, 1192, 1198; *Schnellenbach/Bodanowitz*, Beamtenrecht in der Praxis, 9. Aufl. 2017, § 3 Rn. 44.

9 OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. 27.4.2010, 1 E 404.10, DÖD 2010, 225; *Schnellenbach/Bodanowitz*, a.a.O., § 3 Rn. 44.

10 Hamburgisches OVG, Beschl. 3.3.1999, 1 Bs 23/99, NordÖR 1999, 251.

Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten gegeben, wenn es sich (auch dann) um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt und nach § 13 GVG und § 2 Abs. 1 Nr. 3 c) ArbGG der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten (freier Dienstnehmer) und den Arbeitsgerichten (Arbeitnehmer) eröffnet, wenn es sich um eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit handelt.

a) Für den Fall, dass der künftige Stelleninhaber im Arbeitsverhältnis tätig werden soll, haben sowohl das Bundesarbeitsgericht<sup>11</sup> als auch das Bundesverwaltungsgericht<sup>12</sup> bislang durchgehend die Ansicht vertreten, dass hier auf Grundlage von § 2 Abs. 1 Nr. 3 c) ArbGG der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten gegeben ist. Die Rechtstreitigkeit sei in diesen Fällen bürgerlich-rechtlicher Natur.<sup>13</sup> Es handle sich um eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber aus Verhandlungen über die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses und dessen Nachwirkungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 c) ArbGG). Dem ist das LAG Rheinland-Pfalz in seiner Entscheidung vom 15.8.2018 unbesehen gefolgt. Das OVG Rheinland-Pfalz widerspricht dieser Ansicht in der zitierten Entscheidung vom 19.1.2018 hingegen. Es ist der Ansicht, dass der Antragsteller sich für sein Begehren im Wesentlichen auf Art. 33 Abs. 2 GG und damit eine öffentlich-rechtliche Norm stütze. Daraus sei abzuleiten, dass es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handle. Da § 2 Abs. 1 Nr. 3 c) ArbGG eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit voraussetze, sei er nicht einschlägig. In ähnlicher Weise hatte das VG Mainz<sup>14</sup> bereits im Jahre 2011 bezüglich eines gegen die ZDF-Intendantenwahl angestregten Verfahrens entschieden.

b) Für die Frage, ob eine Rechtstreitigkeit bürgerlich-rechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Art ist, kommt es nicht auf das angestrebte Prozessziel an.<sup>15</sup> Maßgebend ist vielmehr, wenn eine ausdrückliche Rechtswegzuweisung des Gesetzgebers fehlt, allein die

Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird.<sup>16</sup> „Öffentlich-rechtlich sind Streitigkeiten, die aus einem hoheitlichen Verhältnis der Über- und Unterordnung entstehen. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit kann aber auch auf einem Gleichordnungsverhältnis beruhen. Entscheidend ist die wahre Natur des Anspruchs, wie er sich nach dem Sachvortrag des Klägers darstellt, und nicht, ob dieser sich auf eine zivilrechtliche oder öffentlich-rechtliche Anspruchsgrundlage beruft. Bei [...] einer Klage auf Vornahme oder Unterlassung einer Handlung ist daher nicht auf die Rechtsnatur der mit der Klage geforderten Handlung oder Unterlassung, sondern den Charakter des Rechtsverhältnisses abzustellen, aus dem der geltend gemachte Anspruch abgeleitet wird.“<sup>17</sup> Entscheidend ist demnach, ob die gerichtliche Entscheidung über den geltend gemachten materiell-rechtlichen Anspruch nach öffentlichem oder nach bürgerlichem Recht zu treffen ist.<sup>18</sup> Es kommt also auf die Rechtsnatur der streitentscheidenden Norm an.<sup>19</sup> Ist diese öffentlich-rechtlich, ist der Streit öffentlich-rechtlich; ist diese dem Privatrecht zuzuordnen, ist der Streit bürgerlich-rechtlich.

c) Unter dieser Maßgabe ist – wie das OVG Rheinland-Pfalz zurecht angenommen hat – die Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Anspruch hergeleitet wird, auch im „arbeitsrechtlichen Konkurrenzstreit“ öffentlich-rechtlich geprägt. Soweit die gegenteilige Auffassung<sup>20</sup> – wie etwa das LAG Rheinland-Pfalz<sup>21</sup> – etwas anderes allein deshalb annimmt, weil sie auf die Rechtsnatur des angestrebten Rechtsverhältnisses abhebt, missachtet sie bereits die klare Feststellung, dass es für die Bestimmung des Rechtswegs gerade nicht auf das angestrebte Prozessziel ankommt. Entscheidend ist vielmehr – wie vom Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes<sup>22</sup>

11 BAG, Urt. 23.8.1989, 7 AZR 546/88, n.v.; BAG, Urt. 14.12.1988, 7 AZR 773/87, NJW 1989, 2909.

12 BVerwG, Urt. 25.3.1982, 2 C 30/79, NVwZ 1983, 220; vgl. auch BVerwG, Urt. 27.2.1976, VII C 44.74, BVerwGE 50, 255; Bayerischer VGH, Beschl. 7.4.2014, 7 C 14.408, DVBl. 2014, 875.

13 BAG, Urt. 12.10.2010, 9 AZR 554/09, NZA-RR 2011, 216; BAG, Urt. 2.12.1997, 9 AZR 445/96, NZA 1998, 884; BVerwG, Urt. 25.3.1982, a.a.O.; so auch LAG Rheinland-Pfalz, Beschl. 15.8.2018, a.a.O. und LAG Rheinland-Pfalz, Beschl. 24.10.2018, 2 Ta 115/18, n.v.; Seitz, Die arbeitsrechtliche Konkurrenzklage, Seite 64 f.; Zimmerling, Konkurrenz zwischen Angestellten und Beamten im Beförderungsgeschehen, RdA 2001, 165, 167 f.

14 VG Mainz, Beschl. 6.6.2011, 4 L 566/11.MZ, ZUM-RD 2011, 655 mit dem Hinweis, dass um die Vorschriften zur Intendantenwahl des ZDF-Staatsvertrages gestritten werde, deren Zuordnungssubjekt notwendigerweise ein Träger öffentlicher Verwaltung ist.

15 BVerwG, Beschl. 26.3.2018, 7 B 8/17, n.v.; BAG, Urt. 23.8.1989, a.a.O.; BAG, Urt. 14.12.1988, a.a.O.

16 Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes,

Beschl. 4.6.1974, GmS-OG 2/73, BSGE 37, 292; BAG, Urt. 23.8.1989, 7 AZR 546/88, n.v.; BVerwG, Urt. 25.3.1982, a.a.O.;

OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. 18.7.2017, 8 B 11116/17; LAG Rheinland-Pfalz, Beschl. 15.8.2018, a.a.O. und LAG Rheinland-Pfalz, Beschl. 24.10.2018, 2 Ta 115/18, n.v.; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. 27.4.2010, a.a.O.

17 BVerwG, Beschl. 26.3.2018, a.a.O.

18 Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider/Bier, 34. EL, Mai 2018, VwGO, § 40 Rn. 202.

19 OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. 27.4.2010, a.a.O.; V. Albedyll, in: Bader, VwGO, 7. Aufl. 2018, § 40 Rn. 14 f.; Pützer, Der Rechtsweg für arbeitsrechtliche Konkurrenzklagen im öffentlichen Dienst, RdA 2016, 287, 289.

20 So BVerwG, Urt. 25.3.1982, a.a.O.; BAG, Urt. 23.8.1989, a.a.O.

21 LAG Rheinland-Pfalz, Beschl. 15.8.2018, a.a.O., im Anschluss daran auch LAG Rheinland-Pfalz, Beschl. 24.10.2018, a.a.O., jeweils mit Verweis auf die Rechtsprechung des BAG und BVerwG.

22 s. Fn. 16.

entschieden – die Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird. Aus einem erst angestrebten Rechtsverhältnis kann sich der geltend gemachte Anspruch aber zwangsläufig nicht ableiten. Dies verkennt die gegenteilige Auffassung, wenn sie auf die Rechtsnatur des noch nicht begründeten und lediglich angestrebten Rechtsverhältnisses abstellt. Das eingeleitete Eilverfahren dient gerade erst der Sicherung des Anspruchs auf die noch ausstehende Begründung dieses Rechtsverhältnisses. Bei diesem Rechtsverhältnis handelt sich schon deshalb zwangsläufig nicht um das Rechtsverhältnis, aus dem der Anspruch abgeleitet wird, sondern um das eigentliche Ziel, das mit dem geltend gemachten Anspruch verfolgt wird. Der insofern bestehende Zirkelschluss, wird, wenn das LAG Rheinland-Pfalz bezugnehmend auf die bisher hierzu ergangenen Entscheidungen des BVerwG und BAG darauf verweist, „das Rechtsverhältnis werde maßgeblich durch das Klagebegehren geprägt“, in den öffentlichen Dienst als Arbeitnehmer eingestellt zu werden, mehr als deutlich. Der geltend gemachte Antrag soll nach Auffassung des LAG Rheinland-Pfalz die Natur des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses, auf dessen Begründung dieser Antrag überhaupt erst abzielt, bestimmen. Entscheidend ist aber nach dem Vorstehenden nicht die Natur des Rechtsverhältnisses, das durch den Klageanspruch erreicht werden soll, sondern „allein die Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird“. Erst recht kann insofern nicht entscheidend sein, welche Rechtsnatur die Mitteilung der Auswahlentscheidung hat;<sup>23</sup> aus der Konkurrentenmitteilung leitet sich der geltend gemachte Anspruch nicht ab.

Insofern ist dem OVG Rheinland-Pfalz auch bei der Beurteilung recht zu geben, dass das Rechtsverhältnis – auch beim arbeitsrechtlichen Konkurrentenrechtsstreit – auf einer öffentlich-rechtlichen Norm gründet und deshalb der Rechtsstreit als öffentlich-rechtlich zu bewerten ist.<sup>24</sup> Der im Konkurrentenrechtsstreit geltend gemachte Anspruch auf Sicherung des Bewerberverfahrensanspruchs stützt sich stets und ausschließlich auf Art. 33 Abs. 2 GG. Die Bestimmung begründet ein grundrechtsgleiches Recht auf rechtsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl und auf deren Durchführung anhand der in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Auswahlkriterien. Sie richtet sich als Verfassungsnorm ausschließlich an die Träger staatlicher Gewalt und ver-

pflichtet sie, bei der Stellenbesetzung und bei Beförderungen den Grundsatz der Bestenauslese gegenüber allen Bewerbern zu wahren. Es handelt sich damit um eine öffentlich-rechtliche Norm.<sup>25</sup> Art. 33 Abs. 2 GG selbst begründet insofern das Rechtsverhältnis, aus dem sich der geltend gemachte Anspruch ergibt. Anders als das LAG Rheinland-Pfalz meint, bewegt sich der öffentliche Arbeitgeber bei seiner Entscheidung, mit welchem Stellenbewerber er einen Arbeitsvertrag schließen will, also keineswegs auf dem Boden des Privatrechts, sondern im Rahmen des Art. 33 Abs. 2 GG und damit des öffentlichen Rechts. Der Bewerberverfahrensanspruch verpflichtet ihn nicht als privaten Arbeitgeber, sondern in seiner Funktion als Hoheitsträger.

Insofern erscheint es – wie vom OVG Rheinland-Pfalz angenommen – einzig konsequent, hinsichtlich des durch die arbeitsrechtliche Konkurrentenklagen zu sichernden Zugangs zum öffentlichen Amte, d.h. des „Ob“ der Anstellung, stets von einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit auszugehen.<sup>26</sup>

### III. Fazit

In allen Fällen, in denen ein Bewerber seinen aus Art. 33 Abs. 2 GG abzuleitenden Bewerberverfahrensanspruch durch einen Eilantrag zu sichern versucht, ist der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet. Darauf, ob die Einstellung des künftigen Stelleninhabers im Beamtenverhältnis, im Arbeitsverhältnis oder auf Grundlage eines freien Dienstvertrages erfolgen soll, kommt es hierfür nicht an. Denn das „Ob“ der Anstellung richtet sich stets ausschließlich nach Art. 33 Abs. 2 GG und ist damit öffentlich-rechtlicher Natur. Hierüber sind weder die Gerichte für Arbeitssachen noch die ordentlichen Gerichte zur Entscheidung berufen. Der Entscheidung des OVG Rheinland-Pfalz ist – auch über den entschiedenen Einzelfall hinaus – zu folgen. Die Entscheidung des LAG Rheinland-Pfalz ist abzulehnen.

Cornelia Feldmann ist Fachanwältin für Arbeitsrecht und Fachanwältin für Verwaltungsrecht. Sie hat sich auf das öffentlich-rechtliche Dienstrecht spezialisiert und ist regelmäßig als Prozessvertreter in Konkurrentenrechtsstreitigkeiten tätig. Sie ist Partnerin der Kanzlei Dr. Fettweis & Sozien RAe Partnerschaft mbB, Freiburg.

23 Insofern verfehlt Seitz, a.a.O., Seite 64 f.

24 S. dazu Ehlers/Schneider, a.a.O., § 40 Rn. 201, 204; vgl. auch Pützer, a.a.O., RdA 2016, 287, 289.

25 Pützer, a.a.O., RdA 2016, 287, 289, 291; s. auch Stelkens, in: Stel-

kens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35 Rn. 128, der zurecht darüber Unverständnis zeigt, dass hier die sog. Zweistufentheorie bislang nicht herangezogen wurde.

26 So auch Pützer, a.a.O., RdA 2016, 287, 290.



Andreas Schubert und Nikolas Eibel  
*Fortführung des bisherigen Namens der Partner-  
schaftsgesellschaft durch die nicht promovierten Part-  
ner bei Ausscheiden des promovierten Namensgebers*  
- Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 8.5.2018,  
II ZB 27/17

Der BGH stellt in seiner Rechtsprechung zum Firmenrecht den Dokortitel einem abgeschlossenen Hochschulstudium gleich. Ob diese qualitative Einstufung des Titels im Firmenrecht gerechtfertigt ist, ist zu bezweifeln.

### **I. Sachverhalt**

Die Beschwerdeführer sind Partner einer seit einigen Jahren unter dem Namen „Dr. J. & Partner Steuerberatungsgesellschaft“ im Register eingetragenen Partnerschaft. Bis zu seinem Tod im Jahre 2015 gehörte der Partnerschaft auch der Namensgeber Dr. H. J. an. Nach dem Tod des namensgebenden Partners führten die nicht promovierten Beschwerdeführer die Gesellschaft mit Einwilligung der Erben des Dr. J. unter dessen Namen unverändert fort.

Das Registergericht gab im September 2016 den Beschwerdeführern unter Androhung eines Ordnungsgelds auf, den weiteren Gebrauch des bisherigen Namens der Partnerschaft zu unterlassen, da die Fortführung des Dokortitels nach Ausscheiden des einzigen promovierten Partners zur Irreführung geeignet und daher unzulässig sei.

Hiergegen richteten sich die Beschwerdeführer bislang erfolglos. Das Beschwerdegericht wies die Beschwerde zurück. Es war der Ansicht, dass die Festsetzung des Ordnungsgelds weder dem Grunde, noch der Höhe nach zu beanstanden sei. Vielmehr sei das Registergericht zu Recht davon ausgegangen, dass die weitere Verwendung des bisherigen Namens der Partnerschaft mit dem Dokortitel des verstorbenen Partners Dr. H. J. wegen Verstoßes gegen § 2 Abs. 2 PartGG i.V.m. § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB unzulässig sei. Um eine Irreführung der maßgeblichen Verkehrskreise zu vermeiden, dürfe ein Dokortitel im Namen einer Partnerschaft nur geführt werden, wenn einer der Partner über diesen Titel verfüge. Auch aus dem sich in § 2 Abs. 2 PartGG i.V.m. § 24 HGB verankerten Grundsatz der Firmenbeständigkeit ergebe sich nichts anderes.

Das Beschwerdegericht ließ jedoch die Rechtsbeschwerde zu.

### **II. Die Entscheidung des BGH**

Der BGH kippte die Entscheidung des Beschwerdegerichts. Zwar sei grundsätzlich richtig, dass der Name der Partnerschaft nach § 2 Abs. 1 Satz 1 und 3 PartGG den Namen mindestens eines Partners enthalten müsse und die Namen anderer Personen als der Partner nicht in den Namen der Partnerschaft aufgenommen werden dürften.

Eine Ausnahme gelte jedoch gemäß § 2 Abs. 2 PartGG i.V.m. § 24 Abs. 2 HGB dann, wenn der namensgebende Partner ausscheide und er selbst oder seine Erben in die Fortführung seines Namens eingewilligt hätten. In diesem Fall gestatte § 24 Abs. 2 HGB die Fortführung der bisherigen Firma bzw. des bisherigen Namens der Partnerschaft und durchbreche damit in seinem Geltungsbereich (ebenso wie § 22 HGB) den in § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB enthaltenen Grundsatz der Firmenwahrheit, um den ideellen und materiellen Wert der bisherigen Firma zu erhalten.

Diese Fortführungsbefugnis gelte nach § 24 Abs. 2 HGB für die gesamte bisherige Firma und damit auch für den in der bisherigen Firma bzw. im bisherigen Namen der Partnerschaft angegebenen Dokortitel des ausscheidenden Namensgebers. Der Dokortitel sei zwar insofern nicht Bestandteil des bürgerlichen Namens des Ausscheidenden, wohl aber als Namenszusatz Bestandteil des Namens der Gesellschaft.

Zwar gelte der Vorbehalt des Irreführungsverbots entsprechend auch für die Namensfortführung einer Partnerschaft gemäß § 2 Abs. 2 PartGG i.V.m. §§ 24 Abs. 2, 18 Abs. 2 HGB, aber die Annahme des Beschwerdegerichts, die Fortführung des bisherigen Namens der Partnerschaft mit dem Dokortitel des ausgeschiedenen namensgebenden Partners sei auch im vorliegenden Fall zur Irreführung gemäß § 18 Abs. 2 HGB geeignet und daher unzulässig, sei jedoch unzutreffend, so der BGH.

Richtig sei zwar, dass der Dokortitel für eine abgeschlossene Hochschulausbildung stehe und an sich geeignet sei, seinem Träger in der breiten Öffentlichkeit – gleich ob zu Recht oder zu Unrecht – ein besonderes Vertrauen in seine intellektuellen Fähigkeiten, seinen guten Ruf und seine Zuverlässigkeit entgegenzubringen.

Ob sich diese generelle Wertschätzung auch gegenüber einem Dokortitel zugunsten des jeweiligen Firmen- bzw. Namensinhabers auswirke, hänge jedoch wiederum von der Art des jeweiligen Unternehmens ab.

Abzustellen sei dabei einerseits auf den Geschäftsbe- reich, in dem das jeweilige Unternehmen tätig sei. Andererseits sei zu berücksichtigen, ob der Grund der besonderen Wertschätzung des Dokortitels, der nach der Rechtsprechung in dem Beleg für eine abgeschlossene Hochschulausbildung liege, nicht auch bei einem nicht promovierten, die Geschicke des Unternehmens maßgeblich mitbestimmenden Partner des jeweiligen Unternehmens eingreife, weil dieser bereits für die Ausübung seiner Tätigkeit als solche – ob mit oder ohne Promotion – eine akademische oder eine dem gleichzusetzende Ausbildung durchlaufen haben müsse. In einem solchen Fall vermöge der Dokortitel keine Irreführung über die Vorbildung der Partner zu begründen und werde das durch die Titelführung begründete besondere Vertrauen in die intellektuellen Fähigkeiten, den guten Ruf und die Zuverlässigkeit in der Sache nicht enttäuscht. Eine un- berechtigte Inanspruchnahme einer besonderen Wert- schätzung hinsichtlich der persönlichen Qualitäten der Partner und der Güte der von ihnen angebotenen Dienst- leistungen im Sinne der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liege dann nicht vor.

Dieser Ansicht folgte der BGH auch im vorliegenden Fall. Der Beschwerdeführer zu 1. war vereidigter Buch- prüfer und Steuerberater, der Beschwerdeführer zu 2. war Rechtsanwalt. An die genannten Berufe seien nach Ansicht des BGH derart hohe Anforderungen gestellt, dass die besondere Wertschätzung, die dem Dokortitel aufgrund der darin zum Ausdruck kommenden abge- schlossenen Hochschulausbildung von der breiten Öff- fentlichkeit entgegengebracht werde, daher in der Sache auch bei der im Fall zu beurteilenden Partnerschaft und ihren Partnern begründet sei. Eine Eignung zur Irrefüh- rung über wesentliche Umstände, die der Fortführungs- berechtigung nach § 24 Abs. 2 HGB entgegenstehen könnte, liege nicht vor.

### III. Bewertung und Folgen für die Praxis

Die Entscheidungen des BGH steht in einem Span- nungsfeld zwischen dem Grundsatz der Firmenbestän- digkeit, welcher dem Bedürfnis der Erhaltung des Fir- menwertes Rechnung trägt<sup>1</sup> und dem Grundsatz der Fir- menwahrheit, welcher die durch die Firma oder Teile

von ihr, angesprochenen Verkehrskreise vor einer Irre- führung hinsichtlich der Art, des Umfangs oder sonsti- ger Verhältnisse des Handelsgeschäfts schützt.<sup>2</sup> Über § 2 Abs. 2 PartG finden der Grundsatz der Firmenwahrheit des § 18 Abs. 2 HGB und die Ausnahmetatbestände der §§ 21ff. HGB auf Partnerschaftsgesellschaften entspre- chende Anwendung. Die Ausnahme des § 24 Abs. 2 HGB ermöglicht für den Fall eines Ausscheidens eines namensgebenden Gesellschafters die Firma fortzuführen, wenn der ausgeschiedene Gesellschafter oder des- sen Erben, wie im vorliegenden Fall geschehen aus- drücklich hierzu eingewilligt haben. Trotz Einwilligung muss die Firmenfortführung jedoch unter Berücksichti- gung der neuen Gesellschafterzusammensetzung dem Irreführungsverbot des § 18 Abs. 2 HGB standhalten.

Bei seiner Bewertung einer möglichen Irreführung des angesprochenen Geschäftskreises hinsichtlich einer besonderen Wertschätzung und damit zusammenhän- genden Qualitätsaussage des Dokortitels des scheidenden namensgebenden Partners der Sozietät kommt der BGH letztlich zu dem Schluss eines Gleichlaufes von Hochschulstudium und Dokortitel. Der akademische Titel sei insofern ein Beleg für eine abgeschlossene Hochschulausbildung (BGHZ 53, 65,67). Der BGH stellt den Dokortitel, zumindest dem Wortlaut der Entschei- dung zufolge, einem abgeschlossenem Hochschulstudium gleich, da im vorliegenden Fall eine Zulassungsvor- aussetzung für die Steuerberaterprüfung nach § 36 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StBerG unter anderem ein abgeschlossenes wirtschafts- oder rechtswissenschaftliches oder anderes Hochschulstudium mit wirtschaftswissenschaftlicher Fachrichtung sei, so dass eine Vergleichbarkeit mit den Voraussetzungen zur Ausübung des Steuerberaterberu- fes und der Wahrnehmung des akademischen Titels des Doktors bestehe.

Dem BGH ist zwar insoweit zuzustimmen, dass ein Dokortitel ein Beleg für eine abgeschlossene Hoch- schulausbildung ist, da die Promotionsordnungen der Universitäten in der Regel den Abschluss eines solchen zur Erlangung des Doktorgrades voraussetzen. Fraglich bleibt bei dieser Ansicht jedoch, ob ein Doktorgrad tat- sächlich einen bloßen Beleg für ein abgeschlossenes Hochschulstudium darstellt. Zieht man beispielsweise etwa die Situation eines examinierten Juristen mit „blo- ßem“ ersten Examen heran, so führt das Bestehen des ersten Examens gerade nicht zur Titelführungsbefugnis „Dr.“, sondern eben „nur“ zur Bezeichnung „Ref.jur.“<sup>3</sup> oder „Jurist (Univ.)“ bzw. „Juristin(Univ.)“.<sup>4</sup> Selbiges gilt

1 Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, 38.Aufl.2018 § 22 Rn 1.

2 Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, 38.Aufl.2018 § 18 Rn 9.

3 So etwa in Baden-Württemberg, siehe etwa § 35 Abs. 3 der Verord-

nung des Justizministeriums über die Ausbildung und Prüfung der Juristen (JaPrO).

im Wesentlichen für alle Hochschul-Fachdisziplinen. Zwar löst der BGH, ein rechtlich Problemfeld auf pragmatische Art und Weise. Die Aussage, dass die Titelführungsbefugnis bloßer Nachweis eines Hochschulstudiums ist, kann bezweifelt werden. So sehen Promotionsordnungen, wie etwa die der Universität Freiburg für die Wirtschafts- und Verhaltenswissenschaftliche Fakultät als allgemeine Zugangsvoraussetzung zur Promotion und damit zur Verleihung des Doktorgrades grundsätzlich den erfolgreichen Abschluss eines wirtschaftswissenschaftlichen Studienganges sowie eine zusätzliche Prüfungsleistung in Form eines Rigorosums voraus.<sup>5</sup> Die Promotion geht eben gerade nicht mit dem Abschluss eines Hochschulstudiums einher, sondern ist ein „Mehr“ als dieses. Nicht von ungefähr ist auch die gesonderte Immatrikulation zum „Promotionsstudium“ möglich, nicht umsonst steht auch die Promotion immer wieder im Fokus hochschulrechtlicher Debatten. Beispielhaft sei etwa die zuletzt geführte Diskussion um Betreuungsvereinbarungen genannt, die letztlich zur gesetzlichen Verankerung derselben führte, vgl. § 38 Abs. 5 S. 3 LHG BW.<sup>6</sup> All dies wäre nicht notwendig, wäre der Dokortitel mit dem Abschluss eines Hochschulstudiums gleichzusetzen.

Der Dokortitel stellt neben dem Nachweis für den Abschluss eines Hochschulstudiums vielmehr den Nachweis einer Zusatzqualifikation in Form einer besonderen wissenschaftlichen Leistung dar. Diese weist nicht den Abschluss eines bestimmten Studienganges nach, sondern die Fähigkeit, sich in wissenschaftlicher Art und Weise mit einer Thematik auseinandersetzen zu können.<sup>7</sup> Diese wissenschaftliche Leistung geht, zumindest in der Regel, mit besonderen Fachkenntnissen auf eben dem der Promotion zugrundeliegenden Themenkreis einher. Mag der Unterschied der Entscheidung des BGH zufolge dem Anschein nach auch marginal sein, so ist er jedenfalls für Promovenden (meist) ein gewaltiger.<sup>8</sup>

Die Verankerung dieses Unterschiedes spiegelt sich im vorliegenden Fall auch in spezialgesetzlichen Vorschriften wieder. Das StBerG selbst liefert den Hinweis, dass ein nicht promovierter Steuerberater in seiner Berufsbezeichnung nicht einem promovierten Steuerberater gleich zu stellen ist: § 43 Abs. 3 StBerG lässt als einzigen Zusatz der Berufsbezeichnung „Steuerberater/in“ einen akademischen Grad zu. Der eine Steuerberater ist so

kraft gesetzlich zulässiger Bezeichnung ausgewiesener Fachmann seiner Disziplin. Der andere Steuerberater ist kraft seiner gesetzlich zulässiger Bezeichnung ausgewiesener Fachmann seiner Disziplin mit Dokortitel. Wenn der nicht promovierte Steuerberater und der promovierte Steuerberater in akademischer Sicht gleichlaufen würden – ein Hochschulstudium haben schließlich beide vorzuweisen – wäre diese Regelung überflüssig. Selbst der Gesetzgeber erachtet so einen Unterschied in der Berufsbezeichnung „StB.“ und „StB. Dr.“.

Anders, wie wie es zumindest der erste Anschein der Entscheidung des BGH vermittelt, besteht ein Unterschied nicht nur aus zwischenmenschlicher Sicht in Bezug auf die Außenwirkung, sondern auch aus akademischer und im Endergebnis eben auch aus rechtliche Sicht hinsichtlich eines promovierten und eines nichtpromovierten Steuerberaters. Aufgrund des akademischen Titels kann zusätzlich zur Ausbildungsexpertise aufgrund des Hochschulstudiums mit besonderen wissenschaftlich vertieften Fachkenntnissen sowie der Befähigung zum wissenschaftlichen Arbeiten gerechnet werden, welche über das im Hochschulstudium angeeignete Wissen hinausgeht.

Ob dieser Unterschied auch geeignet ist, eine Irreführung anzunehmen, wenn der promovierte namensgebende Sozius aus einer Kanzlei ausscheidet, kann vor dem oben Gesagten mit guten Argumenten vertreten werden. Hierfür spricht, dass die nicht promovierten verbliebenen Gesellschafter, eben gerade keine Promotion und somit auch nicht den Nachweis wissenschaftlicher Arbeitsweise führen können und dürfen, sondern auch kraft Gesetzes in ihrer Selbstbezeichnung auf das „StB.“ begrenzt sind. Ein weiteres Argument, welches angeführt werden kann, ist die Frage, an welcher Stelle etwa in solchen Fällen eine Grenze zu ziehen ist, wenn der promovierte Namensgeber ausscheidet und die übrigen Socii nur teilweise einen Dokortitel vorweisen können. Muss die Mehrheit promoviert sein, reichen gesellschaftsrechtliche Grenzwerte einer Sperrminorität von 25,1% oder gar nur ein Titelträger aus? Sind dagegen alle bis auf eine Person in einer Sozietät promoviert, sonnt diese sich dann im Schatten des „Dr.“ der anderen, welche den Dr. des ausgeschiedenen in der Firma mittragen? Müsste diese nicht eigentlich einen Briefkopf ohne

4 Vgl. § 17 Abs. 2 der Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristen Bayern (JAPO).

5 So etwa §§ 1, 6 Promotionsordnung der Universität Freiburg Wirtschaft- und Verhaltenswissenschaftliche Fakultät.

6 Vgl. hierzu ausführlich *Löwisch/Würtenberger*, Betreuungsvereinbarungen im Promotionsverfahren, OdW 2014, S. 103ff.; vgl. weiterführend auch die Frage der Führung ausländischer Ehren-

doktorgrade in Deutschland *Löwisch/Lutz*, OdW 2017, S. 101ff.

7 Vgl. etwa § 38 Abs. 2 LHG BW: „Die Promotion dient dem Nachweis der Befähigung zu vertiefter wissenschaftlicher Arbeit und beruht auf einer selbstständigen wissenschaftlichen Arbeit (Dissertation)(...)“.

8 Kritisch auch *Römermann*, EWiR 2018, 581f. sowie *Juretzek*, DStR 2018, 1942.

„Firmen-Dr.“ verwenden? Der BGH geht insofern mit seiner „Hochschulabschlussvergleichbarkeits-Rechtsprechung“ den pragmatischen Weg und schiebt all diesen Fragen den Riegel vor. Die Betrachtung von Einzelproblemen wird so schmerzlos vermieden. Ob es nicht aber, unabhängig der Frage der Vergleichbarkeit von Promotion und Studienabschluss, ehrlicher gewesen wäre, zumindest dem Irreführungsverbot durch etwaige Firmenzusätze wie „Nachfolger“ oder „in Nachfolge“ Rechnung zu tragen, wie es bereits ebenfalls vom BGH als geeignet erachtet wurde, um eine Irreführung zu vermeiden (BGH I ZR 105/95), bleibt nun hinter dem Urteil des BGH verborgen und jedem selbst überlassen. Der Praxis sei jedoch insofern zumindest empfohlen neben

der Einwilligung des scheidenden Namensgebers bzw. dessen Rechtsnachfolgern zur Fortführung den Zusatz „Nachfolger“ oder „in Nachfolge“ in Erwägung zu ziehen.<sup>9</sup> Dies vor allen Dingen dann, wenn die personelle Zusammensetzung der Kanzlei im Hinblick auf das Vorhandensein promovierter und nicht-promovierter Gesellschafter vielschichtig ist.

Andreas Schubert ist wissenschaftlicher Mitarbeiter der Forschungsstelle für Hochschularbeitsrecht an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

Nikolas Eibel ist Rechtsreferendar am LG Freiburg und wissenschaftlicher Mitarbeiter der Kanzlei Dehmer & Partner in Freiburg.

9 Im Ergebnis auch *Juretzek*, DStR 2018, 1942.

# Viktor Kurz

## *JurOA-Tagung Frankfurt vom 18. und 19. Oktober 2018*

Am 18. und 19. Oktober 2018 fand im „Exzellenzcluster Normative Ordnungen“ der Goethe-Universität Frankfurt die Tagung „Open Access der Rechtswissenschaft – Pflicht oder Privatsache?“ statt. Anwesend waren Vertreter eigener Open-Access-Webseiten, Verlage, Vertreter von Bibliotheken, Professoren und sonstige Interessierte. Das Programm kann der Webseite<sup>1</sup> entnommen werden.

Im Rahmen der Tagung wurde eine Reihe von Beispielen und „best Practices“ aus dem Bereich des Open Access in der Rechtswissenschaft vorgestellt, nämlich das German Law Journal (GLJ)<sup>2</sup>, das Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law (JIPITEC)<sup>3</sup>, der Völkerrechtsblog<sup>4</sup> und das sui generis, Zeitschrift und Schriftenreihe<sup>5</sup>.

Ordnung der Wissenschaft (OdW) wurde von *Manfred Löwisch* vorgestellt. Er berichtete über Gründung und Spektrum von OdW, welches von aktuellen Problemen des Hochschulrechts im engeren Sinne, über komplexe wissenschaftsrechtliche und urheberrechtliche Fragen, europarechtliche Zusammenhänge und das Hochschularbeitsrecht bis hin zu den Grundsätzen wissenschaftlicher Ethik reicht.

Herausgeber<sup>6</sup> der OdW sind mit dem Hochschul- und Wissenschaftsrecht befasste Hochschullehrer, Richter der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Angehörige der Ministerialverwaltung und der Verwaltung der Kirchen, Rechtsanwälte und Leiter außeruniversitärer Forschungseinrichtungen. Diese trifft zugleich die Qualitätskontrolle aller Beiträge in OdW.

OdW verfolgt die Open Access Strategie in der Weise, dass jedermann kostenfrei Zugang zu den Ausgaben im Internet und auch als pdf-Version im Zeitschriftenformat hat. Möglich ist ebenfalls ein Abonnement auf der Webseite, um die Ausgaben automatisch zu erhalten. Aktuell liegt die Zahl der Abonnenten bei rund über 610 Personen. Täglich werden Seiten von OdW<sup>7</sup> ca. 100 Mal pro Tag aufgerufen. OdW kooperiert mit Juris. Die Eingabe von Stichworten in das Rechercheportal von Juris führt zu den entsprechenden Stellen in OdW.

Die veröffentlichten Beiträge in OdW genießen alle Urheberrechtsschutz, wobei eine Verwendung zu wis-

senschaftlichen Zwecken unter Angabe der Quelle ausdrücklich gestattet ist.

OdW wird von dem Verein „Zeitschrift Ordnung der Wissenschaft e.V.“ getragen. Dieser verfolgt die Förderung von Wissenschaft und Forschung sowie der Volks- und Berufsbildung als steuerlich anerkannte gemeinnützige Zwecke.

Herausgeber, Schriftleitung, Vereinsvorstand und Redaktion arbeiten ehrenamtlich. Autorenhonorare werden nicht gezahlt, was sich aber nicht als hinderlich erweist. Vielmehr wächst der Autorenkreis ständig. Der Sachaufwand besteht in der Nutzung zweier PC im Büro der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht der Universität Freiburg, im Betreiben der Website [www.ordnungderwissenschaft.de](http://www.ordnungderwissenschaft.de) und in der elektronischen Kommunikation über die Universität mit der Adresse [odw@jura.uni-freiburg.de](mailto:odw@jura.uni-freiburg.de).

Der laufende Bedarf wird durch Mitgliedsbeiträge (100€/Jahr) und Spenden gedeckt.

In einer Paneldiskussion wurde die Sicht der Verlage erörtert. Die Materialien dazu werden auf der Tagungswebseite eingestellt.

Ebenfalls vertreten war die Staatsbibliothek zu Berlin. Diese stellte als zentrale Serviceplattform des Fachinformationsdienstes für internationale und interdisziplinäre Rechtsforschung ihre virtuelle Fachbibliothek <intR><sup>2</sup> vor. Sie bietet einen personalisierten Fernleihservice für rechtswissenschaftliche Professoren, einen virtuellen Lesesaal mit einem umfangreichen Angebot an Datenbanken und ein juristisches Fachrepositorium zur Open-Access-Veröffentlichung qualitätsgesicherter Beiträge oder Zweitveröffentlichungen. Dies soll zur Förderung des Open-Access-Publikationsmodells beitragen.

Die Tagung will nicht bloß ein Ort für Diskussionen und Austausch gewesen sein, sondern darüber hinausgehend weitere Anregungen und praktische Umsetzung von rechtswissenschaftlichen Online-Zeitschriften fördern. Zu diesem Zweck wurde ein E-Mail-Verteiler<sup>8</sup> eingerichtet, bei man sich unter dem

1 <http://www.juroa.de/> (23.11.2018).

2 [www.germanlawjournal.com](http://www.germanlawjournal.com) (23.11.2018).

3 [www.jipitec.eu](http://www.jipitec.eu) (23.11.2018).

4 [www.voelkerrechtsblog.org](http://www.voelkerrechtsblog.org) (23.11.2018).

5 [www.sui-generis.ch](http://www.sui-generis.ch) (23.11.2018).

6 Sofern die männliche Form genannt wird, ist stets auch die weibliche mit umfasst. Die Ausführungen beziehen sich entsprechend auch auf künstlerisches Personal.

7 [www.ordnungderwissenschaft.de](http://www.ordnungderwissenschaft.de) (23.11.2018).

8 [jur@openaccess.ch](mailto:jur@openaccess.ch).

Betreff: „Beitritt“ anmelden kann. Dort wird u.a. über das Erscheinen von Tagungsberichten, sowie über den Fortgang des geplanten Sonderheft zur Tagung über eine nächste Tagung zu Open-Access für die Rechtswissenschaft informiert.

Viktor Kurz ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Forschungsstelle für Hochschularbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Er dankt Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch herzlich für die Unterstützung bei der Erstellung dieses Berichts.

# Roland Reuß

## TOFU<sup>1</sup>

Der zunehmende Gebrauch von *e-mail* hat ein schlimmes, im Bereich der Schrift noch nie dagewesenes Phänomen gezeitigt. Der weitaus größte Teil der Leute, die sich mittels *e-mail* austauschen, tut das, ohne einen Gedanken darauf zu verschwenden, wie die Post beim Empfänger ankommt. Die Verantwortung für die Wahrnehmung dessen, was man geschrieben hat, wird nicht mehr übernommen. Beim traditionellen Brief war das unvorstellbar; beim Schreiben bereits über den späteren Empfänger reflektierend, versuchte der Schreiber tendenziell, alle äußeren Merkmale auf das Gegenüber abzustimmen: Papierwahl, Format, Schriftbild etc. waren Momente der zu eröffnenden Kommunikation, die nicht dem Zufall überlassen wurden. Respekt dem anderen gegenüber auch in den äußeren Bestandteilen eines Briefes war eine, vielleicht die wichtigste Bedingung des Gelingens von durch Schrift vermitteltem Austausch.

An die Stelle jenes Respekts tritt heute nicht selten die bekennende Ahnungslosigkeit gepaart mit schonungsloser Nichtüberprüfung der Rechtschreibung. Laufen Sachen schief, meint man sich schon vorweg *generaliter* durch die Technik entschuldigt. Aber so einfach kommt man, Sancho Pansa, nicht davon. Unverschämtes, selbst wenn nicht intendiert, bleibt unverschämt; Mängel der äußeren Form bleiben Mängel, selbst wenn unwissentlich produziert. Die Unwissenheit entschuldigt, wie im allgemeinen, so auch hier nichts. Es ist ja nicht so, daß irgendwo ein Schild steht: »Beim Betreten des *e-mail*-Bereichs lasse alles Nachdenken fahren.« Ein paar Notizen also zu einem formalen *e-mail*-Steller.

Das erste *feature*, das man in seinem *e-mail-client* (Outlook-Express, Eudora, Netscape etc.) abstellen (oder jedenfalls nicht anstellen) sollte, ist jenes, das den Empfänger dazu auffordert, eine Empfangsbestätigung zu verschicken. Abgesehen davon, daß dieses *feature* schon manchen Empfangsrechner gehörig durcheinander gebracht hat, wie würde man eigentlich über einen Freund oder Kollegen denken, der seine Briefe allesamt per Einschreiben schickt? Eben.

Mindestens ebenso nervig sind *e-mails* jener Zeitgenossen, die, weil es auf ihrem Rechner schön aussieht, ein HTML-(wie es heißt:)-*Briefpapier* für ihre Post verwenden, ohne sich darüber im klaren zu sein, daß manche Empfänger dieses Format (a) aus technischen Gründen nicht vernünftig interpretieren können, oder (b),

was ohnedies zu empfehlen ist, den Empfang in diesem Format absichtlich deaktiviert haben – weil sie nicht wollen, daß auf ihrem Rechner Sachen passieren, die (hoffentlich) von niemandem erwünscht sind. Das Einfachste ist hier das Beste, denn das kann jeder, gefahrlos, empfangen, und eine Nachricht zu verschicken, die sich selbst durchstreicht, mag ein schönes Beispiel für bestimmte Literaturtheorien sein, als Mittel, mit jemand anderem in Kontakt zu treten, taugt es wenig. Also nicht digitales Büttchen, sondern 8bit-Ascii. Man muß ein bißchen genauer schauen in den Voreinstellungen, dann sollte man das aber schon hinkriegen.

Doch selbst wenn der *e-mail-client* diesbezüglich empfangnerfreundlich konfiguriert ist, passieren immer noch die haarsträubendsten Sachen. Sie hängen mehr oder weniger alle mit einem unvernünftigen Gebrauch des *reply-buttons* zusammen, und gerade hier zeigt sich, daß die goldene Regel, der kategorische Imperativ – verschicke keine *e-mail*, von der du nicht wünschen könntest, sie selbst zu erhalten – nur selten beherzigt wird. Das Geheimnis des *reply-buttons* ist, was man sich eigens zu Bewußtsein führen muß, sein verstecktes Verhältnis zur voreingestellten Zeichenanzahl pro Zeile. Vorweg hierzu: Wer in den diesbezüglichen Optionen gar keine Begrenzung eingestellt hat (auch das kommt vor), hat unter Beweis gestellt, daß Solipsismus doch eine Sicht der Welt sein kann. Denn je nach Bildschirm und gewählter Schrift kann es dann schon passieren, daß der Empfänger Zeilen von 200 bis 300 Zeichen je Zeile vor sich hat, und, wäre nicht irgendwie durch die bloße Existenz der *e-mail* formal angezeigt, daß kommuniziert werden soll, würde es sich empfehlen, die Sendung gleich in die *trash-box* zu entsorgen. Menschenwürdige Zeilenlängen beginnen bei 70 Zeichen pro Zeile abwärts, und um sich das produzierte Erscheinungsbild einigermaßen vorstellen zu können, sollte man auch gleich eine Nicht-Proportionalschrift verwenden (anstelle der allgegenwärtigen Courier empfiehlt sich die kostenlose Andale-Mono von Monotype).

Ist einmal eine vernünftige Zeichenanzahl pro Zeile (65-70) eingestellt, hat man eine Basis, die einen in die Lage versetzt, den *reply-button* geregelt und sinnvoll einzusetzen (richtig: daß man auf eine Maus-Taste drücken kann, reicht hierfür durchaus noch nicht aus). Doch schon tut sich die nächste Falle auf: Im deutschen Usenet

<sup>1</sup> <http://www.textkritik.de/schriftundcharakter/sundcoo8tofu.htm> (20.12.2018).

ist für sie das Akronym TOFU gebräuchlich: Text Oben Fullquote Unten (die Mischung von Englisch und Deutsch, die auch in meinem Text hier verwendet wird, wäre eine eigene Glosse wert). Man bearbeitet den vom Computer erzeugten Zitattext nicht weiter, sondern schreibt einfach seinen Text obendrüber. Faulsein kann schön sein, nicht unbedingt aber, wenn dadurch einfachste Regeln der Sozialität mit Füßen getreten werden. Für empfindliche Empfänger ist das möglicherweise schon dadurch angezeigt, daß einem die Faulheit des Gegenüber in der Form des Vollzitats entgegentritt (wo Löschen doch so einfach ist). Niemand würde auf den Gedanken kommen, einem Antwortbrief den anfänglichen Brief beizulegen – und dafür ist (hoffentlich) nicht nur der Umstand verantwortlich, daß dann das Porto teurer wäre. Im Falle der *e-mail* kommt – goldene Regel, kategorischer Imperativ – hinzu, daß, gesetzt das Gegenüber hätte auch so schlechte Umgangsformen, bei einer weiteren Antwort schon zwei, dann drei usw. *fullquotes* den Weg durch die Kanäle finden, und kein Mensch mehr weiß, wovon die Rede ist.

Der Grund hierfür ist (neben der reinen Textmenge, die überflüssigerweise mitgeschleppt wird), daß jedes automatische *quoting* immer mindestens zwei Zeichen an der Zeilenlänge wegnimmt, eines für das Zitatzeichen (meistens und sinnvollerweise das »>«), eines für das Spatium danach. Immer dort, wo die voreingestellte kritische Zeichenanzahl überschritten wird, macht der *client* automatisch einen Umbruch, so daß meist bereits beim ersten Vollzitat Zeilen, die zitiert aussehen, mit Zeilen wechseln, die aus einem Wort bestehen, das ohne Zitatzeichen daherkommt. Konsequenz: Beim zweiten TOFU verschickt man einen unbekömmlichen Buchstabensalat, der im vordigitalen Zeitalter undenkbar, heute gängiger Alltag ist. Wen kümmert's, wie's aussieht.

Will man das nicht, muß man sich beim *reply* die Mühe machen, seine Antwort zu redigieren. Wo man sich nicht direkt auf den vorausgehenden Text bezieht, löscht man ihn (denn es ist zuversichtlich zu hoffen, daß der Vorgänger noch weiß, was er einst geschrieben hat). Wo aber der Wortlaut des anfänglichen Textes zitiert werden muß, stellt man genau diesen Teil des Textes seinen eigenen Ausführungen voran. Die resultierende

*e-mail* besteht dann aus einer übersichtlichen Folge von fremdem und eigenem Text (und es gibt Programme, die sogar dazu in der Lage sind, beides farblich voneinander abzuheben). Das Problem mit dem Zeilenumbruch des zitierten Textes ist damit natürlich noch nicht umsegelt, und wer Produkte wie Outlook-Express oder Netscape-Messenger verwendet, wird hier viel Handarbeit zu verrichten haben, da man sowohl für den eigenen wie für den fremden Text den Zeilenumbruch am besten manuell durchführt.

Eigens für *e-mail*-Verkehr geschriebene, professionelle Programme wie Eudora oder TheBat! helfen hier bedeutend weiter, ist in ihre Programmierung doch, man glaubt es kaum, Bewußtsein von den formalen Klippen der digitalen Kommunikation eingegangen. Und mit ihnen wäre vielleicht auch wieder ein technischer Fortschritt in der wissenschaftlichen Kommunikation möglich. Jacob Grimm und Georg Friedrich Benecke mußten für ihre Zeit noch eine bestimmte Art wissenschaftlichen Briefwechsels, die »Adversarien«, »erfinden«. Auf die Briefbogen (962 sind überliefert!) wurden einspaltig Fragen geschrieben, die dann mit den Antworten auf der anderen Spalte zurückkamen.

»Zu den mitgetheilten Fragen folgt hier meine beige-schriebene Antwort. Die Einrichtung ist vortrefflich und soll, hoffe ich, zwischen uns bald nicht aufhören. Doppeltes Schreiben wird erspart und eine bestimmte, verständliche Beziehung der Antworten auf die Frage nur so erst leicht gemacht. Freilich behält am Ende blos der Frager die Acten zum Aufheben bei sich, indeßen selbst das nöthigt zu fleißigem Eintragen des Wichtigen, ehe man sie von sich läßt.« (Jacob Grimm an Benecke, 14. Juni 1819)

*E-mail-clients* gewähren diese Möglichkeit schon von jeher, vorausgesetzt man kann sie bedienen. Zitierenlernen: ein kleiner Schritt für einen selbst, ein großer für den Empfänger.

Roland Reuß ist Professor für neuere deutsche Literatur an der Universität Heidelberg und Mitgründer des Instituts für Textkritik in Heidelberg.

Stefan Mückl

## *Der Angebotscharakter der Konkordate und Kirchenverträge - Die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen an den staatlichen theologischen Fakultäten*

### Übersicht

#### *I. Textanalyse: Bestimmungen der Konkordate und Kirchenverträge*

- 1. Bayern*
- 2. Regelungen in Preußen sowie Fortgeltung und Änderungen in den Nachfolgeländern*
- 3. Baden und Baden-Württemberg*
- 4. Neue Bundesländer*
- 5. Zwischenergebnis*

#### *II. Historische Genese der Bestimmungen zur wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen*

- 1. Gesetzgebung in der Zeit des sog. „Kulturkampfes“*
- 2. Kontinuitäten und Diskontinuitäten im Preußenkonkordat*

#### *III. Fortgeltung der Bestimmungen zur wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen*

- 1. Modifizierung durch das Reichskonkordat*
- 2. Erweiterung kirchlicher Rechte durch die Landesverfassungen nach 1945*
- 3. Zwischenergebnis*

#### *IV. Bedeutungswandel theologischer Fakultäten durch geänderte Rahmenbedingungen*

- 1. Wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen und Notwendigkeit der staatlichen Universität*
- 2. Theologische Fakultäten als überwiegende Ausbildungsstätten für den geistlichen Nachwuchs*
- 3. Errichtung von theologischen Fakultäten „zur“ wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen*
- 4. Kirchliche Verpflichtungen in besonderen Situationen*

#### *V. Zusammenfassung in Thesen*

In zahlreichen Konkordaten und Kirchenverträgen hat sich der Staat gegenüber seinem jeweiligen kirchlichen Vertragspartner zur Einrichtung und Unterhaltung von theologischen Fakultäten an den staatlichen Universitä-

ten verpflichtet. Bis in die 1970er Jahre hinein dominierte in den Vertragstexten die motivierende Erwägung, dergestalt die „wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen“ zu gewährleisten. Dieses „Angebot des Staates an die Religionsgemeinschaften“<sup>1</sup> wurde in den seit 1990 abgeschlossenen Staatskirchenverträgen durchweg durch die Garantie zugunsten der Kirchen komplettiert, eigene Hochschulen zu errichten und zu unterhalten sowie nach Maßgabe des allgemeinen Hochschulrechts für diese Institutionen staatliche Anerkennung und Förderung zu erlangen. Von Anfang an war in den Konkordaten mit dem Heiligen Stuhl explizit die Feststellung enthalten, daß jene „wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen“ auch an anderen Institutionen als an den staatlichen theologischen Fakultäten erfolgen könne.

Vor diesem Hintergrund fragt sich, wie sich die in den Staatskirchenverträgen geregelten Garantien „staatliche theologische Fakultäten“ und „kirchliche Hochschulfreiheit“ zueinander verhalten: Stehen sie gleichberechtigt nebeneinander oder besteht umgekehrt der Vorrang der einen gegenüber der anderen? Stellen die staatlichen theologischen Fakultäten – mit der Formulierung des Bundesverfassungsgerichts – (nur) ein „Angebot des Staates“ dar, oder sind die Kirchen auch rechtlich verpflichtet, sie in Anspruch zu nehmen? Ist die kirchliche Hochschulfreiheit umfassend oder unterliegt sie vertragsimmanenten Schranken, resultierend etwa aus der Existenz einer staatlichen theologischen Fakultät?

Derartige Fragen haben bislang wenig, noch weniger vertiefte, Aufmerksamkeit in Wissenschaft und Praxis gefunden. Lediglich vereinzelt finden sich dazu im älteren Schrifttum einige Äußerungen, die zumeist nur thesenhaft erfolgen und allenfalls knapp begründet werden. Sie lassen sich in zwei grundlegenden Aussagen zusammenfassen:

- Sofern die Errichtung einer staatlichen theologischen Fakultät vertraglich vereinbart wurde, habe „die Kirche“ damit (stillschweigend) die Verpflichtung

1 BVerfGE 122, 89 (111).

tung übernommen, ihre künftigen Geistlichen auch von dieser ausbilden zu lassen.<sup>2</sup>

- Die staatskirchenvertragliche Bestandsgarantie für die staatlichen theologischen Fakultäten beinhaltet für den kirchlichen Vertragspartner die (Neben-)Pflicht oder zumindest die Obliegenheit, sich mit der Errichtung eigener Hochschulen „zurückzuhalten“.<sup>3</sup>

Um zu klären, ob diese Thesen die Rechtslage zutreffend wiedergeben und die aufgeworfenen Fragen umfassend und (heute noch) maßgeblich beantworten, bedarf es zunächst einer eingehenden Bestandsaufnahme der bestehenden staatskirchenvertraglichen Bestimmungen (I.). Nach einer Analyse ihrer historischen Hintergründe (II.) ist sodann zu untersuchen, ob diese rechtlich unverändert Bestand haben (III.). Desgleichen bedarf der Klärung, ob und inwieweit mittlerweile eingetretene Veränderungen bei den rechtlichen Rahmenbedingungen wie im Tatsächlichen Geltung oder Interpretation dieser Bestimmungen beeinflussen (IV.). Abschließend werden die Ergebnisse dieser Überlegungen thesenhaft zusammengefaßt (V.).

### I. Textanalyse: Bestimmungen der Konkordate und Kirchenverträge

Die Bestandsaufnahme der einschlägigen Vertragsbestimmungen erfolgt in vier Abschnitten, entsprechend der historischen Reihenfolge des Abschlusses der Konkordate und Kirchenverträge. Den Ausgangspunkt bilden die bayerischen Verträge von 1924 (1.), gefolgt von den preußischen von 1929/31 (2.) und den badischen von 1932 (3.). Um die Genese der aktuellen Rechtslage besser nachvollziehen zu können, werden die nachgehenden Fortschreibungen und

Modifizierungen jeweils miteinbezogen. Der vierte Abschnitt widmet sich den seit 1990 mit den neuen Ländern abgeschlossenen Staatskirchenverträgen, sofern diese konstitutiv Neues enthalten und nicht allein die vorherige – preußisch geprägte – Rechtslage aufrechterhalten, modifizieren oder abändern.

#### 1. Bayern

##### a) Konkordat mit dem Heiligen Stuhl

Das Bayerische Konkordat (BayK)<sup>4</sup> gewährleistete die (im Vertragstext indes nicht explizit genannten) theologischen Fakultäten an den Universitäten sowie die (gleichfalls staatlichen) philosophisch-theologischen Hochschulen.<sup>5</sup> Aufgabe beider Institutionen sollte sein, „den Bedürfnissen des priesterlichen Berufes nach Maßgabe der kirchlichen Vorschriften Rechnung (zu) tragen“ (Art. 4 § 1). Für bestimmte Geistliche wurde die erfolgreiche Absolvierung der kirchlich vorgeschriebenen philosophisch-theologischen Studien statuiert, welche alternativ entweder an einer deutschen staatlichen Hochschule, einer den Bestimmungen des c. 1365 CIC/1917 entsprechenden deutschen bischöflichen Hochschule oder an einer päpstlichen Hochschule in Rom zu erfolgen hatten (Art. 13 § 1 lit. c)). Speziell für Ordenskleriker bestand nach Art. 13 § 2 S. 2 zusätzlich die Möglichkeit, die Studien an eigenen Ordensschulen zu absolvieren.

In den 1960er und 1970er Jahren wurden die philosophisch-theologischen Hochschulen aufgehoben und als theologische Fakultäten bzw. Fachbereiche in die erweiterten bzw. neugegründeten Landesuniversitäten integriert.<sup>6</sup> Deren Zweckbestimmung wurde über die „Be-

2 Soweit ersichtlich, erstmals *Ernst-Lüder Solte*, *Theologie an der Universität. Staats- und kirchenrechtliche Probleme der theologischen Fakultäten*, 1971, S. 103 m. Fn. 5; ähnlich *Heinz Mussinghoff*, *Theologische Fakultäten im Spannungsfeld von Staat und Kirche. Entstehung und Auslegung der Hochschulbestimmungen des Konkordats mit Preußen von 1929*, dargelegt unter Berücksichtigung des preußischen Statutenrechts und der Bestimmungen des Reichskonkordats, 1979, S. 406; ebenso *Martin Heckel*, *Die theologischen Fakultäten im weltlichen Verfassungsstaat*, 1986, S. 371.

3 Im Ansatz bereits *Werner Weber*, *Der gegenwärtige Status der theologischen Fakultäten und Hochschulen*, in: Tymbos für Wilhelm Ahlmann. Ein Gedenkbuch, herausgegeben von seinen Freunden, 1951, S. 309 (323); sodann *Manfred Baldus*, *Die philosophisch-theologischen Hochschulen in der Bundesrepublik Deutschland. Geschichte und gegenwärtiger Rechtsstatus*, 1965, S. 113 f. („Obliegenheit“); *Solte*, *Theologie an der Universität* (FN 2), S. 110 f.; *Heckel*, *Die Theologischen Fakultäten im weltlichen Verfassungsstaat* (FN 2), S. 369 („Nebenpflicht“); *Rainer Himmelsbach*, *Die Rechtsstellung der Theologischen Fakultäten Trier, Paderborn, Frankfurt St. Georgen und Fulda*, 1996, S. 30; dies zuletzt aufgreifend *Heribert Schmitz*, *Zukunft katholisch-theologischer Fakultäten in Deutschland*, *MThZ* 51 (2000), 292 (294).

4 Konkordat zwischen Seiner Heiligkeit Papst Pius XI. und dem

Staate Bayern vom 29. März 1924, Abdruck bei *Joseph Lisil*, *Die Konkordate und Kirchenverträge in der Bundesrepublik Deutschland. Textausgabe für Wissenschaft und Praxis*, Band I, 1987, S. 289 ff.

5 Erst die Regierungsbegründung zu Art. 3 BayK (Abdruck ebd., S. 303 ff.) führte die bestehenden Institutionen auf: theologische Fakultäten in München und Würzburg, philosophisch-theologische Hochschulen in Bamberg, Dillingen, Freising, Passau und Regensburg (S. 306).

6 1966 Freising/München (Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Freistaat Bayern über die Auflösung der Philosophisch-Theologischen Hochschule Freising und die wissenschaftliche Ausbildung der Studierenden der katholischen Theologie an der Universität München vom 2. September 1966, Abdruck ebd., S. 374 f. – Hintergrund war die Verlegung des Priesterseminars der Erzdiözese München und Freising von Freising nach München) und Regensburg (Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Freistaat Bayern über die katholisch-theologische Fakultät der Universität Regensburg vom 2. September 1966, Abdruck ebd., S. 378 ff.), 1970 Dillingen/Augsburg (Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Freistaat Bayern über den Katholisch-theologischen Fachbereich der Universität Augsburg nebst Schlußprotokoll vom 17. September 1970, Abdruck ebd., S. 399 ff.), 1974 Passau und Bamberg (Art. 3 § 1 n.F. BayK, i.d.F. des

dürfnisse des priesterlichen Berufs“ hinaus auf diejenigen „anderer seelsorgerischer Dienste nach Maßgabe der kirchlichen Vorschriften“ erweitert (Art. 4 § 1 n.F.).<sup>7</sup> Außerdem fand sich der bayerische Staat zur Gewährleistung der Errichtung und des Betriebs (sowie der weitgehenden Finanzierung) „einer örtlich zusammengefaßten kirchlichen Gesamthochschule“<sup>8</sup> mit den wissenschaftlichen Studiengänge Katholische Theologie sowie Lehramt bereit,<sup>9</sup> welche 1980 in „Katholische Universität Eichstätt“ umbenannt wurde.<sup>10</sup> Im wesentlichen unverändert blieben seit 1924 die Anforderungen an die wissenschaftliche Vorbildung bestimmter Geistlicher, von denen seit dem Änderungsvertrag von 1974 bei kirchlichem wie staatlichen Einverständnis abgesehen werden kann.<sup>11</sup> Wenn freilich die 1987 staatlicherseits veröffentlichte „bereinigte Fassung“ des Konkordats<sup>12</sup> (die aktuell gleichlautend im Internet zugänglich ist<sup>13</sup>), unverändert auf eine seit 1983 nicht mehr geltende Norm des kanonischen Rechts verweist,<sup>14</sup> indiziert dieser Umstand ein überaus zurückhaltendes Interesse des Staates an deren Effektivierung.

## b) Evangelische Kirchenverträge

Ursprünglich war allein die evangelische theologische Fakultät an der Universität Erlangen in ihrem Bestand gesichert.<sup>15</sup> Daneben wurde für bestimmte Geistliche ein mindestens vierjähriges philosophisch-theologisches Studium an einer deutschen staatlichen Hochschule festgeschrieben; allerdings stand es den Kirchen frei, eine mit ihrer Erlaubnis an außerdeutschen Fakultäten verbrachte Zeit auf das vorgeschriebene Studium anzurechnen.<sup>16</sup>

Die Vertragsfortschreibungen der Nachkriegszeit – welche nunmehr allein das früher so bezeichnete rechtsrheinische Bayern betreffen – bezogen sich auf die Neugründung der Evangelisch-Theologischen Fakultät an der Universität München<sup>17</sup> sowie die Errichtung von Lehrstühlen für die Religionslehrerausbildung an den übrigen Landesuniversitäten.<sup>18</sup> Der Änderungsvertrag von 1974 enthielt erstmals die Vorgabe, die Fakultäten müßten „insbesondere den Bedürfnissen des Berufs eines evangelischen Pfarrers unter Berücksichtigung der

Vertrags zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Freistaat Bayern zur Änderung und Ergänzung des Bayerischen Konkordats vom 29. März 1924 vom 4. September 1974, Abdruck ebd., S. 406 ff.). – Mittlerweile wurden durch das Zusatzprotokoll zum Bayerischen Konkordat vom 29. März 1924 vom 19. Januar 2007 (GVBl. S. 351), bedingt durch das infolge rückläufiger Studentenzahlen entstandene „Mißverhältnis zwischen der Zahl der Lehrenden und der Studierenden“, die Fakultäten in Bamberg und Passau auf 15 Jahre sisziert. Hierzu *Johann Störle*, Anmerkungen zum „Ruhem“ der Kath.-Theol. Fakultäten an den Universitäten Bamberg und Passau, BayVBl 2007, 673 ff.

- 7 Insofern geht die Regierungsbegründung (LT-Drucks. 7/7108, S. 16) davon aus, daß die Priesterausbildung der zu erfüllende Hauptzweck der Fakultäten und Fachbereiche bleibt, doch auch „der eingetretenen Entwicklung“ Rechnung getragen werden soll, daß „das Lehrangebot auch für Laientheologen (Pastoralassistenten) dienlich sein soll“.
- 8 „Zusammengefaßt“ wurden die Bischöfliche Philosophisch-Theologische Hochschule Eichstätt (1843-1924: Kirchliches Lyzeum) und die 1958 von der Freisinger Bischofskonferenz gegründete und staatlich genehmigte Kirchliche Pädagogische Hochschule Eichstätt. – Näher *Wolfgang Kahl*, Grundlagen. Die Geschichte der bayerischen Hochschulen, in: Max-Emanuel Geis (Hrsg.), Hochschulrecht im Freistaat Bayern. Ein Handbuch für die Praxis, 2. Aufl. 2017, Kap. 1 Rn. 37; näher *Hubert Gruber*, Die Eichstätter Hochschulen nach 1945, in: Rainer A. Müller (Hrsg.), Veritati et Vitae. Vom Bischöflichen Lyzeum zur Katholischen Universität. Festschrift im Auftrag der Geschichts- und Gesellschaftswissenschaftlichen Fakultät der Katholischen Universität Eichstätt, 1993, S. 109 ff.
- 9 Art. 5 n.F. BayK.
- 10 Notenwechsel zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Freistaat Bayern über die Umbenennung der Kirchlichen Gesamthochschule Eichstätt vom 1./5. März 1980, Abdruck bei *Listl*,

Konkordate und Kirchenverträge I (FN 4), S. 468 ff. – Seit 2001 führt die Institution die Bezeichnung „Katholische Universität Eichstätt-Ingolstadt“, Grundlage dafür war die durch eine weitere Konkordatsänderung ermöglichte Errichtung einer wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät (Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Freistaat Bayern zur Änderung und Ergänzung des Bayerischen Konkordats vom 29. März 1924, vom 8. Juni 1988 [GVBl. S. 241]).

- 11 Art. 13 § 3 n.F. BayK.
- 12 Bayerische Rechtssammlung, Bd. IV S. 190.
- 13 [www.gesetze-bayern.de/Content/Document/BayKonk](http://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/BayKonk) (Zugriff: 22. März 2019).
- 14 Art. 13 § 1 lit. c) sowie § 2 nehmen Bezug auf c. 1365 CIC (1917). Die Bestimmung trat mit Inkrafttreten des neuen CIC von 1983 außer Kraft; die nun für die wissenschaftliche Vorbildung der Priester geltenden Vorschriften finden sich in cc. 250-252 CIC (1983).
- 15 Art. 2 Abs. 1 des Vertrags zwischen dem Bayerischen Staate und der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern rechts des Rheins vom 15. November 1924, Abdruck bei *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge I (FN 4), S. 508 ff.
- 16 Art. 26 lit c. BayEvKV sowie Art. 19 lit. c) des Vertrags zwischen dem Bayerischen Staate und der Vereinigten protestantisch-evangelisch-christlichen Kirche der Pfalz (Pfälzische Landeskirche) vom 15. November 1924, Abdruck ebd., S. 517 ff.
- 17 Vertrag zwischen dem Freistaat Bayern und der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern über die Evangelisch-Theologische Fakultät der Universität München vom 20. Juni 1967, Abdruck ebd., S. 553 f.
- 18 Art. 3 und 4 des Vertrags zwischen dem Freistaat Bayern und der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern zur Änderung des Vertrags zwischen dem Bayerischen Staate und der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern vom 15. November 1924 vom 12. September 1974, Abdruck ebd., S. 566 ff.

kirchlichen Prüfungsordnungen“ sowie ferner den Bedürfnissen der Studenten für das Lehramt aller Stufen Rechnung tragen.<sup>19</sup> Hinsichtlich der Anforderungen an die wissenschaftliche Vorbildung bestimmter Geistlicher wurde eine – vom kirchlichen und staatlichen Einverständnis bedingte – Dispensmöglichkeit geschaffen.<sup>20</sup> Ein weiterer Änderungsvertrag von 1978<sup>21</sup> schließlich stellte – unter explizitem Hinweis auf die Bayerische Verfassung<sup>22</sup> – das Studium an einer kirchlichen mit demjenigen an einer staatlichen Hochschule gleich<sup>23</sup> und erhöhte die Anzahl der Lehrstühle für evangelische Theologie an den Universitäten ohne eigene theologische Fakultät.<sup>24</sup>

## 2. Regelungen in Preußen sowie Fortgeltung und Änderungen in den Nachfolgeländern

### a) Katholische Kirche

Anders als in Bayern gewährleistete das Konkordat des Heiligen Stuhls mit dem Freistaat Preußen (PrK)<sup>25</sup> den Fortbestand von vier konkret aufgeführten katholisch-theologischen Fakultäten, welche der „wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen“ dienen sollten: an den Universitäten Breslau, Bonn und Münster sowie an der Akademie Braunsberg (Art. 12 Abs. 1). Ergänzend erklärte Art. 12 Abs. 2 PrK den Erzbischof von Paderborn sowie die Bischöfe von Trier, Fulda, Limburg, Hildesheim und Osnabrück für „berechtigt, in ihren Bistümern ein Seminar zur wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen zu besitzen“. Derartige Institutionen bestanden im Zeitpunkt des Vertragschlusses bereits in Paderborn (Philosophisch-Theologische Akademie), Trier (Bischöfliches

Priesterseminar), Fulda (Philosophisch-Theologische Lehranstalt) und seit 1926 auch in Limburg (Philosophisch-Theologische Hochschule Frankfurt St. Georgen). Inhaber bestimmter höherer kirchlicher Ämter sowie die kanonischen Pfarrer mußten ein mindestens dreijähriges philosophisch-theologisches Studium (sog. Triennium) nachweisen, das entweder an einer deutschen staatlichen Hochschule, an einem der in Art. 12 PrK aufgeführten bischöflichen Seminare oder an einer päpstlichen Hochschule in Rom zu absolvieren war (Art. 9 Abs. 1 lit. c), Art. 10 Abs. 1).<sup>26</sup>

Unbeschadet der Auflösung Preußens durch den Alliierten Kontrollrat 1947 blieb das Konkordat auch für die auf ehemals preußischem Staatsgebiet neu entstandenen Länder grundsätzlich in Geltung.<sup>27</sup> Die nachfolgenden Konkordate und Verträge zwischen Heiligem Stuhl und den betreffenden Ländern als Rechtsnachfolger Preußens setzen mit Fortschreibungen und Neuregelungen eigene Akzente:

- Dem Bischof des 1956/57 neu errichteten Bistums Essen wurde vertraglich<sup>28</sup> der Besitz eines Seminars zur wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen in seinem Bistum zugestanden (§ 6), die Bestimmungen des Art. 12 Abs. 2 PrK galten fortan auch für dieses Seminar. Als ein Jahrzehnt später das Land an der neugegründeten Ruhr-Universität Bochum eine Katholisch-Theologische Abteilung einrichtete, erklärte der Heilige Stuhl in einem auf die Freundschaftsklausel gem. Art. 13 PrK gestützten Notenwechsel gegenüber dem Land Nordrhein-Westfalen, der Bischof von Essen werde „im Hinblick auf die Geltung dieser Gesamtregelung“ von seinem ihm

19 Art. 5 Abs. 1 und 2 n.F. BayEvKV (Abschnitt I Nr. 1 des in FN 18 genannten Vertrags).

20 Art. 26 Abs. 2 n.F. BayEvKV (Abschnitt I Nr. 8 des in FN 18 genannten Vertrags).

21 Vertrag zwischen dem Freistaat Bayern und der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern zur Änderung des Vertrags zwischen dem Bayerischen Staate und der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern vom 15. November 1924, vom 10. Juli 1978, Abdruck bei *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge I (FN 4), S. 579 ff.

22 LT-Drucks. 8/8827, S. 4.

23 Art. 26 Abs. 1 lit. c) n.F. BayEvKV.

24 Art. 3 und 4 n.F. BayEvKV. – Das Zusatzprotokoll zum Vertrag zwischen dem Bayerischen Staate und der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern vom 15. November 1924, vom 14. März 2007 (GVBl. S. 556) reduzierte wieder die Lehrstühle an den Universitäten ohne eigene theologische Fakultät (Ziffer II) und erneuerte die Garantie der Fakultäten in Erlangen-Nürnberg und München in ihrer konkreten Ausstattung (Ziffer I).

25 Vertrag des Freistaates Preußen mit dem Heiligen Stuhl nebst Schlußprotokoll vom 14. Juni 1929, Abdruck bei *Joseph Listl*, Die

Konkordate und Kirchenverträge in der Bundesrepublik Deutschland. Textausgabe für Wissenschaft und Praxis, Band II, 1987, S. 709 ff.

26 Das Schlußprotokoll zu Art. 9 stellte das an einer österreichischen staatlichen Universität zurückgelegte Studium gleich, nach Art. 9 Abs. 2 und Art. 10 Abs. 2 konnte bei kirchlichem und staatlichem Einverständnis vom in Art. 9 Abs. 1 lit. c) normierten Erfordernis abgesehen werden, ebenso konnte ein an anderen deutschsprachigen (nicht notwendigerweise staatlichen) Hochschulen erfolgtes Studium anerkannt werden.

27 Eingehend zur Problematik *Ulrich Haude*, Die Fortgeltung des preußischen Konkordats vom 14.6.1929 und der preußischen evangelischen Kirchenverträge vom 11.5.1931 in den Ländern Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz, Diss. iur. Bonn 1955.

28 Vertrag des Landes Nordrhein-Westfalen mit dem Heiligen Stuhl über die Errichtung des Bistums Essen vom 19. Dezember 1956, Abdruck bei *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge II (FN 25), S. 230 ff.

vertraglich eingeräumten Recht keinen Gebrauch machen.<sup>29</sup> Freilich bestand in Essen zu keinem Zeitpunkt ein Seminar i.S.v. Art. 12 Abs. 2 PrK.<sup>30</sup>

Die Regelung des Notenwechsels wurde in einem weiteren Vertrag zwischen dem Land Nordrhein-Westfalen und dem Heiligen Stuhl vom 26. März 1984<sup>31</sup> bestätigt (Schlußprotokoll zu Art. II). Im übrigen bekräftigte der Vertrag – dessen Regelungsgehalt ausweislich der Präambel darin bestand, auf der Grundlage der bestehenden vertraglichen Bindungen eine Übereinkunft über die Anwendung des Art. 12 Abs. 1 PrK (sowie des Schlußprotokolls zu Art. 12 Abs. 1 S. 2 PrK) zu treffen – die Bestandsgarantie zugunsten der katholisch-theologischen Fachbereiche in Bochum, Bonn und Münster (Art. II); ihre Zweckbestimmung wurde wiederum mit der „wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen“ umschrieben.

- Im Niedersächsischen Konkordat von 1965<sup>32</sup> erklärte sich das Land Niedersachsen bereit, „zu gegebener Zeit“ eine katholisch-theologische Fakultät an der Universität Göttingen zu errichten (Art. 4 Abs. 1). Im gleichen Zeitpunkt sollte für die Bischöfe von Hildesheim und Osnabrück Art. 12 Abs. 2 PrK (also die Berechtigung zum Besitz eines Seminars zur wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen) entfallen (Art. 4 Abs. 2). Die Zurückstellung der (bis heute nicht erfolgten) Errichtung einer Fakultät in Göttingen erklärte die Regierungsbegründung zum

Konkordat mit der Erwägung, die zu erwartende Zahl der Studenten der Diözese Hildesheim, welche allein bisher bereit wäre, eine solche Fakultät zu ihrer ordentlichen Ausbildungsstätte zu bestimmen, würde die Errichtung einer Fakultät nicht rechtfertigen.<sup>33</sup>

Für die 1990 wiederbegründeten Länder Mecklenburg-Vorpommern, Brandenburg, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen war hingegen die Fortgeltung des Preußischen Konkordats nicht unumstritten.<sup>34</sup> Die von diesen Ländern mit dem Heiligen Stuhl abgeschlossenen Verträge enthalten insoweit salvatorische Klauseln,<sup>35</sup> nehmen aber in der Sache Neuregelungen vor, die nur noch teilweise den Inhalten des Konkordats von 1929 entsprechen:

- Fast zur Gänze fehlen die tradierten Bestimmungen hinsichtlich der Anforderungen an die wissenschaftliche Vorbildung bestimmter Geistlicher.<sup>36</sup> Teilweise erklären die Länder explizit den Vorrang von Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 2 WRV.<sup>37</sup>
- Für das Erzbistum Hamburg sowie die Bistümer Magdeburg und Erfurt wird das Recht des (Erz-)Bischofs anerkannt, gemäß dem kirchlichen Recht ein Diözesanseminar (Hochschule im Sinne des Kirchenrechts und Priesterseminar) zur wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen zu errichten; nach dem jeweiligen Landesrecht kann dieses Seminar den Status einer staatlich anerkannten Hochschule erhalten.<sup>38</sup>

29 Notenwechsel zwischen dem Ministerpräsidenten des Landes Nordrhein-Westfalen und dem Apostolischen Nuntius in Deutschland über die Katholisch-Theologische Abteilung der Ruhr-Universität Bochum vom 20./29. Dezember 1967, Abdruck ebd., S. 256 ff.

30 Edmund Biagoni, Essen, in: Erwin Gatz (Hrsg.), Priesterausbildungsstätten der deutschsprachigen Länder zwischen Aufklärung und Zweitem Vatikanischem Konzil. Mit Weihestatistiken der deutschsprachigen Diözesen, 1994, S. 73 f.

31 Abdruck bei Listl, Konkordate und Kirchenverträge II (FN 25), S. 297 ff.

32 Konkordat zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Lande Niedersachsen vom 26. Februar 1965, Abdruck ebd., S. 5 ff.

33 Abdruck ebd., S. 37 ff. (42 f.).

34 Zur Problematik Wolfgang Rüfner, Geltung des Reichskonkordats, des Preußischen Konkordats und des Preußischen Kirchenvertrags im Beitrittsgebiet, in: Bernd Becker/Hans Peter Bull/Otfried Seewald (Hrsg.), Festschrift für Werner Thieme zum 70. Geburtstag, 1993, S. 343 ff.

35 Die Wendungen lauten: „in Würdigung des Vertrages“ bzw. „unbeschadet einer Fortgeltung des Vertrages“.

36 Ausnahmen bilden das Bistum Dresden-Meißen im Hinblick auf die Besetzung des bischöflichen Stuhls und die Kanonikate des Domkapitels (insoweit gilt gem. Art. 13 Abs. 2 des Vertrags zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Freistaat Sachsen vom 2. Juli 1996, AAS 89 [1997], 613 = GVBl 1997 S. 18, Art. 14 des Konkordats zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Deutschen Reich

vom 20. Juli 1933 [Reichskonkordat, Abdruck bei Listl, Konkordate und Kirchenverträge I, S. 34 ff., fort] sowie das Bistum Erfurt (hier werden die tradierten Kautelen des PrK hinsichtlich der höheren Geistlichen, nicht aber hinsichtlich der Pfarrer, fortgeschrieben, s. Art. 5 Abs. 3 und 4 des Vertrags zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Freistaat Thüringen vom 11. Juni 1997, AAS 89 [1997], 756 = GVBl S. 266).

37 Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und den Ländern Sachsen-Anhalt, Brandenburg und Freistaat Sachsen über die Errichtung des Bistums Magdeburg vom 13. April 1994, AAS 87 (1995), 129 = SächsGVBl S. 1046; Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Land Brandenburg sowie dem Freistaat Sachsen über die Errichtung des Bistums Görlitz vom 4. Mai 1994, AAS 87 (1995), 138 = SächsGVBl S. 1059; Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Freistaat Thüringen über die Errichtung des Bistums Erfurt vom 14. Juni 1994, AAS 87 (1995), 145 = GVBl S. 791 (jeweils: Schlußprotokoll zu Art. 3 und 4); ebenso Art. 12 Abs. 1 des Vertrags zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Land Sachsen-Anhalt vom 15. Januar 1998, AAS 90 (1998), 470 = GVBl S. 161.

38 So in den in FN 37 genannten Bistumserrichtungsverträgen für Magdeburg und Erfurt (jeweils Art. 6), außerdem Art. 8 des Vertrags zwischen dem Heiligen Stuhl und der Freien und Hansestadt Hamburg, dem Land Mecklenburg-Vorpommern und dem Land Schleswig-Holstein über die Errichtung von Erzbistum und Kirchenprovinz Hamburg vom 22. September 1994, AAS 87 (1995), 154 = GVBl MV S. 1026.

– Alle fünf neuen Länder erkennen das Recht der Kirche (sowie ihrer Ordensgemeinschaften und Einrichtungen) zur Errichtung eigener Hochschulen an, deren Anerkennung sich wiederum nach dem jeweiligen Landesrecht sowie ggf. ergänzender Vereinbarung bemisst.<sup>39</sup> Während an den Universitäten Dresden und Halle Institute für Katholische Theologie zum Zweck der Religionslehrausbildung bestehen,<sup>40</sup> wurde allein<sup>41</sup> in Erfurt (bis 1945 preußisch) im Jahr 2002 eine katholisch-theologische Fakultät an der staatlichen Universität errichtet.<sup>42</sup> Bereits im Vorfeld war im Thüringer Vertrag der Verzicht „der Diözesanbischöfe“ auf die Ausübung des Rechts festgehalten worden, eine eigene Einrichtung für die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen zu errichten oder zu unterhalten.<sup>43</sup> Um welche Bischöfe es sich dabei gehandelt haben könnte, läßt der Vertragstext indes nicht erkennen.<sup>44</sup>

#### b) Evangelische Kirchen

Der Preußische Kirchenvertrag (PrEvKV)<sup>45</sup> erhielt mit der Zielsetzung „für die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen“ die evangelisch-theologischen Fakultäten an den Universitäten in Berlin, Bonn, Breslau, Greifswald, Halle, Kiel, Königsberg, Marburg

und Münster aufrecht (Art. 11 Abs. 1). Für bestimmte kirchliche Ämter war die Absolvierung eines mindestens dreijährigen theologischen Studiums an einer deutschen staatlichen Hochschule Voraussetzung (Art. 8 Abs. 1 lit. c)). Allerdings konnte – bei kirchlichem und staatlichen Einverständnis – auch ein Studium an „anderen deutschsprachigen Hochschulen“ anerkannt werden (Art. 8 Abs. 3). Näheren Anhalt, was darunter zu verstehen sein könnte,<sup>46</sup> lassen sich dem Vertragstext nicht entnehmen.

Dieser Grundkonzeption des Preußischen Kirchenvertrags folgten diverse Kirchenverträge der 1950er und 1960er Jahre: Die Bestandsgarantien für die evangelisch-theologischen Fakultäten werden erneuert,<sup>47</sup> ihre Zweckbestimmung liegt weiterhin in der wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen, bestimmte Kirchenämter erfordern unverändert ein mindestens dreijähriges theologisches Studium an einer deutschen staatlichen Universität<sup>48</sup> (oder wenigstens einer deutschsprachigen – nicht notwendigerweise staatlichen – Hochschule)<sup>49</sup>. Gleichwohl wird schon in dieser Phase das überkommene preußische System fortentwickelt:

– Vorsichtig findet sich der Staat bereit, auch die Errichtung kirchlicher Ausbildungsstätten vertraglich zu fixieren, zunächst bezogen auf die „Lehrkräfte in evangelischer Religionspädagogik“ in

39 Art. 6 des SächsKathKV (FN 36); Art. 10 des ThürKathKV (FN 36); Art. 7 KathKV LSA (FN 37); Art. 5 des Vertrags zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Land Mecklenburg-Vorpommern vom 15. September 1997, AAS 90 (1998), 98 = GVOBl 1998 S. 2; Art. 5 des Vertrags zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Land Brandenburg vom 12. November 2003, AAS 96 (2004), 625 = GVB. 2004 S. 224.

40 Art. 5 SächsKathKV (FN 36) und Art. 5 KathKV LSA (FN 37).

41 Jeweils Art. 6 KathKV MV und KathKV Bbg (FN 39) sichern zu, eine wissenschaftliche Einrichtung für katholische Theologie oder Religionspädagogik nur aufgrund einer gesonderten Vereinbarung mit dem Heiligen Stuhl zu errichten. Dazu ist es bislang nicht gekommen.

42 Eingliederung der (kirchlichen, indes staatlich anerkannten) Theologischen Fakultät Erfurt in die staatliche Universität Erfurt durch den Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Freistaat Thüringen hinsichtlich der Errichtung einer Katholisch-Theologischen Fakultät der Universität Erfurt vom 19. November 2002, AAS 95 (2003), 237 = GVB. S. 417.

43 Schlußprotokoll zu Art. 11 Abs. 2 ThürKathKV (FN 36).

44 Erst in der Regierungsbegründung zum Vertrag über die Errichtung der Fakultät in Erfurt (FN 42) nennt insoweit die Bischöfe der Diözesen Dresden-Meißen, Erfurt, Görlitz und Magdeburg, welcher ferner ihren „Willen bekräftigt“ hätten, „an der gemeinsamen Ausbildung ihrer Priesteramtskandidaten in Erfurt festzuhalten (LT-Drucks. 3/2824, S. 13). Von einer derartigen Absichtserklärung wußte bereits der Wissenschaftsrat in seiner „Stellungnahme zur Aufnahme der Universität Erfurt in das Hochschulverzeichnis des Hochschulbauförderungsgesetzes“ vom 25. Oktober 1995 zu berichten (Drs. 2273/95, S. 63 f.; zugänglich unter [www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2273-95.pdf](http://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2273-95.pdf);

Zugriff: 22. März 2019).

45 Vertrag des Freistaates Preußen mit den Evangelischen Landeskirchen vom 11. Mai 1931, Abdruck bei *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge II (FN 25), S. 760 ff.

46 Das an einer österreichischen staatlichen Universität zurückgelegte Studium wird bereits demjenigen an einer deutschen Universität gleichgestellt (Schlußprotokoll zu Artikel 8 Abs. 1 lit. c)). Kirchliche Hochschulen werden nicht erwähnt.

47 So für Göttingen (Art. 3 Abs. 1 des Vertrags des Landes Niedersachsen mit den Evangelischen Landeskirchen in Niedersachsen vom 19. März 1955, Abdruck bei *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge II [FN 25], S. 109 ff.); Kiel (Art. 4 Abs. 1 des Vertrags zwischen dem Land Schleswig-Holstein und den evangelischen Landeskirchen in Schleswig-Holstein vom 23. April 1957, Abdruck ebd., S. 665 ff.), Marburg (Art. 13 des Vertrags der Evangelischen Landeskirchen in Hessen mit dem Lande Hessen vom 18. Februar 1960, Abdruck bei *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge I [FN 4], S. 802 ff.), Bonn und Münster (Art. II Abs. 1 des Vertrags zwischen dem Land Nordrhein-Westfalen und der Evangelischen Kirche im Rheinland, der Evangelischen Kirche von Westfalen und der Lippischen Landeskirche vom 18. September 1984, Abdruck bei *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge II [FN 25], S. 380 ff.).

48 Art. 9 Abs. 1 lit. c) NdsEvKV; Art. 10 Abs. 1 lit. b) EvKV SH; Art. 10 Abs. 1 lit. c) HessEvKV (alle FN 47); außerdem Art. 9 Abs. 1 lit. c) Vertrag des Landes Nordrhein-Westfalen mit der Lippischen Landeskirche vom 6. März 1958 (Abdruck bei *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge II [FN 25], S. 322 ff.).

49 Art. 9 Abs. 3 und 4 NdsEvKV; Art. 10 Abs. 3 EvKV SH (beide FN 47); Art. 9 Abs. 3 und 4 EvKV Lippe (FN 48; hier zudem Erweiterung auf holländische Hochschulen).

Schleswig-Holstein,<sup>50</sup> sodann im Hinblick auf die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen generell im ehemals lippischen Landesteil Nordrhein-Westfalens.<sup>51</sup>

- Zudem nimmt der Staat – zustimmend – zur Kenntnis, daß die für die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen erforderlichen theologischen Studien nicht zwingend an einer staatlichen theologischen Fakultät zu absolvieren sind, sondern auch an einer kirchlichen Hochschule erfolgen können (selbst wenn diese außerhalb der Landesgrenzen liegt und/oder obgleich das Land eine oder mehrere staatliche theologische Fakultäten unterhält).<sup>52</sup>

Wesentlich stärkere Umformungen der Bestimmungen des Preußischen Kirchenvertrags erfolgten auch hier durch die Kirchenverträge zwischen den 1990 wiederbegründeten, ganz oder teilweise auf altem preußischen Staatsgebiet belegenen, Ländern und den jeweiligen evangelischen Landeskirchen.<sup>53</sup> Auch in ihnen werden die Bestandsgarantien zugunsten der in Art. 11 Abs. 1 PrEvKV genannten Fakultäten erneuert.<sup>54</sup> Ihre Zielbestimmung beschränkt sich indes nicht mehr auf diese wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen (welche – neben der „Ausbildung zum Lehramt Evangelische Religionslehre“ – nur noch im Berliner Vertrag genannt wird), sondern bezieht sich in allgemeiner Form auf die Ermöglichung „wissenschaftlich-theologischer Ausbildungsgänge“,<sup>55</sup> auf die „wissenschaftliche Pflege der evangelischen Theologie“<sup>56</sup> sowie auf das „wissenschaftliche Studium der Evangelischen Theologie“.<sup>57</sup> Die Bestimmungen, nach denen Inhaber bestimmter kirchli-

cher Ämter grundsätzlich ein Theologiestudium an einer deutschen staatlichen Universität vorweisen müssen, sind ersatzlos weggefallen. Hingegen wird der Kirche und ihren diakonischen Werken ausdrücklich das Recht eingeräumt, eigene Hochschulen, Fachhochschulen sowie Ausbildungsstätten für kirchlich orientierte Berufe zu errichten und zu betreiben, wobei sich die Einzelheiten nach dem allgemeinen staatlichen Hochschulrecht bzw. nach gesonderten Vereinbarungen richten.<sup>58</sup>

### 3. Baden und Baden-Württemberg

Die badischen Staatskirchenverträge von 1932 folgen im wesentlichen dem Vorbild der jeweiligen preußischen Abmachungen: Für die „wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen“ bleiben die theologischen Fakultäten in Freiburg i. Br. (katholisch) und Heidelberg (evangelisch) erhalten, und zwar „mit den zur Zeit des Vertragsschlusses geltenden Rechten“.<sup>59</sup> Für kirchenleitende Ämter sowie für die dauerende Übertragung des Pfarramtes muß ein mindestens dreijähriges philosophisch-theologisches Studium nachgewiesen sein. Während dieses im Falle der evangelischen Landeskirche im Regelfall an einer deutschen staatlichen Hochschule zu absolvieren ist,<sup>60</sup> stellt das Badische Konkordat drei Optionen gleichberechtigt nebeneinander: Studium an einer deutschen staatlichen Schule, Studium an einer deutschen kirchlichen Hochschule, Studium an einer päpstlichen Hochschule in Rom.<sup>61</sup> In beiden Verträgen ist die Anerkennung des Studiums an einer anderen (nicht notwendigerweise staatlichen) deutschsprachigen Hochschule möglich, sofern das kirchliche wie staatliche Einver-

50 Art. 5 Abs. 1 EvKV SH (FN 47).

51 Art. 11 Abs. 6 EvKV Lippe (FN 48).

52 Schlußprotokoll zu Art. 10 Abs. 1 lit. c) HessEvKV (FN 47): Anerkennung der theologischen Studien an den kirchlichen Hochschulen Bethel, Wuppertal, Neuendettelsau und Berlin; Schlußprotokoll zu Art. II Abs. 1 EvKv NRW (FN 47): Erklärung der Landeskirchen, daß „gegenwärtig nicht die Absicht besteht, die Kirchlichen Hochschulen Bethel und Wuppertal aufzulösen oder eine weitere kirchliche Einrichtung für die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen zu errichten.“

53 Diese neuen Kirchenverträge treten nach dem Willen der Vertragsparteien an die Stelle des PrEvKV, s. Art. 28 Abs. 2 des Vertrags des Landes Sachsen-Anhalt mit den Evangelischen Landeskirchen in Sachsen-Anhalt vom 15. September 1993, GVBl. 1994 S. 173 (sowie Schlußprotokoll); Art. 28 Abs. 2 S. 2 des Vertrags zwischen dem Land Mecklenburg-Vorpommern und der Evangelisch-Lutherischen Landeskirche Mecklenburgs und der Pommerschen Evangelischen Kirche vom 20. Januar 1994, GVOBl. S. 559; Schlußprotokoll zu Art. 27 Abs. 2 des Vertrags des Freistaates Thüringen mit den Evangelischen Kirchen in Thüringen vom 15. März 1994, GVBl. S. 509; Art. 26 Abs. 2 des Vertrags des Freistaates Sachsen mit den Evangelischen Landeskirchen im Freistaat Sachsen vom 24. März 1994, GVBl. S. 1253

(sowie Schlußprotokoll); Art. 26 Abs. 2 des Vertrags zwischen dem Land Brandenburg und den Evangelischen Landeskirchen in Brandenburg vom 8. November 1996, GVBl. 1997 S. 4; Art. 29 Abs. 2 des Vertrags des Landes Berlin mit der Evangelischen Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz vom 20. Februar 2006, GVBl. S. 715.

54 Halle (Art. 3 Abs. 1 EvKV LSA), Greifswald (Art. 4 Abs. 1 EvKV MV) und Berlin (Art. 3 Abs. 1 EvKV Berlin).

55 Art. 3 Abs. 1 EvKV LSA (FN 53).

56 Art. 4 Abs. 1 EvKV MV (FN 53).

57 Art. 3 Abs. 1 EvKV Berlin (FN 53).

58 Art. 4 EvKV LSA; Art. 5 EvKV MV; Art. 4 ThürEvKV; Art. 4 SächsEvKV; Art. 4 Abs. 1 lit. a) EvKV Bbg; Art. 4 EvKV Berlin (alle FN 53).

59 Art. IX S. 1 des Konkordats zwischen dem Heiligen Stuhle und dem Freistaate Baden vom 12. Oktober 1932 (Abdruck bei *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge, Band I [FN 4], S. 136 ff.); Art. VII Abs. 1 des Vertrags zwischen dem Freistaate Baden und der Vereinigten Evangelisch-protestantischen Landeskirche Badens vom 14. November 1932 (Abdruck ebd., S. 215 ff.).

60 Art. V Abs. 1 lit. c) BadKV (FN 59).

61 Art. VII Abs. 1 S. 1 lit. c, Art. VIII Abs. 1 BadK (FN 59).

ständnis vorliegt.<sup>62</sup> Anders als in Preußen, ist im badischen Konkordat nicht von einem „Seminar zur wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen“ die Rede, wohl aber von einem (sog. Pastoral-)Seminar „für die Ausbildung der Kandidaten zum Priesteramte“.<sup>63</sup>

Während für die katholische Kirche das Badische Konkordat (mit den im Reichskonkordat festgelegten Ergänzungen<sup>64</sup> und Erweiterungen)<sup>65</sup> fortgilt, sind für die evangelischen Landeskirchen die noch aus Weimarer Zeit stammenden Kirchenverträge<sup>66</sup> durch den Evangelischen Kirchenvertrag Baden-Württemberg von 2007 „fortbildend ersetzt“<sup>67</sup> worden. Nunmehr normiert Art. 3 Abs. 1 eine Bestandsgarantie zugunsten der Evangelisch-Theologischen Fakultäten an den Universitäten Heidelberg und Tübingen. Den Zweck des Bestehens evangelisch-theologischer Fakultäten umschreibt der Vertrag mit der Wendung „für die wissenschaftliche Pflege der evangelischen Theologie ..., die Bestandteil europäischer Wissenschaftskultur ist, und für die wissenschaftliche Vorbildung der Pfarrerinnen und Pfarrer sowie von Lehrkräften für den evangelischen Religionsunterricht“. Das Schlußprotokoll zu Art. 3 Abs. 1 hält, nach dem Hinweis auf die zur Zeit des Vertragsschlusses bestehende Ausstattung der Fakultäten, fest, Land und Kirchen sähen „sich gemeinsam verpflichtet, im Rahmen ihrer jeweiligen Verantwortung dafür zu sorgen, daß auch in Zukunft eine ausreichende Zahl von Studierenden an den Evangelisch-Theologischen Fakultäten vorhanden sein wird“.<sup>68</sup> Daneben wird in Art. 11 das Recht der Kirchen und ihrer Gliederungen festgeschrieben, Hochschulen zu errichten und zu betreiben (Abs. 1), welche im Rahmen der allgemeinen staatlichen Förderung angemessen berücksichtigt werden (Abs. 2). Insofern verweist die Begründung der Landesregierung lapidar auf die verfassungsrechtliche Garantie.<sup>69</sup> Spezifische

Anforderungen an die Inhaber bestimmter kirchlicher Ämter hinsichtlich ihrer universitären Vorbildung sind auch in diesem Vertrag ersatzlos entfallen.

#### 4. Neue Bundesländer

Die Kirchenverträge in den neuen Ländern nehmen nicht nur die Bestimmungen von PrK und PrEvKV auf und schreiben sie fort, sondern enthalten auch konstitutive vertragliche Gewährleistungen: Die traditionsreichen, aber vertraglich nicht abgesicherten evangelisch-theologischen Fakultäten in Rostock (seit 1918: Freistaat Mecklenburg-Schwerin), Jena (seit 1920: Land Thüringen) und Leipzig (seit 1919: Freistaat Sachsen) werden nun in ihrem Bestand garantiert.<sup>70</sup> Als ihre *ratio essendi* ist allein für Jena noch die „wissenschaftlich-theologische Ausbildung der Geistlichen und der Religionspädagogen“ vereinbart; ansonsten verharren die Umschreibungen im eher allgemeinen („wissenschaftlichen Pflege der evangelischen Theologie“ im Fall Rostock, „für wissenschaftlich-theologische Ausbildungsgänge“ im Fall Leipzig). Die einzige Besonderheit weist das Schlußprotokoll zum Thüringer Vertrag auf, welches die Übereinstimmung der Vertragsparteien vermerkt, daß die Bestandsgarantie der Jenaer Fakultät daran gebunden ist, daß die Pfarrerausbildung auch in Zukunft ganz überwiegend in Form des theologischen Studiums an den staatlichen Hochschulen sowie an den bestehenden kirchlichen Hochschulen (Bethel, Neuendettelsau und Wuppertal stattfindet). Brandenburg hält sich – wie auch gegenüber der katholischen Kirche – die Einrichtung von einem „Ausbildungsgang in evangelischer Theologie oder Religionspädagogik“ an einer Landeshochschule offen;<sup>71</sup> bisher ist es dazu nicht gekommen.

62 Art. VII Abs. 1 S. 2 BadK; Art. V Abs. 3 BadKV (jew. FN 59). – Ferner wird dem Studium an einer deutschen Universität gleichgestellt das Studium an einer österreichischen Universität, im Falle der evangelischen Landeskirche auch an den Universitäten Basel, Zürich und Bern (Schlußprotokoll zu Art. VII Abs. 1 BadK sowie Schlußprotokoll zu Art. V Abs. 3 BadKV).

63 Art. IX S. 3 BadK (FN 59).

64 Art. 20 RK (FN 36) hinsichtlich der Errichtung von philosophischen und theologischen Lehranstalten zur Ausbildung des Klerus; dazu noch unten III. 1.

65 Der in Art. 19 S. 1 RK (FN 36) ausgesprochenen Bestandsgarantie der katholisch-theologischen Fakultäten unterfällt nach *Richard Puza*, Bestandsgarantie und Umbildung von Lehrstühlen und Professorenstellen an staatlichen Katholisch-Theologischen Fakultäten in Deutschland. Unter besonderer Bezugnahme auf die Fakultät in Tübingen, ZRG 119 Kan. 88 (2002), 391 ff., auch die – im übrigen konkordatär nicht erfaßte – katholisch-theologische Fakultät in Tübingen.

66 Neben dem BadEvKV (für den ehemals badischen Landesteil) auch der PrEvKV (für den ehemaligen preußischen Regierungsbezirk Sigmaringen).

67 So LT-Drucks. 14/1940, S. 7, zum Vertrag des Landes Baden-Württemberg mit der Evangelischen Landeskirche in Baden und mit der Evangelischen Landeskirche in Württemberg vom 17. Oktober 2007, GVBl. 2008 S. 1.

68 Dieser Bestimmung wollen *Michael Frisch/Uwe Kai Jacobs*, Evangelischer Kirchenvertrag Baden-Württemberg, ZevKR 54 (2009), 290 (325) – weitergehend – eine „Zuständigkeit der Evangelisch-theologischen Fakultäten auch ‚für die wissenschaftliche Vorbildung der Pfarrerinnen und Pfarrer‘“ entnehmen.

69 LT-Drucks. 14/1940, S. 10.

70 Art. 4 Abs. 1 EvKV MV; Art. 3 Abs. 1 ThürEvKV; Art. 3 Abs. 1 SächsEvKV (alle FN 53). – 1992 war die Kirchliche Hochschule Leipzig (vor 1990: Theologisches Seminar Leipzig), an der zu DDR-Zeiten ein erheblicher Teil der evangelischen Geistlichen ausgebildet wurde (deren Abschlüsse staatlich freilich nicht anerkannt waren), in die staatliche Fakultät in Leipzig überführt worden. Vertiefend *Werner Vogler* (Hrsg.), Vier Jahrzehnte kirchlich-theologische Ausbildung in Leipzig. Das Theologische Seminar/Die kirchliche Hochschule Leipzig, 1993.

71 Art. 4 EvKV Bbg (FN 53).

## 5. Zwischenergebnis

Eine präzise Analyse des Textbefundes ergibt, daß sämtliche Konkordate und Verträge für die wissenschaftliche Vorbildung der katholischen Geistlichen drei Optionen vorsehen (staatliche theologische Fakultät, bischöfliches Seminar/kirchliche Hochschule, päpstliche Hochschule in Rom). Von einer Verpflichtung zur Ausbildung an einer konkreten Institution ist in keinem der Vertragstexte die Rede.<sup>72</sup> Ab den 1950er Jahren nehmen auch die evangelischen Kirchenverträge die Möglichkeit in den Blick, die Geistlichen an kirchlichen Hochschulen wissenschaftlich auszubilden; ebensowenig finden sich in ihnen Aussagen, eine konkrete Institution in Anspruch nehmen zu müssen.

Nur punktuell verhält sich das Staatskirchenvertragsrecht zum gleichzeitigen Bestehen von staatlicher theologischer Fakultät und kirchlicher Ausbildungsstätte, und dies durchweg im Anwendungsbereich des PrK: Im Hinblick auf die tatsächlich erfolgte Einrichtung einer theologischen Fakultät haben die Bischöfe von Essen und Erfurt auf die Ausübung ihres Rechtes zum Besitz eines Seminars zur wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen verzichtet, gleiches gilt – sollte in Göttingen eine theologische Fakultät errichtet werden – für die Bischöfe von Hildesheim und Osnabrück.<sup>73</sup> Damit mag staatlicherseits die Erwartung verbunden sein, die angehenden Geistlichen würden an den jeweiligen staatlichen Fakultäten ausgebildet<sup>74</sup> – Vertragsbestandteil ist eine solche auch hier nicht.

Allein im ThürEvKV ist der kirchliche Vertragspartner partiell Bindungen eingegangen:<sup>75</sup> Die Pfarrerausbildung soll auch künftig „ganz überwiegend“ entweder an den staatlichen oder an den *bestehenden* kirchlichen Hochschulen erfolgen. Rechtstechnisch liegt in dieser Wendung – welche eine Bestandsgaran-

tie der Jenaer Fakultät zum Bezugspunkt hat – weniger eine Verpflichtung denn eine Obliegenheit. Insofern liegt, jedenfalls mit dem Focus auf die Pfarrerausbildung, auch eine partielle Einschränkung der kirchlichen Hochschulfreiheit vor; an welcher konkreten Institution diese Ausbildung erfolgt, ist hingegen vertraglich nicht geregelt.

Hingegen lassen sich aus der allgemein gehaltenen „Verpflichtung“ von Staat und Kirchen im EvKV BW,<sup>76</sup> für eine ausreichende Zahl von Studenten an den Fakultäten Heidelberg und Tübingen Sorge zu tragen, keine konkreten Handlungs- oder Unterlassungspflichten entnehmen. Der Vertrag verhält sich allein zum „Ob“, nicht aber zum „Wie“ der Realisierung der gemeinsamen Sorge.

## II. Historische Genese der Bestimmungen zur wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen

Unbeschadet der theoretischen Anerkennung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts unter Einschluß des Unterrichtswesens<sup>77</sup> unternahm es die Staatspraxis des 19. Jahrhundert in zunehmendem Maße, die Ausbildung der künftigen Geistlichen zu kontrollieren und gesetzlich zu reglementieren. Derartige Maßnahmen wurden mit dem juristischen Argument, Geistliche hätten (wie bei der Schulaufsicht und im Personenstandswesen) auch staatliche Aufgaben wahrzunehmen,<sup>78</sup> sowie mit der allgemeinen Erwägung, sie hätten als Volkserzieher großen Einfluß auf Einstellung und Bildung der Bevölkerung,<sup>79</sup> gerechtfertigt. Allerdings richtete sich der Focus allein auf die katholische Kirche, welche ihre angehenden Priester teilweise auf fortbestehenden<sup>80</sup> bzw. neugegründeten<sup>81</sup> theologischen Fakultäten an den staatlichen

72 Allein im Fall der Fakultät in Regensburg äußerte der staatliche Vertragspartner die Erwartung, daß diese die Regelausbildungsstätte für die Theologiestudenten der Diözese Regensburg sein werde (Regierungsbegründung zum Vertrag, BayLT-Drucks. 5/2892, S. 3) Eine vertragliche Pflicht folgt aus einer solchen einseitigen Erwartung indes nicht.

73 Oben FN 29, 33, 43.

74 Im Falle der Fakultät in Erfurt ist die staatliche Erwartung durch eine entsprechende Absichtserklärung der Bischöfe von Dresden-Meißen, Erfurt, Görlitz und Magdeburg verstärkt, auch künftig die Priesterausbildung in Erfurt stattfinden zu lassen (s. FN 44).

75 Oben I. 4.

76 Oben FN 68.

77 So lautete Art. 15 der Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat vom 31. Januar 1850: „Die evangelische und die römisch-katholische Kirche, so wie jede andere Religionsgesellschaft,

ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbständig und bleibt im Besitz und Genuß der für ihre Kultus-, Unterrichts-, und Wohlthätigkeitszwecke bestimmten Anstalten, Stiftungen und Fonds.“, Abdruck bei *Ernst Rudolf Huber/Wolfgang Huber*, Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert. Dokumente zur Geschichte des deutschen Staatskirchenrechts, Band II, 1986, Nr. 11, S. 37 f.

78 *Mussinghoff*, Theologische Fakultäten (FN 2), S. 91; *Erwin Gatz*, Der rheinische Weltpriesternachwuchs von der Gründung der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität in Bonn (1818) bis zum Beginn des Zweiten Vatikanischen Konzils, *Römische Quartalsschrift* 88 (1993), 237 (242).

79 *Mussinghoff*, Theologische Fakultäten (FN 2), S. 91.

80 Breslau, Freiburg, München, Münster und Würzburg.

81 Bonn und Tübingen.

Universitäten, teilweise auf bischöflichen Seminaren<sup>82</sup> wissenschaftlich ausgebildete.<sup>83</sup> Demgegenüber studierten die Kandidaten für das evangelische Pfarramt durchweg an den staatlichen Fakultäten.<sup>84</sup>

#### 1. Gesetzgebung in der Zeit des sog. „Kulturkampfes“

In den atmosphärisch aufgeheizten Jahren des sog. „Kulturkampfes“ wurde die rechtspolitische Zielsetzung,<sup>85</sup> „daß der Staat die Bildung des jungen Clerus überwache“ in Gesetzesform gegossen. Diesem sollten zwei Maßnahmen dienen: die Beibehaltung der katholisch-theologischen Fakultäten und die „Beseitigung der bischöflichen Seminarien“. Damit sollte ein „wissenschaftlicher Clerus“ herangebildet werden, der notwendigerweise „auch ein nationaler sein werde“. Dementsprechend stellte das preußische Gesetz über die Vorbildung und Anstellung der Geistlichen vom 11. Mai 1873<sup>86</sup> als Voraussetzung für die Bekleidung eines geistlichen Amtes die „Zurücklegung eines dreijährigen theologischen Studiums auf einer Deutschen Staatsuniversität“ auf (§ 4). Alternativ konnten die theologischen Studien an einem der bereits in Preußen bestehenden, zur wissenschaftlichen Vorbildung der Theologen bestimmten Seminaren absolviert werden (§ 6). Diese Möglichkeit war aber in dreifacher Hinsicht beschränkt: Erstens mußten diese Seminare vom Minister der geistlichen Angelegenheiten als dem Universitätsstudium gleichwertig anerkannt worden sein (Abs. 1), am gleichen Ort durfte sich keine theologische Fakultät befinden (Abs. 2) und schließlich bestand die Option des Seminarstudiums allein für die Studenten der jeweiligen Diözese (Abs. 2). Ihre wirksame Absicherung

erfuhren die Bestimmungen über die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen durch das weitere Erfordernis, dem jeweiligen Oberpräsidenten die Kandidaten für die Übertragung eines geistlichen Amtes anzuzeigen, welcher bei Fehlen der gesetzlichen Erfordernisse zur Bekleidung eines geistlichen Amtes (etwa der §§ 4 und 6) seinen Einspruch erheben konnte (§ 15). Auch wenn nach dem Abflauen des „Kulturkampfes“ durch sog. „Milderungs- und Friedensgesetze“ ab 1883 manche dieser Bestimmungen abgeschwächt wurden,<sup>87</sup> blieb die grundsätzliche Konzeption des Gesetzes von 1873 weiterhin in Kraft: Die Übertragung eines geistlichen Amtes setzte den Nachweis der wissenschaftlichen Vorbildung voraus, welche (im Regelfall) an einer staatlichen Fakultät zu erfolgen hatte, ausnahmsweise auch an einem (vor 1873 bestehenden) bischöflichen Seminar absolviert werden konnte. Indes war das gleichzeitige Bestehen von staatlicher theologischer Fakultät und bischöflichem Seminar am selben Ort ausgeschlossen (allerdings bestand umgekehrt keine Verpflichtung des Bischofs zur Entsendung seines geistlichen Nachwuchses an eine in seiner Diözese belegene staatliche theologische Fakultät).<sup>88</sup>

#### 2. Kontinuitäten und Diskontinuitäten im Preußenkonkordat

Nach den weitreichenden Verwerfungen des Kulturkampfes sah gerade der staatliche Partner im Konkordatschluß mit dem Heiligen Stuhl ein zu erbringendes „Friedenswerk“.<sup>89</sup> Freilich bestanden hinsichtlich der wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen die verschiedenen Interessenlagen von Kirche und

82 Im hiesigen Kontext meint „Seminar“ nicht das zur praktisch-spirituellen Ausbildung der Priesteramtskandidaten bestehende „Pastoralseminar“, sondern das „Klerikalseminar“ (auch: „tridentinisches Seminar“), das sich der vollständigen – also auch der theologisch-wissenschaftlichen – Ausbildung der Kandidaten widmet. Derartige Seminare bestanden in Eichstätt, Fulda, Hildesheim, Mainz, Paderborn und Trier.

83 Zum gesamten Komplex eingehend Gatz (Hrsg.), *Priesterausbildungsstätten* (FN 30).

84 Berlin, Bonn, Breslau, Erlangen, Gießen, Göttingen, Greifswald, Halle, Heidelberg, Jena, Kiel, Königsberg, Leipzig, Marburg, Rostock und Tübingen. – Baldus, *Die philosophisch-theologischen Hochschulen* (FN 3), S. 107, §pricht von einem „Monopol der evangelisch-theologischen Fakultäten in der wissenschaftlichen Vorbildung der Pfarrer“

85 Zum folgenden *Emil Friedberg*, *Die Grenzen zwischen Staat und Kirche und die Garantien gegen deren Verletzung. Historisch-dogmatische Studie mit Berücksichtigung der deutschen und außerdeutschen Gesetzgebungen und einem Anhang theils ungedruckter Aktenstücke, 1872*, S. 813 ff. (hier auch die Zitate).

86 Abdruck bei *Huber/Huber*, *Staat und Kirche II* (FN 77), Nr. 279, S. 594 ff.

87 Jeweils „Gesetz betreffend Abänderung(en) der kirchenpolitischen Gesetze“; ein erstes vom 11. Juli 1883 beschränkte die Anzeigepflicht auf bestimmte Geistliche (Art. 1), ein zweites vom 21. März 1886 ermöglichte bei Vorliegen einer ministeriellen Ausnahmegenehmigung auch die Aufnahme diözesanfremder Studenten in ein bischöfliches Seminar (Art. 2 Abs. 4). Diese Beschränkung wurde durch ein weiteres Gesetz vom 29. April 1887 ganz aufgehoben (Art. 1 § 2). Im gleichen Gesetz wurde den Bischöfen von Osnabrück und Limburg die (allerdings nicht realisierte) Errichtung eines Seminars zur wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen zugestanden (Art. 1 § 1). Außerdem galt die Anzeigepflicht für zu besetzende Kirchenämter nur mehr für die dauernde Übertragung eines Pfarramtes (Art. 2 § 1). Abdruck der Gesetze bei *Huber/Huber*, *Staat und Kirche II* (FN 77), Nr. 400, S. 845; Nr. 414, S. 867 ff. sowie Nr. 420, S. 883 f.

88 *Baldus*, *Die philosophisch-theologischen Hochschulen* (FN 3), S. 35.

89 *Mussinghoff*, *Theologische Fakultäten* (FN 2), S. 156.

Staat fort: Während die Bischöfe bereits seit 1920 die vollständige Freiheit bei der Errichtung theologischer Lehranstalten und bei der Errichtung des theologischen Studiums sowie bei der Festsetzung der zur Erlangung des geistlichen Amtes erforderlichen wissenschaftlichen Nachweisungen wünschten,<sup>90</sup> wollte der Staat eine „Konkurrenz der kirchlichen Seminare mit den Staatsfakultäten“ vermieden wissen.<sup>91</sup>

Die letztlich in Art. 9 und 12 PrK getroffenen Regelungen gehen konzeptuell und nahezu bis auf die Details auf einen Entwurf des Breslauer (später Bonner) Kanonisten *Friedrich Heyer*<sup>92</sup> aus dem Jahr 1926<sup>93</sup> zurück, der als Fachberater des preußischen Kultusministeriums fungierte.<sup>94</sup> Demnach sollte

- die Bestellung bestimmter Geistlicher davon abhängig gemacht werden, daß sie „mit Erfolg die von der kirchlichen Behörde vorgeschriebenen phil. und theol. Studien an einer deutschen Hochschule oder an einem hierfür in Preußen bestimmten kirchlichen Seminare oder an einer päpstlichen Hochschule in Rom gemacht“ haben (= Art. 9 Abs. 1 lit. c), Art. 10 Abs. 1 PrK),
- für „die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen ... die Kath.-Theologischen Fakultäten an den Universitäten in Breslau, Bonn und Münster und an der Akademie in Braunsberg bestehen“ bleiben (= Art. 12 Abs. 1 PrK),
- den Bischöfen von Trier, Paderborn, Fulda, Limburg und Osnabrück die Berechtigung zuerkannt werden, „für die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen ein Diözesanseminar zu unterhalten“ (= Art. 12 Abs. 2 PrK).

Inhaltlich steht die von *Heyer* entworfene und dann weitgehend in das Konkordat eingegangene Konzeption noch deutlich in der Kontinuität der seit 1887 in Preußen geltenden Regelungen.<sup>95</sup> Die sich einander ausschließende Gewährleistungen der bereits bestehenden (oder jedenfalls rechtlich möglichen) staatlichen Fakultäten und bischöflichen Seminaren,

welche für die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen in Frage kommen. Neu ist allein die Option, die Studien an einer päpstlichen Hochschule in Rom zu absolvieren, die freilich gegen Vorbehalte selbst des beratenden Kanonisten<sup>96</sup> wie (erst recht) im späteren parlamentarischen Diskurs durchgesetzt werden mußte.<sup>97</sup>

In der Endfassung des PrK wurde schließlich – von unwesentlichen redaktionellen Änderungen abgesehen – auch dem (von *Heyer* nicht berücksichtigten) Bischof von Hildesheim das Recht zum Besitz eines Seminars für die wissenschaftliche Vorbildungen der Geistlichen zuerkannt, nicht aber den Ordinarien der neu errichteten Jurisdiktionsbezirke (Bistümer Aachen und Berlin sowie Prälatur Schneidemühl). Die insoweit maßgebliche Erwägung bestand darin, daß „eine Zersplitterung der Anstalten“ nicht wünschenswert sei.<sup>98</sup>

In der Summe hat also das PrK weitgehend, wenn gleich rechtsstaatlich purifiziert, die seit 1887 in Preußen geltende Gesetzeslage rezipiert. Der Heilige Stuhl hat dem, letztlich mangels gangbarer Alternativen (zuma im Hinblick auf Fragen der materiellen Ausstattung eigener kirchlicher Einrichtungen), zugestimmt, ohne im Grundsätzlichen von seinen Forderungen abzurücken. In der Bestimmung des Art. 12 Abs. 2 PrK, welche nur bestimmten (Erz-)Bischöfen den Besitz eines wissenschaftlichen Seminars zur wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen zuerkennt, liegt die Wahrung des bestehenden Besitzstandes und die gegenwärtige Bescheidung mit dem Erreichbaren. Darin auch einen für die Zukunft geltenden Verzicht der in Art. 12 Abs. 2 PrK nicht erwähnten (Erz-)Bischöfe auf ein derartiges Seminar zu erblicken,<sup>99</sup> ist eine Überinterpretation der Bestimmung,<sup>100</sup> welche weder in der Entstehungsgeschichte noch in dem erklärten Parteiwillen des Vertragspartners Heiliger Stuhl eine Stütze findet. Noch weniger läßt sich aus dem gänzlichen Stillschweigen eines Konkordats über die Frage eines Klerikalseminars der „Verzicht“

90 Ebd., S. 170.

91 Ebd., S. 217.

92 Zu ihm *Annekathrin Donath*, Friedrich Hubert Maria Heyer, in: Matthias Schmoeckel (Hrsg.), *Die Juristen der Universität Bonn im „Dritten Reich“*, 2004, S. 347 ff.

93 *Mussinghoff*, *Theologische Fakultäten* (FN 2), S. 218 f.

94 Ebd., S. 157.

95 Darauf wird nach Abschluß des Konkordats auch ungeschminkt die Regierungsbegründung verweisen, Abdruck bei *Listl*, *Konkordate und Kirchenverträge II*, S. 724 (733).

96 Nachw. bei *Mussinghoff*, *Theologische Fakultäten* (FN 2), S. 220.

97 Zu den Polemiken über eine drohende „Entdeutschung“ und

„Romanisierung“ des Klerus s. die Nachw. ebd., S. 316.

98 Dementsprechend vermerkt die Regierungsbegründung, es sei „beachtlich ... daß auch die Neuerrichtung von Diözesen ... eine Vermehrung dieser Seminare nicht zur Folge haben wird“ (FN 95).

99 So aber *Schmitz*, *MThZ* 51 (2000), 292 (306 f., m. Fn. 48).

100 Zutreffend *Adolf Süsterhenn*, *Zur staatskirchenrechtlichen Stellung kirchlicher Hochschulen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Rheinland-Pfalz und Nordrhein-Westfalen*, *TThZ* 70 (1961), 156 (159); sowie *Alexander Hollerbach*, *Aktuelle Fragen aus dem Recht der Theologischen Fakultäten*, *ThQ* 171 (1991), 251 (253, Fn. 6).

eines Bischofs auf eigene wissenschaftliche Ausbildungsstätten konstruieren.<sup>101</sup>

Anders als anfangs die preußische „Kulturkampf“-gesetzgebung<sup>102</sup> enthielt das Konkordat keinerlei Vorgaben, welche Studenten an einer bestimmten Ausbildungsstätte aufgenommen werden dürften. Die konkordatäre Systematik (zwei staatliche Fakultäten in zwei Bistümern, Klerikalseminare in sechs weiteren Bistümern) legte es zwar nahe, die Priesteramtskandidaten möglichst nahe am Bischofssitz und „dessen“ Ausbildungsstätte studieren zu lassen, was die nunmehr garantierten bischöflichen Ingerenzen auf die Dozentenauswahl (Art. 12 Abs. 1 PrK) weiter befördern mochten. Doch eine rechtlich faßbare Verpflichtung wurde – soweit ersichtlich – in den Konkordatsverhandlungen nicht thematisiert. Der Angebotscharakter der gewährleisteten Ausbildungsstätten zeigte sich in der Folge darin, daß keineswegs sämtliche der in Art. 12 Abs. 2 PrK genannten Bischöfe auch tatsächlich Seminare zur wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen besaßen: Fortgeführt wurden allein die vor 1873 bestehenden Einrichtungen in Fulda, Paderborn und Trier, desgleichen die frisch gegründete Philosophisch-Theologische Hochschule Frankfurt St. Georgen (für das Bistum Limburg).<sup>103</sup> Das 1873 geschlossene Hildesheimer Seminar wurde 1887 allein als Pastorseminar wiedereröffnet, während die Priesteramtskandidaten ihre Studien in Münster bzw. Frankfurt St. Georgen absolvierten.<sup>104</sup> Gleiches galt (und gilt grosso modo bis heute) für das Bistum Osnabrück.<sup>105</sup>

Ebenso streitet für die Freiheit der Bischöfe zur Bestimmung des Ausbildungsortes der Priesteramtskandidaten die vertragliche Gewährleistung der Opti-

on „päpstliche Hochschule in Rom“. Im Unterschied zur preußischen Verwaltungspraxis des 19. Jahrhunderts berühmte sich der Staat insoweit keines vorgängigen Erfordernisses einer Erlaubnis mehr<sup>106</sup> und stellte seine anfänglichen Bedenken<sup>107</sup> im Hinblick auf die überschaubare Anzahl von verfügbaren Kollegplätzen sowie aus Erwägungen der Staatsräson zurück.<sup>108</sup>

### III. Fortgeltung der Bestimmungen zur wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen

#### 1. Modifizierung durch das Reichskonkordat

Bereits wenige Jahre nach Abschluß der Konkordate mit Bayern, Preußen und Baden setzte das Reichskonkordat von 1933<sup>109</sup> markante neue Akzente. Hinsichtlich der Anforderungen an die wissenschaftliche Vorbildung bestimmter Geistlicher verblieb es noch bei der bekannten Trias „deutsche staatliche Hochschule“ – „deutsche kirchliche akademische Lehranstalt“ – „päpstliche Hochschule in Rom“ (Art. 14 Abs. 2 Nr. 1 lit. c)). Auch die Bestandsgarantie für die katholisch-theologischen Fakultäten an den staatlichen Hochschulen wahrte den erreichten Stand (Art. 19).

Eine konstitutive Neuregelung hingegen enthielt Art. 20 Abs. 1, der generell der „Kirche“ das Recht zuerkannte, „zur Ausbildung des Klerus philosophische und theologische Lehranstalten zu errichten, die ausschließlich von der kirchlichen Behörde abhängen“. Einschränkungen bestanden allein in zweifacher Hinsicht: Es durfte keine andere Vereinbarung vorliegen, und es durften keine staatlichen Zuschüsse verlangt werden. Während die erste Einschränkung ersichtlich auf die Regelung in Art. 12 Abs. 2 PrK zielte,<sup>110</sup> entthob

101 Dies versucht *Solte*, *Theologie an der Universität* (FN 2), S. 108 f., im Hinblick auf Art. IX BadK (FN 59) darzutun. Doch aus der vertraglichen Bestimmung, der Freiburger Erzbischof sei „berechtigt, für die Ausbildung der Kandidaten zum Priesteramte Konvikte und ein Priesterseminar zu unterhalten und in seinem Namen zu leiten“ abzuleiten, er dürfe kein Klerikalseminar errichten, überspannt auch hier Wortlaut des Konkordats wie den (kirchlichen) Parteiwillen.

102 Oben II. 1.

103 In den Konkordatsverhandlungen spielte die Existenz dieser Hochschule nur eine untergeordnete Rolle, als „Bedrohung“ oder „Konkurrenz“ der staatlichen theologischen Fakultäten wurde sie jedenfalls nicht wahrgenommen. Zur Sprache kam sie allein im Kontext der Frage der Beteiligung an staatlichen Dotationen (die sie letztlich erhielt). Für die Einzelheiten *Mussinghoff*, *Theologische Fakultäten* (FN 2), S. 237, 333.

104 *Hans-Georg Aschoff*, *Hildesheim*, in: *Gatz* (Hrsg.), *Priesterausbil-*

*ungsstätten* (FN 30), S. 100 f.

105 *Wolfgang Seegrün*, *Osnabrück*, in: ebd., S. 165 f.

106 Erlaß der Minister v. Raumer und v. Westphalen betreffend staatliche Maßnahmen gegen das Studium am Collegium Germanicum zu Rom vom 16. Juli 1852, Abdruck bei *Huber/Huber*, *Staat und Kirche II* (FN 77), Nr. 29, S. 72.

107 *Mussinghoff*, *Theologische Fakultäten* (FN 2), S. 223.

108 Der an den Verhandlungen beteiligte preußische Finanzminister (und spätere Präsident des BVerfG) *Hermann Höpker-Aschoff* verwies darauf, daß das Collegium Germanicum seinerzeit nur über 80 Plätze verfügte und im übrigen „der Staat ... ein Interesse daran (habe), daß einige Geistliche die römischen Verhältnisse gut kennen“, *Nachw.* bei *Mussinghoff*, *Theologische Fakultäten* (FN 2), S. 302 f.

109 FN 36.

110 *Mussinghoff*, *Theologische Fakultäten* (FN 2), S. 363; *Himmelsbach*, *Rechtsstellung der Theologischen Fakultäten* (FN 3), S. 24.

die zweitgenannte stillschweigend von den aus dem 19. Jahrhundert fortbestehenden staatlichen Dotationspflichten.<sup>111</sup>

Es war seit Anfang der 1920er Jahre zwischen Kirche und Staat unstrittig, gleichzeitig eine Bestandsgarantie zugunsten der theologischen Fakultäten an den staatlichen Universitäten wie der Freiheit zur Errichtung kirchlicher Lehranstalten zur philosophisch-theologischen Ausbildung des Klerus vorzusehen.<sup>112</sup> Eine vatikanische Punktation von 1921 hatte die Freiheit zur Errichtung kirchlicher Lehranstalten explizit gefordert und die staatlichen theologischen Fakultäten eher implizit zur Kenntnis genommen (was gewiß eine Präferenz für den zu erstrebenden Ort der Priesterausbildung erkennen läßt).<sup>113</sup> Der Konkordatsentwurf des Reichsinnenministeriums von 1924 nahm das Petitum auf und faßte beide Gewährleistungen in zwei Absätzen des gleichen Abschnitts zusammen.<sup>114</sup> Dessen Wortlaut entspricht – bis auf die beiden erwähnten Einschränkungen – nahezu vollständig der Endfassung des RK von 1933.<sup>115</sup>

Die Errichtung von philosophisch-theologischen Lehranstalten in kirchlicher Trägerschaft zur Ausbildung des Klerus hat demnach seit 1933 eine eindeutige konkordatsrechtliche Grundlage. Wegen Art. 12 Abs. 2 PrK gilt sie nicht für Preußen; weitere Einschränkungen bestehen nicht.

2. Erweiterung kirchlicher Rechte durch die Länderverfassungen nach 1945

a) Landesverfassungsgesetzliche Bestimmungen

Die in der unmittelbaren Nachkriegszeit, noch vor Inkrafttreten des Grundgesetzes verkündeten Verfassungen der Länder nahmen die im Reichskonkordat vertraglich geregelte Parallelität von staatlicher theologischer Fakultät einerseits und kirchlicher Ausbildungsstätte andererseits auf. Gewährleistungen beider Institutionen – durchweg ohne den im RK bestimmten Ausschluß staatlicher Zuschüsse – finden sich so in den Verfassungen des Freistaates Bayern,<sup>116</sup> des Landes Hessen,<sup>117</sup> des Landes Rheinland-Pfalz<sup>118</sup> sowie des Saarlandes.<sup>119</sup> Bis auf die hessische Ausnahme wird den Kirchen und Religionsgemeinschaften explizit das Recht zur Errichtung eigener Hochschulen im Hinblick auf die Ausbildung ihrer Geistlichen und Religionsdiener eingeräumt.

Eine andere Regelungstechnik wählte die Verfassung von Nordrhein-Westfalen:<sup>120</sup> Einerseits erkennt sie die preußischen Kirchenverträge von 1929/31 für die ehemals preußischen Gebiete des Landes als geltendes Recht an (Art. 23 Abs. 1) – damit implizit den in Art. 12 Abs. 1 PrK ausgesprochenen Fortbestand der dort genannten theo-

111 Darin dürfte die Ursache dafür liegen, daß es in der angespannten wirtschaftlichen Situation kurz nach Überwindung der Weltwirtschaftskrise nicht zur Errichtung derartiger Lehranstalten kam.

112 Eingehend zur Frühphase der Konkordatsverhandlungen *Rudolf Morsey*, Zur Vorgeschichte des Reichskonkordats aus den Jahren 1920 und 1921, ZRG Kan. 44 (1958), 237 ff.

113 Punktation des Vatikans für ein Reichskonkordat vom 15. November 1921, Punkt V. Abs. 2-5; Abdruck bei *Ernst Rudolf Huber/Wolfgang Huber*, Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert. Dokumente zur Geschichte des deutschen Staatskirchenrechts, Band IV, 1988, Nr. 170, S. 282 ff.

114 Art. III § 1 Abs. 1 des Entwurfs („Die katholisch-theologischen Fakultäten an den Hochschulen bleiben erhalten.“) und Abs. 2 („Die Kirche hat das Recht, zur Ausbildung des Klerus philosophische und theologische Lehranstalten zu errichten, die ausschließlich von der kirchlichen Behörde abhängen.“); Abdruck bei *Alfons Kupper*, Staatliche Akten über die Reichskonkordatsverhandlungen 1933, 1969, S. 473 ff. – Schon 1922 erachtete das Reichsinnenministerium die Freiheit zur Errichtung von philosophischen und theologischen Lehranstalten als einen Punkt „vollen oder weiten Entgegenkommens an die Wünsche der Kurie“, während die (ohnedies durch Art. 149 Abs. 3 WRV abgesicherten) staatlichen theologischen Fakultäten und die an ihnen erstrebten bischöflichen Ingerenzen auf die Dozentenwahl, wiewohl als Angelegenheit der Länder bezeichnet, als

„Punkte ohne sachliche Bedenken“ klassifiziert wurden. S. die Zusammenstellung des Reichsministeriums des Innern über noch zu klärende Punkte bezüglich des Reichskonkordats vom 13. März 1922 (Ziff. I. 5 sowie III. a) 1.), Abdruck ebd., S. 455 ff.

115 Auch hinsichtlich der Möglichkeit, die philosophisch-theologischen Studien außer an einer deutschen Hochschule oder einer deutschen bischöflichen akademischen Lehranstalt auch an „einer als gleichwertig anzusehenden Anstalt in Rom“ zu absolvieren, war bereits in Art. I § 6 Abs. 2 Nr. 2 des Konkordatsentwurfs von 1924 (FN 114) enthalten.

116 Art. 150 Abs. 1 (eigene kirchliche Hochschulen) und Abs. 2 (theologische Fakultäten) der Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946, GVBl. S. 333.

117 Art. 60 Abs. 2 (theologische Fakultäten) und Abs. 3 (kirchliche theologische Bildungsanstalten) der Verfassung des Landes Hessen vom 1. Dezember 1946, GVBl. S. 229.

118 Art. 39 Abs. 1 S. 2 (theologische Fakultäten) sowie Art. 42 (eigene Hochschulen der Kirchen und Religionsgemeinschaften) der Verfassung für Rheinland-Pfalz vom 18. Mai 1947, VOBl. S. 209.

119 Art. 36 Abs. 1 (eigene Hochschulen der Kirchen und Religionsgemeinschaften) und Abs. 2 (theologische Fakultäten als Kann-Vorschritt) der Verfassung des Saarlandes vom 15. Dezember 1947, ABl. S. 1077.

120 Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen vom 28. Juni 1950, GV. S. 127.

logischen Fakultäten bekräftigend – und spricht zum anderen den Kirchen und Religionsgemeinschaften das Recht zu, zur Ausbildung ihrer Geistlichen „eigene Anstalten mit Hochschulcharakter zu errichten und zu unterhalten“ (Art. 16 Abs. 2). Dem Modell der vorkonstitutionellen Länderverfassungen wiederum folgen die nach 1990 in Kraft getretenen Verfassungen von Brandenburg (Art. 32 Abs. 4), Sachsen (Art. 111) und Thüringen (Art. 28 Abs. 3).

#### b) Nachfolgende Rechtspraxis

Aufgrund der genannten Bestimmungen erfolgten bereits in der unmittelbaren Nachkriegszeit Neugründungen wissenschaftlicher Einrichtungen in kirchlicher Trägerschaft, welche zur Vorbildung der Geistlichen bestimmt waren. Bereits 1947 errichtete die Evangelisch-Lutherische Kirche in Bayern im mittelfränkischen Neuendettelsau – nur 50 km von Erlangen, dem damals einzigen bayerischen Standort einer evangelisch-theologischen Fakultät, entfernt – die Augustana-Hochschule.<sup>121</sup> Der Staat erblickte darin kein rechtliches Problem, wie ein nachfolgender Schriftwechsel zwischen Kultusministerium und Landeskirchenrat erhellt, in welchem die Übereinstimmung zum Ausdruck gebracht wurde, daß Art. 26 lit. c)

des BayEvKV durch Art. 150 Abs. 1 der Bayerischen Verfassung „modifiziert“<sup>122</sup> worden sei.<sup>123</sup> 1949 erhielt die Hochschule bereits die staatliche Anerkennung.<sup>124</sup> Im Jahre 1950 folgte die Errichtung der Theologischen Fakultät Trier durch den Heiligen Stuhl,<sup>125</sup> welche noch im gleichen Jahr durch die Landesregierung von Rheinland-Pfalz mit allen akademischen Rechten, einschließlich demjenigen der Verleihung akademischer Grade und dem der Habilitation, staatlich anerkannt wurde.<sup>126</sup>

In Nordrhein-Westfalen ermöglichte Art. 16 Abs. 2 der Landesverfassung die Wiederaufnahme der Lehr- und Ausbildungstätigkeit der in der NS-Zeit geschlossenen Kirchlichen Hochschulen in Bethel<sup>127</sup> und Wuppertal<sup>128</sup> sowie des Missionspriesterseminars der Steyler Missionare in St. Augustin,<sup>129</sup> ebenso die Fortführung der Philosophisch-Theologischen Akademie in Paderborn und die Gründung der Philosophisch-Theologischen Hochschule der Franziskaner und Kapuziner. Das Inkrafttreten des neuen Hochschulgesetzes von 1979<sup>130</sup> führte schließlich zur staatlichen Anerkennung der genannten Institutionen mit allen akademischen Rechten, welche im Falle von Paderborn, Bethel und Wuppertal durch das Gesetz selbst,<sup>131</sup> in

121 Die Hochschule wurde aufgrund eines Beschlusses der Landessynode der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern durch das kirchliche Errichtungsgesetz vom 16. Mai 1947 gegründet (Abdruck: KABL. Landeskirche Bayern S. 42). 1973 erhielt sie nach Maßgabe des Bayerischen Hochschulgesetzes das (in Kooperation mit den staatlichen Fakultäten Erlangen bzw. München ausübende) Promotionsrecht, 1990 schließlich das eigenständige Promotions- und Habilitationsrecht.

122 Der Vertragstext selbst wurde erst 1978 entsprechend angepaßt, s. oben sub I. 1. b), Text zu FN 21-23.

123 Schriftwechsel zwischen dem Evangelisch-Lutherischen Landeskirchenrat und dem Bayerischen Staatsministerium für Unterricht und Kultur über die Anerkennung der kirchlichen Augustana-Hochschule in Neuendettelsau als Ausbildungsstätte im Sinne des Art. 26 Buchst. c des Staatsvertrags, bekanntgemacht am 26. August 1948, Abdruck: KABL. Landeskirche Bayern S. 79.

124 Vollzugsbekanntmachung des Staatsministers für Unterricht und Kultus vom 29. September 1949, Abl. des Staatsministeriums für Unterricht und Kultus S. 197. – Aktueller gesetzlicher Status: Art. 81 S. 2 BayHochschulG.

125 Errichtung *ad experimentum* durch Dekret der *Sacra Congregatio de Seminariis et Studiorum Universitatibus* vom 5. Juni 1950, Abdruck in: Kirchliches Amtsblatt Trier S. 111; endgültige Errichtung durch Dekret derselben Kongregation vom 8. September 1955, Abdruck in: AAS 48 (1956), 590 f.

126 Erlaß vom 22. August 1950. Einzelheiten bei *Himmelsbach*, Rechtsstellung der Theologischen Fakultäten (FN 3), S. 57 ff.; aus dem zeitgenössischen Schrifttum *Hubert Junker*, Die Errichtung der Theologischen Fakultät Trier und das deutsche Hochschulrecht, *TThZ* 60 (1951), 146 ff.; *Nikolaus Hilling*, Die päpstliche Errichtung und staatliche Anerkennung der Theologischen

Fakultät in Trier. Ein Selbstinterview mit Aktenpublikation, *ArchKathKR* 125 (1951/52), 257 ff.

127 1905 von *Friedrich von Bodelschwingh* als „Theologische Schule“ gegründet (näher *Gisela Heckel*, Der Rechtsstatus der evangelischen kirchlichen Hochschulen in der Bundesrepublik Deutschland, Diss. iur. Köln 1957, S. 14 ff.), waren die dort absolvierten Studien weder staatlich noch kirchlich anerkannt (*Solte*, Theologie an der Universität [FN 2], S. 107). 1945 wurde die Hochschule unter der Trägerschaft der Zionsgemeinde Bethel wiedereröffnet. – Näher zur Geschichte *Frank-Michael Kuhlemann*, Die Kirchliche Hochschule Bethel. Grundzüge ihrer Entwicklung 1905-2005, 2005.

128 Die Kirchliche Hochschule für reformatorische Theologie, Abteilung Elberfeld, entstand 1935 auf Initiative u.a. von *Martin Niemöller* als Ausbildungsstätte des theologischen Nachwuchses der Bekennenden Kirche. 1945 nahm sie als Theologische (dann: Kirchliche) Hochschule Wuppertal den Lehrbetrieb wieder auf, zunächst in Trägerschaft des Altpreußischen Bruderrates, später derjenigen eines eigenen Vereins und seit 1976 in der Evangelischen Kirche im Rheinland. Einzelheiten bei *Hartmut Aschermann/Wolfgang Schneider*, Studium im Auftrag der Kirche. Die Anfänge der Kirchlichen Hochschule Wuppertal 1935 bis 1945, 1985.

129 Das seit 1913 bestehende „Missionshaus St. Augustin“ fungierte seit 1919 als Noviziatshaus, ehe es durch Errichtung des philosophischen (1925) und theologischen (1932) Studienganges zum Missionspriesterseminar ausgebaut wurde.

130 Gesetz über die wissenschaftlichen Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen vom 20. November 1979, GVBl. S. 926.

131 § 118 Abs. 1 S. 1 HochschulG NRW 1979; aktuell: § 74 Abs. 1 S. 1 HochschulG NRW 2014 (die Hochschulen in Bethel und Wuppertal waren 2005/2007 zur Kirchlichen Hochschule Wuppertal/

den übrigen Fällen durch ministerielle Entscheidung erfolgte.<sup>132</sup>

In gleicher Weise haben das Land Hessen die Philosophisch-Theologische Hochschule Frankfurt St. Georgen<sup>133</sup> sowie die Theologische Fakultät in Fulda,<sup>134</sup> das Land Rheinland-Pfalz die vormalige Missionsausbildungsstätte der Pallotiner in Vallendar<sup>135</sup> sowie der Freistaat Bayern die Hochschule für Philosophie in München<sup>136</sup> anerkannt und mit akademischen Rechten ausgestattet.

### c) Rechtliche Würdigung

Die Frage, welche rechtlichen Auswirkungen die genannten landesverfassungsrechtlichen Bestimmungen auf die Geltung teilweise gegenlautender staatskirchenvertraglicher Normen haben, ist nur vereinzelt im älteren Schrifttum gesehen worden.<sup>137</sup> Sämtliche Autoren<sup>138</sup> gelangen zu dem – zutreffenden – Ergebnis, daß jedenfalls der Freistaat Bayern sowie die Länder Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz (als – partielle – Rechtsnachfolger des Freistaates Preußen) auf die das kirchliche Wirken beschränkenden vertraglichen Bestimmungen verzichtet haben.

In seiner für das Konkordatsrecht maßstabsetzenden Habilitationsschrift hat *Alexander Hollerbach* nachgewiesen,<sup>139</sup> daß ein rechtswirksamer Verzicht auf die Ausübung vertraglicher Rechte jedenfalls dann möglich ist, wenn dieser (1.) durch einen Akt der Gesetzgebung erfolgt und (2.) den Vertragspartner begünstigt, indem er diesem einen Zugewinn an Freiheit einräumt. Formal

wird eine staatskirchenvertragliche Vereinbarung dergestalt nicht geändert – dafür wäre in der Tat eine Modifizierung durch einen *actus contrarius*, d.h. eine Vertragsänderung erforderlich<sup>140</sup> –, wohl aber normativ überlagert: Der verzichtende Teil geht über das Staatskirchenvertragsrecht hinaus,<sup>141</sup> wovon der begünstigte Teil Gebrauch machen kann – aber nicht muß. Dergestalt bleibt die Einordnung des Staatskirchenvertrags in das staatliche Rechtsquellensystem gewahrt.<sup>142</sup> Dessen Rechtsanwendungsbefehl durch einen staatlichen Transformationsakt (im Regelfall: durch Parlamentsgesetz) wird für die staatliche Rechtsordnung durch ein zeitlich nachfolgendes Gesetz (*lex posterior*) oder Verfassungsgesetz (*lex superior*) ausgeweitet, so daß sich der kirchliche Vertragspartner auf diese zu seinen Gunsten geänderte Rechtlage berufen kann, ohne durch den zeitlich vorgängigen Vertrag daran gehindert zu sein.

Als praktische Beispiele hat bereits *Hollerbach* Art. 150 Abs. 1 BayLV im Verhältnis zu Art. 26 lit. c) a.F. BayEvKV sowie Art. 16 Abs. 2 LV NRW im Verhältnis zu Art. 12 Abs. 2 PrK genannt.<sup>143</sup> Auf die Beachtung dieser konkordatären Bestimmung haben überdies auch die anderen Länder mit ehemals preußischen Anteilen, deren Verfassung eine analoge Aussage enthält, verzichtet, also Rheinland-Pfalz, Brandenburg, Sachsen und Thüringen.

Für die Richtigkeit dieses Verständnisses sprechen nicht zuletzt die oben dargestellten nachfolgenden Vereinbarungen hinsichtlich der Bistümer Essen und Erfurt.<sup>144</sup> In beiden Fällen wurde den betreffenden Bischö-

Bethel zusammengeschlossen worden).

132 Erlasse des Ministers für Wissenschaft und Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen vom 21. September 1983, Az. III B 3 – 5299/67/83 (Philosophisch-Theologische Hochschule SVD St. Augustin) sowie Az. III B 3 – 5299/105/83 (Philosophisch-Theologische Hochschule Münster).

133 Bescheid des Hessischen Kultusministers vom 31. März 1980, Abdruck in: ArchKathKR 149 (1980), 217.

134 Bescheid des Hessischen Kultusministers vom 23. Februar 1983, s. *Himmelsbach*, Rechtsstellung der Theologischen Fakultäten (FN 3), S. 90, 135.

135 Die seit 1896 in Koblenz-Ehrenbreitstein ansässige philosophisch-theologische Bildungsstätte mit dem Ziel der Missionsausbildung wurde 1897 nach Limburg verlegt und 1945 in Vallendar wiedereröffnet. Bis in die 1960er Jahre allein ordensintern ausgerichtet, öffnete sie sich erst für sonstige Priesteramtskandidaten und ab den 1970er Jahren auch für Laien theologen. Die staatliche Anerkennung erfolgte durch Bescheid des Kultusministers von Rheinland-Pfalz vom 2. März 1979, Abdruck in: ArchKathKR 148 (1979), 197.

136 Bescheide des Bayerischen Staatsministeriums für Unterricht und Kultus vom 24. September 1971 und 17. November 1972. Zu ihnen näher *Manfred Baldus*, Die nichtstaatlichen katholischen Hochschulfakultäten in der Bundesrepublik Deutschland, WissR 10 (1977), 48 (55 f.). – Aktueller gesetzlicher Status: Art. 81 S. 1 BayHochschulG.

137 Erstmals wohl *Werner Weber*, Rechtsfragen der kirchlichen Hochschulen, ZevKR 1 (1951), 346 (348 f.); grundlegend dann *Alexander Hollerbach*, Verträge zwischen Staat und Kirche in der Bundesrepublik Deutschland, 1965, S. 174 f.; *Heinrich Flatten*, Zur Rechtsstellung des Kölner Priesterseminars. Konkordatsrechtliche Erwägungen zur Rechtslage im Land Nordrhein-Westfalen, ÖAKR 22 (1971), 290 ff.; *Mussinghoff*, Theologische Fakultäten (FN 2), S. 406 f.

138 Allein *Weber* zieht aus der Zitation der Normen der Landesverfassungen keine Schlußfolgerungen hinsichtlich einer (nur noch) beschränkten Fortgeltung der Verträge.

139 *Hollerbach*, Verträge zwischen Staat und Kirche (FN 137), S. 175; ebenso *Flatten*, ÖAKR 22 (1971), 290 (295 f.).

140 Hierauf insiziert *Weber*, ZevKR 1 (1951), 346 (354 f.), im Hinblick auf die in der unmittelbaren Nachkriegszeit modifizierten Erfordernisse des Triennium bei der evangelischen Pfarrerausbildung (die allerdings gerade nicht in Gesetzesform, sondern durch Verwaltungsentscheidungen erfolgten).

141 *Flatten*, ÖAKR 22 (1971), 290 (296).

142 Hierzu im Überblick *Stefan Mückl*, Grundlagen des Staatskirchenrechts, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII, 3. Aufl. 2009, § 159 Rn. 44.

143 *Hollerbach*, Verträge zwischen Staat und Kirche (FN 137), S. 175, Fn. 1; ebenso *Flatten*, ÖAKR 22 (1971), 290 (293 ff.); dem zustimmend *Mussinghoff*, Theologische Fakultäten (FN 2), S. 406 f.

fen das Recht zur Errichtung eines Seminars zur wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen zuerkannt, womit in Anbetracht der im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits geltenden Landesverfassung deren Gewährleistung lediglich deklaratorisch bekräftigt,<sup>145</sup> nicht aber als Recht erst konstitutiv begründet wurde.<sup>146</sup> Deutlich wird dies insbesondere in § 6 Abs. 2 des Vertrags zur Errichtung des Bistums Essen, welcher explizit festhält, das „Recht aus Art. 16 Abs. 2“ der Landesverfassung bleibe „auch im übrigen unberührt“. Als zu einem späteren Zeitpunkt auf dem Gebiet beider Bistümer eine staatliche theologische Fakultät errichtet werden sollte, ließ dies das *Recht* der Bischöfe zum Besitz eines eigenen wissenschaftlichen Seminars unangetastet, welche allein in einem gesonderten Rechtsakt erklärten, auf die *Ausübung* ihres Rechtes zu verzichten.<sup>147</sup>

### 3. Zwischenergebnis

Während die Bestimmungen der älteren Staatskirchenverträge hinsichtlich des philosophisch-theologischen Triennium größtenteils unverändert gültig sind (bei allerdings reduziertem Interesse und beschränkten Möglichkeiten des Staates, auf deren praktische Beachtung hinzuwirken),<sup>148</sup> haben sich deutliche Verschiebungen bei den Vorgaben ergeben, an welchen Einrichtungen die Studien zu absolvieren sind. Für den Bereich der katholischen Kirche ließ bereits das Reichskonkordat – jenseits des Geltungsbereichs des PrK – kirchliche Lehranstalten zu. Im übrigen haben die nach 1945 bzw. 1990 in Kraft getretenen Landesverfassungen in Bayern, Hessen, Rheinland-Pfalz, dem Saarland und in Nordrhein-Westfalen sowie in Brandenburg, Sachsen und Thüringen die (tatsächlich bestehenden oder interpretativ angenommenen) Restriktionen in den noch aus Weimarer Zeiten stammenden Staatskirchenverträgen besei-

tigt. Die Kirche ist in der Errichtungen eigener Institutionen frei.

## IV. Bedeutungswandel theologischer Fakultäten durch geänderte Rahmenbedingungen

Die Annahme, mit der staatskirchenvertraglichen Einrichtung von staatlichen theologischen Fakultäten habe der kirchliche Vertragspartner implizit die Verpflichtung übernommen, seine künftigen Geistlichen auch an diesen ausbilden zu lassen, beruhte historisch auf drei Prämissen: (1) Aus übergeordneten Gründen des Staatswohls bedürfen die Geistlichen einer wissenschaftlichen Vorbildung, die grundsätzlich nur der Staat zu erbringen imstande ist, (2.) die theologischen Fakultäten werden weit überwiegend von Theologiestudenten genutzt, die sich auf das Priestertum sowie auf das Pfarramt vorbereiten und (3.) die theologischen Fakultäten werden explizit für den Zweck der wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen eingerichtet. Alle drei Prämissen sind seit geraumer Zeit nicht mehr tragfähig; allein besondere Konstellationen können (im Fall einer ausdrücklichen Vereinbarung) eine (näher zu bestimmende) kirchliche Verpflichtung begründen (4.).

### 1. Wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen und Notwendigkeit der staatlichen Universität

Die (einseitige) staatliche Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts wünschte den „wissenschaftlich gebildeten“ Geistlichen.<sup>149</sup> Eine wissenschaftliche Ausbildung, so die noch bis in die 1950er Jahre weit verbreitete Überzeugung,<sup>150</sup> konnte allein der Staat an seinen Universitäten leisten. Dahinter stand die auf das Preußische Allgemeine Landrecht zurückgeführte<sup>151</sup> Rechtsansicht vom staatlichen Hochschulmonopol. In dieser Logik (deren

144 FN 28, 38.

145 Typischerweise haben zahlreiche staatskirchenvertragliche Bestimmungen wiederholenden und verstärkenden Charakter: Das vom Staat in seiner Rechts-, besonders seiner Verfassungsordnung bereits Gewährleistete wird auch vertraglich abgesichert, s. Mückl, Grundlagen des Staatskirchenrechts (FN 142), § 159 Rn. 37.

146 Richtig gesehen von Flatten, ÖAKR 22 (1971), 290 (295).

147 FN 29, 43. – Hier lag jedenfalls im Zeitpunkt des Vertragsschlusses der entscheidende Unterschied zur Rechtslage in Niedersachsen (oben Text zu FN 32, 33): Die seinerzeit geltende Vorläufige Niedersächsische Verfassung von 1951 enthielt als reines Organisationsstatut weder Grundrechte noch Aussagen zum Verhältnis zwischen Staat und Kirche. Da seinerzeit zudem die Existenz eines staatlichen Hochschulmonopols (dazu sogleich sub IV.) weitgehend unangefochten angenommen wurde, lag der in Art. 4 Abs. 2 NdsK für den Fall einer staatlichen theologischen Fakultät an der Universität Göttingen vorgesehene Wegfall des Rechts aus Art. 12 Abs. 2 PrK für die Bischöfe von Hildesheim

und Osnabrück im Rahmen der seinerzeitigen niedersächsischen Rechtslage. Ob inzwischen auch für Niedersachsen aufgrund der revidierten Verfassung von 1993, welche nunmehr die Freiheit privater Hochschulen enthält (Art. 5 Abs. 2), und der nachfolgenden Hochschulgesetzgebung (§§ 64 ff. NdsHochschulG) ein staatlicher Verzicht auf Art. 4 Abs. 2 NdsK angenommen werden könnte, bedürfte noch gesonderter Untersuchung.

148 Der literarische Protest von Solte, *Theologie an der Universität* (FN 2), S. 104 f., und Heckel, *Die Theologischen Fakultäten in weltlichen Verfassungsstaat* (FN 2), S. 373 f., gegen verschiedene landeskirchliche Aufweichungen ist in der Praxis folgenlos geblieben.

149 Oben II.

150 Arnold Köttgen, *Das Grundrecht der deutschen Universität*, Göttingen 1959, S. 7; Weber, in: Tymbos für Wilhelm Ahlmann (FN 3), S. 309 (311, 317 f.).

151 § 1 II 12 ALR lautete: „Schulen und Universitäten sind Veranstaltungen des Staates.“

juristische Exegese alles andere als zwingend war<sup>152</sup>) konnte der Staat kirchliche Ausbildungsstätten allenfalls als Ausnahmefall hinnehmen und mußte ihnen detaillierte Vorgaben für ihren Betrieb auferlegen. Gleichwohl galten sie nicht als wissenschaftliche Einrichtungen – keine von ihnen besaß das Recht, mit Wirkung für den staatlichen Rechtskreis Abschlüsse und akademische Grade zu verleihen –, sondern als Bildungsstätten minderen Ranges und Hort obskuranten Dogmatismus.

Vor dem Hintergrund dieser Rahmenbedingungen sind die staatskirchenvertraglichen Bestimmungen in Bayern, Preußen und Baden zu sehen. Jedenfalls die katholische Kirche hatte sich seinerzeit mitnichten „freiwillig“ entschlossen, „ihre Theologenausbildung an den staatlichen Universitäten zu belassen“,<sup>153</sup> sondern sich mangels gangbarer Alternative zur vertraglichen Absicherung des bereits bestehenden Zustands verstanden. Ein eigenständiges kirchliches Bildungswesen in Schule und Hochschule war und ist ein *essential* der katholischen Kirche, welches vertraglich zu erreichen ihr in den 1920er Jahren zwar nur ansatzweise gelang, das sie aber nicht aufgegeben hat. In jener historischen Situation die staatskirchenvertraglichen Bestimmungen als ein „Angebot“ des Staates zu sehen, welches die Kirche „rechtsverbindlich angenommen“ habe, wodurch die „Erhaltung und Benützung der theologischen Fakultäten ... zu einer rechtlichen Pflicht auch der Kirchen geworden sei“,<sup>154</sup> berücksichtigt und gewichtet die seinerzeitigen Rahmenbedingungen nicht in dem gebotenen Maße.

Vollends brüchig wurden diese Rahmenbedingungen in den Jahren nach dem Zweiten Weltkrieg: Das Grundgesetz in seiner ursprünglichen Fassung sah

keine Kompetenz des Bundes für die Hochschulen vor, welche damit der sog. Kulturhoheit der Länder unterfielen. Auch wenn weiterhin im Schrifttum das Bestehen eines staatlichen Hochschulmonopols als „allgemeiner Grundsatz des deutschen Hochschulrechts“ behauptet wurde,<sup>155</sup> hat das Grundgesetz die vorgängige Entscheidung von fünf Landesverfassungen, das (angenommene) staatliche Hochschulmonopol durch die Zulassung von kirchlichen Ausbildungsstätten für die Vorbildung der Geistlichen zu durchbrechen, sanktioniert – letztlich bezweifelte das auch nicht der Protest jener etatistischen Stimmen.<sup>156</sup> Schlußpunkte der Entwicklung waren die infolge der Grundgesetzänderung von 1969 eingeführte Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes für das Hochschulwesen<sup>157</sup> und der Erlass des darauf gestützten Hochschulrahmengesetzes von 1976. Darin wurde allgemein die Möglichkeit der Anerkennung nicht-staatlicher Hochschulen mit allen akademischen Rechten geregelt, wovon die Länder in der Folgezeit sowohl bei kirchlichen wie sonstigen privaten Hochschulen umfangreichen Gebrauch machten.<sup>158</sup>

Damit ist seit Ende der 1970er Jahre die erste grundlegende Rahmenbedingung für das grundsätzliche Erfordernis, die Geistlichen müßten ihre wissenschaftliche Vorbildung gerade an einer staatlichen theologischen Fakultät erhalten, hinfällig geworden. Ratio der historischen Bestimmungen in den Konkordaten und Kirchenverträgen war die Sicherstellung einer wissenschaftlich fundierten Ausbildung der Geistlichen,<sup>159</sup> nicht aber der Bestandsschutz einer konkreten staatlichen Institution.

152 Bereits die nachfolgende Norm (§ 2 II 12 ALR: „Dergleichen Anstalten sollen nur mit Vorwissen und Genehmigung des Staats errichtet werden.“) machte deutlich, daß nicht-staatliche Institutionen keineswegs verboten, sondern allein unter Genehmigungsvorbehalt gestellt werden sollten. Gleichwohl verfocht die Staatspraxis das Dogma vom staatlichen Hochschulmonopol. Mit den Handelshochschulen wurde dieses erstmals Ende des 19. Jahrhunderts durchbrochen, die Gründung der ersten nicht-staatlichen Universität erfolgte erst 1914 („Königliche Universität zu Frankfurt am Main“).

153 Vgl. *Heckel*, Die Theologischen Fakultäten (FN 3), S. 370.

154 Ebd., S. 371; ähnlich *Weber*, ZevKR 1 (1951), 346 (349), der meint, „die Kirche“ habe in den Konkordaten mit Bayern, Preußen und Baden ein staatliches Hochschulmonopol „wiederholt ausdrücklich anerkannt“.

155 Nachw. FN 150.

156 Nicht ohne resignativen Unterton *Weber*, in: Tymbos für Wil-

helm Ahlmann (FN 3), S. 309 (317): nun sei „das klare staatsrechtliche Gefüge des überlieferten theologischen Hochschulwesens erschüttert“, und weiter: „die staatliche Hochschulhoheit (sei) in manifester Form gesprengt worden“ (S. 321).

157 Das 22. Gesetz der Änderung zur Änderung des Grundgesetzes vom 12. Mai 1969 (BGBl. I S. 185) wies dem Bund die Kompetenz zu, Rahmenvorschriften über „die allgemeinen Grundsätze des Hochschulwesens“ zu erlassen (Art. 75 Nr. 1a GG). Die Bestimmung wurde im Zuge der Föderalismusreform I durch ein weiteres Änderungsgesetz (vom 28. August 2006, BGBl. I S. 2034) wieder gestrichen.

158 Hinsichtlich kirchlicher Hochschulen s. die Nachw. in FN 131-136.

159 Die dahinter stehende Motivation der Kontrolle der Geistlichkeit hingegen entbehrt im freiheitlichen demokratischen Rechtsstaat der Legitimation, s. explizit BVerfGE 122, 89 (111).

## 2. Theologische Fakultäten als überwiegende Ausbildungsstätten für den geistlichen Nachwuchs

Im Zeitpunkt der Staatskirchenverträge und bis weit in die 1960er Jahre studierten an den theologischen Fakultäten weit überwiegend Kandidaten für das Priestertum sowie für das Pfarramt,<sup>160</sup> und zwar in einer Größenordnung, welche die Fortführung bzw. Errichtung einer Fakultät rechtfertigen konnte.<sup>161</sup> Das Ausbleiben dieser Personengruppe konnte die Existenz einer theologischen Fakultät beenden<sup>162</sup> oder ihre Entstehung substantiell gefährden.<sup>163</sup> Ein solches Schicksal drohte zuletzt – bereits kurz nach Aufnahme des Vorlesungsbetriebs im Sommer 1965 – der neugegründeten katholisch-theologischen Fakultät an der Universität Bochum:<sup>164</sup> Diese war ursprünglich nicht für die Priesteramtskandidaten des Bistums Essens gedacht gewesen, sondern für die Ausbildung von Religionslehrern und sonstigen „Nicht-priesteramtskandidaten“. Erst als diese ausblieben,<sup>165</sup> baten die Professoren der Fakultät den Bischof von Essen, die Priesteramtskandidaten (welche zunächst an den theologischen Einrichtungen der Mutterbistümer Köln, Paderborn und Münster, sodann in Bonn studiert hatten) nach Bochum zu transferieren. Zur weiteren Absicherung der Fakultät wurde dann im Dezember 1967 (also über zwei Jahre nach deren Eröffnung) der bekannte Notenwechsel mit dem Verzicht des Essener Bischofs auf ein eigenes Seminar ausgetauscht.<sup>166</sup>

Gegenwärtig hat sich hingegen der langfristige Trend verfestigt, daß die Ausbildung des geistlichen

Nachwuchses an den theologischen Fakultäten vom Regel- zum Ausnahmefall mutiert ist. Zwar ist die Anzahl der Theologiestudenten insgesamt annähernd konstant geblieben, was indes den stark angestiegenen Zahlen bei den Lehramts- und Bachelorstudiengängen zu verdanken ist. Die Zahlen bei den sog. Volltheologen sind massiv eingebrochen (im Studium der katholischen Theologie um 50% in den vergangenen 25 Jahren).<sup>167</sup> Die in den landeskirchlichen Listen eingetragenen Studenten der evangelischen Theologie (damit die potentiellen Anwärter auf das Pfarramt) erreichen noch gut 20% des Stands von Ende der 1980er Jahre,<sup>168</sup> die Anzahl der Seminaristen sämtlicher katholischer Diözesen ist allein im Zeitraum von 2009 bis 2017 um nahezu die Hälfte zurückgegangen (und liegt in absoluten Zahlen bei 489 Seminaristen).<sup>169</sup>

## 3. Errichtung von theologischen Fakultäten „zur“ wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen

Dem soeben dargelegten rechtstatsächlichen Befund entsprach in den Staatskirchenverträgen der Weimarer Zeit sowie in den ersten beiden Jahrzehnten unter der Geltung des Grundgesetzes der in den Vertragstexten niedergelegte Konnex zwischen Errichtung einer theologischen Fakultät und deren Zweckbestimmung auf die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen. Die zahlenmäßig rasch zunehmende und dann vorherrschende Präsenz von Studenten an den theologischen Fakultäten, welche nicht das Priestertum bzw.

160 Stichprobe: Im Sommersemester 1960 waren von den 363 an der katholisch-theologischen Fakultät der Universität Bonn eingeschriebenen Studenten 237 Priesteramtskandidaten, s. *Gatz*, *Römische Quartalsschrift* 88 (1993), 237 (244).

161 Auch das – kleine – frisch gegründete Bistum Essen zählte 1958 143 Priesteramtskandidaten, 1962 bereits 179, s. *Biagioni*, in: *Gatz*, *Priesterausbildung* (FN 30), S. 73.

162 Historisches Beispiel: Die 1830/31 errichtete katholisch-theologische Fakultät an der Universität Gießen mußte mangels Studenten geschlossen werden, als 1851 der Mainzer Bischof *Wilhelm Emmanuel von Ketteler* für die Seminaristen seiner Diözese das Bischöfliche Priesterseminar als philosophisch-theologische Ausbildungsstätte bestimmte. Eingehend *Uwe Scharfenecker*, *Die Katholisch-Theologische Fakultät Gießen (1830-1859). Ereignisse, Strukturen, Personen*, 1998.

163 Die ebenfalls 1831 konstituierte katholisch-theologische Fakultät an der Universität Marburg nahm ihren Vorlesungsbetrieb erst gar nicht auf, nachdem der Bischof von Fulda sich nicht bereit fand, die philosophisch-theologische Ausbildung am Bischöflichen Priesterseminar einzustellen. Näher *Carl Mirbt*, *Die katholisch-theologische Fakultät zu Marburg. Ein Beitrag zur Geschichte der katholischen Kirche in Kurhessen und Nassau*, 1905.

164 *Heribert Heinemann*, *Die Katholisch-Theologische Fakultät der Ruhr-Universität. Kritische Anmerkungen zu staatskirchenrechtlichen und kirchenrechtlichen Vereinbarungen*, in: *Winfried Aymans/Karl-Theodor Geringer* (Hrsg.), *Iuri Canonico Promo-*

*vendo. Festschrift für Heribert Schmitz zum 65. Geburtstag*, 1994, S. 397 (400 f.).

165 Im Wintersemester 1966/67 studierten erst 39 ordentliche Studenten an der bereits mit 11 Ordinarien ausgestatteten Fakultät, s. *Eva Schmidt-Häuer*, *Theologen im Turm*. In der Bochumer Universität beugt man sich den Wünschen des katholischen Klerus, in: *DIE ZEIT*, Nr. 8 v. 24. Februar 1967 (zugänglich unter [www.zeit.de/1967/08/theologen-im-turm](http://www.zeit.de/1967/08/theologen-im-turm); Zugriff: 22. März 2019).

166 Oben FN 29.

167 So die vom Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz erhobenen und vom Katholisch-Theologischen Fakultätentag veröffentlichten Zahlen, s. <http://kthf.de/wp-content/uploads/2015/12/Statistik-der-Studierendenzahlen-2016.pdf> (Zugriff: 22. März 2019).

168 Waren Ende der 1980er Jahre noch etwa 10.000 Studenten in den landeskirchlichen Listen eingeschrieben, waren es (mit weiter abnehmender Tendenz) im Wintersemester 2012/13 noch 2421 Studenten. Einzelheiten bei *Verena Schneider*, *Landeskirchen brauchen dringend junge Pfarrerinnen*. Von der „Theologenwelle“ zur „Pensionierungsdelle“, online zugänglich unter [www.pfarrerverband.de/pfarrerblatt/archiv.php?a=show&id=3620](http://www.pfarrerverband.de/pfarrerblatt/archiv.php?a=show&id=3620) (Zugriff: 22. März 2019).

169 Zwischen 2009 und 2017 sanken die Zahlen von 842 auf 489. Nachw. in der jährlich vom Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz herausgegebenen *Arbeitshilfe „Katholische Kirche in Deutschland. Zahlen und Fakten“*, Ausgabe 2010/11, S. 12; Ausgabe 2017/18, S. 42.

das Pfarramt anstreben, fand hingegen in den Verträgen nur zögerlich textliche Berücksichtigung. Die erste Lockerung im geänderten BayK von 1974 sah – seinerzeit von den Realien noch gedeckt – in der Vorbereitung auf den priesterlichen Beruf unverändert den Hauptzweck einer theologischen Fakultät, nahm aber bereits andere Dienste in den Blick.<sup>170</sup> Demgegenüber hielten zehn Jahre später, als sich der Schwerpunkt bereits deutlich vom geistlichen Nachwuchs auf die sonstigen Theologiestudenten verschoben hatte, die nordrhein-westfälischen Verträge<sup>171</sup> unbeirrt an der (alleinigen) Zielsetzung herkömmlichen Zuschnitts fest. Erst die nach 1990 abgeschlossenen Staatskirchenverträge nahmen den rechtstatsächlichen Befund auch normativ adäquat zur Kenntnis und erwähnten (wenn überhaupt<sup>172</sup>) die Zielsetzung der wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen als einen Belang unter mehreren.

Diese langfristige Entwicklung ist selbstverständlich den beteiligten Vertragspartnern nicht verborgen geblieben. Wenn sie unter diesen Umständen die bestehenden theologischen Fakultäten weiter aufrecht erhalten, läßt dies nur den Schluß zu, daß der Zusammensetzung der Studentenschaft in einer staatlichen theologischen Fakultät keine rechtlich relevante Bedeutung mehr zukommt.<sup>173</sup> Damit erschöpft sich die Wendung „zur wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen“ in den Verträgen auf die Eignung der betreffenden Fakultät, *auch* diese (weiterhin) zu erbringen.

#### 4. Kirchliche Verpflichtungen in besonderen Situationen

Läßt sich weder historisch noch aktuell aus dem Umstand der Errichtung einer theologischen Fakultät eine Ver-

pflichtung des kirchliche Teils konstruieren, an dieser seine angehenden Geistlichen ausbilden zu müssen, bleibt es infolge der staatskirchenrechtlichen Vertragsfreiheit den Vertragspartnern unbenommen, im Einzelfall spezifischere Bindungen einzugehen. Dies ist der deutschen Praxis der vergangenen Jahrzehnten in unterschiedlichem Ausmaß und in wenigen Fällen geschehen: der Verzicht der Bischöfe von Essen (1967) sowie von Dresden-Meißen, Erfurt, Magdeburg und Görlitz (1997) auf die Ausübung ihres Rechts auf Errichtung und Unterhaltung einer eigenen Einrichtung für die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen, außerdem die Beschränkung der Evangelischen Kirchen in Thüringen auf bestimmte Ausbildungsorte der Pfarrerausbildung (1994). Allen drei Fälle lagen besondere Situationen zugrunde: Neugründung bzw. staatliche Übernahme einer Fakultät mit dem entsprechenden Investitionsaufwand (Bochum und Erfurt), weitgehend religionslos geprägtes Umfeld, welche eine Konzentration der Ausbildung der künftigen Geistlichen nahelegte (Erfurt und Jena), prekäre Situation der öffentlichen Finanzen in den Jahren nach der Wiedervereinigung (wiederum Erfurt und Jena).

Weder lassen sich derartige Sondersituationen im Tatsächlichen verallgemeinern, noch kann aus im Einzelfall vereinbarten spezifischeren Bindungen ein allgemeines Prinzip abgeleitet werden. Vielmehr bestätigen gerade die tatsächlichen wie rechtlichen Ausnahmen, daß für den Regelfall – also jenseits einer besonderen Vereinbarung – keine vertraglichen Verpflichtungen des kirchlichen Partners im Hinblick auf ein Handeln (Zuweisung der angehenden Geistlichen an die örtlich „zuständige“ staatliche theologische Fakultät) oder Unterlassen (kein Betrieb einer zu dieser „konkurrierenden“ eigenen Einrichtung<sup>174</sup>) bestehen.

170 Oben FN 7.

171 Oben FN 31, 47.

172 Die beiden Thüringer Verträge (FN 42, 43 sowie 70), EvKV Berlin (FN 53) und EvKV BW (FN 67).

173 Aus diesem Befund zog erstmals in einem Vertragstext explizit die rechtlichen Konsequenzen der Notenwechsel zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Land Nordrhein-Westfalen vom 9. Oktober 2018 zum Fortbestand der Katholisch-Theologischen Fakultät der Universität Bochum (bisher nicht veröffentlicht): Nachdem seit dem Wintersemester 2012/13 die Priesterausbildung für das Bistum Essen statt in Bochum in Münster stattfindet, hält nunmehr der Notenwechsel fest, daß „an der Katholisch-Theologischen Fakultät der Ruhr-Universität in Bochum nicht notwendigerweise Geistliche ausgebildet werden“ (Zitat und weitere Einzelheiten im Grußwort des Apostolischen Nuntius in Deutschland bei Gelegenheit der Unterzeichnung des Notenwechsels, zugänglich unter [www.nuntiatur.de/detail/](http://www.nuntiatur.de/detail/)

grusswort-von-nuntius-eterovic-zzum-notenwechsel-zwischen-dem-heiligen-stuhl-und-dem-land-nordrhein-westfalen.html; Zugriff: 22. März 2019).

174 *Himmelsbach*, Rechtsstellung der Theologischen Fakultäten (FN 3), sieht offenbar in den Staatskirchenverträgen ein System wechselseitigen Konkurrenzverbots angelegt: So müsse sich die Kirche „beim Ausbau eines eigenen Hochschulwesens im Bereich der Theologenausbildung in Zurückhaltung ... üben, um nicht ‚vor Ort‘ zu einer konkordatär garantierten theologischen Staatsfakultät in Konkurrenz zu treten“ (S. 30), umgekehrt sei es dem Staat verwehrt, dort staatliche Fakultäten zu errichten, wo die Kirche bereits eine eigene Hochschule unterhält (S. 84 f.). – BVerwGE 101, 309, Tz. 28, hat das Argument des Konkurrenzschutzes für die Errichtung eines Diplomstudiengangs Katholische Theologie an einer staatlichen Universität in unmittelbarer Nachbarschaft zu einer kirchlichen Hochschule nicht gelten lassen.

## V. Zusammenfassung in Thesen

1. Die älteren Konkordate (BayK, PrK, BadK) gewährleisten explizit oder implizit konkrete staatliche theologische Fakultäten. Die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen konnte außerdem an bestimmten bischöflichen Seminaren sowie an den päpstlichen Hochschulen in Rom erfolgen. Das PrK sah das Bestehen von bischöflichen Seminaren in jenen Diözesen vor, in welchen keine staatliche theologische Fakultät vorhanden war.

2. In seiner Systematik bildete insbesondere das PrK die preußische Gesetzeslage von 1887 – nach der partiellen Entschärfung der „Kulturkampf“-gesetzgebung von 1873 – ab. Der Heilige Stuhl hat mit Abschluß des Konkordats den *status quo* vertraglich abgesichert, ohne von seiner grundsätzlichen Haltung abzurücken. Weder war der Vertragswille des Heiligen Stuhls auf eine dauerhafte Verpflichtung zur Inanspruchnahme der staatlichen theologischen Fakultäten und den dauerhaften Verzicht auf eigene Ausbildungsstätten gerichtet, noch decken die Vertragstexte ein solches Verständnis.

3. Das RK hatte – außer für den Geltungsbereich des PrK – das kirchliche Recht zur Errichtungen eigener philosophisch-theologischer Lehranstalten anerkannt. Die insoweit aus dem PrK abgeleiteten Beschränkungen wurden durch diverse Landesverfassungen nach 1945 bzw. 1990 infolge staatlichen Verzichts gegenstandslos. Die ersten Gründungen derartiger kirchlicher Ausbildungsstätten erfolgten bereits in den ersten Jahren nach 1945.

4. Ebenfalls erhielten die früheren evangelischen Kirchenverträge (BayEvKV, PrEvKV, BadEvKV) konkrete staatliche theologische Fakultäten in ihrem Bestand aufrecht. Da seinerzeit die Anwärter auf das Pfarramt durchweg an diesen Fakultäten studierten, erübrigten sich Bestimmungen über eigene kirchliche Ausbildungsstätten.

5. Derartige kirchliche Ausbildungsstätten wurden bereits in den ersten Jahren nach 1945 errichtet und vom Staat auf der Grundlage der Landesverfassungen aner-

kannt. Ab den 1950er Jahren wurde auch ihr Bestand als kirchliche Rechtsposition explizit in den Kirchenverträgen verankert.

6. Im Einzelfall haben sich die kirchlichen Vertragspartner zur Nicht-Ausübung ihres Rechts auf das Bestehen eigener Ausbildungsstätten bzw. zur Beschränkung auf die bereits vorhandenen verpflichtet. Aus der allgemeinen Selbstverpflichtung, für eine ausreichende Anzahl von Studenten an den theologischen Fakultäten Sorge zu tragen, erwachsen ebenso wenig konkrete Handlungs- oder Unterlassungspflichten wie aus staatlichen Erwartungshaltungen, die nicht Vertragsbestandteil geworden sind.

7. Das Gesamtgefüge von staatlichen theologischen Fakultäten und kirchlichen Ausbildungsstätten hat mit den Landesverfassungen nach 1945 sowie mit dem Hochschulrahmengesetz (1976) erhebliche rechtliche und seit den 1980er Jahren auch wesentliche tatsächliche Veränderungen erfahren. Wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen setzt nach dem Abschied vom staatlichen Hochschulmonopol nicht mehr zwingend das Studium an einer staatlichen Universität voraus. Die zur Zeit der des Abschlusses der ersten Staatskirchenverträge tragende Prämisse, die theologischen Fakultäten dienen ausschließlich oder weit überwiegend der Ausbildung des geistlichen Nachwuchses wurde ab den späten 1960er Jahren brüchig und gilt heute nicht mehr. Angesichts der dramatisch gesunkenen Zahlen der Anwärter auf das geistliche Amt ist aktuell wie künftig keine theologische Fakultät in ihrem Bestand bedroht, wenn diese Anwärter andernorts studieren.

8. Der kirchliche Vertragspartner wird demnach (von Sonderfällen abgesehen, welcher gesonderter Vereinbarung bedürfen) durch die Staatskirchenverträge nicht verpflichtet, seine angehenden Geistlichen durch bestimmte staatliche Institutionen ausbilden zu lassen, noch daran gehindert, eigene Ausbildungsstätten zu errichten und zu betreiben.

Stefan Mückl ist Professor für Kirchenrecht, insbesondere Verkündigungs- und Staatskirchenrecht, an der Päpstlichen Universität Santa Croce in Rom.

# Volker M. Haug

## Open Access in Baden-Württemberg: Rechtswidriger Zweitveröffentlichungszwang zwischen Urheber- und Hochschulrecht\*

### ÜBERSICHT

#### I. Einleitung

#### II. Hintergrund und Gegenstand der Untersuchung

##### 1. Zur Bedeutung von Open Access

##### 2. § 38 Abs. 4 UrhG

##### 3. § 44 Abs. 6 BWLHG

#### III. Unionsrechts-, Verfassungs- und Bundesrechtswidrigkeit von § 44 Abs. 6 BWLHG

##### 1. Unvereinbarkeit mit der EU-Urheberrechtsrichtlinie

##### 2. Fehlende Gesetzgebungskompetenz des Landes

##### 3. Verstoß gegen die Publikationsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 GG

##### 4. Verstoß gegen Art. 14 und 12 GG

##### 5. Verstoß gegen das urheberrechtliche Zweitveröffentlichungsrecht gem. § 38 Abs. 4 UrhG

#### IV. Fazit

### I. Einleitung

Ein altes Sprichwort sagt: Gut gemeint ist oft schlecht gemacht. Selten hat es so zugetragen wie auf den vom baden-württembergischen Landesgesetzgeber verordneten Zweitveröffentlichungszwang als Versuch, den Open Access zu Forschungsergebnissen voranzubringen. Denn zum einen verstößt diese Regelung nicht nur gegen das Grundgesetz, wie auch der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg in einer Vorlageentscheidung gem. Art. 100 GG festgestellt hat,<sup>1</sup> sondern auch gegen das Unionsrecht und das Urheberrechtsgesetz. Zum anderen aber, und das mag vielleicht sogar noch schwerer wiegen, arbeitet der Staat hier mit ihm vertrauten Zwangsinstrumenten in einem Bereich, der dafür mental so wenig zugänglich ist, wie kaum ein anderer.

Die Regelung zeigt, dass die Gesetzesverfasser trotz eines pauschalen Bekenntnisses zur Wissenschaftsfreiheit und Hochschulautonomie<sup>2</sup> immer noch nicht verstanden haben, wie Wissenschaft „tickt“: Hier entstehen inhaltliche Produkte nicht durch Befehl und Gehorsam, sondern durch Freiwilligkeit, Neugierde und selbstgenerierte Motivation.

### II. Hintergrund und Gegenstand der Untersuchung

#### 1. Zur Bedeutung von Open Access

Unter Open Access wird der kostenlose Zugang zu Forschungsergebnissen im Internet verstanden. Dabei unterscheidet man zwischen dem goldenen und dem grünen Weg. Während die erstgenannte Variante von einer Erst- oder Alleinveröffentlichung im Internet ausgeht, bedeutet der grüne Weg eine Online-Zweitveröffentlichung eines zunächst andernorts – i.d.R. in einer anerkannten Print-Zeitschrift – publizierten Beitrags.<sup>3</sup> Mit diesen Publikationsformen hält die allgegenwärtige Digitalisierung auch in der Wissenschaft – jedenfalls, was die Weitergabe und Diskussion von Forschungsergebnissen betrifft – Einzug. Nicht zuletzt deshalb fühlt sich die Politik schon seit einiger Zeit dazu aufgerufen, dem Open Access den (rechtlichen) Weg zu bereiten.

Dafür wird zunächst der „gefühlte Gemeingutcharakter“ von Forschungsergebnissen angeführt, die umso weniger dem jeweiligen Entdecker gehören dürfen, desto mehr dieser und seine Forschungsinfrastruktur aus öffentlichen Mitteln finanziert sind.<sup>4</sup> Die stark steigenden Preise für anerkannte Print-Fachzeitschriften tun ein Übriges, zumal deren Rolle auch zunehmend kritisch als eine nicht mehr zeitgemäße und oligarchisierte Struktur der Informationsweitergabe beäugt wird.<sup>5</sup> Unter der

\* Der Autor dankt Ass. iur. *Moritz Rahmann* für die Rechercheunterstützung zu § 38 Abs. 4 UrhG.

1 VGH BW, 26.9.2017 – Az. 9 S 2056/16 – juris; zur Vorgeschichte und zum VGH-Beschluss vgl. *Löwisch*, Streit um die Zweitveröffentlichungspflicht geht zum Bundesverfassungsgericht, *OdW* 2018, S. 43.

2 Vgl. die Einleitung des Allgemeinen Teils der Gesetzesbegründung, LT-Drs. 15/4684, S. 164.

3 Diese Zeitschrift stellt ein Organ des goldenen Weges dar; näher zu den beiden Varianten *Götting/Lauber-Rönsberg*, Open Access und Urheberrecht, *OdW* 2015, S. 137 (143 f.); *Fehling*, Verfassungskonforme Ausgestaltung von DFG-Förderbedingungen zur Open-Access-Publikation, *OdW* 2014, S. 179.

4 Besonders weitgehend die Piratenpartei, vgl. <[wiki.piratenpartei.de/Positionspapiere/Freier\\_Zugang\\_zu\\_öffentlichen\\_Inhalten](http://wiki.piratenpartei.de/Positionspapiere/Freier_Zugang_zu_öffentlichen_Inhalten)> (7.7.2018).

5 BT-Drs. 17/13423, S. 9; zur Problematik der Doppelfinanzierung durch öffentliche Arbeitgeber in Form der Kosten für Gehälter und Forschungsinfrastruktur einerseits und in Form der Kosten für Literaturbeschaffung andererseits (sog. „double-dipping“) vgl. *Götting/Lauber-Rönsberg* (Fn. 3), S. 137 (138); *Pflüger/Ertmann*, E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich, *ZUM* 2004, S. 436 (438, 439); zur Finanzierungskrise öffentlicher Bibliotheken s. *Sprang*, Zweitveröffentlichungsrecht – ein Plädoyer gegen § 38 Abs. 4 UrhG-E, *ZUM* 2013, S. 461.

Wucht dieser Argumente droht etwas unterzugehen, dass die tradierten Publikationsformen nicht nur Nachteile haben. So nehmen die Verlage und Fachzeitschriften eine wichtige Qualitätssicherungsfunktion sowohl in inhaltlicher als auch in formaler Hinsicht durch Peer-Review-Verfahren und Lektorierung wahr, was zugleich eine wesentliche Voraussetzung ihrer wissenschaftlichen Reputation darstellt. Hinzu kommt, dass die Kostenlosigkeit von Online-Angeboten zwar der entsprechenden Mentalität vor allem der Netzgemeinde entspricht, zugleich aber den Wert von urheberrechtlich geschützten Werken und Erkenntnissen geringer erscheinen lässt.<sup>6</sup> Außerdem fällt jedenfalls ein Teil der Kosten auch bei einer (guten) Open Access-Publikation an, nur nicht auf der Seite des Rezipienten, sondern des Wissenschaftlers bzw. seiner Anstellungskörperschaft.<sup>7</sup> Zugleich bietet Open Access gegenüber den tradierten Publikationsformen auch Chancen. Dazu zählen beispielsweise kürzere Veröffentlichungszyklen und damit eine höhere Aktualität, was den wissenschaftlichen Austausch – auf den Forschung existenziell angewiesen ist – befördert. Denn Forschung ist ein genuin kommunikativer Prozess; sie lebt von der Verbreitung ihrer Erkenntnisse, die wiederum zu neuen Ideen und Folgeüberlegungen führen können.<sup>8</sup> Aus diesen Gründen tut – wie so oft – auch bei Open Access eine differenzierte Betrachtung Not.<sup>9</sup>

## 2. § 38 Abs. 4 UrhG

Da viele wissenschaftliche Autoren nach wie vor in den wissenschaftlich renommierten Fachzeitschriften – die weit überwiegend in kostenpflichtiger Print-Form erscheinen – veröffentlichen und dabei ihre Rechte regelmäßig an den jeweiligen Verlag abtreten, ist vor allem der grüne Weg in den Fokus der gesetzgeberischen Bemühungen gerückt. Um diesen zu befördern, enthält § 38 UrhG seit 2014 einen neuen Absatz 4,<sup>10</sup> wonach

jedem Autor ein unabdingbares Zweitveröffentlichungsrecht zusteht. Danach kann die akzeptierte Manuskriptversion wissenschaftlicher Beiträge, die im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden sind, nach Ablauf von einem Jahr seit der Erstveröffentlichung in Periodika unter Angabe deren Quelle im Internet veröffentlicht werden. Die Entscheidung über die Inanspruchnahme dieses Rechts liegt – sowohl hinsichtlich des „ob“ als auch des „wie“ – allein beim jeweiligen Urheber.

Leider leidet die Norm zum einen an einigen Unklarheiten, die letztlich mit dem das Recht ausübenden Autoren „heimgehen“:<sup>11</sup> Dies beginnt mit der „mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit“. Während nämlich die Begründung des Gesetzentwurfs zu § 38 Abs. 4 UrhG – unter Hinweis auf das damit verbundene besondere staatliche Interesse – darunter (nur) eine öffentliche Projektförderung (z.B. projektbezogene Stipendien oder Projektkostenzuschüsse) oder eine institutionell geförderte außeruniversitäre Forschungseinrichtung versteht,<sup>12</sup> knüpft § 44 Abs. 6 BWLHG – sehr viel weitergehend – ausdrücklich an die normale Diensttätigkeit von Hochschulmitarbeitern an.<sup>13</sup> Auch der Begriff der öffentlichen Förderung kann in besonderen Fallkonstellationen fraglich sein, etwa bei Einzelpublikationen aus unterschiedlich finanzierten Projektphasen eines Forschungsvorhabens, bei projektübergreifenden Publikationen oder bei interdisziplinären Veröffentlichungen durch mehrere Wissenschaftler mit unterschiedlichen Forschungsfinanzierungshintergründen.<sup>14</sup> Einen weiteren Risikofaktor bildet die Frage, ob § 38 Abs. 4 UrhG im Fall einer Erstveröffentlichung in einer internationalen Fachzeitschrift das ggf. ausländische Vertragsstatut durchbricht; eine zwingende Anwendung wie etwa in § 32b UrhG ist – trotz entsprechender Kritik im Gesetzgebungsverfahren – nicht angeordnet (was auch eine Analogie ausschließt).<sup>15</sup> Daher ist mindestens ungewiss, ob und in-

6 Vgl. <wiki.piratenpartei.de/Positionspapiere/Freie\_Verwendung\_von\_urheberrechtlich\_geschützten\_Werken\_nach\_10\_Jahren> (7.7.2018).

7 Götting/Lauber-Rönsberg (Fn. 3), S. 137 (138) m.w.N.

8 Blankenagel, AöR 2000, S. 70 (93 f.); BT-Drs. 17/13423, S. 9.

9 Zur Entwicklung sowie zur disziplinären Zuordnung der verschiedenen wissenschaftlichen Lager für oder gegen eine verstärkte Nutzung von Open Access für den wissenschaftlichen Diskurs vgl. Sandberger, Die Zukunft wissenschaftlichen Publizierens – Open Access und Wissenschaftsschranke – Anmerkungen zu den Kontroversen über die Weiterentwicklung des Urheberrechts, OdW 2017, S. 75 (76).

10 BGBl. 2013 I, S. 3728 ff.

11 Soppe, in: Ahlberg/Götting (Hrsg.), BeckOK UrhG, 20. Ed. Stand 20.4.2018, § 38 Rn. 82; Sandberger (Fn. 9), S. 78 f.

12 BT-Drs. 17/13423, S. 9, 14; Soppe (Fn. 11), § 38 Rn. 59 f.; krit. zum Herausfallen der normalen „Dienstforschung“ an Hoch-

schulen die Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drs. 17/13423, Anl. 3, S. 21 f.; Sandberger, Zweitverwertungsrecht, ZUM 2013, S. 466 (470), und ders. (Fn. 9), S. 78, sieht in dieser erheblichen Einschränkung des Anwendungsbereichs des Zweitveröffentlichungsrechts eine Diskriminierung der Hochschulforschung.

13 LT-Drs. 15/4684, S. 215; für eine entsprechend erweiternde Auslegung Wandtke/Grunert, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl. 2014, § 38 UrhG, Rn.17 a.E.; dafür kann auch der Wortlaut herangezogen werden, der die in der Gesetzesbegründung enthaltene Einschränkung nicht wiedergibt.

14 Soppe (Fn. 11), § 38 Rn. 65.1.

15 Peifer, Die gesetzliche Regelung über verwaiste und vergriffene Werke, NJW 2014, S. 6 (11); Fehling (Fn. 3), S. 185, spricht sich dafür aus, einen internationalen Geltungsanspruch aus der Unabdingbarkeit gem. § 38 Abs. 4 S. 3 UrhG abzuleiten.

wieweit sich ausländische Verlage dieses deutsche Zweitveröffentlichungsrecht entgegenhalten lassen müssen.<sup>16</sup>

Zum anderen weist die Vorschrift erhebliche Schwächungen des Zweitveröffentlichungsrechts auf. Dies gilt für die Bezugnahme auf die „akzeptierte Manuskriptversion“. Damit will der Gesetzgeber die verlegerische Weiterverarbeitung – insbesondere das Layout des Beitrags – vom Zweitveröffentlichungsrecht des Autors trennen.<sup>17</sup> So nachvollziehbar dies im Hinblick auf die urheberrechtliche Stellung der Verlage ist, so sehr wird damit das Zweitveröffentlichungsrecht entwertet. Denn damit wird nicht nur die wissenschaftlich saubere Zitierfähigkeit des zweitveröffentlichten Beitrags erheblich erschwert, indem nur auf die Online-Fundstelle und nicht auf eine präzise Seitenangabe in der Fachzeitschrift Bezug genommen werden kann. Vielmehr fallen dadurch auch der erst- und der zweitveröffentlichte Text insoweit auseinander, als dass alle – nach dem Peer-Review-Verfahren, das der Beitragsannahme („akzeptiert“) vorausgeht – im Herstellungsverfahren der Erstveröffentlichung (in den Druckfahnen) vorgenommenen Änderungen, Korrekturen, Aktualisierungen und Ergänzungen bei der Zweitveröffentlichung unberücksichtigt bleiben müssen.<sup>18</sup> Auch wenn diese Änderungen weniger gravierend als diejenigen im Peer-Review-Verfahren sein mögen, ist diese gerade für den wissenschaftlichen Diskurs ermöglichte Zweitveröffentlichung „für die Wissenschaft von mindermem Wert“.<sup>19</sup> In dieselbe Richtung zielt die Kritik an der Jahresfrist zwischen Erst- und Zweitveröffentlichung, die das Amortisationsinteresse des Verlags schützt<sup>20</sup> und dadurch zugleich die Effektivität des Zweitverwertungsrechts angesichts der Schnellebigkeit wissenschaftlicher Entwicklungen – namentlich im naturwissenschaftlichen Bereich – empfindlich beeinträchtigt.<sup>21</sup>

Angesichts dieser Unsicherheiten und Effizienzverluste kann nicht weiter erstaunen, wenn die Neigung zur Inanspruchnahme dieses Zweitveröffentlichungsrechts womöglich hinter den Erwartungen zurückbleibt.

### 3. § 44 Abs. 6 BWLHG

Die im Rahmen des Dritten Hochschulrechtsänderungsgesetzes vom 1.4.2014 (GBl. S. 99) geschaffene Regelung

des § 44 Abs. 6 BWLHG greift das vorstehend beschriebene bundesrechtliche Zweitveröffentlichungsrecht auf, um den Open Access-Gedanken voranzubringen. So begründet diese systematisch bei den Hochschuldienstrechtswerten verankerte Vorschrift eine Soll-Pflicht der Hochschulen, ihr jeweiliges wissenschaftliches Personal durch Satzung dazu zu verpflichten, ihr Zweitveröffentlichungsrecht gem. § 38 Abs. 4 UrhG wahrzunehmen und die Beiträge geeigneten Hochschul-Repositorien zur Verfügung zu stellen. Beschränkt wird dies *expressis verbis* auf die im Rahmen der Dienstaufgaben erarbeiteten Publikationen. Diese Vorgabe verstößt nicht nur, wie im Folgenden zu zeigen sein wird, gegen das Unionsrecht und in mehrfacher Hinsicht gegen das Grundgesetz, sondern auch gegen das Urheberrechtsgesetz. Sie ist damit unionsrechts-, verfassungs- und bundesrechtswidrig.

### III. Unionsrechts-, Verfassungs- und Bundesrechtswidrigkeit von § 44 Abs. 6 BWLHG

#### 1. Unvereinbarkeit mit der EU-Urheberrechtsrichtlinie

Die Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte der Informationsgesellschaft (UrhRL) hat ausweislich ihres Erwägungsgrundes 5 ausdrücklich zum Ziel, gerade der durch neue technische Publikationsformen vergrößerten Gefahr einer stärkeren Diversifizierung des Urheberrechts entgegenzuwirken. Deshalb sind die „Ausnahmen und Beschränkungen in Bezug auf das Vervielfältigungsrecht und das Recht der öffentlichen Wiedergabe [...] in dieser Richtlinie erschöpfend aufgeführt“ (Erwägungsgrund 32). Vor diesem Hintergrund sind die Urheberrechtsschranken in Art. 5 Abs. 2 und 3 UrhRL als abschließend zu verstehen.<sup>22</sup> Art. 3 Abs. 1 UrhRL gibt den Mitgliedstaaten das ausschließliche Recht der Urheber vor, über das „ob“ und das „wie“ der – wie auch immer gearteten – öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung ihrer Werke zu entscheiden. Hierunter fällt auch die Open-Access-Publikation im Internet. Einschränkungen dieses Rechts sind nur nach Maßgabe von Art. 5 Abs. 3 UrhRL mög-

16 Instrukтив, aber auch ernüchternd sind die näheren Überlegungen von *Fehling* (Fn. 3), S. 183 ff.

17 BT-Drs. 17/13423, S. 14.

18 *Fehling* (Fn. 3), S. 180; *Sandberger* (Fn. 12), S. 466 (470); danach ist diejenige Fassung als „akzeptiert“ anzusehen, die erst nach dem Peer-Review-Verfahren in Absprache mit dem Verlag entstanden ist und bereits die Original-Seitenzahl enthält. Letzteres erscheint, so wünschenswert es auch wäre, angesichts des Manuskriptbegriffs und der zu diesem Zeitpunkt bereits getätigten

erheblichen Investitionen und der tangierten Grundrechtspositionen des Verlags jedoch wenig haltbar, vgl. BVerfG, 25.10.2002 – 1 BvR 2116/01 – juris, Rn. 22 ff.; *Sprang* (Fn. 5), S. 461 (465).

19 Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 17/7031, S. 6.

20 BT-Drs. 17/13423, S. 10; *Soppe* (Fn. 11), § 38 Rn. 76.

21 *Fehling* (Fn. 3), S. 181.

22 *Sprang* (Fn. 5), S. 465; BGH, 27.7.2017 – I ZR 228/15 – juris, Rn. 24; offen gelassen in BVerfGE 142, S. 74 (112 f.).

lich.<sup>23</sup> Da § 44 Abs. 6 BWLHG (mittelbar) eine zwingende Verpflichtung wissenschaftlicher Autoren zur Zweitveröffentlichung vorsieht, bewirkt die Vorschrift – anders als der in Bezug genommene und nur ein Recht einräumende § 38 Abs. 4 UrhG<sup>24</sup> – eine Einschränkung der (Publikations-)Freiheit der betroffenen Urheber. Damit aber stellt § 44 Abs. 6 BWLHG materiell eine Urheberrechtsschranke dar,<sup>25</sup> die nicht unter den abschließenden Katalog möglicher Beschränkungen in Art. 5 Abs. 3 UrhRL subsumiert werden kann.<sup>26</sup> Damit verstößt die Vorschrift gegen das unionsrechtliche Urheberrecht.

## 2. Fehlende Gesetzgebungskompetenz des Landes

Aus Sicht der Gesetzesbegründung handelt es sich bei § 44 Abs. 6 BWLHG – wie auch die systematische Verortung in der Einleitungsvorschrift zu den Personalrechtsnormen – um die Normierung einer an die bundesgesetzliche Option des § 38 Abs. 4 UrhG anknüpfenden dienstrechtlichen Pflicht.<sup>27</sup> Für das Landesdienstrecht ist der Landesgesetzgeber nach Art. 70 GG zuständig, da nur das Bundesdienstrecht (Art. 73 Abs. 1 Nr. 8 GG) und das Statusrecht u.a. der Landesbeamten (Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG) der Gesetzgebungskompetenz des Bundes unterliegen. Diese Sichtweise ist in mehrfacher Hinsicht zu oberflächlich. Zum Ersten geht es in § 44 Abs. 6 BWLHG – wie in § 38 Abs. 4 UrhG – materiell um eine Ausgestaltung des Urheberrechts, für die das dienstrechtliche Instrumentarium herangezogen wird. Das ändert aber nichts daran, dass der Regelungsgegenstand urheberrechtlicher Natur ist. Auch die Bezugnahme auf die Entstehung des Werks „im Rahmen der Dienstaufgaben“ vermag einen dienstrechtlichen Charakter der Norm nicht zu begründen. Vielmehr wird damit – wie die Begründung auch verdeutlicht<sup>28</sup> – nur das Tatbestandsmerkmal einer „mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten

Forschungstätigkeit“ als eine von mehreren Voraussetzungen des § 38 Abs. 4 UrhG (zudem in einer gegenüber der dortigen Gesetzesbegründung erweiternden Auslegung, s.o.) subsumiert, was für die „Anknüpfung“ an § 38 Abs. 4 UrhG erforderlich ist. Zum Zweiten verkennt die Gesetzesbegründung ein kleines, aber entscheidendes Detail: § 44 Abs. 6 BWLHG knüpft nicht an § 38 Abs. 4 UrhG an, sondern schiebt ihm landesrechtlich eine bundesrechtlich nicht vorgesehene Pflicht unter. Auch wenn diese Pflicht dienst- oder hochschulrechtlich begründet wird, schafft sie materiell ein in diesem Punkt modifiziertes Urheberrecht. Man kann es also drehen und wenden wie man will, § 44 Abs. 6 BWLHG ist im Schwerpunkt – was maßgeblich ist<sup>29</sup> – eine urheberrechtsgestaltende Norm.<sup>30</sup> Das Urheberrecht ist jedoch der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes gem. Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG zugewiesen, weshalb § 44 Abs. 6 BWLHG gegen die grundgesetzliche Kompetenzordnung verstößt und folglich verfassungswidrig ist.

## 3. Verstoß gegen die Publikationsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 GG

Indem § 44 Abs. 6 BWLHG einen wissenschaftlichen Autor (mittelbar) zur Zweitveröffentlichung unmittelbar nach Ablauf der Jahresfrist des § 38 Abs. 4 UrhG verpflichtet und dafür sogar den Satzungsgeber zur exakten Festlegung des Ortes der Zweitveröffentlichung – nämlich ein Hochschul-Repository nach § 28 Abs. 3 BWLHG<sup>31</sup> – ermächtigt, wird dem Autor nicht nur die Entscheidung über das „ob“, sondern auch über das „wo“ und über das „wann“ dieser Zweitveröffentlichung abgenommen. Diese Entscheidungen bilden jedoch den Kern der Publikationsfreiheit, die ihrerseits einen Unterfall der Wissenschaftsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 GG bildet.<sup>32</sup> Diese Freiheit umfasst gerade auch die negative Freiheit, sich nicht vorschreiben lassen zu müssen, ob und wenn

23 BGH (Fn. 22), Rn. 24.

24 Völlig zutreffend *Fehling* (Fn. 3), S. 187; a.A. *Sprang* (Fn. 5), S. 465, der sogar bereits darin eine Beschränkung sieht, dass dem Urheber eine völlige Rechtsentäußerung zugunsten des Verlags nicht möglich ist; da aber kein Urheber dazu gezwungen ist, von dem verbleibenden (Zweitveröffentlichungs-)Recht Gebrauch zu machen, überzeugt dies nicht.

25 VGH BW (Fn. 1), Rn. 82.

26 *Krausnick*, Offene Wissenschaft? – Öffentlich-rechtliche Aspekte der Diskussion um Open Access und Open Data, in: Geis/Winkler/Bickenbach (Hrsg.), Von der Kultur der Verfassung – Festschrift für Friedhelm Hufen zum 70. Geburtstag, 2015, S. 367 (371 f., 378); Börsenverein des Deutschen Buchhandels, Stellungnahme zum Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung hochschulrechtlicher Vorschriften des Landes Baden-Württemberg, <[https://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Stellungnahme\\_3.HRAG\\_BaWu\\_20131128.pdf](https://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Stellungnahme_3.HRAG_BaWu_20131128.pdf)> (7.7.2018), S. 8; ausdrücklich offen gelassen von VGH BW (Fn. 1), Rn. 75.

27 LT-Drs. 15/4684, S. 216.

28 LT-Drs. 15/4684, S. 215, führt aus: „Die Regelung trifft die Autorinnen und Autoren in ihrer Eigenschaft als Bedienstete des Landes, dessen Mittel die Forschungstätigkeit und die daraus fließende Publikation ermöglicht haben.“

29 VGH BW (Fn. 1), Rn. 85.

30 VGH BW (Fn. 1), Rn. 87; *Krausnick* (Fn. 26), S. 378; *Pflüger/Ertmann* (Fn. 5), S. 441, schlagen für ihre Überlegung eines Publikationszugriffsrechts der Hochschule auf Beiträge ihrer Mitarbeiter daher auch eine Verankerung im UrhG vor.

31 Zu den eher kritischen Perspektiven wissenschaftlichen Renommées solcher Repositorien unter Verweis auf die wenig erfolgreiche Historie von Universitätsverlagen *Sandberger* (Fn. 9), S. 82.

32 *Kempfen*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 37. Ed. Stand 15.5.2018, Art. 5 Rn. 182; *Fehling* (Fn. 3), S. 190 m. zahlr. Nachw.; *Sandberger*, Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2015, § 44 Rn. 7; *Krausnick* (Fn. 26), S. 373.

ja, in welchen print- oder eben auch online-veröffentlichten Zeitschriften oder Repositorien ein Autor seine Erkenntnisse publizieren muss. Auch der Einwand, dass im Fall einer Zweitveröffentlichung die Entscheidung über das „ob“ der Veröffentlichung bereits getroffen worden ist, ändert daran nichts: Die Publikationsfreiheit erfasst auch die Entscheidung, wie oft eine Wiederholungsveröffentlichung erfolgt. Dahinter stehen die für Wissenschaftler zentralen Gesichtspunkte der eigenen Reputation und der Publikationsrezeption, die wesentlich davon abhängen, wo (und ggf. warum wiederholend) ein Beitrag publiziert worden ist.<sup>33</sup> Noch weitergehend: § 44 Abs. 6 BWLHG könnte sogar dazu führen, dass baden-württembergische Hochschulbedienstete einen Standortnachteil dergestalt erleiden, dass renommierte Wissenschaftsverlage im Hinblick auf die Zweitveröffentlichungspflicht die Erstveröffentlichung in ihren Publikationsreihen ablehnen, da sie eine Verringerung ihrer ausschließlichen Nutzungsrechte an der Erstverwertung befürchten müssen.<sup>34</sup> Somit ist als Zwischenergebnis festzuhalten, dass § 44 Abs. 6 BWLHG jedenfalls einen Eingriff in die Publikations- und damit in die Wissenschaftsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 GG darstellt.<sup>35</sup>

Somit stellt sich die Frage, ob dieser Eingriff gerechtfertigt sein könnte. Da Art. 5 Abs. 3 GG außer der Bindung an die Verfassung keine Schrankenregelung enthält, kommt für eine Rechtfertigung nur eine verfassungsimmanente Schranke in Betracht. Darunter versteht man Grundrechtspositionen anderer (was hier im Verhältnis Staat/Wissenschaftler ausscheidet) oder sonstige Rechtsgüter von Verfassungsrang. Im Fall des § 44 Abs. 6 BWLHG bietet die Entwurfsbegründung zum einen das (etwas populistisch klingende) Argument an, dass ja der Staat die betroffenen Forschungsbeiträge

durch seine Personalkostenfinanzierung überhaupt erst ermöglicht habe. Unabhängig von der Frage, wie und von wem im Einzelnen ein überzeugender Nachweis darüber zu führen wäre, welche Forschungstätigkeiten innerhalb und außerhalb der Dienstzeit erbracht worden sind,<sup>36</sup> steht hinter diesem Argument die Vorstellung einer unbeschränkten Verfügungsbefugnis des finanzierenden Staates über die Forschungsergebnisse der bei ihm beschäftigten Wissenschaftler. Doch genau dieser Ansatz konterkariert die ratio legis von Art. 5 Abs. 3 GG, die dem Wissenschaftler einen wichtigen Entscheidungsspielraum auch gegenüber dem ihn finanzierenden Staat verschaffen will. Deshalb kann die Arbeitgeberstellung gerade nicht zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Wissenschaftsfreiheit herangezogen werden.<sup>37</sup> Insbesondere kann die staatliche Finanzierung als solche keine verfassungsimmanente Schranke darstellen.<sup>38</sup>

Ein weiteres in der Entwurfsbegründung angeführtes Argument stellt auf den verfassungsmäßigen Kultur- und Bildungsauftrag des Staates ab, woraus eine Pflicht seiner Bediensteten folge, „für eine angemessene Verbreitung der wissenschaftlichen Erkenntnisse zu sorgen.“ So richtig dies in dieser Allgemeinheit ist, so wenig können damit konkrete Zwangsvorgaben zur Ausübung der Publikationsfreiheit gerechtfertigt werden. Das folgt bereits aus dem Grundsatzcharakter dieser Verbreitungspflicht, die weder konkrete Publikationsverpflichtungen bezüglich bestimmter Forschungsergebnisse noch eine pauschale Zweitveröffentlichungspflicht begründen können, ohne die Wissenschaftsfreiheit ad absurdum zu führen.<sup>39</sup> Vielmehr bringt dieser Grundsatz – ganz allgemein – zum Ausdruck, dass Wissenschaft ein genuin kommunikativer Prozess ist und deshalb auf einem Austausch von Forschungsergebnissen basiert. Genau das ist aber auch alltäglich in allen Wissenschaftsdis-

33 Ebenso Sandberger (Fn. 9), S. 79, mit zahlr. Nachw.; Fehling (Fn. 3), S. 190, benennt beispielhaft die Bedeutung des sog. Impact-Faktors, und verweist außerdem auf Missbrauchs- und Verwirrungspotenziale bei Zweitveröffentlichungen im Internet (a.a.O., S. 191); a.A. Pflüger/Ertmann (Fn. 5), die eine Betroffenheit von Art. 5 Abs. 3 GG verneinen, „sofern der Ort der Veröffentlichung noch wissenschaftsadäquat ist“.

34 Angedeutet von Mohr Siebeck, vgl. LT-Drs. 15/4684, S. 336; ähnlich auch HAW BW und vhw, LT-Drs. 15/4684, S. 335; Sandberger (Fn. 9), S. 79; Krausnick (Fn. 26), S. 379; insofern erscheint die Vorstellung der Parallel(!)-Einreichung eines Beitrags bei einem Hochschulserver und bei einer anerkannten Fachzeitschrift eher unrealistisch, vgl. Pflüger/Ertmann (Fn. 5), S. 443.

35 Argumentationsmustern, die die Wissenschaftsfreiheit nur dienend und daher die Publikationspflicht nur als Schutzbereichsbegrenzung verstehen wollen, hat das BVerfG zu Recht eine klare Absage erteilt, vgl. Fehling (Fn. 3), S. 192 f. m.w.N.; differenziert *ders.* zur Frage, ob sogar bereits in einer Abhängigmachung öffentlicher Drittmittel von einer Open-Access-Zusage eine Eingriffswirkung in die Publikationsfreiheit zukommt, a.a.O.,

S. 194 ff.

36 Zu den Grenzen arbeitszeitrechtlicher Zuordnung von Forschungstätigkeiten vgl. Thomas Würtenberger, Forschung nur noch in der „Freizeit“? Eine Studie zur Arbeitsbelastung der Professoren, *Forschung & Lehre* 2003, S. 478-480.

37 Deshalb hat das BVerfG den Erfindungsschutz ausdrücklich dem Grunde nach für unabhängig von einem bestehenden Arbeitsverhältnis erklärt, BVerfG, 24.4.1998 – 1 BvR 587/88 – juris, Rn. 16 – 18.

38 Sandberger (Fn. 32), § 44 Rn. 7.

39 A.A. Fehling (Fn. 3), S. 197 f., wonach die Wissenschaftsfreiheit in ihrer objektiv-rechtlichen Dimension das kollektive Interesse an einem möglichst leichten Zugang zu Forschungsergebnissen zu erfassen vermag; allerdings räumt er ein, dass die objektiv-rechtliche Wissenschaftsfreiheit nicht das subjektive Abwehrrecht konterkarieren darf (a.a.O., S. 198 m.w.N.); deshalb ist auch der auf ein optionales Zugriffsrecht der jeweiligen Hochschule zielende Vorschlag von Pflüger/Ertmann (Fn. 5), S. 441 f., verfassungsrechtlich nicht haltbar.

ziplinen erfüllt, ohne dass es insoweit dirigistischer Vorgaben des grundrechtsgewährenden Staates bedürfte. Die in diesem Zusammenhang gern zitierte BGH-Entscheidung zu den Grabungsmaterialien, bei der ein Streit über Zugriffsrechte zwischen Wissenschaftlern (bzw. deren Erben) und der Hochschule zugunsten Letzterer entschieden wurde,<sup>40</sup> führt in den hier relevanten Fragen nicht weiter. Denn dort ging es nicht um geistige Beiträge wie etwa Aufsätze in Periodika, sondern um verkörperte Forschungsdaten in Gestalt von Grabungsdokumentationen und um amtliche Korrespondenzen, weshalb der BGH ausdrücklich nicht das Urheberrecht, sondern das Sachenrecht zur Anwendung bringt. Insbesondere sei die Forschungsarbeit eines Hochschullehrers „nicht darauf gerichtet, dem Dienstherrn Arbeitsergebnisse für seine Zwecke zur (wirtschaftlichen und/oder wissenschaftlichen) Nutzung zur Verfügung zu stellen.“ Soweit der BGH in diesem Kontext eine Veröffentlichungspflicht anspricht, betont er sowohl die Einzelfallabhängigkeit als auch die mögliche Überlagerung durch das Urheberrecht.<sup>41</sup> Ebenso kann die Transparenz der Forschung nicht zur Rechtfertigung herangezogen werden, weil die Ausübung von Grundrechten keinem generellen Transparenzgebot unterliegt.<sup>42</sup>

Schließlich argumentiert die Entwurfsbegründung mit der aus Art. 5 Abs. 3 GG abgeleiteten Pflicht, „ein funktionierendes und effizientes Wissenschaftssystem vorzuhalten“. Wenngleich auch dieser Ansatz im Grunde richtig ist, so vermag er doch den Eingriff des § 44 Abs. 6 BWLHG ebenfalls nicht zu tragen. Denn dies würde voraussetzen, dass ohne eine solche Zweitveröffentlichungspflicht das Wissenschaftssystem erhebliche Funktions- und Effizienzeinbußen aufweisen würde. Der bloße Umstand, dass viele Bibliotheken die teuren Abonnements verschiedener renommierter Fachzeitschriften (namentlich im naturwissenschaftlichen und internationalen Bereich) mit den vorhandenen Mitteln nicht mehr vollständig finanzieren können, kann dafür aber nicht ausreichen.<sup>43</sup> Sonst läge die Entscheidung über Grundrechtseingriffe stets in der Hand des Staates, durch eine Unterfinanzierung ein Funktions- und Effizienzdefizit zu erzeugen. Vielmehr bedingt die Grundrechtsordnung

gerade, dass der Staat seine Pflichten möglichst grundrechtsschonend zu erfüllen hat. Hinzu kommt, dass Grundrechtseingriffe rechtfertigende Funktions- und Effizienzeinbußen des Wissenschaftssystems jedenfalls solange nicht vorliegen, wie die wissenschaftliche Kommunikation über Forschungsergebnisse noch gelingt.<sup>44</sup>

Somit ist festzuhalten, dass sich für den mit § 44 Abs. 6 BWLHG verbundenen Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit keine Rechtfertigung finden lässt. Folglich verstößt diese Vorschrift gegen Art. 5 Abs. 3 GG und ist daher auch aus diesem Grund (materiell) verfassungswidrig.<sup>45</sup> Aus gutem Grund hat der Bundesgesetzgeber in § 38 Abs. 4 UrhG von derartigen Zwangselementen abgesehen.

#### 4. Verstoß gegen Art. 14 und 12 GG

Indem die Zweitveröffentlichungspflicht des § 44 Abs. 6 BWLHG aufgrund ihres Zwangscharakters in die Urheberrechtsposition der Autoren eingreift, betrifft sie auch deren von Art. 14 Abs. 1 GG geschütztes geistiges Eigentum.<sup>46</sup> Allerdings handelt es sich dabei um eine Regelung der Zweitveröffentlichung – die also eine entsprechende Grundsatzentscheidung zur (Erst-)Veröffentlichung voraussetzt –, die in einem jedenfalls nicht rufschädigenden Kontext erfolgt und zudem der Wissenschaft als kommunikativem Prozess dient. Zudem ist mit dieser Verpflichtung kein Verlust einer konkreten Eigentumsposition verbunden,<sup>47</sup> sondern § 44 Abs. 6 BWLHG erfüllt angesichts der moderaten Eingriffstiefe im Verhältnis zum Interesse der Allgemeinheit an einer bestmöglichen Wissenschaftskommunikation die Gebote der Gemeinwohlverpflichtung und der Verhältnismäßigkeit<sup>48</sup> und ist deshalb als eine zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.v. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG anzusehen.

Der Börsenverein des deutschen Buchhandels sieht zudem in der entschädigungslosen Nutzung der einem Verlag eingeräumten Verwertungsrechte einen Eingriff in die Eigentums- und Berufsfreiheit der Verleger.<sup>49</sup> Zwar trifft es zu, dass die Verlage durch das Zweitveröffentlichungsrecht – das durch § 44 Abs. 6 BWLHG zur Pflicht umgewandelt und damit im Gewicht erhöht wird

40 BGH, 27.9.1990 – I ZR 244/88 –, juris.

41 BGH, 27.9.1990 – I ZR 244/88 –, juris, Rn. 25, 26; *Fehling* (Fn. 3), S. 188; erheblich zu weitgehend daher *Pflüger/Ertmann* (Fn. 5), S. 440.

42 *Krausnick* (Fn. 26), S. 373.

43 Siehe dazu auch *Fehling* (Fn. 3), S. 204 f., der auf die kostenmäßige Relativität von Open-Access wegen Kostenverlagerungen verweist.

44 Ähnlich *Sandberger* (Fn. 9), S. 80; dies gilt erst recht, soweit der zur Grundrechtssicherung verpflichtete Staat die dortigen Schwierigkeiten durch Absenkung der Bibliothekshaushalte das Problem

selbst verschärft, vgl. *Pflüger/Ertmann* (Fn. 5), S. 437.

45 Ebenso *Sandberger* (Fn. 32), § 44 Rn. 7.

46 Vgl. statt vieler: *Papier*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, 82. EL (Jan. 2018), Art. 14 Rn. 197 f. m.w.N.; *Krausnick* (Fn. 26), S. 374; BVerfG, 25.10.2002 – 1 BvR 2116/01 – juris, Rn. 24 m.w.N.; BVerfGE Bd. 31, S. 229 (Ls. 1).

47 *Krausnick* (Fn. 26), S. 374.

48 Zu den Anforderungen an die Inhalts- und Schrankenbestimmung näher *Papier* (Fn. 46), Art. 14 Rn. 308 ff.; s. auch BVerfGE Bd. 31, S. 229 (Ls. 2).

49 Börsenverein (Fn. 26), S. 10.

– beschwert sind. Dies kann allerdings das Eigentumsrecht schon deshalb nicht tangieren, weil die Verlage ein Verwertungsrecht eben nur noch in dem beschwerten Umfang erwerben können und ihnen deshalb nichts „weggenommen“ wird, das sie zuvor gehabt hätten.<sup>50</sup> Der Eingriff beschränkt sich damit auf die Berufsfreiheit, indem die Erwerbchancen durch § 44 Abs. 6 BWLHG reduziert sind. Doch wird man darin noch eine – durch den Gemeinwohlbelang der erleichterten Wissenschaftskommunikation gerechtfertigte – Ausübung des Gesetzesvorbehalts zu sehen haben.<sup>51</sup> Denn §§ 38 Abs. 4 UrhG, 44 Abs. 6 BWLHG nehmen durch den eingeschränkten Anwendungsbereich auf mindestens hälftig öffentlich geförderte Forschungsergebnisse und die Bezugnahme auf die akzeptierte Manuskriptversion sowie schließlich durch die Abstandsfrist zwischen Erst- und Zweitveröffentlichung von einem Jahr auf die berechtigten verlegerischen Interessen – insbesondere deren eigene Investitionen und deren Amortisationsinteresse – angemessene Rücksicht, wodurch die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs gewahrt ist.<sup>52</sup>

Ein Verstoß gegen Art. 14 und 12 GG ist demnach nicht festzustellen.

#### 5. Verstoß gegen das urheberrechtliche Zweitveröffentlichungsrecht gem. § 38 Abs. 4 UrhG

Schließlich verstößt § 44 Abs. 6 BWLHG – unabhängig von der fehlenden Gesetzgebungskompetenz – auch inhaltlich gegen das einfache Bundesrecht in Gestalt des § 38 Abs. 4 UrhG. Denn diese Norm räumt dem Urheber ein unabdingbares Zweitveröffentlichungsrecht ein, um dessen Optionen zu verbreitern und seine Stellung gegenüber demjenigen, dem er das Erstveröffentlichungsrecht übertragen hat (also der Fachzeitschrift oder dem Wissenschaftsverlag), zu stärken.<sup>53</sup> Dieses Optionsrecht wird durch § 44 Abs. 6 BWLHG in eine Pflicht umgewandelt, wodurch die bundesgesetzlich eingeräumte Berechtigung und Entscheidungsfreiheit zur Nichtausübung des Zweitveröffentlichungsrechts landesgesetzlich abgeschafft wird.<sup>54</sup> Dadurch wird das Regelungskonzept des Bundes derart erheblich qualitativ verändert, wenn nicht sogar „konterkariert“,<sup>55</sup> dass insoweit keine inhaltliche Übereinstimmung mehr zwischen dem Bundes- und Landesrecht besteht.

Hinzu kommt, dass die Bundesregierung in ihrer Entwurfsbegründung zu § 38 Abs. 4 UrhG dessen Tatbestands-

merkmal, wonach das Zweitveröffentlichungsrecht für eine „mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderter Forschungstätigkeit“ gilt, verengt dahin ausgelegt hat, dass dies nur bei öffentlichen Projektförderungen oder bei institutionell geförderten außeruniversitären Forschungseinrichtungen gelten soll (s.o.). Dies umfasst folglich gerade nicht die von Hochschulbediensteten im Rahmen ihrer regulären Tätigkeit erarbeiteten Erkenntnisse.<sup>56</sup> Indem aber § 44 Abs. 6 BWLHG die Zweitveröffentlichungspflicht auf alle landesseitig durch Personalfinanzierung ermöglichten Forschungsergebnisse erstreckt, nimmt der Landesgesetzgeber eine ihm nicht zustehende abweichende Auslegung bundesgesetzlicher Tatbestandsmerkmale vor.

#### IV. Fazit

Open Access ist eine im digitalen Zeitalter an Bedeutung stetig zunehmende Publikationsform zur Förderung des wissenschaftlichen Austausches. Deshalb verdient Open Access jede geeignete Förderung. Allerdings ist eine staatlich-repressive Zwangsmaßnahme wie § 44 Abs. 6 BWLHG aus wissenschaftspolitischen und rechtlichen Gründen dafür ungeeignet. Wesentlich wissenschaftsadäquater (und rechtlich unbedenklicher) wäre ein Anreizmodell, wie es im Koalitionsvertrag der grün-schwarzen Landesregierung zumindest anklingt. Danach kündigen die Regierungsparteien an, die „Open-Access-Strategie des Landes gemeinsam mit Hochschulen und Bibliotheken weiterzuentwickeln“ und zu „prüfen, ob baden-württembergische Open-Access-Zeitschriften durch das Land gefördert werden können und ob die Zweitveröffentlichungspflicht aufrechterhalten werden soll.“<sup>57</sup>

So erfreulich diese Ankündigungen sind, so bedauerlich ist es, dass in den über zwei Jahren seit Abschluss dieses Koalitionsvertrags noch keine diesbezüglichen Aktivitäten zu erkennen sind. Das Land ist daher nur nochmals und eindringlich aufzufordern, nun spätestens den Vorlagebeschluss des Verwaltungsgerichtshofs zum Anlass zu nehmen, ein neues und überzeugenderes Open-Access-Förderkonzept ohne Zweitveröffentlichungszwang vorzulegen und umzusetzen.

Volker M. Haug ist Honorarprofessor im Institut für Volkswirtschaftslehre und Recht der Universität Stuttgart. Seine Arbeitsschwerpunkte liegen im Partizipations-, Hochschul-, Medien- und Verfassungsrecht.

50 Fehling (Fn. 3), S. 186; a.A. Sprang (Fn. 5), S. 465.

51 Krausnick (Fn. 26), S. 375.

52 Bezüglich § 38 Abs. 4 UrhG: BT-Drs. 13423, S. 10; näher dazu Fehling (Fn. 3), S. 186; a.A. Sprang (Fn. 5), S. 465.

53 BT-Drs. 17/13423, S. 9 f.

54 Diesen Unterschied betont auch die Allianz der Wissenschaftsorganisationen, die § 44 Abs. 6 BWLHG deshalb als „problematisch“ bezeichnet hat, vgl. LT-Drs. 15/4684, S. 335; a.A. Krausnick

(Fn. 26), S. 378.

55 So der VGH BW (Fn. 1), Rn. 114; ebenso der Börsenverein (Fn. 26), S. 8, und der DHV, in: LT-Drs. 15/4684, S. 335.

56 Soppe (Fn. 11), § 38 Rn. 60.

57 Bündnis 90/Die Grünen Baden-Württemberg/CDU Baden-Württemberg, Baden-Württemberg gestalten: Verlässlich. Nachhaltig. Innovativ., S. 40 f.



# Frank Selbmann / Alexander Schwarz

## *Der gerichtliche Kapazitätsüberprüfungsanspruch von Nicht-EU-Ausländern und Staatenlosen im Hochschulzulassungsrecht*

### ÜBERSICHT

- I. Der gerichtliche Kapazitätsüberprüfungsanspruch
- II. Der Kapazitätsüberprüfungsanspruch von Nicht-EU-Ausländern und Staatenlosen aus den Landesverfassungen
- III. Anspruch auf Gleichstellung von Bildungsinländern aufgrund von Regelungen im Studienplatzvergabeverfahren
- IV. Resümee

### I. Der gerichtliche Kapazitätsüberprüfungsanspruch

In den medizinischen Studiengängen ist ein Trend zu verzeichnen, nach dem die Zahl der in Kapazitätsrechtsstreiten aufgedeckten verschwiegenen Studienplätze kontinuierlich abnimmt. Umso wichtiger ist die Frage, wer an einem gerichtlich angeordneten Vergabeverfahren von außerkapazitären Studienplätzen zu beteiligen ist. Das BVerwG billigte in seinem Urteil vom 23.03.2011 für die Studiengänge, die in das zentrale Vergabeverfahren einbezogen sind, eine Bindung an das Auswahlverfahren der Hochschule.<sup>1</sup> Am zentralen Vergabeverfahren nehmen deutsche Staatsangehörige, Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union sowie ausländische Staatsangehörige und Staatenlose mit einer deutschen Hochschulzugangsberechtigung (so genannte Bildungsinländer) teil.<sup>2</sup> Nicht-EU-Ausländer mit einer ausländischen Hochschulzugangsberechtigung werden nicht in das Auswahlverfahren der Hochschulen einbezogen. Sie können daher in den Bundesländern, in denen wirksam eine Bindung der Vergabe gerichtlich zugewiesener Studienplätze an das Auswahlverfahren der Hochschule angeordnet wurde, faktisch nicht an der Verteilung gerichtlich zugewiesener Studienplätze partizipieren.<sup>3</sup> Der Ausschluss von gerichtlichen Vergabeverfahren erfolgt bereits aufgrund der Regelungen der landesrechtlichen Studienplatzvergabeordnungen, ohne dass es auf die Frage des Verhältnisses von Grundgesetz und landesrechtlichen Grundrechten ankommt. Verfas-

sungsrechtlicher Hintergrund ist, dass der gerichtliche Kapazitätsüberprüfungsanspruch aus Art. 12 Abs. 1 GG abgeleitet wird, der als einheitliche Gewährleistung der Berufsfreiheit das Recht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte und – in Verbindung mit dem Gleichheitssatz und dem Sozialstaatsprinzip – auf Teilhabe an den staatlichen Ausbildungsressourcen umfasst.<sup>4</sup> Art. 12 Abs. 1 GG ist ein Deutschen-Grundrecht, so dass sich Ausländer nicht auf dieses berufen können.<sup>5</sup> Die Entscheidung, dass Art. 12 Abs. 1 GG nur auf Deutsche beschränkt ist, stellt eine ausdrückliche Entscheidung des Verfassungsgebers dar, die nicht unterlaufen werden darf.<sup>6</sup> Ausländische Staatsangehörige können sich zwar grundsätzlich auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen. Insoweit besteht jedoch eine Einschränkung, dass diese Norm nur vor Eingriffen schützt, die nicht vom Regelungsbereich des Art. 12 Abs. 1 GG erfasst werden.<sup>7</sup> Ein Anspruch von Nicht-EU-Ausländern ohne deutsche Hochschulzugangsberechtigung auf Gleichstellung besteht nicht. Dennoch leitete beispielsweise das VG Hannover die Rechte von Ausländern auf Beteiligung an einem gerichtlich angeordneten Vergabeverfahren um freie außerkapazitäre Studienplätze, im konkreten Fall eines afghanischen Staatsangehörigen mit deutscher Hochschulzugangsberechtigung, aus Art. 2 Abs. 1 GG her.<sup>8</sup> Landesverfassungen enthalten z.T. weitergehende Grundrechte als Art. 12 GG. Nach Auffassung des BVerwG besteht für die Verteilung von gerichtlich festgestellter Restkapazität kein verfassungsrechtliches Gebot der Bundeseinheitlichkeit.<sup>9</sup> Daher ist zu untersuchen, ob und inwieweit ein gerichtlicher Kapazitätsüberprüfungsanspruch aus den jeweiligen Landesverfassungen abgeleitet werden kann. Bezüglich der Bildungsinländer gehen einige Verwaltungsgerichte von einem Anspruch auf Gleichbehandlung aus den jeweiligen Studienplatzvergabeordnungen aus, während andere Gerichte dies ablehnen. Ein Anspruch auf Gleichstellung kann sich weiterhin aus völkerrechtlichen Verträgen bzw. aus Unionsrecht sowie Vereinbarungen der

1 BVerwG, Urt. v. 23.03.2011, 6 CN 3/10, NVwZ 2011, 1135.

2 Art. 5 Abs. 2 StV 2008.

3 Allgemein zum Hochschulzugang ausländischer Staatsangehöriger: Bode, Hochschulzugang für Flüchtlinge: Bildungsrechte im Integrationsverwaltungsrecht, RAR 2018, 46.

4 BVerfG, Urt. v. 18.7.1972 – 1 BvL 32/70, BVerfGE 33, 303.

5 Kämmerer in v. Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar I,

6. Aufl. 2012, Art. 12, Rn. 43.,

6 BVerfG, Beschl. v. 10.05.1988, 1 BvR 482/84 und 1166/85 = BVerfGE 78, 179, 196.

7 BVerfGE 78, 179, 196.

8 VG Hannover, Beschl. v. 19.05.2009, 8 C 1400/09 u.a.

9 BVerwG, Urt. v. 08.02. 1980, 7 C 93.77, NJW 1980, 2766.

Europäischen Union mit Drittstaaten ergeben. Staatsangehörige von EU-Mitgliedsstaaten sind Deutschen in Kapazitätsrechtsstreiten aufgrund des europarechtlichen Diskriminierungsverbotes grundsätzlich gleichgestellt<sup>10</sup> und werden daher in die Vergabe gerichtlich zugewiesener Studienplätze einbezogen. Das OVG Münster verweist überdies darauf, dass sich ggf. ein Kapazitätsüberprüfungsanspruch für türkische Staatsangehörige aus Art. 9 des Beschlusses 1/80 des Assoziationsrates EWG - Türkei über die Entwicklung der Assoziation vom 19. September 1980 (ARB 1/80) ergeben kann.<sup>11</sup> Europarechtliche und völkerrechtliche Gesichtspunkte sollen jedoch an dieser Stelle nicht berücksichtigt werden, da sie gesondert betrachtet werden müssen und eine Prüfung des europäischen Sekundärrechts den Rahmen dieser Abhandlung sprengen würde.

## II. Der Kapazitätsüberprüfungsanspruch von Nicht-EU-Ausländern und Staatenlosen aus den Landesverfassungen

### 1. Abgrenzung von Grundrechten und Staatszielbestimmungen

In den 1990er Jahren wurden mehrere neue Landesverfassungen geschaffen bzw. novelliert. Neben den ostdeutschen Bundesländern betraf dies u.a. das Land Niedersachsen, das im Jahr 1993 seine Landesverfassung modernisierte.<sup>12</sup> Als Antwort auf eine vierzigjährige willkürliche Planung und Gängelung wurde in den ostdeutschen Landesverfassungen nach der Wiedervereinigung und der Neugründung der ostdeutschen Bundesländer in unterschiedlicher Ausprägung ein einklagbares Recht auf Zugang zu Bildungseinrichtungen geschaffen. Insoweit sind die ostdeutschen Landesverfassungen als Reaktion auf konkrete Unrechtserfahrungen in der DDR anzusehen, wo der Zugang zu Bildungseinrichtungen, seien es Erweiterte Oberschulen oder Universitäten, streng reglementiert wurde, und die Auswahlentscheidung vor allem von der sozialen Herkunft des Schul-/ Studienbewerbers sowie der politischen Gesinnung abhängig gemacht wurde. Bei der Erarbeitung der Landesverfassungen wurde ein etwaiger Kreis von möglichen „Studienplatzklägern“ von den Verfassungsgebern selbstverständlich nicht in die Erwägungen einbezogen. Dass die gleichberechtigte Teilhabe an Bildung in den

ostdeutschen Landesverfassungen eine zentrale Rolle einnimmt, liegt jedoch historisch bedingt auf der Hand. Schwierigkeiten bereitet in diesem Zusammenhang die Frage, ob es sich bei den jeweiligen Regelungen um Staatszielbestimmungen handelt oder um Grundrechte. Diese Unsicherheiten resultieren daraus, dass es Doppelregelungen in den Landesverfassungen gibt. Anders als Grundrechte haben Staatszielbestimmungen einen rein objektiven rechtlichen Inhalt.<sup>13</sup> Die Staatsgewalt muss die Staatszielbestimmungen beachten. Ein Grundrechtsträger kann sich jedoch nicht zur Begründung von Ansprüchen wegen rechtswidrigen bzw. verfassungswidrigen staatlichen Handelns auf diese berufen.<sup>14</sup> Sie dienen lediglich als Interpretationshilfe des einfachen Rechts.<sup>15</sup> Landesrechtliche Grundrechte sind dagegen anders als Staatszielbestimmungen einklagbar.<sup>16</sup>

### 2. Sachsen-Anhalt

Doppelte Regelungen bezüglich des Zugangs zu Bildungseinrichtungen finden sich in der Landesverfassung des Landes Sachsen-Anhalt (VerfLSA). Art. 16 VerfLSA ist Art. 12 Abs. 1 GG nachgebildet und enthält ein reines Deutschen-Grundrecht. Daneben gewährleistet Art. 25 Abs. 1 VerfLSA ein subjektiv-öffentliches Recht auf Zugang zu den öffentlichen Ausbildungseinrichtungen für alle jungen Menschen. Die Regelung ist systematisch in den Abschnitt „Einrichtungsgarantien“ der VerfLSA eingeordnet, nach der Rechtsprechung des OVG Magdeburg jedoch ein Grundrecht. Umfasst ist nach dem OVG Magdeburg auch der Zugang zu den Hochschulen des Landes. Das Gericht schränkt insoweit in Übereinstimmung mit dem BVerfG ein, dass der Anspruch auf Teilhabe unter dem Vorbehalt des Möglichen steht, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann.<sup>17</sup> Mit Urteil vom 19.11.2011 entschied das OVG Magdeburg in einem Normenkontrollverfahren, in dem über die Zulässigkeit der Bindung außerkapazitärer Zulassungsansprüche an das Auswahlverfahren der Hochschule zu entscheiden war, dass das Teilhaberecht aus Art. 25 Abs. 1 VerfLSA anders als die Grundrechte Art. 12 Abs. 1 GG bzw. Art. 16 Abs. 1 VerfLSA nicht ausschließlich Deutschen vorbehalten sei, sondern jedem jungen Menschen und damit auch ausländischen Staatsangehörigen und Staatenlosen. Für eine Auslegung als Grundrecht und nicht lediglich als

10 OVG Münster, Beschl. v. 23.08.1994, 13 C 129/94; OVG Weimar, Beschl. v. 20.10.2010, NcO 589/10 u.a.

11 OVG Münster, Beschl. v. 31.01.2017, 13 C 42/16.

12 *Berlit*, Die neue Niedersächsische Verfassung – Zur Ablösung eines provisorischen Organisationsstatuts, NVwZ 1994, 11.

13 *Peters*, Art. 20 a GG – Die neue Staatszielbestimmung des Grundgesetzes, NVwZ 1995, 555.

14 *Peters*, Fn. 13, 555.

15 *Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, Tübingen, 1997, 485.

16 *Fischer*, Staatszielbestimmungen in den Verfassungen und Verfassungsentwürfen der neuen Bundesländer, München 1994, 20.

17 OVG Magdeburg, Urt. v. 19.10.2011, 3 K 330/11, NVwZ-RR 2012, 348, 349.

Staatszielbestimmung spreche der Wortlaut, der das Recht jedem jungen Menschen und nicht nur jedem Deutschen gewährt sowie die Gesetzessystematik der Landesverfassung, die zwischen den „Jedem“ oder „allen Menschen“ zustehenden Rechten und Grundrechten unterscheidet, auf die sich nur Deutsche berufen können. Auch sei der Regelungszusammenhang zu Art. 25 Abs. 2 VerflSA, wonach eine allgemeine Schulpflicht besteht, die sich unterschiedslos auf deutsche und ausländische Schulkinder erstreckt, zu berücksichtigen.<sup>18</sup> Bereits in seinem Urteil vom 19.11.2011 wies das OVG Magdeburg darauf hin, dass die Regelungen des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG und des Art. 16 Abs. 1 Satz 1 VerflSA einerseits und des Art. 25 Abs. 1 VerflSA andererseits in einer Weise zum Ausgleich zu bringen seien, um beiden verfassungsrechtlichen Normen möglichst weitgehend zur Entfaltung zu verhelfen. Da die Regelung des § 23 Abs. 2 VVOStiftung LSA, über deren Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht in diesem Verfahren lediglich abstrakt zu entscheiden war, zu einem Komplettausschluss von Ausländern vom Vergabeverfahren um außerkapazitätsstudienplätze in den in das zentrale Vergabeverfahren einbezogenen Studiengänge führte, wurde diese Regelung für unwirksam erklärt. In einem weiteren Verfahren im Jahr 2014 schränkte das OVG allerdings ein, dass ausländische Staatsangehörige keinen generellen Anspruch auf Teilhabe an der Vergabe außerkapazitätsstudienplätze haben.<sup>19</sup> Zu entscheiden war über die Beschwerde einer russischen Staatsangehörigen gegen einen ablehnenden Beschluss des VG Halle in einem Verfahren auf vorläufige Zulassung zum Studium der Humanmedizin im 1. Fachsemester, in dem das Verwaltungsgericht festgestellt hatte, dass es einen erheblichen Überhang an Antragstellern mit deutscher Staatsangehörigkeit gab.<sup>20</sup> Nach Auffassung des OVG führe die Vergabe eines Studienplatzes an einen ausländischen Studienbewerber naturgemäß dazu, dass dieser Platz einem deutschen Studienbewerber vorenthalten würde. In einem solchen Fall sei die Kollisionsregel des Art. 31 GG anzuwenden. Art. 31 GG löse den Konflikt von Landesrecht und Bundesrecht dahingehend, dass Bundesrecht eine landesrechtliche Regelung auch dann breche, wenn es sich um Landesverfassungsrecht handle.<sup>21</sup> Gerichtliche Eilverfahren von Nicht-EU-Ausländern

und Staatenlosen haben daher zum gegenwärtigen Zeitpunkt in Sachsen-Anhalt nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn die Zahl der durch das Verwaltungsgericht aufgedeckten Plätze die Zahl der gerichtlichen Antragsteller weit übersteigt. Dies wird in den Verfahren um Zulassung zum Studium der Humanmedizin- und der Zahnmedizin regelmäßig nicht der Fall sein.

### 3. Freistaat Thüringen

Ebenso wie in Sachsen-Anhalt enthält die Thüringer Landesverfassung (ThürVerf) doppelte Regelungen bezüglich des Zugangs zu Bildungseinrichtungen. Gemäß Art. 35 Abs. 1 Satz 1 ThürVerf hat jeder Bürger<sup>22</sup> das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Diese Norm ist Art. 12 Abs. 1 GG nachgebildet. Außerdem hat gemäß Art. 20 Satz 1 ThürVerf jeder Mensch das Recht auf Bildung. Gemäß Art. 20 Satz 2 ThürVerf wird der freie und gleiche Zugang zu öffentlichen Bildungseinrichtungen nach Maßgabe der Gesetze gewährleistet. Bereits aus dem eindeutigen Wortlaut des Art. 20 Satz 1 ThürVerf ergibt sich, dass dieser ein individuelles Grundrecht enthält. Dies wird jedoch bestritten.<sup>23</sup> Art. 20 Satz 2 ThürVerf legt fest, dass der freie und gleiche Zugang zu den öffentlichen Bildungseinrichtungen nach Maßgabe der Gesetze gewährleistet wird. Auch insoweit wird ein individueller Anspruch gewährleistet. Die Formulierung „nach Maßgabe der Gesetze“ stellt lediglich eine Inhalts- und Schrankenbestimmung dar. Dies wird auch von Vertretern der Ansicht, Art. 20 Satz 1 ThürVerf stelle lediglich eine Staatszielbestimmung dar, vertreten.<sup>24</sup> Der Grundrechtscharakter lässt sich auch anhand der Entstehungsgeschichte der Norm belegen. Grundlage für die Thüringer Landesverfassung bildeten fünf Entwürfe der in der ersten Legislaturperiode im Thüringer Landtag vertretenen Fraktionen. Der Verfassungsentwurf der CDU-Fraktion postuliert in Art. 31 Abs. 2 Satz 1 ein Jedermanns-Grundrecht auf Zugang zu den Erziehungs-, Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen.<sup>25</sup> Im Verfassungsentwurf der SPD-Fraktion ist ein Jedermanns-Grundrecht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte in Art. 27 Abs. 1 Satz 1 enthalten.<sup>26</sup> Dieser Entwurf trennte ausdrücklich zwischen Staatsgrundsätzen und Staatszielen in Art. 3 ff. und Grundrechten in Art. 14 ff. Damit wird deutlich, dass systematisch auch

18 OVG Magdeburg, NVwZ-RR 2012, 348, 349.

19 OVG Magdeburg, Beschl. v. 24.03.2014, 3 M 66/14, NVwZ-RR 2014, 646.

20 VG Halle, Beschl. v. 17.01.2014, 3 B 440/14 HAL.

21 OVG Magdeburg, Beschl. v. 24.03.2014, 3 M 66/14, NVwZ-RR 2014, 646.

22 Bürger sind deutsche Staatsangehörige und Flüchtlinge oder Vertriebene mit deutscher Volkszugehörigkeit bzw. deren Ehegatten und Abkömmlinge, die im Gebiet der Bundesrepublik Deutsch-

land Aufnahme gefunden haben (Art. 104 ThürLV).

23 Für ein Grundrecht: *Neumann*, Staatsziele in der Verfassung des Freistaates Thüringen LKV 1996, 392, 394; dagegen *Jutzi*, Staatsziele in der Verfassung des Freistaates Thüringen, ThürVBl 1995, 54, 55, für eine Kombination aus Grundrechten und Staatszielbestimmungen: *Fischer*, Fn. 16, 146.

24 *Jutzi*, Fn. 23, 55.

25 LT Drs. 1/285 v. 10.04.1991.

26 LT Drs. 1/590 v. 27.07.1991.

die Gewährung eines subjektiven Rechts gewollt war. Der Entwurf des Neuen Forums konzentriert sich auf den Zugang zur Schule, enthält jedoch in Art. 9 Abs. 1 Satz 1 ein Jedermanns-Grundrecht auf Bildung und Ausbildung.<sup>27</sup> Auch insoweit ist der Wortlaut des Textentwurfes eindeutig. Art. 9 Abs. 1 Satz 1 gewährt ein Jedermanns-Grundrecht, die folgenden Regelungen ab Art. 9 Abs. 1 Satz 2 beziehen sich ausschließlich auf das Schulwesen. Der Entwurf der Linken Liste/PDS enthält in Art. 28 Abs. 1 ein Jedermanns-Grundrecht auf Bildung. Darüber hinaus gewährt Art. 28 Abs. 2 ein Jedermanns-Grundrecht auf freien Zugang zu den öffentlichen Bildungseinrichtungen.<sup>28</sup> Lediglich der Verfassungsentwurf der FDP-Fraktion orientiert sich in Art. 14 an Art. 12 GG und enthält daneben in Art. 24 ein auf das Schulwesen beschränktes Staatsziel.<sup>29</sup> Damit bleibt zu konstatieren, dass alle Verfassungsentwürfe der im 1. Thüringer Landtag vertretenen Fraktionen, mit Ausnahme des der FDP-Fraktion, ein Jedermanns-Grundrecht auf Bildung enthielten.

Das OVG Weimar ging in einem Beschluss vom 28.09.2010 in einem Kapazitätsrechtsstreit eines mazedonischen Staatsangehörigen ohne nähere Begründung davon aus, dass Art. 20 der Thüringer Verfassung lediglich einen Programmsatz darstelle. Art. 35 ThürVerf sei ein Deutschen-Grundrecht.<sup>30</sup> Mit Urteil vom 25.09.2012, dem ein Normenkontrollantrag bezüglich der Zulässigkeit der Kopplung des Vergabeverfahrens von außerkapazitären Studienplätzen an das Auswahlverfahren der Hochschule einer Zweitstudienbewerberin mit deutscher Staatsangehörigkeit zugrunde lag, wiederholte das Gericht bezüglich des Art. 20 Satz 2 ThürVerf die Rechtsauffassung, dass dieser kein Grundrecht gewähre, sondern ein Programmsatz sei. Anders als in der VerfLSA sei kein subjektives Recht herzuleiten. Für diese Sichtweise spreche neben dem Wortlaut auch die systematische und teleologische Auslegung.<sup>31</sup> Auf die Frage, ob Art. 20 Satz 1 ThürVerf ein subjektives Grundrecht enthält, ging das OVG in seiner Entscheidung nicht ein. Im gegen die Entscheidung des OVG Weimar erhobenen Verfassungsbeschwerdeverfahren ergangenen Beschluss wählte der Thüringer Verfassungsgerichtshof eine differenzierte Betrachtungsweise. Der Thüringer Verfassungsgerichtshof stellte fest, dass Art. 20 Satz 1 ThürVerf, auch deshalb weil das „Recht

auf Bildung“ kaum greifbare Konturen aufweise, eine Staatszielbestimmung sei. Dagegen weise der in Art. 20 Satz 2 ThürVerf geregelte Zugang zu Bildungseinrichtungen rechtlich schärfere Konturen auf. Die ThürVerf verstehe sich als bewusster Gegenentwurf zur Rechtswirklichkeit in der DDR. Wenn sich der Verfassungsgeber vor diesem Hintergrund entscheide, einen freien und gleichen Zugang zu öffentlichen Bildungseinrichtungen zu normieren, dann liege es nahe, dass er auch die Möglichkeit eröffnen wollte, sich gegen Diskriminierungen rechtlich zur Wehr zu setzen.<sup>32</sup> Im konkreten Fall wies der Thüringer Verfassungsgerichtshof jedoch die Verfassungsbeschwerde zurück, weil er aufgrund einer Entscheidung des BVerwG an einer Sachentscheidung gehindert sei.<sup>33</sup> Man wird dennoch einen Jedermanns-Anspruch auf Kapazitätsüberprüfung aus Art. 20 Satz 2 ThürVerf herleiten können, insbesondere, weil der ThürVerfGH darauf verweist, dass der persönliche Schutzbereich des Art. 20 Satz 2 ThürVerf weiter sei, als der des Art. 12 Abs. 1 GG.<sup>34</sup> Soweit ersichtlich gibt es jedoch keine neueren verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen, in denen diese Problematik thematisiert wird.

#### 4. Mecklenburg-Vorpommern

Das Verwaltungsgericht Schwerin billigte unter Verweis auf das Urteil des OVG Magdeburg vom 19.11.2011 Ausländern und Staatenlosen einen gerichtlichen Kapazitätsüberprüfungsanspruch zu und stellte dabei auf Art. 8 der Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern (LVerf M-V) ab. Dieser enthalte ein landesrechtliches Teilhaberecht auch für nicht Deutschen gleichgestellte Ausländer und Staatenlose. Durch diese Norm werde das Deutschen-Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3, 12 Abs. 1 GG landesverfassungsrechtlich erweitert.<sup>35</sup>

#### 5. Brandenburg

In Art. 29 der Verfassung des Landes Brandenburg sind sowohl das Recht auf Bildung (Abs. 1) als auch das Recht auf gleichen Zugang zu den öffentlichen Bildungseinrichtungen (Abs. 2) als Jedermanns-Grundrecht ausgestaltet. Ein Kapazitätsüberprüfungsanspruch steht daher in Brandenburg auch Nicht-EU-Ausländern und Staatenlosen zu. Entscheidungen, in denen ausländischen Staatsangehörigen ein Kapazitätsüberprüfungsanspruch versagt wird, sind nicht bekannt.

27 LT Drs. 1/659 v. 23.08.1991.

28 LT Drs. 1/678 v. 09.09.1991.

29 LT Drs. 1/301 v. 25.04.1991.

30 OVG Weimar, Beschl. v. 28.09.2010, 1 NcO 370/10.

31 OVG Weimar, Urt. v. 25.09.2012, 1 N 260/12.

32 ThürVerfGH, Beschl. v. 19.11.2014, VerfGH 24/12,

BeckRS 2014, 59179.

33 BVerwG, Beschl. v. 22.7.2013, 6 BN 2.13, BeckRS 2013, 54390.

34 ThürVerfGH, Beschl. v. 19.11.2014 – VerfGH 24/12, BeckRS 2014, 59179.

35 VG Schwerin, Beschl. v. 07.09.2012, 3 B 426/11.

## 6. Sachsen

Ein Staatsziel „Bildung“ wurde in Art. 7 Abs. 1 der Sächsischen Landesverfassung (SächsLV) normiert. Daneben enthält die Sächsische Landesverfassung in Art. 29 eigene Grundrechte mit bildungsrechtlichem Bezug. Gemäß Art. 29 Abs. 1 SächsLV haben alle Bürger das Recht, die Ausbildungsstätte frei zu wählen. Art. 29 Abs. 2 SächsLV gewährt daneben ein eigenständiges Teilhaberecht auf gleichen Zugang zu Bildungseinrichtungen. Das Recht auf erschöpfende Kapazitätsausnutzung wird aus Art. 29 Abs. 2 SächsVerf abgeleitet.<sup>36</sup> Jedoch gilt Art. 29 Abs. 2 SächsVerf ausweislich seines Wortlautes ausschließlich für Bürger, also für deutsche Staatsangehörige.<sup>37</sup> Der Freistaat Sachsen ist damit das einzige der ostdeutschen Bundesländer, in dem ein Kapazitätsüberprüfungsanspruch von Ausländern nicht aus der Landesverfassung abgeleitet werden kann.

## 7. Berlin

Gemäß Art. 20 Abs. 1 Satz 1 der Berliner Verfassung (VvB) hat jeder Mensch ein Recht auf Bildung. Das Land Berlin soll den Zugang eines jeden Menschen zu den öffentlichen Bildungseinrichtungen nach Maßgabe der Gesetze fördern (Art. 20 Abs. 1 Satz 2 VvB). Art. 17 VvB gewährt daneben einen Anspruch auf Freizügigkeit, der auch das Recht der freien Wahl der Ausbildungsstätte eines Studienbewerbers umfasst.<sup>38</sup> Der Berliner Verfassungsgerichtshof stellte in einem Beschluss vom 16.09.2008 fest, dass Art. 20 Abs. 1 Satz 2 VvB ein Jedermanns-Grundrecht und nicht lediglich eine Staatszielbestimmung ist.<sup>39</sup> In Berlin haben damit auch ausländische Staatsangehörige einen Kapazitätsüberprüfungsanspruch, der sich aus Art. 17 VvB i.V.m. Art. 20 Abs. 1 Satz 2 VvB ergibt. In einem Beschluss vom 25.08.2009 deutete das OVG Berlin-Brandenburg an, dass ein Anspruch aus der Landesverfassung zu einer Kollision gemäß Art. 31 und Art. 142 GG und somit zu einer Unwirksamkeit des Landesgrundrechts führen könne, stützte seine Zurückweisung einer Beschwerde jedoch auch darauf, dass der Beschwerdeführer ohne inländische Hochschulzugangsberechtigung bereits anderweitig im selben Studiengang immatrikuliert war und die Prozessbevollmächtigten im Beschwerdeverfahren nicht zu möglichen Fehlern der Hochschule in der Kapazitätsberechnung vorgetragen hatten. Nach der Rechtsauffassung des OVG

Berlin-Brandenburg in einem Beschluss vom 22.07.2010 besteht der Anspruch von „Bildungsausländern“ wohl nur im Rahmen einer richtig berechneten Ausländerquote.<sup>40</sup> Weiterhin fordert das OVG, dass die deutschen Sprachkenntnisse bereits bei Stellung des außerkapazitären Hochschulanstrages bzw. mit der Hochschulbewerbung nachgewiesen werden müssen. In welcher Form der Nachweis zu erfolgen hat, blieb im streitgegenständlichen Beschwerdeverfahren offen, da die Antragstellerin gegenüber der Hochschule und dem Verwaltungsgericht unwahre Angaben zu ihrer Staatsangehörigkeit gemacht hatte.<sup>41</sup> Das Verwaltungsgericht Berlin bejahte in einem Beschluss vom 01.06.2010 einen Kapazitätsüberprüfungsanspruch, in Verfahren, in dem die Hochschule zunächst allen deutschen Antragstellern für einen Lehramtsstudiengang einen Zulassungsvergleich angeboten hatte und sich im einzig verbliebenen Verfahren eines bosnischen Staatsangehörigen mit inländischer Hochschulzugangsberechtigung weigerte, Kapazitätsberechnungsunterlagen vorzulegen. Es differenzierte bei der abstrakten Herleitung des Anspruchs zunächst zwischen „Bildungsausländern“ und „Bildungsinländern“ und stellte fest, dass Art. 31 und 142 GG die Bundesländer nicht daran hindern, grundrechtliche Gewährleistungen in personeller oder sachlicher Hinsicht über die Grundrechte des GG hinaus einzuführen. Eine Kollision sei jedoch zu vermeiden. Eine solche liege nur dann vor, wenn ausländische Studienbewerber mit deutschen Staatsangehörigen um dieselben Studienplätze konkurrieren und ausländische Studienbewerber die aus Art. 12 Abs. 1 GG berechtigten Studienbewerber verdrängen. Insoweit sei zu berücksichtigen, dass Art. 12 Abs. 1 GG keinen Anspruch auf einen Studienplatz vermittele, der bei rechtmäßiger Kapazitätsermittlung einem ausländischen Bewerber zufalle. Daher spreche einiges dafür, dass für ausländische Studienbewerber mit ausländischer Hochschulzugangsberechtigung ein Kapazitätsüberprüfungsanspruch aus Art. 17 VvB bestehe, weil ihnen im Rahmen der Ausländerquote ein Studienplatz zustehen kann, für die deutsche Studienbewerber keine besseren Rechte geltend machen könnten. Dagegen könnten sich Bildungsinländer, die im innerkapazitären Zulassungsverfahren deutschen Bewerbern und EU-Ausländern gleichgestellt seien und deshalb nicht im Rahmen der Ausländerquote Berücksichtigung finden können, erst auf Art. 17 VvB berufen, wenn die Zugangs-

36 Rozek, Art. 29, Rn. 10, in Baumann-Hasske/Kunzmann (Hrsg.), Die Verfassung des Freistaates Sachsen, 3. Aufl. 2011; SächsVerfGH, Beschl. v. 25.04.2013, Vf. 5-IV-13.

37 Art. 115 SächsVerf.

38 Driehaus, Verfassung von Berlin, 3. Aufl. 2009, Art. 17 Rn. 10 f.

39 BerlVerfGH, Beschl. v. 16.09.2008, 81/08, 81 A/08,

NVwZ 2009, 243.

40 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 22.07.2010 – OVG 5 NC 21.09, BeckRS 2010, 53204.

41 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 22.07.2010 – OVG 5 NC 21.09, BeckRS 2010, 53204.

rechte der deutschen Studienbewerber nicht beeinträchtigt werden. Ob eine solche Konkurrenzsituation vorliege, könne erst nach einer Überprüfung der Kapazitätsberechnung durch das Gericht festgestellt werden. Eine Überprüfung sei nicht nur dann möglich, wenn auch deutsche Staatsangehörige gerichtliche Verfahren betreiben.<sup>42</sup>

#### 8. Niedersachsen

Nach Art. 4 Abs. 1 der im Jahr 1993 in Kraft getretenen Niedersächsischen Verfassung (NV) hat jeder Mensch das Recht auf Bildung. Dabei geht Art. 4 Abs. 1 NV von einem weiten Bildungsbegriff aus, der nicht auf die in den Absätzen 2 und 3 näher geregelte Schulbildung beschränkt ist, sondern die berufliche Bildung einschließlich Weiterbildung ebenso erfasst wie die frühkindliche Bildung.<sup>43</sup> Als Jedermanns-Recht kommt Art. 4 Abs. 1 NV für Studienbewerber als Grundrecht auf berufsbezogene Ausbildung zum Tragen.<sup>44</sup> Nach dem VG Göttingen gewährt Art. 4 Abs. 1 NV jeder natürlichen Person ein landesverfassungsrechtliches Grundrecht auf Bildung, welches auch die berufliche Ausbildung umfasst. Es beteiligte daher in der Vergangenheit auch Nicht-EU-Ausländer am Verteilungsverfahren von außerkapazitären Studienplätzen.<sup>45</sup> Das VG Hannover leitete die Rechte von Ausländern in den Verfahren des Sommersemesters 2009 im Studiengang Humanmedizin – im konkreten Fall eines Bildungsinländers mit afghanischer Staatsangehörigkeit – auf Beteiligung an gerichtlich angeordneten Vergabeverfahren aus Art. 2 Abs. 1 GG her.<sup>46</sup> Es änderte jedoch seine Rechtsprechung zum WS 2017/18 in einem Verfahren eines afghanischen Staatsangehörigen, der kein Bildungsinländer ist und lehnte einen einstweiligen Anordnungsantrag auf Zulassung zum Studium der Humanmedizin ab.<sup>47</sup> Das OVG Lüneburg bestätigte diese Entscheidung mit Beschluss vom 14.12.2017.<sup>48</sup> Unter Berufung auf das Urteil des BVerwG vom 20.04.1990 sowie den Beschluss des OVG Magdeburg vom 24.03.2014 argumentierte das Gericht, dass die unmittelbar aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG abzuleitende Zuweisung außerkapazitärer Studienplätze nicht ohne

weiteres auf ausländische Studienbewerber auszudehnen sei.<sup>49</sup> Denn im Fall knapper Studienplätze (wie im Studiengang Humanmedizin) würde jeder Platz, der einem ausländischen Bewerber zugesprochen wird, einem deutschen Studienbewerber verloren gehen, so dass sich die Vergabe an einen ausländischen Studienbewerber im Ergebnis als eine Verschärfung des numerus clausus auswirke.<sup>50</sup> Nach Auffassung des OVG konnte der Studienbewerber sein Begehren schon deshalb nicht auf Art. 4 Abs. 1 NV stützen, weil zumindest eine gewisse Beziehung eines Menschen zum niedersächsischen Territorium bestehen müsse,<sup>51</sup> um Adressat der genannten Verfassungsnorm zu sein, was aufgrund des Wohnsitzes in Berlin zum Zeitpunkt der Antragstellung nicht gegeben war. Auf die Frage, ob die Regelung in Art. 4 Abs. 1 NV möglicherweise mit Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG unvereinbar und insoweit gem. Art. 31 GG unwirksam sei, kam es nach der Auffassung des OVG nicht an. Der Bildungsbegriff in Art. 4 Abs. 1 NV sei zu weit und führe letztlich zu einem unspezifischen Recht auf Bildung. Daher sei notwendigerweise eine Ausformung durch das einfache Gesetz gefordert, so dass sich der Anspruchsinhalt nicht aus der Verfassung, sondern (erst) aus dem einfachen Gesetzesrecht ergeben könne. Dem in Art. 4 Abs. 1 NV formulierten Recht auf Bildung komme mithin (nur) Staatszielcharakter zu.<sup>52</sup> Der Beschwerdeführer erhob wegen des Komplettausschlusses gegen diese Entscheidung Beschwerde zum UN-Menschenrechtsausschuss und machte eine Verletzung von Art. 26 IPBPR geltend. Über diese Beschwerde wurde noch nicht entschieden. Das VG Göttingen beteiligt Bildungsinländer aufgrund einfachrechtlicher Regelungen weiterhin am Vergabeverfahren um freie Studienplätze.<sup>53</sup>

#### 9. Baden-Württemberg

Gemäß Art. 11 Abs. 1 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg (LV Ba-Wü) hat „jeder junge Mensch ohne Rücksicht auf Herkunft oder wirtschaftliche Lage das Recht auf eine seiner Begabung entsprechende Erziehung.“ Nach Auffassung des VGH Mannheim handelt es sich hierbei nicht um einen bloßen Programmsatz, son-

42 VG Berlin, Beschl. v. 1.6.2010, VG 30 L 1086/09, BeckRS 2010, 49602.

43 Ipsen, Nds. Verfassung, 2011, S. 45; Hagebölling, Nds. Verfassung, 2. Auflage 2011, Art. 4 Anm. 1; Epping, Hann. Kommentar zur Nds. Verfassung, 2012, Art. 4 Anm. 8 f.; Jarass, Zum Grundrecht auf Bildung und Ausbildung, DÖV 1995, 675 ff.

44 Vgl. Jarass, Fn. 43, 678.

45 VG Göttingen, Beschl. v. 04.11.2011, 8 C 706/11; Hagebölling, Fn. 43, Anm. 1.

46 VG Hannover, Beschl. v. 19.05.2009, 8 C 1400/09.

47 VG Hannover, Beschl. v. 05.12.2017, 8 C 9807/17.

48 OVG Lüneburg, Beschl. v. 14.12.2017, 2 NB 1759/17,

NVwZ 2018, 432.

49 OVG Lüneburg, Beschl. v. 14.12.2017, 2 NB 1759/17, Rn. 9.

50 OVG Lüneburg, Beschl. v. 14.12.2017, 2 NB 1759/17, Rn. 9.

51 OVG Lüneburg, Beschl. v. 14.12.2017, 2 NB 1759/17, Rn. 11.

52 OVG Lüneburg, Beschl. v. 14.12.2017, 2 NB 1759/17, Rn. 13;

ebenso *Berlit*, Fn. 12, 15; a.A.: VG Göttingen, Beschl. v. 05.05.2011, 8 C 1553/10; Hagebölling, Nds. Verfassung, 2. Aufl.

2011, Art. 4, Anm. 1, der von einem Teilhaberecht und einer Einrichtungsgarantie ausgeht, vergleichbar Epping, Hann. Kommentar zur Nds. Verfassung, 2012, Art. 4 Anm. 1.

53 Dazu unter III.

dem um ein Verfassungsgebot für Legislative und Exekutive, dessen Bedeutung u.a. darin besteht, dass entgegenstehendes Gesetzesrecht keine Gültigkeit hat.<sup>54</sup> Darüber hinaus wird in der Rechtsprechung des VGH Mannheim Art. 11 Abs. 1 LV Ba-Wü als landesrechtliches Grundrecht auf Zugang zu den öffentlichen Ausbildungseinrichtungen verstanden.<sup>55</sup> Dass dieses auch für ausländische Staatsangehörige und Staatenlose gilt, ergibt sich aus dem insoweit unmissverständlichen Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 LV Ba-Wü („Jeder junge Mensch (...)“).<sup>56</sup> Dabei wird nach herrschender Meinung in den Anwendungsbereich von Art. 11 Abs. 1 LV Ba-Wü – trotz seines beschränkenden Wortlauts („Erziehung“) – nicht nur das Erziehungs-, sondern auch das gesamte Ausbildungswesen einbezogen, also auch der Bereich der Universitäten.<sup>57</sup> Hieraus folgt zunächst, dass Art. 11 Abs. 1 LV Ba-Wü ein über Art. 12 Abs. 1 GG hinausgehendes Teilhaberecht statuiert, welches auch Nicht-EU-Ausländern und Staatenlosen einen landesverfassungsrechtlich verbürgten Anspruch auf gerichtliche Überprüfung von außerkapazitären Studienplätzen gewährt. Indes ergibt sich aus diesem Befund nach Auffassung des VGH Baden-Württemberg ein zur Anwendung des Art. 31 GG führender Widerspruch mit Art. 12 Abs. 1 GG, weil das landesverfassungsrechtliche Zugangsrecht des Art. 11 LV Ba-Wü eine Erhöhung der Bewerberkonkurrenz beim Hochschulzugang bewirke und dadurch das bundesverfassungsrechtlich deutschen Staatsangehörigen vorbehaltene Teilhaberecht des Art. 12 Abs. 1 GG Gefahr laufe, eingeschränkt zu werden.<sup>58</sup> Zur Lösung dieser Kollisionslage bestehe deshalb der Anspruch auf Kapazitätsüberprüfung von nicht-privilegierten Ausländern nur insoweit, als diese lediglich Studienplätze aus der jeweiligen Ausländerquote beanspruchen können.<sup>59</sup> In Baden-Württemberg können daher grundsätzlich auch Nicht-EU-Ausländer und Staatenlose gerichtlich geltend machen, dass die festgesetzte Zulassungszahl zu Unrecht die vorhandene Aufnahmekapazität nicht ausschöpft. Ergeben sich bei der gerichtlichen Kontrolle

außerhalb der festgesetzten Zulassungszahlen freie Studienplätze, so sind diese in entsprechender Höhe der jeweiligen Ausländerquote zuzuschlagen und von der Hochschule entsprechend den für Ausländer vorgesehenen Auswahlkriterien an ausländische Studienbewerber zu verteilen. Erst die nach Auffüllung der Ausländerquote verbleibenden Studienplätze stehen den deutschen Studienbewerbern zu.<sup>60</sup>

#### 10. Bayern

Gemäß Art. 128 Abs. 1 Verfassung des Freistaates Bayern (BayVerf) hat „jeder Bewohner Bayerns Anspruch darauf, eine seinen erkennbaren Fähigkeiten und seiner inneren Berufung entsprechende Ausbildung zu erhalten.“ Nach der unmissverständlichen Formulierung des Wortlauts handelt es sich hierbei um ein Grundrecht, das dem einzelnen ein subjektives Recht auf Ausbildung einräumt.<sup>61</sup> Da der in Art. 128 Abs. 1 BayVerf enthaltene Ausbildungsanspruch allen „Bewohnern Bayerns“ gewährt wird, spielt auch die Staatsangehörigkeit keine Rolle, so dass namentlich auch Nicht-EU-Bürger und Staatenlose voll erfasst werden.<sup>62</sup> Dennoch ist die Rechtsnatur des Art. 128 Abs. 1 BayVerf in Rechtsprechung und Schrifttum bis heute stark umstritten.<sup>63</sup> Nach der gefestigten Rechtsprechung des BayrVerfGH ist Art. 128 Abs. 1 BayVerf trotz des eindeutigen Wortlauts als objektiver Programmsatz einzustufen, dem es an der Qualität eines subjektiven Grundrechts auf Ausbildung fehle.<sup>64</sup> Indes finden sich aber auch Entscheidungen, die die Frage, ob Art. 128 Abs. 1 BayVerf nicht doch ein Grundrecht darstelle, ausdrücklich offen lassen.<sup>65</sup> Was den Kapazitätsüberprüfungsanspruch anbetrifft, sind nach gefestigter obergerichtlicher Rechtsprechung in Bayern Nicht-EU-Ausländer nur in den regulären Verfahren der Studienplatzvergabe mit Deutschen gleichgestellt; sie können daher auf dem Rechtsweg keine Zulassung zum Studium außerhalb der festgesetzten Ausbildungskapazitäten erstreiten.<sup>66</sup> Dies gilt ebenso für Nicht-EU-Ausländer, die über eine deutsche Hochschulzugangsberechtigung

54 VGH Mannheim, Beschl. v. 09.03.1993, 9 S 3033/93, NVwZ-RR 1993, 360; Staatsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg, Urt. v. 02.08.1969, ESVGH 20, 1 = BWVBl. 1970, 25.

55 VGH Mannheim, Urt. v. 19.02.1974, IV 1050/73; Urt. v. 03.12.1975, IX 1437/74.

56 VGH Mannheim, Beschl. V. 21.12.1984, NC 9 S 1735/84; Beschl. v. 11.01.1988, NC 9 S 983/87.

57 VGH Mannheim, Urt. v. 10.10.1969, IV 491/69; Beschl. v. 21.12.1984, NC 9 S 1735/84; Beschl. v. 11.01.1988, NC 9 S 983/87.

58 VGH Mannheim, Beschl. v. 21.12.1984, NC 9 S 1735/84.

59 VGH Mannheim, Beschl. v. 09.03.1993, 9 S 3033/93, Rn. 3, Beschl. v. 21.12.1984, NC 9 S 1735/84; BVerwG, Urt. v. 20.04.1990, 7 C 59/87, NJW 1990, 2899.

60 Vgl. BVerwG, NJW 1990, 2899, 2900.

61 *Mösl*, Art. 128, Rn. 5 in: Lindner/Mösl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Aufl. 2017; *Gallwas*, Das Grundrecht auf Ausbildung gemäß Art. 128 Abs. 1 der Bayerischen Verfassung, BayVBl. 1976, 385.

62 Vgl. *Mösl*, Fn. 61, Art. 128, Rn. 6.

63 M.w.N. *Stettner*, in: Nawiasky/Schweiger/Knöpfle, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 2008, Art. 128, Rn. 4-17.

64 BayVerfGH 13, 141, 146; 17, 30 (LS 1a); 17, 46, 58; 35, 126, 130 f.; 41, 4, 12; 59, 63, 79.

65 BayrVerfGH 28, 143 (162 f.); 34, 14 (20).

66 Zuletzt VG München, Beschl. v. 05.02.2016, M 3 E 15.4305.

verfügen.<sup>67</sup> Der VGH München ging in einem Beschluss vom 11.05.2010 in einem Kapazitätsrechtsstreit einer kosovarischen Staatsangehörigen ohne nähere Begründung davon aus, dass ausländische Studienplatzbewerber, die keine EU-Staatsangehörigen sind, sich nicht darauf berufen können, dass die Zulassungszahl unter Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Gebot erschöpfender Kapazitätsauslastung zu niedrig festgesetzt sei. Ihnen fehle die aus dem Deutschen Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG abgeleitete teilhaberechtliche Rechtsposition als verfassungsunmittelbare Grundlage des außerkapazitären Zulassungsanspruchs.<sup>68</sup> Zwar werden Bildungsinländer in Art. 1 Abs. 1 Satz 3 des Staatsvertrags über die Vergabe von Studienplätzen<sup>69</sup> sowie in Art. 1 Abs. 2 Satz 3 des Bayerischen Hochschulzulassungsgesetzes (Bay-HZG) vom 9. Mai 2007<sup>70</sup> und der entsprechenden Ausführungsbestimmung jeweils „Deutschen gleichgestellt“. Diese Vorschriften beziehen sich jedoch nach Auffassung des VGH München allein auf die Studienplatzvergabe im Rahmen der gesetzlich geregelten zentralen bzw. örtlichen Verteilungsverfahren auf der Grundlage der satzungsmäßig festgelegten Zulassungszahlen.<sup>71</sup>

#### 11. Hessen

Nach Art. 59 Abs. 2 der Verfassung des Landes Hessen (HV) ist der „Zugang zu den Mittel-, höheren und Hochschulen nur von der Eignung des Schülers abhängig zu machen“. Damit gewährleistet Art. 59 Abs. 2 HV ein jedermann zustehendes landesverfassungsrechtliches Grundrecht auf Zugang zu den öffentlichen Ausbildungseinrichtungen. Zum Kreis dieser Grundrechtsbegünstigten gehören folglich auch Nicht-EU-Ausländer und Staatenlose. Allerdings entschied der Hessische VGH bereits in seinem Beschluss vom 25.08.1987, in dem über außerkapazitäre Zulassungsansprüche eines türkischen Studienbewerbers zu entscheiden war, dass Art. 59 Abs. 2 HV mit Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG „teilweise“ nicht vereinbar und insoweit gemäß Art. 31 GG unwirksam sei.<sup>72</sup> Die Geltung eines jedermann zustehenden landesverfassungsrechtlichen Grundrechts neben dem Staatsbürgergrundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG würde in absolut zulassungsbeschränkten Studiengängen die Zahl

der Teilhabeberechtigten vergrößern und die Zulassungsaussichten des Einzelnen vermindern.<sup>73</sup> Dadurch träte eine dem Zweck des Art. 12 Abs. 1 GG zuwiderlaufende Verschärfung des absoluten numerus clausus ein, weil das hessische Landesverfassungsrecht ausländischen Studienbewerbern eine Rechtsstellung einräume, die geeignet sei, die Rechtsstellung von Grundrechtsträgern nach dem Bundesverfassungsrecht zu verkürzen. Infolgedessen kollidiere Art. 59 Abs. 2 HV mit Art. 12 Abs. 1 GG, soweit das Landesgrundrecht ausländischen Studienbewerbern das gleiche Teilhaberecht einräumt wie deutschen Studienbewerbern. Diese Kollision führe gemäß Art. 31 GG zur Unwirksamkeit des Landesgrundrechts.<sup>74</sup> In der älteren Rechtsprechung des Hessischen VGH wird daher nur deutschen Studienbewerbern ein Anspruch auf erschöpfende Nutzung der vorhandenen Ausbildungskapazitäten gerichtlich zugestanden.<sup>75</sup> Nach Auffassung des Hessischen VGH bedeuteten die Feststellungen jedoch nicht, dass ausländische Studienbewerber unter keinen Umständen zum Studium außerhalb der festgesetzten Kapazität zugelassen werden dürften. Allerdings komme der Erlass einer einstweiligen Anordnung in solchen Fällen nur in Betracht, wenn keine andere als die beantragte Entscheidung rechtmäßig sein kann. Davon dürfte jedoch regelmäßig nicht ausgegangen werden, weil in absolut zulassungsbeschränkten Studiengängen die Zulassung eines ausländischen Studienbewerbers regelmäßig privilegierte deutsche Studienbewerber in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG beeinträchtigt, ohne dass dies durch eine gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG erforderliche gesetzliche Grundlage gerechtfertigt wäre.<sup>76</sup> In der aktuellen Rechtsprechung des VG Gießen werden Nicht-EU-Ausländer jedoch zumindest nachrangig bei der Verteilung von Studienplätzen berücksichtigt.<sup>77</sup>

#### 12. Nordrhein-Westfalen

Art. 24 Abs. 1 Satz 3 der Verfassung NRW (LV NRW) lautet: „Jedermann hat ein Recht auf Arbeit.“ Zwar statuiert diese Norm, dass ein Recht auf Arbeit nicht nur Deutschen, sondern allgemein und ohne jede personelle Einschränkung gewährleistet wird. Allerdings ist Art. 24 Verfassung NRW nicht zu entnehmen, dass hierzu auch

67 Ständige Rspr. des VGH München, vgl. zuletzt Beschl. v. 11.05.2010, 7 CE 10.10133, Rn. 7 ff.; Beschl. v. 12.3.2008 BayVBl 2008, 569; vgl. auch VG München, Beschl. v. 05.02.2016, M 3 E 15.4305.

68 VGH München, Beschl. v. 11.05.2010, Az. 7 CE 10.10133, Rn. 7 ff.

69 Vertrag v. 22.6.2006, GVBl 2007 S. 2 – StV.

70 GVBl S. 320, zuletzt geändert durch G. v. 7.7.2009, GVBl S. 256.

71 VGH München, Beschl. v. 11.05.2010, 7 CE 10.10133, Rn. 8, dazu III.

72 VGH Kassel, Beschl. v. 25.08.1987, 6 TG 1888/87, Rn. 3.

73 VGH Kassel, Beschl. v. 25.08.1987, 6 TG 1888/87, Rn. 4.

74 VGH Kassel, Beschl. v. 25.08.1987, 6 TG 1888/87, Rn. 6.

75 Vgl. VGH Kassel, Beschl. v. 25.08.1987, 6 TG 1888/87 - ESVGH 38, 1 ff.; 07.09.1987 - 6 TG 1953/87, 18.04.1988 - VN G 2424/86 T - NVwZ 1989, 387 und v. 22.11.2001 - 8 TZ 2949/01.

76 VGH Kassel, Beschl. v. 25.08.1987, 6 TG 1888/87, Rn. 7.

77 Dazu unter III.

das Recht gehört, die Ausbildungsstätte frei zu wählen.<sup>78</sup> Darüber hinaus wird Art. 24 Abs. 1 Satz 3 LV NRW allgemein als die staatlichen Stellen verpflichtender Programmsatz und objektiv-rechtliche soziale Staatszielbestimmung ohne anspruchsbegründende Wirkung verstanden.<sup>79</sup> Eine andere den Hochschulzugang konkret betreffende Norm ist in der LV NRW nicht enthalten. Mangels weiterer Anspruchsnormen scheidet die LV NRW als Grundlage eines individualrechtlichen Anspruchs auf Studienzulassung für Nicht-EU-Bürger und Staatenlose aus. Vor diesem landesrechtlichen Hintergrund verwundert es nicht, dass die obergerichtliche Rechtsprechung in NRW einen Kapazitätsüberprüfungsanspruch von Nicht-EU-Bürgern grundsätzlich ablehnt.<sup>80</sup> Zuletzt hat das OVG Münster in einem Verfahren, in dem über einen Anspruch eines iranischen Staatsangehörigen auf Zulassung zum Studium außerhalb der festgesetzten Kapazität zu entscheiden war, festgehalten, dass ein Kapazitätsüberprüfungsanspruch schon deshalb nicht bestehe, weil sich der Antragsteller als Nicht-EU-Ausländer nicht auf das Teilhaberecht aus Art. 12 Abs. 1 GG berufen könne, der nur für Deutsche gelte.<sup>81</sup> Der außerkapazitive Zulassungsanspruch kann nach der Rechtsprechung des OVG Münster nicht mit der Eigenschaft eines Antragstellers als Bildungsinländer begründet werden.<sup>82</sup>

### 13. Saarland

Art. 33 Abs. 3 Nr. 1 der Saarländischen Verfassung (VerfSL) lautet: „Der Zugang zum Hochschulstudium steht jedem offen“. Der Verfassungsgerichtshof des Saarlandes (SVerfGH) hat in seinem Urteil vom 02.05.1983 entschieden, dass Art. 33 Abs. 3 Nr. 1 VerfSL ein Grundrecht auf Hochschulzugang gewährt, welches jedermann zusteht und nicht auf deutsche Staatsangehörige oder Saarländer beschränkt wird.<sup>83</sup> Dabei werde der teilhaberechtliche Charakter des Grundrechtes bereits aus der Formulierung deutlich und braucht nicht erst, wie dies für Art. 12 Abs. 1 GG erforderlich war,<sup>84</sup> aus einem libe-

ralen Freiheitsrecht unter Heranziehung des Gleichheitsgrundsatzes und des Sozialstaatsprinzips hergeleitet zu werden.<sup>85</sup> Damit ist der Kreis der Grundrechtsinhaber des Art. 33 Abs. 3 Nr. 1 VerfSL weiter als derjenige des Artikels 12 Abs. 1 GG. Bemerkenswert ist, dass die Grundrechtsgewährung des Art. 33 Abs. 3 Nr. 1 VerfSL nach Auffassung des SVerfGH auch nicht durch Bundesrecht verdrängt wird.<sup>86</sup> Im Gegensatz zur landesverfassungsrechtlichen Spruchpraxis der meisten Bundesländer, argumentiert der SVerfGH, dass Art. 12 Abs. 1 GG der in Art. 33 Abs. 3 Nr. 1 VerfSL enthaltenen Grundrechtsgewährung nicht entgegenstehe. Deshalb komme es nicht zu einer Kollisionslage, die unter Anwendung von Art. 31 GG das saarländische Landesrecht verdrängen könnte.<sup>87</sup> Eine Kollisionslage sei deshalb nicht gegeben, weil Art. 12 GG nicht besage, dass nur Deutsche das Recht auf Hochschulzulassung haben („Alle Deutschen haben das Recht...“), sondern sprachlogisch einer Norm gerade nicht entgegen stehe, die auch anderen Menschen und sogar allen anderen Menschen dieses Recht einräume.<sup>88</sup> Auch erhebe Art. 12 Abs. 1 GG keinen Ausschließlichkeitsanspruch, sondern dulde nach Gehalt und Intention auch anderes Landesrecht neben sich. Ein Ausschließlichkeitsanspruch bestehe schon deshalb nicht, weil die Grundrechtsnormen des Grundgesetzes für sich nicht in Anspruch nehmen, einen Maximalstandard aufzustellen, der nicht überschritten werden darf; der Grundrechtskatalog trage vielmehr den Charakter eines Minimums.<sup>89</sup> Nichts anderes gelte nach Auffassung des SVerfGH für die Vorschrift des § 27 HRG, die trotz ihrer einfachgesetzlichen Qualität der Landesverfassung im Falle einer Kollisionslage gemäß Art. 31 GG vorgehe. Auch hier würde die weitergehende landesrechtliche Norm, die dasselbe Recht an Nichtdeutsche gewährt, nicht „gebrochen“ werden.<sup>90</sup>

Ob die mittlerweile in die Jahre gekommene Rechtsprechung des Saarländischen VerfGH auch heute noch Bestand hat, lässt sich mangels jüngerer Rechtsprechung nicht mit Bestimmtheit sagen. Allerdings hatte das OVG

78 OVG Münster, Beschl. v. 16.11.2009, 13 C 406/09, Rn. 8.

79 Vgl. Löwer/Tettinger, Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2002, Art. 24 Rn. 17; Düstner, Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. 2002, Art. 24 Rn. 3; Grawert, Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. 2008, Art. 24 Anm. 4; Zimmerling/Brehm, Hochschulkapazitätsrecht, Band 1, Der Kapazitätsprozess, Rn. 197.

80 Siehe OVG Münster, Beschl. v. 08.10.2013, 13 B 981/13; Beschl. v. 16.11.2009, 13 C 406/09; VG Köln, Beschl. v. 17.07.2013, 6 L 216/13.

81 OVG Münster, Beschl. v. 08.10.2013, 13 B 981/13.

82 OVG Münster, Beschlüsse v. 16.11.2009, 13 C 406/09, WissR 2010, 85, und v. 25.11.2003 - 13 C 42/03 -, NVwZ- RR 2004, 353, dazu unter III.

83 Verfassungsgerichtshof des Saarlandes, Urt. v. 02.05.1983,

Lv 2 - 4/82.

84 Vgl. BVerfGE 33, 303.

85 Verfassungsgerichtshof des Saarlandes, Urt. v. 02.05.1983, Lv 2 - 4/82, S. 20.

86 Verfassungsgerichtshof des Saarlandes, Urt. v. 02.05.1983, Lv 2 - 4/82, S. 23.

87 Verfassungsgerichtshof des Saarlandes, Urt. v. 02.05.1983, Lv 2 - 4/82, S. 24 ff.

88 Verfassungsgerichtshof des Saarlandes, Urt. v. 02.05.1983, Lv 2 - 4/82, S. 25.

89 Verfassungsgerichtshof des Saarlandes, Urt. v. 02.05.1983, Lv 2 - 4/82, S. 26.

90 Verfassungsgerichtshof des Saarlandes, Urt. v. 02.05.1983, Lv 2 - 4/82, S. 26.

Saarlouis 2012 im Rahmen eines Normenkontrollverfahrens zur Regelung des § 23 Satz 2 Vergabeverordnung-Stiftung eine Entscheidung getroffen,<sup>91</sup> in der das Gericht dazu tendierte, der Rechtsauffassung des OVG Magdeburg zu folgen,<sup>92</sup> musste dies aber nicht abschließend entscheiden, weil es in der entsprechenden landesrechtlichen Regelung eine Verletzung der Rechte der Zweitstudienbewerber erblickte.<sup>93</sup> Daher spricht einiges dafür, dass auch aus Art. 33 Abs. 3 Nr. 1 der VerfSL ein Kapazitätsüberprüfungsanspruch für Nicht-EU-Bürger und Staatenlose besteht.

#### 14. Rheinland-Pfalz

Aufgrund des Wortlauts von Artikels 39 Abs. 5 der Verfassung für Rheinland-Pfalz („Der Zugang zum Hochschulstudium steht jedermann offen“) hat das OVG Koblenz in seinem Urteil vom 27.02.1970 festgestellt, dass diese Bestimmung nicht nur einen Programmsatz aufstelle, sondern einen unmittelbaren Anspruch auf Zugang zu den Hochschulen begründe.<sup>94</sup> Trotz des insofern bestehenden Anspruchs auf Hochschulzulassung haben ausländische Staatsangehörigen nach Auffassung des VG Mainz lediglich Anspruch auf Zulassung innerhalb der sogenannten Ausländerquote des § 6 Abs. 1 Nr. 1 Studienplatzvergabeverordnung (StPVLVO). Anderenfalls würden ausländische Studienbewerber mit aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG Berechtigten konkurrieren und deren Chancen beschränken.<sup>95</sup>

#### 15. Bremen

Nach Art. 27 Abs. 1 der Bremer Verfassung hat jeder Mensch „nach Maßgabe seiner Begabung das gleiche Recht auf Bildung“. Der Bildungszugang ist in Bremen demnach als Jedermanns-Grundrecht ausgestaltet, weshalb ein Kapazitätsüberprüfungsanspruch grundsätzlich auch Nicht-EU-Ausländern und Staatenlosen zusteht. Entscheidungen, in denen ausländischen Staatsangehörigen ein Kapazitätsüberprüfungsanspruch versagt wird, sind nicht bekannt.

#### 16. Schleswig-Holstein

Die Landesverfassung von Schleswig Holstein enthält keinen eigenen Grundrechtskatalog. Als Begründung für diesen Verzicht wird genannt, dass die ursprünglich als „Landessatzung“ bezeichnete Verfassung die erste

Landesverfassung nach Inkrafttreten des Grundgesetzes gewesen sei.<sup>96</sup> Der Charakter eines Organisationsstatuts wurde im Rahmen der Verfassungsreform des Jahres 1990 beibehalten.<sup>97</sup> Ein auf die Landesverfassung gestützter Kapazitätsüberprüfungsanspruch von Nicht-EU-Ausländern kommt daher nicht in Betracht. Jedoch sind keine Entscheidungen bekannt, wonach Nicht-EU-Ausländer vom Vergabeverfahren um freie außerkapazitären Studienplätze ausgeschlossen wurden.

#### 17. Hamburg

Ebenso verzichtet die Hamburger Verfassung auf einen eigenen Grundrechtskatalog. Daher lässt sich aus dem Landesverfassungsrecht kein Kapazitätsüberprüfungsanspruch ableiten. Das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht hatte bereits in einem Beschluss vom 20.09.1996 über die Kapazitätsüberprüfung eines pakistanischen Staatsangehörigen festgehalten, dass es Nicht-EU-Ausländern am verfassungsrechtlich verbürgten Teilhaberecht des Art. 12 Abs. 1 GG fehle, weshalb für diese Statusgruppe das Recht, die Festsetzung der Zulassungszahl gerichtlich überprüfen zu lassen, nicht eröffnet sei.<sup>98</sup> Entsprechend verneinte das Verwaltungsgericht Hamburg mit einer missverständlichen Begründung in den Verfahren auf Zulassung zum Studium der Pharmazie im WS 2016/17 unter Verweis auf Art. 12 Abs. 1 GG sowie die Rechtsprechung des OVG Münster Nicht-EU-Ausländern einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Kapazitätsüberprüfung, nur um im nächsten Satz der Begründung darauf hinzuweisen, dass sich Nicht-EU-Ausländer auf einfaches Recht berufen könnten, weshalb die Staatsangehörigkeit der Antragsteller nicht aufgeklärt werden müsse.<sup>99</sup>

### III. Anspruch auf Gleichstellung von Bildungsinländern aufgrund von Regelungen im Studienplatzvergabeverfahren

Umstritten ist, ob so genannte Bildungsinländer einen Anspruch aus dem Umstand herleiten können, dass sie eine inländische Hochschulzugangsberechtigung vorweisen können. Eine Gleichstellung erfolgt im zentralen Vergabeverfahren gemäß Art. 1 Abs. 1 Satz 2, 3 des Staatsvertrags zur Vergabe von Studienplätzen sowie den Regelungen in den landesrechtlichen Studienplatzverga-

91 OVG Saarlouis, Urteil vom 02.02.2012, 2 C 300/11.

92 OVG Magdeburg, Urteil vom 19.10.2011 – 3 K 326/11; dazu oben unter II. 2.

93 OVG Saarlouis, Urteil vom 02.02.2012, 2 C 300/11, Rn. 51.

94 OVG Koblenz, Ur. v. 27.2.1970, VerfRSpr Art. 12 GG (e) Nr. 64.

95 VG Mainz, Beschl. v. 01.03.2018, 15 L 1045/17.MZ.

96 Rohn, Verfassungsreform in Schleswig-Holstein, NJW 1990, 2782.

97 Rohn, Fn. 96, 2782, 2784.

98 Hamburgisches OVG, Beschl. v. 20.9.1996, Bs III 7/96, Rn. 2.

99 VG Hamburg, Beschl. v. 01.12.2016, 20 ZE Pha WS 2016/17.

bevergabeordnungen.<sup>100</sup> Einige Verwaltungsgerichte leiten aus dieser Gleichstellung richtigerweise einen Anspruch auf Beteiligung am Vergabeverfahren um freie außerkapazitative Studienplätze her.<sup>101</sup> Das Verwaltungsgericht Göttingen hält an dieser Rechtsprechung auch nach der Entscheidung des OVG Lüneburg vom 14.12.2017, die keinen Bildungsinländer betraf, fest.<sup>102</sup> Das OVG Weimar<sup>103</sup>, der Bayerische VGH<sup>104</sup> und das OVG Münster<sup>105</sup> lehnen diese Rechtsauffassung ab. Die Argumentation kann wie folgt zusammengefasst werden: Eine Gleichbehandlung sei lediglich im behördlichen zentralen bzw. örtlichen Verteilungsverfahren gewollt, nicht jedoch für ein gerichtlich angeordnetes außergerichtliches Vergabeverfahren. Diese Rechtsauffassung vermag für Bundesländer wie Thüringen, in denen mittlerweile im zentralen Vergabeverfahren eine Bindung an das Auswahlverfahren der Hochschule erfolgte, nicht zu überzeugen.<sup>106</sup> Ebenso enthält § 29 Abs. 1 Vergabeordnung NRW neben einer Antragsfrist eine materiellrechtliche Regelung zur Vergabe außerkapazitärer Studienplätze. Eine Ausnahme stellt insoweit jedoch weiterhin der Freistaat Bayern dar, in dem es keine verordnungsrechtlichen Regelungen zur Vergabe außerkapazitärer Studienplätze gibt. Das VG Gießen bezieht, wenn ein Losverfahren zur Vergabe vorläufiger Studienplätze angeordnet wird, ausländische Staatsangehörige in das Losverfahren ein, wenn diese zulassungsrechtlich Deutschen gleich gestellt sind, also EU-Ausländer und Bildungsinländer. Nicht-EU-Ausländer mit ausländischer Hochschulzugangsberechtigung werden nachrangig am gerichtlich angeordneten Vergabeverfahren beteiligt, d.h. wenn in der ersten Gruppe nicht alle Studienplätze angenommen werden.<sup>107</sup>

#### IV. Resümee

##### 1. Die Abwägung zwischen Art. 12 Abs. 1 GG und Landesgrundrechten

Während die Landesverfassungen weitgehend dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland ange-

passt sind und sich in der Staatspraxis häufig auf Organisationsstatute reduzieren, zeigt sich, dass die Länder im Hinblick auf den Bildungszugang eine verfassungsrechtliche Eigenständigkeit betonen, aus der in den allermeisten Landesverfassungen ein subjektiver Anspruch auf Ausbildungszugang abzuleiten ist.<sup>108</sup> Von den ostdeutschen Bundesländern ist der Freistaat Sachsen das einzige Bundesland, in dem ein Kapazitätsüberprüfungsanspruch von Ausländern nicht aus der Landesverfassung abgeleitet werden kann. In den westdeutschen Landesverfassungen wird in Hamburg und Schleswig-Holstein auf einen eigenständigen Grundrechtskatalog verzichtet. Die LV NRW enthält kein Grundrecht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte, sodass sich in diesen Bundesländern kein landesverfassungsrechtlicher Anspruch auf Kapazitätsüberprüfung begründen lässt. Mit ihrer Errichtung eines – wenn auch in seinem Umfang strittigen – eigenständigen „Rechts auf (Hochschul-)Bildung“ liegen die übrigen Landesverfassungen auf einer Linie mit überstaatlichen Gewährleistungen (Art. 14 EU-Grundrechtecharta), während sich das GG in Art. 12 Abs. 1 für die Statuierung eines reinen Deutschen-Grundrechts entschieden hat. Die überwiegende landesverfassungsrechtliche Orientierung auf Zugang zu den öffentlichen Ausbildungseinrichtungen für jedermann wird der überragenden Bedeutung von Bildung für die Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit und dem Gelingen von Integration gerecht.<sup>109</sup> Wenn nach neueren Studien Kinder und Jugendliche mit Migrationshintergrund nach wie vor statistisch seltener eine höhere Bildung erreichen,<sup>110</sup> so zeigt dies, dass der Ausbildungszugang gerade in der Bewältigung der Zuwanderung vor weitreichenden Herausforderungen steht.<sup>111</sup>

Zwar überlagert Art. 12 Abs. 1 GG, welcher die Staatsgewalt der Länder ebenso wie die des Bundes bindet, die Besonderheiten der Länder in ihren Bildungsartikeln. Die führt jedoch nicht zu einem Nivellierungszwang zwischen Bund- und Landesverfassungen, da die Bundesgrundrechte nach Maßgabe des Art. 142 GG nur den Mindeststandard der Freiheit vorgeben sollen, den die

100 Exemplarisch § 2 Satz 2 Nr. 4 Hochschulzulassungsverordnung Bayern, § 2 Satz 2 Nr. 4 Vergabeordnung NRW, § 2 Satz 2 Nr. 4 Vergabeordnung Stiftung Hessen, § 2 Satz 2 Nr. 4 Vergabeordnung Stiftung Niedersachsen sowie § 2 Nr. 4 Thüringer Vergabeordnung.

101 VG Göttingen, Beschl. v. 24. 5. 2005, 8 C 6/05; Beschl. v. 04.11.2011, 8 C 706/11 u.a.; VG Braunschweig, Beschl. v.15. 11. 2005, 6 C 579/05, NVwZ-RR 2006, 702; VG Hamburg Beschl. v. 01.12.2016, 20 ZE Pha WS 16/17.

102 VG Göttingen, Beschl. v. 29.10.2018, 8 C 176/18 u.a.

103 OVG Weimar, Beschl. v. 28.09.2010, 370/10.

104 VGH München, Beschl. v. 11.05.2010, 7 CE 10.10133.

105 OVG Münster, Beschl. v. 08.10.2013, 13 B 981/13.

106 §§ 24 Abs. 1, 2 Thüringer Vergabeordnung.

107 Exemplarisch VG Gießen, Beschl. v. 14.02.2012, 1 L 2607/11.

MM.W1 u. a. im Verfahren gegen die Universität Marburg, Studiengang Humanmedizin WS 2011/12.

108 Art. 11 Abs. 1 LV Ba-Wü; Art. 128 Abs. 1 BayVerf; Art. 20 BV; Art. 29 BbgVerf; Art. 27 BremVerf; Art. 59 HV; Art. 4 Abs. 1 NV; Art. 8 Satz 1 LV M-V; Art. 31, 39 Abs. 5 RhPfVerf; Art. 20 ThürVerf; Art. 25 Abs. 1 Verf LSA.

109 Vgl. *Langenfeld*, Integration und kulturelle Identität zugewandelter Minderheiten, 2001, S. 215.

110 KMK/BMBF, Bildung in Deutschland 2016: Ein indikatorengestützter Bericht mit einer Analyse zu Bildung und Migration, 2016, S. 203 ff.

111 *Mösl*, Fn. 61, Art. 128, Rn. 1.

Landesgrundrechte überschreiten dürfen.<sup>112</sup> Das Landesrecht ist vielmehr frei, parallele Grundrechtsverbürgungen vorzusehen und auch über das Bundesrecht hinauszugehen.<sup>113</sup> Die Rechtsordnungen des Bundes und der Länder existieren gleichberechtigt zueinander.<sup>114</sup> Insofern sind die Länder trotz der privilegierten Rechtsstellung der deutschen Studienbewerber nach Art. 12 Abs. 1 GG grundsätzlich nicht daran gehindert, deren verfassungsrechtlich gewährleistete Zulassungsansprüche auf ausländische Studienbewerber auszudehnen. Allerdings kann Art. 12 Abs. 1 GG bezüglich der Hochschulzulassung einen engen Rahmen setzen und die eigenständige Entfaltungsmöglichkeit der landesverfassungsrechtlichen Regelungen schmälern.<sup>115</sup> Dies gilt insbesondere dann, wenn hiermit eine übermäßige Beschränkung der Zulassungsansprüche deutscher Bewerber verbunden ist.<sup>116</sup>

Sofern die jeweilige landesverfassungsrechtliche Norm nach Auffassung der Gerichte in Widerspruch zu Art. 12 Abs. 1 GG steht, findet in nahezu allen hier untersuchten Entscheidungen Art. 31 GG Erwähnung. Nach Artikel 31 GG bricht Bundesrecht Landesrecht. Das hat aber nach seinem eindeutigen Wortlaut nur die Folge, dass bei Unvereinbarkeit einer bundesrechtlichen Rechtsnorm mit einer landesrechtlichen Rechtsnorm letztere von ersterer verdrängt, „gebrochen“ wird.<sup>117</sup> Dabei wird sowohl in der fachgerichtlichen wie auch der landesverfassungsrechtlichen Rechtsprechung ein teilweise unterschiedliches Verständnis der Vorschrift angenommen. So nimmt der saarländische Verfassungsgerichtshof an, dass zumindest eine Kollision dann nicht in Betracht komme, wenn Normen denselben Lebenssachverhalt betreffen, jedoch unterschiedlichen Zielen verpflichtet seien. Die Stimmen, die sich auf Art. 31 GG berufen, um einen Kapazitätsüberprüfungsanspruch von Nicht-EU-Ausländern aus Landesverfassungen abzulehnen, berücksichtigen nicht, dass Art. 12 Abs. 1 GG den entsprechenden landesverfassungsrechtlichen Regelungen nicht entgegen steht, sondern dass durch Landesverfassungsrecht der Kreis der Anspruchsberechtigten lediglich erweitert wird. Sollten Gerichte dennoch eine Kollision zwischen beiden Rechtsordnungen feststellen, wäre das Verfahren auszusetzen und dem BVerfG gemäß Art. 100 Abs. 1 Satz 2 GG im Wege der konkreten Nor-

menkontrolle vorzulegen.<sup>118</sup>

## 2. Anpassungsmöglichkeiten *de lege ferenda*

Im innerkapazitären „regulären“ Studienplatzvergabeverfahren werden Bildungsinländer deutschen Staatsangehörigen gleichgestellt. Der Ausschluss von der Vergabe freier außerkapazitärer Studienplätze durch einige Gerichte erscheint dabei gekünstelt. Dass Studienbewerber in dieser Gruppe bislang die deutsche Staatsangehörigkeit noch nicht erworben haben, hat regelmäßig Ursachen, auf die die Betroffenen keinen Einfluss haben, wie die fehlende Mitwirkung des Herkunftsstaates bei der Entlassung aus der ursprünglichen Staatsbürgerschaft oder der Tatsache, dass Termine zur Einbürgerung als Sammeltermine durchgeführt werden, die zeitlich nach den Bewerbungsfristen im Studienplatzvergabeverfahren liegen. Insofern besteht in Bundesländern wie in Bayern, in dem eine Beteiligung von den Gerichten ausgeschlossen wird, die Möglichkeit einer gesetzlichen Klarstellung. Die Befugnis der Regelung des Zugangs zu Bildungseinrichtungen fällt in den Bereich der Kulturhoheit der Länder. Der Bund hat von der Regelung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 GG im Bereich des Hochschulzulsungsrechts bislang keinen Gebrauch gemacht. Den Landesgesetzgebern steht es folglich offen, klarzustellen, dass eine Gleichstellung auch im Verfahren der Studienplatzvergabe außerhalb der festgesetzten Kapazität normativ erfolgen soll. Wegen der insoweit bestehenden Grundrechtsrelevanz müsste eine solche Entscheidung indes vom Gesetzgeber mit hinreichender Klarheit und Bestimmtheit getroffen werden.<sup>119</sup> Grundrechtsdogmatisch ergeben sich diese Bestimmtheitsanforderungen aus der Wesentlichkeitstheorie. In Abhängigkeit der landesverfassungsrechtlichen Ausgestaltung des Zugangs zu universitären Ausbildungsstätten ließe sich insoweit regeln, dass auch Nicht-EU-Ausländer ohne deutsche Hochschulzugangsberechtigung an der außerkapazitären Vergabe von Studienplätzen beteiligt werden können, sofern hierdurch die in Art. 12 Abs. 1 GG gewährte Privilegierung nicht übermäßig beeinträchtigt wird. Für eine Vereinheitlichung von landesrechtlichen Regelungen zur außerkapazitären Vergabe von Studienplätzen

112 Bereits *Dennewitz*, Das Bonner Grundgesetz und die westdeutschen Länderverfassungen, DÖV 1949, 341, 342.

113 *Mösl*, Fn. 61, Art. 128, Rn. 4.

114 *Dietlein*, Landesverfassungsbeschwerde und Einheit des Bundesrechts, Zu den Kontrollbefugnissen der Landesverfassungsgerichte im Rahmen des „Urteilsverfassungsbeschwerdeverfahrens“, NVwZ 1994, 6, 8.

115 *Stettner*, in: Nawiasky/Schweiger/Knöpfle, Die Verfassung des

Freistaates Bayern, 2008, Art. 128, Rn. 18 ff.

116 Zu dieser Schranke siehe BVerfG Urt. v. 20.4.1990, NJW 1990, 2899.

117 VGH München, Beschl. v. 9.6.1950, VerwRSpr 2, 396.

118 *Meyer* in v. Münch/Kunig, Fn. 5, Art. 100, Rn. 43; für eine Vorlagepflicht der Landesverfassungsgerichte *Dietlein*, Fn. 114, 11.

119 Vgl. VGH München, Beschl. v. 11.05.2010, 7 CE 10.10133, Rn. 9.

spricht ferner, dass die Landesparlamente grundsätzlich zu gewährleisten haben, dass bezüglich des Hochschulzugangs ein einheitlicher Maßstab angelegt wird und eine standardisierte Struktur besteht, die einer diskriminierenden Anwendung vorbeugt. Dies könnte verhindern, dass die im Rahmen der innerkapazitären Vergabe von Studienplätzen bezweckte Gleichstellung leer laufen würde, wenn die Zulassungszahlen zu niedrig festgesetzt werden sollten, und sodann im Verfahren der außerkapazitären Verteilung nur noch deutsche Staatsangehörige zum Zuge kommen.

Frank Selbmann ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Partner der Kanzlei Dr. Selbmann, Bergert & Hägele PartmbB.

Alexander Schwarz ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Völkerrecht, Europarecht und Öffentliches Recht, Universität Leipzig.



# Alexander Kübler-Kreß

## Die Hochschullehrermehrheit an privaten Hochschulen – Pflicht oder Kür?

Seit dem grundlegenden Hochschul-Urteil<sup>1</sup> des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1973 gilt das aus Art. 5 Abs. 3 GG abgeleitete Gebot der Hochschullehrermehrheit: Bei Entscheidungen, die unmittelbar die Lehre betreffen, muss die Gruppe der Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer<sup>2</sup> über 50 Prozent der Stimmen verfügen, und bei Entscheidungen, die unmittelbar Fragen der Forschung oder die Berufung der Hochschullehrer betreffen, muss ihr gar ein ausschlaggebender Einfluss von über 50 Prozent vorbehalten bleiben. In dieser und weiteren<sup>3</sup> die Hochschullehrermehrheit berührenden Entscheidungen ging es um staatliche Hochschulen. Doch was ist mit den nichtstaatlichen, insbesondere privaten<sup>4</sup> Hochschulen?

Bisher wurde diese Anforderung unter dem Schlagwort der Hochschulformigkeit etwa vom Wissenschaftsrat<sup>5</sup> (WR) auch für Privathochschulen ohne nähere rechtliche Begründung vorausgesetzt. Der WR formuliert:

„Das maßgebliche Organ für die akademische Selbstorganisation auf zentraler Ebene ist der Senat (statt „Senat“ sind andere Namen möglich), in dem die Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler als Träger des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit mit weiteren Angehörigen der Hochschulen vertreten sind und in dem die Professorinnen und Professoren über die Mehrheit verfügen müssen.“

Hier stellt sich – im Anschluss an den Beitrag von *Würtenberger* in der vergangenen Ausgabe der „Ordnung der Wissenschaft“<sup>6</sup> – die Frage, ob das Modell der Gruppenuniversität samt Stimmengewichtung auf die Privathochschulen de lege lata zu beachten ist.

### A. Verfassungsrecht

Es sind zunächst drei Verfassungsfragen zu klären: (I.) Wer bildet die Hochschullehrermehrheit und (II.) mit welchen Kompetenzen? Schließlich ist zu prüfen (III.), inwieweit die Hochschullehrermehrheit im Lichte der Privathochschulfreiheit zur Geltung kommt.

### I. Materieller Hochschullehrerbegriff

Zur Bestimmung der Mitglieder der korporationsrechtlichen Personengruppe Hochschullehrer ist der materielle Hochschullehrerbegriff heranzuziehen, der sich in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>7</sup> seit dem Hochschul-Urteil herausgebildet hat. Demnach gehören nicht nur Professoren, sondern auch Juniorprofessoren und Privatdozenten als Hochschullehrer zu dieser Gruppe, wenn sie akademisch forschen und lehren, die nach Landesrecht erforderliche Qualifikation<sup>8</sup> nachgewiesen haben und mit der selbstständigen Vertretung eines wissenschaftlichen Fachs in Forschung und Lehre betraut sind.<sup>9</sup>

Die Frage, ob zu dieser Personengruppe auch diejenigen Hochschullehrer, die nicht durch Wahl ihrer Kollegen in ein Gremium entsandt wurden, sondern qua Amt (beispielsweise als Dekan) Mitglieder sind, ist umstritten. Nach dem Abwahl-Urteil des Verfassungsgerichts Baden-Württemberg (VerfGH BW) könne aufgrund des Repräsentationsprinzips in kollegialen Selbstverwaltungsgremien als Vertreter der Gruppe der Hochschullehrer nur gewertet werden, wer von diesen mit einem entsprechenden Repräsentationsmandat gewählt worden sei. Mitglieder kraft Amtes seien dagegen grundsätzlich keine Vertreter der Hochschullehrer.<sup>10</sup>

1 BVerfGE 35, 79, 133ff. (Niedersächsisches Vorschaltgesetz).

2 Im Folgenden wird das generische Maskulinum verwendet; gemeint sind stets Frauen und Männer.

3 Auf eine Stärkung der Statusgruppe der Professorinnen und Professoren rekurrierend BVerfGE 127, 87 (Hamburgisches Hochschulgesetz); BVerfGE 136, 338 (Medizinische Hochschule Hannover); BVerfGE 139, 148 (zur BTUCS - Brandenburg).

4 Gegenstand dieser Untersuchung sind private Hochschulen in dem Sinne, dass sie weder dem Staat noch einer Kirche zurechenbar sind.

5 Wissenschaftsrat, Private und kirchliche Hochschulen aus Sicht der Institutionellen Akkreditierung, Drs. 2264-12, Bremen 25.05.2012, S. 78.

6 *Würtenberger*, Privathochschulfreiheit – auch bei der Organisation der Leitungsebene? OdW 2019, 15 - 26.

7 BVerfGE 43, 242; 47, 327; 51, 369; 56, 192; 61, 240.

8 Einstellungsvoraussetzungen z. B. in § 47 LHG BW.

9 Definition nach BVerfGE 35, 79, 127; 56, 192, 208f.; 95, 193, 211; BVerwGE 100, 346, 351; ausführlich *Fink*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Dienstrecht der Hochschullehrer, DÖV 1999, S. 980 ff.

10 VerfGH BW, Urteil 14.11.2016 – 1 VB 16/15 – Rn. 88 – juris; dieses ist besprochen von *Fehling*, Unzureichende Kompetenzen des Senats im reformierten Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg? OdW 2017, 63 ff.

Dem VerfGH BW ist zwar insoweit zuzustimmen, als die professoralen Senatoren qua Amt die Gruppe der Hochschullehrer nicht ausschließlich repräsentieren, insbesondere dann nicht, wenn sie auch von Angehörigen anderer Statusgruppen gewählt worden sind. Allerdings haben sie, indem sie selbst unverändert Professoren sind, eine weit mehr dieser als den anderen Gruppen entsprechende Interessenlage.<sup>11</sup> Schließlich kommen sie gerade ihrer Aufgabe als Professoren nach, sich als Betroffene an der Selbstverwaltung zu beteiligen, wenn sie ein Amt übernehmen<sup>12</sup>, mithin *primi inter pares* auf Zeit sind.

## II. Sächlicher Anwendungsbereich

Das Bundesverfassungsgericht hat den Anwendungsbereich des Prinzips der Hochschullehrermehrheit in jüngster Zeit über den Kernbereich von Forschung und Lehre hinaus ausgedehnt auf Entscheidungen unter anderem hinsichtlich der Struktur- und Entwicklungsplanung und sogar des Haushalts.<sup>13</sup> Der VerfGH BW ging in dem benannten Urteil noch weiter, indem es das bestehende Abwahlverfahren für hauptamtliche Rektorsratsmitglieder mit Art. 20 Abs. 1 der Landesverfassung deswegen für unvereinbar erklärte, weil die Hochschullehrer im Senat sie nicht unabhängig von der Mitwirkung anderer Akteure abberufen könnten.<sup>14</sup> Das Landeshochschulgesetz müsse diesbezüglich den ausschlaggebenden Einfluss der Hochschullehrerschaft sichern.

## III. Wissenschaftsfreiheit und Grundrechtsbindung

Grundrechtsadressat der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG ist die öffentliche Gewalt i. S. d. Art. 1 Abs. 3 GG.<sup>15</sup> Aber: Weder die Privathochschule noch ihr Träger

sind Teile des Staates. Der Träger ist formelles und materielles Rechtssubjekt des Privatrechts und seinerseits grundsätzlich ausgestattet mit einem eigenen Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG, der Privathochschulfreiheit.<sup>16</sup>

### 1. Keine Beleihung der privaten Hochschule

Wäre der Träger der Hochschule als juristische Person des Privatrechts dagegen mit Hoheitsgewalt beliehen, wäre er grundrechtsdogmatisch als Teil des Staates anzusehen und würde unmittelbar den Grundrechtsschutz auslösen.<sup>17</sup> Nach richtiger Ansicht<sup>18</sup> führt die staatliche Anerkennung einer nichtstaatlichen Hochschule nach dem jeweiligen Landesrecht jedenfalls nicht zu einer umfassenden Beleihung in ihrer Gesamtheit. Sie dient vielmehr der Bestätigung des Staates,<sup>19</sup> dass es sich bei den mit Kreditpunkten nach dem *European Credit Transfer and Accumulation System* (ECTS) abgeschlossenen Modulen um solche einer Hochschule handelt; dies gilt erst recht für die Studienabschlüsse. Auch das mit der Anerkennung verbundene Prüfungsrecht stellt insoweit keine Beleihung dar, als es sich nicht auf Staatsprüfungen bezieht.<sup>20</sup>

Selbst wenn man eine Beleihung unterstellte, würde sie sich allenfalls auf das Prüfungs- und Graduierungswesen beziehen und damit auf die Rechtsverhältnisse zwischen dem Träger der Hochschule und den der Prüfungspflicht unterliegenden Studierenden, nicht aber auf die hier in Rede stehende Rechtsbeziehung zwischen Träger und Hochschullehrern.<sup>21</sup>

### 2. Keine Drittwirkung der Wissenschaftsfreiheit

Art. 5 Abs. 3 GG kommt auch keine Drittwirkung auf das Innenverhältnis von Träger und Hochschullehrern zu.<sup>22</sup> Dies auch nicht mittelbar infolge einer Gebundenheit

11 So das BVerfG in einem Kammer-Beschluss, 03.20.2003 – 1 BvR 1504/03 – Rn. 25 – juris.

12 Ausführlich zum Problem *Pautsch*, Die Nichtzurechnung der Amtsmitglieder im Senat zur Hochschullehrergruppe – Zu Geltung und Grenzen des demokratischen Repräsentationsprinzips in der Hochschulselbstverwaltung, OdW 2018, 213, 221 li. Sp.

13 BVerfGE 136, 338 ff.

14 VerfGH BW, Urteil 14.11.2016 – 1 VB 16/15, LS Nr. 5 – juris; a. A. *Pautsch*, Die Nichtzurechnung der Amtsmitglieder im Senat zur Hochschullehrergruppe, OdW 2018, 213, 217 ff.

15 *Starck/Paulus* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz; Band 1, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Abs. 3, Rn. 495.

16 *Starck/Paulus* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz; Band 1, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Abs. 3, Rn. 532. Umfassend jüngst *Würtenberger*, Privathochschulfreiheit – auch bei der Organisation der Leitungsebene? OdW 2019, 15 – 26. Ob zusätzlich die Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1, Art. 12 oder Art. 14 GG einschlägig sind, kann an dieser Stelle offen bleiben.

17 Vgl. zu kirchlichen Hochschulen BAG, Urt. 12.10.2010 – 9 AZR 554/09 – juris Rn. 59; *Karpen* in: Flämig u. a. (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. (1996), S. 208.

18 BAG, Urt. 12.10.2010 – 9 AZR 554/09 – juris Rn. 59; *Krausnick*, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, 2012, S. 100; *Lorenz* in: Flämig u. a. (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. (1996), S. 1167, 1171 f.; *Steinkemper*, Die verfassungsrechtliche Stellung der Privathochschule und ihre staatliche Förderung, 2002, S. 124; *Würtenberger*, Privathochschulfreiheit – auch bei der Organisation der Leitungsebene? OdW 2019, 15, 25; a. A. VGH BW, DÖV 1981, 65; *Fehling* in: Ders. / Ruffert, Regulierungsrecht, 2010, § 17 Rn. 37 f.

19 *Lorenz* in: Hailbronner / Geis (Hrsg.), Hochschulrecht, § 70 HRG Rn. 17; *Krausnick*, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, 2012, S. 100; *Steinkemper*, Die verfassungsrechtliche Stellung der Privathochschule und ihre staatliche Förderung, 2002, S. 124.

20 So auch *Steinkemper*, Die verfassungsrechtliche Stellung der Privathochschule und ihre staatliche Förderung, 2002, S. 124.

21 BAG, Urt. 12.10.2010 – 9 AZR 554/09 – juris Rn. 59.

22 BAG, Urt. 12.10.2010 – 9 AZR 554/09 – juris Rn. 59; *Fehling* in: Bonner Kommentar, Loseblattausgabe 2004, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit) Rn. 53.

des Staates zu institutioneller Sicherung der Wissenschaft<sup>23</sup> oder dem Charakter der Grundrechte als objektiver Wertordnung<sup>24</sup>. Hieraus kann sich keine Pflicht des Trägers ergeben, die Hochschulverfassung in einer bestimmten Weise,<sup>25</sup> etwa unter Berücksichtigung einer Hochschullehrermehrheit, auszugestalten. Allenfalls ist eine mittelbare Drittwirkung bei Fallkonstellationen denkbar, bei denen offene Wertungsbegriffe wie beispielsweise die „Sittenwidrigkeit“ der Schädigung<sup>26</sup> ausgelegt werden.<sup>27</sup>

Daraus folgt, dass sich ein angestellter Professor hinsichtlich der Auswahl und der Art der Durchführung von Forschungsprojekten auf Art. 5 Abs. 3 GG auch in Form der mittelbaren Drittwirkung nicht berufen kann, mithin keinen Anspruch auf besondere Unabhängigkeit geltend machen kann.<sup>28</sup> So hat niemand ein Recht darauf, speziell als Wissenschaftler beschäftigt und mit der dafür erforderlichen Unabhängigkeit ausgestattet zu werden.<sup>29</sup>

### 3. Keine verkürzte Drittwirkung

In Teilen der Literatur wird der Versuch unternommen, unterhalb der Ebene einer mittelbaren Drittwirkung der Wissenschaftsfreiheit innerhalb der privaten Hochschulen Geltung zu verschaffen.<sup>30</sup> Es wird argumentiert, dass sich die Hochschule nur auf die Wissenschaftsfreiheit berufen dürfe, wenn sie selbst ihrem wissenschaftlichen Personal diese gewähre.<sup>31</sup>

Allerdings ergibt sich aus dieser Konstruktion jedenfalls kein eigenes Grundrecht der Professoren gegenüber dem Träger der Hochschule, weshalb auch dieser Ansatz nicht weiterhilft.<sup>32</sup>

## IV. Zwischenergebnis

Mangels Grundrechtsbindung besteht nach alldem keine verfassungsrechtliche Pflicht der Träger der privaten Hochschulen gegenüber ihren Professoren, eine Hoch-

schullehrermehrheit bei Entscheidungen in Angelegenheiten von Forschung und Lehre zu gewährleisten.

## B. Grundrechtsobliegenheit durch staatliche Anerkennung

Wie gezeigt, besteht keine Grundrechtsbindung für die private Hochschule, auch nicht im Sinne einer Drittwirkung. Allerdings wird ihr im Wege der staatlichen Anerkennung eine Art „Grundrechtsobliegenheit“<sup>33</sup> aufgegeben, womit der Staat den Wissenschaftlern an Privathochschulen faktisch ein Mindestmaß an Wissenschaftsfreiheit vermittelt. Doch gehört hierzu auch das Gebot der Hochschullehrermehrheit im Sinne des Bundesverfassungsgerichts?

## I. Verpflichtung des Staates

Der Staat ist verpflichtet, neben dem Strukturmodell der staatlichen Hochschule wissenschaftsadäquate Modelle der Privathochschule zuzulassen. Diese Verpflichtung ergibt sich zum einen aus dem verfassungsrechtlichen Gebot der institutionellen Garantie der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG, zum anderen aus der Schutzpflicht des Staates für grundrechtliche Rechtsgüter sowie – in abgeschwächter Weise – aus dem kulturstaatlichen Einstehen für den nichtstaatlichen Hochschulsektor als Ausfluss des Sozialstaatsprinzips.<sup>34</sup>

Der Gesetzgeber hat diese Verpflichtung dadurch erfüllt, dass er die Voraussetzungen für die staatliche Anerkennung normiert hat. Sie sind das Ergebnis einer Abwägung der Wissenschaftsfreiheit der Privathochschulen mit den kollidierenden Verfassungsgütern Ausbildungsfreiheit der Studierenden (aus Art. 12 Abs. 1 GG), Schutz der Öffentlichkeit vor Täuschung über die Gleichwertigkeit der Hochschule und der genannten Wissenschaftsverantwortung des Staates.<sup>35</sup>

23 Lorenz in: Flämig u. a. (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 1996, S. 1167, 1171 f.; a. A. Tiemann, ZRP 1972, S. 117.

24 Würtenberger, Privathochschulfreiheit – auch bei der Organisation der Leitungsebene? OdW 2019, 15, 25; Sandberger, Kommentar LHG BW, 2. Aufl. 2015, §§ 70-72, Rn. 2.

25 Vgl. Sandberger, Governance-Modelle für nicht staatliche Hochschulen – zum Akkreditierungsleitfaden des Wissenschaftsrates, OdW 2016, 95, 97.

26 BVerfGE 7, 198 ff. (Lüth-Urteil).

27 Zechlin, Institutionelle Akkreditierung von Privathochschulen und Wissenschaftsfreiheit, OdW 2018, S. 253, 258.

28 Classen, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, 1994, S. 151.

29 Dickert, Naturwissenschaften und Forschungsfreiheit, 1991, S. 352.

30 Übersicht bei Zechlin, OdW 2018, S. 253, 258.

31 Starck/Paulus in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz; Band 1, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Abs. 3, Rn. 495; Krausnick, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, 2012, S. 352.

32 Würtenberger weist darauf hin, dass im Arbeitsvertrag geregelt werden kann, dass die Hochschulsatzung mit ihren Einwirkungsmöglichkeiten des Hochschulträgers auf die Hochschulleitung anerkannt wird: Würtenberger, Privathochschulfreiheit – auch bei der Organisation der Leitungsebene? OdW 2019, 15, 21.

33 Begriff von Battis/Grigoleit, Die Wissenschaftsfreiheit an der privaten Universität, 2005, S. 8, II.2.b).

34 Battis/Grigoleit, Die Wissenschaftsfreiheit an der privaten Universität, 2005, S. 6, II.2.b).

35 Vgl. Steinkemper, Die verfassungsrechtliche Stellung der Privathochschule und ihre staatliche Förderung, 2002, S. 129. Hiervon abweichend Würtenberger, der die Abwägung vornimmt zwischen der Wissenschaftsfreiheit des Hochschulträgers und derjenigen der Professorenschaft sowie der wissenschaftsaffinen Hochschulselbstverwaltung: Würtenberger, Privathochschulfreiheit – auch bei der Organisation der Leitungsebene? OdW 2019, 15, 22.

## II. Anerkennungsvoraussetzungen in den Hochschulgesetzen der Länder

### 1. Sinngemäße Mitwirkung an der Gestaltung des Studiums

Die relativ weit gefassten Anerkennungsvoraussetzungen in den Hochschulgesetzen der Länder<sup>36</sup> verlangen unter anderem, dass die Angehörigen der Hochschule „an der Gestaltung des Studiums in sinngemäßer Anwendung der für die staatlichen Hochschulen geltenden Grundsätze“ mitwirken (in Baden-Württemberg geregelt in § 70 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 HS 3 LHG).

Einen „maßgebenden“ oder „ausschlaggebenden“ Einfluss der Statusgruppe der Professoren, insbesondere eine Hochschullehrermehrheit in den Entscheidungsgremien, schreibt die Vorschrift indes nicht vor. Zum einen besteht der Einfluss in einer bloßen Mitwirkung, die zudem beschränkt ist auf die „Gestaltung des Studiums“ und sich lediglich „sinngemäß“ an den entsprechenden Grundsätzen für die staatlichen Hochschulen orientiert. Zum anderen zielt eine Mitwirkung an der Weiterentwicklung der Lehre auf Partizipation und Teilhabe, nicht jedoch auf die Ausübung von Wissenschaftsfreiheit.<sup>37</sup>

### 2. Einfachgesetzliche Wissenschaftsfreiheit

In einigen Bundesländern<sup>38</sup> wird zusätzlich die Garantie von Wissenschaftsfreiheit als Anerkennungsvoraussetzung normiert. So verlangt das LHG von Baden-Württemberg, dass „die innere Wissenschaftsfreiheit hinreichend gesichert ist; insbesondere muss die akademische Selbstverwaltung maßgeblichen Einfluss auf die Bestellung und Abberufung der Hochschulleitung besitzen, und im akademischen Kernbereich muss eine autonome Entscheidungsbildung durch die akademischen Gremien gewährleistet sein“ (§ 70 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 HS 1 u. 2 LHG BW).<sup>39</sup>

Die „innere Wissenschaftsfreiheit“ i. d. S. kann jedoch nicht die Reichweite des entsprechenden Grundrechts aus Art. 5 Abs. 3 GG haben. Für wen und inwieweit einem Grundrecht Geltungskraft zukommt, bestimmt sich ausschließlich aus der Verfassung und nicht aus einfachem Gesetz.

Vorliegend handelt es sich vielmehr um eine einfachgesetzliche Befugnisnorm für die Exekutive. Diese muss bei ihrer Anerkennungsentscheidung freilich die Grundrechte des Trägers berücksichtigen – was die Reichweite der einfachgesetzlichen Wissenschaftsfreiheit stark einschränkt. Im Ergebnis dürfte diese neu eingeführte Quasi-Wissenschaftsfreiheit jedenfalls nicht weiterreichen als die hergebrachte Regelung der sinngemäßen Mitwirkung.

In § 70 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 HS 2 LHG BW wird zwar „ein maßgeblicher Einfluss“ auf die Bestellung und Abberufung der Mitglieder der Hochschulleitung vorgegeben – jedoch bezieht sich dieser Einfluss auf „die akademische Selbstverwaltung“ insgesamt und nicht auf denjenigen der Statusgruppe der Professoren. Das Gleiche gilt für die autonome Entscheidungsbildung „durch die akademischen Gremien“, auch hier ist die funktionelle Selbstverwaltung als Gesamtheit gemeint, nicht der Einfluss der Professoren.

### 3. Hochschullehrermehrheit in der Literatur

*Baldus*<sup>40</sup> geht davon aus, dass „die Entscheidungskompetenz der Professoren als eigenverantwortlich Lehrende und Träger des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit durch Einrichtung eines Gremiums (Senat etc.) mit entsprechenden Mehrheitsverhältnissen zu gewährleisten ist“. Dies folge aus dem (in den Anerkennungsvoraussetzungen verwendeten) Hochschulbegriff, der als Element die Hochschulautonomie hinsichtlich der akademischen Selbstverwaltung beinhalte. Allerdings schränkt *Baldus* ein, dass das Verhältnis von Selbstverwaltung und Bedarfsverwaltung nicht staatlich reguliert sei: „So darf der Träger nach dem Vorbild der alten Kuratorialverfassung eine trägerschaftliche Verwaltung an der Hochschule ohne Beteiligung von Selbstverwaltungsorganen einrichten.“ Nach dieser Ansicht wäre mangels entsprechender Gremien eine Hochschullehrermehrheit i. S. d. Bundesverfassungsgerichts wohl entbehrlich.

*Lee*<sup>41</sup> sieht zwar an sich geeignete Bezugspunkte für eine sinngemäße Mitwirkung, z. B. Gruppenrepräsentation und Professorenmehrheit. Sinn der Vorschriften über die Anerkennung von nichtstaatlichen Hochschu-

36 Sie beispielhaft Art. 76 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 BayHSchG oder § 72 Abs. 2 Satz 1 Nr. 8 HG NRW.

37 Für den Abschnitt: *Zechlin*, Institutionelle Akkreditierung von Privathochschulen und Wissenschaftsfreiheit, *OdW* 2018, S. 253, 257.

38 Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Nordrhein-Westfalen.

39 *Würtenberger* erscheint diese Norm verfassungsrechtlich nicht haltbar: *Würtenberger*, Privathochschulfreiheit – auch bei der Organisation der Leitungsebene? *OdW* 2019, 15, 22.

40 Für den gesamten Abschnitt: *Baldus*, Rechtsstellung und Aufgaben nichtstaatlicher Fachhochschulen, *WissR* 30, 1997, S. 10.

41 Für den gesamten Abschnitt: *Lee*, Verfassungsrechtliche Grundprobleme des Privathochschulwesens – Privathochschulfreiheit in der Bundesrepublik Deutschland und in der Republik Korea, 1993, S. 93.

len sei jedoch das „Bekenntnis zum dualen Hochschulsystem“. Dies könne nicht bedeuten, dass das Gesetz für Privathochschulen im Wesentlichen dieselbe Binnenstruktur fordere wie für staatliche Hochschulen.<sup>42</sup> Denn Gleichwertigkeit reiche aus, während Gleichartigkeit nicht gefordert werden dürfe. Auch nach dieser Ansicht scheidet folglich eine zwingend einzuhaltende Hochschullehrermehrheit aus.

Heidtmann<sup>43</sup> hält den Spielraum für eine sinngemäße Anwendung der Grundsätze für die staatlichen Hochschulen ebenfalls für groß. Hinsichtlich der Verteilung der Stimmgewichte seien Abweichungen zulässig, „solange nur für die Privathochschullehrer, Studenten und sonstigen Bediensteten bzw. deren in die Gremien gewählten Repräsentanten insgesamt, per Saldo, also unabhängig von der internen Gewichtung der Stimmrechte, ein im Vergleich zu den staatlichen Hochschulen gleichwertiges Maß an curricularen Mitbestimmungsrechten“ gewahrt sei. Nach dieser (älteren) Ansicht kommt es folglich auf das Ausmaß der Partizipation aller Hochschulangehörigen gegenüber dem Träger und nicht auf das Stimmgewicht der Gruppe der Hochschullehrer an.

### III. Zwischenergebnis

Für die Binnenorganisation von privaten Hochschulen ergibt sich ein sehr weiter Spielraum, der noch weit über das hinausgeht, was das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber für die staatlichen Hochschulen zugestanden hat.<sup>44</sup> Eine zwingend einzuhaltende Hochschullehrermehrheit ergibt sich nach alledem auch nicht aus einfachem Recht.

### C. Institutionelle Akkreditierung als Einfallstor?

Die zuständigen Landesministerien für Wissenschaft beauftragen in der Regel den Wissenschaftsrat, um nichtstaatliche Hochschulen zu begutachten.<sup>45</sup> Ziel ist es zu prüfen, ob die jeweilige Institution die Voraussetzungen für die staatliche Anerkennung (weiterhin) erfüllt.<sup>46</sup> Hierbei legen die Gutachter des Wissenschaftsrats nicht

ausschließlich die gesetzlichen Kriterien, sondern in Leitfäden und Stellungnahmen ausgeführte weitergehende Prüfsteine zu Grunde. Eines der angewandten Prüfkriterien ist die Anforderung, dass die Professoren „über eine strukturelle Mehrheit im zentralen Selbstverwaltungsorgan der Hochschule (z. B. Akademischer Senat) verfügen“.<sup>47</sup>

### I. Keine Rechtsgrundlage

In den meisten Hochschulgesetzen der Länder ist eine Befassung des Wissenschaftsrats nicht geregelt. Anders dagegen in Thüringen: § 101 Abs. 2 Satz 2 Thüringer HG bestimmt, dass innerhalb von fünf Jahren nach ihrer staatlichen Anerkennung „sich die staatlich anerkannte Hochschule einem Akkreditierungsverfahren durch den Wissenschaftsrat zu unterziehen“ habe.

Diese Zuständigkeitsvorschrift kann schon nach dem Wortlaut keine Rechtsgrundlage für implizite, ungenannte Voraussetzungen einer institutionellen Akkreditierung sein, die de facto die Anerkennungsentscheidung der Verwaltung präjudizieren.

Diese Konstellation ähnelt derjenigen, die der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung zum Akkreditierungswesen<sup>48</sup> zu Grunde liegt.<sup>49</sup> Im Ausgangsverfahren hat die beklagte Akkreditierungsagentur eine Akkreditierung zweier von einer privaten Fachhochschule angebotener Studiengänge versagt. Diese „mit der Qualitätssicherung verbundenen Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit bedürfen nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage“, denn „Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot verpflichten den Gesetzgeber dazu, die insoweit für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen selbst zutreffen“.<sup>50</sup> Das BVerfG kam zu dem Schluss, dass der Gesetzgeber seiner Verpflichtung hier nicht nachgekommen sei.<sup>51</sup>

Auch im Falle des Wissenschaftsrats fehlt es an einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage für seine Akkreditierungsentscheidung. Die Gutachter müssen sich daher in ihrem Prüfungsmaßstab auf die im Gesetz

42 Ebenso *Dallinger* in: HRG Kommentar, § 70 Rn. 14; *Lorenz* in: Flämig u. a. (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 1996, S. 1142.

43 *Heidtmann*, Grundlagen der Hochschulfreiheit, 1980, S. 105 Mitte.

44 Zum gleichen Ergebnis kommen *Battis/Grigoleit*, Die Wissenschaftsfreiheit an der privaten Universität, 2005, S. 12 f., III.2.

45 Vgl. die Verweise auf den Wissenschaftsrat in § 122 Abs. 2 Satz 2 ThürHG, § 91 Abs. 3 Satz 1 HessHG; § 76 Abs. 2 Satz 4 HSG S-H.

46 Wissenschaftsrat, Leitfaden der Institutionellen Akkreditierung nichtstaatlicher Hochschulen, Drs. 4395-15, 2015, S. 15 oben.

47 Wissenschaftsrat, Leitfaden der Institutionellen Akkreditierung nichtstaatlicher Hochschulen, Drs. 4395-15, 2015, S. 30.

48 BVerfGE 141, 143; *Geis*, Das Bundesverfassungsgericht zur Akkreditierung, OdW 2016, 193 ff.; *Mager*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Akkreditierung von Studiengängen

– Zugleich eine kritische Auseinandersetzung mit der Akkreditierungs-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und eine verfassungsrechtliche Bewertung des Akkreditierungs-Staatsvertrags, OdW 2017, S. 237 ff.; *Hufen*, JuS 2016, 855 ff.

49 So auch *Zechlin*, Institutionelle Akkreditierung von Privathochschulen und Wissenschaftsfreiheit, OdW 2018, 253, 260 r. Sp.

50 BVerfGE 141, 143, 170.

51 BVerfGE 141, 143, 172.

aufgeführten Voraussetzungen beschränken<sup>52</sup>, und die Verwaltung darf sie lediglich als erweiterte Grundlage für ihre Ermessensentscheidung in eigener Kompetenz ansehen.

## II. Kein vorgelagerter Hochschulbegriff

An diesem Ergebnis ändert auch nicht die Definition eines dem Gesetz vorgelagerten Hochschulbegriffes durch den Wissenschaftsrat.<sup>53</sup> Dieser sieht die Erfüllung seiner selbst aufgestellten Voraussetzungen „für die Hochschulformigkeit einer Einrichtung als konstitutiv an“ und nennt als erste Voraussetzung die folgende:

„Lehre, Forschung und Kunstaübung finden unter den Bedingungen der grundgesetzlich garantierten Freiheit der Wissenschaft und der Kunst statt.“<sup>54</sup>

Auf diese Weise unternimmt es der Wissenschaftsrat, subkutan dem Prinzip der Hochschullehrermehrheit an nichtstaatlichen Hochschulen Geltung zu verschaffen.

Dies steht im Widerspruch zu den Hochschulgesetzen der Länder, die die staatliche Anerkennung als konstitutiv für die Hochschuleigenschaft ansieht. Exemplarisch sei diesbezüglich § 122 Abs. 1 Satz 1 Thüringer HG genannt:

„Eine Bildungseinrichtung kann als Hochschule staatlich anerkannt werden [...]“

Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist „eine Bildungseinrichtung“ erst dann eine „Hochschule“, wenn sie staatlich anerkannt ist.

## III. Zwischenergebnis

An dem Ergebnis, dass das Prinzip der Hochschullehrermehrheit an nichtstaatlichen Hochschulen keine Anwendung findet, ändert auch die der staatlichen Anerkennungsentscheidung in der Regel vorausgehende und zumeist präjudizierende institutionelle Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat nichts. Diese vorgelagerte Begutachtung richtet sich teilweise nach Kriterien, die keine gesetzliche Grundlage haben. So liegt es im Falle der geforderten Hochschullehrermehrheit.

## D. Fazit und Ausblick

Das Prinzip der Hochschullehrermehrheit findet nach alledem an privaten Hochschulen keine Anwendung. Es ist weder verfassungsrechtlich geboten noch einfachgesetzlich umsetzbar. Gerade an den Privathochschulen ist es daher möglich und wünschenswert, mit alternativen Modellen von Partizipation und Qualitätssicherung neue Akzente im deutschen Hochschulraum zu setzen.

### I. Individuell eingeräumte Freiheit

Das Mindestmaß an innerer Wissenschaftsfreiheit, das der Träger der Hochschule im Innenverhältnis zu den Hochschullehrern auf Grund des jeweiligen Hochschulgesetzes des Landes garantieren muss, kann auch ohne Gremien kollektiver Selbstverwaltung wie dem Senat individuell eingeräumt werden. Denkbar ist beispielsweise, dem einzelnen Hochschullehrer arbeitsrechtlich höhere Freiheitsgrade als an einer staatlichen Hochschule üblich zu belassen und ihn in themenbezogenen kleineren Arbeitsgruppen (Task Forces) an der Gestaltung von Curricula und Forschungsschwerpunkten mitgestalten zu lassen. Diese Freiräume in Verbindung mit einer wertschätzenden Führung sind schließlich geeignet, Motivation und Kreativität des Wissenschaftlers zu fördern und der Wissenschaftsfreiheit an privaten Hochschulen Geltung zu verschaffen.

### II. Alternativmodelle am Beispiel von Berufungsverfahren im Ausland

Davon ausgehend, dass das Gebot der Hochschullehrermehrheit neben der Gewährung von Partizipation auch ein Instrument der Qualitätssicherung ist, lohnt sich ein Blick über den Tellerrand. Gerade ausländische Hochschulen mit einer vom deutschen Hochschullehrer-Beteiligungsmodell abweichenden Praxis sind nicht selten zu besseren wissenschaftlichen Leistungen als deutsche in der Lage. Dies zeigt sich anschaulich am Beispiel der Ausgestaltung von Berufungsverfahren der folgenden beiden topgerankten Universitäten<sup>55</sup>:

#### 1. Direktberufungen an die ETH

Die Präsidentin oder der Präsident der ETH Zürich kann in Ausnahmefällen dem ETH-Rat einen Antrag auf Ernennung einer von der Universitätsleitung favorisier-

52 Ebenso Zechlin, Institutionelle Akkreditierung von Privathochschulen und Wissenschaftsfreiheit, OdW 2018, 253, 260 r. Sp.

53 Zechlin, Institutionelle Akkreditierung von Privathochschulen und Wissenschaftsfreiheit, OdW 2018, 253, 259 f.

54 Wissenschaftsrat, Leitfaden der Institutionellen Akkreditierung nichtstaatlicher Hochschulen, Drs. 4395-15, 2015, S. 10.

55 Vgl. <https://www.topuniversities.com/university-rankings/world-university-rankings/2019> /abgerufen am 25. 1. 2019).

ten Person unterbreiten (sog. Direktberufung).<sup>56</sup> In diesen Fällen kann die Leitung ein reguläres Berufungsverfahren – einschließlich der Arbeit einer von Hochschullehrern dominierten Berufungskommission und einer internationalen Ausschreibung – umgehen.

## 2. Starke monokratische Leitungsfunktionen in Stanford

Auch an der privaten Stanford University in den USA sind Berufungsverfahren anders ausgestaltet. Neben den Fachbereichen fungieren die Deans als Vorschlagsinstanzen, die ihre Personalvorstellungen an den so genannten Provost der Fakultät weiterleiten. Dieser hohe Verwaltungsbeamte hat beim Berufungsverfahren dafür zu sorgen, dass Fragen von ethnischer, religiöser und geschlechtlicher Gleichstellung eingehalten werden. Neben dem Präsidenten ist auch das Board of Trustees,

ein Gremium vergleichbar dem Hochschulrat, in Berufungsverfahren miteinbezogen.<sup>57</sup>

Es ist wünschenswert, dass auch der Wissenschaftsrat bei Begutachtungen den gegenüber staatlichen Hochschulen verfassungsrechtlich größeren Rahmen beachtet und experimentellen Konzepten von Partizipation und Qualitätssicherung Raum gibt.

RA Alexander Kübler-Kreß war Vizekanzler und interimistisch Universitätskanzler. Aktuell ist er als Justiziar tätig und daneben Lehrbeauftragter für IT- und Wirtschaftsrecht an der Technischen Hochschule Nürnberg Georg Simon Ohm. Er forscht auf dem Gebiet des privaten Hochschulrechts.

56 Art. 7 Abs. 3 Satz 2 der Verordnung des ETH-Rates über die Professorinnen und Professoren der Eidgenössischen Technischen Hochschulen (Professorenverordnung ETH) vom 18. September 2003, vom Bundesrat genehmigt am 26. November 2003.

57 Schmitt/Arnhold/Rüde, Berufungsverfahren im internationalen Vergleich, Arbeitspapier Nr. 53, Centrum für Hochschulentwicklung (CHE), März 2004.



# Margrit Seckelmann

## *Evaluation und Recht. Ansätze zu einem wissenschaftsadäquaten Modell der staatlichen Indienstnahme evaluativer Verfahren<sup>1</sup>*

### **I. Das zugrundeliegende Problem und Evaluationen als dessen mögliche Lösung**

Evaluationen, Akkreditierungen und andere Steuerungsinstrumente der Wissenschaftspolitik haben in den letzten Jahren enorme Aufmerksamkeit gewonnen. Es gibt kaum noch einen Wissenschaftler<sup>2</sup> an Universitäten und Forschungsinstituten, der nicht einen beträchtlichen Teil seiner Zeit auf sie verwendet.

Seit der Einführung des New Public Management im Hochschulbereich werden an Evaluations- und Akkreditierungsverfahren wichtige strukturelle und finanzielle Entscheidungen geknüpft, die bis hin zur Schließung eines Studiengangs, einer Universität oder einer außeruniversitären Forschungseinrichtung reichen können. Die Wissenschaftsministerien ziehen sich dabei immer stärker aus den Genehmigungsverfahren zurück und knüpfen ihre Entscheidungen an die Voten von Akkreditierungsagenturen.

Diese Tendenz ist nicht unproblematisch, da die demokratische Legitimation von Akkreditierungsagenturen zumindest dann bislang deutlich zu schwach gesetzlich im Sinne von Art. 20 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 GG konturiert war, wenn an deren Entscheidungen *unmittelbar* rechtliche Folgerungen für Studiengänge oder gar Universitäten geknüpft werden. Auf der anderen Seite aber wäre es auch nicht zutreffend, evaluativen Verfahren von vorneherein jeglichen *Erkenntniswert* abzusprechen. Denn Evaluationsverfahren stellen Steuerungsinstrumente eines wissensorientierten Gemeinwesens dar. Sie sind für die Gesetzgebung nützliche Hilfsmittel, da sie es erlauben, bei knappen Finanzmitteln und bei der hohen zeitlichen Belastung von Abgeordneten Anhaltspunkte für ihre Entscheidungen zu bieten. Auch die Verwaltung kann von Informationen profitieren, die sie aus (selbst-) evaluativen Verfahren, wie etwa dem Benchmarking ge-

winnt, wenn die Voten von Akkreditierungs- und Evaluationsagenturen eben rechtsstaatlich und demokratisch eingefangen werden.

Was bei aller Euphorie über derartige neue Steuerungsinstrumente jedoch zumeist unterbelichtet blieb, war der Machtaspekt.<sup>3</sup> Aufgrund evaluativer Verfahren werden, namentlich im Wissenschaftsbereich, enorme Summen verschoben, man denke nur an die deutsche Exzellenzinitiative bzw. -strategie oder die Forschungsrahmenprogramme der Europäischen Union.

Der Einsatz evaluativer Verfahren, insbesondere im grundrechtsakzessorischen Bereich (wie bei der Evaluation einzelner Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler) wirft daher enorme legitimatorische Fragen auf. Diese rufen nach einer Verrechtlichung – und aktivieren bei Staatshandeln mit Grundrechtsberührung sogar den institutionellen Gesetzesvorbehalt der betroffenen subjektiven Rechte von Verfassungsrang (wie hier der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG).

Die vorzustellende Habilitationsschrift, die an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften entstand, beschäftigt sich mit diesen Fragen. Die Autorin hat die Habilitationsschrift berufsbegleitend zu ihrer Tätigkeit als Geschäftsführerin des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung in Speyer angefertigt und verfügt über vielfältige praktische Erfahrungen mit evaluativen Verfahren.

### **II. Forschungsfragen und Gang der Untersuchung**

#### 1. Erkenntnisleitendes Interesse

Evaluation heißt letztlich nichts anderes als Einschätzung oder Bewertung. Und auch Wissenschaft und wissenschaftlichen Sozialisationsprozessen ist Bewertung immanent, man denke nur an das Verfahren zur Besetzung eines Lehrstuhls. Die Leitfragen der Arbeit lautet

1 Vorstellung des Buches von *Margrit Seckelmann*, *Evaluation und Recht. Strukturen, Prozesse und Legitimationsfragen staatlicher Wissensbeschaffung durch (Wissenschafts-)Evaluationen*, Tübingen 2018. Der Autorin wurde für diese Arbeit der vom Verein zur Förderung des deutschen & internationalen Wissenschaftsrechts ausgelobte Preis für Wissenschaftsrecht verliehen.

2 Oder eine Wissenschaftlerin.

3 Dazu jedoch eingehend *Christine Schwarz*, *Evaluation als modernes Ritual. Zur Ambivalenz gesellschaftlicher Rationalisierung am Beispiel virtueller Universitätsprojekte*, Hamburg 2006, S. 12; *Peter Weingart*, *Das Ritual der Evaluierung und die Verführung der Zahlen*, in: ders. (Hrsg.), *Die Wissenschaft der Öffentlichkeit*, Weilerswist 2005, S. 102-122.

daher, inwieweit ein ursprünglich durchaus wissenschaftsadäquates Instrument der *Selbstbewertung* von Professionen von Gesetzgebung und Verwaltung als Instrument der *Fremdbewertung* in Dienst genommen wurde und welche rechtlichen Rahmenbedingungen (und Grenzen) zu beachten sind, um diese Entwicklung demokratie- wie wissenschaftskonform zu begleiten.

Denn die Indienstnahme eines wissenschaftlichen Selbstbewertungsinstrumentes durch den Staat führt, erstens, zu einer *Hybridisierung* zwischen Selbst- und Fremdkontrolle sowie zwischen Instrumenten des privaten wie des öffentlichen Rechts. Daraus folgt, dass die Zuordnung des Evaluationsvorgangs zu einem der beiden Rechtskreise nicht immer leicht fällt, wie die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Studiengangakkreditierung vom 17. Februar 2016 (BVerfGE 141, 143) gezeigt hat. Eine zentrale These der Arbeit ist daher, dass sich der Staat seiner Verantwortung zur demokratischen und grundrechtskonformen Verfahrensgestaltung<sup>4</sup> nicht durch eine *Flucht in die Selbstregulierung*<sup>5</sup> entziehen darf.

Neben der Hybridisierung von Verfahren ist, zweitens, im Zuge der zunehmenden Umstellung der Forschungsfinanzierung auf Drittmittelnahmen eine *Projektifizierung* von Wissenschaft zu beobachten, die dadurch gekennzeichnet ist, dass Wissenschaft mit einem „Lebenszyklus“, also einem „Angang“ und einem „Ende“ versehen wird.<sup>6</sup> Zunehmend müssen sich nicht nur Drittmittelanträge, sondern sogar Einzelforscher selbst als *Projekt* begreifen, wie anhand der Juniorprofessuren mit ihrer Zwischenevaluation deutlich wird. Und zwischen Projekten und Evaluationen besteht ein enger Zusammenhang. Projektifizierung erzwingt Evaluationen – und Evaluationen setzen ihrerseits eine projektförmige Dimensionierung des zu Untersuchenden voraus. Daher wird in der Arbeit davor gewarnt, nunmehr alles,

also auch die Wissenschaft, nur noch als „Projekt“ zu begreifen, auch wenn das die Funktionslogik evaluativer Verfahren nahelegt.

## 2. Forschungsstand

Evaluationen wurden bislang von der Rechtswissenschaft eher stiefmütterlich behandelt. Erst die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den Akkreditierungsagenturen vom 17. Februar 2016 (also zu einem Zeitpunkt, in dem das der Arbeit zugrundeliegende Habilitationsverfahren bereits abgeschlossen war) hat die Thematik intensiver unter rechtlichen Aspekten analysiert. Die Entscheidung lag auf der Linie der in der Habilitationsschrift bereits angestellten Überlegungen; sie wurde in die Druckfassung integriert.

Die Untersuchung ist durch zwei große Stränge gekennzeichnet: Zum einen will sie aufklärerisch die Möglichkeiten der ideologischen Vereinnahmbarkeit von Evaluationsverfahren aufzeigen. Zum anderen konturiert sie – und das ist das eigentlich Neue – rechtliche Rahmenbedingungen, wie derartige Vereinnahmungsversuche künftig mit Mitteln des Rechts abgewehrt werden können. § 11 der Arbeit, der in gewisser Weise ihr praxeologisches Herzstück darstellt, enthält daher grundlegende Überlegungen zu einem „Evaluationsrecht“ und skizziert dessen Umrisse, um die Autonomie von Wissenschaft besser als in den letzten Jahrzehnten mit Mitteln des Rechts gewährleisten zu können.

Die Arbeit geht bezogen auf das spezielle Thema „Evaluationen“ insoweit auch über die große wissenschaftsrechtliche Untersuchung von *Klaus Ferdinand Gärditz* hinaus, die zwar eingehend die Einführung des New Public Management in das Hochschulsystem (und die damit verbundenen Rechtsprobleme) behandelt, jedoch das Thema „Evaluationsverfahren“ in diesem Zusammenhang nur streift (denn seinerzeit stand die Ein-

4 Dazu u. a. auch *Martin Burgi*, Die Funktion des Verfahrensrechts in privatisierten Bereichen – Verfahren als Gegenstand der Regulierung nach Verantwortungsteilung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, Baden-Baden 2002, S. 155–191, 179 f.; *Oliver Lepsius*, Verfassungsrechtlicher Rahmen der Regulierung (§ 4), in: *M. Fehling/M. Ruffert* (Hrsg.), *Handbuch Regulierungsrecht*, Tübingen 2010, S. 143–211, Rn. 6; *Achim Seidel*, *Privater Sachverstand und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht*, München 2000, S. 167 ff.

5 Begriff selbst entwickelt in Anspielung auf *Fritz Fleiner*, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, 8. Aufl., Tübingen 1928, S. 326 („Flucht in das Privatrecht“).

6 Begriff nach *Nina Baur/Cristina Besio/Maria Norkus*, *Organisationale Innovation am Beispiel der Projektifizierung der Wissen-*

*schaft. Eine figurationssoziologische Perspektive auf Entstehung, Verbreitung und Wirkungen*, in: Werner Rammert/Michael Hutter/Hubert Knoblauch/Arnold Windeler (Hrsg.), *Innovationsgesellschaft heute. Perspektiven, Felder und Fälle*, Wiesbaden 2016, S. 373–402, 373.

7 Das gilt erst recht für *Claus Dieter Classen*, *Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule. Zur Bedeutung von Artikel 5 Absatz 3 Grundgesetz für außeruniversitäre Forschung und Forschungsförderung*, Tübingen 1994.

8 *Klaus Ferdinand Gärditz*, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, Tübingen 2009.

9 *Hans-Heinrich Trute*, *Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung. Das Wissenschaftsrecht als Recht kooperativer Verwaltungsvorgänge*, Tübingen 1994.

führung evaluativer Verfahren wie der Akkreditierung in das deutsche Hochschulsystem noch ganz am Anfang<sup>7</sup>).<sup>8</sup> In mancher Hinsicht bezieht sich die Arbeit auch zurück auf die Fragen der bedeutenden Habilitationsschrift von *Hans-Heinrich Trute*,<sup>9</sup> welche jedoch Evaluationen primär in der Sphäre der wissenschaftlichen Selbstbewertung verortet.<sup>10</sup> Interessant waren natürlich auch die von *Cristina Fraenkel-Haeberle* beschriebenen Erfahrungen mit dem italienischen und österreichischen (und deutschen) Modell der Akkreditierung von Studiengängen<sup>11</sup> und die von *Daniel Krausnick* analysierte Verbindung des Neuen Steuerungsmodells im Hochschulbereich mit dem Modell des Gewährleistungsstaats,<sup>12</sup> um nur die einschlägigen juristischen Habilitationsschriften zu nennen.<sup>13</sup>

### 3. Gang der Untersuchung

Die Arbeit ist in zwei Teile gegliedert, die von einem Eingangs- und einem Schlusskapitel umrahmt werden (§§ 1 und 14). Die §§ 2-6 widmen sich als eine Art „Allgemeiner Teil“: der Herkunft evaluativer Verfahren und ihren theoretischen Grundannahmen. Dabei wird in § 2 das Modell eines *Evaluationsrechts* als Teil eines *Informationsrechts* entwickelt. Daher werden in diesem Abschnitt die erkenntnisleitenden Fragen der Arbeit in den aktuellen Forschungsstand zum Informationsrecht eingebettet.

#### a) „Allgemeiner Teil“ eines Evaluationsrechts: Grundlagen und methodisch-theoretische Annahmen

In § 3 der Arbeit wird die Frage aufgerufen, ob Gesetzgebung und Verwaltung nicht sogar eine Evaluationspflicht in Form einer Beobachtungspflicht trifft. So hat es das Bundesverfassungsgericht wiederholt postuliert. In diesem Teil wird herausgearbeitet, dass aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz folgt, dass den Gesetzgeber nur eine Obliegenheit zur Schaffung eines „guten“ Gesetzes

trifft;<sup>14</sup> anders ist es aber dann, wenn dem Gesetzgeber zuvor ein weiter Prognosespielraum zuerkannt wurde, der zugleich mit einer Grundrechtsberührung verbunden war.

In den §§ 3-6 wird zudem der Frage nachgegangen, inwieweit Evaluationen zu einer „rationalen“ Gesetzgebung beitragen können, wie es in jüngerer Zeit gelegentlich proklamiert wird.<sup>15</sup> Dazu werden zunächst verschiedene Rationalitätsbegriffe (etwa von *Max Weber* und von *Karl Raimund Popper*) analysiert, die zu ganz unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Insofern ist davor zu warnen, den Rationalitätsbegriff rein „ökonomisch“-affirmativ zu verstehen (und beispielsweise für Kürzungsmaßnahmen heranzuziehen). Die Unterschiede zwischen dem Rationalitätsbegriff, wie er derzeit in den Wirtschaftswissenschaften (und teilweise in der ökonomischen Analyse des Rechts) benutzt wird und der politischen Rationalität, deren Handlungsform gerade der parlamentarische Kompromiss ist, werden aufgezeigt. Im Unterschied zu der kürzlich (jedoch nach Annahme der vorliegenden Schrift) erschienenen Habilitationsschrift von *Armin Steinbach*<sup>16</sup> wird in der vorliegenden Untersuchung indes nicht das *prozedurale Recht* als ein „dritter Weg“ zur Lösung der Probleme angesehen, die sich aus den Unterschieden zwischen politischer und ökonomischer „Rationalität“ ergeben. Denn auch die prozedurale Gesetzgebung kennt Grenzen, soll sie nicht *Warteschleifen* hervorbringen, in der die Bürgerinnen und Bürger zunehmend unwilliger festhängen.

Prozeduralen Ansätzen „lernender“<sup>17</sup> Organisationen und „lernenden“ Rechts, egal, ob sie sich auf Wissenschaftspolitik oder auf andere Felder beziehen, liegt die Annahme zugrunde, dass man den politischen Prozess (in Gesetzgebung wie Verwaltung) in einzelne Schritte aufteilen und entsprechend „abarbeiten“ könne (*policy cycle*<sup>18</sup>).

10 Skeptischer hingegen aus jüngerer Zeit *Hans-Heinrich Trute*, In der Grauzone: Akkreditierung zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Rechtsdurchsetzung, RW 2014, S. 341-377, 341.

11 *Cristina Fraenkel-Haeberle*, Die Universität im Mehrebenensystem. Modernisierungsansätze in Deutschland, Italien und Österreich, Tübingen 2014.

12 *Daniel Krausnick*, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, Tübingen 2012.

13 Hinsichtlich der Dissertationsschriften ist insbesondere zu verweisen auf *Stefan Kracht*, Das neue Steuerungsmodell im Hochschulbereich. Zielvereinbarungen im Spannungsverhältnis zwischen Konsens und hierarchischem Verwaltungsaufbau, Baden-Baden 2006, sowie *Simon Sieweke*, Managementstrukturen und outputorientierte Finanzierung im Hochschulbereich: Zum Instrumentarium des Neuen Steuerungsmodells im Hinblick auf Wissenschaftsfreiheit und Hochschulautonomie, Baden-Baden 2010 (aus Platzgründen wird an dieser Stelle die inzwischen zahlreiche Literatur zur Akkreditierung von Studiengängen nicht

aufgeführt).

14 Epoche machend insoweit die Ausführungen von *Klaus Schlaich*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), S. 99-146, 109; vgl. aus neuerer Zeit etwa *Christian Waldhoff*, „Der Gesetzgeber schuldet nichts als das Gesetz“. Zu alten und neuen Begründungspflichten des parlamentarischen Gesetzgebers, in: Otto Depenheuer/Markus Heintzen/Matthias Jestaedt/Peter Axer (Hrsg.), Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, Heidelberg 2007, S. 325-343.

15 Vgl. nur *Nils Petersen*, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle. Eine rechtsempirische Studie verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten, Tübingen 2015, S. 271.

16 *Armin Steinbach*, Rationale Gesetzgebung, Tübingen 2017.

17 Der Gedanke des Lernens von Organisationen und wohl auch Institutionen findet sich angelegt u. a. bei *Chris Argyris/Donald A. Schön*, Die Lernende Organisation: Grundlagen, Methoden, Praxis, Stuttgart 1999.

Diese Vorstellung geht letztlich auf den US-amerikanischen Pragmatismus zurück, eine Philosophierichtung, die in § 4 der Untersuchung näher behandelt wird. In diesem Kapitel werden die theoretischen Voraussetzungen von Evaluationsverfahren und ihre Vorläufer in der Implementationsforschung analysiert. Dabei werden auch die Vorteile von Evaluationen als *Selbstbewertungsverfahren* dargestellt, die sich aus einer kybernetischen, iterativen Dimensionierung von Politik ergeben.

In § 5 werden notwendige Begriffsabgrenzungen vorgenommen und unterschiedliche evaluative Ansätze (*ex ante*-, *ongoing*-/in itinere- und *ex post*-Evaluationen, verschiedene Arten der Gesetzesfolgenabschätzung etc.) vorgestellt. § 6 ist sodann der Auseinandersetzung mit der gängigen Annahme gewidmet, durch Evaluationsverfahren könne Politik sich bzw. die Verwaltung zum „Lernen“ anhalten.<sup>19</sup> Dabei wurde analysiert, wie voraussetzungsvoll der Lernbegriff ist und dass nach modernen sozialwissenschaftlichen Ansätzen Aushandlungs- und Interpretationsprozesse (*framing und bargaining*) im Vordergrund stehen.<sup>20</sup>

Bedenklich wird es immer dann, wenn nämlich die zugrundeliegenden Machtfragen dadurch verschleiert werden, dass Evaluationen – wie in den §§ 3 und 4 der Arbeit dargestellt – vorgeblich zur einer „Rationalisierung“ (wissenschafts-)politischer Entscheidungen herangezogen werden und dass Wissenschaft selbst als „Projekt“ aufgefasst wird. Denn Projektifizierung erzwingt Evaluationen – und Evaluationen setzen (wie eingangs gezeigt) ihrerseits eine projektförmige Dimensionierung des zu Untersuchenden voraus – nur sollten wir nicht vergessen, dass unserer Annahme, Wissenschaft lasse sich „als Projekt“ auffassen, eine Setzung vorausgeht.

b) „Besonderer Teil“ eines Evaluationsrechts am Beispiel der Wissenschaftspolitik

aa) „Neubegründung“ der Wissenschaftsfreiheit

Im „Besonderen Teil“ der Arbeit, den §§ 7-13, werden diese allgemeinen Vorüberlegungen dann auf den Bereich der Wissenschaft und der Wissenschaftspolitik bezogen. Zunächst werden die Grundlagen der Wissenschaftsfreiheit als rechtlichem Hauptbezugspunkt von Evaluationen (neben dem Demokratieprinzip) neu vermessen (§7). In § 7 wird auch eine eigene, dynamische Begründung der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG entwickelt: Das Grundrecht hat demnach, wie im Einzelnen näher konturiert wird, zwei, sich durchaus in einem Spannungsverhältnis befindende, Pole: *Kreativität* und *Innovativität*. Die Verortung der konkreten Tätigkeit des einzelnen Wissenschaftlers<sup>21</sup> innerhalb dieses Spannungsfeldes gibt Aufschluss darüber, auf welche Gewährleistung der Wissenschaftsfreiheit sich der Grundrechtsträger<sup>22</sup> beziehen kann: das „bloße“ Abwehrrecht oder mehr.

In § 8 wird die Entwicklung evaluativer Verfahren aus einem Selbstbewertungsinstrument („*peer review*“) dargestellt, das seit der *Royal Society* bekannt ist. Darüber hinaus werden die Gründe für die Einführung „moderner“ Verfahren der Qualitätsbewertung in der deutschen Wissenschaftspolitik, auch unter europäischem Einfluss,<sup>23</sup> analysiert (§ 8) und untersucht, welche Folgen die Anforderung der Evaluierbarkeit für die Wissenschaftsorganisation und die Wissenschaft selbst hat (§ 9). Es wird in den §§ 7-9 herausgearbeitet, wie – etwa durch den Ingenieur und Wissenschaftspolitiker *Vannevar Bush* – Wissenschaft „als Projekt“ dimensioniert wurde<sup>24</sup> und wie die Einführung des Neuen Steuerungsmodells

18 Dazu *Werner Jann/Kai Wegrich*, Phasenmodelle und Politikprozesse: Der Policy Cycle, in: Klaus Schubert/Nils C. Bandelow (Hrsg.), *Lehrbuch der Politikfeldanalyse 2.0*, 2. Aufl., München 2009, S. 75-113.

19 Siehe die Fußnote zuvor sowie *Marion Albers*, Evaluation sicherheitsbehördlicher Kompetenzen: Schritte von der symbolischen Politik zum lernenden Recht, *VerwArch* 99 (2008), S. 481-508; *Karl-Heinz Ladeur*, *Postmoderne Rechtstheorie*, 2. Aufl., Berlin 1995, S. 103 ff.; *Gralf-Peter Callies*, *Prozedurales Recht*, Baden-Baden 1999, S. 121 f.

20 Dazu Näheres bei *Nils C. Bandelow*, *Politisches Lernen: Begriffe*

und Ansätze im Vergleich, in: Klaus Schubert/ders. (Hrsg.), *Lehrbuch der Politikfeldanalyse 2.0*, München 2009, S. 313-347.

21 Oder der einzelnen Wissenschaftlerin.

22 Bzw. die Grundrechtsträgerin.

23 Dazu auch *Arne Pilniok*, *Governance im europäischen Forschungsförderverbund. Eine rechtswissenschaftliche Analyse der Forschungspolitik und Forschungsförderung im Mehrebenensystem*, Tübingen 2011.

24 *Vannevar Bush*, *Science the Endless Frontier. A Report to the President by Vannevar Bush, Director of the Office of Scientific Research and Development*, July 1945.

im Hochschulbereich mit der Etablierung von Zielvereinbarungen und anderen evaluativen Instrumenten einherging.<sup>25</sup>

In § 10 werden die sozialwissenschaftlichen Standards für Wissenschaftsevaluationen (etwa bezogen auf den [Social] Science Citation Index und den *h-Index*) analysiert und die mit derartigen Verfahren einhergehenden Effekte und möglichen Fehlsteuerungen (wie das „*window dressing*“<sup>26</sup>) dargestellt. In § 11 finden sich sodann rechtsnormative Leitplanken für ein mögliches Evaluationsgesetz. In den §§ 12 und 13 dieser Arbeit werden abschließend einzelne evaluative Verfahren wie Lehrevaluationen, Juniorprofessuren und Akkreditierungsverfahren analysiert und auf die in § 11 aufgestellten Kriterien bezogen.

Beiden Teilen gemeinsam ist die Frage nach Strukturen, Verfahren und Legitimationsfragen. Letztere stehen besonders im Fokus, da die Frage nach der Legitimationsbegründung (der Indienstnahme) von Politikberatung<sup>27</sup> sowohl allgemein in § 6 als auch am Beispiel der staatlichen Wissensbeschaffung durch Akkreditierungsverfahren in § 13 analysiert wird.

Für Praktikerinnen und Praktiker dürfte besonders § 11 interessant sein, in dem unter Reflexion der in § 10 geschilderten sozialwissenschaftlichen Standards ein rechtlicher Rahmen für ein (sowohl allgemeines wie dann auch bereichsspezifisch auf die Frage der Wissenschaftsfreiheit bezogenes) „Evaluationsrecht“ skizziert wird. Dabei ist von besonderer Bedeutung, dass Evaluationsrecht ein *reflexives* Recht ist, da es auf sich selbst angewendet werden kann. So setzte beispielsweise das sogenannte Brandenburger Hochschulurteil (BVerfGE 111, 333) darauf, dass die von (Lehr-)Evaluationen möglicherweise ausgehenden Fehlsteuerungen selbst wieder analysiert werden könnten.

In einem Schlusskapitel (§ 14) wird eine Bilanz der Habilitationsschrift gezogen, und es werden mögliche Perspektiven der Forschung entfaltet. So wäre beispielsweise noch intensiver, als es im Rahmen der Arbeit vorgenommen werden konnte, zu untersuchen, inwieweit sich Instrument und Rechtsfiguren aus anderen Rechts-

bereichen, die sich mit wissenschaftsbasierten Fragen beschäftigen (etwa das Scoping und das Monitoring nach § 2 Abs. 4 S. 2 BauGB) für ein „Besonderes Evaluationsrecht“ nutzbar machen ließen.

### III. Folgerungen

Insgesamt ergeben sich folgende Erkenntnisse: Evaluationen können nützliche Hilfsmittel für die Vorbereitung von Entscheidungen öffentlicher Akteure oder die Bewertung des Vollzugs dieser Entscheidungen sein. Sie helfen Gesetzgebung und Verwaltung bei der Gewinnung des zur Entscheidungsvorbereitung nötigen Wissens (§§ 2 und 3) und der gedanklichen Strukturierung des Gesetzgebungsvorgangs, der Abschätzung möglicher Gesetzesfolgen und der Beobachtung der Folgewirkungen eines Gesetzes. Außerdem können sie beim Gesetzesvollzug über Fehlsteuerungen informieren (§§ 4 und 5). Hierfür erheben Evaluatoren Informationen, wählen das nach ihrer Auffassung (im Rahmen der rechtsnormativen Vorgaben) entscheidungserhebliche Wissen aus, bündeln es und nehmen eine (erste) Bewertung in Form eines Votums vor.

Dabei können und sollen evaluative Verfahren durchaus eine Reflexivität entfalten und als *Evaluationen zweiter Ordnung* selbst wieder Informationen über „Effekte und Defekte“<sup>28</sup> von Evaluationsverfahren liefern. Sie tun es nur nicht automatisch: Wie in den §§ 6 und 10 beschrieben, gehen Evaluationen Wertungen voraus und das „Lernen“ aus ihnen kann auch ein pathologisches sein – es bedarf also einer *nachvollziehenden Auswertung* der durch Evaluations- und Akkreditierungsagenturen generierten Informationen.<sup>29</sup> Denn der Vorgang der Auswahl und Verdichtung der Informationen für das (aus Sicht der Evaluatoren) Wesentliche ist bereits *selbst* ein Akt der Bewertung, der die Komplexität der Realität notwendigerweise simplifiziert. Zudem sollten die mit Evaluationen verbundenen Aushandlungs- und Interpretationsprozesse (*framing und bargaining*) stärker in den Blick genommen werden, als es die rechtswissenschaftliche Literatur bislang zumeist getan hat.<sup>30</sup> Insofern

25 Dazu die Nachweise in den Fn. 8 und 11-13 sowie die Beiträge in Jörg Bogumil/Rolf G. Heinze (Hrsg.), *Neue Steuerung von Hochschulen. Eine Zwischenbilanz*, Berlin 2009, S. 67-92.

26 Jostein Askim, *Benchmarking in Local Government Service Delivery: Window-Dressing or a Potent Driver for Improvement? Evidence from Norway*, in: Sabine Kuhlmann/Jörg Bogumil/Helmut Wollmann (Hrsg.), *Leistungsmessung und -vergleich in Politik und Verwaltung. Konzepte und Praxis*, Wiesbaden 2004, S. 277-301.

27 Dazu aus jüngerer Zeit statt vieler Götrik Wewer, *Politikberatung und Politikgestaltung* (unter Mitarbeit von Olaf Bull), in: Klaus Schubert/Nils C. Bandelow (Hrsg.), *Politikfeldanalyse: Dimensionen und Fragestellungen*, Lehrbuch der Politikfeldanalyse 2.0,

München 2009, S. 401-428.

28 Dazu die Beiträge in Hildegard Matthies/Dagmar Simon (Hrsg.), *Wissenschaft unter Beobachtung. Effekte und Defekte von Evaluationen*, Wiesbaden 2008.

29 Dazu Ivo Appel, *Privatverfahren*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 2, § 32, 1. Aufl., München 2008, S. 801-881 sowie Bernward Wollenschläger, *Effektive staatliche Rückholoptionen bei gesellschaftlicher Schlechterfüllung*, Baden-Baden 2006.

30 Ansätze hierzu finden sich aber bei Ino Augsberg, *Informationsverwaltungsrecht. Zur kognitiven Dimension der rechtlichen Steuerung von Verwaltungsentscheidungen*, Tübingen 2014.

können Evaluationsverfahren auch immer nur zur Entscheidungsvorbereitung dienen, Entscheidungen aber nicht ersetzen.

Die mit Evaluationsverfahren einhergehende Selektivität der Wahrnehmung ist zudem keinesfalls unbe denklich. Denn evaluative Verfahren „finden“ keine Realität, sondern sie *erfinden* sie: Sie schreiben Qualität zu und versuchen, diese anhand von Indikatoren zu „messen“. So genau man später Parameter erfassen können mag: Es sollte nie vergessen werden, dass der Festlegung von Indikatoren zuvor *Wertungen* vorausgegangen sind (dazu die §§ 4, 6 und 10 der Untersuchung). Daher bilanziert die Schrift mit dem Petitem, eine rechtliche Absicherung der mit der bei Evaluationsverfahren zunehmend schwieriger werdenden nachvollziehenden Amtsermittlung durch eine Verdichtung des ex ante-Prozesses vorzunehmen (und wie das in etwa aussehen könnte, wird in § 11 umrissen).

Inwieweit die in der Arbeit formulierte Warnung vor einer *Flucht in die Selbstregulierung* dann auch von den

Wissenschaftsministerien rezipiert wird und inwieweit der Staat seiner Garantiefunktion für die Wissenschaftsfreiheit wieder verstärkt nachkommen wird, bleibt abzuwarten. Mit dem vorliegenden Buch verbindet sich aber die Hoffnung, dazu beigetragen zu haben, das Instrument der staatlichen Wissensbeschaffung durch Evaluationen vorzustellen, handhabbar zu machen, aufklärerisch vor dem mit seiner Nutzung möglicherweise einhergehenden ideologischen Einflüssen zu warnen und die gerade genannten Probleme durch eine Gestaltung des Rechtsrahmens bestmöglich einzuhegen.

PD Dr. iur. Margrit Seckelmann, ist Geschäftsführerin des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung und im Wintersemester 2018/2019 Vertreterin des Lehrstuhls für Verwaltungswissenschaft, Staatsrecht, Verwaltungsrecht und Europarecht an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer.

Tobias Mandler/Laura Wegmann  
*Berechnung der Höchstbefristungsgrenze  
gem. § 2 Abs.1 Satz 1 und 2 WissZeitVG –  
Anmerkung zu LAG Berlin-Brandenburg, Urteil  
vom 16. August 2018 – 21 Sa 201/18*

Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hat in seinem Urteil vom 16. August 2018 dargelegt, dass § 191 BGB für die Berechnung der Höchstbefristungsgrenzen heranzuziehen ist. Der hierzu angeführten Argumentation und dem, auf dieser Grundlage gefundenen Ergebnis kann jedoch nicht zugestimmt werden. Darüber hinaus gibt der Fall aber auch Anlass, sich mit der Frage der konkreten Berechnung der jahresbezogenen Verlängerungstatbestände in § 2 Abs. 1 Satz 4, 6 WissZeitVG und § 2 Abs. 5 Satz 1, 2 WissZeitVG vertiefter auseinanderzusetzen.<sup>1</sup>

### **I. Entscheidung des Landesarbeitsgerichts**

Der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts liegt im Kern die Entfristungsklage eines promovierten Diplom-Chemikers zu Grunde, der nach Abschluss seines Studiums auf der Grundlage von insgesamt zwanzig befristeten Arbeitsverhältnissen bei dem beklagten Land zunächst als wissenschaftliche Hilfskraft und später als akademischer Mitarbeiter an der Universität Potsdam zwischen 2004 bis 2017 beschäftigt wurde. Angaben zur konkreten Promotionsdauer, Kindern des Klägers, weiteren Beschäftigungen an einer Hochschule<sup>2</sup> oder sonstigen Verlängerungstatbeständen, sind der Entscheidung nicht zu entnehmen. Mit seiner Klage greift der Kläger die letzte Befristung vom 6. Januar 2016 an.

Nach Auffassung des Gerichts war die Befristung aufgrund der Überschreitung der Höchstbefristungsgrenzen aus § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG unwirksam. Das arbeitgebende Land habe insoweit übersehen, dass § 191 BGB für die Berechnung eines Höchstbefristungsjahres gem. § 2 Abs. 1 Satz 1, 2 WissZeitVG heranzuziehen sei.

Schaltjahre müssten insoweit für die Bestimmung der Höchstbefristungsdauer außer Betracht bleiben, wohingegen diese bei der Berechnung der tatsächlichen Beschäftigungstage wieder zu berücksichtigen seien.

Die Anwendung des § 191 BGB begründet das Landesarbeitsgericht damit, dass die Befristung gem. § 2 Abs. 1 Satz 1, 2 WissZeitVG – im Gegensatz zur Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG – nicht zusammenhängend verlaufen müsse und in der Höchstbefristungsgrenze aus diesem Grund ein nach Jahren bestimmter Zeitraum iSd. § 191 BGB folge, der „nicht zusammenhängend zu verlaufen braucht“. Das Höchstbefristungsjahr sei demgemäß mit 365 Tagen anzusetzen gegen das die tatsächlichen Beschäftigungstage gegengerechnet werden müssten.

Demgemäß ergebe sich für den zu entscheidenden Fall ein maximaler Befristungszeitraum von 4.380 Tagen (12 Jahre (Promotions- und Qualifikationsphase) x 365 Tage), die die arbeitgebende Hochschule mit einer Befristungsdauer von 4.382 Tagen zumindest um 2 Tage überschritten habe.<sup>3</sup> Die Befristungsabrede sei daher unwirksam.

### **II. Rechtliche Würdigung**

Der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts ist nicht zuzustimmen. Gegen die Berechnung der Höchstbefristungsdauer lassen sich im Wesentlichen drei Punkte anführen:

#### **1. Anwendbarkeit**

Die §§ 187 bis 193 BGB sind zunächst gem. § 186 BGB entsprechend auch auf die Höchstbefristungsgrenzen in § 2 Abs. 1 WissZeitVG anwendbar.<sup>4</sup> Es handelt sich

<sup>1</sup> Das Verfahren ist unter dem Aktenzeichen 7 AZN 867/18 anhängig. Der Nichtzulassungsbeschwerde der Hochschule wurde nach Auskunft des BAG stattgegeben.

<sup>2</sup> Der Kläger war zwischenzeitlich bei einer Servicegesellschaft der beklagten Hochschule beschäftigt, die ihrerseits keine Hochschule im Sinne des WissZeitVG war. Da der Kläger seinen Beschäftigungsort bzw. seine Einbindung in den universitären Betrieb während dieser Beschäftigungszeit nicht änderte, macht der Kläger auch insoweit eine Anrechnung der Beschäftigungszeiten geltend. Solange die Servicegesellschaft nicht mit der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben beliehen wurde, vgl. Mandler, Drittmittelverwaltung und -befristung im Verbund zwischen Land, Universität, Medizinischer Fakultät und

Universitätsklinikum in Baden-Württemberg OdW 2016, 217, 222 ff.

<sup>3</sup> Die einseharen Entscheidungsgründe zur Berücksichtigung der Schaltjahre, sind Tz 40 zu entnehmen. Allerdings wird dies weder in der nachfolgenden Berechnung berücksichtigt, noch folgt dies aus den zitierten Fundstellen. Bei der Berechnung nach § 191 BGB, bleibt die wirkliche Länge eines Monats ebenso außer Betracht, wie die eines Schaltjahres (BAG NJOZ 2003, 2826: „Geht es um Zeiträume, legt 191 BGB fest, dass das Jahr mit 365 Tagen zu berechnen ist. Schaltjahre spielen deshalb bei der Abrechnung keine Rolle.“; Grothe in MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, BGB § 191 Rn. 1).

<sup>4</sup> Eine Prüfung der Voraussetzungen des § 186 BGB findet sich allerdings nicht in der Entscheidung des LAG.

insoweit um eine in Gesetzen, gerichtlichen Verfügungen oder Rechtsgeschäften „enthaltene Fristbestimmung“. Frist ist schon jeder abgegrenzte, bestimmbare Zeitraum.<sup>5</sup> Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass sich die Höchstbefristungsdauer im Verlauf des Beschäftigungsverhältnisses durch Verlängerungstatbestände verändern kann. Der Zeitraum bleibt insofern noch „bestimmbar“.

## 2. Wortlaut

Der entsprechenden Anwendung des § 191 BGB steht allerdings dessen Wortlaut entgegen, denn die Höchstbefristungsdauer gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG ist nicht „nach Jahren bestimmt“.

Dies ist zwar nicht auf den ersten Blick erkennbar, denn die Befristung für Promotions-<sup>6</sup> bzw. Qualifizierungsphase ist an sich „bis zu einer Dauer von neun bzw. sechs Jahren“ zulässig, folgt aber daraus, dass das WissZeitVG aufgrund seiner Verlängerungstatbestände zwingend von einer zumindest tageweisen Berechnung der Höchstbefristungsdauer ausgehen muss.<sup>7</sup>

So ist schon § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG zu entnehmen, dass sich die Höchstbefristungsdauer der Qualifizierungsphase „in dem Umfang“ verlängert, „in dem Zeiten einer befristeten Beschäftigung nach Satz 1 und Promotionszeiten ohne Beschäftigung nach Satz 1 zusammen weniger als sechs Jahre betragen haben“. Da sich die Promotionszeit<sup>8</sup> gerade nicht nach Jahren, sondern nach der realen Dauer für die Promotion bestimmt,<sup>9</sup> ist evident, dass zumindest die sechs bzw. neun Jahre für die Qualifizierungsphase nur dann zu Beginn der Befristung zur Verfügung stehen, wenn die Promotion länger als sechs Jahre gedauert hat. Andernfalls beträgt die Höchstbefristungsgrenze zu Beginn des Beschäftigungsverhältnisses bereits sechs Jahre zuzüglich der Differenz zwi-

schen der Promotionsdauer und den vom Gesetzgeber für diese veranschlagten sechs Jahren. Die Höchstbefristungsdauer ist daher in diesen Fällen nicht gem. § 191 BGB „nach Jahren bestimmt“, sondern tageweise zu ermitteln. Das Gesetz geht insofern von einer realen Berechnung der stets veränderlichen Höchstbefristungsgrenze aus.

Ob diese Betrachtung auch für die Promotionsphase gilt, ist nicht ohne weiteres erkennbar, denn § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG kann hier nicht herangezogen werden. Ein tageweises Verständnis der Höchstbefristungsdauer lässt sich aber aus § 2 Abs. 5 WissZeitVG ableiten, der insoweit uneingeschränkt gilt.<sup>10</sup> Danach verlängert sich die Dauer des jeweiligen befristeten Arbeitsvertrages um den vom Arbeitnehmer geltend gemachten Verlängerungszeitraum, wobei neben einer lediglich teilweisen Geltendmachung eines Verlängerungstatbestandes durch den Arbeitnehmer auch eine Verlängerung für nur wenige Tage oder Monate umfassende Zeiträume in Betracht kommt.<sup>11</sup> Gem. § 2 Abs. 5 Satz 3 WissZeitVG werden diese Verlängerungen schließlich nicht auf die nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG „zulässige Befristungsdauer angerechnet“. Der Wortlaut des § 2 Abs. 5 Satz 3 WissZeitVG scheint insofern zwischen einer „Anrechnung“ auf die Höchstbefristungsdauer und der „Verlängerung“ derselben unterscheiden zu wollen, woraus auf eine unterschiedliche Berechnungsmechanik – Höchstbefristungsdauer der Promotionsphase nach Jahren und Nichtanrechnung nach Tagen oder Stunden – zu schließen sein könnte. Allerdings besteht zwischen einer Nichtanrechnung und einer Verlängerung der Höchstbefristungsdauer materiell kein Unterschied. Beide Tatbestände sind nicht an das jeweilige Arbeitsverhältnis gebunden, sondern wirken sich konkret auf die Höchstbefristungsdauer des jeweiligen Arbeitnehmers

5 RGZ 120, 362; BGH NJW 2009, 3153, 3154.

6 Die Bezeichnung als Promotionsphase ist nicht unbedingt zutreffend. Eine Promotion muss während der Beschäftigung nicht zwingend angestrebt werden, vgl. im Einzelnen Mandler/Meißner, Die Angemessenheit der Befristung nach § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG, OdW 2017, 201.

7 Letztlich ist auch eine Berechnung nach Stunden denkbar, etwa wenn ein Verlängerungstatbestand nur insoweit eingetreten ist.

8 Es ist umstritten, ob die sog. Nettopromotionszeit, d.h. die real für die Promotion aufgewandte Zeit maßgebend ist, oder die Bruttopromotionszeit, d.h. die Zeit zwischen Vergabe des Themas und dem Abschluss der Promotion nach der jeweiligen Promotionsordnung, vgl. BAG, Urteil vom 18. Mai 2016 – 7 AZR 712/14 = NZA 2017, 254, Rambach in Arnold/Gräfl/Imping, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 4. Aufl. 2016, WissZeitVG § 2 Rn. 9, Preis/Ulber, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 54., Löwisch/AR, 9. Auflage 2019, WissZeitVG § 2 Rn. 3. Zutreffend dürfte eine Berechnung der Nettopromotionszeit sein, bei der kleinere Unterbrechungen

von weniger als 6 Monaten unberücksichtigt bleiben, da der Promotionsvorgang nicht an feste zeitliche Grenzen gebunden ist. Andernfalls könnten etwa auch die Wochenenden, an denen ein Doktorand seiner Promotion nicht nachgegangen ist, begünstigend aus der Promotionszeit herausgerechnet werden. Eine solche Berechnung war jedoch nicht intendiert.

9 Schmidt in: ASP/Kündigungsrecht, 5. Aufl. 2017, § 2 WissZeitVG Rn. 11 f.

10 Siehe hierzu Erfurter Kommentar/Müller-Glöge, 2019, WissZeitVG § 2 Rn. 17 f.; Mandler, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG S. 221 ff.; Mandler/Meißner, Die Angemessenheit der Befristungsdauer nach § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG, OdW 2017, 206 ff.

11 Vgl. Mandler, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG S. 226 mwN.; Mandler/Meißner, Die Angemessenheit der Befristungsdauer nach § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG, OdW 2017, 207; Preis/Ulber, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 178.

aus.<sup>12</sup> So gilt die Verlängerung aufgrund zügiger Promotion, als auch die Nichtanrechnung bei Verlängerungstatbeständen stets gegenüber jeder deutschen Hochschule.<sup>13</sup> Es ist daher davon auszugehen, dass das Gesetz insofern keine unterschiedlichen Berechnungsmodi fordert, sondern einheitlich von einer durch verschiedene Tatbestände verlängerbaren Höchstbefristungsdauer auch für die Promotionsphase ausgeht. Hierfür spricht zudem, dass dieses Verständnis einen Gleichlauf mit der Verlängerung der Qualifikationsphase durch § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG erzielt und sich in den Gesetzesmaterialien kein Hinweis darauf findet, dass insoweit eine abweichende Berechnung gewollt war. Das WissZeitVG geht mithin auch für die Promotionsphase von einer lediglich tageweise zu berechnenden Höchstbefristungsdauer aus, die eine Anwendung des § 191 BGB auch insoweit ausschließt.

Neben einem nach „Jahren“ festgelegten Zeitraum, fehlt es aber auch an einer „Bestimmung“ des Zeitraums.

§ 191 BGB ist letztlich eine Auslegungshilfe, die in den Fällen greifen soll, in denen eine Zeitbestimmung keinen zwischen Anfangs- und Endpunkt zusammenhängenden Zeitraum, sondern eine Summe von nicht notwendig aufeinanderfolgenden Tagen umfasst: Ein Grundstück soll auflagentgemäß „sechs Monate“ im Jahr bewohnt werden; in einem Arbeitsvertrag wird der jährliche Urlaub auf „drei Monate“ festgelegt; ein Geschäftsreisender verpflichtet sich mindestens „neun Monate“ im Jahr zu reisen.<sup>14</sup> Die Beispiele zeigen, dass es dem Gesetzgeber bei § 191 BGB um Fallkonstellationen ging, in denen ein Zeitraum aufgrund seiner Mehrdeutigkeit vorhersehbar bestimmt werden musste. Die Dauer des befristeten Beschäftigungsverhältnisses selbst bestimmt sich aber nach Ausgangs- und Endpunkt und bedarf daher keiner weiteren Auslegung, § 2 Abs. 4 Satz 3 WissZeitVG. Allein die Höchstbefristungsdauer bleibt „unbestimmt“. Allerdings handelt es sich bei der Höchstbefristungsdauer nicht um einen Zeitraum, der zusammenhängend oder nicht zusammenhängend zu verlaufen „braucht“, sondern lediglich um einen Befristungsrah-

men, den Arbeitnehmer und Arbeitgeber für die Befristung des Beschäftigungsverhältnisses oder dessen Verlängerung nutzen können, aber nicht müssen – solange die Befristungsdauer gegenüber der angestrebten Qualifizierung angemessen bleibt.<sup>15</sup> Ein von vornherein bestimmter Zeitraum existiert damit in Bezug auf die Höchstbefristungsdauer nicht. Dies zeigt sich auch daran, dass der Zeitraum durch Anrechnungs- und Verlängerungstatbestände während des Beschäftigungsverhältnisses veränderlich ist und daher nicht von vornherein „bestimmt“ sein kann oder im wörtlichen Sinne „zu verlaufen braucht“. Das Gesetz formuliert hier im Perfekt und zeigt damit an, dass der Zeitraum seinerseits bereits stimmt sein muss. Die Anwendung des § 191 BGB auf die noch veränderlichen Befristungszeiträume gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG ist mithin ausgeschlossen.

### 3. Systematik

Die Anwendung des § 191 BGB ist auch in systematischer Hinsicht ausgeschlossen. § 191 BGB ist eine Aufanglösung und gegenüber der Berechnung nach § 188 BGB nachrangig. Dies war schon seiner früheren Fassung unmittelbar zu entnehmen und ergibt sich heute aus seiner systematischen Stellung gegenüber dem vorstehenden § 188 BGB: „Ist für die Berechnung einer Jahresfrist oder Monatsfrist die Anwendung des § 149 (heute § 188 BGB) ausgeschlossen, so wird das Jahr zu 365, der Monat zu 30 Tagen gerechnet“.<sup>16</sup>

Das Landesarbeitsgericht beruft sich insoweit darauf, dass eine Befristung nach § 2 WissZeitVG, im Gegensatz zur Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG, keine zusammenhängende Befristung erfordere, sondern innerhalb des Befristungsrahmens auch eine Neubefristung, mithin eine Unterbrechung der Befristung, erlaube.<sup>17</sup> Die Berechnung müsse sich daher nach § 191 BGB richten.

Die Berechnung der Höchstbefristungsgrenze gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG ist jedoch nach § 188 BGB nicht ausgeschlossen, sondern im Regelfall ohne weiteres möglich. Bei der Ersteinstellung ist noch unbekannt, ob es überhaupt zu einer Unterbrechung des Arbeitsver-

12 Vgl. BT-Drs. 18/6489 S. 13: „Mit der jetzt vorgesehenen Änderung wird für die Nichtanrechnung auf den Befristungsrahmen ausdrücklich an den die Verlängerung nach Satz 1 auslösenden Unterbrechungstatbestand angeknüpft. Damit wird klargestellt, dass eine Unterbrechung der wissenschaftlichen oder künstlerischen Qualifizierung beispielsweise wegen Kinderbetreuung oder Pflege sich auch im Falle eines Arbeitsplatzwechsels nach der Unterbrechungszeit nicht nachteilig auf den Befristungsrahmen auswirkt“.

13 Zum Problem des Übergangsrechts unter § 2 Abs. 5 Satz 3 WissZeitVG vgl. Mandler/Meißner, Entwurfsdiskussion WissZeitVG, OdW 2016, 1, 14.

14 Mot I 286; Staudinger, 2004, § 191 Rn. 1.

15 Zur Angemessenheit der Befristung siehe Mandler/Meißner, Die Angemessenheit der Befristungsdauer nach § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG, OdW 2017, 199 ff.; zur Novelle weiterführend Mandler/Meißner, Entwurfsdiskussion WissZeitVG, OdW 2016, 40; vgl. auch Brötzmann, Die Änderung des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes 2016, öAT 2016, 48; Rambach in Arnold/Gräfl/Imping, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 4. Aufl. 2016, WissZeitVG § 2 Rn. 6.

16 Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1888, S. 35.

17 Zur Abgrenzung zwischen Neubefristung und Weiterbeschäftigung siehe Mandler, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG S. 223.

hältnisses kommen wird. Sowohl der Anfang als auch das Ende des Beschäftigungsverhältnisses sind damit gem. §§ 187, 188 BGB bestimmbar. Selbiges gilt für die Berechnung eines zeitlich ununterbrochenen Beschäftigungsverhältnisses. Auch hier erfolgt die Berechnung nach §§ 187, 188 BGB ohne Schwierigkeiten. Dies gilt auch für die Erstbefristung in der Qualifikationsphase, die im intendierten Grundfall ebenfalls ununterbrochen erfolgen soll. Die Anwendung des § 191 BGB ist daher hier bereits systematisch durch den Vorrang der §§ 187, 188 BGB ausgeschlossen.

Auch in den Fällen einer tatsächlichen „unterbrochenen“ Befristung, die das Landesarbeitsgericht als Rechtfertigungsgrund bemüht, ist die Berechnung der zulässigen Höchstbefristungsdauer gemäß § 188 Abs. 2 BGB möglich. Wird das Beschäftigungsverhältnis erstmals begründet, so lässt sich die zulässige Höchstbefristungsgrenze nach § 188 Abs. 2 BGB ermitteln. Kommt es nun im Verlauf der Beschäftigung zu einer Unterbrechung und anschließenden Neubefristung, so bleibt die zum Zeitpunkt der Aufnahme des ersten anrechenbaren Arbeitsverhältnisses ermittelte Befristungsdauer gegenüber allen inländischen Hochschulen erhalten. Die durch die Beschäftigung bis zur Unterbrechung bereits „verbrauchten“ Tage sind dann lediglich von der ermittelten Höchstbefristungsdauer abzuziehen, um die aktuelle Höchstbefristungsgrenze zu ermitteln. Hierdurch wird sichergestellt, dass den Arbeitsvertragsparteien die zulässige Höchstbefristungsdauer vollständig erhalten bleibt, ohne diese dabei durch eine Steuerung der Neueinstellung, bspw. in einem Schaltjahr, künstlich zu erhöhen oder zu verringern. Maßgeblich für die Berechnung bleibt daher in jedem Fall der Zeitpunkt der Ersteinstellung.

#### 4. Telos

Zweck der festgelegten Höchstbefristungsdauer ist es, der Hochschule eine befristete Beschäftigung innerhalb des gesetzten Befristungsrahmens im fortlaufenden Wissenschaftsbetrieb zu ermöglichen. Hierfür sieht das Gesetz im Minimum einen Befristungsrahmen von sechs bzw. neun Jahren vor. Es ist daher aufgrund des vierjährigen Schaltjahresrhythmus klar

erkennbar, dass ein Beschäftigungsverhältnis innerhalb des gesetzten Rahmens mindestens ein bzw. zwei Schaltjahre durchlaufen würde. Es wäre folglich widersinnig, mit § 191 BGB eine Regelung auf die Berechnung der Befristungsdauer anzuwenden, die jene Schaltjahre bewusst unberücksichtigt lässt.<sup>18</sup> Dies gilt im Besonderen auch deshalb, weil Schaltjahre etwa bei der Berechnung der Verlängerungszeitraume nach § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2, Abs. 5 WissZeitVG wieder zu berücksichtigen wären, da es hier wieder auf eine – reale – tageweise Berechnung ankommt. Es kann daher nicht zutreffen, wenn das Landesarbeitsgericht der arbeitgebenden Hochschule zunächst vorrechnet, dass das Höchstbefristungsjahr 365 Tage hat, um sodann die Unwirksamkeit der Befristung auf die Überschreitung des Befristungsrahmens um zwei – durch Schaltjahre bedingte – Tage zu stützen. Fiktion und Wirklichkeit wären dann nie in Ausgleich zu bringen. Bei einer fortlaufenden Beschäftigung eines Arztes über 15 Jahre müsste das Beschäftigungsverhältnis so mindestens 3 Tage vorher enden – bei einer Ersteinstellung bei Jahresbeginn also kurz nach den Weihnachtsfeiertagen. Dies ist weder intendiert, noch vom Zweck des Gesetzes gedeckt. Insoweit sei auch auf die vierjährige Befristung nach § 14 Abs. 2, 2a TzBfG<sup>19</sup> verwiesen, deren Berechnung sich ebenfalls nach §§ 187, 188 BGB richtet und damit Schaltjahre einschließt.<sup>20</sup>

### III. Ausblick

Die Berechnung der Höchstbefristungsgrenzen in § 2 Abs. 1 WissZeitVG richtet sich nicht nach § 191 BGB, sondern nach §§ 187, 188 BGB. Maßgeblich ist insoweit der Beginn der ersten anrechnungsfähigen Beschäftigung, der die zulässige Höchstbefristungsgrenze festlegt und auch bei einer Unterbrechung des Beschäftigungsverhältnisses als solcher erhalten bleibt. Die so ermittelte Höchstbefristungsgrenze kann schließlich durch die Verlängerungstatbestände in § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2, Abs. 5 WissZeitVG tageweise verschoben werden.

Ungeklärt bleibt, wie die pauschalen Verlängerungen in § 2 Abs. 1 Satz 4 und 6 WissZeitVG sowie die Beschränkung der Verlängerung in § 2 Abs. 5 Satz 1 aE

<sup>18</sup> Vgl. BAG NJOZ 2003, 2826.

<sup>19</sup> Zum Befristungsgrund gem. § 14 Abs. 2 TzBfG im Anwendungsbereich des WissZeitVG siehe *Mandler/Wegmann*, Der Befristungsgrund gem. § 14 Abs. 2 TzBfG im Anwendungsbereich des WissZeitVG OdW 2018, 201 ff.; weiterführend *Löwisch/Schubert*,

Beschränkung befristeter Arbeitsverträge nach dem Koalitionsvertrag: Auswirkungen auf Hochschulen und Forschungseinrichtungen, OdW 2018, 263 ff.

<sup>20</sup> *Müller-Glöge* in *ErfK*, 19. Aufl. 2019, TzBfG § 14 Rn. 105.

WissZeitVG zu berechnen sind. Auch insoweit formuliert das Gesetz lediglich eine Verlängerung um „Jahre“. Da es sich bei diesen Verlängerungen aber lediglich um von der eigentlichen Höchstbefristung abhängige Verlängerungstatbestände handelt, die zu dieser hinzuaddiert werden müssen, ist es einleuchtend und praktikabel, das jeweilige Befristungsende gem. §§ 187, 188 BGB auch hier anhand des Kalenders zu verschieben. Wenn gleich die pauschale Berechnung nach § 191 BGB hier den Vorteil hätte, dass kein Kind und keine Behinderung unterschiedlich lang bewertet würden, so ist diese Unregelmäßigkeit aufgrund des nun einmal geltenden gregorianischen Kalenders hinzunehmen. Der Rhythmus der Schaltjahre wird bereits durch das Verschieben des ursprünglichen Höchstbefristungsendes berücksichtigt. Es

macht damit keinen Unterschied, wann ein Kind geboren und die Verlängerung damit eingetreten ist. Selbiges gilt für § 2 Abs. 5 Satz 1 aE WissZeitVG der ohnehin sicherstellen will, dass dem Beschäftigten durch seine Verlängerungszeit kein Nachteil entsteht. Auch hier ist die Verlängerung daher nur kalendermäßig zu beschränken, wobei auf die Tage ab dem Beginn des ersten Verlängerungstatbestandes abzustellen ist, sofern mehrere Verlängerungen derselben Art kumuliert werden sollen.

Tobias Mandler ist Rechtsanwalt bei Jones Day in München. Laura Wegmann ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Forschungsstelle für Hochschularbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch.



Frederik Becker  
*Die Stellung der Kanzlerinnen und Kanzler an  
Hochschulen (Tagungsbericht)*  
*Zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom  
24. April 2018, Az.: 2 BvL 10/16*

Aus Anlass der Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 24. April 2018 befasste sich eine vom Verein zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts e. V. ausgerichtete Tagung am 31. Januar 2019 mit der Stellung der Kanzlerinnen und Kanzler<sup>1</sup> im Gefüge der Hochschulorganisation. Das BVerfG hatte in einem Normenkontrollverfahren die Regelung des brandenburgischen Hochschulrechts, nach der Kanzler nicht auf Lebenszeit, sondern in der Regel in ein Beamtenverhältnis auf Zeit mit einer Amtszeit von sechs Jahren berufen werden (§ 67 Abs. 2 S. 3 Hs. 1 BbgHG<sup>2</sup>), für verfassungswidrig und nichtig erklärt. Die Tagung nahm diesen Beschluss zum Anlass, um das Amt des Hochschulkanzlers in allgemeine beamtenverfassungs- und wissenschaftsrechtliche Grundsätze einzuordnen, einen vergleichenden Blick auf die Rechtslage in den Landeshochschulgesetzen zu werfen sowie die rechtlichen Maßstäbe mit der praktischen Wirklichkeit abzugleichen.

### **I. Der beamten- und wissenschaftsrechtliche Status des Hochschulkanzlers**

Professor *Ulf Pallme König* eröffnete die Tagung als Vorsitzender des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts mit dem Hinweis, dass die regelmäßigen Novellierungen der landesrechtlichen Regelungen zur Hochschulleitung im Laufe der Zeit auch immer wieder das Amt des Hochschulkanzlers erfasst hätten. Das unterschiedlich ausgeprägte gesetzgeberische Bestreben einer Stärkung der Autonomie der Leitungsebene habe dabei grundsätzlich zwei Regelungsmodelle hervorgebracht. Zum einen sei eine Einbindung des Kanzlers in eine kollegiale Hochschulleitung (Präsidium bzw. Rektorat) verbreitet, die aus einem Präsidenten bzw. Rektor und mehreren Vizepräsidenten

bzw. -rektoren bestehe. In diesem Kollegium bekleide der Kanzler ein hauptamtliches Vizepräsidentenamts mit der Ressortzuständigkeit für die Personal- und Finanzverwaltung und sei zugleich Beauftragter für den Haushalt (BfH). In diesem Modell könne der (teilweise schlicht nur noch als Hauptberuflicher Vizepräsident bezeichnete) „Kanzler“ als Vizepräsident in der Regel vom akademischen Vertretungsorgan (Senat) mit einer qualifizierten Mehrheit abgewählt werden und sei gegenüber diesem rechenschaftspflichtig und verantwortlich. Dies ermächtige ihn zugleich zur Wahrnehmung von wissenschaftsrelevanten Aufgaben der akademischen Selbstverwaltung. Im zweiten Modell werde der Kanzler in einigen Landeshochschulgesetzen – wie im brandenburgischen Fall – dagegen allein von einem monokratischen Leitungsorgan (Präsident bzw. Rektor) berufen und unterliege keiner Abwahlmöglichkeit seitens des akademischen Kollegialorgans. In diesem Regelungsmodell dominiere die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben; der ursprüngliche, aber schon durch die Einheitsverwaltung abgeschwächte Dualismus von akademischen und staatlichen Aufgaben werde durch die Organe Präsident/Rektor und Kanzler weiterhin verkörpert.

In beiden Fällen stellt sich die beamtenverfassungsrechtliche Frage, ob das Amt des Hochschulkanzlers als Lebenszeitamt ausgestaltet werden muss oder ob eine Zeitbeamtenstellung zulässig ist. Angesichts des zu beobachtenden Phänomens einer scheiternden Wiederwahl des Kanzlers habe diese Frage für die Ausgestaltung des Amtes besondere Bedeutung. Der Rechtsstatus als Beamter auf Zeit habe nicht nur Auswirkungen auf die Art und Weise der Amtsausübung und insbesondere die innere Unabhängigkeit des Kanzlers, sondern sei auch entscheidend für die Attraktivität des Amtes für Bewerber, die bereits ein anderes Lebenszeitamt innehaben.

1 Soweit im Folgenden allein aus Gründen besserer Lesbarkeit die Form des generischen Maskulinums verwendet wird, ist stets die feminine Form des Wortes mitumfasst.

2 Brandenburgisches Hochschulgesetz (BbgHG) vom 28. April 2014 (GVBl I Nr. 18).

## II. Das Statusrecht aus der Perspektive des Art. 33 Abs. 5 GG

Mit der beamtenverfassungsrechtlichen Dimension der Fragestellung befasste sich der Vortrag von Professor *Dr. Dr. h. c. Lothar Knopp* (Zentrum für Rechts- und Verwaltungswissenschaften, Brandenburgische Technische Universität Cottbus-Senftenberg). *Knopp* hatte den Kläger im Ausgangsverfahren vor dem VG Cottbus,<sup>3</sup> dem OVG Berlin-Brandenburg<sup>4</sup> und dem Bundesverwaltungsgericht (BVerwG)<sup>5</sup> sowie während des verfassungsgerichtlichen Zwischenverfahrens als Prozessbevollmächtigter vertreten. Zwischen dem Antrag an das brandenburgische Wissenschaftsministerium, die erneute, unbefristete Bestellung zum Kanzler vorzunehmen, und der Entscheidung des BVerfG vergingen knapp acht Jahre. Allein die Überlänge des Verfahrens dokumentiere, dass es für ein verwaltungsgerichtliches Verfahren, bei dem die Verfassungsmäßigkeit einer Norm entscheidungserheblich sei, ausreichender finanzieller und fachlicher Ressourcen bedürfe.

Im ersten Teil des Vortrags ordnete *Knopp* die Entscheidung in die vom BVerfG entwickelten, allgemeinen Maßstäbe des Beamtenverfassungsrechts ein. Die Besonderheit der brandenburgischen Regelung bestehe darin, dass der Kanzler von dem monokratischen Leitungsorgan des Präsidenten ohne Mitwirkung des akademischen Vertretungsorgans (Senat) bestellt werde und diesem insoweit zugeordnet sei, dass der Kanzler die Verwaltung der Hochschule unter der Verantwortung des Präsidenten leite. Aufgrund des fehlenden Wahlaktes sei der brandenburgische Fall für eine verfassungsrechtliche Beurteilung, ob die Zeitverbeamtung zulässig sei, geradezu prädestiniert gewesen.

*Knopp* referierte zunächst die ständige Rechtsprechung des BVerfG, nach der das Lebenszeitprinzip als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums in Art. 33 Abs. 5 GG verankert sei. Es schütze die persönliche Unabhängigkeit der Amtstätigkeit im Rahmen einer stabilen, unparteiischen und gesetzestreuen Verwaltung. Anders als die Vorinstanzen hatte bereits das BVerwG in seinem Vorlagebeschluss herausgestellt, dass das Amt des Hochschulkanzlers insoweit einen eigenständigen Status genieße. Das konkret übertragene Amt des Kanzlers sei trotz seiner engen Anbindung an das Hochschulleitungsorgan vom Lebenszeitprinzip geschützt. Dem schloss sich das BVerfG an.

Zentrale Frage sei somit die Möglichkeit der Rechtfertigung einer Durchbrechung des Lebenszeitprinzips,

für die sich zwei Fallgruppen herausgebildet hätten: Zum einen im Fall von (insbesondere kommunalen) Wahlbeamten, zum anderen im Fall von sog. politischen Beamten. Aufgrund der Weisungsgebundenheit und exklusiven Bestellung durch den Präsidenten waren beide Fallgruppen jedoch nicht einschlägig, sodass die Zeitbeamtstellung verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt war. Anders sei dies in den Fällen zu bewerten, in denen der Kanzler als gleichberechtigtes Mitglied einer kollegialen Leitungsstruktur angehöre sowie aufgrund eines Wahlakts des Selbstverwaltungsorgans bestellt werde und von diesem wieder abberufen werden könne. Mit einer solchen „Aufwertung“ der Verantwortlichkeit des Kanzlers ginge einher, dass der Amtswalter ein sog. hochschulpolitisches Amt innehave, das den Gesetzgeber zu einer Abweichung vom Grundsatz der Lebenszeitberufung berechtige. Die beiden vorherrschenden Modelle führten somit beamtenverfassungsrechtlich zu unterschiedlichen Ergebnissen. Entscheidendes Rechtfertigungskriterium für eine Abweichung vom Lebenszeitprinzip sei die Wahl- und Abwahlmöglichkeit durch das akademische Selbstverwaltungsorgan, die eine formalisierte Verantwortlichkeit begründe. Mit diesem Wahlakt müsse als materielles Element die Einbindung in eine pluralistische Entscheidungsstruktur verbunden sein, wie dies im Fall eines kollegialen Hochschulleitungsorgans gegeben sei.

Im zweiten Teil des Vortrags unternahm *Knopp* den Versuch, die vom BVerfG auf das brandenburgische Gesetz angewandten Maßstäbe auf andere landesrechtliche Regelungen zu übertragen. *Knopp* stellte zunächst heraus, dass sich eine unreflektierte, schematische Übernahme der Maßstäbe verbiete. Es seien stattdessen die jeweiligen den Kanzler betreffenden Normen in eine Gesamtschau der Regelungen über die Hochschulleitung einzubeziehen. Nach einer rechtsvergleichenden Darstellung der unterschiedlichen Regelungsmodelle gelangte *Knopp* zu dem Schluss, dass die Regelungen in den Ländern Berlin (§ 58 Abs. 1 S. 4 BerlHG) und Rheinland-Pfalz (§ 83 Abs. 2 S. 1 HochSchG RP) als verfassungsrechtlich „äußerst kritisch“ zu bewerten seien. Es bestehe legislativer Handlungsbedarf, dem die jeweiligen Landesgesetzgeber trotz einer ihnen vom BVerfG bereits in seiner ersten „Brandenburg-Entscheidung“ im Jahr 2004 (BVerfGE 111, 333 ff.) auferlegten Beobachtungspflicht bislang noch nicht nachgekommen seien. Als mögliches Alternativmodell wies *Knopp* auf die bayerische Regelung hin (Art. 23 Abs. 2 S. 3 BayHSchG), nach der eine Lebenszeitverbeamtung im Anschluss an eine

3 VG Cottbus, Urteil vom 21. April 2011, Az.: 5 K 582/10.

4 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 13. November 2014,

Az.: 4 B 31.11.

5 BVerwG, Beschluss vom 23. Juni 2016, Az.: 2 C 1.15.

zweijährige Probezeit erfolgen könne. Eine derartige Verbeamtung auf Probe sei wegen des grundsätzlichen Festhaltens am Lebenszeitprinzip verfassungsrechtlich zulässig, worauf auch das BVerfG hingewiesen habe.

### III. Das Statusrecht aus der Perspektive des Art. 5 Abs. 3 GG

Der Vortrag von Professor *Dr. Christian von Coelln* (Universität zu Köln) analysierte die Entscheidung des BVerfG im Hinblick auf die insbesondere durch die Rechtsprechung des Ersten Senats zur Wissenschaftsfreiheit entwickelten Maßstäbe. Das Grundgesetz gebe kein bestimmtes Modell der Hochschulorganisation vor, sodass der Gesetzgeber bei der Normierung des Organisationsrechts der Hochschulleitung über einen weiten Gestaltungsspielraum verfüge. Wenn Leitungsorgane gegenüber den akademischen Selbstverwaltungsorganen aber kompetenziell gestärkt würden, bedürfe dies kompensatorischer Maßnahmen zu Gunsten der in diesem pluralistischen Gremium versammelten Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler, um eine strukturelle Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit auszuschließen. Diese Mitwirkungsrechte müssten insbesondere in Form von Informations-, Kontroll- und (Ab-)Wahlrechten bestehen.

Wenn aber – wie in Brandenburg – nicht der Kanzler, sondern allein der Präsident gegenüber dem akademischen Selbstverwaltungsorgan verantwortlich sei, erfordere das Prinzip der Wissenschaftsadäquanz nicht zwingend eine Abwahlmöglichkeit in Bezug auf den Kanzler. Entscheidend sei, dass weitreichende Kompetenzen des Kanzlers im Bereich der akademischen Selbstverwaltung, die durch den Wahlakt übertragen werden, eine Verantwortlichkeit begründen müssten. Diese rechtliche Verantwortlichkeit des Kanzlers könne primär durch eine Amtszeitbefristung und die Möglichkeit der Abwahl realisiert werden. Insoweit bestehe durchaus eine Konvergenz der Anforderungen aus Art. 5 Abs. 3 GG einerseits und Art. 33 Abs. 5 GG andererseits: Nur wenn das Kanzleramt wie in Brandenburg vergleichsweise kompetenzschwach ausgestaltet sei und das akademische Vertretungsorgan keine Abwahl vornehmen könne, verlange dies aus dem Blickwinkel des Beamtenverfassungsrechts eine Verbeamtung auf Lebenszeit. Werde das Amt hingegen in die kollegiale Verantwortung des Leitungsorgans gegenüber dem Selbstverwaltungsorgan eingebunden und mit weitergehenden, wissenschaftsrelevanten Kompetenzen ausgestattet, rechtfertige dies regelmäßig eine Verbeamtung auf Zeit als Durchbrechung

des Lebenszeitprinzips. Diese Differenzierung überzeuge auch im Hinblick auf die sich aus Art. 5 Abs. 3 GG ergebenden verfassungsrechtlichen Anforderungen.

In diesem Zusammenhang sei eine formale Betrachtung der Kompetenzausstattung erforderlich. Die „faktische Macht“ eines einzelnen Amtswalters, die auf der Persönlichkeit und der Überzeugungskraft des jeweiligen Kanzlers beruhen könne, ließe sich nicht als rechtliches Argument heranziehen. Anderenfalls könne eine geringe Entscheidungskraft verfassungsrechtlich durch eine zwingende Verbeamtung auf Lebenszeit „prämiert“ werden. *Von Coelln* wies darauf hin, dass sich aus der Entscheidung des BVerfG umgekehrt keine Pflicht zur Befristung ergebe, wenn das Kanzleramt mit wissenschaftsrelevanten Aufgaben ausgestattet sei. Eine Verbeamtung auf Lebenszeit bleibe auch in Fällen einer bestehenden Abwahlmöglichkeit stets möglich. Insofern seien das Beamten- und das Wissenschaftsverfassungsrecht strikt auseinanderzuhalten. Keine Aussage habe das BVerfG zudem zu der allein an Art. 33 Abs. 4 GG zu messenden Frage getroffen, ob eine Beschäftigung des Kanzlers im Angestelltenverhältnis zulässig sei.

Bemerkenswert sei zudem, dass das Karlsruher Gericht insbesondere die Befristungen der Tätigkeit des wissenschaftlichen Mittelbaus ausdrücklich als gerechtfertigte Durchbrechung des Lebenszeitprinzips hervorgehoben habe. In diesem Bereich sei die Befristung aus Gründen der wissenschaftlichen Qualifikation und der Aufrechterhaltung der Innovationsfähigkeit der Hochschulen gerechtfertigt.

### IV. Podiumsdiskussion

Die von *Dr. Michael Stückradt* (Universität zu Köln) moderierte Podiumsdiskussion bot Gelegenheit, die rechtlichen Maßstäbe aus unterschiedlichen Blickwinkeln der Praxis zu reflektieren. *Dr. Roland Kischkel* (Bergische Universität Wuppertal) unterstrich, dass die Berufsrealität des Kanzlers mit der Position eines „Wächters des Rechts“ als „verlängerter Arm des Ministeriums“ nicht hinreichend beschrieben werde. Vielmehr sei es dessen Primäraufgabe, finanzielle Ressourcen mit den Methoden der Mittelverteilung als Gestaltungsinstrument für die Forschenden und Lehrenden in maximaler Eigenverantwortlichkeit nutzbar zu machen. Insofern sei der Kanzler als Teil der kollegialen Hochschulleitung gemeinschaftlich verantwortlich. Auch *Dr. Valérie Schüller* (Hochschule Mainz) unterstrich, dass die Einbindung in strategische Entscheidungen in Forschung und Lehre zugenommen habe. Der Aufgaben- und Verantwort-

tungszuwachs bilde sich in der Befristungsmöglichkeit zwar ab, es sei aber zu berücksichtigen, dass die jederzeit bestehende Abwahlmöglichkeit das Interesse von Bewerbern, die ein anderweitiges Lebenszeitamt innehätten, schmälere. Gremienentscheidungen seien nicht antizipierbar, sodass ohne eine Verdauerung der Stelle erhebliche Risiken drohten. Auch wenn ein Wahlamt insgesamt wegen dessen Dynamik vorzugswürdig erscheine, müsse eine Statussicherung durch eine adäquate Rückfallposition vorgenommen werden. Diese Forderung stieß auf den Widerspruch eines anwesenden Ministerialbeamten, nach dem eine derartige „faktische Lebenszeitversorgung“ ohne ein Lebenszeitamt wissenschaftspolitisch nicht realisierbar sei.

Professor *Dr. Hans Hennig von Grünberg* (Hochschule Niederrhein) betonte, dass die gemeinsame Verantwortung der Hochschulleitung vor allem durch Kollegialität und einen im Diskurs herzustellenden Konsens zwischen Präsident/Rektor und Kanzler zu erzielen sei. Im Bereich der Fachhochschulen habe sich in dieser Hinsicht in den letzten Jahren eine dynamische Entwicklung ergeben. Die alte akademische Idee eines jährlich wechselnden Rektorats bei gleichzeitiger Kontinuität des Kanzleramts könne daher heute nicht mehr verwirklicht werden. Eine „Etablierung“ der Mitglieder der Hochschulleitung sei vielfach erst im Laufe der zweiten Amtszeit möglich. In die gleiche Richtung zielte die Anmerkung *Kischkels*, dass eine geringere Amtszeit als sechs Jahre keinen sinnvollen Gestaltungszyklus erzeugen könne.

Professor *Dr. Volker Epping* (Leibniz Universität Hannover) verdeutlichte, dass durch die Autonomiegewinne der Leitungsebene eine Professionalisierung des Amtes erforderlich geworden sei. In Niedersachsen bestehe mit der gesetzlich angeordneten Ressortverantwortlichkeit der einzelnen Mitglieder des Präsidiums eine klare Kompetenzverteilung im Leitungsorgan. Gleichwohl ließen sich nur im kollegialen Diskurs intelligente Lösungen erreichen. Die Kontrolle durch den Senat erfasse das gesamte Leitungsorgan in gemeinsamer Verantwortung; auch eine Abwahl beziehe sich zumeist auf das Gesamtorgan, nicht auf einzelne Mitglieder.

Aus der Diskussion ergab sich insbesondere, dass das Statusrecht der Mitglieder der Hochschulleitung eine entscheidende Gelingensbedingung für die Organisation der Wissenschaftsverwaltung ist. Grundtenor der Nachfragen aus den Reihen der Kanzlerinnen und Kanzler

war der Wunsch nach einer verstärkten Berücksichtigung der sich bei einer Verbeamtung auf Zeit stellenden Versorgungsfragen im Hinblick auf Rückfallpositionen und das Besoldungsrecht. Ein Baustein für die Stabilität der Organisation Hochschule könne hierbei der Verzicht auf die Ausgestaltung des Kanzleramts als Wahlamt sein. Bei künftigen Reformen des Hochschulorganisationsrechts, die zuletzt vom Wissenschaftsrat im Oktober 2018 angeregt wurden, müsse berücksichtigt werden, dass der erhebliche Kompetenzzuwachs bei einer gleichzeitig jederzeit bestehenden Abwahlmöglichkeiten eine entscheidende Ursache für die häufig als fehlend wahrgenommene Attraktivität des Amtes sei.

## V. Resümee

Ob das Amt des Hochschulkanzlers als Spitzenposition in der Wissenschaftsverwaltung auf Zeit ausgestaltet werden kann, ist nicht nur eine an den Vorgaben des Grundgesetzes zu messende verfassungsrechtliche Frage, sondern auch eine solche der wissenschaftspolitischen Zweckmäßigkeit. Den Referaten der Tagung gelang es, die Stellung der Kanzlerinnen und Kanzler in der Hochschulorganisation in ihren verfassungsrechtlichen Kontext einzuordnen und Impulse für die mögliche Weiterentwicklung bestehender Regelungsmodelle zu geben. Im Hinblick auf das in Art. 33 Abs. 5 GG verankerte Lebenszeitprinzip erfordert die Verbeamtung auf Zeit eine tragfähige Rechtfertigung, die vor allem auf die Einbindung in eine kollegiale Leitungsstruktur und die Abwahl durch das Organ der akademischen Selbstverwaltung gestützt werden kann. Die anschließende Diskussion ließ die Aspekte hervortreten, denen die etwa 100 Teilnehmerinnen und Teilnehmer aus Hochschul- und Ministerialverwaltung besondere Bedeutung zumaßen. Dass die Rückwirkungen der status- und organisationsrechtlichen Stellung des Kanzlers auf die Arbeitsweise der Hochschulleitung und letztlich auf das institutionelle Gesamtgefüge einer Hochschule erheblich sind, machte das durch die Tagung des Vereins für deutsches und internationales Wissenschaftsrecht eröffnete Forum deutlich.<sup>6</sup>

Frederik Becker ist als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Internationales Recht, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht an der Leibniz Universität Hannover tätig.

6 Die Beiträge von *Knopp* und *von Coelln* werden in einer der nächsten Ausgaben der Zeitschrift für deutsches und europäi-

ches Wissenschaftsrecht (WissR) veröffentlicht.

# Peter Rieß

## *Belegverbindung\**

Unter Belegverbindung verstehen wir die Art, wie eine bestimmte Textpassage mit einem dazugehörigen Beleg in der Fußnote verbunden wird. Entsprechendes gilt bei der Verwendung von Fußnotenfußnoten in bezug auf den Text der Oberfußnote.

Nicht selten fehlt jede explizite Belegverbindung, etwa wenn bei einem wörtlichen Textzitat die Fußnote nur den Autorennamen oder die Fundstelle enthält oder wenn bei einer Textaussage unverbunden Belege folgen. Solche scheinbar unverbundenen Belege besagen in der Regel, dass die Belegstelle den Text stützt.<sup>59</sup> Es wäre falsch, hier vom Fehlen einer Belegverbindung zu sprechen, richtigerweise handelt es sich um eine stillschweigende (implizite) Belegverbindung. Dem steht die einfache ausdrückliche Belegverbindung gegenüber, die meist in der Form „vergleiche“<sup>60</sup> auftritt. Wenn einschränkende, ergänzende oder kommentierende Zusätze hinzutreten, läßt sich von komplexen Belegverbindungen sprechen. Sie treten in vielfältiger Form auf<sup>61</sup>, zeigen aber dennoch einen Mangel an Phantasie, weil ihnen meist der Überraschungseffekt fehlt.

Es sollte deshalb ernsthaft erwogen werden, neue Formen solcher komplexen Belegverbindungen zu entwickeln, was zugleich die Zahl der Fußnoten vermehren und ihren Umfang vergrößern könnte. So könnte mit der Belegverbindung „vgl. auch, wenn auch nicht einschlägig, so doch nützlich (spannend, erbaulich) zu lesen“ auf fachfremde Literatur hingewiesen werden. Ernsthaft erwogen werden sollte auch die Belegverbindung „vgl. dazu nicht“ mit den beiden alternativ zu verwendenden Zusätzen „obwohl einschlägig, weil nicht lesenswert“<sup>63</sup> oder „weil nicht einschlägig und auch sonst langweilig“. Das hätte den großen Vorteil, daß sich umfangreiche Fußnoten ohne großen Arbeitsaufwand erstellen ließen, denn jedermann kennt ohne Zweifel viele nicht einschlägige und zugleich langweilige Publikationen.

Peter Rieß, Ministerialdirektor beim Bundesministerium der Justiz a.D., Honorarprofessor an der juristischen Fakultät der Universität Göttingen.

\* Aus „Vorstudien zu einer Theorie der Fußnoten“ von Peter Rieß (vom Verlag Walter de Gruyter „den Autoren und Freunden unseres Hauses zum Jahreswechsel 1983/1984“), S. 20 f.

59 Zur Anwendung der ausdrücklichen Belegverbindung „vgl.“ bestimmen etwa die (unveröffentlichten) Richtlinien eines bekannten Großkommentars: „Vor dem Zitat stehen regelmäßig keine Hinweise wie „siehe“, „vgl.“, etc. Der Hinweis „vgl.“ ist nur zu verwenden, wenn ein folgendes Zitat die referierte Meinung

nicht unmittelbar belegt, aber zum Vergleich dienlich ist.“

60 Abgekürzt „vergl.“ oder „vgl.“, gleichbedeutend auch „siehe“ oder „s.“.

61 Beispiele: „vgl. zum Ganzen (m. weit. Nachw.)“, „vgl. auch“ (regelmäßig in dem Sinne, „obwohl nicht unmittelbar einschlägig“), „vgl. zur histor. Entw.“.

63 Eine solche Belegverbindung enthält zugleich Elemente einer bewertenden Belegverbindung.



# Georg Sandberger

## *Hochschulgovernance statt Unternehmerischer Hochschule?*

### *Zu den Empfehlungen des Wissenschaftsrats*

#### I. Einleitung

Leistungsstrukturen von Hochschulen stehen im Kontext des politischen, gesellschaftlichen Umfelds und den daraus folgenden Anforderungen an deren Aufgaben und Organisation. Die Entwicklung der Zielvorstellungen, die diese treibenden Kräfte und die Beschreibung ihrer Vorschläge sind ein Spiegelbild ihrer jeweiligen Zeit.

Das noch heute vielfach als Ideal angesehene und so bezeichnete Humboldt'sche Universitätsmodell mit seinen drei Säulen: Freiheit der Wissenschaften, Einheit von Forschung und Lehre und Bildung durch Wissenschaft ist das Ergebnis eines von führenden Philosophen ihrer Zeit seit Ende des 18. Jahrhunderts geführten Diskurses.<sup>1</sup> Obwohl wesentliche Elemente der mit dieser Idealvorstellung verbundenen äußeren und inneren Organisation der Universitäten nicht realisiert werden konnten, war es für die Entwicklung der Wissenschaften weltweit prägend.

An seine Traditionen knüpfte zunächst auch die hochschulpolitische Diskussion über die Wiederherstellung der von dem NS-Regime zerstörten Selbstverwaltung der Hochschulen nach dem Kriege an.<sup>2</sup>

Die Entwicklung zur Massenuniversität verlagerte das Blickfeld der Hochschulreform jedoch bald auf die damit verbundenen Anforderungen an die Ziele, Inhalte und Organisation der Studiengänge sowie Steuerung des

Hochschulzugangs. Die Unruhen an den Hochschulen ab 1968 führten zur Partizipation aller Hochschulgruppen in der sog. Gruppenuniversität. Zugleich musste der steigenden Zahl von Studierenden durch Gründung neuer Hochschulformen wie den Fachhochschulen Rechnung getragen werden.

Die Impulse zu diesen Veränderungen gingen nicht mehr von den Universitäten, sondern von den Wissenschaftsorganisationen, vor allem dem Wissenschaftsrat aus, dessen Entscheidungsgremien neben von der Bundesregierung und den Länderregierungen vorgeschlagenen Professorinnen und Professoren die zuständigen Minister bzw. die beamteten Amtsspitzen der Ministerien angehören.<sup>3</sup>

Die ab 1968 einsetzenden Hochschulrechtskodifikationen sind ebenfalls Spiegelbild dieser Entwicklung.<sup>4</sup> Sie waren zum einen durch einen auf die Studentenunruhen und deren Folgen gerichteten, wachsenden Staatseinfluss, zum anderen durch das Ziel gekennzeichnet, die Mitwirkung der Gruppen an der Selbstverwaltung zu verankern. Prägenden Einfluss hatte darauf das Hochschulurteil des Bundesverfassungsgerichts zum Hochschulgesetz in Niedersachsen aus dem Jahr 1973. Kern des Urteils sind noch heute maßgebliche Grundsätze einer mit Art. 5 Abs.3 GG konformen Hochschulorganisation.<sup>5</sup> Das Gericht bestätigte zwar die Entscheidung des Gesetzgebers für die sog. Gruppenuniversität als mögliche

1 Zusammengefasst in dem Sammelband „Gelegentliche Gedanken über Universitäten von J.J. Engel., J.B. Erhard, F.A. Wolff, J.G. Fichte, F.D.E. Schleiermacher, K.F. Savigny, W. v. Humboldt, G. F. W. Hegel, Reclam Leipzig 1990; vorausgehend: I. Kant, Der Streit der Fakultäten, 1798, Reclam Leipzig, 2. Aufl. 1992.

2 Exemplarisch Karl Jaspers: Die Idee der Universität, Berlin 1946. Zur Ideengeschichte vgl. auch H. Schelksky, Einsamkeit und Freiheit, Idee und Gestalt der deutschen Universität und ihrer Reformen, Hamburg 1963, zu den Reformbestrebungen seit 1945, S. 244; zu den Ausstrahlungen auf die Universitätsreformen in den USA vgl. C. Kerr, The Uses of the University, Harvard University Press 1964, p. 11 ff.

3 Wissenschaftsrat (1967): Empfehlungen zum Ausbau der wissenschaftlichen Hochschulen bis 1970. Wissenschaftsrat (1968): Empfehlungen des Wissenschaftsrates zur Struktur und Verwaltungsorganisation der Universitäten.

4 Zusammenfassende Darstellung in M. E. Geis, in Geis (Hrsg.),

Hochschulrecht in Bund und Ländern, § 58 HRG, Rn. 1-9; G. Sandberger, Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2015, Einleitung, S. 3 ff.; Thomas Oppermann, Ordinariuniversität, Gruppenuniversität, Räteuniversität in: Hef/ Leuze (Hrsg.), Die janusköpfige Rechtsnatur der Universität - ein deutscher Irrweg, Wissenschaftsrecht, Sonderheft 15, 2004, S.1 ff.

5 BVerfGE 35, 79 ff. dazu und den nachfolgenden Urteilen. BVerfGE 93, 85 f. - NRW und BVerfGE 111, 333 f. - Brandenburg, BVerfGE 127, 87 f. - Hamburg, BVerfGE 136, 338 f. - Medizinische Hochschule Hannover: H. Goerlich und G. Sandberger, Hochschulverfassungsrecht - Kontinuität oder Paradigmenwechsel in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts? In FS F. J. Peine zum 70. Geburtstag, 2016, S.297 ff.; W. Kahl, Hochschule und Staat, 2004, § 11: U. Mager, Das Verhältnis von Steuerung, Freiheit und Partizipation in der Hochschulorganisation aus verfassungsrechtlicher Sicht, OdW 2018, 7 ff., insbesondere S. 9 ff.

Hochschulorganisation im Grundsatz, bestimmte aber das Maß und Grenzen der Mitwirkung der Gruppen in der Selbstverwaltung nach dem Grundsatz von Kompetenz und Betroffenheit und forderte in Fragen von Forschung und Lehre sowie von Berufungen einen bestimmenden Einfluss der Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer.

Das nach Einführung der Rahmengesetzgebung des Bundes erlassene Hochschulrahmengesetz von 1976 und die Ländergesetze haben diese Grundsätze im Organisationsrecht der Hochschulen umgesetzt. Sie blieben im Kern bis in die 90-er Jahre erhalten.

In den 90-er Jahren begann eine neue Reformdiskussion, die von mehreren Strömungen getragen war. Zum einen vom zunehmenden Wettbewerb der Hochschulen auf nationaler und internationaler Ebene und der von deutschen Hochschulen beklagten Beeinträchtigung ihrer Handlungsfähigkeit. Hauptkritikpunkt waren die Detailsteuerung durch die Ministerien im Rahmen der Staatsaufsicht und die Schwerfälligkeit der Entscheidungsprozesse in der Binnenorganisation. Zum anderen waren sie getragen von der unter dem Stichwort „New Public Management“ geführten Diskussion über die Verbesserung der Handlungsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung durch neue Instrumente wie der Steuerung über Zielvorgaben und Zielvereinbarungen verbunden mit einer Flexibilisierung des Haushaltsrechts und der Umstellung der Rechnungslegung. Die damit verknüpfte Dezentralisierung der Entscheidungen und Verantwortung sollte eine Entlastung von Verteilungskonflikten in den stagnierenden Haushalten ermöglichen.

Wie bei den Strukturänderungen der 60-er Jahre gingen die Veränderungsimpulse auch diesmal nicht von den Hochschulen aus. Auch ihre Organisationen: Die Hochschulrektorenkonferenz und die Rektorenkonferenzen auf Länderebene beteiligten sich an der Reform-

bewegung erst, nachdem diese, gefördert durch den Stifterverband für die Wissenschaft und das von der Bertelsmann-Stiftung getragene Centrum für Hochschulentwicklung, konkrete Konturen gewonnen hatte.<sup>6</sup>

Mit der Aufhebung der organisationsrechtlichen Rahmenvorgaben des HRG in der 4. HRG- Novelle wurden die Voraussetzungen für die Umsetzung des neuen Leitungsmodells für die Hochschulen in den Ländergesetzen geschaffen.

Kennzeichen des Modells ist die Stärkung der Autonomie der Hochschulen nach außen: Aufhebung der Detailsteuerung durch den Staat, Ersetzung durch Zielvereinbarungen, Delegation von Entscheidungen der Ministerien auf die Hochschulen. Stärkung der Autonomie nach innen: Bündelung der strategischen Verantwortung auf die Hochschulleitung und Fakultätsleitung, Einführung von Hochschulräten, Beschränkung der Selbstverwaltungsorgane auf zentraler und dezentraler Ebene auf die Mitwirkung bei der Wahl der Leitungsorgane, Satzungsangelegenheiten und akademische Angelegenheiten.<sup>7</sup>

Bezeichnend ist die Wortwahl dieses Leitbilds: Sie steht nicht für die inhaltlichen Ziele und Aufgaben der Hochschule, sondern für ihre Steuerung durch „New Public Management“: bzw. „Unternehmerische Hochschule“, ebenso bezeichnend sind die von einigen Hochschulgesetzen gewählte Bezeichnung der Hochschul- und Fakultätsleitung als „Vorstand“, die Bezeichnung des Hochschulrats als „Aufsichtsrat“.<sup>8</sup>

Je nach Position des Betrachters ist die Bewertung dieses Leitbilds umstritten. Die Wissenschaftsorganisationen und auch die Hochschulrektorenkonferenz sehen in der jetzigen Hochschulorganisation eine erhebliche Verbesserung ihrer strategischen Handlungsfähigkeit, die vor allem für die Exzellenzinitiative von großer Bedeutung war und ist.<sup>9</sup> Ähnlich ist auch die Sicht des Bundes und der Länder. Auf der anderen Seite ist aber nicht

6 Vgl. dazu Müller-Böling, Die entfesselte Hochschule, 2000, ihm folgend Monopolkommission, Wettbewerb als Leitbild der Hochschulpolitik, Sondergutachten 30, 2000; Stifterverband für die deutsche Wissenschaft, Qualität durch Wettbewerb und Autonomie, 2002; aus rechtswissenschaftlicher Sicht kritisch Wolfgang Kahl, Hochschule und Staat, 2004, §§ 11 und 12; aus wissenschaftshistorischer und wissenschafts-theoretischer Sicht kritisch J. Mittelstraß, Die Universität zwischen Weisheit und Management, FAZ-Forschung und Lehre v. 31. August 2016, S.4.

7 Vgl. dazu Ulrich Battis, Leitungsstrukturen in Universitäten – ein Feld für Experimente?, in: Feßtschrift für Dieter Leuze zum 70. Geburtstag, 2003, S. 35 ff.; Christoph Fehling, Neue Herausforderungen an die Selbstverwaltung in Hochschule und Wissenschaft, Verw 35 (2002), 399 (408); Klaus Ferdinand Gärditz, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2009, S. 33 ff.; Wolfgang Kahl, Hochschule und Staat, 2004, S. 98 ff.; G. Krücken, Lässt sich Wissenschaft managen? WissR 41(2008), 345 ff.; Wolfgang Löwer, „Starke Männer“ oder „Starke Frauen“ an der

Spitze der Universität, in: Matthias Ruffert (Hrsg.), Recht und Organisation, 2003, S. 25 ff. Zur Neuorganisation innerhalb der Leitungsorgane Georg Sandberger, Die Neuordnung der Leitungsorgane der Hochschulen durch die Hochschulrechtsnovellen der Länder, WissR 44 (2011), S. 118 ff. Vorträge von R. Hendlner und U. Mager zum Thema „Die Universität im Zeichen von Ökonomisierung und Internationalisierung“, VVDStRL Bd. 65 (2006), S. 238 ff. und S. 274 ff. Aus organisationssoziologischer Sicht: Albrecht Blümel, Von der Hochschulverwaltung zum Hochschulmanagement, Wandel der Hochschulorganisation am Beispiel der Verwaltungsleitung, 2016.

8 So die Bezeichnung in §§ 16, 20, 23 LHG Baden-Württemberg in der bis 2015 geltenden Fassung.

9 Vgl. Evaluation der Exzellenzinitiative, Endbericht der Internationalen Expertenkommission, 2016, S. 20 ff.; vgl. ferner KMK, Leitungsstrukturen im Hochschulbereich, Empfehlungen 1996; Empfehlungen des 183. Plenums der HRK, November 1997 „Organisation und Leitungsstrukturen der Hochschulen“.

zu verkennen, dass sie innerhalb der Hochschulen vor allem von den Gruppen, die nicht mit eigenen Beiträgen an der Hochschulentwicklung beteiligt sind, teils kritisch, teils resignativ begleitet werden. Davon zeugen auch die gegen die verschiedenen Entwicklungsstufen des Hochschulrechts gerichteten Verfassungsbeschwerden.<sup>10</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber bei der Gestaltung der Hochschulorganisation einen weiten Gestaltungsspielraum eingeräumt, aber aus Art. 5 Abs. 3 GG Grenzen gezogen, die überschritten werden, wenn die Gestaltung der Organisation zu einer strukturellen Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit führt. Diese sieht das Bundesverfassungsgericht als gefährdet an, wenn bei wissenschaftsrelevanten Entscheidungen nicht der bestimmende Einfluss der Hochschullehrerschaft gewährleistet ist. Während im Niedersachsen-Urteil nur der Kernbereich von Forschung und Lehre als wissenschaftsrelevant angesehen wurde,<sup>11</sup> hat das Bundesverfassungsgericht den Begriff wissenschaftsrelevanter Angelegenheiten ständig erweitert und sieht auch Fragen der Entwicklungs- und Bauplanung, Finanzierung und inneren Organisation der Hochschule als wissenschaftsrelevant an. Die Konzentration von Zuständigkeiten in diesen Bereichen bei der Hochschulleitung zu Lasten des Senats als oberstem Selbstverwaltungsorgan gefährdet die Wissenschaftsfreiheit. Deshalb müssen diese Kompetenzen entweder auf den Senat zurückverlagert oder durch entscheidenden Einfluss des Senats auf Wahl und Abwahl der hauptamtlichen Mitglieder der Hochschulleitung kompensiert werden.<sup>12</sup>

Diese Entscheidung und eine Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs Baden-Württemberg zur Leitungsorganisation nach dem LHG<sup>13</sup> haben eine teilweise Abkehr von dem Leitbild der unternehmerischen Hochschule zur Folge.<sup>14</sup>

Das Leitbild des Neuen Steuerungsmodells auf den Prüfstand zu stellen ist auch Ziel der Empfehlungen des Wissenschaftsrates zur Hochschulgovernance.<sup>15</sup> Mit diesem Begriff will der Wissenschaftsrat einen neuen Akzent gegen die auch von ihm früher empfohlene bisherige Ausrichtung der derzeitigen Hochschulorganisation

setzen.<sup>16</sup> Umso bedauerlicher ist, dass er dafür den Titel „Hochschul-Governance“ gewählt hat. Damit bewegt er sich in einer Tendenz, Gegenstände, für die es deutsche Begriffe gibt, durch Anglizismen zu ersetzen. Vor allem werden durch die Wahl des Begriffes aber Assoziationen zur Verwendung des Governance-Begriffes für Leitungsstrukturen im Unternehmensrecht und der öffentlichen Verwaltung geweckt, die im Kontext einer wissenschaftskonformen Hochschulorganisation kritisch zu hinterfragen sind.

Entsprechend dem Aufbau der Empfehlungen soll zunächst der berichtende Teil bewertet werden (II). Dem schließen sich eine Auseinandersetzung mit den Empfehlungen und eine zusammenfassende Bewertung an (III und IV).

## II. Ausgangslage - Analyse der bisherigen Reformen

Die Analyse der Ausgangslage nimmt fast die Hälfte des Dokuments ein. Der Text stellt einige Anforderungen. Er trägt in Teilen eine stark organisationstheoretische Handschrift. Organisationssoziologische und betriebswirtschaftliche Hochschulforschung kann eine wichtige Ergänzung zu der von der Hochschulrechtswissenschaft dominierten Analyse und Weiterentwicklung des Hochschulsystems leisten. Dies setzt voraus, dass sie ihre Prämissen, Methoden und Wertungen offenlegen und in einer diskursfähigen Sprache präsentieren. Nur unter dieser Voraussetzung ist die notwendige Abstimmung mit den normativen Grundlagen der Hochschulorganisation möglich und zielführend. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, weisen die Empfehlungen in dieser Hinsicht einige Defizite auf.

### 1. Spezifika der Einrichtung der Hochschulen und ihrer Leitungsstrukturen

Nach einer Rückblende auf die bisherige Organisationsentwicklung und das Spannungsverhältnis von individueller Wissenschaftsfreiheit und Organisationsbedürftigkeit der Wissenschaft, gesellschaftlichem Auftrag und Freiheit der Wissenschaft stehen im Mittelpunkt der mit „Spezifika der Einrichtung der Hochschulen und ihrer

10 Seit BVerfGE 35, 79 f.; BVerfGE 93, 85 f. – NRW und BVerfGE 111, 333 f. – Brandenburg, BVerfGE 127, 87 f. – Hamburg, BVerfGE 136, 338 f. – Medizinische Hochschule Hannover.

11 BVerfGE 35, 79 ff., 116.

12 BVerfGE 136, 338 f. – Medizinische Hochschule Hannover.

13 VerfGH BW, Urteil v. 14.11.2016, ESVGH 67, 124, WissR 2016, 302 ff.; zur Stellungnahme in diesem Verfahren: *Th. Württenberger* Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der Hochschulleitung im Landeshochschulgesetz von Baden-Württemberg, OdW 2016, 1 ff.; Besprechungsaufsatz zu dieser Entscheidung: *H. Goerlich* und *G. Sandberger*, Zurück zur Professoren-Universität? – Neue Lei-

tungsstrukturen auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, DVBl. 2017, 667.

14 § 40 NHG. Zur Rechtsentwicklung in Baden-Württemberg *Sandberger*, Zurück zur Professorenmehrheit – Anmerkungen zum Gesetz zur Weiterentwicklung des Hochschulrechts vom 13. März 2018 eine Rechtsform für Wissenschaftskooperationen – Ausgangspunkte und Grundlagen, OdW 2018, 191 ff.

15 Empfehlungen zur Hochschulgovernance, 2018, Drs. 7328-18.

16 Empfehlungen zur künftigen Rolle der Universitäten im Wissenschaftssystem, 2006, dort S. 70 ff. Wissenschaftsrat, Perspektiven des Wissenschaftssystems, Empfehlungen 2013, Drs.3228/1.

Leistungsstrukturen“ überschriebenen Ausführungen der Begriff der Hochschulgovernance und die Suche nach einem Governancemodell, das den Aufgaben der Hochschulen und der auf diese Aufgaben ausgerichteten Hochschulorganisation gerecht wird. Im Ergebnis verwirft der Wissenschaftsrat mit guten Gründen ein einheitliches Governance-Modell und plädiert im Rahmen gesetzlicher Handlungsspielräume für individuelle Lösungen, für die Bausteine entwickelt werden. Dazu enthalten der berichtende und der empfehlende Teil eine Fülle inhaltlicher und normativer Festlegungen auf hohem Abstraktionsgrad, die überzeugender Begründung bedürftig hätten.

Ziel der Hochschulgovernance soll sein, „die Aufgabenerfüllung der Organisation zu ermöglichen, ohne dass damit übermäßige Einbußen an der Freiheit einzelner oder der Autonomie der Organisation als Ganzes einhergehen bzw. legitime gesellschaftliche und politische Anforderungen ignoriert werden. Handlungsspielräume und Entscheidungsbefugnisse müssen sinnvoll auf verschiedene Akteure verteilt werden. Insofern wird eine gelungene Governance die traditionell „lose Kopplung“ der Individuen und Teileinheiten in der „Expertenorganisation“ Hochschule stärker in Richtung eines korporativen Akteurs entwickeln.“<sup>17</sup>

Diese Definition der Ziele von Hochschulgovernance arbeitet mit Begriffen, angedeuteten Zusammenhängen und Anforderungen, die ihrerseits erklärungsbedürftig sind und sich selbst Kennern des Hochschulsystems nur schwer erschließen. Der Begriff der Hochschulgovernance bleibt im Unklaren.

Erst ein Blick in den Corporate Governance Kodex oder einen Public Governance Kodex legt nahe, dass es bei Hochschulgovernance um den rechtlichen und faktischen Ordnungsrahmen sowie um Standards guter und verantwortungsvoller Führung von Hochschulen bei Wahrnehmung der durch Gesetz und Grundordnung der Hochschulen festgelegten Kompetenzen gehen soll.<sup>18</sup>

Bedauerlich ist auch, dass die Adressaten der Handlungsempfehlungen nur in unscharfen Formulierungen angesprochen werden. Die Forderung an die Adresse der Länder als Träger der Hochschulen: „Für die Länder als Träger der Hochschulen bedeutet das, dass sie einerseits den autonomen Hochschulen innerhalb eines bestimmten rechtlichen Rahmens entsprechende Freiheiten für ihre Weiterentwicklung gewähren, andererseits für die Erfüllung der politischen Ziele und gesellschaftlichen

Ansprüche an die Hochschulen ihrerseits auch geeignete Governance-Modi zulassen und nutzen sollten“<sup>19</sup> entbehrt der Operationalisierung.

Erklärungsbedürftig ist ferner der vom Wissenschaftsrat festgestellte Gegensatz des Charakters von Hochschulen als Institution und Organisation, die in einem Spannungsverhältnis zu einander stehen sollen. Hochschule als Institution wird nicht „als Beschreibung realer Gegebenheiten“, sondern als eine Verkörperung gemeinsamer Werte und Normen ihrer Mitglieder verstanden. „Sie gibt den Handlungen der Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler einen normativen Rahmen von Erwartungshaltungen, welcher Ordnung stiftet und soziales Verhalten reguliert.“ „Organisationen im sozialwissenschaftlichen Verständnis sind demgegenüber soziale Systeme, die sich über Bedingungen der Mitgliedschaft, das Setzen bestimmter Zwecke sowie interne Hierarchien definieren.“ Die Institution Hochschule sei aufgrund der Beständigkeit ihrer Werte und Leitbilder im Verhältnis zu historischen Veränderungen der Organisation relativ stabil. Solange Organisationsmodelle von den Hochschulmitgliedern mehrheitlich akzeptiert werden, fielen die unterschiedlichen Bezugssysteme nicht auf. Anders läge es in Umbruchzeiten und bei Meinungsverschiedenheiten darüber „wie soziale Interaktion und Kulturbestimmte Ressourcen verteilt werden.“<sup>20</sup>

Erkenntnisleitendes Interesse hinter diesen Ausführungen ist offenbar die daraus abgeleitete Forderung: „Das Verhältnis von Institution und Organisation ist immer wieder neu auszutarieren. Dadurch wird die Koordination der Akteure in der Hochschule zu einer Daueraufgabe und kann nicht in eine endgültige Form gebracht werden. Eine Dominanz der Organisation kann kreative Prozesse und wissenschaftliche Entfaltung in der Institution beeinträchtigen; eine Dominanz der Institution kann die Organisation lähmen und ihre Handlungsfähigkeit mindern. Ob eine einigermaßen harmonische Beziehung gelingt zwischen der Institution – die für ihre Mitglieder den integrierenden Sinnzusammenhang stiftet – und der Organisation – die die strukturellen Rahmenbedingungen für wissenschaftliche Tätigkeiten schafft –, entscheidet sich nicht zuletzt auf der individuellen Ebene der einzelnen Hochschulmitglieder. Diese müssen sich als Angehörige von Institution und Organisation verstehen und die unterschiedlichen Eigenrationalitäten als jeweils legitim und relevant anerkennen. Entscheidend ist aber auch, wie gut die Organisations-

17 Empfehlungen 2018, Rn. 18.

18 Vgl. dazu die Definition des Corporate Governance Kodex im Entwurf der Neufassung 2018, abrufbar unter: 181106%20Entwurf%20ueberarbeiteter%20DCGK%20(1).pdf; ähnlich der Public

Governance Kodex des Landes Baden-Württemberg, abrufbar unter: Public\_Corporate\_Governance\_Kodex\_BW2018.pdf

19 Empfehlungen, Rn.19.

20 Empfehlungen, Rn. 27 ff.

form Wissenschaft ermöglicht und wie gut ihre Prinzipien mit den Traditionen und Werten der Institution in Einklang gebracht werden können.“

In ihrer Allgemeinheit eignen sich diese Feststellungen weder für eine Bewertung der Organisationsentwicklung der Hochschulen in der Vergangenheit, noch als Leitlinie für die künftige Gestaltung ihrer Leitungsstrukturen oder die Wahrnehmung der Leitungsverantwortung. Vor allem werden die verfassungsrechtlichen Vorgaben für eine wissenschaftsadäquate Hochschulorganisation, das Verhältnis von individueller und korporativer Wissenschaftsfreiheit, Selbstverwaltung, Organisationsautonomie und Gesetzgebungsvorbehalt für Regelungen im grundrechtsrelevanten Bereich und die Verantwortlichkeit gegenüber dem Parlament für die Errichtung und Ressourcenausstattung staatlicher Hochschulen vollständig ausgeblendet.

## 2. Analyse der bisherigen Reformen

Der zweite Teil des als Ausgangslage überschriebenen berichtenden Teils behandelt die einleitend skizzierte Organisationsentwicklung der Hochschulen in den letzten Jahrzehnten von der Gruppenuniversität zum neuen Leitbild des neuen Steuerungsmodells. Im Mittelpunkt stehen dabei die Zielvorstellungen dieses Leitbildes, dessen Kontext mit der Neuausrichtung der staatlichen Verwaltung, seine Umsetzung, Erfolge und Nebenwirkungen.

Die Zielvorstellungen des neuen Steuerungsmodells, den Hochschulen mehr Entscheidungsfreiheiten einzuräumen und ihre Entscheidungsfähigkeit zu stärken, werden als grundsätzlich notwendig und geeignet bezeichnet, um ihrer gesellschaftlichen Verantwortung besser Rechnung zu tragen und im Wettbewerb zu bestehen.

Die Einführung des Globalhaushaltes und die Ablösung einer Detailsteuerung des Haushaltes durch Ziel- und Leistungsvereinbarungen sieht der Wissenschaftsrat zwar als autonomiefördernd an, zugleich betont er aber die Abhängigkeit von einer ausreichenden Dotierung und einem von der Hochschule initiierten Verfahren der Zielvereinbarungen, um die gewünschte Wirkung eigenverantwortlicher Mittelbewirtschaftung zu erreichen.

Grundsätzlich positive Bewertung erfährt auch die Festlegung klarer Entscheidungszuständigkeiten und Verantwortlichkeiten in der Hochschulorganisation. Dadurch hätten die Hochschulen an Strategiefähigkeit gewonnen. Allerdings sei der Erfolg in der Hochschule stark von der

Führungskompetenz der Amtsinhaber und der Bereitschaft des professoralen Personals zur Mitwirkung an einer strategischen Ausrichtung abhängig.

Mit dem Abbau hierarchischer Beziehungen im Verhältnis Hochschule Staat sei in der Hochschulrechtspraxis eine Hierarchisierung in der Binnenorganisation der Hochschule zu beobachten.

Ursachen dafür sei zum einen die Stärkung der Leitungsorgane auf zentraler Ebene und der Ebene der Fakultäten zu Lasten der Selbstverwaltungsorgane, zum anderen das Instrument der internen leistungsbezogenen Mittelvergabe einschließlich der Leistungsbezüge der W-Besoldung und des Qualitätsmanagements, mit dem Einfluss auf die Tätigkeit der Hochschulmitglieder genommen werden kann.

Als von sachgerechter Handhabung abhängige Punkte mit ambivalentem Erfolg in der Hochschulwirklichkeit benennt und beschreibt der Wissenschaftsrat folgende Elemente des derzeitigen Leitungsmodells:

- Die externe und interne leistungsbezogene Mittelverteilung und das Kontraktmanagement<sup>21</sup>
- Die Stärkung der Leitungsorgane<sup>22</sup>
- Die Einrichtung der Hochschulräte<sup>23</sup>
- Die Stärkung des Wettbewerbs und die Politik der Förderorganisationen<sup>24</sup>
- Gesetzliche Handlungsspielräume<sup>25</sup>

In der Gesamtschau bewertet der Wissenschaftsrat das neue Steuerungsmodell ambivalent. Verbesserte Strategiefähigkeit sei mit nicht intendierten Nebenwirkungen einhergegangen. Vor allem seien die „Besonderheiten und Pfadabhängigkeiten“, die mit der vom Wissenschaftsrat so bezeichneten Doppelnatur der Hochschule als „Organisation und Institution“ einhergehen, nicht immer hinreichend berücksichtigt worden. Vor dem Hintergrund der (je nach Land und Hochschule) sehr unterschiedlichen Erfahrungen mit der Einführung des Neuen Steuerungsmodells ist es aus Sicht des Wissenschaftsrates nicht zielführend, flächendeckend eine maximal konsequente Umsetzung des Modells anzustreben. Ebenso wenig sollte jedoch eine Rückkehr zur Situation vor seiner Einführung stattfinden. Die Formulierung eines gänzlich neuen Modells der Hochschulgovernance erscheint dem Wissenschaftsrat auf absehbare Zeit allerdings nicht erforderlich.

„Der Wissenschaftsrat geht nicht von der Annahme aus, dass es das eine Governance-Modell für alle Hoch-

21 Empfehlungen, Rn. 36.

22 Empfehlungen, Rn. 37.

23 Empfehlungen, Rn. 38.

24 Empfehlungen, Rn. 39-42.

25 Empfehlungen, Rn. 42.

schulen gibt oder dass durch Optimierung eine konfliktfreie Governance erreicht werden könnte. Im Folgenden stellt er vielmehr Optionen vor, die von den Hochschulen gemäß eigener Organisationserfahrung und institutionellem Selbstverständnis adaptiert werden können, wenn sie ihre Governance-Strukturen und -prozesse weiterentwickeln. Für diese Aufgabe werden prinzipiell alle Mitglieder von Hochschulen aktiv werden müssen.“<sup>26</sup>

### III. Empfehlungen

Dementsprechend verzichten die Empfehlungen auf den Entwurf neuer Governance-Strukturen, sondern beschränken sich auf die Definition von Kriterien, „die der Identifizierung wissenschaftsadäquater Governance dienen.“<sup>27</sup> Dazu entwickeln sie ein Analyseinstrument zur Überprüfung so bezeichneter „Governance- Modi“ auf ihre Eignung zur Erfüllung dieser Kriterien.<sup>28</sup> Weitere Abschnitte befassen sich mit der Ausgestaltung und dem Zusammenwirken von Leitungsämtern und kollegialen Gremien in der Hochschule<sup>29</sup> und Empfehlungen an „Träger und Förderer“ von Hochschulen für die Schaffung eines hochschuladäquaten Umfelds.<sup>30</sup>

#### 1. Kriterien wissenschaftsadäquater Governance

Als vorrangige Kriterien für die Identifizierung „wissenschaftsadäquater Governance“ werden genannt: Entschlussfähigkeit, Gewährleistung individueller Autonomie sowie Legitimität, Akzeptanz und Transparenz.

Entschlussfähigkeit umfasst klar definierte Kompetenzen in der Leitungsorganisation, Vermeidung der Konzentration auf einzelne und der Verteilung von Kompetenzen auf zu viele Akteure, Sicherung von Sachkunde im Entscheidungsverfahren und zeitgerechten Abschluss gewährleistende Ablaufprozesse.

Gewährleistung individueller Autonomie bedeutet Freiheit in Angelegenheiten von Forschung und Lehre, für die kein Abstimmungsbedarf durch Gremien besteht.

Legitimität basiert auf den durch Hochschulgesetz und Grundordnung festgelegten Entscheidungsstrukturen und Prozessen. Akzeptanz durch die Statusgruppen erfordert informierte Einbeziehung, insbesondere Beteiligung an der Vorbereitung von Entscheidungen.

Konstanz und Kohärenz soll das Entstehen von Verfahrensunsicherheit aus häufigen Änderungen der Grundordnung und anderer Regelwerke verhindern und Übereinstimmung mit den bewährten Werten und gewohnten Prozessen der Hochschule garantieren. Gleiches soll für die Kriterien und Verfahren der Ressourcenzuteilung und deren Anpassungen gelten.

In den Gesamtkontext dieser für Hochschulentscheidungen relevanten Faktoren stellt der Wissenschaftsrat auch den Zielkonflikt zwischen Beteiligung, zeitlichem Aufwand und dessen Auswirkungen auf die Erfüllung von Kernaufgaben von Forschung und Lehre. Die zur Entlastung erfolgende Übertragung auf Amts- und Mandatsträger setzt ein Vertrauensverhältnis und Kontrollmechanismen voraus, die bei der Ausgestaltung der Entscheidungsstrukturen und Ablaufprozesse bedacht werden müssen.

Auswahl, Begründung und Gewichtung dieser Kriterien für eine gelingende Hochschulgovernance bleiben jedoch weitgehend offen. Die in den Fußnoten angeführten Belege deuten auf eine Rezeption organisationstheoretischer Untersuchungen ohne spezifischen Bezug zu den Besonderheiten der Hochschulorganisation hin.<sup>31</sup> Vor allem lassen sie jeden Bezug zu den gesetzlichen Aufgaben der Hochschulen und Hochschulleitungen vermissen. Ebenso stehen sie in keinem Zusammenhang mit der aus der Wissenschaftsfreiheit gebotenen Abgrenzung von Bereichen individueller Selbstbestimmung, im Bereich von Forschung und Lehre, notwendiger Abstimmung in Kollegial- und Leitungsorganen und dabei zu sichernden Einflusses der Träger der Wissenschaftsfreiheit.

#### 2. Analyseinstrument für die interne Hochschulgovernance

Für die Gestaltung von Entscheidungsprozessen in der Hochschule werden folgende als „Governance-Modi“ bezeichnete Optionen: Kollegiale Selbstorganisation, Wettbewerb, Verhandlung und Hierarchie vorgestellt und analysiert. Die Kunst sei, die jeweils situationsangemessene Mischung dieser Modi zu finden, um effiziente und akzeptierte Entscheidungen zu treffen. Dabei bleibt unausgesprochen bzw. wird vorausgesetzt, dass sich diese in einer durch Gesetz und Grundordnung vorgegebenen Aufbauorganisation nur im Rahmen der Gestaltung der Ablaufprozesse realisieren lassen. Sie sind damit als

26 Empfehlungen, Rn. 43.

27 Empfehlungen unter B, Rn. 44.

28 Empfehlungen unter B I.

29 Empfehlungen unter B II.

30 Empfehlungen unter B III.

31 Exemplarisch seien die Fußnoten 38, 43 und 67 genannt, in denen von Schiebereglermodell, Tonnenideologie, Governancemechanismus die Rede ist.

Anleitungen zum situationsgerechten Führungshandeln der verantwortlichen Akteure zu verstehen.

Das zeigt die exemplarische Darstellung ihrer Bedeutung in verschiedenen Handlungsfeldern, die hierarchische Wahrnehmung als geeignete Handlungsoption. Hierarchische Wahrnehmung sei die geeignete Handlungsoption, soweit es um die Sicherung der Rechtmäßigkeit der Aufgabenerfüllung geht, zu denen der Wissenschaftsrat neben der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben im Bereich des Haushalts- und Personalwesens die Zertifizierung von Studienabschlüssen zählt. Bei fachlichen Fragen, Entscheidungen über wissenschaftliche Standards, bei Entwicklung von Evaluationsverfahren oder Leitlinien für Berufungsverfahren sei der geeignete Modus der der kollegialen Selbstorganisation. Diese bedarf einer hierarchischen Korrektur durch die zuständigen Amtsträger, falls aufgrund von Eigeninteressen oder kollegialer Rücksichtnahme die Aufgabe der Selbstkontrolle oder sachgerechter Entscheidungen gefährdet ist. Hierarchischer Gestaltung sollen vor allem Entscheidungsprozesse bedürfen, bei denen es um Ausgleich unterschiedlicher Interessen geht. Als Beispiele werden dafür Entscheidungen über die Profilbildung, strategische Planung und Ressourcenverteilung genannt. Hierarchische Entscheidungen sind hier im Verständnis der Empfehlungen nur die Endstufe eines Prozesses, der in der Vorbereitung die Initiierung wettbewerblicher Prozesse und Verhandlungen voraussetzt, deren Ergebnisse in der Entscheidung zusammengeführt werden.

Diese ausschließlich an Effizienzkriterien orientierten Handlungsoptionen sollen die verantwortlichen Entscheidungsträger in den jeweils anstehenden Handlungsfeldern mithilfe einer Matrix auf ihre Eignung zur Erfüllung der Kriterien wissenschaftsadäquater Governance überprüfen und optimieren.

Als Beispiele für die Tragfähigkeit dieses Modells nennt der Wissenschaftsrat das Berufungsverfahren. Die dafür erforderlichen Ablaufprozesse in den erforderlichen Verfahrensstufen entsprechen aber nahezu vollständig den gesetzlichen Regelungen und ergänzenden Bestimmungen in der Grundordnung, ohne dass dafür eine Entscheidungsmatrix bemüht werden muss.

Gleiches gilt für die als zweites Beispiel genannte Änderung der Aufbauorganisation. Die dafür genannten Kriterien und Prozesse entsprechen der Hochschulwirklichkeit.

Die beiden ersten Teile der Empfehlungen, vor allem die darin vorgestellten Analyseinstrumente werden des-

halb in der Hochschulpraxis schon wegen ihrer abstrakten organisationstheoretischen Ableitungen, aber auch wegen ihrer sehr allgemeinen Aussagen keine oder allenfalls geringe Wirksamkeit entfalten.

### 3. Binnenorganisation der Hochschule – Rollen, Ämter, Gremien, Mitwirkung und Zusammenarbeit

Der Ansatz der „Governance-Modi“ wird auch im folgenden Teil der Empfehlungen zum Verhältnis der Leitungsorgane zu den kollegialen Gremien fortgesetzt.<sup>32</sup>

a) Die Verlagerung von Entscheidungskompetenzen von den Kollegialorganen auf die Leitungsorgane im Modell des New Public Management erfolgte mit dem Anspruch, die Entscheidungs- und Handlungsfähigkeit dieser Leitungsämter zu stärken. Dem stünden jedoch eine Reihe hemmender Faktoren entgegen. Als solche nennt der Wissenschaftsrat die Abhängigkeit der Hochschulleitungen und Dekane vom wissenschaftlichen Sachverstand und das kollegiale Selbstverständnis der Professorenenschaft, die das hierarchische Durchsetzen von Entscheidungen als Tabubruch ansehe und sowohl auf formeller als auch auf informeller Ebene über hinreichendes Widerstandspotential verfüge, um Entscheidungen zu blockieren.

Spiegelbildlich sehen sich auf Fakultätsebene die Dekane gehindert, ihre Leitungskompetenzen in dem Maße wahrzunehmen, in dem sie formal in der Lage wären. Daran hindert sie das Selbstverständnis des Dekansamtes als *Primus Inter Pares*, aber auch die Notwendigkeit an der Schnittstelle von akademischen und administrativen Angelegenheiten den Konsens zu suchen.

Diese Feststellungen im berichtenden Teil nimmt der Wissenschaftsrat im empfehlenden Teil zum Anlass, Rollen, Ämter und Zusammenwirken zwischen Leitungsorganen und Gremien im Sinne guter Leitung der Hochschulen zu definieren und Leitlinien für gutes Führungsverhalten bei Wahrnehmung der gesetzlichen Kompetenzen der Mitglieder der Hochschulleitung und Fakultätsleitung zu entwickeln.<sup>33</sup>

b) Schwerpunkt dieser Leitlinien ist die Interaktion mit den Mitgliedern, Organen und anderen Gremien der Hochschule. Durch die Kompetenzerweiterung der Leitungsorgane in den Hochschulrechtsnovellen ist das hierarchische Element in der Hochschulorganisation gestärkt worden. Dies stellt eine Herausforderung dar, Akzeptanz für hierarchisch zu treffende Entscheidungen

32 Empfehlungen, Rn.38.

33 Empfehlungen, B III 1-9, Rn. 64 ff.

unter den wissenschaftlichen Mitgliedern herzustellen, die die Verkürzung ihrer Mitgliedschaftsrechte als Beeinträchtigung ihrer akademischen Freiheit empfinden.

Empirisch stellt der Wissenschaftsrat dazu eine große Bandbreite des Rollenverhaltens von Rektorinnen / Präsidentinnen Rektoren / Präsidenten mit unterschiedlichen Gewichtungen und Kombinationen der von ihm so bezeichneten Governance-Modi: Kollegialität, Hierarchie, Führung durch Verhandeln und Wettbewerb fest. Die notwendige Rückbindung der Hochschulleitung an die Mitglieder der Hochschule will der Wissenschaftsrat mit dem Einsatz der „Governance Modi“ verbessern. Auch wenn diese denkbare Optionen für die Beteiligung der Hochschulmitglieder in die Vorbereitung und Durchführung von Entscheidungen enthalten mögen, können theoretische Führungstechniken ein auf Erfahrung beruhendes situationsgerechtes Handeln nicht ersetzen. Von zentraler Bedeutung sind informelle Informations- und Mitwirkungsprozesse und ein ausgeprägtes Berichtssystem.

Vorzüge und Nachteile einer monokratischen Leitungsverfassung werden in den weiteren Ausführungen zur Funktion von Prorektorinnen / Prorektoren bzw. Vizepräsidentinnen / Vizepräsidenten offengelassen. Der Wissenschaftsrat beschränkt sich auf die Feststellung einer vom jeweiligen Führungsstil abhängigen Bandbreite der Gestaltungsspielräume. Die in der Hochschulpraxis zentrale Frage notwendiger Abgrenzung von Ressortverantwortung und kollegialer Verantwortung in einer kollegialen Leitungsverfassung wird nicht angesprochen.

Die mit dem Amt der Hochschulleitung verbundene Leitungsmacht stellt Anforderungen an besondere soziale Kompetenz, strategische Fähigkeiten, ausgleichende Fähigkeiten und Überzeugungskraft. Der Wissenschaftsrat weist zurecht darauf hin, dass diese Eigenschaften zwar durch Erfahrungen in anderen Funktionen des Wissenschaftsbetriebs erworben werden können, dass es aber angesichts der Fülle der Verantwortlichkeiten einer Personalentwicklung bedarf, die geeignete Persönlichkeiten auf die Übernahme der Leitungsämter vorbereitet. Vorbild dafür ist das anglo-amerikanische Hochschulsystem; inzwischen ist die Rekrutierung von Rektoren und Prorektoren aus erfolgreichen Dekanen oder Leitern größerer Forschungseinrichtungen auch in die deutsche Hochschulpraxis eingegangen.

c) Einen besonderen Schwerpunkt widmet der Wissenschaftsrat der Funktion des Kanzler- bzw. Vizepräsidentenamts für Verwaltung in der Hochschulleitung.

Das Kanzleramt hat im Zuge der zahlreichen Novellierungen der Hochschulgesetze einen erheblichen Funktionswandel erfahren.<sup>34</sup> In keinem Bundesland hat der Kanzler heute noch eine eigenständige Organstellung. Bis auf wenige Bundesländer wurde das Lebenszeitprinzip durch die Rechtsstellung des Beamten auf Zeit abgelöst. Das Bundesverfassungsgericht hält diesen Rechtsstatus nur für verfassungskonform, soweit dem Amtsinhaber eine eigenverantwortliche Stellung in der Hochschulleitung eingeräumt wird und Bestellung und Abberufung durch den Senat vorgesehen ist.

In der monokratischen in Bayern, Berlin und Brandenburg und Rheinland-Pfalz realisierten Präsidialverfassung ist der Kanzler rechtlich dem Verantwortungsbereich des Präsidenten zugeordnet, übt keine eigenständige Leitungsfunktion aus und wird ohne Wahlakt des Senats als Selbstverwaltungsorgan vom Präsidenten bestellt. Soweit die Bundesländer eine kollegiale Leitungsorganisation als Präsidial- oder Rektoratsverfassung vorsehen, behält der Kanzler mit seiner Aufgabe der Leitung der Wirtschafts- und Personalverwaltung bzw. der gesamten Hochschulverwaltung und seiner Einbindung in die kollegialen Entscheidungen in die Leitungsebene eine eigenständige Stellung. Mit dem Funktionswandel des Aufgabenprofils einhergegangen ist auch eine Änderung des Profils der Amtsinhaber. Die Dominanz von Amtsinhabern mit Befähigung zum Richteramt ist durch die Dominanz von Amtsinhabern meist wirtschaftswissenschaftlicher Ausbildung abgelöst worden.

Der Wissenschaftsrat hat bei seinen Empfehlungen die im April 2018 ergangene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zwar in einer Fußnote erwähnt, die daraus durch die Landesgesetzgeber zu ziehenden Konsequenzen nicht berücksichtigt.

Seinen Empfehlungen, die Attraktion und Unabhängigkeit des Amtes durch dessen geeignete Ausgestaltung zu fördern, ist grundsätzlich zuzustimmen. Wesentliche weitere Aspekte der Gestaltung des Amtes bleiben aber ausgeblendet.

Für den Erfolg der Hochschulleitung ist vor allem eine klare Regelung der Kompetenzen und Abstimmung

34 Vgl. dazu K. Anderbrügge, Rückblick: Das Selbstverständnis des Lebenszeitkanzlers, Hochschulmanagement, Heft 4 / 2006, 97; J. Heß, Die Geschichte des Universitätskanzlers im Spannungsfeld

zwischen Staatsaufsicht und Hochschulautonomie, WissR 33 (2000), 332 ff.; G. Sandberger, Der Funktionswandel des Kanzleramtes an Hochschulen, DÖV 2018, 963 m.w.N.

der Aufgaben einer Kanzlerin / eines Kanzlers in der Hochschulleitung mit den Aufgaben den anderen Mitgliedern der Hochschulleitung erforderlich. Dazu gehört auch die Zuständigkeit für die Leitung der Universitätsverwaltung und die Verantwortung für die Umsetzung der Beschlüsse des Rektorats / Präsidiums.

d) Auch auf die im Rahmen der Hochschulrechtsreform erheblich gestärkte Rolle der Dekane wenden die Empfehlungen das Instrument der „Governance-Modi“ an.<sup>35</sup> Die Rolle in denen Dekaninnen und Dekane hauptsächlich agieren, unterscheidet sich je nachdem, ob die Koordination innerhalb der Fakultät oder zwischen Fakultät und anderen Akteuren in der Hochschule im Mittelpunkt steht. Innerhalb der Fakultät bewegen sich Dekaninnen und Dekane im Spannungsfeld zwischen Hierarchie und kollegialer Selbstorganisation. Letztere ist für die Dekaninnen und Dekane von größerer Bedeutung als für die Hochschulleitung, da sie in der Regel den Mitgliedern der Fakultät fachlich und organisatorisch näher stehen und zumeist selbst in Forschung und Lehre tätig sind. Zwischen den Fakultäten bzw. mit der Hochschulleitung stimmen sich Dekaninnen und Dekane hauptsächlich in den Modi Verhandlung und kollegiale Selbstorganisation ab.

Das Dekansamt stellt vor allem aufgrund des Zuwachses an Kompetenzen gegenüber der früheren Rolle als Primus Inter Pares und kurzen Amtszeiten je nach Größe der Fakultät höhere zeitliche und professionelle Anforderungen, für die der Wissenschaftsrat mindestens eine Reduktion von Pflichten, soweit geboten auch Hauptamtlichkeit und eine adäquate personelle Unterstützung fordert. Dies entspricht inzwischen weitgehend der Hochschulwirklichkeit. Gleiches gilt für den Vorschlag eines regelmäßigen fakultätsübergreifenden Erfahrungsaustausch.

e) Die Kompetenzen des Senates als obersten Selbstverwaltungsorgan sind im Rahmen der Hochschulreform in den Bundesländern in unterschiedlichem Maße zugunsten der Hochschulleitung und des Hochschulrates beschnitten worden. Dies betrifft vor allem die Auffangzuständigkeit und Zuständigkeiten im Bereich der Entwicklungs-, Bau- und Haushaltsplanung sowie der Mitwirkung an der Ressourcenverteilung. Als genuine Zuständigkeiten sind Satzungsangelegenheiten und Angelegenheiten im Kernbereich von Forschung und Lehre verblieben. Bei der Vorbereitung und Durchfüh-

rung der Wahl- und Abwahl der Hochschulleitung ist ein unterschiedlich gestaltetes Zusammenwirken mit dem Hochschulrat vorgesehen. Dabei ist nicht in allen Bundesländern das Letztentscheidungsrecht des Senates gewährleistet.

Auch die Zusammensetzung des Senats variiert in den einzelnen Bundesländern erheblich. Nur in wenigen Bundesländern sind die Dekane als stimmberechtigte oder nicht stimmberechtigte Amtsmitglieder vertreten. Gegenüber den anderen Statusgruppen haben die Wahlmitglieder der Hochschullehrerschaft in der Regel nur eine Mehrheit von einer Stimme, sodass sie bei nicht einheitlicher Stimmabgabe überstimmt werden können.

Der Wissenschaftsrat erwähnt in seinen Empfehlungen zwar den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur Leitungsorganisation der MHH Hannover, der diese Reduktion des Hochschullehrereinflusses auf die Entscheidungen in wissenschaftsrelevanten Angelegenheiten für verfassungswidrig erklärt und eine Rückübertragung von Entscheidungskompetenzen auf den Senat oder neben dem entscheidenden Einfluss auf die Wahl der Hochschulleitung auch die Möglichkeit ihrer Abwahl gefordert hat,<sup>36</sup> zieht daraus aber keine Konsequenzen. Soweit nicht bereits geschehen, besteht hier entsprechender Anpassungsbedarf.<sup>37</sup>

Die Forderung an die gewählten Mitglieder des Senats, Partikularinteressen zugunsten des Gemeinwohls der Hochschule zurückzustellen, ist berechtigt, aber im Konfliktfall wirkungslos.<sup>38</sup>

Neben den gesetzlichen Verfahrensregelungen über Abstimmungs- und Mitwirkungsprozesse zwischen den zentralen Organen der Hochschule kommt dagegen dem Informationsrecht des Senats und der Informationspflicht der Hochschulleitung in allen Angelegenheiten der Hochschule ein großes Gewicht zu.<sup>39</sup> Diese ist im Regelfall gewährleistet, wenn die Leiterin oder der Leiter der Hochschule den Vorsitz im Senat innehat oder das Rektorat / Präsidium dem Senat als Amtsmitglieder angehört.

f) In der Hochschulorganisation ist die Fakultät die organisatorische Grundeinheit, in der die Kernaufgaben von Forschung und Lehre wahrgenommen werden.

Die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Fakultätsleitung und Fakultätsrat berührt deshalb den Wirkbereich der Wissenschaftsfreiheit in besonderer Weise.

Die im neuen Leitungsmodell spiegelbildlich zur Leitungsorganisation der Zentralen Ebene erfolgte Vertei-

35 Empfehlungen, Rn. 73 und 74.

36 BVerfGE 136, 338 ff.

37 Vgl. dazu H. Goerlich und G. Sandberger, Zurück zur Professoren-Universität? – Neue Leitungsstrukturen

auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, DVBl. 2017, 667 ff. unter V.

38 Empfehlungen, Rn. 77.

39 Empfehlungen, Rn. 77.

lung von Zuständigkeiten zwischen der Fakultätsleitung (Dekan, Dekanat) und Fakultätsrat stand im Verfassungsverfahren gegen die Regelungen des Hamburgischen Hochschulgesetzes schon vor der Leitungsorganisation auf zentraler Ebene auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand. Das Bundesverfassungsgericht hat schon im sog. Hamburger Dekanatsbeschluss die zentralen Kriterien und Weichen gestellt und in der Gesamtschau des Kompetenzgefüges Teile dieser Leitungsorganisation für verfassungswidrig erklärt.<sup>40</sup>

Beanstandet wurde, dass dem Fakultätsrat als dem Organ der Träger der Wissenschaftsfreiheit neben dem Satzungsrecht kaum substantielle Entscheidungskompetenzen verbleiben.<sup>41</sup> Genannt werden zu geringe Einflussmöglichkeiten auf Berufungen, Struktur- und Entwicklungsplanung, Einrichtung, Aufhebung und Änderung von Studiengängen und Organisationsentscheidungen. Dem weitreichenden, durch die Auffang- und Allzuständigkeit noch verstärkten Steuerungsmöglichkeiten stünden keine hinreichenden Kontroll- und Informationsmöglichkeiten des Fakultätsrats gegenüber. Zudem war das Wahl- und Abwahlverfahren durch das Vorschlagsrecht des Präsidiums der Hochschule eingeschränkt und damit der zur Kompensation des Kompetenzzuwachses des Dekanats erforderliche letztentscheidende Einfluss des Fakultätsrates und der Mehrheit der Hochschullehrerschaft nicht gewährleistet.

Leider fehlt in den Ausführungen des Wissenschaftsrates zu den Fakultätsräten jeder Bezug zu dieser Entscheidung. Sie beschränken sich auf allgemeine Ausführungen zur Bedeutung der Fakultätsräte als Koordinationsorgan für Aufgaben, die in den Instituten und Abteilungen anfallen, zur Verantwortung für die Studienorganisation, für Studiengänge und deren Qualitätssicherung und zur Schnittstellenfunktion zwischen der Tätigkeit der einzelnen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler.<sup>42</sup>

g) Von grundlegender Bedeutung für eine gute Führung ist die Interaktion zwischen Hochschulleitung, Senat und den Fakultäten. Ihre Gestaltung ist maßgeblich von den jeweiligen Aufgaben der Hochschule in Forschung, Lehre, Dienstleistung, Verwaltung und Außenbeziehungen abhängig. Bestimmende Faktoren sind auch Größe und fachliche Vielfalt der Hochschule und ihrer Untergliederungen.

Die Empfehlungen des Wissenschaftsrates beschränken sich auf allgemeine Feststellungen zu nach Größe

der Hochschule variierenden Interdependenzen zwischen Hochschulleitung, Senat und Fakultäten als den wichtigsten Akteuren für die Governance der Hochschule. Senat und Fakultäten werden als Gegengewicht der Hochschule bezeichnet. Dem Senat soll dabei gegenüber der Hochschulleitung eine eher kontrollierende Rolle zukommen, während die Fakultäten, insbesondere die Dekaninnen und Dekane die zwischen zentraler und dezentraler Ebene erforderliche Koordination mit der Hochschulleitung im „Verhandlungsmodus“ erfüllen.<sup>43</sup>

Daraus ergibt sich nach Ansicht des Wissenschaftsrates zum einen eine Trennung der Zuständigkeiten von Fakultäten und Senat und der Verzicht auf eine Amtsmitgliedschaft der Dekane im Senat, zum anderen die Notwendigkeit einer Unterstützung der Dekane durch die Fakultätsräte bei Wahrnehmung ihrer strategischen Aufgaben gegenüber der Hochschulleitung.<sup>44</sup>

Diese Konzeption ist von den gleichen mechanistischen Vorstellungen getragen, die die Empfehlungen als Führungsgrundsätze für alle Ebenen der Hochschulorganisation entwickelt haben. Sie ist nur schwer mit der Hochschulwirklichkeit, der Hochschultradition und den Notwendigkeiten der von Aufgaben der Hochschulen bestimmten Gestaltung der Hochschulprozesse in Einklang zu bringen. Ziel einer Hochschulgovernance sollte nicht primär der Aufbau eines Systems von „Checks und Balances“, sondern eine arbeitsteilige Organisation sein, in der unter Wahrung der individuellen Wissenschaftsfreiheit und des Grundsatzes von Fachkompetenz und Fachnähe die Hochschulaufgaben auf der dafür geeigneten Ebene der Hochschule erfüllt werden. Dies bedeutet im Grundsatz vor allem bei größeren Hochschulen eine dezentrale Organisation. So ist es in den meisten Hochschulgesetzen für die Organisationseinheiten festgeschrieben.<sup>45</sup> Soweit die Hochschulaufgaben wie im Bereich der strategischen Ausrichtung der Hochschule, insbesondere der Struktur- und Entwicklungsplanung, Bildung von Forschungsschwerpunkten oder fakultätsübergreifenden Studiengängen der Koordination bedürfen, ist diese in einem sorgfältig organisierten und moderierten Abstimmungsprozess von der dezentralen zur zentralen Ebene zu bewirken.

Ansätze dazu finden sich in den meisten Hochschulgesetzen in Vorschriften, die das für diesen Prozess notwendige Zusammenwirken und die Informationspflichten und Informationsrechte zwischen dezentraler Ebene und zentraler Ebene, Kollegialorganen und Leitungsorganen regeln. Ihnen kommt auch für die Verfassungs-

40 BVerfGE 127, 87 f, Rn. 88 ff.

41 BVerfGE 127, 87 f, insbesondere Rn. 117 ff.

42 Vgl. Empfehlungen, Rn. 77, 78.

43 Empfehlungen, Rn. 79 ff.

44 Empfehlungen, Rn. 80.

45 Vgl. z.B. §§ 15 Abs.3, 22 LHG BW.

konformität der Zuständigkeiten und Abstimmungsprozesse zentrale Bedeutung zu. Sie können unter Beachtung der Grundsätze des Bundesverfassungsgerichts durch die Grundordnung oder Geschäftsordnung ergänzt werden, um ihnen die notwendige Wirksamkeit zu verleihen.

h) Die Analyse der Aufgaben der Hochschulräte zeigt zutreffend Unklarheiten in der Ausgestaltung ihrer Funktion auf.<sup>46</sup> Hochschulräte sollen zum einen Aufsichtsfunktionen über die Hochschulleitung wahrnehmen und die Reduzierung der staatlichen Aufsicht kompensieren. Daneben sollen sie die Verbindung zwischen Hochschulen, Gesellschaft und Wirtschaft stärken. Zugleich werden den Hochschulräten neben Beratungsaufgaben auch Mitentscheidungskompetenzen bei der Struktur- und Entwicklungsplanung, der Aufstellung und dem Vollzug der Wirtschaftspläne, Organisationsentscheidungen eingeräumt. Schließlich wird ihnen die Mitentscheidung bei der Wahl- und Abwahl übertragen.

Diese Vielfalt von Funktionen spiegelt sich auch in der Zusammensetzung und dem Bestellverfahren der Hochschulräte wieder. Neben ausschließlich extern mit Repräsentanten aus Gesellschaft, Wirtschaft und Wissenschaft besetzten Hochschulräten sehen andere Hochschulgesetze eine Mischung von externer Besetzung und Besetzung mit Mitgliedern der Hochschule und die beratende Beteiligung des Wissenschaftsministeriums durch Minister oder leitende Mitarbeiter vor.

Die Rechtsstellung als Hochschulorgan erfordert die Legitimation durch einen Wahlakt des Senats. Mit der Ersetzung der externen Aufsicht der Ministerien durch die den Hochschulräten übertragene interne Aufsicht der Hochschulleitung wird die Mitwirkung des Ministeriums bei der Vorbereitung der Wahl und Zuständigkeit für die Ernennung nach vollzogenem Wahl begründet.

Die Vielzahl der Funktionen der Hochschulräte führt nicht nur zu unklaren Schnittstellen zu den Kompetenzen des Senats sondern auch Rollenkonflikten, die sich nur schwer auflösen lassen.<sup>47</sup>

Der Wissenschaftsrat betont zu Recht, dass die staatliche Aufsicht allenfalls im Bereich der der Fachaufsicht zugehörenden sog. staatlichen Angelegenheiten der Wirtschafts- und Personalverwaltung, nicht aber im Bereich der Rechtsaufsicht ersetzt werden kann. Soweit dem Hochschulrat neben beratenden Aufgaben Ent-

scheidungskompetenzen eingeräumt werden, fordert der Wissenschaftsrat zu Recht eine Vertretung von Mitgliedern der Hochschule im Hochschulrat.<sup>48</sup>

Unerwähnt bleiben die Fragen der Verfassungskonformität von Funktionen, Zusammensetzung und Wahlverfahren der Hochschulräte. Das Bundesverfassungsgericht war mit dieser Frage bisher nur für die hochschulübergreifend eingerichteten Landeshochschulräte nach brandenburgischem Hochschulrecht konfrontiert, insofern wurde die Verfassungsbeschwerde aber wegen fehlender Beschwer als unzulässig verworfen.<sup>49</sup>

Der Bayrische Verfassungsgerichtshof sah den Hochschulrat nach bayrischem Hochschulrecht aufgrund seiner paritätischen Besetzung mit externen und internen Mitgliedern und seiner Bestellung durch den mehrheitlich mit Hochschullehrern besetzten Senat als verfassungskonform an.<sup>50</sup> Demgegenüber hat der Verfassungsgerichtshof des Landes Baden-Württemberg in einem ausführlichen obiter dictum in einer Gesamtschau der Leitungsorganisation sowohl die fehlende Legitimation der Bestellung des Hochschulrats durch eine Hochschullehrermehrheit im Senat als auch die Letztentscheidungskompetenz des Hochschulrats über die Struktur- und Entwicklungsplanung und die Grundsätze der Mittelverteilung beanstandet.<sup>51</sup>

Wegen des auf das Wahl- und Abwahlverfahrens der Hochschulleitung beschränkten Tenors des Urteils und der Verfristung möglicher Verfassungsbeschwerden hat der Gesetzgeber mit Ausnahme der Neuregelung des Wahl- und Abwahlverfahrens daraus aber bisher keine Konsequenzen gezogen.

Hochschulräte sind dennoch gut beraten, sich bei Entscheidungen, die ein Zusammenwirken mit dem Senat erfordern, ernsthaft um ein Einvernehmen zu bemühen und sich über ein Votum des Senats nur in besonders begründeten Fällen hinwegzusetzen.<sup>52</sup>

i) Breiteren Raum widmen die Empfehlungen schließlich dem Thema Verwaltung und Wissenschaftsmanagement. Ihre Funktionsbeschreibung ist stark auf die administrative Unterstützung der Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler fokussiert.<sup>53</sup> Das ist als Ziel einer Hochschulverwaltung zutreffend, soweit damit die Kernaufgabe der Hochschule angesprochen ist, ist aber als Aufgabenbeschreibung der Hochschulverwaltung unzureichend. Kern der klassischen Hochschulverwaltung war

46 Empfehlungen, Rn. 80 ff.

47 Dazu Empfehlungen, Rn. 81.

48 Empfehlungen, Rn. 81.

49 BVerfGE 111, 333 ff. A I, B I.

50 Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs v. 7. Mai 2008, - Vf. 19-VII-06, unter V 1.

51 VerfGH BW, Urteil v. 16.11.2016, 1 VB 16/15-juris= VBIBW 2017, 61-69, Rn. 141ff.

52 Vgl. G. Sandberger, Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg, Kommentar, 2. Aufl. 2015, § 20 LHG, Rn. 6.

53 Empfehlungen, Rn. 83, 84.

die Wirtschafts- und Personalverwaltung, d.h. die Vorbereitung und vor allem der Vollzug des Haushalts, die Bearbeitung der Personalangelegenheiten und Verwaltung der Liegenschaften. Neben dieser hatte die akademische Verwaltung die Aufgabe der Vorbereitung und Umsetzung der Entscheidungen der Leitungsorgane und Gremien und das Immatrikulationswesen. Durch das HRG wurden die beiden Verwaltungszweige zur Einheitsverwaltung zusammengefasst. Auf Fakultätsebene war und ist die Aufgabe der Fakultätsverwaltung die Unterstützung des Dekans und Fakultätsrats, die Vorbereitung und Umsetzung der Vorlesungspläne und die Betreuung der Prüfungsorganisation. Die gesetzliche Aufgabenbeschreibung der Hochschulverwaltung bildet die mit den Aufgaben der Hochschule und ihrer Fakultäten gewachsenen Aufgaben meist nur unzulänglich ab.<sup>54</sup> Maßgeblich ist ein an den Aufgaben der Hochschule und ihren Untergliederungen ausgerichtetes funktionales Verständnis. Neben die regelgebundene Vollzugsverwaltung und die Durchführung von Leitungsentscheidungen tritt in wachsendem Maße die initiiierende Anregung, Vorbereitung und Unterstützung von Planungsaufgaben, damit verbunden die Pflege und Auswertung eines Berichtssystems, Qualitätssicherung, des Weiteren Beratungs- und andere Dienstleistungsaufgaben im Bereich von Forschung und Lehre wie Drittmittelverwaltung, Technologietransfer, Weiterbildung, Studienberatung, Zulassungs- und Prüfungsangelegenheiten, und die Planung und Unterhaltung der baulichen, betriebstechnischen und informationstechnischen Einrichtungen.

Im Verhältnis zu den Organen und Gremien der Universität hat die Hochschulverwaltung vollziehende, unterstützende und dienstleistende Funktion. Sie ist dabei an die für die jeweiligen Aufgaben geltenden Regeln gebunden. Eine gut geführte Hochschulverwaltung sieht es als ihre Aufgabe an, den Inhalt dieser Regelungen verständlich zu vermitteln, Entscheidungsspielräume wissenschaftsfreundlich auszuschöpfen und getroffene Entscheidungen transparent zu begründen.

Eine gute Zusammenarbeit zwischen Wissenschaft und Verwaltung setzt wechselseitiges Vertrauen, Verständnis und Interesse für die jeweiligen Aufgaben, vor allem auch wechselseitigen Respekt voraus.

Mit der Erweiterung der Aufgaben der Hochschulverwaltung ändert sich auch das Ausbildungsprofil der verschiedenen Verwaltungsbereiche. Im klassischen Bereich der Hochschulverwaltung ist nach wie vor eine juristische Ausbildung, für den Finanzbereich auch eine wirtschaftswissenschaftliche Ausbildung oder eine Ausbildung für den Verwaltungsdienst erforderlich.

Hinter der vom Wissenschaftsrat angesprochenen Personalgruppe des Wissenschaftsmanagements<sup>55</sup> verbirgt sich ein konkretisierungsbedürftiges Aufgabenprofil und Ausbildungsprofil. Zutreffend ist, dass vor allem die strategischen Aufgaben der Hochschule, die Beratungs- und Dienstleistungsaufgaben an der Schnittstelle und zur Unterstützung Leitungsaufgaben und des Wissenschaftsbetriebs eine akademische Ausbildung und zusätzlicher Qualifizierung für diese Tätigkeiten erfordern. Diese Zusatzqualifikationen können inzwischen auch in besonderen Studiengängen erworben werden.<sup>56</sup>

Spiegelbildlich sind solche Zusatzqualifikationen auch für das wissenschaftliche Personal erforderlich, das in wissenschaftlichen Einrichtungen, Forschergruppen, Sonderforschungsbereichen oder anderen Forschungsverbänden tätig ist.

Um die Gewinnung entsprechend ausgebildeter oder auszubildender Persönlichkeiten zu unterstützen, sollte an den Hochschulen eine professionelle Personalentwicklung eingerichtet werden.

#### 4. Träger und Förderer

Unter diesem Titel wenden sich die Empfehlungen an die Länder als Träger der Hochschulen und an die Anbieter von Förderprogrammen. Angesprochen ist das Verhältnis von Hochschule und Staat, der Dualismus der Rechtsform der Hochschulen als mitgliedschaftlich verfasste „rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts und zugleich staatliche Einrichtungen“ (§ 58 Abs.1 HRG).<sup>57</sup> Mit seinem Appell, „durch Hochschulgesetze den Hochschulen einen Rahmen zu geben, der sowohl die Leistungserbringung ermöglicht als auch die Wissenschaftsfreiheit strukturell absichert“, knüpft er an die auf Art. 5 Abs. 3 GG gestützte, in allen Entscheidungen zum Hochschulrecht wiederkehrende Formel des Bundesverfassungsgerichts an: „Der Staat muss danach für funktionsfähige Institutionen eines freien universitären Wissenschafts-

54 Vgl. z.B. § 25 HG NRW: „(1) Die Hochschulverwaltung sorgt für die Erfüllung der Aufgaben der Hochschule in Planung, Verwaltung und Rechtsangelegenheiten. Dabei hat sie auf eine wirtschaftliche Verwendung der Haushaltsmittel und auf eine wirtschaftliche Nutzung der Hochschuleinrichtungen hinzuwirken. Auch die Verwaltungsangelegenheiten der Organe und Gremien der

Hochschule werden ausschließlich durch die Hochschulverwaltung wahrgenommen. Sie unterstützt insbesondere die Mitglieder des Rektorats sowie die Dekaninnen und Dekane bei ihren Aufgaben.“

55 Empfehlungen, Rn. 85.

56 Z. B. das Masterstudium Wissenschaftsmanagement an der Universität Speyer.

betriebs sorgen und durch geeignete organisatorische Maßnahmen sicherstellen, dass das individuelle Grundrecht der freien wissenschaftlichen Betätigung soweit unangetastet bleibt, wie das unter Berücksichtigung der anderen legitimen Aufgaben der Wissenschaftseinrichtungen und der Grundrechte der verschiedenen Beteiligten möglich ist.<sup>57</sup>

An der Spitze steht die Empfehlung an die Länder, „dass sie auch unter Wahrung ihres Verfassungsauftrags, wissenschaftsadäquate rechtliche Rahmenbedingungen zur Verfügung zu stellen – die Ausgestaltung der Governance-Strukturen und -Prozesse in gewissen Grenzen den Hochschulen selbst überlassen sollten.“ Damit verbunden wird vorgeschlagen „Aufgrund des grundsätzlich bestehenden Regelungsbedarfs hält der Wissenschaftsrat es für sinnvoll, wenn die Länder beispielsweise über Experimentierklauseln Spielräume schaffen, die die Hochschulen zur weiteren Ausgestaltung ihrer Governance nutzen können, oder konkret zulässige Ausnahmen von den allgemeinen Regelungen formulieren.“

Als Gegenstand gesetzlicher Gestaltungsnotwendigkeiten wird die Förderung der Autonomie, in den Dimensionen akademische Autonomie, Personalautonomie, Organisationsautonomie und finanzielle Autonomie genannt.

Dabei bleibt der Begriff der Autonomie undefiniert. Akademische Autonomie soll neben der Gewährleistung der Wissenschaftsfreiheit vor allem im Zusammenwirken der Hochschulen und bei Verhandlungen mit dem Land über Zielvereinbarungen und die Abstimmung der Struktur- und Entwicklungsplanung zum Tragen kommen und mit wettbewerblichen Strukturen gefördert werden

Unter Personalautonomie versteht der Wissenschaftsrat vor allem die Personalauswahl und die freie Gestaltung der Berufungsverfahren.

Unter dem Titel der Organisationsautonomie werden Aspekte der Gestaltung der Governancestruktur, die Kont-

roll- und Abwahlrechte, die Gestaltung der Aufbauorganisation, die Verantwortung von Bau- und Liegenschaften und das Verhältnis von Gesetz und Grundordnung angesprochen.

Die Finanzautonomie soll durch ein Globalbudget und eine gesicherte Grundausrüstung gestärkt werden, die es ihnen erlaubt, ihre Aufgaben auf hohem Niveau zu erfüllen. Wettbewerbliche Finanzierungsinstrumente sollten wohl überlegt und auf ihre Auswirkungen für die strategische und strukturelle Ausrichtung der Hochschule bedacht werden.

Diese Empfehlungen enthalten wichtige Aspekte des Verhältnisses und Zusammenwirkens der Hochschulen mit dem Staat, lassen aber den Rechtsstatus der Hochschulen als rechtsfähige Körperschaften und staatliche Einrichtungen, das daraus folgende Spannungsverhältnis und die Grenzen der Selbstverwaltungsgarantie bewusst offen.

Zu bedauern ist jedoch, dass der Wissenschaftsrat die bereits in nahezu allen Bundesländern realisierten Veränderungen: Weitgehend auf eine Rechtsaufsicht reduzierte Staatsaufsicht,<sup>58</sup> Übertragung der Diensterreignis bzw. dienstrechtlicher Befugnisse auf die Hochschulen, Einführung von Globalbudgets, wissenschaftskonforme Ausgestaltung der Struktur- und Entwicklungsplanung und Zielvereinbarungen in einem bottom-up Prozess, sowie die Übertragung der Bauherreignis unerwähnt lässt.<sup>60</sup>

Demgegenüber wären Empfehlungen zur Reduzierung der nach wie vor bestehenden Regelungsdichte in den Hochschulgesetzen, insbesondere die Eröffnung von Freiräumen für die Gestaltung der Hochschulorganisation auf der dezentralen Ebene hilfreich gewesen.

Die vom Wissenschaftsrat vorgeschlagenen, in vielen Bundesländern realisierten Experimentierklauseln sind dafür nur hilfreich, wenn die Organisationsänderungen nach Bewährung in eine endgültige Struktur überführt werden können.

57 § 8 Abs. 1 S. 1 BWLHG, § 2 Abs. 1 S. 1 BerlHG, § 5 Abs. 1 S. 1 BbgHG, § 2 Abs. 1 S. 1 BremHG, § 2 § 1 Abs. 1 HessHG (mit Ausnahmen für die Goethe-Universität Frankfurt und die TU Darmstadt), § 2 Abs. 1 S. 1 MVLHG, § 6 Abs. 1 S. 1 RhPfHochSchG, § 2 Abs. 1 S. 1 SHSG, § 2 Abs. 1 ThürHG. Auf die zusätzliche Einordnung als staatliche Einrichtung verzichten (abgesehen von Abs. 1) § 2 Abs. 1 S. 1 HmbHG, § 2 Abs. 1 SächsHSFG, § 54 S. 2 HSG LSA und § 2 Abs. 1 S. 2 SchlHHSG (mit Ausnahme für die Stiftungsuniversität zu Lübeck); die von diesen Gesetzen geregelten Hochschulen sind „reine“ Körperschaften des öffentlichen Rechts. Ebenso verhält es sich in Niedersachsen nach § 15 S. 1 NHG.). Dazu von Coelln in: BeckOK Hochschulrecht Nordrhein-Westfalen, von Coelln/Schemmer, 10. Edition § 2 HG, Rn.14-20 m.w.N. Stand: 01.02.2019; M.E. Geis, Autonomie der Universitäten in: D. Mertens/ H.J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. 4, Heidelberg 2011, § 100; ders. in Geis (Hrsg.) Das Hochschulrecht des Bundes und der Länder, § 58 HRG, Rn.10-26; W.

Kahl, Hochschule und Staat, Tübingen, 2004; D. Krausnick, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, Tübingen 2012, S. 333 ff., 444 ff.

58 BVerfGE 136, 338 ff.Rn.55, 127, 87 ff., Rn. 88.

59 Vgl. insbes. §§ 76, 76 a HG NRW ferner: §§ 67 f. BWLHG, Art. 74 f. BayHSchG, § 89 BerlHG, § 5 V, VI BbgHG, § 111 BremHG, §§ 107, 6 Abs. 4 HmbHG, § 10 HessHG, § 14 MVLHG, § 51 NHG, §§ 105 ff. RhPfHochSchG, §§ 85 f. SHSG, §§ 6 f. SächsHSFG, § 57 Abs. 5-7 HSG LSA, § 6 Abs. 1 SchlHHSG (ohne Regelung der Aufsichtsmittel), § 17 ThürHG.

60 Vgl. dazu zusammenfassend G. Sandberger, Die Neuordnung der Leitungsorganisation der Hochschulen durch die Hochschulrechtsnovellen der Länder, WissR 44 (2011), 118 ff.; P. M. Lynen, Typisierung von Hochschulen. Statusfragen, Hochschulorganisation und Hochschulmanagement in: Hartmer/Detmer (Hrsg.) Hochschulrecht, Praxis-Handbuch, 3. Aufl. 2017, Rn. 45 ff.

#### IV. Abschließende Bewertung

Die Empfehlungen zur Hochschulgovernance verdienen schon wegen des Einflusses des Wissenschaftsrates auf die Hochschulentwicklung Beachtung.

Gegenüber früheren Empfehlungen neu ist eine starke organisationstheoretische Ausrichtung in weiten Teilen. Dies gilt vor allem für die als Bewertungsmaßstäbe und Handlungsempfehlungen eingesetzten „Governance-Kriterien“ und „Governance- Modi“. Ihre Plausibilität und Eignung, vor allem die dafür entworfene Handlungsmatrix, sind auch nach ihrer Anwendung im Empfehlungsteil zu hinterfragen. Der weitere Diskurs und die praktische Umsetzung der Empfehlungen wird dies erweisen.

Der Begriff der Hochschulgovernance ist ein Rekurs auf den Einsatz des Governancebegriff im Bereich der Unternehmen, Regierung und öffentlichen Verwaltung. Erst durch den Vergleich damit ergibt sich, dass es bei Hochschulgovernance um den rechtlichen und faktischen Ordnungsrahmen sowie um Standards guter und verantwortungsvoller Führung von Hochschulen bei Wahrnehmung der durch Gesetz und Grundordnung der Hochschulen festgelegten Kompetenzen gehen soll.

Der Wissenschaftsrat setzt mit der Verwendung des Begriffes Hochschulgovernance einen bewussten Gegensatz zu den vom Konzept des „New Public Management“ beeinflussten Reformen der Leitungsstrukturen durch die derzeit geltenden Hochschulgesetze.

Sein Ziel ist es aber nicht, den derzeitigen Leitungsmodellen ein neues Leitungsmodell gegenüberzustellen, sondern für die Akteure der Hochschulen Kriterien und Handlungsoptionen zur Wahrnehmung und Überprüfung ihrer Aufgaben in der Binnenorganisation und im Verhältnis zu den staatlichen Trägern zu entwickeln.

Dem Verzicht auf ein einheitliches Leitungsmodell ist schon im Hinblick auf die Diversität der Hochschularten, ihrer Aufgaben, Größe und daraus folgender Organisation zuzustimmen.

Die Gesamtbeurteilung der unter dem Stichwort Rollen, Ämter und Gremien: Mitwirkung und Zusammenarbeit behandelten derzeitigen Leitungsstrukturen, das Verhältnis von Hochschulleitung und kollegialen Selbstverwaltungsaufgaben fällt gemischt aus.

Zu Recht betont der Wissenschaftsrat, dass die Handlungs- und Strategiefähigkeit der Hochschulen durch die Stärkung

der Hochschul- und Fakultätsleitungen verbessert wurde. Der Gewinn an Handlungsautonomie hat aber gravierende Nebenwirkungen durch den Kompetenzverlust der Selbstverwaltungsgremien und der in diesen vertretenen Gruppen, insbesondere der Fachkompetenz der Hochschullehrerschaft. Ob der dafür empfohlene Einsatz der Governance Modi geeignet ist, diese Defizite zu beheben, ist zweifelhaft. Zutreffend ist, dass neben der Sicherung des Einflusses der Hochschullehrer in den Organen und Gremien der Gestaltung der Ablaufprozesse für die zu treffenden Entscheidungen in wissenschaftsrelevanten Fragen entscheidende Bedeutung zukommt.

Leider ist der Wissenschaftsrat in seinen Empfehlungen auf die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und der Verfassungsgerichtshöfe der Länder zur Leitungsorganisation in einigen Bundesländern nur am Rande eingegangen.

Diese Entscheidungen enthalten mit ihrem Ansatz der Gesamtwürdigung der Kompetenzen und Ablaufprozesse für die Urteilsfindung über die vom Gesetzgeber zu garantierende wissenschaftsadäquate Hochschulorganisation wertvolle Einsichten über das Zusammenwirken von Leitungs- und Kollegialorganen und der dabei zu beachtenden Mitbestimmungs-, Mitwirkungs- und Informationsprozesse. Sie beanspruchen vor allem deshalb Geltung, weil sie den rechtlichen Rahmen für die Handlungsspielräume bei der Gestaltung der Entscheidungsprozesse bestimmen.

Die Einzelanalysen der Entscheidungsstrukturen und die daraus abgeleiteten Handlungsempfehlungen enthalten viele bedenkenswerte Vorschläge, aber auch zu hinterfragende Feststellungen und lassen zahlreiche Fragen offen.

Die der Beziehung zwischen Hochschule und ihren Trägern gewidmeten Empfehlungen benennen zwar wichtige Aspekte für deren Ausgestaltung. Zu bedauern ist aber, dass dabei die in allen Bundesländern realisierte Neugestaltung des Verhältnisses von Hochschule und Staat weitgehend ausgeblendet wurde.

Erst der Praxistest lässt ein abschließendes Urteil über die Erfolgchancen der Empfehlungen zu.

In jedem Fall könnten sie als Anregung an die Hochschulen verstanden werden, ihren Leitbildern einen Verhaltenskodex anzufügen, der Standards für eine gute Führung enthält.

Der Autor war von 1979 bis 2003 Kanzler der Eberhard Karls Universität Tübingen und ist Honorarprofessor an deren Juristischer Fakultät.

# Liudvika Leišytė

## Der Wandel universitärer Entscheidungsstrukturen in den USA

### Übersicht

I. Die Steuerung US-amerikanischer Universitäten durch Staat und Markt

II. Interne Steuerung und Verwaltung von US-amerikanischen Universitäten

III. Wesentliche Veränderungen in der internen Hochschulsteuerung

1. Entwicklung der Hochschulverwaltung

2. Geringerer Einfluss der akademischen Senate

3. Dezentrale Abteilungen

IV. Implikationen für die akademische Arbeit

V. Schlussfolgerung

Wissen nimmt eine immer zentralere Bedeutung in unserer Gesellschaft ein und die Produktion, Diffusion und Kommerzialisierung von Wissen sind von entscheidender Wichtigkeit für das gesellschaftliche Wohlergehen.<sup>1</sup> So hat *Kerr* bereits im Jahre 1963 festgestellt<sup>2</sup>, dass die Gewinnung neuen Wissens essentiell für wirtschaftliches Wachstum und gesellschaftliche Entwicklungen ist. Universitäten haben sich laut *Kerr* dementsprechend in der Wissensgesellschaft von Orten der „platitudes and nostalgic glances backward“, d.h. der Plattitüden und nostalgischen Blicke in die Vergangenheit, zu zukunftsorientierten Akteuren entwickelt, welche ihre Rolle in der heutigen Gesellschaft neu definieren müssen.

Unter Schlagworten wie Forschungsexzellenz, Relevanz und Innovation hat die US-amerikanische Regierung in den vergangenen Jahrzehnten zunehmend solche Wissenschaftsbereiche priorisiert, die das Potenzial haben, die Nationalwirtschaft zu stärken. Zwar wurde US-amerikanischen Universitäten in den vergangenen Jahren eine zunehmende Autonomie gewährt, gleichzeitig ist aber zu beobachten, dass Universitäten im Zuge

von Mittelkürzungen in angespannten wirtschaftlichen Situationen sowie wachsenden gesellschaftlichen Anforderungen die Wissensproduktion zunehmend steuern und versuchen, sie zu überwachen, zu bewerten und zu optimieren. Zudem besteht eine zunehmende Rechenschaftspflicht gegenüber den Geldgebern sowie einer Vielzahl von Interessengruppen.

Laut *Murray Leaf*, einem amerikanischen Sozial- und Kulturanthropologen, ist der Kerngedanke, dass die Universitäten als organisatorische Akteure mitsamt ihrer Vorstands- und Verwaltungsorgane der Idee einer Gemeinschaft Hochschullehrender und Studierender untergeordnet sein sollen, während diese wiederum den akademischen Werten untergeordnet ist.<sup>3</sup> *Leaf* argumentiert in seinem Werk „An Anthropology of Academic Governance and Institutional Democracy“, dass die Handlungskraft einer Universität maßgeblich darauf basiert, wie eindeutig diese Voraussetzung verstanden wird und wie ernst sie genommen wird. In den USA haben jedoch Veränderungen in der internen Steuerung und Verwaltung von Universitäten dazu geführt, dass der Einfluss von Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern auf interne Abläufe und die strategische Ausrichtung von Universitäten mit der Zeit verringert wurde, was Spannungen in der akademischen Autonomie erzeugt.<sup>4</sup>

### I. Die Steuerung US-amerikanischer Universitäten durch Staat und Markt

Forschungsuniversitäten in den Vereinigten Staaten haben seit den frühen 1980er Jahren einen langsamen, aber tiefgehenden Wandel erfahren. Dieser Wandel wur-

1 Der vorliegende Beitrag basiert auf einem Vortrag der Verfasserin auf der Konferenz „Hochschulsteuerung und Wissenschaftsfreiheit“ des Vereins zur Förderung des deutschen & internationalen Wissenschaftsrechts: *Leisyte*: Strukturveränderungen im US-amerikanischen Hochschulsystem, 11.10.2018; einige Abschnitte beruhen auf einer Publikation der Verfasserin: *Leisyte*: Steuerung und Organisation öffentlicher Hochschulen in den USA (Analysen und Argumente; Nr. 287). Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2017.

2 *Kerr*: The uses of the university. Cambridge: Harvard University Press, 1963, S. XIII.

3 *Leaf*: An anthropology of academic governance and institutional democracy: The community of scholars in America. Cham: Palgrave Macmillan, 2018, S. 44.

4 *Leisyte/Dee*: Understanding academic work in a changing institutional environment: Faculty autonomy, productivity and identity in Europe and the United States, in: *Smart/Paulsen* (Hrsg.), Higher education: Handbook of theory and research 27. Dordrecht: Springer, 2012, S. 123–206.

de vor allem durch Veränderungen im institutionellen Umfeld der Universitäten vorangetrieben.<sup>5</sup>

In den USA ist ein Teil der Mittelvergabe, z.B. bezüglich der Forschungs- und Wissenschaftsförderung und Vergabe von Studienkrediten, bundeseinheitlich geregelt, generell liegt die Zuständigkeit für die Hochschulbildung jedoch bei den einzelnen Bundesstaaten.<sup>6</sup> Lehre und Forschung an US-amerikanischen Hochschulen werden somit sowohl von nationalen als auch von bundesstaatlichen Behörden finanziert.<sup>7</sup> Zusätzlich sind die Hochschulen im US-System jedoch stark von Einnahmen aus privaten Quellen, wie z.B. Studiengebühren oder Spenden, abhängig und je mehr Einnahmen eine Hochschule aus privaten oder nicht-staatlichen Quellen generiert, desto unabhängiger ist sie von staatlicher Aufsicht.<sup>8</sup>

Der Anteil staatlicher Förderung öffentlicher Hochschulen ist in den vergangenen Jahrzehnten zurückgegangen<sup>9</sup> und die Bundesstaaten stehen bei der Finanzierung öffentlicher Hochschulen in den USA nicht mehr an erster Stelle, was wiederum Veränderungen der Beziehungen zwischen Staat und Hochschule mit sich brachte.<sup>10</sup> Öffentlichen Hochschulen wurde in der Regel mehr Autonomie zugesprochen, oftmals jedoch im Gegenzug für neue Rechenschaftspflichten gegenüber dem jeweiligen Bundestaat.<sup>11</sup>

Wie also haben sich diese Veränderungen bezüglich der Finanzierung und Koordinierung durch die Bundesstaaten im Zusammenspiel mit einem wachsenden Einfluss der Wirtschaft und zunehmendem Wettbewerb auf die Steuerung und Verwaltung von Universitäten in den Vereinigten Staaten ausgewirkt?

## II. Interne Steuerung und Verwaltung von US-amerikanischen Universitäten

US-amerikanische Universitäten weisen im Hinblick auf die Strukturen der Entscheidungsfindung beträchtliche

Unterschiede zueinander auf.<sup>12</sup> Allgemein umfassen diese Strukturen die wissenschaftliche, administrative und studentische Leitung. Viele Einrichtungen wenden das Modell einer gemeinsamen Steuerung durch Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler auf der einen und der Universitätsleitung auf der anderen Seite – vertreten durch die Aufsichtsgremien und die Geschäftsleitung – an.<sup>13</sup>

Wichtige Ämter wie Präsident, Provost, Dekan und Fachbereichsleiter werden mit wissenschaftlichem Personal besetzt. Bei Fachbereichsleitern sind diese Ämter zeitlich begrenzt, und die Betreffenden kehren nach ihrer Dienstzeit gewöhnlich in ihre Fachbereiche zurück, um sich ihrer Lehre und Forschung zu widmen.<sup>14</sup>

– Aufsichtsgremien haben die Aufgabe, außeruniversitäre Interessen in der Steuerung von Hochschulen zu vertreten. Sie beaufsichtigen die strategische Ausrichtung der Hochschule, die Festsetzung von Bezügen des Hochschulpräsidenten/der Hochschulpräsidentin, sowie Maßnahmen zur Organisationsentwicklung.<sup>15</sup> Die Aufsichtsgremien sind außerdem befugt, die Hochschulpräsidenten zu ernennen und sie bei unzureichender Leistung auch wieder zu entlassen.<sup>16</sup>

– Aufgabe des Hochschulpräsidenten/der Hochschulpräsidentin ist die öffentliche Repräsentation der Hochschule gegenüber Studierenden, Eltern, Alumni, dem Aufsichtsrat, wissenschaftlichem sowie administrativem Personal, den Medien sowie Gesetz- und Geldgebern.<sup>17</sup>

– Im Gegensatz zum deutschen Lehrstuhlssystem ist das Hochschulwesen in den USA nach Fachbereichen (departments) gegliedert, welche die Verantwortung für eigene Lehr- und Forschungsaktivitäten tragen und normalerweise mehrere Professoren, außerordentliche Professoren (associate professors) und Juniorprofessoren zu ihren Mitgliedern zählen. Das Amt des Leiters eines Fachbereiches wird nor-

5 Vgl. zu diesem Thema auch: *Geiger*: Knowledge and money: Research universities and the paradox of the marketplace. Stanford: Stanford University Press, 2004; *Cole*: The great American university. New York: Public Affairs, 2009.

6 *McGuinness*: The States and higher education, in: *Altbach/Gumpert/Berdahl* (Hrsg.), American higher education in the twenty-first century: Social, political, and economic challenges. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2005, S. 207.

7 Ebd., S. 4.

8 *Leisyte/Enders*: International Higher Education Monitor. Country Report. The United States. Universität Twente: CHEPS, 2012, S. 5.

9 National Center for Education Statistics (NCES): Characteristics of Degree-Granting Postsecondary Institutions, 2016, [https://nces.ed.gov/programs/coe/indicator\\_csa.asp](https://nces.ed.gov/programs/coe/indicator_csa.asp) (Zugriff: 15.05.2017).

10 *McLendon*: Setting the governmental agenda for state decentralization of higher education. *Journal of Higher Education*, 74(5),

2003, S. 479–515; *Eckel/Morphew*: The organizational dynamics of privatization in public research universities, in: *Morphew/Eckel* (Hrsg.), Privatizing the public university: Perspectives from across the academy. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2009, S. 88–108.

11 *Leisyte*: Steuerung und Organisation öffentlicher Hochschulen in den USA. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2017, S. 9.

12 Ebd., S. 6.

13 Ebd., S. 6.

14 Ebd., S. 6.

15 *Carpenter-Hubin/Snover*: Key leadership positions and performance expectations, in: *Schloss/Cragg* (Hrsg.), Organization and administration in higher education. New York/London: Routledge, 2013, S. 27–49, S. 31.

16 Ebd., S. 28.

17 Ebd., S. 32.

malerweise von den Dekanen in Absprache mit den Mitarbeitern der Abteilung für einen im Voraus festgelegten Zeitraum vergeben<sup>18</sup> und die Amtsinhaber sind sowohl gegenüber dem Fachbereich selbst als auch dem Dekan rechenschaftspflichtig dafür, dass der Einsatz der Ressourcen bestmöglich den Zielen ihrer Abteilung dient.<sup>19</sup>

Obwohl es sich um eine private Universität handelt, hat die Harvard Universität traditionell einen stark kollegial geprägten Ansatz der gemeinsamen Steuerung. Harvard hat mittlerweile 22.000 Studierende sowie 2.400 Fakultätsangehörige und 10.400 Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler, die in den der Universität angegliederten Krankenhäusern arbeiten.<sup>20</sup> Harvard verfügt über elf wissenschaftliche Einrichtungen, darunter zehn Fakultäten sowie das Radcliff Institute for Advanced Study. In Harvard besteht das Top-Management der Universität aus dem Präsidenten und den Fellows of Harvard College, einem Vorstandsgremium, das auch als „The Corporation“ bezeichnet wird sowie dem Board of Overseers, einer Art Aufsichtsrat.<sup>21</sup> Diesen beiden Führungsgremien obliegt die Sicherstellung und Umsetzung der strategischen Ausrichtung der Universität. Des Weiteren besteht ein „Office of the Provost“, dessen Aufgabe vor allem darin liegt, inneruniversitäre Kooperationen zu fördern, Strategien und Verfahren zu implementieren, die einen Einfluss auf den Wissenschaftsbetrieb der Gesamtuniversität haben. Die Universität verfügt zudem über elf Vize-Provosts. Obwohl die Universität keinen akademischen Senat hat, wird in den Fakultätsräten akademische Selbstverwaltung ausgeübt.<sup>22</sup>

Wenn man eine große, forschungsintensive Universität wie die Pennsylvania State Universität betrachtet (sie hat 25 Standorte, 100.000 Studierende und 17.000 Akademiker und Akademikerinnen), so zeigt sich, dass sie über ein internes Steuerungssystem verfügt, bei dem die gemeinsame Hochschulsteuerung zwischen dem Top-Management und der Verwaltung sowie dem akademischen Senat verteilt ist.<sup>23</sup> Das Board of Trustees und der Präsident gehören dem Top-Management der Universität an. Die Geschäftsleitung besteht weiterhin aus einem Provost (vergleichbar mit dem Kanzler), sechs Vize-Pro-

vosts, fünf Vizepräsidenten und 19 Dekanen. Der akademische Senat hat einen Vorstand und elf ständige Ausschüsse und sieht seine Rolle als Verantwortlicher für die Lehre und die Beratung des Präsidenten.<sup>24</sup>

### III. Wesentliche Veränderungen in der internen Hochschulsteuerung

Bezüglich der Hauptveränderungen in der internen Steuerung und Verwaltung von Universitäten können drei miteinander verknüpfte Entwicklungen beobachtet werden.<sup>25</sup> Der wachsende Einfluss der Wirtschaft und die Verringerung staatlicher Mittel haben zu mehr Autonomie und einer Dezentralisierung von Universitäten geführt. Gleichzeitig wurde aber die Position der Universitätsführung – das heißt der Präsidenten, Verwaltungsgremien und Dekane – in strategischen Entscheidungsprozessen gestärkt. Des Weiteren zeichnen sich in der universitären Verwaltung neue Tätigkeitsfelder ab, welche von einem breiteren Rollenspektrum und zunehmender Professionalisierung auf teilweise neuen Verwaltungsebenen gekennzeichnet sind. Eine weitere Entwicklung, die mit den zuvor genannten einherging, ist die Neubestimmung der Position von Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern in der akademischen Selbstverwaltung der Universität. Während sie traditionsgemäß einen starken Einfluss sowohl auf Studienangelegenheiten als auch auf die Verteilung von Mitteln hatten, haben Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler in den Senaten mittlerweile weniger Entscheidungsbefugnisse bezüglich der strategischen Ausrichtung der Universität und der Einstellung neuer wissenschaftlicher Mitarbeiter und noch weniger Einfluss auf die Entwicklung von Studiengängen.<sup>26</sup>

Diese Situation wird dadurch verschärft, dass ein steigender Anteil an Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern keine Festanstellung hat und daher auch nicht an der akademischen Selbstverwaltung innerhalb der Universität partizipiert. Ein gewisses Maß an gemeinsamer Steuerung (shared governance) konnte jedoch trotzdem durch die starke Position der Fachbereiche und vor allem der gewählten Fachbereichsleiterinnen und -leiter

18 Ebd., S. 35.

19 *Leisyte*: Steuerung und Organisation öffentlicher Hochschulen in den USA. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2017, S. 7.

20 Harvard University: Harvard at a glance, 2018, <https://www.harvard.edu/about-harvard/harvard-glance> (Zugriff: 07.08.2018).

21 Harvard University: Harvard's president and leadership, 2018, <https://www.harvard.edu/about-harvard/harvards-president-leadership> (Zugriff: 07.08.2018).

22 Ebd.

23 Penn State University: Penn State at a glance: A statistical

snapshot of the university, 2018, <https://stats.psu.edu/> (Zugriff: 10.08.2018).

24 Ebd.

25 *Leisyte/Dee*: Understanding academic work in a changing institutional environment: Faculty autonomy, productivity and identity in Europe and the United States, in: *Smart/Paulsen* (Hrsg.), Higher education: Handbook of theory and research 27. Dordrecht: Springer, 2012, S. 123–206.

26 Ebd.

bewahrt werden. Drittens haben sich aufgrund der Marktorientierung und zunehmend verschwimmender Grenzen zwischen der Universität als Organisation und ihrem Umfeld eine Reihe dezentraler Abteilungen entwickelt, welche zu Zwecken der Forschung, des lebenslangen Lernens, der Öffentlichkeitsarbeit oder dem Ausführen von Verwaltungsaufgaben agieren und durch welche die Machtverhältnisse bezüglich der internen Steuerung und Verwaltung ebenfalls beeinflusst werden.<sup>27</sup>

Zu den jüngsten Veränderungen in den Leitungsstrukturen der Universitäten gehören die Einräumung von Autonomie bei der Festsetzung von Studiengebühren und eine gleichzeitige Beschneidung der Befugnisse staatlicher Koordinierungsstellen. *Eckel* und *Morphew* zeigen, dass dies einerseits zu einer stärkeren Dezentralisierung von Hochschulen im Verhältnis zum jeweiligen Bundesstaat führt, während hochschulinterne Entscheidungsprozesse zunehmend zentralisiert werden.<sup>28</sup> Gleichzeitig geht mit einer größeren Autonomie der Hochschulen auch eine verstärkte Rechenschaftspflicht gegenüber den Bundesstaaten einher. Innerhalb ihrer Einrichtungen gewinnen Hochschulleitungen wiederum an Autorität, in dem sie zur Einhaltung dieser Rechenschaftspflicht verschiedene Indikatoren zur Kontrolle von Produktivität und Effizienz einführen.<sup>29</sup>

### 1. Entwicklung der Hochschulverwaltung

Forschungsuniversitäten haben in den vergangenen Jahren zunehmend neue Verwaltungsebenen eingeführt, um so ihre Ressourcenbasis zu erweitern.<sup>30</sup> So wurden innerhalb der Hochschulverwaltung beispielsweise neue Stellen mit der Funktion, Partnerschaften zwischen Hochschule und Wirtschaft zu fördern und zu gestalten, geschaffen.<sup>31</sup> Der Druck im Hinblick auf die Rechen-

schaftspflicht gegenüber dem Staat und die Effizienz mag zudem die Hochschulleitungen dazu ermutigt haben, stärker in Bereiche einzugreifen, die traditionell Sache der Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler waren, wie die Entwicklung von Studienprogrammen sowie Entscheidungen zu Beförderungen.<sup>32</sup>

Wie *Fried* und *Mnookin* zeigen, war die Harvard Universität vor 20 Jahren stärker dezentralisiert, das Top-Management hatte einen deutlich kleineren Verwaltungsapparat als heute. Die Autoren schreiben: „Das heutige offizielle Mantra ist „ein gemeinsames Harvard“. In den letzten 20 Jahren gab es eine enorme Ausweitung der zentralen Verwaltung und eine zunehmende Zentralisierung“. Sie betonen jedoch, dass dieser Trend nicht nur in Harvard sondern in öffentlichen sowie privaten Colleges und Universitäten im ganzen Land zu beobachten ist.<sup>33</sup>

### 2. Geringerer Einfluss der akademischen Senate

Partizipatorische Governancemodelle sind bei Hochschulen weit verbreitet.<sup>34</sup> Sie sind traditionell dadurch gekennzeichnet, dass eine zentrale Verwaltung in Austausch und im Einnehmen mit wissenschaftlichem und nichtwissenschaftlichem Personal sowie der Studierendenschaft operiert.<sup>35</sup> Die Arbeit verschiedener Ausschüsse, Beratungsgremien, Arbeitsgruppen und sonstiger Gremien sichert hierbei eine gegenseitige Kontrolle im System. Vor allem von Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern wird eine partizipatorische Governance als unverzichtbares Element des guten Funktionierens einer Hochschule angesehen.<sup>36</sup>

Das wichtigste Organ im Hinblick auf partizipatorische Steuerung ist der akademische Senat.<sup>37</sup> Der Senat ist mit Professorinnen und Professoren besetzt und stellt das wichtigste Gremium für die Vertretung akademi-

27 *Leisyte*: Steuerung und Organisation öffentlicher Hochschulen in den USA. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2017, S. 8–10.

28 *Eckel/Morphew*: The organizational dynamics of privatization in public research universities, in: *Morphew/Eckel* (Hrsg.), Privatizing the public university: Perspectives from across the academy. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2009, S. 88–108.

29 *Dill*: The regulation of public research universities: Changes in academic competition and implications for university autonomy and accountability. *Higher Education Policy*, 14(1), 2001, S. 21–35.

30 *Bess*: Toward strategic ambiguity: Antidote to managerialism in academia, in: *Smart* (Hrsg.), Higher education: Handbook of theory and research. Dordrecht: Kluwer, 2006, S. 491–533.

31 *Leisyte/Dee*: Understanding academic work in a changing institutional environment: Faculty autonomy, productivity and identity in Europe and the United States, in: *Smart/Paulsen* (Hrsg.), Higher education: Handbook of theory and research 27. Dordrecht: Springer, 2012, S. 123–206.

32 *Leisyte*: Steuerung und Organisation öffentlicher Hochschulen in den USA. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2017, S. 11.

33 *Fried/Mnookin*: The silencing of Harvard's professors, in: The Chronicle of Higher Education Blog, 24.03.2015, <https://www.chronicle.com/blogs/conversation/2015/03/24/the-silencing-of-harvards-professors/> (Zugriff: 10.04.2019).

34 *Leisyte/Dee*: Understanding academic work in a changing institutional environment: Faculty autonomy, productivity and identity in Europe and the United States, in: *Smart/Paulsen* (Hrsg.), Higher education: Handbook of theory and research 27. Dordrecht: Springer, 2012, S. 123–206.

35 *Melear*: The role of internal governance, committees, and advisory groups, in: *Schloss/Cragg* (Hrsg.), Organization and administration in higher education. New York/London: Routledge, 2013, S. 50–65, S. 50.

36 Ebd., S. 51.

37 *Leisyte*: Steuerung und Organisation öffentlicher Hochschulen in den USA. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2017, S. 8.

scher Interessen dar. In den 1970er Jahren konnte eine Zunahme der Macht und des Einflusses von akademischen Senaten auf universitäre Entscheidungsprozesse beobachtet werden. So hat beispielsweise die University of California ihren Senats- und Universitätsausschüssen in diesem Zeitraum viele Befugnisse bei der Gestaltung der Lehre eingeräumt.<sup>38</sup> In den letzten Jahrzehnten wurde ihre Macht in Verwaltungsfragen jedoch in der Form beschnitten, dass sie nun hauptsächlich beratende Funktionen ausüben. Wie *Leaf* (2018) in seinem Buch<sup>39</sup> zeigt, sehen die meisten Universitäten die Rolle der Senate als beratend an. Ergebnisse einer Befragung von Administrator/inn/en und Wissenschaftler/inne/n im Rahmen einer Studie aus dem Jahre 2009 zeigen, dass die Rolle der Senate an 13% der befragten Standorte lediglich als ein Gremium mit der Möglichkeit zur Beeinflussung von Entscheidungen angesehen wird.

Dies ist vor allem auf zwei Faktoren zurückzuführen: auf ihr fehlendes Verständnis für Budgetfragen und ihr, durch komplexe interne Strukturen und Prozesse bedingtes Unvermögen, den Anforderungen kurzer Reaktionszeiten für Rückmeldungen an bundesstaatliche Stellen gerecht zu werden.<sup>40</sup> Veränderungen in der Stellung akademischer Senate wurden zudem auch durch zunehmende wirtschaftliche Zwänge sowie bundesstaatliche Vorgaben zur Rechenschaftspflicht bedingt.<sup>41</sup>

### 3. Dezentrale Abteilungen

Zuletzt muss auch die Rolle der zunehmenden Anzahl dezentraler Abteilungen und Bereiche innerhalb von Hochschulen erwähnt werden. Dezentrale Abteilungen und Bereiche üben einerseits einen Einfluss auf die interne Steuerung und Verwaltung von Universitäten aus, während sie andererseits als Produkt einer zunehmenden Formalisierung und strategischen Ausrichtung von Universitäten als organisationale Akteure anzusehen sind.<sup>42</sup> In ihrer Rolle als organisatorische Akteure schaf-

fen Universitäten neue Abteilungen und Bereiche und es steht ihnen ein hohes Maß an Flexibilität zu, sodass sie schnell auf externe Marktanforderungen reagieren und somit einen schnelleren Mittelzufluss in die Universität ermöglichen können.<sup>43</sup>

Mit dem zunehmenden Engagement der Universitäten auf innovativen Forschungsmärkten wurden unter anderem auch Zentren, Institute und Abteilungen geschaffen, die gemeinschaftliche und interdisziplinäre Forschungsansätze fördern sollen.<sup>44</sup> Zu diesen neuen Abteilungen, die *Clark* als „erweiterte Entwicklungsperipherie“ bezeichnet, zählen Forschungszentren und Institute, Technologietransferstellen, sowie Abteilungen für Fernunterricht. Mithilfe solcher Abteilungen können das externe Umfeld der Hochschule betreffende Entscheidungen dezentral getroffen und somit zentralisierte, mehrstufige Entscheidungsprozesse unter Einbeziehung verschiedener Steuerungsorgane oder Verwaltungsstellen vermieden werden.<sup>45</sup>

## IV. Implikationen für die akademische Arbeit

Diverse Studien bewerten den Einfluss des Wandels interner Hochschulgovernance auf akademische Arbeit und professionelle Autonomie auf verschiedene Weise. Einige Autoren sind der Meinung, dass der Rückgang einer gemeinsamen Steuerung an US-amerikanischen Universitäten einem Angriff auf die wissenschaftliche Demokratie gleichkommt. Sie befürchten, dass künftig alle öffentlichen Universitäten unterfinanziert und unterdrückt, alle Aspekte wissenschaftlicher Arbeit diskreditiert, und Praktiken und Prinzipien akademischer Autonomie gefährdet werden, indem Mitspracherechte bezüglich der Curricula sowie unbefristete Beschäftigungsverhältnisse abgeschafft werden.<sup>46</sup> Andere Autoren sehen die kürzeren Entscheidungswege und die Schaffung flexibel agierender, dezentraler Abteilungen und

38 Siehe zu diesem Thema: *Kezar/Eckel*: Meeting today's governance challenges: A synthesis of the literature and examination of a future agenda for scholarship, *The Journal of Higher Education*, 75. 2004 (4), S. 371–399; *Leaf*: An anthropology of academic governance and institutional democracy: The community of scholars in America. Cham: Palgrave Macmillan, 2018.

39 *Leaf*: An anthropology of academic governance and institutional democracy: The community of scholars in America. Cham: Palgrave Macmillan, 2018.

40 *Birnbaum*: The latent organizational functions of the academic senate: Why senates do not work but will not go away. *Journal of Higher Education*, 60(4), 1989, S. 423–443; *Sufka*: How to make faculty senates more effective. *Academe*, 95(6), 2009, S. 20–21; *Melear*: The role of internal governance, committees, and advisory groups, in: *Schloss/Cragg* (Hrsg.), *Organization and administration in higher education*. New York/London: Routledge, 2013, S. 50–65, S. 52.

41 *Melear*: The role of internal governance, committees, and advisory

groups, in: *Schloss/Cragg* (Hrsg.), *Organization and administration in higher education*. New York/London: Routledge, 2013, S. 50–65, S. 52.

42 *Ramirez*: Accounting for excellence: Transforming universities into organizational actors, in: *Rust/Portnoi/Bagley* (Hrsg.), *Higher education, policy, and the global competition phenomenon*. New York: Palgrave Macmillan, 2010, S. 43–58.

43 *Leisyte/Dee*: Understanding academic work in a changing institutional environment: Faculty autonomy, productivity and identity in Europe and the United States, in: *Smart/Paulsen* (Hrsg.), *Higher education: Handbook of theory and research 27*. Dordrecht: Springer, 2012, S. 123–206.

44 *Leisyte*: *Steuerung und Organisation öffentlicher Hochschulen in den USA*. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2017, S. 10.

45 Ebd.

46 *Leaf*: An anthropology of academic governance and institutional democracy: The community of scholars in America. Cham: Palgrave Macmillan, 2018, S. 14.

Einrichtungen als einen wesentlichen Bestandteil einer unternehmerischen Universität an, welche Innovation und Kreativität sowie mehr Engagement für und Mitgestaltung durch die Gesellschaft fördert.<sup>47</sup> Die zunehmende Dezentralisierung und Abnahme staatlicher Steuerung hat außerdem zu einer Priorisierung des Forschungsbetriebs gegenüber der Lehre geführt. Vor allem die Einwerbung von Drittmitteln und Forschungsverträgen hat an Bedeutung gewonnen.<sup>48</sup> Zudem wurde die Autorität des Professorenkollegiums (vor allem in den Fachbereichen) gestärkt. Als Folge der wachsenden Macht einzelner Disziplinen verlagerte sich der Schwerpunkt der Entscheidungsfindung im akademischen Bereich zunehmend auf die Fachbereichsebene, welche anstelle der hochschulübergreifenden Senate zum maßgeblichen Ort akademischer Partizipation wurde.

Trotzdem unterliegt die akademische Arbeit nun einer stärkeren Aufsicht durch das Management, und das wissenschaftliche Personal muss seine Arbeitsweise zunehmend den Vorgaben von Hochschulverwaltung oder Kuratoren anpassen. Somit werden vormals autonome Lehr- und Forschungsaktivitäten durch organisatorische Vorgaben in regulierte Arbeitsprozesse transformiert.<sup>49</sup>

Paradoxe Weise könnte jedoch gerade der stärkere Einfluss externer Akteure auf die wissenschaftliche Arbeit neue Chancen für eine gesellschaftliche Transformation herbeiführen. Vor allem in Hinblick auf soziale und ökonomische Fragestellungen könnte die wachsende Zahl von Partnerschaften mit Staat und Wirtschaft es Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern ermöglichen, ihre Arbeit mit öffentlichen Belangen zu verknüpfen.<sup>50</sup>

## V. Schlussfolgerung

Trotz der Komplexität des US-amerikanischen Hochschulsystems wird deutlich, dass einerseits ein signifikanter Wandel hin zu einer Zentralisierung managerieller und administrativer Macht stattgefunden hat, wäh-

rend einzelne Fachbereiche und Institute ihre Autorität behalten und in manchen Fällen sogar ausweiten konnten. Letzteres ist auf ihre Möglichkeiten der Einwerbung von Drittmitteln sowie auf die Partizipation an der akademischen Selbstverwaltung innerhalb einzelner Fachbereiche zurückzuführen.

Insgesamt kann einerseits zwar eine größere Autonomie der Universitäten gegenüber den Bundesstaaten, andererseits aber auch eine zunehmende Abhängigkeit von Einnahmen aus anderen Quellen, wie etwa Studiengebühren, Spenden von Alumni und Einkommen aus Kooperationen mit der Industrie, beobachtet werden. Außerdem kann eine zunehmende Leistungsorientierung und Rechenschaftspflicht von Universitäten gegenüber den einzelnen Bundesstaaten festgestellt werden.

Das Beispiel des US-amerikanischen Hochschulsystems verdeutlicht, dass eine *shared governance* – das heißt eine gemeinsame Steuerung der Universität durch Hochschulleitung einerseits und Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler andererseits – auf einer Grundlage gegenseitiger Kontrolle auch in Zeiten des Rückgangs staatlicher Mittel, einer Diversifizierung von Einkommensquellen und einer zunehmenden Zentralisierung der Macht auf Leitungsebene möglich ist. Wie *Leaf*<sup>51</sup> argumentiert, ist eine gemeinsame Steuerung die Voraussetzung für das Funktionieren einer Universität, für akademische Demokratie und für die Bewahrung einer Gemeinschaft von Hochschullehrenden und Studierenden. Das wesentliche Element, das es im Zuge akademischer Freiheit zu bewahren gilt, ist der Einfluss akademischer Selbstverwaltungsorgane auf Entscheidungen bezüglich des Inhalts von Forschung und Lehre sowie auf die Besetzung wissenschaftlicher Stellen.

Liudvika Leišytė ist Professorin für Hochschuldidaktik und Hochschulforschung an der Technischen Universität Dortmund

47 *Leisyte/Dee*: Understanding academic work in a changing institutional environment: Faculty autonomy, productivity and identity in Europe and the United States, in: *Smart/Paulsen* (Hrsg.), *Higher education: Handbook of theory and research 27*. Dordrecht: Springer, 2012, S. 123–206.

48 *Berger/Kostal*: Financial resources, regulation, and enrollment in U.S. public higher education. *Economics of Education Review*, 21, 2002, S. 101–110; *Knott/Payne*: The impact of state governance structures on management performance of public organizations: A study of higher education institutions. *Journal of Policy Analysis and Management*, 23, 2004, S. 13–30; *Lowry*: The political

economy of public universities in the United States: A review essay. *State Politics and Policy Quarterly*, 7, 2007, S. 303–324.

49 *Leisyte*: Steuerung und Organisation öffentlicher Hochschulen in den USA (Analysen und Argumente; Nr. 287). Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2017, S. 1–23.

50 *Tierney* (Hrsg.): *Governance and the public good*. Albany: State University of New York Press, 2006, S. 1–224.

51 *Leaf*: *An anthropology of academic governance and institutional democracy: The community of scholars in America*. Cham: Palgrave Macmillan, 2018.

# Hans-Hennig von Grünberg / Christian Sonntag

## 50 Jahre Fachhochschule

### Über das langsame Entstehen eines neuen Hochschultyps

I. Einleitung

II. Vorgeschichte: Die Bildungsexpansion

III. Gründung der Fachhochschulen

IV. Differenzierungs- und Aufwertungsschritte

V. Der Transfer als neu geforderte Leistungsdimension einer Hochschule

VI. Die neue Bedeutung von Region und die Strategie einer intelligenten Spezialisierung

VII. Die Mission der HAW und ihre Abgrenzung zu anderen Hochschultypen

VIII. Ausblick

#### I. Einleitung

Es ist ein merkwürdiges Jubiläum, welches in diesem Jahr begangen wird. Vor 50 Jahren wurde bundesweit ein neuer Hochschultyp, die Fachhochschule, gegründet, aber in Feierlaune waren damals nur wenige. Denn was sich in den Jahren 1969 bis 1971 an vielen Orten Deutschlands vollzog, waren keine Neugründungen von Hochschulen, sondern Zusammenführungen von bislang selbstständigen und zum Teil traditionsbewussten Fachschulen. Sie bekamen einen neuen Namen, wurden formal zu Hochschulen aufgewertet, jedoch nicht in die Lage versetzt, diesen Anspruch erfüllen zu können. Bis heute erwächst aus der überhastet durchgeführten Gründung auch ein Teil der Profilierungsschwäche, unter der der Hochschultyp bis heute vor allem in der öffentlichen Wahrnehmung leidet. Diese These soll im ersten Drittel dieses Aufsatzes erläutert werden.

Das Problem der Fachhochschulen war über Jahrzehnte ihr diffuser gesetzlicher Auftrag, der zwar zu einer Schule, aber nicht zu einer Hochschule passen wollte. Eine anwendungsbezogene Lehre zur Vorbereitung auf eine berufliche Tätigkeit bereitzustellen – das reichte als Auftrag für eine vollwertige Hochschule nicht aus. Noch in den achtziger Jahren unterschied das Bundesverfassungsgericht zwischen „Fachhochschulen“ und

„wissenschaftlichen Hochschulen“, womit es öffentlich feststellte, dass Fachhochschulen eben keine wissenschaftlichen Hochschulen waren. Aber was waren sie dann? Die Frage blieb lange ungeklärt und führte zu einem erheblichen Reputations- und Imageproblem für die Fachhochschule – zumindest in den ersten 20 Jahren ihres Bestehens. Erst nach der deutschen Einheit setzte eine Hochschulgesetzgebung ein, die den Hochschultyp Fachhochschule systematisch aufwertete und aus dieser Verlegenheit herausführte.

Die damit gestartete Reifung zu einer wissenschaftlichen Hochschule, die bis heute anhält und die schließlich dazu geführt hat, dass man heute weit besser als vor 50 Jahren definieren kann, was eine Fachhochschule ausmacht und wie sie sich von der Universität abgrenzt, soll in dem vorliegenden Aufsatz nachgezeichnet werden: über die Hochschulgesetzgebung der frühen 90er Jahre, die den Fachhochschulen auch angewandte Forschung als Aufgabe zuwies, den mit der Jahrtausendwende einsetzenden Bologna-Prozess, der die Abschlüsse in Europa und in Deutschland harmonisierte und die Gleichwertigkeit der Fachhochschulabschlüsse zur Folge hatte, den Transfer, der neben Forschung und Lehre zur dritten Leistungsdimension einer Hochschule heranzuwuchs bis zu den von der Europäischen Kommission eingeforderten Innovationsanstrengungen der einzelnen Regionen, die wiederum den regional positionierten Hochschulen zu Gute kommen.

#### II. Vorgeschichte: Die Bildungsexpansion

Schon in den frühen 50er Jahren geriet das Thema Bildung mehr und mehr in den Blickpunkt der Politik. Die Bildungsgesellschaft zog herauf, der Arbeitsmarkt erforderte andere, häufig mehr theoretische Qualifikationen. Während breite gesellschaftliche Schichten zu ahnen begannen, dass eine akademische Bildung sich als „Königsweg für den sozialen Aufstieg“<sup>1</sup> erweisen könnte, verharrte die bundesdeutsche Politik mindestens bis

1 Hans-Ulrich Wehler: Deutsche Gesellschaftsgeschichte Band 5, S. 380-385.

zur Mitte der 60er Jahre in einem „Zustand der Restauration“, wie die FDP-Bildungspolitikerin Hildegard Hamm-Brücher in einem Grundsatzreferat kritisierte.<sup>2</sup> Ein Jahr zuvor hatte der Lehrer Georg Picht in der evangelischen Wochenzeitung „Christ und Welt“ in einer Artikelserie zum deutschen Bildungswesen vor einer „Bildungskatastrophe“ gewarnt. Es werde zu wenig Geld in Bildung investiert, es bestünde im deutschen Bildungswesen keine Chancengleichheit, der Bund müsse mehr Mitsprache erhalten – und mehr junge Menschen müssten studieren, schrieb er.<sup>3</sup> Dabei wuchsen die Studierendenzahlen: Von 133.000 im Jahr 1953/54 auf 295.000 im Jahr 1963/64. Zehn Jahre später waren es sogar schon 726.000 Studierende. Es war absehbar, dass es ohne eine aktive Bildungspolitik – einen Bundesbildungsminister sollte es erst ab 1969 geben – nicht weitergehen konnte. Die einstigen Eliteuniversitäten mussten sich zu Massenuniversitäten wandeln. Hinzu kam die Forderung nach mehr Demokratie innerhalb der Universitäten. Kurz: Der Ruf nach einer umfassenden Hochschulreform wurde lauter.<sup>4</sup>

Daneben gab es eine weitere, nicht minder brisante Entwicklung. Das Wirtschaftswunder benötigte immer mehr gut ausgebildete, technisch versierte und spezialisierte Fachkräfte. Die Rationalisierungs- und Automatisierungswelle, die die deutsche Wirtschaft ergriff, verlangte nach entsprechend ausgebildeten Experten. Die traditionellen Ingenieurschulen, zum größten Teil Gründungen aus dem Kaiserreich, konnten den wachsenden Anforderungen nur unzureichend Herr werden. Überlastung der Studierenden und Dozenten war die Folge. Mittelfristig, das wurde Ende der 50er Jahre immer deutlicher, musste diese im Wesentlichen von den Anforderungen der Wirtschaft bestimmte Entwicklung zu einer Aufwertung der Ingenieurschulen führen.

Denn diese führten ein zunehmend unbefriedigendes Dasein irgendwo zwischen Fachschule und Technischer Hochschule, wie die Kultusministerkonferenz dies zuletzt 1953 noch einmal bestätigt hatte. Verwaltet wurden sie wie Volksschulen. Sie waren nicht-rechtsfähige Anstalten ohne Selbstverwaltungsrechte. Weisungsbefugte Aufsichtsbehörde war der Regierungspräsident. Die Schüler drückten 36 bis 40 Stunden in der Woche die Schulbank, kamen sechs Tage pro Woche in die Schule, erhielten Klassenunterricht, welcher „seminaristisch“ angelegt war, was bedeutete, dass der Dozent einen Vor-

trag hielt und ein anschließendes Lehrgespräch dazu erfolgte. Lehrpläne und Prüfungsordnungen waren vorgegeben.<sup>5</sup> Auf den Schulbänken saßen aber keine jungen Pennäler, sondern erwachsene Menschen, die neben ihrer Fachschulreife oft schon eine Lehre abgeschlossen oder sogar schon in einem Beruf gearbeitet hatten. Altersmäßig war der Großteil zwischen 20 und 25 Jahre alt, zehn Prozent waren sogar über 30 Jahre. Hinzu kam eine von der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) geplante Neuregelung des Niederlassungsrechts für selbstständige Ingenieure in den Beneluxländern, Italien, Frankreich und der BRD, wonach dies nur Ingenieuren mit Hochschulausbildung zugestanden werden sollte. Die Ingenieurschul-Absolventen wären zu Technikern, zu Ingenieuren zweiter Klasse degradiert worden.<sup>6</sup>

Die Direktoren der Ingenieurschulen, ihre Dozenten und Studenten wollten das verhindern. Sie einte der Wunsch, an einer Institution zu lernen und zu lehren, die mehr einer Hochschule denn einer Schule ähnelte. Dazu war es nötig, die Ingenieurschulen aus dem Schulverwaltungsgesetz herauszunehmen, sie als eigenständige Körperschaften anzuerkennen, ihre Eingangsvoraussetzungen zu erhöhen, Studien- und Prüfungsordnungen zu ändern, allgemeinbildende Unterrichtsteile zu etablieren und vieles mehr. Alleine: Für maßgebliche Bereiche in der Politik war dies nicht vorstellbar. Noch bis in die Mitte der 1960er Jahre war beispielsweise die Haltung des Düsseldorfer Landtags in dieser Frage eindeutig: Die Ingenieurschulen sollten zwar ausgebaut, aber aus Kostengründen ihr derzeitiger Status unangetastet bleiben. Zumal ihre Aufwertung in Richtung einer wissenschaftlichen Einrichtung auch die Frage aufgeworfen hätte, was mit den übrigen Höheren Fachschulen geschehen sollte. Das gesamte berufliche Bildungswesen, und damit auch das Hochschulwesen hätte auf den Prüfstand gemusst.<sup>7</sup> Zu solch einschneidenden Maßnahmen war aber zu diesem Zeitpunkt niemand bereit.

Einer, der wie kein anderer die Notwendigkeit dazu erkannt hatte, war *Ralf Dahrendorf*, streitbarer Soziologe und Philosoph. Sein Buch „Bildung ist Bürgerrecht“ von 1965 entfaltete die Vision einer Bildungsgesellschaft. Einer seiner revolutionären Gedanken: Wenn immer mehr junge Menschen studierten, müssten Universitäten „zunächst einmal Ausbildungsstätten“ werden. Eine Reform müsse daher dafür Sorge tragen, dass möglichst viele junge Menschen innerhalb kurzer Zeit zu einem berufs-

2 Hildegard Hamm-Brücher: Der Weg zur demokratischen Bildungsgesellschaft, in: DIE ZEIT, 2. April 1965.

3 Nach DIE ZEIT: Hat Georg Picht Recht behalten? 30.1. 2014.

4 Werner Mayer: Bildungspotential für den wirtschaftlichen Wandel. Die Entstehung des Hochschultyps „Fachhochschule“ in

Nordrhein-Westfalen 1965-1971. Essen 1997, S. 98.

5 Ebd., S. 23/27.

6 Ebd., S. 79.

7 Ebd., S. 50.

befähigenden Abschluss kämen. Im Auftrag des baden-württembergischen Kultusministers leitete *Dahrendorf* einen Arbeitskreis von Professoren, der am 30. Juli 1967 einen Gesamtplan für die Hochschulentwicklung vorlegte. Auch wenn dieser nicht unmittelbar umgesetzt wurde, führte er doch zwei wesentliche Entwicklungen zusammen – nämlich die Reform der Ingenieurschulen mit der des Hochschulwesens. Im Kern ging es darum, verschiedene Hochschultypen miteinander zu verbinden, bei hoher Durchlässigkeit Kurz- und Langstudiengänge einzuführen sowie zwischen praxisnahen und überwiegend theoretischen Kurzstudiengängen zu unterscheiden.<sup>8</sup> Studenten der Ingenieurschulen und Höheren Fachschulen erkannten darin die Chance, dass ihre Bildungsstätten zu gleichberechtigten Hochschulen im tertiären Bildungsbereich aufgewertet würden. Mit der Anerkennung als Körperschaft des öffentlichen Rechts sowie einer Erhöhung der Eingangsvoraussetzungen sahen sie zudem ihre Chancen erhöht, auf EWG-Ebene anerkannt zu werden. Die Studenten trugen ihren Protest auf die Straße, friedlich demonstrierten sie für die Aufwertung ihrer Ausbildung. Einen Tag nach dem Attentat auf Rudi Dutschke zu Ostern 1968 kündigten sie einen unbefristeten Streik an. Die Ingenieurschüler wollten diese Chance nicht ungenutzt lassen.

### III. Gründung der Fachhochschulen

Am 5. Juli 1968 einigten sich die Ministerpräsidenten der Länder darauf, den neuen Hochschultyp Fachhochschule einzuführen. Am 31. Oktober folgte das „Abkommen zwischen den Ländern der Bundesrepublik zur Vereinheitlichung auf dem Gebiet des Fachhochschulwesens“, das zentrale Dokument zur Entwicklung der Fachhochschulen. Seine Grundaussagen waren erschreckend substanz- und ambitionslos. Der Bildungsauftrag des neuen Hochschultyps: „Sie vermitteln eine auf wissenschaftlicher Grundlage beruhende Bildung.“ Kein Wort zu Forschung, kein Wort zu gesellschaftlichem Auftrag, kein Gedanke auch zur Notwendigkeit, künftige Wissensebenen zu fördern oder regionale Innovationspotentiale zu schöpfen. Von der ersten Stunde war und blieb das Problem der Fachhochschulen: ein offensichtlich rein schulischer Auftrag für eine Institution, die eigentlich eine wissenschaftliche Hochschule sein sollte. Nicht einmal einen Status als rechtsfähige Körperschaft billigte man dem neuen Hochschultyp zu. Die Durchlässigkeit

zwischen den Hochschularten tauchte zwar an drei Stellen auf, näher spezifiziert wurde sie nicht.<sup>9</sup> Die Lehrkräfte hießen statt Bauräte oder Räte jetzt Lehrkräfte oder Dozenten, an ihren Einstellungsvoraussetzungen aber änderte sich ebenfalls nichts. Als einzige Hochschulgruppe gelang es den Studierenden, mit Rechten und Aufgaben ihren Kommilitonen an den wissenschaftlichen Hochschulen gleichgestellt zu werden. Dass hiermit eine durch ihre bloße Quantität besonders wichtige Gruppe auf eine kostengünstige Art und Weise zufrieden gestellt werden sollte, liegt wohl auf der Hand.

Ab jetzt war es den Ländern überlassen, das Abkommen auszugestalten. Nordrhein-Westfalen tat dies mit dem Fachhochschulgesetz vom 29. Juli 1969 (und dem Gesetz über die Errichtung von Fachhochschulen vom 8. Juni 1971), die anderen Bundesländer zogen nach und wichen dabei nicht wesentlich von dem Düsseldorfer Gesetz ab. Die wichtigste Veränderung gegenüber dem Abkommen: Fachhochschulen sollten eigene Körperschaften des öffentlichen Rechts werden. In §2 wurden der Bildungsauftrag ein wenig konkreter, aber insgesamt keineswegs ambitionierter festgeschrieben: „Die Fachhochschulen vermitteln durch praxisbezogene Lehre eine auf wissenschaftlicher oder künstlerischer Grundlage beruhende Bildung, die zur selbstständigen Tätigkeit im Beruf befähigt. Sie betreiben auch Fortbildung und Weiterbildung. Sie können im Rahmen ihres Bildungsauftrags eigene Untersuchungen durchführen sowie Forschungs- und Entwicklungsaufgaben wahrnehmen.“<sup>10</sup> Neu war, dass Fort- und Weiterbildung als Status quo formuliert wurde und Forschungs- und Entwicklungsaufgaben als vage Kann-Option auftauchte. Die Kann-Option war natürlich insofern gerechtfertigt, als dass es ja kaum Personal gab, welches diese Forderung hätte umsetzen können. Lehrende waren die ehemaligen Räte, die zwar studiert, aber in aller Regel nicht promoviert oder irgendeine andere nennenswerte wissenschaftliche Tätigkeit ausgeübt hatten.

Andere Unzulänglichkeiten kamen hinzu: Die Herausforderungen beim Übergang Schule / Hochschule wurden nicht thematisiert. Es gab keine Verwaltung, die Erfahrung in der Selbstverwaltung hatte. Es gab zu wenig Sach- und Personalmittel, ganz zu schweigen von der räumlichen Situation, die vielerorts zu jahrelangen Improvisationen führte. Es gab aber auch kein theoretisches Fundament, auf dem man einen Bildungsauftrag hätte formulieren können, keine überragende Persön-

8 Ebd., S. 100f.

9 Holuscha: Das Prinzip Fachhochschule. Erfolg oder Scheitern? Eine Fallstudie am Beispiel Nordrhein-Westfalen. Dissertation

Marburg 2012, S. 71ff.

10 Zitiert nach Holuscha, S. 84.

lichkeit, die als Mr. oder Mrs. Fachhochschule den Hochschultyp an sich gerissen und eine klare Position in der Bildungslandschaft besetzt hätte. Für NRW kam erschwerend hinzu, dass die Fachhochschulen von vornherein als Zwischenlösung angesehen wurden. In §5 des Fachhochschul-Errichtungsgesetzes stand: „Alle Gründungsmaßnahmen erfolgen mit dem Ziel der späteren Einbeziehung der Fachhochschulen in integrierte Gesamthochschulen.“ Im Klartext: Was man gerade gegründet hatte, war nur für den Übergang geschaffen und sollte eigentlich bald wieder verschwinden. Wer so startet, braucht eigentlich gar nicht loszulaufen.

Die Entstehung der Fachhochschule Niederrhein zum 1. August 1971 ist ein Musterbeispiel für eine verkorkste Gründung. Sie wurde von vornherein überlagert von der Diskussion über die Integration der neuen Hochschule in eine Gesamthochschule Düsseldorf. Am 30. April 1971 titelte die Westdeutsche Zeitung: „Krefeld kommt zu Düsseldorf. Fachhochschule ist gelaufen“. Ende Juni besuchte Kultusminister Johannes Rau Krefeld. Dort erteilte er den Krefelder Bestrebungen nach einer Gesamthochschule Niederrhein eine Absage. Aufmerksam wurde jedoch Raus Ankündigung registriert, Krankenhäuser zu akademischen Lehranstalten umzuwandeln, weil man darin die Aussicht auf eine Universität erkennen wollte. Dass in nicht einmal sechs Wochen eine Fachhochschule in Krefeld gegründet werden sollte, darüber fiel kaum ein Wort. Planmäßig sollte diese nach dem Gesamthochschulerrichtungsgesetz vom 30. Mai 1972 in die Gesamthochschule Düsseldorf integriert werden. Gründungsrektor Dr. Karlheinz Brocks plädierte vehement dagegen, forderte wegen der Größe von 4000 Studierenden – das waren mehr, als die Universität Düsseldorf hatte – eine eigene Gesamthochschule Niederrhein, arbeitete aber zugleich an der Integration der verschiedenen Fachschulen zu einer Fachhochschule. So war letztlich erst 1975 klar, dass es in Krefeld und Mönchengladbach dauerhaft eine Fachhochschule geben würde.<sup>11</sup> Damit war man zwar von Düsseldorf unabhängig, hatte aber den Sprung zur Gesamthochschule nicht geschafft. Neben der Verwirrung darüber, was denn nun mit dieser neuen Institution Fachhochschule erreicht war, trat zugleich ein Gefühl der Enttäuschung ein, es nicht zu einer Gesamthochschule geschafft zu haben.

Man kann sich vorstellen, dass die ersten Jahre des neuen Hochschultyps alles andere als glänzende waren. Ziele, Zuständigkeiten, Aufgaben, gesellschaftlicher Auf-

trag – all dies war nicht eindeutig formuliert und konnte auch nicht aus den Gründungsdokumenten abgeleitet werden. Zwar nannte man sich fortan Hochschule, nannte die ehemaligen Lehrer nun Professoren, die vormaligen Direktoren nun Rektoren. Zwar sprach man ab sofort von Fachbereich, Senat und Kuratorium. Zwar war nun nicht mehr das Schulministerium, sondern das Wissenschaftsministerium zuständig. Aber letztlich blieb das Etikettenschwindel. Denn wo war das Neue? Da war der von den Höheren Fachschulen übernommene Auftrag, „praxisorientierte, wissenschaftliche Ausbildungsgänge“<sup>12</sup> anzubieten. Aber wie sollte man mit einem dezidiert schulischen Auftrag eine Hochschule sein, wie sollte sich der neue Hochschultyp überhaupt von den vormaligen Schulen abgrenzen? Wie von den anderen Hochschultypen? Und musste nicht jedem klar sein: Wer eine Institution lediglich sprachlich aufwertet, lässt sie mit der schlechtmöglichen Reputation starten. Und das in der akademischen Welt, in der Reputation eigentlich alles ist. Aufmerksamen Zeitgenossen blieb die Unzulänglichkeit der Neu-Gründung indes nicht verborgen. Der Spiegel schrieb am 6. Oktober 1971: „Fachhochschulen mögen billiger werden, wenn sie auf Forschung weitgehend verzichten; ohne Forschung oder Zugang zur Forschung aber scheint wissenschaftlich orientierte Lehre heute kaum noch möglich.“ Das „Sozialprestige-Gefälle“ zwischen Universität und Fachhochschule bestand fort, der Gymnasiast aus bürgerlichem Hause mied die Fachhochschule genauso wie zuvor die Ingenieurschule.<sup>13</sup>

Fortan pflegte man den schönen Schein „Hochschule“, blieb aber im Alltag Schule, litt unter dem aus diesem Widerspruch resultierenden Image- und Reputationsproblem und baute innerhalb des vorgegebenen Rahmens trotzdem sein Studienangebot konsequent aus. Immer von dem Auftrag getrieben, der regionalen Wirtschaft durch passende Studiengänge und Ausbildungswege Fachkräfte zur Verfügung stellen zu können. Als Schule betrachtet entwickelten sich die Fachhochschulen dabei durchaus erfolgreich: Der Bedarf in den Unternehmen nach praxisnah und akademisch gebildeten jungen Menschen schien unersättlich.

#### IV. Differenzierungs- und Aufwertungsschritte

Die Unternehmensnähe als Stärke erkennend und systematisch ausbauend, kam es zu einem ersten wichtigen

11 Hermann Ostendorf: Aus der Region gewachsen. 40 Jahre Hochschule Niederrhein, Krefeld 2011, S. 166f.

12 Jörg-Peter Pahl: Fachhochschule: Von der Fachschule zur Hoch-

schule für angewandte Wissenschaften, Bielefeld 2018, S. 70.

13 Der Spiegel, 41/1971: „Mit dem Latein am Ende“, S. 92-105.

Differenzierungsschritt, der bezeichnenderweise von einer regionalen Industrie- und Handelskammer angestoßen und von vielen Fachhochschulen übernommen wurde. In Krefeld wurde zu Beginn der 80er Jahre ein duales Studium entwickelt, das eine besondere Form der Zusammenarbeit von Unternehmen und Fachhochschulen schuf und die Studierenden noch enger an die Unternehmen band.<sup>14</sup> Das kooperative Ingenieurstudium sah vor, dass die Studierenden parallel zu ihrem Studium einen von der IHK anerkannten Ausbildungsberuf in einem kooperierenden Unternehmen erlernten, um nach zehn Semestern zwei Abschlüsse – das Diplom und den IHK-Abschluss – vorweisen zu können. Das sogenannte Krefelder Modell, die kooperative Ingenieurausbildung, wurde von den Unternehmen gerne angenommen und führte dazu, dass eine wachsende Zahl nicht-traditioneller Studierender ein Studium aufnahm. Die Einführung des dualen Studiums half auch dabei, die Fachhochschulen als eigenständige, praxisorientierte Hochschulen aufzuwerten und ihnen in Abgrenzung zu den Universitäten ein eigenes Profil zu geben. Noch heute finden sich duale Studiengänge vor allem in den Studienprogrammen von Fachhochschulen.

Der nächste relevante Entwicklungsschritt hatte mit der Wiedervereinigung zu tun. In der DDR hatte es keine Fachhochschulen gegeben, neben den Universitäten und Hochschulen gab es die Fachschulen und die polytechnischen Institute, die aus den Ingenieurschulen hervorgegangen waren. Mit der deutschen Einheit wurden nun zum Teil – ähnlich wie 1971 in Westdeutschland – einzelne Institute zu Fachhochschulen zusammengelegt. Andere Hochschulen wurden zu Fachhochschulen herabgestuft und verloren ihr Promotionsrecht.<sup>15</sup> Das mochte bitter für die herabgestuften Hochschulen sein, führte aber in der Fläche dazu, dass die Bedeutung von Forschung an den ostdeutschen Fachhochschulen – und damit in der Folge auch an den Westdeutschen – stieg. Denn ein Großteil des Personals kam von Universitäten oder Hochschulen, darunter nicht wenige habilitierte Wissenschaftler, die ihre Forschung nicht aufzugeben bereit waren, sondern die Forschungskultur an ihre neuen Wirkungsstätten mitnahmen.<sup>16</sup> In allen Bundesländern wurden in den Jahren 1990 bis 1993 neue Hoch-

schulgesetze auf den Weg gebracht, die – bis auf Bayern – alle der anwendungsbezogenen Forschung und Entwicklung an den Fachhochschulen größeren Raum gaben.<sup>17</sup> Dabei wurde Forschung in vielen Ländern erstmals als Pflichtaufgabe benannt. So dienten beispielsweise in Nordrhein-Westfalen Forschungs- und Entwicklungsvorhaben „der wissenschaftlichen Grundlegung und Weiterentwicklung der anwendungsbezogenen Lehre und des Studiums und haben in der Regel die Anwendung wissenschaftlicher Erkenntnisse und wissenschaftlicher Methoden in der Praxis zum Gegenstand“.<sup>18</sup> Damit war aber auch gesagt, dass die Forschung der Lehre nachgeordnet war, dass sie ausschließlich anwendungsorientiert zu sein habe und im Übrigen der Aktualität der Lehre dienen solle. Das war kein Freibrief für die Fachhochschulen, jetzt erkenntnisorientierte Forschung zu betreiben. Aber es bedeutete auch nicht, dass Forschung lediglich ein Feld für professorale Nebentätigkeit sein sollte. Die Professoren waren zwar weiterhin nicht zur Forschung verpflichtet; aber indem es die Fachhochschulen waren, konnten die Professoren daraus ihr Recht zu forschen ableiten.<sup>19</sup>

Es dauerte wiederum nur wenige Jahre, bis der nächste große Entwicklungsschub einsetzte: Bologna. Bisher schlossen die Fachhochschulstudenten ihr Studium mit einem Diplom ab. Es gab den „Diplom-Ingenieur (FH)“, der allerdings im öffentlichen Dienst nur für eine Laufbahn im gehobenen Dienst berechtigte. Der höhere Dienst blieb den Universitäts-Absolventen vorbehalten. Auch international war die Anerkennung der FH-Abschlüsse nicht eindeutig geregelt. Die 1999 in Bologna verabschiedete europäische Hochschul-Reform sah nun unter anderem ein zweistufiges System berufsqualifizierender Studienabschlüsse (Bachelor und Master), die Etablierung des European Credit Transfer System (ECTS) sowie eine auf Beschäftigungsfähigkeit (Employability) zielende Ausrichtung der Studiengänge vor. Das glied einem Konjunkturprogramm für die Fachhochschulen, die damit nicht nur die Debatten über die Gleichwertigkeit ihrer Abschlüsse über Nacht loswurden, sondern vor allem die herausgehobene Relevanz ihrer auf Beschäftigungsfähigkeit zielenden Studiengänge bestätigt bekamen. Es kann nicht verwundern, dass die

14 Siehe hierzu: 30 Jahre Ingenieur-Ausbildung in Krefeld, Krefeld 1988.

15 Pahl, S. 71.

16 Johanna Wanka: 25 Jahre Wiedervereinigung in Wissenschaft und Forschung, Rede 2015. Zitiert nach Pahl, S. 72.

17 Christian Braun: Promotionsrecht für Fachhochschulen? Bonn 1994, S. 146-153 sowie die Auflistung der Gesetzesänderungen im Anhang, S. 226-231.

18 Ebd., S. 150.

19 Ebd., S. 163f. In den nachfolgenden Hochschulgesetzesnovellie-

rungen wurde dann das Aufgabenfeld Forschung an Fachhochschulen nach und nach erweitert. 2010 stellte das Bundesverfassungsgericht fest: „Heute gestattet die Mehrheit der Bundesländer in ihren Hochschulgesetzen den Fachhochschulen nicht lediglich zu forschen, Forschung wird den Fachhochschulen vielmehr als Aufgabe, teilweise sogar ohne funktionale Bindung an ihren Ausbildungsauftrag, ausdrücklich zugewiesen. Damit haben sich auch die dienstrechtlich vermittelten Aufgaben von Fachhochschullehrern inhaltlich erweitert.“ (BverfG, BvR 216/07, III, 32).

Fachhochschulen als die großen Gewinner der Bologna-Reform gesehen wurden. Ihnen wird noch heute allgemein zuerkannt, die Reformen besser und schneller umgesetzt zu haben. Denn während der berufsqualifizierende Bachelor an den Universitäten nur über einen erheblichen „Selbstfindungsprozess“ eingeführt werden konnte, war er an den Fachhochschulen in Form des Diplomstudiengangs quasi schon da. Die Fachhochschulen brannten zudem darauf, bei der Entwicklung von Masterstudiengängen ihre wissenschaftliche Qualität unter Beweis zu stellen. Zumindest formal führte Bologna dazu, dass sich die beiden Hochschultypen Fachhochschule und Universität mit jetzt gleichrangigen Abschlüssen einen Wettbewerb „oft auf gleicher Augenhöhe“ um die besten Studierenden liefern konnten.<sup>20</sup>

Eben diese Gleichrangigkeit war auch ein wesentliches Argument in dem vielbeachteten Urteil des Bundesverfassungsgerichtes vom 13. April 2010, in dem festgestellt wurde, dass auch Fachhochschulprofessoren sich auf den Artikel 5 Abs.3 GG berufen können. „Schließlich haben sich Annäherungen zwischen Universitäten und Fachhochschulen im Zuge des so genannten Bologna-Prozesses ergeben, die erkennen lassen, dass nach dem Willen des Gesetzgebers auch Fachhochschulen als wissenschaftliche Ausbildungsstätten angesehen werden sollen.“<sup>21</sup> Das Urteil kann nur zur Lektüre empfohlen werden, auch deswegen, weil es sehr unvoreingenommen die Bedeutungsänderung schildert, die der Hochschultyp Fachhochschulen in den vergangenen dreißig Jahren erfahren hat. In Urteilen aus den Jahren 1982 und 1983 hatte das Gericht noch unterschieden zwischen wissenschaftlichen Hochschulen, die durch Forschung und Lehre die Wissenschaften entwickeln und pflegen sollen, und Fachhochschulen, die allein durch anwendungsbezogene Lehre auf eine berufliche Tätigkeit vorbereiten sollen. Am 13. April 2010 wurde festgestellt, dass diese Unterscheidung überholt sei: „Einerseits sind auch für die Universitäten Ausbildungsaufgaben zentral, so dass die Universitätslehre notwendig auf Prüfungsordnungen ausgerichtet und durch Studienpläne gesteuert wird, ohne dass dadurch der Wissenschaftscharakter der Lehre an Universitäten in Frage gestellt würde. Andererseits kann es ebenso wie bei Universitäten Aufgabe einer Fachhochschule oder der in ihr tätigen Professoren sein, ihren Studierenden im Rahmen der Ausbildungs-

aufgaben wissenschaftliche Erkenntnisse und Methoden zu vermitteln sowie sie zu wissenschaftlicher Arbeit zu befähigen.“<sup>22</sup>

Dieses Urteil war eine weitere bedeutende Wegmarke der Fachhochschulen auf ihrem mühsamen Weg des Erwachsenwerdens, denn in ihm und mit ihm wurde höchstrichterlich festgestellt, dass sich Fachhochschulprofessoren zu Professoren und Fachhochschulen zu wissenschaftlichen Hochschulen entwickelt hatten. Man mache sich klar, dass dies erst 40 Jahre nach Gründung der Fachhochschulen so festgestellt werden konnte, was einmal mehr zeigt, dass der 1971 gegründete Hochschultyp „Fachhochschule“ ein Homunkulus war und vergleichsweise wenig mit dem zu tun hatte, was man gemeinhin unter Hochschule versteht. Mit dem zitierten Bundesverfassungsgerichtsurteil und dem darin enthaltenen Ritterschlag als vollwertige wissenschaftliche Hochschule hatte nun eine Reifeentwicklung auch einen formalen Abschluss erreicht, die im Wesentlichen über zwei wichtige Stationen gelaufen war, nämlich dass den Fachhochschulen Forschung als zusätzliche Aufgabe – und zwar ohne Bindung an ihren Ausbildungsauftrag – in den Landesgesetzen ausdrücklich zugewiesen und dass die Gleichrangigkeit ihrer Abschlüsse durch den Bologna-Prozess erreicht worden war.

#### V. Der Transfer als neu geforderte Leistungsdimension einer Hochschule

Der vierte große Entwicklungsschub hat mit einer vor etwa zehn Jahren einsetzenden Bedeutungsaufwertung des Transfers als dritter Leistungsdimension einer modernen Hochschule zu tun. Davon konnten besonders die Fachhochschulen profitieren, nicht zuletzt, weil sie mit Hilfe dieser neuen Dimension ihr anwendungsorientiertes Forschungsverständnis von dem anderer Hochschultypen abgrenzen konnten.<sup>23</sup>

Was unter dem Begriff „Transfer“ zu verstehen ist, hat der Wissenschaftsrat 2013 wie folgt dargelegt: „Transfer bezieht sich nicht allein auf den technologischen Transfer [...]. Die Leistungsdimension Transfer bezieht in einem breiteren Sinne die dialogische Vermittlung und Übertragung wissenschaftlicher Erkenntnisse aus allen Wissenschaftsbereichen in Gesellschaft, Kultur, Wirtschaft und Politik ein – von der Translation in der Medi-

20 Georg Etscheid: Wir haben die Nase weit vorn. Vorbei ist die Zeit der Minderwertigkeitskomplexe: Fachhochschulen sind die Reformmotoren im deutschen Hochschulsystem, in: DIE ZEIT, 4. August 2005.

21 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 13. April 2010. 1 BvR 216/07 – Rn. (1-69), [http://www.bverfg.de/e/rs20100413\\_](http://www.bverfg.de/e/rs20100413_)

1bvro21607.html (abgerufen 14.5.2019).

22 Ebd. C.I45.

23 Siehe dazu auch Pahl, S. 108-112, der eine detaillierte Abgrenzung von angewandter und grundlagenorientierter Forschung vornimmt.

zin über den technologischen Transfer, die Anregung von öffentlichen Debatten und gezielte Politikberatung oder vergleichbare Beratungsaktivitäten bis hin zur öffentlichen Vermittlung von Erkenntnissen und Erkenntnisprozessen, etwa in Museen und Ausstellungen.“<sup>24</sup> Um es mit Beispielen aus dem Alltag einer Hochschule zu illustrieren: Das reicht von marktnahen Innovationen (Wie präpariert man Stoffe so, dass sie zu selbstleuchtenden Textilien werden?), von der technischen Lösung eines praktischen Problems (Wie muss ein Tank beschichtet sein, damit die Korrosion minimiert wird?) über Weiterbildungsangebote (Zertifikatskurse zum Thema 4.0 für die Baubranche) und größere Beratungsprojekte (Wie kann ein Mittelständler die RFID-Technik in seinem Unternehmen anwenden?) bis hin zu komplexen Verbundprojekten, die auf der Zusammenarbeit von Hochschulen mit großen Gruppen von Unternehmen beruhen (Wie funktionalisiert man Oberflächen?). Wesentliches Merkmal des Transfers ist seine Brückenfunktion zwischen zwei Welten: der Welt des „Woher“, also des Ortes, wo das Wissen entsteht, und der Welt des „Wohin“, jenes Ortes, wo das Wissen genutzt wird.

Die Aufwertung des Transferbegriffs in Anwendung auf die Hochschulwelt geschah wesentlich durch zwei wichtige Empfehlungen des Wissenschaftsrates: „Empfehlung zur Differenzierung der Hochschulen“<sup>25</sup> und „Perspektiven des deutschen Wissenschaftssystems“. Sie nimmt ihren Ausgang in einem radikal geänderten Grundverständnis von Wissenschaft, was am besten in den folgenden Sätzen aus dem Wissenschaftsratspapier von 2013 zum Ausdruck kommt: „Wissenschaft leistet auch einen wesentlichen Beitrag zur Innovationsfähigkeit, also zur Erneuerung und weiteren Entwicklung der Gesellschaft, nicht zuletzt der Wirtschaft. Sie zeigt sich in der Fähigkeit des Wissenschaftssystems, Ideen, Einsichten, Erkenntnisse und Handlungsweisen in die Gesellschaft zu tragen, etwa in Form neuer Produkte, Prozesse und Dienstleistungen. Die systematisch verfolgte Orientierung an Wissenstransfer und Innovation ist eine wesentliche Voraussetzung, um den gesellschaftlichen Wandel zu gestalten, die Wirtschaft zu stimulieren und ihre Innovationskraft zu erhalten.“<sup>26</sup>

Im Jahr 2010 ging es dem Wissenschaftsrat wesentlich um eine Steigerung der Leistungsfähigkeit des Hochschulgesamtsystems durch die funktionale Differenzierung der das System ausmachenden Hochschulen.

Die Gesellschaft erwarte weit mehr von ihren Hochschulen als Lehre und Spitzenforschung. Die bestehende Differenzierung wird bestimmt durch die Typendifferenz Universität versus Fachhochschule, wobei eine wachsende Unterschiedlichkeit und Binnendifferenzierung der Hochschulen eines Typs festgestellt werden könne. Aber die Differenzierung des Gesamtsystems müsse sich weiterentwickeln und sich auf unterschiedliche Leistungsbereiche wie „Forschung, Lehre, Weiterbildung, Ausbildung, Wissenstransfer, Internationalisierung, Bildungsbeteiligung und gesellschaftlicher Integration“ erstrecken.<sup>27</sup>

Während der Transfer hier also noch als ein Leistungsbereich von vielen Bereichen einer Hochschule dargestellt wurde, wurde er drei Jahre später in dem Papier „Perspektiven des deutschen Wissenschaftssystems“ zu der dritten und eigentlich neuen Leistungsdimension gekürt: „Die herausgehobene Funktion der Hochschulen für das Wissenschaftssystem erfordert [...] eine inhaltliche Differenzierung im Hinblick auf die wesentlichen Leistungsdimensionen Forschung, Lehre, Transfer und Infrastrukturleistungen.“<sup>28</sup> Mit anderen Worten: Eine moderne Hochschule erbringt Leistungen nicht allein in Hinsicht auf Forschung und Lehre, sondern wesentlich auch entlang zweier weiterer „Leistungsdimensionen“, nämlich „Transfer“ und „Bereitstellung wissenschaftlicher Infrastruktur“. Innerhalb des durch diese vier Leistungsdimensionen aufgespannten Raumes sollen sich die Universitäten und Fachhochschulen in Zukunft profilieren, so dass die gesamte deutsche Hochschullandschaft sich über die Jahre mehrdimensional ausdifferenzieren kann. Keine Hochschule würde dann wie die andere sein und nur wenige Hochschulen könne es geben, die sich allein entlang der beiden Humboldt’schen Leistungsdimensionen von Forschung und Lehre profilieren können. Allen anderen Hochschulen stünden Profilierungs- und Kombinationsmöglichkeiten entlang der übrigen Leistungsdimensionen offen.

Das vom Wissenschaftsrat verwendete Wort einer „Leistungsdimension“ macht dabei das eigentlich Neue aus: Eine Dimension, das ist ihr Wesen, kann unmöglich durch eine andere ersetzt werden und steht demnach für etwas den Raum originär Erweiterndes. In dieser neuen Sicht sind die zwei bekannten Dimensionen einer Hochschule, nämlich Forschung und Lehre, ergänzt durch eine völlig neue und eigenständige, vor allem gleichwer-

24 Wissenschaftsrat: Perspektiven des deutschen Wissenschaftssystems, Braunschweig 2013, S. 25f.; <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/3228-13.pdf> (abgerufen 14.5.2019).

25 Wissenschaftsrat: Empfehlung zur Differenzierung der Hochschulen, Lübeck 2010; <https://www.wissenschaftsrat.de/download/>

[archiv/10387-10.pdf](https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/10387-10.pdf) (abgerufen 14.5.2019).

26 Wissenschaftsrat 2013, S. 22.

27 Wissenschaftsrat 2010, S. 6-8.

28 Wissenschaftsrat 2013, S. 28.

tige Dimension, nämlich den Transfer. Wie revolutionär diese Erweiterung ist, wird klar, wenn man sich das Selbstverständnis der klassischen Universität vor Augen führt, das auf „einem Konzept von Wissenschaft fußt, das diese aus allen politischen, religiösen und merkantilen Bindungen befreien wollte.“<sup>29</sup> Eine solche Wissenschaft – befreit aus allen Bindungen und ganz sich selbst überlassen – steht im Widerspruch zu den im Transferbegriff angelegten Nützlichkeitsforderungen, die kaum mit der Idee verträglich sind, dass Wissenschaft allein „ihrer eigenen Logik folgen“ darf.

Diese Erweiterung des hochschulischen Leistungsraumes um die neue Dimension des Transfers kann als ein Angriff auf das klassische Selbstverständnis von Wissenschaft verstanden werden. Wer Wissenschaft im reinen und ursprünglichen Sinne versteht, nämlich als die systematische Suche nach Wahrheit, kann sie durch Nützlichkeitsforderungen nur geknebelt und in ihrem Wesen in Frage gestellt sehen. Denn wie soll eine Wissenschaft, die sich bei der Suche nach der Wahrheit allein von der Erkenntnis leiten lassen darf, gleichzeitig auf den Nutzen achten können? Fraglos kann eine erkenntnisgeleitete Wissenschaft dabei auch nützliche Resultate liefern, aber der Nutzen leitet eben nicht. Und andersherum vermag eine nutzegeleitete Wissenschaft durchaus Erkenntnisse mit sich bringen, auch wenn es darum nicht primär geht. Diese Einsicht zwingt dazu, die Wissenschaft in zweierlei Perspektiven zu setzen: Man muss grundsätzlich unterscheiden zwischen einer auf den Nutzen zielenden Wissenschaft, der angewandten Wissenschaft, und einer auf Erkenntnis abzielenden Wissenschaft. Während Letztere kaum mit der Transferforderung vereinbar ist, führt die angewandte Wissenschaft zu dem neuen Begriff des Transfers. Und insofern zerfällt der mehrdimensionale Raum, innerhalb dessen sich das Hochschulsystem differenzieren soll, wie von selbst in voneinander getrennte und nicht miteinander verträgliche Unterräume: der eine dominiert von einer erkenntnisgeleiteten Forschung (Grundlagenforschung) und der andere dominiert von einer transferorientierten Forschung (angewandte Forschung). In dem schon zitierten Urteil des Bundesverfassungsgerichtes vom April 2010 wird betont, dass die anwendungsbezogene Forschung der Grundlagenforschung in Hinsicht auf den Art. 5 Abs. 3 GG völlig gleichgestellt ist. Das Gericht wendet sich ausdrücklich „gegen einen restriktiven, statischen und abschließend definierten Forschungsbegriff.“ Forschung, so weiter, „war schon immer nicht nur

reine Grundlagenforschung, sondern setzte auch an bestimmten praktischen Fragestellungen an.“<sup>30</sup>

Ob man diesen Überlegungen nun zustimmen mag oder nicht, fest steht in jedem Falle, dass sich die Fachhochschulen mit der durch den Wissenschaftsrat vorgegenommenen Dimensionserweiterung plötzlich integriert und eingebunden fühlten in ein Gesamtkonzept von Hochschule, was neben einer rein auf den Erkenntnisgewinn optimierten Wissenschaft auch einen den Nutzen von Wissenschaft maximierenden Hochschultyp mit einschließen wollte.

## VI. Die neue Bedeutung von Region und die Strategie einer intelligenten Spezialisierung

Eine parallele Entwicklung, die ebenfalls über eine Bedeutungsaufwertung den deutschen Fachhochschulen zugutekam, ging von der Europäischen Union aus und beruht auf einem neuen Verständnis von den Regionen und ihrer Bedeutung für die Innovationsfähigkeit der europäischen Wirtschaft. Diese Entwicklung nahm ihren Anfang im Sommer 2010 mit der Wachstumsstrategie „Europa 2020“ und mündete in ein unter dem Stichwort RIS3 bekannt gewordenen Strategiekonzept der EU zur Entwicklung der Regionen, die sich auf Ihre Stärken besinnen und diese gezielt weiterentwickeln sollten. So wurden alle 271 europäischen Regionen von der EU-Kommission aufgefordert, jeweils eine ureigene, regionale Innovationsstrategie (RIS3) zu erarbeiten, die auf einer intelligenten Spezialisierung beruht, die Wettbewerbsvorteile der einzelnen Regionen herausstellt und das regionale Innovationssystem mit seinen Akteuren und Ressourcen auf das neu gefundene, unverwechselbare, intelligente Spezialisierungsprofil einstellt.

Dabei sind regional orientierte und vernetzte Hochschulen allgemein anerkannt als die Schlüsselinstitutionen für diese „smart specialisation strategies“, weil sie zusammen mit dem Netzwerk ihrer regionalen Unternehmenspartnern die eigentlichen Motoren für die regionale Entwicklung darstellen. Damit diese Strategien zur Wirkung kommen können, wurde die Vorlage einer RIS3-Strategie zur Voraussetzung gemacht, um in der Förderperiode 2014-2020 EFRE-Mittel für Forschung, Entwicklung und Innovation beantragen zu können. Dabei muss der Nachweis geführt werden, dass die regionalen Hochschulen in die RIS3-Strategien sinnvoll eingebunden sind. Insofern kann es nicht verwundern, dass die regionalen Universitäten eine zentrale, ja führende

29 Konrad Liessmann: Theorie der Umbildung. Die Irrtümer der Wissensgesellschaft, 2006, S. 43.

30 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 13. April 2010 - 1 BvR

216/07 - Rn. (1-69), S. 18/23;

[http://www.bverfg.de/e/rs20100413\\_1bvro21607.html](http://www.bverfg.de/e/rs20100413_1bvro21607.html) (abgerufen 14.5.2019).

Rolle für alle jene spielen, die EFRE-Mittel beantragen wollen, also angefangen von dem lokalen Wirtschaftsförderer über die Ministerialbürokratie bis hin zur Kommunalpolitik.

Nicht nur in Hinsicht auf lokale Innovationsstrategien trat die Europäische Kommission in den vergangenen zehn Jahren als Anwalt von Hochschuleinrichtungen mit stark regionalem Bezug auf. In Europa erwartet man ganz eindeutig eine Wissenschaft, die sich nicht auf sich selbst zurückzieht, sondern den Nutzen für andere in den Mittelpunkt stellt; also Hochschulen, die einen Innovationsbeitrag zur Wirtschaft leisten, vor allem in ihrer Region. Dass es in dieser Hinsicht in Europa noch Nachbesserungsbedarf gibt, macht die Kommission dabei unmissverständlich klar: „Hochschuleinrichtungen leisten häufig nicht den von ihnen erwarteten Innovationsbeitrag zur Wirtschaft insgesamt und vor allem zur Wirtschaft in ihrer Region.“<sup>31</sup> Um diesem Mangel abzuhelpfen, hat sich die Europäische Kommission für die nächsten Jahre eine Reihe von Maßnahmen vorgenommen. So heißt es in einer Mitteilung vom Mai 2017: „Hochschuleinrichtungen können mehr tun, [...] um ihr Bildungsangebot auf den anhand von Strategien für eine intelligente Spezialisierung ermittelten Bedarf abzustimmen, um Chancen für Innovation in vorrangigen Bereichen zu nutzen und um lokalen Unternehmen und anderen Organisationen dabei zu helfen, neue Denkweisen zu verstehen und zu übernehmen. Die Realisierung all dieser Ziele sollte Teil eines umfassenderen kulturellen Wandels sein, in dessen Zuge Hochschuleinrichtungen zu unternehmerischen Akteurinnen werden.“<sup>32</sup>

Diese Entwicklung wird den Fachhochschulen nützen, die mit ihren knapp 217 Hauptstandorten und zusätzlichen 204 Substandorten über die ganze Republik verteilt sind.<sup>33</sup> Keine andere akademische Einrichtung ist so fein über das Land verteilt. Und da der Hochschultyp zudem bekannt ist für seinen stark regionalen Bezug, sein lebendiges Netzwerk in die regionale Industrie hinein und für seine nutzstiftende, transferorientierte Forschung, liegt es nahe, ihn als die natürliche Schnittstelle zu verstehen zwischen der Wissenschaft und der in gleicher Weise über das Land verteilten mittelständischen Industrie. Man muss kein Prophet sein, um vorherzusagen, dass Fachhochschulen zukünftig mit einer weiteren

Bedeutungsaufwertung zu rechnen haben, wenn es ausgehend von Brüssel zukünftig verstärkt um lokale Innovation, um die Wechselwirkung von Wissenschaft und Wirtschaft und um regionale Spezialisierungsstrategien gehen wird.

## VII. Die Mission der HAW und ihre Abgrenzung zu anderen Hochschultypen

Wie beschrieben bestand die eigentliche Unzulänglichkeit bei der Gründung der Fachhochschulen in den Jahren 1969 bis 1971 darin, dass man mit ihrer Gründung Schulen zu Hochschulen aufwertete, ihnen aber keinen neuen hochschulischen Auftrag in das Gesetz schrieb, sondern es bei dem rein schulischen Auftrag beließ. Bei der jahrzehntelangen Suche nach ihrem Auftrag half den Fachhochschulen die schon erläuterte Trennlinie zwischen angewandter und grundlagenorientierter Forschung. Wenn der Wissenschaftsrat die Hochschulen auffordert, sich in dem durch die Dimensionen „Forschung“, „Lehre“, „Transfer“ und „Bereitstellung wissenschaftlicher Infrastruktur“ zu profilieren, so findet sich der Auftrag für die Fachhochschulen fast von selbst. Betrachten wir dazu die möglichen Kombinationen innerhalb der vier angebotenen Leistungsdimensionen, um einen Überblick über mögliche Differenzierungskonzepte zu bekommen: Die Lehre wird jede Hochschule an Bord behalten müssen, denn ohne Lehre keine Hochschule. So gelangt man zu zwei weiteren Profilierungsmodellen jenseits der klassischen Humboldt-Kombination „Forschung und Lehre“, nämlich: „Infrastrukturleistung und Lehre“ und „Transfer und Lehre“. Während einem die Phantasie zum ersten Modell fehlt – auch weil der Wissenschaftsrat vergleichsweise wenig zur wissenschaftlichen Infrastrukturleistung als neuer Leistungsdimension schreibt – strebt das zweite Paar wie von selbst auf die Fachhochschulen hin.

Ist das nicht der gesuchte Auftrag an die Fachhochschulen? Wie sich der junge Mensch bei Humboldt durch die aktive Teilhabe an der Forschung bildet, so wird er an einer modernen Fachhochschule für seine berufliche Tätigkeit akademisch ausgebildet, indem er teilnimmt an einem der vielen Transferprozesse aus der Hochschule hinein in die Wirtschaft, Gesellschaft oder

31 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Mai 2017, S. 4; <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/DE/COM-2017-247-F1-DE-MAIN-PART-1.PDF> (abgerufen 14.5.2019).

32 Ebd., S. 10.

33 Centrum für Hochschulentwicklung (Hg.): Hochschulbildung

wird zum Normalfall – auch in räumlicher Hinsicht? Eine Analyse der Ausbreitung von Hochschulstandorten seit 1990, März 2017.

Dort heißt es: „2016 existierte in Deutschland kein Postleitzahlbezirk, der vom nächstgelegenen Hochschulstandort weiter als eine gute Autostunde (59 Kilometer per Luftlinie) entfernt liegt, ebd. S. 4.“

Politik. Was in dem universitären Modell Bildung und Forschung ist, wäre in dem fachhochschulischen die akademische Ausbildung und der Transfer. Natürlich ist Transfer nicht ohne Forschung und Forschung nicht ohne Transfer denkbar. Aber die Schwerpunkte der beiden Hochschultypen unterscheiden sich in dieser Sichtweise erheblich: erkenntnisorientierte Forschung hier, anwendungsorientierte dort. Netzwerk mit der internationalen Scientific Community hier, Netzwerk mit regionalen Anwendungspartnern dort.

Eine weitere Unterscheidung geht damit einher: Während das Miteinander von Lernendem und Lehrendem bei Humboldt allein auf die Wissenschaft zielt und in der Wissenschaft bleibt, braucht der Transfergedanke zwingend ein Gegenüber, zu dem hin man sein Wissen transferieren kann. Das sind die Politik, der öffentliche Raum, die Wirtschaft, meist die regionale Wirtschaft, die eine wichtige, partnerschaftliche Rolle in dem Bildungs- und Ausbildungskonzept der Fachhochschule spielt. Und eben in diesem transferbedingten Bezug auf die regionale Wirtschaft liegen weitere Stärken der Fachhochschulidee: In anwendungsbezogener Projektarbeit bewährt sich der Studierende, begleitet von dem ihn betreuenden Professor, schon in seinem späteren beruflichen Umfeld, während sein späterer Arbeitgeber ihn früh einschätzen, einarbeiten und einplanen kann.

Wenn man das Hochschulsystem als Ganzes betrachtet, könnte es – wenn man die Differenzierungsideen des Wissenschaftsrates weiterdenkt – irgendwann ein System geben, wo an einigen Zentren die Wissenschaft um ihrer selbst willen gelehrt und vorangetrieben wird, während ein zweites, daran angekoppeltes Subsystem von weit über das Land verteilten Zentren die Ideen und Erkenntnisse der Wissenschaft zusammen mit regionalen Partnern aus der Praxis zum Nutzen der Gesellschaft weiterentwickeln und damit wissenschaftliche Ergebnisse nützlich machen würden. In diesem Bilde wären Fachhochschulen die regionalen Entwicklungs- und Anwendungszentren. Manfred Prenzel, für einige Jahre Vorsitzender des Wissenschaftsrates, denkt in ganz ähnlicher Richtung, wenn er schreibt: „Eine besondere Chance für die Fachhochschulen besteht im Wissens- und Technologietransfer. Die Fachhochschulen sollten den Transferbereich gezielt mitgestalten und sich damit profilieren. Für die Innovationsfähigkeit von Wirtschaft und Gesellschaft spielen sie eine elementare Rolle.“<sup>34</sup>

Wenn Fachhochschulen neben berufsbezogenen Lehr-Institutionen als regionale Zentren einer entwicklungsorientierten Forschung gesehen würden, wäre die Typenbezeichnung „Hochschule für angewandte Wissenschaften“ passender als der Name „Fachhochschule“, weil damit der wesentliche Unterschied zur Universität auf den Punkt gebracht würde.<sup>35</sup> Es kann nicht verwundern, wenn sich dieser Name derzeit auch innerhalb der Hochschulrektorenkonferenz durchsetzt.

Es wird gewiss noch dauern, bis wirklich ein Konsens hergestellt ist, dass das wesentlich Eigene von Fachhochschulen irgendwo zwischen einer berufsnahen Lehre und einer auf den Transfer hin getrimmten Forschung zu finden ist. Doch wäre diese eigene Mission einmal festgestellt, wäre zu fragen, wie man den Hochschultyp gegen erratische Driftbewegungen hin zu Schulen beziehungsweise Universitäten sichern kann. Zwei Antworten sind naheliegend: einmal, indem man eine Förderinstitution – zum Beispiel die Deutsche Transfergemeinschaft – schafft, die gezielt transferrelevante Forschungsprojekte finanziert, eine entsprechende neue Kultur angewandter Forschungsprojekte an Hochschulen stiftet, einen Reputationsmechanismus zur Aufwertung des Transfers gründet und in dieser Weise Hochschulen auch in ihrer Rolle als innovationsstimulierende regionale Entwicklungszentren ernst nimmt und systematisch fördert. Und zum Zweiten, indem man den professoralen Nachwuchs gezielt auf den eigenen Auftrag hin ausbildet.

Hier liegt nämlich eine Ursache für die oft beobachtete Missionsvergessenheit der Fachhochschulen: Es gibt keinen verlässlichen Karriereweg zur Fachhochschulprofessur. Kaum ein Professor an diesem Hochschultyp hätte sich zwei Jahre vor seinem Ruf träumen lassen hier einmal zu landen. Akademisch groß geworden an einer Universität, betreten sie eine Fachhochschule das erste Mal, um im Rahmen ihres Berufungsverfahrens ihre Probevorlesung zu halten. Keinerlei eigene Erfahrung in der Lehre, in der Forschung, in der Drittmittelwerbung und vor allem in Hinsicht auf die Eigenart des Hochschultyps, auf den lebenslang sich einzulassen sie sich da anschicken. Nur mühselig abzuhalten von der Versuchung, zunächst einmal ihre eigene Universitätsvergangenheit zu reproduzieren. Wie soll sich bei diesen gegenläufigen Kräften eine eigene Identität ausbilden, wie sich eine eigene Mission durchsetzen?

34 Manfred Prenzel: Fachhochschulen in Deutschland: Entwicklungen, Trends und Perspektiven. In: Wissenschaftsforum der Sozialdemokratie, 30.9. 2015. <https://forscher.de/fachhochschulen-in-deutschland-entwicklungen-trends-und-perspektiven-2/>

(abgerufen 14.5.2019).

35 Auch das Wort „Fach“ verliert übrigens seine Bedeutung, wenn man die große Zahl an Fachbereichen bedenkt, die eine moderne Fachhochschule heute hat.

Um eines differenzierten Gesamtsystems willen müssen die Fachhochschulen zukünftig mehr Anteil an einer systematischen Ausbildung ihres eigenen professoralen Nachwuchses haben. Das kann man weder der Universität noch der Unternehmenswelt alleine überlassen. Praxiserfahrung ist zwingend erforderlich, trotzdem sollte man sich zwischen exzellenter Promotion und erstem Ruf gezielt auf eine solche Professur vorbereiten und auf die Mission seines zukünftigen Arbeitgebers einstimmen können. Dass Bund und Länder hier nun ein millionenschweres Programm auflagen, mit dem neue Ideen für solche Karrierewege erprobt werden können, kann nur begrüßt werden.<sup>36</sup>

Gibt es einmal diesen Karriereweg, so kann man eine Hochschulprofessur zwar gezielt anstreben. Ob sie auch wirklich attraktiv ist, bleibt hingegen eine andere Frage. Ihre Attraktivität scheint nämlich erheblich nachzulassen: In manch einem Fachbereich ist man froh, wenn sich wenigstens zwei Kandidaten auf eine ausgeschriebene Professur bewerben. Mit der abnehmenden Attraktivität von Fachhochschulprofessuren hat sich der Wissenschaftsrat im Jahr 2016 beschäftigt und empfiehlt als Remedur: (i) Schwerpunktprofessuren, deren Inhaberrinnen und Inhaber Aufgabenschwerpunkte in definierten Leistungsdimensionen und nur ein reduziertes Lehrdeputat von 11 SWS übernehmen sollen, (ii) die Einrichtung von Teilzeitprofessuren und gemeinsamen Professuren mit außerhochschulischen Partnern, (iii) das Angebot einer leistungsorientierten Besoldung auf der Höhe eines W3-Gehalts, (iv) eine frühzeitige aktive Ansprache potenzieller Kandidatinnen und Kandidaten und deren Bindung durch Lehraufträge, (v) internationale Rekrutierungen, (vi) kooperative Promotionen und anschließende begleitete berufliche Phasen bei gleichzeitiger Anbindung, (vii) eine enge Anbindung potenzieller Kandidatinnen und Kandidaten an die Fachhochschule während der Erlangung der Berufungsvoraussetzungen.<sup>37</sup> Gerade Letzteres hat interessante Varianten, für die der Wissenschaftsrat unter dem Stichwort „Tandem Programme“ wirbt. Sie sollen einerseits den Zugang der Fachhochschulen zu potenziellen Professorinnen und Professoren und andererseits den Zugang von Unternehmen oder Einrichtungen zu Studierenden und zur Forschung an Fachhochschulen verbessern.

Drei Maßnahmen erscheinen hierbei besonders erfolgsversprechend: Ein nennenswerter Anteil der Profes-

suren jeder Hochschule sollte zukünftig als W3-Stellen vorgehalten werden. Einzelne Bundesländer haben damit bereits begonnen. Zweitens braucht es deutlich mehr Flexibilität beim Thema Deputatsreduktion, um individuell mehr Freiräume für die Forschung schaffen zu können. Erfolgreich forschenden Professoren sollte man das Lehrdeputat standardmäßig von 18 auf 9 Wochenstunden absenken. Und drittens muss man dem Berliner Vorbild folgen und einen wissenschaftlichen Mittelbau an Fachhochschulen einrichten, der in der Lehre wie in der Forschung unterstützend tätig ist und sich dabei und damit auf eine spätere Fachhochschulprofessur vorbereitet.

### VIII. Ausblick

Wenn man die letzten Koalitionsverträge im Bund und in den Ländern NRW, Hessen und Berlin auf das Thema Fachhochschule hin durchsieht, erkennt man eine bemerkenswerte Veränderungsbereitschaft der Politik: Promotionsrecht in Hessen, Mittelbau in Berlin und Hessen, neue Stellen, Unterstützung bei der Rekrutierung neuer Professoren, Verstärkung der Hochschulpaktmittel. Und auch in NRW wird im laufenden Gesetzgebungsverfahren die Einführung des Promotionsrechts zwar nicht für einzelne Fachhochschulen, aber für ein von allen Fachhochschulen getragenes Promotionskolleg diskutiert.

Der eigentliche Grund für dieses breite Entgegenkommen gegenüber Fachhochschulen ist nicht allein der Tatsache geschuldet, dass sich deren Absolventen auf dem Arbeitsmarkt bewährt haben und gefragter denn je sind, sondern auch darin, dass man verstanden hat, wie mit dem feinmaschigen Netzwerk von Fachhochschulen Wissenschaft in die regionale Wirtschaft gebracht und somit das dortige Innovationsgeschehen stimuliert werden kann. Dies haben die Fachhochschulen der Europäischen Union zu verdanken, der sie ohnehin fast alle wesentlichen Entwicklungsschübe zu verdanken haben: den Bologna-Schub, die Bedeutungsaufwertung von regionalen Hochschulen, die Wertschätzung von nutzstiftender Wissenschaft. Die Fachhochschulen sind gut beraten, sich in Brüssel einen Namen zu machen und die dortigen Entwicklungen aktiv zu begleiten.

Und auch in Hinsicht auf das in der Hochschulgemeinschaft so leidenschaftlich diskutierte Thema „Pro-

36 Mit dem Programm werden Fachhochschulen bei der Personalentwicklung und Gewinnung von Professorinnen und Professoren unterstützt. Bund und Länder stellen hierfür gemeinsam insgesamt über 430 Mio. Euro zur Verfügung, Pressemitteilung der Gemeinsamen Wissenschaftskonferenz Berlin/Bonn, 16.

November 2018 PM 11/2018.

37 Wissenschaftsrat, 21.10. 2016: Empfehlungen zur Personalgewinnung und -entwicklung an Fachhochschulen. <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/5637-16.pdf> (abgerufen 14.5.2019).

motionsrecht für Fachhochschulen“ wird die Europäische Union irgendwann einmal der entscheidende Akteur sein. Längst schon wird die Promotion als ein Qualifikationsschritt in Hinsicht auf berufliche Karrieren gesehen, nur etwa 20 Prozent aller von den Universitäten promovierte Wissenschaftler verbleiben nämlich in der Wissenschaft. Folgerichtig verlangt die Europäische Kommission, die Doktorandenausbildung verstärkt als Teil einer beruflichen Ausbildung anzusehen: „Aus ihnen gehen Forscher, Entwicklerinnen und Innovationsmanager hervor, die wissenschaftliche Entdeckungen vorantreiben und neue Ideen fördern und übernehmen. Im Vergleich zu den USA und Japan nehmen in der EU zu wenige Promovierte eine Arbeit außerhalb der akademischen Gemeinschaft auf. Hochschuleinrichtungen müssen dem entgegenwirken, indem sie in den Doktorandenprogrammen größeres Gewicht auf die Anwendung von Wissen und die Interaktion mit künftigen Arbeitgebern legen.“<sup>38</sup> Wenn die Promotion diese (relativ naheliegende) Bedeutungsumwertung in Deutschland tatsächlich einmal erführe, dann kann niemand mehr in Frage stellen, dass auch Fachhochschulen eine arbeitsmarktbezogene Doktorandenausbildung organisieren können müssen. Und der Zug in diese Richtung scheint schon zu fahren.

Angesichts all dieser anstehenden Veränderungen mag man kritisch die Finanzierungsfrage stellen. Dem

mag entgegenkommen, dass die Zahl der Studierenden und damit die Auslastung der Hochschulen perspektivisch leicht zurückgehen werden. Überdies könnten die Fachhochschulen zu dieser Finanzierung beitragen, wenn sie ein überraschend teures Privileg aufzugeben bereit wären: ihre günstigen curricularen Normwerte. Das Privileg hat mit dem alten Schulmodell für Fachhochschulen zu tun und ist wie dieses überholt. Man kann doch niemandem erklären, warum ein Universitätsstudent der Betreuung durch seinen Professor weniger bedarf als ein Fachhochschulstudent.<sup>39</sup> Auch diese Diskussion wird in Zukunft zu führen sein, auch wenn sie in diesem Falle einmal auf Kosten der Fachhochschulen gehen wird.

Fachhochschulen versorgen mittlerweile 34 Prozent aller Studierenden, verfügen in der Republik über 44 Prozent aller Professuren und über 72 Prozent aller ingenieurwissenschaftlichen Professuren. Wäre der 50. Geburtstag nicht der richtige Moment, diesen Hochschultyp zu vollwertigen Hochschulen sich entwickeln zu lassen?

Prof. Dr. Hans-Hennig von Grünberg ist Präsident der Hochschule Niederrhein und Vorsitzender der Hochschulallianz für den Mittelstand. Dr. Christian Sonntag ist Leiter des Referats Hochschulkommunikation der Hochschule Niederrhein.

38 <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/DE/COM-2017-247-F1-DE-MAIN-PART-1.PDF>

39 Siehe dazu *Oliver Günther, Hans Hennig von Grünberg* im Handelsblatt vom 21. Mai 2018, <https://www.handelsblatt.com/>

[meinung/gaßbeitraege/kommentar-zur-hochschulpolitik-studienanfänger-sollten-besser-auf-universitäten-und-fachhochschulen-verteilt-werden/22582776.html?ticket=ST-171868-NPInhgBfo-d6ujzE7aaSh-ap4](https://www.handelsblatt.com/meinung/gaßbeitraege/kommentar-zur-hochschulpolitik-studienanfänger-sollten-besser-auf-universitäten-und-fachhochschulen-verteilt-werden/22582776.html?ticket=ST-171868-NPInhgBfo-d6ujzE7aaSh-ap4) (abgerufen 14.5.2019).

# Dennis Hillemann / Tanja Wittig

## Die EU-beihilferechtliche Trennungsrechnung in der Wissenschaft – Überblick und aktuelle Rechtsfragen

### A. Einleitung und Grundlagen

Die in Art. 5 Abs. 3 GG normierte Wissenschaftsfreiheit dient u.a. der Pflege und Entwicklung der Wissenschaften und Künste durch Hochschulen und Forschungseinrichtungen.<sup>1</sup> Sie sollen an der Erhaltung des demokratischen und sozialen Rechtsstaats mitwirken,<sup>2</sup> weshalb sie der grundsätzlichen staatlichen Finanzierung durch die Bundesländer unterliegen.<sup>3</sup> Darüber hinaus können sie sich jedoch auch durch Fremdmittel finanzieren;<sup>4</sup> typischerweise Gelder von Unternehmen für die Auftragsforschung oder Gutachtenerstellung. Die Nutzung von Fremdmitteln kann dabei zu einem Spannungsverhältnis zwischen Eigeninteresse der Hochschule auf der einen und öffentlichem Zweck bzw. staatlichem Bildungsauftrag auf der anderen Seite führen. Um sicherzustellen, dass staatliche Mittel nicht auf Umwegen einem Unternehmen zufließen und so einen Wettbewerbsvorteil begründen, greift das Beihilfeverbot des Art 107 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) und speziell auf dem Gebiet der Forschung und Lehre der „Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation“ vom 21.05.2014 (2014/C 198/01; „FuE-Rahmen“).<sup>5</sup> Danach müssen wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Tätigkeiten getrennt voneinander ausgewiesen werden („Gebot der Trennungsrechnung“).<sup>6</sup> Wie Hochschulen und Forschungseinrichtungen agieren müssen, um den europarechtlichen Maßgaben des Beihilferechts gerecht zu werden, soll überblicksartig im folgenden Beitrag vorgestellt werden.

#### I. Grundsatz Art. 107 Abs. 1 AEUV

Das Beihilferecht ist Teil des europäischen Wettbewerbsrechts, welches sich in Art. 101 – 109 AEUV findet. Der Rechtsbereich zielt auf die Verhinderung von Wettbewerbsverfälschungen durch unregulierte Zuführung von

Geldern und dient folglich dem fairen Wettbewerb innerhalb der EU.<sup>7</sup> Die Mitgliedstaaten sollen nicht durch beliebige Subventionen Unternehmen so fördern, dass sie gegenüber anderen europäischen Unternehmen Wettbewerbsvorteile haben.<sup>8</sup>

Ausgangspunkt der Trennungsrechnung ist das grundsätzliche Beihilfeverbot aus Art. 107 Abs. 1 AEUV. Hiernach sind, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt,

„staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinträchtigen.“

Eine Beihilfe zeichnet sich somit durch folgende Merkmale aus:

1. Es muss sich um eine Maßnahme zugunsten eines Unternehmens handeln;
2. die Maßnahme muss das Unternehmen begünstigen;
3. die Maßnahme muss aus staatlichen Mitteln finanziert werden;
4. die Maßnahme muss bestimmte Unternehmen (oder Produktionszweige) begünstigen;
5. die Maßnahme muss den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels hervorrufen.<sup>9</sup>

Zu den Voraussetzungen des EU-Beihilfetatbestands im Folgenden:

#### 1. Unternehmen

Seinem Wortlaut nach setzt Art 107 Abs. 1 AEUV die Bevorteilung eines Unternehmens oder eines Produktionszweiges voraus.

Häufig findet sich in Verwaltungen von Hochschulen oder Forschungseinrichtungen die irrige Vorstellung, nicht in einem „Unternehmen“ im Sinne des EU-Beihil-

1 Vgl. auch BVerfGE 10, 20 (36 f.); Maunz/Dürig/Scholz, 85. EL November 2018, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 8.

2 Vgl. § 4 Abs. 1 BerlHG, § 3 Abs. 1 HmbHG, § 3 Abs. 1 NRWG, § 2 Abs. 1 LHG BaWü.

3 Vgl. § 87 Abs. 1 BerlHG, § 6 Abs. 1 HmbHG, § 2 Abs. 3 S. 3 NRWG, § 13 Abs. 2 S. 1 LHG BaWü.

4 Vgl. § 40 Abs. 1 BerlHG, § 71 Abs. 1 NRWG, § 77 Abs. 1 HmbHG, § 41 Abs. 1 LHG BaWü.

5 Abrufbar unter: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0627\(01\)&from=DE](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0627(01)&from=DE) [Stand: 30.04.2019].

6 Siehe Ziff. 2.1.1. Rn. 18 des FuE-Rahmens.

7 Bartosch, EU-Beihilfenrecht, 2. Aufl. 2016, Art. 107 AEUV, Rn. 1 ff.; Cremer, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 107, Rn. 1.

8 Grabitz/Hilf/Nettesheim/von Wallenberg/Schütte, 65. EL August 2018, AEUV Art. 107 Rn. 10, 11.

9 Vgl. Bartosch, EU-Beihilfenrecht, 2. Aufl. 2016, Art. 107 AEUV, Rn. 1 ff.; Arhold in: Münch.Komm. zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), 1. Aufl. 2011, Art. 107 AEUV, Rn. 101 ff.; Cremer, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 107, Rn. 10 ff. I.

ferechts tätig zu sein. Der Begriff des Unternehmens ist jedoch weit auszulegen. Es gilt der funktionale Unternehmensbegriff, der jede Einheit umfasst, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Rechtsform und Finanzierung sind dabei unerheblich. Dieselbe Einheit kann dabei hinsichtlich einer Tätigkeit beihilferechtliches „Unternehmen“ sein und bezüglich einer anderen Tätigkeit diesem Tatbestandsmerkmal nicht unterfallen.<sup>10</sup> Eine Gewinnerzielungsabsicht bedarf es zur Annahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit nicht.<sup>11</sup> Hochschulen und Forschungseinrichtungen können damit hinsichtlich einer Tätigkeit „Unternehmen“ im Sinne des EU-Beihilferechts sein, hinsichtlich anderer Tätigkeiten dagegen nicht. Dieses Grundverständnis des EU-Beihilferechts ist elementar. Die Autoren haben in ihrer jahrelangen Praxis bisher keine Hochschule oder (größere) Forschungseinrichtung angetroffen, die nicht auch wirtschaftliche Tätigkeiten im Sinne des EU-Beihilferechts ausüben.

Die Rechtsprechung definiert eine wirtschaftliche Tätigkeit als „jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten“.<sup>12</sup> Der Marktbezug liegt dann vor, wenn die Tätigkeit nicht rein hoheitlicher Art ist und grundsätzlich auch von einem privaten Akteur erbracht werden könnte.<sup>13</sup>

## 2. Begünstigung

Der europarechtliche Begriff der „Begünstigung“ geht in seiner Anwendung deutlich weiter als die aus dem deutschen Recht bekannte „Subvention“.<sup>14</sup> Die Begünstigung umfasst jeden wirtschaftlichen Vorteil ohne angemessene Gegenleistung, den ein Unternehmen unter üblichen Marktbedingungen, also ohne Staatseingriff, nicht erhalten hätte.<sup>15</sup> Neben staatlichen Zuwendungen kann ein Unternehmen auch durch die Befreiung von Lasten oder

Abgaben begünstigt werden. Klassische Beispiele sind verlorene Zuschüsse, zinsgünstige oder zinslose Darlehen, die Übernahme von Bürgschaften sowie die Überlassung von Grundstücken oder Gebäuden.

Oft spielt die Frage der „Begünstigung“ eine Rolle bei Ausgründungen aus Hochschulen, bei denen sich die Hochschule an einer privaten Gesellschaft beteiligt oder diese gründet. Das EU-Beihilferecht verbietet solche unternehmerischen Tätigkeiten nicht. Ob ein solches Verhalten der Hochschule jedoch marktüblich ist, sodass der Tatbestand der Begünstigung nicht erfüllt wäre, bemisst sich in ständiger Entscheidungspraxis des EuGH und der Kommission anhand des „Private-Investor-Tests“.<sup>16</sup> Dabei wird das Investitionsverhalten der öffentlichen Hand mit dem Verhalten eines hypothetischen privaten Marktakteurs verglichen. Würde der potentielle Privatinvestor eine dem Staat vergleichbare Handlung vornehmen, wäre die gewährte Leistung marktüblich, sodass keine Begünstigung vorläge. Würde er dieses Investment nicht tätigen, wäre die Leistung marktunüblich und somit eine Begünstigung im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV.<sup>17</sup> Dabei ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sich ein marktwirtschaftlich handelnder Privater stets von Renditeerwartungen leiten lässt. Der „Private-Investor-Test“ gilt danach in der Regel als bestanden, wenn aufgrund der Struktur und der Zukunftsaussichten des Unternehmens innerhalb eines angemessenen Zeitraums eine Rendite zu erwarten ist, die mit der eines Privatunternehmens bezogen auf einen angemessenen Zeitraum vergleichbar ist.<sup>18</sup>

Der Beihilfebegriff ist ein objektiver Begriff. Darauf, ob die Beihilfe bewusst oder gar schuldhaft gewährt wird, kommt es folglich nicht an. Unbeachtlich ist auch, ob mit der Beihilfe wirtschafts-, sozial-, gesundheits-, umweltpolitische oder andere Ziele verfolgt werden. Maßgeblich ist allein die begünstigende Wirkung.<sup>19</sup>

10 Vgl. EuGH, Urteil vom 01.07.2006, Rs. C-49/07, Rn. 25 – MO-TOE.

11 Vgl. EuGH, Urteil vom 16.03.2004, verbundene Rsen. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, AOK Bundesverband, Rn. 46; EuG, Urteil vom 14.10.2004, Rd. T-137/02, Pollmeier Malchow GmbH & Co. KG, Rn. 50 bis 53.

12 Vgl. EuGH, Urteil vom 23.03.2006, Rs. C-237/04, Rn. 38 – Enirisorse unter Bezugnahme auf die Urteile vom 23.04.1991, Rs. C-41/90, Rn. 21 – Höfner und Elser; vom 21.09.1999, Rs. C-67/96, Rn. 7 – Albany; vom 12.09.2000, verbundene Rsen. C-180/98 bis C-184/98, Rn. 74 – Pavlov u.a., und vom 01.07.2006, Rs. C-49/07, Rn. 22 – MOTOE.

13 Vgl. *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, 2. Aufl. 2016, Art. 107 AEUV, Rn. 6 ff.

14 Siehe auch *Risch*, KommJur 2015, 10.

15 Vgl. EuGH 30/59, Slg. 1961, 3, 43 – De Gezamenlijke Steenkolenmijnen/Hohe Behörde; EuGH C-387/92, Slg. 1994, I-877, Rn. 13 – Banco Exterior de España S. A./Ayuntamiento de Valencia.

16 Vgl. EuGH, Urteil vom 11.07.1996, Rs. C-39/94, SFEI, Rn. 60; Ur-

teil vom 29.04.1999, Rd. C-342/96, Spanien/Kommission, Rn. 41; Urteil vom 24.03.1960, Rs. 30/59, Slg. 1961, 1 (95 ff.), Gezamenlijke Steenkolenmijnen; EuG, Urteil vom 21.01.1991, Rd. T-129/95, Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH.

17 *Cremer*, in: *Callies/Ruffert*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 107, Rn. 11 ff.; *Soltész/Weiß* in *MüKo Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht*, 2. Auflage 2018 Rn. 1087 ff.

18 Vgl. EuGH, Urteil vom 21.03.1991, Rs. C-305/89, Alfa Romeo, Rn. 20; EuG, Urteil vom 12.12.2000, Rs. T-296/97, Alitalia, Rn. 84; Europäische Kommission, Entscheidung vom 23.07.2008, K (2008) 3512, Maßnahmen Deutschlands zugunsten von DHL und des Flughafens Halle/Leipzig, ABl. EU Nr. L 346 vom 23.12.2008, S. 1, Rn. 191/200.

19 Vgl. EuGH, Urteil vom 16.5.2000, Rs. C-83/98 P, Slg. 2000 I-3271, Rn. 25 Frankreich/Ladbroke Racing; EuGH 17.7.2008, Rs. C-487/06 P, Slg. 2008 I-10515, Rn. 111 British Aggregates; EuGH 21.6.2012, Rs. C-452/10 P Rn. 100 BNP Parisbas; EuG 17.12.2008, Rs. T-196/04, Slg. 2008 II-3643, Rn. 40 Ryanair.

Auch das wird gerade in Hochschulen häufig übersehen, die Beihilfen im Sinne des EU-Beihilferechts mit sozialen Aspekten oder mit dem Verweis auf die „Third Mission“ der Hochschulen rechtfertigen wollen. Das EU-Beihilferecht berücksichtigt diese gegebenenfalls auf der Ebene der Rechtfertigung, klassifiziert aber eigenständig nach den vorgenannten Begrifflichkeiten.

### 3. Finanzierung aus staatlichen Mitteln

Das Gesetz unterscheidet Beihilfen danach, ob sie „staatlich“ oder „aus staatlichen Mitteln“ gewährt wurden. Diese Unterscheidung dient nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH dazu, „in den Beihilfiebegriff nicht nur unmittelbar vom Staat gewährte Beihilfen, sondern auch jene Beihilfen einzubeziehen, die durch vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtungen gewährt werden“.<sup>20</sup> Dafür sind zwei Merkmale vonnöten, die kumulativ vorliegen müssen:<sup>21</sup> Die staatliche Herkunft der eingesetzten Mittel einerseits und die Zurechenbarkeit dieser Mittel zum Staat andererseits.

Der EuGH definiert staatliche Mittel als „alle Geldmittel, auf die die Behörden tatsächlich zur Unterstützung von Unternehmen zurückgreifen können, unabhängig davon, ob die Mittel dauerhaft zum Vermögen des Staates gehören“.<sup>22</sup> Hierunter fallen auch Mittel der Bundesländer, der Gebietskörperschaften und grundsätzlich auch die ihrer Unternehmen.

Unter eine „staatliche oder aus staatlichen Mitteln finanzierte Maßnahme“ fallen daher nicht nur Begünstigungen auf staatlicher Ebene (Bund, Land, Kommune), sondern auch durch vom Staat (teilweise) finanzierte Einrichtungen wie Hochschulen.

### 4. Selektivität

Um den Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV zu erfüllen, muss die staatliche Maßnahme selektiv wirken, d.h. einem Unternehmen oder Produktionszweig einen Vorteil gegenüber anderen Marktakteuren verschaffen. Durch das Merkmal der Selektivität ausgenommen werden sollen solche Maßnahmen, die der Gemeinschaft zugutekommen und daher kein Unternehmen bevorzugen.<sup>23</sup>

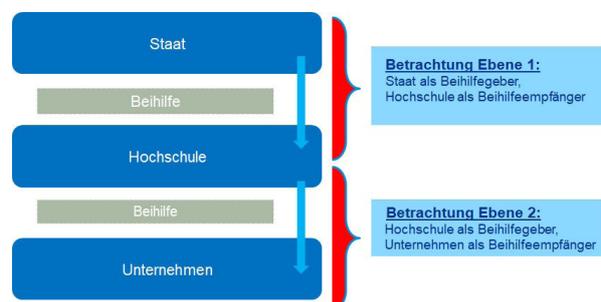
### 5. Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

Zudem muss für das Greifen der EU-Beihilfekontrolle eine zumindest potentielle Wettbewerbsverfälschung vorliegen. Eine solche liegt vor, wenn die Begünstigung zu einer verbesserten Stellung des Beihilfeempfängers oder eines dritten Unternehmens auf dem sachlich, zeitlich und räumlich relevanten Markt zulasten (potentieller) Konkurrenten führt. Zur Feststellung einer Wettbewerbsverfälschung wird die Marktlage vor und nach der etwaig gewährten Beihilfe verglichen.<sup>24</sup>

Schließlich muss eine Maßnahme auch den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen, um von der Verbotsnorm des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfasst zu sein. Unter Handel im Sinne dieser Norm ist dabei der gesamte Waren- und Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten zu verstehen.<sup>25</sup> Eine Beeinträchtigung liegt bereits dann vor, wenn sich die fragliche staatliche Maßnahme in irgendwie gearteter Weise auf den mitgliedstaatlichen bzw. gemeinschaftsweiten Handel auswirkt.<sup>26</sup>

### II. Die zwei Ebenen des EU-Beihilferechts

Jede Förderung einer Hochschule muss auf zwei Ebenen des Beihilferechts betrachtet werden:



Betrachtung der *ersten* Ebene: Diese „obere“ Ebene betrifft das Verhältnis des Staats als Beihilfegeber gegenüber der Hochschule als Beihilfeempfänger.

Betrachtung der *zweiten* Ebene: Die „untere“ Ebene betrifft dagegen die mittelbaren staatlichen Beihil-

20 Vgl. EuGH 82/77, Slg. 1978, 25 Rn. 23–25 – Van Tiggele; EuGH verb. Rs. 213–215/81, Slg. 1982, 3583 Rn. 22 – Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor; EuGH verb. Rs. C-72/91 und C-73/91, Slg. 1993, I-887 Rn. 19 – Sloman Neptun.

21 Vgl. EuGH C-379/98, Slg. 2001, I-2099 – Preussen Elektra/Schleswig; EuGH C-482/99, Slg. 2002, I-4397 – Kommission/Frankreich.

22 Vgl. EuGH, 16.05.2002, C-482/99, Rn. 37.

23 EuGH C-75/97, Slg. 1999, I-3671 Rn. 33 – Belgien/Kommission; EuGH C-143/99, Slg. 2001, I-8365 Rn. 35, 42 – Adria-Wien Pipeline/Finanzlandesdirektion.

24 Vgl. EuGH, Urteil vom 02.07.1974, Rs. 173/73, Rn. 38/40 –

Italien/Kommission; Urteil vom 17.09.1980, Rs. 730/79, Rn. 11 – Philip Morris/Kommission.

25 E der Kommission v. 21.12.2000, N 258/2000 – Freizeitbad Dorsten.

26 Vgl. EuGH, Urteil vom 17.06.1999, Rs. C-75/97, Rn. 47 – Belgien/Kommission; Urteil vom 14.09.1994, verbundene Rsen. C-278/92, 279/92 und 280/92, Rn. 40 – Spanien/Kommission; Urteil vom 21.03.1991 Rs. C-303/88, Rn. 27 – Italien/Kommission; Urteil vom 13.07.1988, Rs. 102/87, Rn. 19 – Frankreich/Kommission.

fen und damit die Fälle, in denen die Hochschule einen Privaten an ihrer staatlichen Förderung mittelbar teilhaben lässt. Klassischer Fall ist die Erbringung von Leistungen zugunsten eines Unternehmens ohne angemessene Gegenleistung. Diese Regulierung soll sicherstellen, dass die staatliche Finanzierung der Hochschule nicht auf Umwegen das Marktgeschehen beeinflusst und letztlich zu einer Wettbewerbsverzerrung führt.

### III. Freistellungsmöglichkeit

Grundsätzlich stellt jede staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Begünstigung eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 AEUV dar und muss folglich bei der Kommission angezeigt („notifiziert“) werden.<sup>27</sup> Eine Ausnahme gilt dann, wenn die getätigte Beihilfe der Freistellung unterliegt. Beispiele hierfür stellen die „*De-minimis-Verordnung*“,<sup>28</sup> die „*Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung*“<sup>29</sup> sowie – für Unternehmen, die mit sogenannten „*Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse*“ befasst sind – der Freistellungsbeschluss der EU-Kommission (Beschluss der Kommission (2012/21/EU) vom 20.12.2011<sup>30</sup>) dar.

### IV. Rechtsfolgen

Sollte keine Freistellung vorliegen und die Kommission von einem beihilferechtlichen Verstoß – typischerweise durch Medienberichte – erfahren, würde sie die Aufhebung und Erstattung der Maßnahme durch den Mitgliedstaat anordnen.<sup>31</sup> Zudem gilt nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Nichtigkeit der der Beihilfe zugrundeliegenden Verwaltungsakte, die folglich rückabgewickelt werden müssen.<sup>32</sup> Diese Rechtsfolge tritt automatisch ein und kann von Wettbewerbern des Beihilfeempfängers im Wege der zivilgerichtlichen oder der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage vor den deutschen Land- bzw. Verwaltungsgerichten dahingehend genutzt werden, dass diese auf Feststellung der Nichtigkeit des konkreten Vertrags-/Zuwendungsverhältnisses klagen.<sup>33</sup>

27 Dies ergibt sich aus Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV, wonach ein Mitgliedstaat eine Beihilfemaßnahme nicht durchführen darf, ehe die Kommission einen abschließenden Bericht erlassen hat.

28 Verordnung Nr. 1407/2013 der EU-Kommission vom 18.12.2013, ABl. L 352/1 vom 24.12.2013.

29 Verordnung Nr. 651/2014 der EU-Kommission vom 17.06.2014, ABl. L 187/1 vom 26.06.2014.

30 ABl. Nr. L 7/3 vom 11.01.2012.

31 Vgl. in diesem Sinne EuGH, Urteil vom 12. 12. 2002, Rs. C-209/00, Rn. 31 - Kommission/Bundesrepublik Deutschland.

### V. Das Gebot zur EU-beihilferechtlichen Trennungsrechnung

Die Aufhebung und Rückabwicklung der Beihilfe kann gemäß Ziff. 2.1.1. Rn. 18 des FuE-Rahmens vermieden werden, indem „*die nichtwirtschaftlichen und die wirtschaftlichen Tätigkeiten und ihre Kosten, Finanzierung und Erlöse klar voneinander getrennt werden [...], so dass keine Gefahr der Quersubventionierung der wirtschaftlichen Tätigkeit besteht.*“

Es muss also nachgewiesen werden, dass der wirtschaftliche Bereich der Einrichtung nicht durch öffentliche Mittel, die für den nichtwirtschaftlichen Bereich vorgesehen waren, finanziert wurde (Verbot der Quersubventionierung). Diesen Beweis kann die Hochschule mittels der Trennungsrechnung erbringen.

Häufig begegnet den Autoren in der Praxis die Erwartung, es gebe nur „die eine“ Trennungsrechnung, also ein in sich abgeschlossenes System, das vergleichbar bei allen Hochschulen unisono angewendet werden kann. Tatsächlich schreibt das EU-Beihilferecht kein bestimmtes System vor. Es muss nur eine klare Trennung zwischen nichtwirtschaftlichen und wirtschaftlichen Tätigkeiten einerseits gesichert sein und andererseits nachgewiesen werden, dass Defizite einzelner wirtschaftlicher Tätigkeiten nicht durch den Mittelfluss in den nichtwirtschaftlichen Bereich ausgeglichen werden.

Viele Details sind hier sowohl rechtlich wie auch betriebswirtschaftlich geprägt, z.B. die korrekte Ermittlung von Gemeinkostensätzen. Dieser Überblicksbeitrag kann diese Details nicht erschöpfend darstellen. Die Autoren konzentrieren sich daher auf zwei besonders wichtige Aspekte einer funktionierenden Trennungsrechnung: Die Abgrenzung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten einerseits und die Grundsätze der Preisermittlung andererseits.

## B. Abgrenzung von wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Tätigkeit

### I. Allgemeines

Das in Art. 107 Abs. 1 AEUV niedergelegte beihilferechtliche Verbot setzt die Begünstigung bestimmter Unter-

32 Im Regelfall wird die Rückforderung mangels spezieller Rechtsgrundlagen auf § 49a VwVfG gestützt. Der Entreichnungseinwand des § 49a Abs. 2 S.1 VwVfG ist im Regelfall nach unionskonformer Auslegung der Regelung ausgeschlossen, da andernfalls der unionsrechtswidrige Zustand erhalten bliebe (EuGH NVwZ 1998, NVWZ Jahr 1998, 45 – Alcan II).

33 Vgl. BGH, Urteil vom 12. Oktober 2006 – III ZR 299/05, NVWZ 2007, 973; Urteil vom 24. Oktober 2003 – V ZR 48/03, EuZW 2004, 254; Urteil vom 20. Januar 2004 – XI ZR 53/03, EuZW 2004, 252.

nehmen oder Produktionszweige voraus. Dabei gilt ein sog. funktionaler Unternehmensbegriff dergestalt, dass der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit umfasst, unabhängig von ihrer Rechtsform oder Finanzierung. Eine wirtschaftliche Tätigkeit wird wiederum nach ständiger Rechtsprechung als „jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten“<sup>34</sup> verstanden.

## II. Ausgestaltung der Abgrenzung im Bereich Forschung und Entwicklung

Für Hochschulen ergeben sich Besonderheiten bei der Abgrenzung. Insbesondere ist bei der Auslegung und Anwendung des EU-Beihilferechts auf dem Gebiet der Forschung und Lehre der „Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation“ vom 21.05.2014 (2014/C 198/01; „FuE-Rahmen“) maßgeblich. Dieser enthält die wichtigsten Unterscheidungen zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten. Auch die „Notion of Aid“ der EU-Kommission enthält für die Auslegung des Begriffs der staatlichen Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV wichtige Grundsätze, auch und besonders im Forschungs- und Entwicklungsbereich. Ferner sind insbesondere die Ausnahmevorschriften der AGVO für Beihilfen für Forschung, Entwicklung und Innovation (Art. 25 ff. AGVO) von Bedeutung.

Wichtig für das Verständnis des FuE-Rahmens ist sein Verhältnis zum zuvor dargestellten „allgemeinen Beihilferecht“. Dieses wird durch den FuE-Rahmen nicht ersetzt. Er stellt vielmehr Auslegungs- und Anwendungsregeln dar, insbesondere zu der Frage, welche Tätigkeiten von Hochschulen keine wirtschaftlichen Tätigkeiten darstellen und staatlicher Förderung zugänglich sind. Andere Vorschriften des FuE-Rahmens enthalten Gestaltungshinweise, wie staatliche Zuwendungen mit wirtschaftlichen Tätigkeiten von Hochschulen vereinbart werden können.

### 1. Nichtwirtschaftliche Tätigkeiten im FuE-Rahmen

Das EU-Beihilferecht privilegiert Forschungseinrichtungen insoweit, als dass sog. primäre Tätigkeiten von Forschungseinrichtungen von der Kommission im All-

gemeinen als nichtwirtschaftliche (und damit als nicht beihilferelevante) Tätigkeiten betrachtet werden.

Hierzu gehören insbesondere:

- die Ausbildung von mehr oder besser qualifizierten Humanressourcen. Die innerhalb des nationalen Bildungswesens organisierte öffentliche Bildung, die überwiegend oder vollständig vom Staat finanziert und überwacht wird, gilt als nichtwirtschaftliche Tätigkeit;
- die unabhängige Forschung und Entwicklung zur Erweiterung des Wissens und des Verständnisses (sog. Grundlagenforschung, aber auch unabhängige angewandte Forschung);
- die weite Verbreitung der Forschungsergebnisse (also die frei zugängliche Veröffentlichung von Forschungsergebnissen),<sup>35</sup>
- der Wissenstransfer (Lizensierung, Gründung von Spin-offs oder andere Formen des Managements von der Hochschule geschaffenen Wissen), wenn diese Tätigkeit interner Natur ist und alle Einnahmen daraus wieder in die wesentlichen Tätigkeiten der Hochschule investiert werden.<sup>36</sup>

### 2. Wirtschaftliche Tätigkeiten im FuE-Rahmen

Der FuE-Rahmen nennt ferner Tätigkeiten, die regelmäßig wirtschaftlicher Natur und damit beihilferelevant sind. Dazu gehören insbesondere:<sup>37</sup>

- die Vermietung von Ausrüstung und Laboratorien an Unternehmen;
- die Erbringung von Dienstleistungen für Unternehmen;
- die Auftragsforschung.

#### a) Bereitstellung von Infrastruktur für Dritte

Danach ist auch die Bereitstellung von Infrastruktur für Dritte – auch im Rahmen einer Gründungsförderung – als wirtschaftliche Tätigkeit einzustufen und gemäß der besonderen rechtlichen Vorgaben des FuE-Rahmens durchzuführen. Denn eine Infrastrukturbereitstellung beinhaltet regelmäßig die genannten Tätigkeiten der „Vermietung von Ausrüstung oder Laboratorien“ sowie der „Erbringung von Dienstleistungen“.

#### b) Auftragsforschung

Nach Ziffer 2.1.2. Rz. 21 des FuE-Rahmens betrachtet die Kommission insbesondere die Auftragsforschung für

34 Vgl. EuGH, Urteil vom 23.03.2006, Rs. C-237/04, Rn. 38 – Enirisorse unter Bezugnahme auf die Urteile vom 23.04.1991, Rs. C-41/90, Rn. 21 – Höfner und Elser; vom 21.09.1999, Rs. C-67/96, Rn. 7 – Albany; vom 12.09.2000, verbundene Rsen. C-180/98 bis C-184/98, Rn. 74 – Pavlov u.a., und vom 01.07.2006, Rs. C-49/07, Rn. 22 – MOTOE.

35 Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation vom 21.05.2014 (2014/C

198/01), Ziff. 2.1.1 Rn. 19 lit. a.

36 Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation vom 21.05.2014 (2014/C 198/01), Ziff. 2.1.1 Rn. 19 lit. b.

37 Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation vom 21.05.2014 (2014/C 198/01), Ziff. 2.1.2. Rn. 21/22.

Unternehmen als wirtschaftliche (und damit beihilfe-relevante) Tätigkeit.

Unter Auftragsforschung ist im Allgemeinen das wissenschaftliche Forschen im Auftrag eines Mittelgebers in Form eines Forschungsauftrags oder einer Forschungs-kooperation zu verstehen. Das Ziel des Forschungsauftrags wird hierbei vom Auftrag-/Mittelgeber vorgegeben und die Forschungsergebnisse sowie auch die Publikations-, Schutz-, Urheber-, Nutzungs-, und Verwertungsrechte sind ausschließlich oder zumindest zum Teil dem Auftraggeber vorbehalten; kennzeichnend ist ein Verhältnis von Leistung und Gegenleistung. Indizien für das Vorliegen einer Auftragsforschung sind folglich, dass das Unternehmen die Vertragsbedingungen festlegt, Eigentümer der Ergebnisse der Forschungstätigkeiten ist und das Risiko des Scheiterns trägt, vgl. Ziffer 2.1.1. Rz. 25 FuE-Rahmen. Kurzum steht die Frage im Mittelpunkt, ob die Forschung „abhängig“ ist von den Zielvorgaben eines Dritten, insbesondere eines Industriepartners.

Erbringt die Forschungseinrichtung abhängige und damit wirtschaftliche Forschungstätigkeiten, ist sie „Unternehmen“ im Sinne des EU-Beihilferechts. Sie tritt in Konkurrenz zu anderen, privaten Unternehmen.

Im Rahmen der Auftragsforschung darf die Forschungseinrichtung ihre staatlichen Zuwendungen deshalb nicht „mittelbar“ an das Unternehmen weiterleiten, indem sie für dieses Unternehmen Leistungen erbringt, ohne hierfür eine angemessene Gegenleistung zu erhalten. Ansonsten würde eine unzulässige „mittelbare“ Beihilfe vorliegen.

Erbringt eine Forschungseinrichtung Forschungstätigkeiten im Auftrag eines Unternehmens, sind diese daher nur dann nicht beihilferelevant, wenn die Forschungseinrichtung ein angemessenes Entgelt für ihre Leistungen erhält. Das Entgelt ist nach Ziffer 2.2.1. Rz. 25 lit. a) und b) des FuE-Rahmens angemessen, wenn die Forschungseinrichtung ihre Dienstleistung entweder zum Marktpreis erbringt oder, falls ein solcher nicht ermittelbar sein sollte, zu einem Preis, der sowohl die Gesamtkosten der Dienstleistung als auch eine angemessene Gewinnspanne umfasst. Ferner kann nach Ziffer 2.2.1. Rz. 25 lit. b) des FuE-Rahmens die beihilferechtliche Relevanz der Vergütung mittels eines Ergebnisses ausgeschlossen werden, welches auf der Grundlage des sog. „Arm's-length-Prinzip“ erzielt worden ist.

„Arm's-length-Prinzip“ bedeutet nach Ziffer 1.3. Rz. 15 lit. f) des FuE-Rahmens, „dass die Bedingungen des Rechtsgeschäfts zwischen den Vertragsparteien sich nicht von jenen unterscheiden, die bei einem Rechtsgeschäft

zwischen unabhängigen Unternehmen festgelegt werden würden, und dass keine wettbewerbswidrigen Absprachen vorliegen. Wenn ein Rechtsgeschäft auf der Grundlage eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens geschlossen wird, geht der FuE-Rahmen davon aus, dass es dem Arm's-Length-Prinzip entspricht.“

In der Praxis ist in der Regel ein Marktpreis für Auftragsforschung schwer zu ermitteln; ebenso ist das „Arm's-Length-Prinzip“ kaum rechtssicher anwendbar, weil schwer nachweisbar ist, dass eine Verhandlung unter gleichwertigen Partnern wie in der Privatwirtschaft stattgefunden hat. Die sicherste Variante der Preisbestimmung für die Trennungsrechnung ist daher der Ansatz, den Preis der Auftragsforschung nach dem Prinzip „Vollkosten plus angemessener Gewinnzuschlag“ zu bestimmen. Welcher Gewinnzuschlag angemessen ist, lässt sich wiederum nur am Einzelfall beurteilen. 1%, wie die Autoren häufig in der Praxis antreffen, ist zu wenig – kein vernünftiger Unternehmer würde mit einer solchen Spanne kalkulieren. Wirtschaftsprüfer verlangen regelmäßig sogar zwischen 10-30%, wobei das wiederum auch nicht durch das EU-Beihilferecht zwingend vorgegeben ist. Die Gutachter empfehlen Hochschulen und Forschungseinrichtungen, hier durchaus ihre Stärke auszuspielen und nicht zu knapp zu kalkulieren, insbesondere keinen Gewinnzuschlag unter 5% zu kalkulieren. Denn häufig werden Projekte teurer als ursprünglich kalkuliert. Das EU-Beihilferecht führt jedoch eine Betrachtung „vom Ende her durch“, d.h. es fragt, ob nach Projektabschluss noch ein angemessener Gewinn verbleibt. Wer einen zu geringen Zuschlag kalkuliert, kann hier nachträglich oft ein böses Erwachen erleben.

Wichtig zum Verständnis: Es ist durchaus möglich, dass ein wirtschaftliches Projekt unter Vollkosten bleibt, insbesondere wenn der Marktpreis niedriger ist als die kalkulierten Vollkosten. Es kann defizitäre wirtschaftliche Projekte geben. Diese Defizite müssen dann aber durch Gewinne aus anderen (früheren) wirtschaftlichen Projekten ausgeglichen werden.

#### c) Forschungsnahe Dienstleistungen für Unternehmen

Für forschungsnahe Dienstleistungen gilt das Gleiche wie für die Auftragsforschung. Während im Steuerrecht die Abgrenzung zwischen „Forschung“ und „Dienstleistung“ bedeutsam sein kann, spielt dies für das EU-Beihilferecht keine Rolle. Beides sind wirtschaftliche Tätigkeiten, für die die o.g. Grundsätze gelten.

d) Abgrenzungsfragen am Beispiel universitärer Weiterbildungsprogramme für Berufstätige

Ob gegen Entgelt erbrachte universitäre Angebote zur Weiterbildung von Berufstätigen als wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Tätigkeit zu werten sind, ist nicht abschließend geklärt. Derzeit wird am EuGH ein Fall verhandelt,<sup>38</sup> bei dem voraussichtlich die Frage geklärt werden wird, ob private Hochschulen als Dienstleistungserbringer gelten, womit jede Tätigkeit wirtschaftlicher Art wäre. Diese scharfe Trennung zwischen nichtwirtschaftlicher (ausschließlich dem Bildungsauftrag verpflichteter) staatlicher Universität und wirtschaftliche agierender Privatuniversität wurde durch den Generalanwalt Michal Bobek in Frage gestellt. Schließlich würden heutzutage auch staatliche Universitäten Studiengebühren erheben und teilweise sogar weltweite Joint-Ventures schließen und Spin-Off-Gesellschaften für Lehre und Forschung gründen.

Er schlägt deshalb folgende Abgrenzung vor:

- Nach jeder einzelnen Tätigkeit (insbesondere jedem Studiengang)

- Nach Bildungsebene, da nur bei Grund- und Sekundarunterricht der soziale Charakter der Bildung deutlich wird, nicht hingegen im Hochschulbereich

- Nach Finanzierung des Studiengangs und der Frage der Gegenleistung, wobei hier folgende Aspekte eine Rolle spielen:<sup>39</sup>

- Kostentragung (nicht ausschließlich und unmittelbar vom Kunden)<sup>40</sup>

- Marktkriterium (je größer der Markt für einen Studiengang [national, europäisch, global], desto weniger kann davon ausgegangen werden, dass eine besondere und einmalige soziale und kulturelle Zielsetzung verfolgt wird).<sup>41</sup> Sollte der EuGH der Argumentation des Generalanwalts folgen, würde am Beispiel der entgeltlichen Weiterbildung von Berufstätigen wohl aufgrund der Kostentragung durch den Kunden eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegen, die folglich als solche in der Trennungsrechnung ausgewiesen werden müsste.

38 Generalanwalt beim EuGH, 15.11.2018 - C-393/17, ECLI:EU:C:2018:918.

39 Generalanwalt beim EuGH, 15.11.2018 - C-393/17, ECLI:EU:C:2018:918 Rn. 57 ff.

40 Generalanwalt beim EuGH, 15.11.2018 - C-393/17, ECLI:EU:C:2018:918 Rn. 85 ff.

41 Generalanwalt beim EuGH, 15.11.2018 - C-393/17, ECLI:EU:C:2018:918 Rn. 88.

42 Siehe hierzu EuGH 26.3.2009, Rs. C-113/07 P, Slg. 2009 I-2207 Rn. 118-119 „SELEX Sistemi Integrati“; EuGH 12.7.2012, Rs. C-138/11 Rn. 38 „Compass-Datenbank“ [noch nicht in aml. Slg.]. Aus der Kommissionspraxis: KOMM. 19.7.2006, N 140/2006, ABl. 2006 Nr. C 244/12 Ziff.3.6 „Litauen: „Zuweisung von Beihilfen staatliche Unternehmen in Besserungsanstalten“:

Ein solches Urteil hätte jedoch Einfluss auf weitere universitäre Tätigkeitsbereiche, sodass hier vorerst die Entscheidung des EuGH abgewartet werden muss. Die Autoren erwarten weitreichende Auswirkungen für die Praxis.

### III. Privilegierte wirtschaftliche Tätigkeiten: 20%-Klausel des FuE-Rahmens

Der FuE-Rahmen macht vom Grundsatz der Trennungsrechnung eine weitere Ausnahme: Nach Ziff. 2.1.1. Rn. 20 des FuE-Rahmens gilt, dass bei fast ausschließlicher Nutzung einer Forschungseinrichtung oder Forschungsinfrastruktur für nichtwirtschaftliche Tätigkeiten die Kommission befinden kann, dass unter den nachfolgenden Bedingungen keine Beihilfeprüfung stattfindet.

Die wirtschaftliche Nutzung der Forschungseinrichtung oder Forschungsinfrastruktur muss eine Nebentätigkeit darstellen, die mit dem Betrieb der Forschungseinrichtung oder Forschungsinfrastruktur unmittelbar verbunden und dafür erforderlich ist. Alternativ kann der Mitgliedsstaat aber auch nachweisen, dass ein untrennbarer Zusammenhang zwischen den wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten existiert.<sup>42</sup> Ferner muss der Umfang der wirtschaftlichen Tätigkeit begrenzt sein. Dabei stellt die Kommission eine Vermutung dahingehend auf, dass dies der Fall ist, wenn für die wirtschaftlichen Tätigkeiten

- dieselben Inputs (wie Material, Ausrüstung, Personal und Anlagekapital) eingesetzt werden wie für die nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten und

- wenn die für die betreffende wirtschaftliche Tätigkeit jährlich zugewiesene Kapazität nicht mehr als 20 % der jährlichen Gesamtkapazität der betreffenden Einrichtung bzw. Infrastruktur beträgt.<sup>43</sup>

Hinsichtlich der Auslegung und Anwendung der 20%igen Kapazitätsgrenze bestehen jedoch in der Praxis Unsicherheiten, die bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt weder durch unionsrechtliche Rechtsprechung noch durch Beschlüsse der Kommission einer Klärung zugeführt worden sind. Bislang liegen keine von der EU-

Bei Beihilfen an staatliche Unternehmen, die in Besserungsanstalten die berufliche Ausbildung und die Beschäftigung von Strafgefangenen sicherstellen, kann das Ziel der Arbeitsförderung und der Wiedereingliederung nicht von der hoheitlichen Tätigkeit des Strafvollzugs getrennt werden. Siehe auch KOMM. 27.6.2007, N 558/2005, ABl. 2007 Nr. C 255/22 Rn. 52-61 „Polen: Förderung von Behindertenwerkstätten“: Bei der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen zum Zwecke ihrer Selbstständigkeit und Reintegration stellen die von diesen erzeugten Produkte und Dienstleistungen lediglich eine wirtschaftliche Nebentätigkeit dar.

43 Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation vom 21.05.2014 (2014/C 198/01), Ziff. 2.1.1 Rn. 20.

Kommission rechtsverbindlich verabschiedeten Kriterien zur Anwendung der Rn. 20 vor. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Frage, ob bezüglich der Kapazität als Bezugsgröße auf die Hochschule als Ganze („Forschungseinrichtung“, Definition siehe Rn. 15, lit. ee FuE-Rahmen) oder abgrenzbare Einheiten innerhalb der Hochschule („Forschungsinfrastruktur“, Definition siehe Rn. 15 lit. ff FuE-Rahmen, worunter u.a. auch Geräte, Archive und Infrastrukturen der Informations- und Kommunikationstechnologie fallen) abzustellen ist.<sup>44</sup> Die Kernfrage der Bezugsgröße lautet demnach: Kann sich eine einzelne Forschungseinrichtung in mehrere Untereinheiten, die jeweils Forschungsinfrastrukturen in diesem Sinne darstellen, unterteilen und muss dann für jede einzelne dieser „Untereinheiten“ die 80/20-Grenze gelten – oder ist der Blick auf die Forschungseinrichtung „als Einheit“ zu richten?

In jedem Fall ist eine Trennungsrechnung durchzuführen, um das Nicht-Überschreiten der Grenze belegen zu können. Die unter das 20 %-Kriterium fallenden wirtschaftlichen Tätigkeiten sind in der Trennungsrechnung als „privilegierte wirtschaftliche Tätigkeiten“ gesondert auszuweisen.<sup>45</sup>

In Bezug auf die Bagatellgrenze bei einer gemischten Nutzung von Infrastruktur für nichtwirtschaftliche und wirtschaftliche Tätigkeiten heißt es in Ziffer 207 der „Notion of Aid“:

*„Wenn die Infrastruktur im Falle einer gemischten Nutzung fast ausschließlich für eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit genutzt wird, kann ihre Finanzierung nach Auffassung der Kommission ganz aus dem Anwendungsbereich der Beihilfavorschriften herausfallen, sofern die wirtschaftliche Nutzung eine reine Nebentätigkeit darstellt, d. h., wenn sie unmittelbar mit dem Betrieb der Infrastruktur verbunden und dafür erforderlich ist oder in untrennbarem Zusammenhang mit der nichtwirtschaftlichen Haupttätigkeit steht. Davon ist auszugehen, wenn für die wirtschaftliche Tätigkeit die gleichen Produktionsfaktoren (zum Beispiel Materialien, Ausrüstung, Personal und Anlagevermögen) erforderlich sind wie für die nichtwirtschaftliche Haupttätigkeit. Die Inanspruchnahme der Kapazität der Infrastruktur durch wirtschaftliche Nebentätigkeiten muss in ihrem Umfang begrenzt bleiben.*

*Als Beispiele für solche wirtschaftlichen Nebentätigkeiten sind unter anderem Forschungseinrichtungen anzu-*

*führen, die gelegentlich ihre Ausrüstungen und Labors an Partner aus der Industrie vermieten. Die Kommission ist ferner der Auffassung, dass übliche Zusatzleistungen (wie Restaurants, Geschäfte oder bezahlte Parkplätze) von fast ausschließlich für nichtwirtschaftliche Tätigkeiten genutzten Infrastrukturen sich in der Regel nicht auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten auswirken, weil unwahrscheinlich ist, dass diese üblichen Zusatzleistungen Kunden aus anderen Mitgliedstaaten anziehen würden und dass ihre Finanzierung mehr als marginale Auswirkungen auf grenzüberschreitende Investitionen oder Niederlassungen haben dürfte.“*

Die Kommission geht folglich davon aus, dass bei einer gemischten Nutzung einer Infrastruktur fast ausschließlich für nichtwirtschaftliche Tätigkeiten, ihre Finanzierung ganz aus dem Anwendungsbereich des EU-Beihilferechts herausfallen kann, wenn die wirtschaftliche Nutzung eine im Umfang begrenzte reine Nebentätigkeit ist. Hierzu nennt die Kommission dieselbe Vermutungsregel wie der FuE-Rahmen.

Ferner betrachtet die Kommission übliche Zusatzleistungen (wie Restaurants, Geschäfte und bezahlte Parkplätze) von fast ausschließlich für nichtwirtschaftliche Zwecke genutzten Infrastrukturen als „in der Regel“ nicht potenziell handelsbeeinträchtigend. „In der Regel“ bedeutet, dass keine Besonderheiten vorliegen dürfen, die eine andere Annahme rechtfertigen könnten (wie beispielsweise ein Sternerestaurant, das Kunden aus anderen Mitgliedsstaaten anziehen könnte). Die Autoren sind skeptisch hinsichtlich dieser Privilegierung und empfehlen in ihrer Praxis nicht die Berufung auf diese Vorschrift, da insbesondere die unterjährige Steuerung (Vermeidung der Überschreitung der 20%-wirtschaftlichen Nutzung) kaum möglich erscheint.

Zusammenfassend wollen die Autoren darauf verweisen, dass viele Trennungsrechnungen in der Praxis nicht notwendigerweise an betriebswirtschaftlichen Parametern scheitern, sondern an einer sauberen Abgrenzung von wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten. Diese ist Voraussetzung jeder sauberen Trennungsrechnung und eine rechtliche Frage. Viele andere Aspekte einer Trennungsrechnung bauen (lediglich) darauf auf. Daher der Appell: Unbedingt eine saubere Abgrenzung wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Tätigkeiten vornehmen und in die Buchhaltung einstellen!

44 Leitfaden zur Unterscheidung wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Tätigkeit von Hochschulen (III C – 4120/6.1.2.) vom Sekretariat der Ständigen Konferenz der Kultusminister der Länder in der Bundesrepublik Deutschland vom 22.0.2017, Ziff. 5.

45 Leitfaden zur Unterscheidung wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Tätigkeit von Hochschulen (Stand: 22.09.2017), herausgegeben von dem Sekretariat der Ständigen Konferenz der

Kultusminister der Länder in der Bundesrepublik Deutschland Ziffer 5, abrufbar unter: [https://www.kmk.org/fileadmin/Dateien/veroeffentlichungen\\_beschluesse/2017/2017\\_09\\_22-Leitfaden-Wirtschaftliche-Nichtwirtschaftliche-Taetigkeit.pdf](https://www.kmk.org/fileadmin/Dateien/veroeffentlichungen_beschluesse/2017/2017_09_22-Leitfaden-Wirtschaftliche-Nichtwirtschaftliche-Taetigkeit.pdf) [Stand: 30.04.2019].

### C. Preisermittlung

Nachdem eine Abgrenzung von wirtschaftlicher zu nichtwirtschaftlicher Tätigkeit vorgenommen wurde, muss sichergestellt werden, dass wirtschaftliche Tätigkeiten nicht zu einer Quersubventionierung eines Unternehmens führen. Dies bemisst sich am sog. Private-Investor-Test. Dabei wird das wirtschaftliche Handeln der staatlichen Stelle mit dem hypothetischen Verhalten eines Privatinvestors verglichen. Würde er den Vorteil nicht oder zu ungünstigeren Konditionen anbieten, läge eine Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV vor.

Der FuE-Rahmen enthält dazu im Bereich der Forschung und Entwicklung in Abschnitt 2.2.1., Rn. 25 lit. a) und b) die folgenden Voraussetzungen, unter denen keine mittelbare staatliche Beihilfe vorliegt:

a) „Die Auftragsforschung oder Forschungsdienstleistung wird zum *Marktpreis* erbracht.

b) Wenn es keinen Marktpreis gibt, wird die Auftragsforschung oder Forschungsdienstleistung zu einem Preis erbracht, der

(1) den *Gesamtkosten entspricht und eine angemessene Gewinnspanne umfasst*, die sich an von vergleichbar tätigen Unternehmen angewandten Gewinnspannen orientiert oder

(2) das Ergebnis von nach dem „*Arm’s-length-Prinzip*“, d. h. wie zwischen unabhängigen Parteien geführten Verhandlungen, ist und zumindest die Grenzkosten gedeckt werden.“

*Diese Anforderungen sind an die Preisermittlung zu stellen.* Im Übrigen gelten die o.g. Anforderungen systematisch für alle wirtschaftlichen Tätigkeiten von Hochschulen, auch wenn dies nicht ausdrücklich klargestellt wird im FuE-Rahmen.

Die Leistungserbringung zum Marktpreis ist, sofern ein solcher bekannt ist, unproblematisch. Andernfalls kommt der Preiskalkulierung durch Addition der Gesamtkosten mit Gewinnaufschlag Bedeutung zu. Da die Preisermittlung nach dem Arm’s-length-Prinzip oft mit Beweisschwierigkeiten verbunden ist, ist vorrangig von

einer Preisermittlung zu Vollkosten + Gewinn Gebrauch zu machen.

### D. Ausblick

Die Autoren sehen in der Praxis zunehmend einerseits Bemühungen der Hochschulen und Forschungseinrichtungen, das System des EU-Beihilferechts und der Trennungsrechnung sauber umzusetzen, andererseits aber auch zunehmend kritische Prüfungen der Umsetzung insbesondere durch die Rechnungshöfe. Dabei werden viele Fehler nicht auf der Ebene betriebswirtschaftlicher Parameter begangen, sondern auf der Ebene der Abgrenzung wirtschaftlicher/nichtwirtschaftlicher Tätigkeiten. Diese Abgrenzung sollte sauber erfolgen. Eine Orientierungshilfe kann hierbei der KMK-Leitfaden<sup>46</sup> bieten, der jedoch jeweils im Einzelfall auf Kongruenz zum konkreten Fall zu prüfen ist.

Dennis Hillemann ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Senior Manager bei KPMG Law Rechtsanwalts-gesellschaft mbH in Hamburg.

Tanja Wittig ist Rechtsanwältin bei KPMG Law Rechtsanwalts-gesellschaft mbH in Hamburg.

46 Leitfaden zur Unterscheidung wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Tätigkeit von Hochschulen (Stand: 22.09.2017), herausgegeben von dem Sekretariat der Ständigen Konferenz der Kultusminister der Länder in der Bundesrepublik Deutschland, abrufbar unter: [https://www.kmk.org/fileadmin/Dateien/veroeffentlichungen\\_beschluesse/2017/2017\\_09\\_22-Leitfaden-](https://www.kmk.org/fileadmin/Dateien/veroeffentlichungen_beschluesse/2017/2017_09_22-Leitfaden-)

Wirtschaftliche-Nichtwirtschaftliche-Taetigkeit.pdf [Stand: 30.04.2019].



# Manfred Löwisch

## Tarifeinheit und Wissenschaftsfreiheit

2015 hat der Gesetzgeber das Tarifrecht um den Grundsatz der Tarifeinheit ergänzt.<sup>1</sup> Der neu in das TVG eingefügte § 4a soll dafür sorgen, dass in den Betrieben jeweils nur die Tarifverträge einer Gewerkschaft gelten. Das BVerfG hat die Regelung mit einer Reihe von Maßgaben für verfassungsmäßig erklärt und den Gesetzgeber lediglich in einem Punkt zur Nachbesserung verpflichtet.<sup>2</sup> Der Nachbesserungspflicht ist der Gesetzgeber durch eine Ergänzung des § 4a TVG nachgekommen.<sup>3</sup> Der Beitrag geht den Auswirkungen des Grundsatzes der Tarifeinheit auf Tarifverträge nach, die im Dienst der Wissenschaftsfreiheit stehen.

### I. Tarifverträge im Dienst der Wissenschaftsfreiheit

Tarifverträge können sich in den Dienst der Wissenschaftsfreiheit des einzelnen Wissenschaftlers stellen:

Prominentes Beispiel sind die in § 40 TV-L enthaltenen Sonderregelungen für Beschäftigte an Hochschulen und Forschungseinrichtungen. Deren Nr. 2 enthält besondere Bestimmungen für die in § 3 TV-L geregelten allgemeinen Arbeitsbedingungen. So sieht § 3 TV-L Nr. 3 vor, dass der Arbeitgeber bei der Wahrnehmung des Direktionsrechts die Grundrechte der Wissenschaftsfreiheit und der Kunstfreiheit sowie das Grundrecht der Gewissensfreiheit zu beachten hat (Absatz 8 Satz 1). Für Konfliktfälle wird durch die Betriebsparteien eine Ombudsperson oder eine Schlichtungskommission bestimmt, die Empfehlungen zur Konfliktlösung aussprechen kann (Absatz 8 Satz 2). Soweit befristet beschäftigten Wissenschaftlern Aufgaben übertragen werden, die auch der Vorbereitung einer Promotion oder der Erbringung zusätzlicher wissenschaftlicher Leistungen förderlich sind, soll ihnen im Rahmen ihrer Dienstaufgaben ausreichend Gelegenheit zu eigener wissenschaftlicher Arbeit gegeben werden (Absatz 9).

Tariflich regelbar ist auch der Umfang der Lehrverpflichtung des wissenschaftlichen Personals der Hoch-

schulen.<sup>4</sup> Solche Bestimmungen können im Interesse eines größeren Freiraums für wissenschaftliche Arbeit Begrenzungen des Lehrdeputats festlegen. Dem gleichen Zweck können Beschneidungen der nach dem § 10 Abs. 1 Nr. 15 und § 14 Abs. 2 Nr. 2 ArbZG bestehenden erweiterten Möglichkeiten zur Abweichung von den allgemeinen Arbeitszeitregelungen dienen.

Träger der Wissenschaftsfreiheit sind auch die wissenschaftlichen Einrichtungen selbst, insbesondere die Hochschulen, aber auch private Wissenschaftseinrichtungen.<sup>5</sup> Zu deren Schutzbereich gehört dabei auch die Organisation von Forschung und Lehre.<sup>6</sup> Tarifverträge können auch im Dienst dieses Schutzes stehen.

Gesetzliches Beispiel ist § 1 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG, nach dem durch Tarifvertrag für bestimmte Fachrichtungen und Forschungsbereiche von den in § 2 Abs. 1 WissZeitVG festgelegten Zeiträumen für die Befristung von Arbeitsverhältnissen wissenschaftlicher Mitarbeiter sowohl nach unten wie nach oben abgewichen werden kann.<sup>7</sup>

Ebenso können Hochschulen und Forschungseinrichtungen im Interesse der Wissenschaftsfreiheit von den tariflichen Gestaltungsmöglichkeiten des Teilzeitrechts Gebrauch machen. Wenn § 8 Abs. 4 Satz 3 TzBfG bestimmt, dass die betrieblichen Gründe für die Ablehnung des Wunsches eines Arbeitnehmers auf Verringerung seiner Arbeitszeit durch Tarifvertrag festgelegt werden können, gilt dies auch für Hochschulen und Forschungseinrichtungen. Gleiches gilt für die nach § 9a Abs. 6 TzBfG mögliche abweichende tarifliche Regelung des Zeitraums für die Brückenteilzeit. Hochschulen und Forschungseinrichtungen können diesen Zeitraum im Wege des Tarifvertrages den Erfordernissen von Forschung und Lehre anpassen, etwa wegen der notwendig längeren Einarbeitungszeit eines Vertreters eine Mindestanspruchnahme von mehr als dem gesetzlich vorgesehenen einem Jahr hinaus festlegen.

1 Tarifeinheitengesetz vom 3. 7. 2015, BGBl I 2015, 1130.

2 BVerfG 11. 7. 2017, 1 BvR 1571/15 u.a., NJW 2017, 2523.

3 Art. 4f des Qualifizierungschancengesetzes vom 18. 12. 2018, BGBl I 2651. Kritisch zu dieser Regelung Löwisch, Misslungene Reparatur des Tarifeinheitgesetzes, demnächst in RdA 2019.

4 BAG 17. 10. 2007, 4 AZR 778/06, ZTR 2008, 597 Rn 43ff; dazu Löwisch/Baeck, Tarifliche Regelung der Lehrverpflichtung des

wissenschaftlichen Personals an staatlichen Hochschulen, WissR 2009, 222ff.

5 BVerfG 14. 4. 1987, 1 BvR 775/84, BVerfGE 75, 192; BVerfG 10. 3. 1922, 1 BvR 454 u.a./91, BVerfGE 85, 360.

6 BVerfG 29. 5. 1973, 1 BvR 424/71 und 325/72, BVerfGE 35, 79.

7 Preis/Ulber, WisZeitVG 2. Aufl. 2017. § 1 Rn 98.

Ein weiteres Beispiel möglicher tariflicher Regelungen im Interesse der Wissenschaftsfreiheit bietet § 36 Abs. 1 Satz 3 UrhG. Die dort vorgesehenen tariflichen Vergütungsregeln gehen gemeinsamen Vergütungsregeln der Vereinigungen von Urhebern und Werknutzern vor. Sie können so genutzt werden, um etwa die Vergütungen bei Sammelwerken im Interesse der Wissenschaftsfreiheit angepasst an die Verhältnisse von Hochschulen und Forschungseinrichtung sachgerecht zu regeln.<sup>8</sup>

## II. Verdrängungswirkung qua Tarifeinheit (Grundsatz)

§ 4a Abs. 2 Satz 2 TVG stellt Tarifeinheit dadurch her, dass er im Fall kollidierender Tarifverträge nur die Rechtsnormen des Mehrheitstarifvertrags für anwendbar erklärt. Die Rechtsnormen des Minderheitstarifvertrags werden verdrängt. Für den Tatbestand der Kollision kommt es dabei nicht auf den Inhalt der Tarifverträge, sondern lediglich darauf an, ob sich deren Geltungsbereiche überschneiden. Auch wenn eine Frage im Mehrheitstarifvertrag gar nicht geregelt ist, verdrängt dieser grundsätzlich doch einen diese Frage regelnden Minderheitstarifvertrag.<sup>9</sup>

Die 2018 in § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG eingefügte zusätzliche Voraussetzung ändert am Grundsatz nichts. Zwar tritt danach die Verdrängungswirkung dann nicht ein, wenn beim Zustandekommen des Mehrheitstarifvertrags die Interessen von Arbeitnehmergruppen, die auch vom Minderheitstarifvertrag erfasst werden, nicht ernsthaft und wirksam berücksichtigt worden sind. Aber diese Verfahrensvoraussetzung hindert die Mehrheitsgewerkschaft letztlich nicht, Tarifregelungen zu treffen, welche die Interessen der Mitglieder der Minderheitsgewerkschaft übergehen.

Zudem berücksichtigt diese Einschränkung von vornherein nicht spezifische Interessen der von der Verdrängung betroffenen Arbeitgeber. Soweit diese kraft Mitgliedschaft oder kraft Allgemeinverbindlicherklärung in den Geltungsbereich eines Mehrheits-Verbandstarifvertrags fallen, werden die Rechtsnormen eines von ihnen abgeschlossenen Minderheits-Haustarifvertrags ohne Rücksicht auf dessen Inhalt verdrängt. Vereinbart eine Forschungseinrichtung nach Maßgabe von § 1 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG für einen bestimmten Bereich ihrer

Forschung tariflich längere Befristungszeiträume, wird diese Regelung nach dem Prinzip der Tarifeinheit schon dann verdrängt, wenn sie hinsichtlich der Entgelte oder der Arbeitszeit dem Geltungsbereich eines Mehrheitstarifvertrags unterfällt.

§ 4a Abs. 2 Satz 2 TVG bestimmt den Betrieb als maßgebliche Kollisionseinheit. Das hat zur Folge, dass die Eigenschaft als Mehrheits- oder Minderheitstarifvertrag von Betrieb zu Betrieb wechseln kann, je nachdem, welche Gewerkschaft dort die meisten in einem Arbeitsverhältnis stehenden Mitglieder hat. So ist es nicht ausgeschlossen, dass die in § 40 TV-L enthaltenen Sonderregelungen verdrängt werden, wenn in einer, selbst Tarifverträge abschließenden, Hochschule oder Forschungseinrichtung eine nicht am TV-L beteiligte Gewerkschaft die Mehrheit hat.

## III. Verfassungsrechtlich gebotene Einschränkung der Verdrängungswirkung

Die aus der Tarifeinheit folgende Verdrängungswirkung stößt dort, wo sie im Dienst der Wissenschaftsfreiheit stehende Tarifverträge erfasst, auf deren durch Art. 5 Abs. 3 GG gewährleisteten grundrechtlichen Schutz. Zwar werden Minderheitstarifverträge im Fall des Verbandstarifvertrags in Ausübung der auch die kollektive Koalitionsbetätigung der Verbände gewährleistenden Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG und im Fall des Haustarifvertrags auf der Arbeitgeberseite in Ausübung der durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Privatautonomie geschlossen. Aber das entbindet weder die Tarifvertragsparteien selbst noch den das Tarifvertragsrecht regelnden Staat von der Beachtung der Grundrechte der von der Rechtsnormwirkung der Tarifverträge erfassten Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Soweit Tarifautonomie und Privatautonomie zur kollektiven Verfolgung bestimmter grundrechtlich anderweitig geschützter Freiheitsrechte eingesetzt werden, genießt diese Zweckverfolgung auch deren grundrechtlichen Schutz.<sup>10</sup>

Das BVerfG hat das Problem in seinem Urteil zur Tarifeinheit gesehen und den Arbeitsgerichten auferlegt, die sich im Geltungsbereich überschneidenden Tarifverträge im Kollisionsfall „mit dem Ziel der größtmöglichen Schonung der durch eine Verdrängung beeinträchtigten Grundrechtspositionen“ auszulegen. Regelungen würden insbesondere dann nicht verdrängt, wenn und

8 Das ArbNERfG sieht anders als das UrhG tarifliche Regelungen nicht ausdrücklich vor. Zur eingeschränkten Zulässigkeit solcher Regelungen etwa *Friemel*, Die Betriebsvereinbarung über Arbeitnehmererfindungen und technische Verbesserungsvorschläge, 2004, S.17ff.

9 *Löwisch/Rieble*, TVG 4. Aufl. 2017, § 4a Rn 134.

10 *Scholz* in *Maunz/Dürig*, Grundgesetz (1999), Art. 9 Rn 111, der insoweit plätsch von „Idealkonkurrenz“ zwischen Ausübungsrecht und Inhaltsrecht spricht.

soweit es dem Willen der Tarifvertragsparteien des Mehrheitsarifvertrags entspricht, eine entsprechende Ergänzung ihrer Regelung durch Tarifverträge konkurrierender Gewerkschaften zuzulassen. Dieser Wille könne ausdrücklich dokumentiert sein, aber auch implizit zum Ausdruck kommen. Bestehe also Grund zu der Annahme, dass Regelungen kollidierender Tarifverträge nebeneinander bestehen sollen oder bei objektivierender Sicht nicht in den Gesamtkompromiss der zwischen den Parteien des Mehrheitsarifvertrags ausgehandelten Leistungen eingestellt wurden, finde die Verdrängung aus verfassungsrechtlichen Gründen zum Schutz eines geschlossenen Tarifvertrags (gemeint ist der Minderheitsarifvertrag) nicht statt.<sup>11</sup>

Das BVerfG hat bei diesem Diktum zwar in erster Linie die Schonung der auf Art. 9 Abs. 3 GG gründenden Tarifautonomie der Minderheitsgewerkschaften im Auge. Das Schonungsgebot erfasst aber ebenso andere Grundrechte, deren tarifvertragliche Verfolgung durch den Grundsatz der Tarifeinheit beeinträchtigt wird. Dementsprechend lassen sich auf diesem Wege auch einzelne Fälle eines Konflikts mit der Wissenschaftsfreiheit lösen. So werden Tarifverträge über Arbeitsentgelte das in den Sonderregeln des § 40 TV-L enthaltene Gebot, bei der Wahrnehmung des Direktionsrechts das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit zu achten, meist nicht in Frage stellen. Auch wird man davon ausgehen können, dass tarifliche Vergütungsregeln nach § 36 Abs. 1 Satz 3 UrhG regelmäßig neben Tarifverträgen über das eigentliche Arbeitsentgelt bestehen bleiben sollen.

Sehr weit führt dieser Weg freilich nicht. Dass die Parteien des Mehrheitsarifvertrags bestimmte Regulationsfragen offen lassen wollten oder sie bei objektivierender Sicht nicht in den Gesamtkompromiss der zwischen ihnen ausgehandelten Leistungen eingestellt haben, wird die Ausnahme sein. Allgemeine Arbeitsbedingungen, Bestimmungen über die Arbeitszeit und Befristungsregelungen sind regelmäßig Teil des Gesamtkompromisses. Auch ist denkbar, dass die Parteien des Mehrheitsarifvertrags, um ihre Vorstellung von der Tarifeinheit durchzusetzen, bewusst jegliche ergänzende tarifliche Regelung ausschließen.

Um auch diesen Fällen gerecht zu werden, muss einem Mehrheitsarifvertrag unabhängig vom Willen seiner Parteien die Verdrängungswirkung des § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG versagt werden, wenn er in verfassungswidriger Weise in Grundrechte eingreift, die mit einem Minderheitsarifvertrag verfolgt werden. Das läuft auf eine

Verhältnismäßigkeitsprüfung hinaus: Die Frage ist, ob die Einschränkung dieser Grundrechte geeignet und erforderlich ist, um die vom Gesetzgeber mit der Tarifeinheit verfolgten Zwecke zu erreichen, und ob sie dabei die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne wahrt.

Zweck der Tarifeinheit ist nach der Gesetzesbegründung zu § 4a TVG die Sicherung von Schutzfunktion, Verteilungsfunktion, Befriedungsfunktion und Ordnungsfunktion der Rechtsnormen von Tarifverträgen.<sup>12</sup> Von diesen Funktionen sind nach dem Urteil des BVerfG im Wesentlichen nur die Schutzfunktion und die Verteilungsfunktion übrig geblieben. Zur Befriedungsfunktion stellt das Urteil fest, dass § 4a TVG weder das Streikrecht einschränke noch das mit dem Streik verbundene Haftungsrisiko erhöhe.<sup>13</sup> Und hinsichtlich der Ordnungsfunktion erklärt das BVerfG, dass nur tatsächliche Schwierigkeiten und erst recht nur Schwierigkeiten aufseiten der Arbeitgeber, die sich daraus ergeben, dass mehrere Gewerkschaften auftreten, eine Beschränkung der Koalitionsfreiheit grundsätzlich nicht rechtfertigten.<sup>14</sup>

Schutzfunktion und Verteilungsfunktion werden durch Tarifverträge im Dienst der Wissenschaftsfreiheit aber regelmäßig nicht tangiert. So ist ein tariflich vorgesehenes Schiedsverfahren hinsichtlich der Wahrung der Wissenschaftsfreiheit bei der Wahrnehmung des Direktionsrechts für Schutzfunktion und Verteilungsfunktion der Regeln des Mehrheitsarifvertrags ohne Belang. Gleiches gilt für den Umfang der Lehrverpflichtung und die Sicherung des Freiraums für eigene wissenschaftliche Tätigkeit durch eine Beschneidung der Möglichkeiten zur Abweichung von den allgemeinen Arbeitszeitregelungen. Ebenso wenig berühren Befristungsregelungen für einzelne Fachbereiche und Forschungseinrichtungen im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG in einem Minderheitsarifvertrag Schutz- und Verteilungsfunktion des Mehrheitsarifvertrags.

Lediglich in einem Minderheitsarifvertrag getroffene Regelungen der Gründe für die Ablehnung von Wünschen auf Verringerung der Arbeitszeit und von Abweichungen vom gesetzlichen Zeitraum der Brückenteilzeit können mit Schutz- und Verteilungsfunktion entsprechender Regelungen in einem Mehrheitsarifvertrag kollidieren, wenn sie mit einer überproportionalen Inanspruchnahme der betrieblich überhaupt möglichen dauerhaften oder zeitlich begrenzten Arbeitszeitverringeringen verbunden sind. Auch dann bleibt aber die Frage, ob die für den Mehrheitsarifvertrag streitenden Gründe gewichtig genug sind, um die Regelung zu verdrängen,

11 BVerfG aaO Rn 186.

12 Regierungsentwurf, BT-Drucks. 18/4062, Vorblatt.

13 BVerfG vom 11. 7. 2017 aaO Rn 138.

14 BVerfG vom 11. 7. 2017 aaO Rn 150.

die der Minderheitstarifvertrag im Interesse der Wissenschaftsfreiheit der Hochschule oder Forschungseinrichtung getroffen hat.

schaftsfreiheit regelmäßig auch dann nicht entgegen, wenn diese Regelungen in Minderheitstarifverträgen enthalten sind.

#### **IV. Ergebnis**

Der seit 2017 geltende Grundsatz der Tarifeinheit steht der Geltung tariflicher Regelungen im Dienst der Wis-

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

# Martin Winter

## *Funktionsverschiebungen zwischen Schule und Hochschule<sup>1</sup>*

### Übersicht

#### *I. Zwischen Wettbewerb und Mangelverwaltung*

- 1. Hochschulen im Wettbewerb um Studierende*
- 2. Mangelverwaltung von Studienplätzen*

#### *II. Das Verhältnis von Schule und Hochschule im Wandel*

- 1. Werbung und Selektion*
- 2. Das Verhältnis von Schule und Hochschule*
- 3. Selektion und Ertüchtigung*
- 4. Das Abitur als Grundrechtszertifikat*
- 5. Der Bedeutungsverlust des Abiturs*
- 6. Studierendenvorbereitung und Studierendenauswahl*

#### *III. Diagnose und Ausblick*

- 1. Beabsichtigte Planung oder ungesteuerte Entwicklung?*
- 2. Prognosen*
- 3. Auswirkungen auf die Institution Hochschule*

### **I. Zwischen Wettbewerb und Mangelverwaltung**

Nach erfolgreichem Schulabschluss<sup>2</sup> wechselt ein junger Mensch an die Hochschule. Das ist nach wie vor der Normalfall einer akademischen Biografie, auch wenn sich neue Wege in die Hochschulbildung eröffnet haben, wissenschaftliche Weiterbildung eine immer wichtigere Rolle spielt und sich immer mehr erfahrene und ältere Menschen an den Hochschulen einschreiben. Obgleich der (fast) bruchlose Übergang von Schule zur Hochschule in der Post-Adoleszenz nach wie vor die Regel ist, ist das Verhältnis von Schule zu Hochschule gravierenden Veränderungen unterworfen. Weitgehend von der Öffentlichkeit unbeachtet kommt es zu einer allmählichen Umstrukturierung, die am Ende auf eine folgenreiche Neuordnung im Bildungsbereich hinausläuft. Und damit ändern sich auch die Bildungsinstitutionen Schule und Hochschule. Insbesondere auf Seiten der Hochschulen sind – langfristig betrachtet – bemerkenswerte Entwicklungen eingetreten, die allerdings widersprüch-

lich sind. Diese sollen im Folgenden genauer beleuchtet werden.

#### 1. Hochschulen im Wettbewerb um Studierende

Auf der einen Seite stehen die Hochschulen vermehrt im Wettbewerb um Studierende, sie richten Marketingstellen ein, werben um Studienanfänger/innen und machen auf vielfältige Weise Reklame für ihre Studiengänge, sie richten sogenannte Kinder- und Jugendunis aus, präsentieren sich auf Bildungsmessen, veranstalten Informationstage für Studieninteressierte, verteilen Werbe- und Info-Broschüren und rüsten ihre Internetauftritte auf; sie fahnden gar mit Hilfe von „Talent-Scouts“ nach hochschulgeeigneten Schülerinnen und Schülern mit bildungsfernem familiären Hintergrund.<sup>3</sup> Und wenn es den Studieninteressierten nicht an Talent, sondern an notwendigen Fähigkeiten und Wissensbeständen mangelt, dann kümmern sich die Hochschulen um die Beseitigung dieser Defizite – sei es im Vorfeld des Studiums oder studienbegleitend. Die Hochschulen selbst sorgen somit für die Hochschulreife – zumindest für den „letzten Schliff“ zur Studierfähigkeit. Studiovorbereitung wird in diesem Zusammenhang auch als ein wichtiger Faktor der Studierendengewinnung begriffen.

Die grundlegende Voraussetzung für den Einsatz von Studienwerbung und Marketing an einer Hochschule ist, dass diese sich als – mehr oder weniger – eigenständiger korporativer Akteur und damit als handlungsfähige Organisation definiert. Dazu wurden in den letzten 30 Jahren mit dem Transfer von Elementen aus dem New Public Management in den Hochschulbereich die Voraussetzungen geschaffen: starke Leitungspositionen, die Verantwortung der Hochschule über einen Globalhaushalt (und damit zumeist einhergehend: eine formelbasierte Mittelzuweisung), relativ eigenständige Steuerungskompetenzen in verschiedenen Bereichen (Studiengänge, Personal, Liegenschaften etc.), damit

1 Der Artikel ist in einer erheblich kürzeren Version unter dem Titel „Zwischen Wettbewerb um Studierende und Mangelverwaltung von Studienplätzen“ in dem Sammelband von *Driesen und Ittel* auf den Seiten 77-90 erschienen: *Driesen, Cornelia / Ittel, Angela* (Hg.) (2019): *Der Übergang in die Hochschule. Strategien, Organisationsstrukturen und Best Practices an deutschen Hochschulen*. Münster: Waxmann.

2 Genauer: nach dem Erwerb der Hochschulreife (Abitur), Fach-

hochschulreife (Fachabitur) oder der fachgebundenen Hochschulreife.

3 So das Talent-Scouting-Programm der Landesregierung in Nordrhein-Westfalen: <https://www.mkw.nrw/hochschule-und-forschung/studium-und-lehre/talentscouting>, <https://nrw-talentzentrum.de/>. Auf alle in den Fußnoten angegebenen Internetadressen wurde das letzte Mal am 7. Juni 2019 zugegriffen.

zusammenhängend die Möglichkeit zum Abschluss von Zielvereinbarungen mit der Regierung, aber auch mit hochschulinternen Akteuren (Kontraktmanagement), und last but not least: Wettbewerbsmechanismen. Wettbewerbsverfahren simulieren einen (Bildungs-)Markt, auf dem sich die „unternehmerischen Hochschulen“<sup>4</sup> tummeln. Wettbewerb zwischen Hochschulen wird also nicht mehr rein wissenschaftlich als „Wettbewerb der Ideen“, sondern auch ökonomisch als „Wettbewerb um Ressourcen“ praktiziert.<sup>5</sup>

Wettbewerb um Ressourcen impliziert nicht nur Konkurrenz um Drittmittel zu Forschungszwecken, sondern auch einen Wettbewerb um Studierende. Auch wenn Studierende derzeit in der Regel keine Gebühren für ihr Studium zahlen, so ist deren Anzahl für die Finanzierung der Hochschulen durchaus relevant, sei es im Kontext von formelgebundenen Mittelzuweisungsmodellen der Länder oder auch im Anreizmodell des von Bund und Länder gemeinsam finanzierten Hochschulpakts 2020.<sup>6</sup> Vereinfacht gesagt bestimmt hier die Anzahl der Studienanfänger/innen den Umfang der Mittelzuweisung. Sollten allerdings wieder Studiengebühren eingeführt werden und diese maßgeblich zur Hochschulfinanzierung beitragen, so dürfte dies weitere Anstrengungen zur Studienwerbung anspornen und damit den Wettbewerb um Studierende anfachen.

Weil sich die Hochschulen im Rahmen des neuen Steuerungsmodells immer stärker als eigenständige Organisationen wahrnehmen oder gar im Selbst- wie auch im Fremdverständnis unternehmerisch auftreten, gilt Werbung um Studierende für lohnend oder zumindest legitimationsförderlich. Der Anspruch, für sich zu werben, wird insbesondere von außen – von der Politik und den

Ministerien – an die Hochschulen herangetragen und auch finanziell – insbesondere im Rahmen des Hochschulpakts 2020 – gefördert.

## 2. Mangelverwaltung von Studienplätzen

Auf der anderen Seite zeugt die Studierendenstatistik, insbesondere die Zahlen zu den Zulassungsbeschränkungen, von einem Mangel an Studienplätzen, der von den Hochschulen offenbar nur notdürftig verwaltet wird. Blickt man auf die Zeitreihen der Studierendenstatistik, so ist festzustellen, dass die Zahlen in den letzten Jahren deutlich gestiegen sind. Die Anzahl der Studienanfänger/innen hat sich in zwanzig Jahren fast verdoppelt. Lag deren Anzahl 1995/96 bei etwas mehr als einer viertel Million Personen pro Studienjahr, so sind es seit gut fünf Jahren rund eine halbe Million Erstsemester.<sup>7</sup> Entsprechend mehr geworden sind auch insgesamt die Studierenden; um rund ein Drittel hat deren Anzahl innerhalb der letzten zehn Jahre zugenommen. Die Erklärung für diese nicht so vorhergesagte Entwicklung liegt insbesondere im Wachstum der Studienanfängerquote.<sup>8</sup> Diese Quote ist in zehn Jahren um rund 20 Prozentpunkte gestiegen, von rund 36 auf 57 Prozent (2006–2016). Dazu kommt noch, dass die Anzahl der (Fach-)Abiturient/innen von 415.267 im Jahr 2006 auf 453.622 im Jahr 2016 gestiegen ist.<sup>9</sup> Immer mehr Angehörige eines Jahrgangs streben ein Studium an. Der Quotensprung hat die Diskussion darüber angefacht, wie viele Menschen einer Alterskohorte tatsächlich für ein Hochschulstudium geeignet sind, ob es so etwas wie eine natürliche Quote der Begabungsverteilung gebe und ob nicht diese Akademisierung zur Abwertung der beruflichen Ausbildung führe – eine These, die unter dem

4 Bekannt wurde der Begriff der unternehmerischen Hochschule („entrepreneurial university“) mit einer Studie des amerikanischen Hochschulforschers *Burton R. Clark* über fünf Universitäten in Europa: *Clark, Burton R.* (1998): *Creating Entrepreneurial Universities. Organizational Pathways of Transformation*. Surrey: Pergamon Press. Vgl. *Maasen, Sabine / Weingart, Peter* (2006): *Unternehmerische Universität und neue Wissenschaftskultur*. S. 19-45 in: *Krücken, Georg* (Hg.): *Universitäre Forschung im Wandel. die hochschule*, Vol. 15, Heft 1.

5 Zur bundesdeutschen Historie des Wettbewerbs im Hochschulbereich siehe: *Winter, Martin* (2012): *Wettbewerb im Hochschulbereich*, S. 17-45 in: *Winter, Martin / Würmann, Carsten* (Hg.): *Wettbewerb und Hochschulen. die hochschule*, Vol. 21, Heft 2.

6 Zum Hochschulpakt 2020 siehe: *Gemeinsame Wissenschaftskonferenz* (2017): *Hochschulpakt 2020: Umsetzung in der zweiten Programmphase 2011-2015*. Bonn: Heft 54. URL: <https://www.gwk-bonn.de/fileadmin/Redaktion/Dokumente/Papers/GWK-Heft-54-Hochschulpakt-Umsetzung-Programmphase-2011-2015.pdf>. Siehe auch die Internetseite der Gemeinsamen Wissenschaftskonferenz: <https://www.gwk-bonn.de/themen/foerderung-von-hochschulen/hochschulpakt/>.

7 Quelle der genannten hochschulstatistischen Zahlen: Statistisches Bundesamt (Destatis), Fachserie 11, Reihe 4.1 (Studierende), 4.4. (Personal) und 4.3.1. (nichtmonetäre hochschulstatistische Kennzahlen). Die Tabellenbände sind auf der Internetseite von Destatis verfügbar: [https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bildung-Forschung-Kultur/Hochschulen/\\_inhalt.html](https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bildung-Forschung-Kultur/Hochschulen/_inhalt.html).

8 Vgl. *Christensen, Björn / Christensen, Sören* (2017): *Falsche Prognosen. Wo kommen all die Studierenden her?* Spiegel-Online. URL: <http://www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/falsche-prognosen-wo-kommen-all-die-studierenden-her-a-1126487.html>.

9 *Gehrke, Birgit / Kerst, Christian* (2018): *Bildung und Qualifikation als Grundlage der technologischen Leistungsfähigkeit Deutschlands 2018 (Kurzstudie): Studien zum deutschen Innovationssystem*. Berlin: EFI, S. 8. URL: [https://www.e-fi.de/fileadmin/Innovationstudien\\_2018/StuDIS\\_01\\_2018.pdf](https://www.e-fi.de/fileadmin/Innovationstudien_2018/StuDIS_01_2018.pdf).

Schlagwort „Akademisierungswahn“ Eingang in die Massenmedien gefunden hat und insbesondere von *Julian Nida-Rümelin*<sup>10</sup> nachhaltig vertreten wird.

Angesichts der genannten Zahlen kann ohne Übertreibung von einer neuerlichen Welle der Hochschulexpansion in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland gesprochen werden. Das Wachstum um ein Drittel in den letzten zehn Jahren wurde insbesondere durch die Mittel des Hochschulpakts 2020 finanziert. Zwar bewirkte das Bund-Länder-Programm einen massiven Ausbau der Lehrkapazitäten;<sup>11</sup> die zeitliche Befristung dieser Paktmittel führte jedoch zwangsläufig zur befristeten Einstellung von Lehrpersonal.<sup>12</sup> Dennoch wurden auch von Jahr zu Jahr weitere Professor/innen eingestellt, wobei darunter auch befristete Anstellungen fallen. Innerhalb von zehn Jahren ist die Zahl der Professuren um rund ein Viertel von 37.694 im Jahr 2006 auf rund 46.835 im Jahr 2016 gestiegen. Die Betreuungsrelation, das Verhältnis von Studierenden zu wissenschaftlichem Hochschulpersonal, ist an den Universitäten zwischen 2005 und 2015 leicht gestiegen – sprich: etwas schlechter geworden –, an den Fachhochschulen hingegen leicht gesunken – sprich: etwas besser geworden.<sup>13</sup> Ein deutlicher Hinweis auf den Mangel an Studienplätzen ist die Anzahl bzw. Quote der zulassungsbeschränkten Studiengänge. Die Zulassung zum Studium darf nach rechtlichen Maßgaben nur dann beschränkt werden, wenn die Nachfrage nach Studienplätzen absehbar höher ist als das Angebot an vorhandenen Studienplätzen. Um eine Überfüllung zu vermeiden, kann ein Numerus clausus (NC) eingeführt, die Zulassung also quantitativ beschränkt werden. Dies geschieht bei rund zwei Fünftel der Studiengänge: Im Wintersemester 2017/18 waren

44,2% aller grundständigen und 38,8% aller Master-Studiengänge zulassungsbeschränkt.<sup>14</sup>

Die Zulassungsbeschränkung ist das eine, die Verteilung der Studieninteressenten auf die knappen Studienplätze das andere Problem. Ab Ende der 1960er Jahre wurden die zulassungsbeschränkten Studiengänge in der Regel zentral vergeben, der Numerus Clausus eingeführt. Dazu wurde eine große behördenähnliche Einrichtung – in Form einer Anstalt des öffentlichen Rechts<sup>15</sup> – geschaffen, die Zentrale Vergabestelle für Studienplätze ZVS in Dortmund.<sup>16</sup> Mit der Bologna-Studienreform ist ihre Bedeutung gesunken. Denn in den Verteilmechanismus der Dortmunder „Behörde“ werden keine Studiengänge mit Bachelor oder Master-Abschluss aufgenommen, sondern nur Studiengänge mit Abschluss Staatsexamen und Diplom (die im Laufe der Jahre immer weniger wurden). Nach ihrer Stufung in Bachelor und Master fielen deshalb immer mehr Studiengänge aus dem zentralen Vergabemechanismus und wurden lokal (das heißt von den Hochschulen vor Ort) zulassungsbeschränkt. Mittlerweile unterliegt nur noch ein knappes Prozent der grundständigen Studiengänge in Deutschland einem zentralen Vergabeverfahren.<sup>17</sup> Dieser so nicht vorhergesehene Effekt der Bologna-Reform hatte zur Folge, dass sich Studieninteressenten an vielen Hochschulen bewerben, was wiederum den Verwaltungsaufwand der Hochschulen erhöhte. Hinzu kam die aus Hochschulsicht große Herausforderung, dass sich nun viele Studieninteressenten vorsorglich an mehreren Standorten bewerben und dann wieder absagen, weil sie einen Studienplatz andernorts vorziehen. Aber auch für die Studierenden ist mit der Verlagerung der Vergabe von zentraler Stelle auf die vielen lokalen Hochschulen mit zum Teil unter-

10 *Nida-Rümelin, Julian* (2014): Der Akademisierungswahn. Zur Krise beruflicher und akademischer Bildung. In: Profil, Heft 9. S. 18-27. URL: <https://hsg-eberbach.de/wp-content/uploads/2015/11/Akademisierungswahn.pdf>.

11 Mit einer Laufzeit von 2007 bis 2020 und einer Auslauffinanzierung bis 2023 wird der Pakt ein Gesamtvolumen von 38,5 Mrd. Euro aufweisen. Siehe: <https://www.bundesbericht-forschung-innovation.de/de/Hochschulpaket-2020-1792.html>.

12 Ein Vergleich der Verwendung von Grundmitteln und HSP-Mitteln in den Jahren 2011 bis 2015 durch das Institut für Innovation und Technik (iit) in Berlin ergab: 80 % des hauptberuflichen wissenschaftlichen und künstlerischen Hochschulpersonals, das über HSP-Mittel finanziert wurde, ist befristet beschäftigt; beim Hochschulpersonal, das über Grundmittel finanziert wird, sind es demgegenüber nur 55 %. Siehe: *Winterhager, Nicolas* (2018): Auswirkungen des Hochschulpakts 2020. Vortrag auf dem Forum Hochschulsteuerung des HIS-Instituts für Hochschulentwicklung am 09. und 10. April 2018, Hannover. URL: [https://his-he.de/fileadmin/user\\_upload/Veranstaltungen\\_Vortraege/2018/Forum\\_HS-Steuerung\\_2018/HIS-HE\\_09-04-2014\\_Winterhager\\_final.pdf](https://his-he.de/fileadmin/user_upload/Veranstaltungen_Vortraege/2018/Forum_HS-Steuerung_2018/HIS-HE_09-04-2014_Winterhager_final.pdf).

13 Gemeinsame Wissenschaftskonferenz, S. 18, siehe Fußnote 6.

14 Hochschulrektorenkonferenz (2017): Statistische Daten zu Studienangeboten an Hochschulen in Deutschland. Studiengänge, Studierende, Absolventinnen und Absolventen. Wintersemester 2017/2018. Statistiken zur Hochschulpolitik 2/2017. Berlin, S. 19 f. URL: [https://www.hrk.de/fileadmin/redaktion/hrk/02-Dokumente/02-02-PM/HRK\\_Staistik\\_BA\\_MA\\_UEbri ge\\_WiSe\\_2017\\_18\\_Internet.pdf](https://www.hrk.de/fileadmin/redaktion/hrk/02-Dokumente/02-02-PM/HRK_Staistik_BA_MA_UEbri ge_WiSe_2017_18_Internet.pdf). Das Centrum für Hochschulentwicklung (CHE) hat die Zahlen der Hochschulrektorenkonferenz nochmals weiter aufgeschlüsselt: *Gehlke, Anna / Hachmeister, Cort-Denis / Hüning, Lars* (2018): Der CHE Numerus Clausus-Check 2018/19. Eine Analyse des Anteils von NC-Studiengängen in den einzelnen Bundesländern. Gütersloh: CHE-Arbeitspapier 211. URL: [http://www.che.de/downloads/CHE\\_AP\\_211\\_Numerus\\_Clausus\\_Check\\_2018\\_19.pdf](http://www.che.de/downloads/CHE_AP_211_Numerus_Clausus_Check_2018_19.pdf).

15 Siehe Artikel 1 des Staatsvertrags über die Vergabe von Studienplätzen von 20. Oktober 1972.

16 Zur Geschichte des Hochschulzugangs in Deutschland einschließlich Zahlen zu ZVS-Studiengängen siehe Wissenschaftsrat (2004): Empfehlungen zur Reform des Hochschulzugangs. Drs. 5920-04. Berlin, 30. Januar 2004, S. 64 ff. sowie S. 140 ff. URL: <http://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/5920-04.pdf>.

17 Hochschulrektorenkonferenz, S. 20, siehe Fußnote 14.

schiedlichen Fristen und Voraussetzungen der Bewerbungsaufwand gewachsen.

Um die Studienplatzverteilung zu reorganisieren, sollte die ZVS zu einer Informations- und Verteilbörse umgebaut werden. 2008 löste die Stiftung für Hochschulzulassung (SfH) die ZVS ab.<sup>18</sup> Andauernde technische Probleme, insbesondere die schwierige Synchronisierung der speziellen hochschuleigenen Studien- und Zulassungssoftware (und der damit verbundenen speziellen hochschuleigenen Zulassungsverfahren und -konditionen) haben über viele Jahre die Verbreitung eines neuen elektronisch gesteuerten Verteilverfahrens – das sogenannte Dialogorientierte Serviceverfahren (DoSV) – erschwert. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Mangelverwaltung auch organisatorisch und technisch an ihre Grenzen stößt – auch deshalb, weil die lokalen Zulassungsbeschränkungen der Hochschulen so zahlreich und vielfältig sind.

## II. Das Verhältnis von Schule und Hochschule im Wandel

### 1. Werbung und Selektion

Um beide Tendenzen – Wettbewerb und Mangelverwaltung – deuten zu können, muss das Verhältnis zwischen Schule und Hochschule genauer beleuchtet werden. Eine sich autonom wählende Hochschule möchte nicht nur um neue Studierende werben, sondern auch selbst ihre Studierenden auswählen. Es geht nicht nur darum, möglichst viele Studierende zu rekrutieren, sondern dass sich möglichst gute bzw. geeignete Abiturient/innen für die Hochschule interessieren.

Mehr noch als die gesteigerten Aktivitäten zur Studienwerbung wirkt sich das Ansinnen, Studierende auszuwählen, auf das Verhältnis von Schule und Hochschule aus. Dieses Ansinnen berührt direkt die Schnittstelle zwischen den beiden Bildungsinstitutionen. Um diese Zusammenhänge zu erläutern, muss etwas weiter ausgeholt und ein Modell zur Veranschaulichung vorgestellt werden.

Grundsätzlich lässt sich die Schnittstellenproblematik in zwei Dimensionen unterteilen, die sich wechselseitig beeinflussen: Erstens hat der Übergang von der Schule zur Hochschule eine quantitative Dimension. Diese ist vorrangig eine Frage von Nachfrage, Kapazitäten und

Quoten, also des Ausmaßes der Selektivität. Zweitens gibt es die Dimension der Qualität des Übergangs. Dahinter verbirgt sich die Frage, wie der Übergang gestaltet wird, welche Institution welche Bildungsaufgaben übernimmt und schließlich: wer, wann und wie selektiert. Insbesondere mit Blick auf die Auswahlprozesse zeigt sich, dass sich Qualitätsaspekte auf die quantitative Dimension des Übergangs auswirken: Je nachdem wie selektiert wird, welche Kriterien angewandt werden, wird sich dies auch auf die Anzahl der Auserwählten auswirken.

### 2. Das Verhältnis von Schule und Hochschule

Die qualitative Dimension des Übergangs thematisiert die folgende Grafik. Der einfache Gedanke, der diesem Schaubild zugrunde liegt, ist: Auf einem Kontinuum zwischen den beiden idealtypischen Polen der Bildungswelt „Schule“ und der Bildungswelt „Hochschule“ mit ihren spezifischen Aufgaben und Funktionen, Arbeits- und Denkweisen bewegen sich die historisch konkreten Institutionen Schule und Hochschule bzw. ihre jeweiligen Unterrichtsformen.<sup>19</sup> Je nach Ausrichtung bzw. Kompetenzen der Bildungseinrichtungen<sup>20</sup> sowie der vorgesehenen Aufenthaltszeit (Schulzeit, Studiendauer)<sup>21</sup> decken sie realiter einen Teil des Kontinuums ab oder eben nicht (dies entspricht der Länge des hellgrauen und des dunkelgrauen Balkens). Mit Hilfe dieses Modells kann man sich den verschiedenen Möglichkeiten heuristisch nähern.

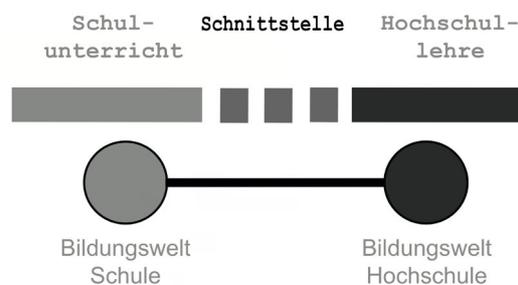


Abbildung: Idealtypische Bildungswelten und reale Formen des Unterrichts<sup>22</sup>

Die Abbildung gibt das komplexe Gefüge von Schule und Hochschule freilich nur eindimensional wieder. Sie soll

18 Ratifiziert im Staatsvertrag zur Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung für Hochschulzulassung vom 5. Juni 2008. Zur Internetseite der Einrichtung: <https://hochschulstart.de/>.

19 Selbstverständlich müsste hier genauer zwischen den Hochschularten – Universität, Fachhochschule etc. – und auch zwischen den verschiedenen Fächern (mit ihren spezifischen Fachkulturen) differenziert werden.

20 In diesem Zusammenhang wird beispielsweise auch das Kurrsys-

tem in der gymnasialen Oberstufe diskutiert.

21 Thema auf Schulseite war in den letzten Jahren die Dauer der Gymnasialzeit zwischen acht und neun Jahren.

22 Leicht modifizierte Darstellung aus: Winter, Martin (2008): Die neuen Studienstrukturen und der Übergang von Schule zu Universität. Sieben Thesen und eine Frage. S. 149-155 in: Das Hochschulwesen, Vol. 56, Heft 5, S. 153.

lediglich dazu einladen, mit der Länge der Balken zu experimentieren und so mögliche Szenarien durchzuspielen.

Letztlich ist es eine empirische Frage, wie lang die einzelnen Balken ausfallen, das heißt: wie groß die qualitative Lücke zwischen den beiden Bildungseinrichtungen ist bzw. wie eng Schulunterricht und Hochschullehre inhaltlich aufeinander abgestimmt sind. Der Abstand zwischen den beiden Balken weist darauf hin, wie die Statuspassage institutionell gerahmt ist. Innerhalb dieses Rahmens findet die individuelle „Bewältigung des Übergangs“ statt, die einen Abschnitt im Lebenslauf eines Menschen markiert. Je größer der Abstand ausfällt, desto gravierender dürften die Übergangs- bzw. Schnittstellenprobleme im Verhältnis von Schule und Hochschule ausfallen.

### 3. Selektion und Ertüchtigung

Die These ist, dass sich das Verhältnis von Schule und Hochschule – genauer: von Schulbildung und Hochschulbildung – derzeit grundlegend ändert. Der dunkelgraue Balken „Hochschullehre“ in der oben abgebildeten Grafik wird länger. Die Kompetenzbereiche der Institutionen haben sich soweit verschoben (und werden sich wohl noch weiter verschieben), dass von einem Funktionswandel gesprochen werden kann. Diese Veränderungen betreffen insbesondere die Hochschulen, die auf (vermeintliche) Niveauabsenkungen bzw. (vermeintliche) Fehlpassungen der Schulabgänger/innen reagieren.

Aus Sicht der Hochschulen sind Defizite der Schulbildung auszugleichen. Dies geschieht auf zwei Wegen: Erstens, indem nicht alle, sondern nur ausgewählte Schulabgänger/innen zum Studium zugelassen werden. Es gibt sogar aus rechtlicher Sicht – um es vorsichtig auszudrücken – eine erstaunliche Tendenz, die Erfüllung gewisser Kriterien für die Zulassung vorauszusetzen, obwohl gar keine kapazitären Engpässe und damit auch keine kapazitär bedingte Zugangsbeschränkung bei den Studienplätzen vorliegen. Bei unseren Untersuchungen an 20 Hochschulen im Jahr 2012 war es jeder fünfte Bachelor-Studiengang, für den – obgleich nicht vollständig ausgelastet und daher nicht mit einem NC versehen – besondere Zulassungsvoraussetzungen verlangt wurden.<sup>23</sup> Besonders häufig werden für das Studium einschlägige Sprachkenntnisse vorausgesetzt. Darüber hin-

aus werden auch erfolgreich bestandene Testverfahren oder vor dem Studium absolvierte Praktika zu Vorbedingungen der Studienaufnahme gemacht. Warum diese Praxis an den Hochschulen einen Bruch in der bundesdeutschen Übergangslage darstellt, wird unten erläutert. Erstaunlich ist, dass diese Entwicklung nicht weiter öffentlich diskutiert wird.<sup>24</sup> Offenbar reicht den Hochschulen das Abitur nicht mehr als Qualifikationsausweis und damit als Nachweis für die Studierfähigkeit aus – und dies wird stillschweigend so akzeptiert.

Im Übrigen teilt das Bundesverfassungsgericht die Einschätzung offenbar, dass neben dem Abitur weitere Auswahlkriterien benötigt werden, wenn es – wie in seinem aktuellen Urteil zum Mediziner-NC<sup>25</sup> – neben dem Abitur weitere Eignungskriterien nicht nur für Medizin-Studiengänge, sondern für alle zulassungsbeschränkten Studiengänge verlangt. Zwar beschränkt sich dieser Sinneswandel des Gerichts auf die zulassungsbeschränkten Studiengänge. Dennoch kann das Urteil des BVerfG durchaus als eine Neuaufwertung in seiner bisherigen Rechtsprechung interpretiert werden, die erstaunlich wenig in der Öffentlichkeit diskutiert wird (dazu später mehr).

Zweitens ergreifen die Hochschulen Maßnahmen, um die Schulabgänger/innen besser auf ein Hochschulstudium vorzubereiten (siehe unten). Auch dahinter steckt die Einschätzung bzw. die Erfahrung, dass mit dem Abitur keine hinreichende Studierfähigkeit gegeben ist.

Infolge dieser Veränderungen wandelt sich seit ein paar Jahren das Verhältnis von Schule und Hochschule grundlegend. Diese Entwicklung verdient mehr Aufmerksamkeit, als ihr bislang zuteilwurde. Im Kern geht es insbesondere um die Schnittstelle zwischen beiden Institutionen und damit auch die Frage, wie der Übergang von Schulabsolvent/innen zur Hochschule gestaltet ist. Letztendlich läuft es auf eine Abwertung des Abiturs als Berechtigungsausweis zum Hochschulzugang und auf einen Bedeutungsgewinn der Hochschule im Bildungssystem hinaus. Der zentrale Punkt in dieser Funktionsverschiebung im deutschen Bildungswesen ist der sinkende Wert des Abiturs. Um dies näher zu erläutern, muss erst das deutsche Modell des Übergangs von Schule zu Hochschule, wie es bislang vorherrschte, beschrieben werden.

23 Winter, Martin / Rathmann, Annika / Trümpler, Doreen / Falkenhagen, Teresa (2012): Entwicklungen im deutschen Studiensystem. Analysen zu Studienangebot, Studienplatzvergabe, Studienkapazität, Studienwerbung und Marketing. Wittenberg: HoF-Arbeitsbericht 7/2012. URL: [http://www.hof.uni-halle.de/dateien/ab\\_7\\_2012.pdf](http://www.hof.uni-halle.de/dateien/ab_7_2012.pdf).

24 Vgl. Winter, Martin (2015): Bologna – die ungeliebte Reform und

ihre Folgen. Beitrag für die Internetseite der Bundeszentrale für politische Bildung zum Thema „Zukunft Bildung“. URL: <http://www.bpb.de/gesellschaft/kultur/zukunft-bildung/204075/bologna-folgen>.

25 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 19. Dezember 2017 – 1 BvL 3/14 – Rn. (1-253), URL: [http://www.bverfg.de/ls20171219\\_1bv1000314.html](http://www.bverfg.de/ls20171219_1bv1000314.html).

#### 4. Das Abitur als Grundrechtszertifikat

Aufnahmeprüfungen vor Studienbeginn sind die prinzipielle Alternative zur „Reifeprüfung“ am Ende der Schulzeit. Grundsätzlich bzw. verfassungsrechtlich sind beide Wege zur Hochschule möglich: das Schulabitur als Eintrittskarte in die Hochschulwelt oder hochschuleigene Eingangstests. Das Grundgesetz gebietet nicht zwingend die „Koppelung von Abitur und Hochschulzugangsberechtigung“, wie *Kay Hailbronner*<sup>26</sup> betont. Grundsätzlich schreibt Artikel 12 Absatz 1 Grundgesetz (Ausbildungs- und Berufswahlfreiheit) nicht vor, wie die Anforderungen an die Qualifikation zum Eintritt ins Studium zu definieren sind. Das Bundesverfassungsgericht hat – in seinem NC-Urteil vom 18. Juli 1972<sup>27</sup> – ausdrücklich die Reformbedürftigkeit des Erwerbs der Hochschulreife offengelassen.

Der Streit um die beiden Alternativen ist so alt wie das Abitur selbst.<sup>28</sup> 1834 wurden die bestehenden universitären Eingangsprüfungen durch das schulische Abitur ersetzt – wohl auch zur Aufwertung der Gymnasien und zur Entlastung der Universitäten. Seit nun fast 200 Jahren bereitet das Gymnasium auf die Universität vor; der Auftrag an die Gymnasien lautet: die jungen Menschen sollen studierfähig „gemacht“ werden; die Schüler/innen erhalten dann ein Zeugnis, das ihnen Hochschulreife bescheinigt und das gleichzeitig als Berechtigungsschein fungiert, einen Studienplatz zu erhalten.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem NC-Urteil von 1972 diesen Berechtigungsschein zu einem Papier gewordenen Grundrecht auf einen Studienplatz aufgewertet und zugleich die Modalitäten des Hochschulzugangs geregelt. Das Prinzip lautet: Die Hochschulen müssen – solange sie die Kapazitäten in der Lehre aufweisen – Interessenten mit zertifizierter Studierfähigkeit aufnehmen. Hierauf haben die Abiturient/innen einen Anspruch, der auf dem Grundrecht auf Ausbildungs- und Berufswahlfreiheit gründet (in Verbindung mit dem Gleichheitssatz und dem Sozialstaatsprinzip). Erst wenn diese studiengangsspezifischen Kapazitäten an der

Hochschule ausgeschöpft sind, verstößt eine Beschränkung der Zulassung zum Studium nicht gegen dieses Grundrecht. Die Zulassung wird beschränkt, indem man nur diejenigen Abiturient/innen aufnimmt, die ein gewisses Niveau der Abiturnote aufweisen. Damit erhält nur eine beschränkte Anzahl an Bewerber/innen einen Studienplatz – das ist der sogenannte Numerus clausus (NC).<sup>29</sup> Für die Fächer, in denen die Kapazitäten der Hochschule ausreichen, ist lediglich ein Abiturzeugnis erforderlich, die Note ist irrelevant.<sup>30</sup> Deshalb widerspricht – wie bereits oben angemerkt – die Praxis in einigen Ländern, weitere Zulassungsvoraussetzungen für nicht zulassungsbeschränkte Studiengänge zu verlangen, dem Ausschöpfungsgebot des Bundesverfassungsgerichts – auch wenn diese Praxis hochschulgesetzlich ermöglicht wurde.

Verfassungsrechtlich tatsächlich möglich ist eine Beschränkung der Zulassung ohne „Not“ (einer zu starken Nachfrage) eigentlich allein in den Fächern, für deren Studium ein besonderes Talent, eine besondere Begabung jenseits der Hochschulreife vonnöten ist: in der Regel also Musik, Kunst und Sport. Dort ist die Eignung der Bewerber/innen zu prüfen, sie müssen vorspielen bzw. vorsingen, ihre Kunstwerke präsentieren oder sportliche Leistungen vollbringen. In diesen Fächern können auch Bewerber/innen mit diagnostiziertem Talentmangel abgelehnt werden, obwohl die Kapazitäten der Hochschule noch nicht ausgeschöpft sind.

Die Aufgabenaufteilung zwischen Schule und Hochschule ist in diesem Modell klar geregelt: Das Abitur bezeugt die Studierfähigkeit, die Universität knüpft mehr oder weniger nahtlos daran an. Die Hochschulen nehmen jede/n auf – solange es keine kapazitätsbedingte Zulassungsbeschränkung gibt. Klagen seitens der Hochschulen über minderkompetente Abiturient/innen mag es indes seit jeher gegeben haben. Die Annahme einer generellen Studierfähigkeit nach erfolgreichem Schulabschluss ist allerdings schon immer unterlaufen worden. Statt vorab in Aufnahmetests die passenden oder geeigneten Studierenden auszuwählen, werden (vermeint-

26 *Hailbronner, Kay* (1995): Verfassungsrechtliche Grenzen einer Neuregelung des Rechts auf Zugang zu den Hochschulen. Gutachten für das Centrum für Hochschulentwicklung. Gütersloh, CHE-Arbeitspapier Nr. 7, S. 33.

27 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 18. Juli 1972 - 1 BvL 32/70, BVerfGE 33, 303. URL: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html>.

28 Vgl. *Oelkers, Jürgen* (2009): Hochschulreife und Studierfähigkeit. Bemerkungen zur Entwicklung des Gymnasiums. Vortrag in der Kantonsschule Wettingen am 11. Juni 2009. URL: <https://www.ife.uzh.ch/dam/jcr:00000000-4a53-efb4-ffff-ffffae788661/Wettingen.pdf> sowie *Wolter, Andrä* (1989): Von der Elitenbildung zur Bildungsexpansion. Zweihundert Jahre Abitur (1788-1988). Oldenburg: Oldenburger Universitätsreden. URL: <http://oops.uni-oldenburg.de/1193/> sowie *Wolter, Andrä* (2016): Gymnasium und Abitur als „Königsweg“ des Hochschulzugangs: Historische Entwicklungslinien und institutionelle Transformationen. S. 1-27 in: *Kramer, Jochen / Neumann, Marko / Trautwein, Ulrich* (Hg.): Abitur und Matura im Wandel. Historische Entwicklungslinien, aktuelle Reformen und ihre Effekte. Berlin: Springer.

29 Umgangssprachlich bezeichnet der NC die Abiturgesamtnote, die erreicht sein muss, um einen Studienplatz zu bekommen.

30 Ausführlich dargestellt ist die Logik von Studienplatzvergabe und Kapazitätsermittlung in: *Winter, Martin* (2013): Studienplatzvergabe und Kapazitätsermittlung. Berechnungs- und Verteilungslogiken sowie föderale Unterschiede im Kontext der Studienstrukturreform. S. 241-273 in: *Wissenschaftsrecht*, Vol. 46, Heft 3, S. 245 ff.

lich) leistungsschwächere Studierende in Zwischenprüfungen in den ersten Semestern „ausgesiebt“.

##### 5. Der Bedeutungsverlust des Abiturs

Das Erstaunliche an dem Wandel ist, dass er nicht offen programmatisch erklärt wird, sondern dass vielmehr schleichend Fakten geschaffen werden. Diese Formulierung unterstellt allerdings, es gebe identifizierbare absichtsvoll handelnde Urheber dieser Veränderungen. Wurde die Entwicklung tatsächlich gewollt vorangetrieben oder handelt es sich dabei lediglich um eine Reaktion ohne dahinterliegende absichts- oder gar interessen-geleitete Strategie? Eine grundsätzliche politische Debatte über das Verhältnis von Hochschule und Schule sowie über die Funktion des Abiturs hat nicht stattgefunden, wohl aber eine Diskussion über die Qualität des Abiturs – sowohl in der Öffentlichkeit als auch in Fachkreisen. Denn kritische Fragen gibt es viele:

Ist das Leistungsniveau des Abiturs tatsächlich gesunken? Werden im Abitur zu viele Fächer belegt (und diese damit zu oberflächlich gelernt) oder sind es gar die „falschen“ Fächer? Geben die Abiturnoten belastbare Hinweise auf die Leistungsfähigkeit der Schulabgänger/innen? Weshalb ist die Anzahl sehr guter Abiturnoten in den letzten Jahren gestiegen?<sup>31</sup> Warum ist eine Erhöhung der Abiturquote bzw. der Studierquote politisch wünschenswert? Ist die (vermeintlich) mangelnde Hochschulreife das Ergebnis einer Schulpolitik, die kaum noch Schüler/innen auf dem Weg zum Abitur scheitern lassen, sondern möglichst viele Jugendliche zum Abitur führen will?<sup>32</sup> Oder mangelt es schlicht an der Abstimmung der Lerninhalte zwischen Schule und Hochschule?

Zwar wird über die Studierfähigkeit von Abiturient/innen und den Übergang von Schule zu Hochschule geforscht,<sup>33</sup> die Gestaltung des Übergangs und die Neuordnung der Aufgaben der beteiligten Bildungseinrich-

tungen sind allerdings noch nicht in den Fokus der Diskussion gerückt. Die oben vorgestellte Abbildung könnte hierzu vielleicht eine kleine Hilfe sein.

##### 6. Studierendenvorbereitung und Studierendenauswahl

Die Entwicklung ist bereits fortgeschritten, der Wandel ist schon eingetreten. Insgesamt stellen sich die Veränderungen allerdings widersprüchlich dar:

Auf der einen Seite finden studienvorbereitende Kurse, zum Teil vor dem Studium, zum Teil in der ersten Studienphase statt. Die Hochschulen übernehmen nicht nur die Schulabgänger/innen und spulen ihr Studienprogramm ab, sondern holen sie dort ab, wo sie hinsichtlich ihrer Kompetenzen gerade stehen. An vielen Hochschulen wird eine Art Nachhilfeunterricht angeboten, insbesondere im Fach Mathematik. Eigentlich übernehmen die Hochschulen damit Aufgaben der Studier- vorbereitung, die bislang von der Schule erfüllt werden sollten, die dies aber offenbar nicht mehr leistet bzw. nicht leisten kann. Mit der Studier- vorbereitung für vermeintlich noch nicht hochschulreife Studienbewerber/innen gewinnt die Propädeutik an der Hochschule wieder an Bedeutung. Was in der mittelalterlichen Universität die Artistenfakultät und später die Philosophische Fakultät, zu DDR-Zeiten die Arbeiter- und Bauernfakultät war, sind heute Zentren für Studier- vorbereitung, wie sie beispielsweise an der Brandenburgischen Technischen Universität Cottbus<sup>34</sup> eingerichtet worden sind. Mit beträchtlichem Ressourceneinsatz werden derartige Projekte im Rahmen des aus Bundesmitteln finanzierten Qualitätspakts Lehre gefördert.<sup>35</sup>

Zudem werden die Hochschulen geöffnet für Menschen ohne Abitur, indem ihnen andere bereits erbrachte Leistungen angerechnet werden.<sup>36</sup> So verfügen „nicht-traditionelle“ Studierende zwar über berufliche Qualifikationen, aber kein Abitur. Gerade für diese Studieren-

31 Zahlen zu den Abiturnoten in den Bundesländern sind der Internetseite der Kultusministerkonferenz zu entnehmen: <https://www.kmk.org/dokumentation-statistik/statistik/schulstatistik/abiturnoten.html>.

32 Letzte Frage unterstellt, Intelligenz und andere relevante Kompetenzen seien in einem bestimmten Ausmaß unter den (jungen) Leuten verteilt.

33 Siehe beispielsweise: *Asdonk, Jupp / Kuhn Sebastian. U. / Bornkessel, Philipp* (Hg.) (2013): Von der Schule zur Hochschule. Analysen, Konzeptionen und Gestaltungsperspektiven des Übergangs. Münster: Waxmann sowie *Asdonk, Jupp / Fiedler-Ebke, Wiebke / Glässing, Gabriele* (Hg.) (2009): Übergang Schule – Hochschule. TriOS, Vol. 4, Heft 1.

34 Zum Zentrum für Studierendengewinnung und Studier- vorbereitung „College+“ an der BTU Cottbus siehe: *Erdmann, Kathrin / Koziol, Matthias / Meißner, Marlen* (2019): Collegestrukturen für den erfolgreichen Übergang. S. 213-224 in: *Driesen, Cornelia /*

*Ittel, Angela* (Hg.) (2019): Der Übergang in die Hochschule. Strategien, Organisationsstrukturen und Best Practices an deutschen Hochschulen. Münster: Waxmann.

35 In der Projektdatenbank des Qualitätspakts Lehre finden sich mehr als 110 Projekte zur Studieneingangsphase, die sowohl in der ersten (2011/12-2016) als auch in der zweiten Förderphase (2016/17-2020) finanziert wurden. Siehe: <https://www.qualitaet-pakt-lehre.de/de/projekte-im-qualitaet-pakt-lehre-suchen-und-finden.php>. Vorgestellt werden einige Beispiele in der Broschüre des Projekts „nexus“ der HRK: Hochschulrektorenkonferenz, Projekt nexus (2018): Übergänge gestalten, Studier- erfolg verbessern. Berlin. URL: [https://www.hrk-nexus.de/fileadmin/redaktion/hrk-nexus/07-Downloads/2018\\_nexus\\_Broschuere\\_UEbergaenge\\_gestalten\\_\\_Studiererfolg\\_verbessern\\_WEB.pdf](https://www.hrk-nexus.de/fileadmin/redaktion/hrk-nexus/07-Downloads/2018_nexus_Broschuere_UEbergaenge_gestalten__Studiererfolg_verbessern_WEB.pdf).

36 Insbesondere gefördert durch das Bund-Länder-Programm „Aufstieg durch Bildung: offene Hochschulen“ (2011-2020). Siehe: <https://www.wettbewerb-offene-hochschulen-bmbf.de/>.

den bzw. Studieninteressenten sind die genannten studienvorbereitenden bzw. studienbegleitenden Maßnahmen sinnvoll.

Auf der anderen Seite reicht das Abitur nicht mehr aus, um einen Studienplatz zu bekommen. Es sind weitere Voraussetzungen zu erfüllen, um zum Studium zugelassen zu werden. Dieser Trend wird durch das Urteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts zur Hochschulzulassung vom 19. Dezember 2017 (1 BvL 3/14, 1 BvL 4/14) nochmals angeschoben. Das Bundesverfassungsgericht verlangt nun neben der Abiturnote weitere Zulassungskriterien für zulassungsbeschränkte Studiengänge. Umgekehrt heißt dies: Bei Studiengängen, die nicht zulassungsbeschränkt sind, sollte nach wie vor das Abitur reichen. Grundsätzlich – so das Gericht – müsse sich die Vergabe knapper Studienplätze an dem Kriterium der Eignung (!) orientieren. Diese Maßgabe gilt nicht nur für zulassungsbeschränkte Medizin-Studiengänge, sondern grundsätzlich für alle zulassungsbeschränkten Studiengänge, also auch für Studiengänge mit ortsgebundenem Numerus clausus. Dies bedeutet, dass aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts die Abiturnote als alleiniges Zulassungskriterium nicht mehr ausreicht:<sup>37</sup>

„Geboten ist insoweit, dass der Gesetzgeber die Hochschulen dazu verpflichtet, die Studienplätze nicht allein und auch nicht ganz überwiegend nach dem Kriterium der Abiturnoten zu vergeben, sondern zumindest ergänzend ein nicht schulnotenbasiertes, anderes eignungsrelevantes Kriterium einzubeziehen.“ (1 BvL 3/14, Rn. 209)

Begründet wird dies – angesichts der Inflation sehr guter Noten und der mangelnden Vergleichbarkeit der Abiturnoten zwischen den Ländern – mit der beeinträchtigten Aussagekraft des Abiturs hinsichtlich der Studieneignung. Dem Bundesverfassungsgericht fehlt offenbar der Glaube, das Abitur – so wie es derzeit durchgeführt werde – könne die Studierfähigkeit bezeugen. Im Endeffekt wird mit diesem Urteil die Abwertung des Abiturs höchstrichterlich betrieben.

Einerseits wird damit die Rolle der Hochschule beim Übergang von Schule zu Hochschule gestärkt. Andererseits begrenzt das Gericht zugleich den Einfluss der Hochschulen auf das Auswahlverfahren. Denn die Definition von Eignungskriterien dürfe nicht allein den Hochschulen überlassen werden, so das Gericht: „Grundsätzlich ist es verfassungsrechtlich unzulässig,

den Hochschulen ein eigenes Kriterienerfindungsrecht zu überlassen.“ (1 BvL 3/14, Rn. 119) Das Gericht verlangt vom Gesetzgeber eine Standardisierung und Strukturierung hochschuleigener Eignungsprüfungsverfahren; die Hochschulen dürfen diese Verfahren nur insofern konkretisieren, indem sie die Verfahren fachspezifisch ausgestalten und Schwerpunkte unter Einbeziehung hochschulspezifischer Profilbildungen setzen. Folglich haben die Hochschulen hinsichtlich dieser Konkretisierungsbezugnis einen gewissen Gestaltungs- und Entscheidungsspielraum.

Obgleich das Urteil den Wert des Abiturs relativiert, sollte es nicht als Plädoyer für seine Abwertung gelesen werden. Vielmehr gewinnt man den Eindruck, das Abitur und sein Leistungsmaßstab, die Abiturnote, böten aus Sicht des Gerichts durchaus den richtigen Verteilungsschlüssel an, nur leider könne das Abitur – so wie es sich derzeit darstellt – diese Aufgabe nicht erfüllen. So kritisiert das Gericht die eingeschränkte länderübergreifende Vergleichbarkeit des Abiturs. Da also das Abitur nicht das leistet, was es eigentlich leisten könnte, ist verfassungsrechtlich ein Mechanismus gefordert, der zwischen den verschiedenen Länderstandards ausgleicht. Gesucht wird ein anderes eignungsrelevantes Kriterium, das nicht auf Schulnoten basiert.

Ansonsten bleibt das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich bei seiner Argumentation aus seinem NC-Urteil von 1972, nach der das Grundrecht der Berufsfreiheit in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz und dem Sozialstaatsprinzip ein Recht auf Zulassung zum Hochschulstudium gewährleistet.<sup>38</sup> Nur eben, dass aktuell das Abitur nicht die alleinige Eintrittskarte in die Hochschulwelt sein kann. In den vielen nicht-zulassungsbeschränkten, offenen Studiengängen hat das Abitur hingegen nach wie vor seine Funktion als „zertifiziertes Hochschulbildungsrecht“ inne. In den zulassungsbeschränkten Studiengängen dagegen muss nun ein alternatives Auswahlkriterium vorliegen, das hochschulübergreifend gilt.

Die Öffnung der Hochschulen für nicht-traditionelle Studierende, die Ausweitung der hochschulischen *Studienvorbereitung* und Studierendenauswahl – all diese Entwicklungen laufen auf die besagte Relativierung der Funktion des Abiturs als Zugangsberechtigungsschein für die Hochschule hinaus.

37 Einschränkung dazu – formuliert das Bundesverfassungsgericht – solle aber bei einem hinreichenden Teil der Studienplätze neben der Abiturdurchschnittsnote keine weiteren Auswahlkriterien verlangt werden.

38 Siehe: *Lindner, Josef Franz* (2018): Das NC-Urteil des BVerfG vom

19.12.2017 aus grundrechtsdogmatischer Sicht. S. 275-280 in: *Ordnung der Wissenschaft*, Vol. 5, Heft 4, S. 276. URL: [http://www.ordnungderwissenschaft.de/2018-4/ge-samt/35\\_2018\\_04\\_lindner\\_nc\\_urteil\\_odw.pdf](http://www.ordnungderwissenschaft.de/2018-4/ge-samt/35_2018_04_lindner_nc_urteil_odw.pdf).

### III. Diagnose und Ausblick

#### 1. Beabsichtigte Planung oder ungesteuerte Entwicklung?

Das Abitur gilt zwar nach wie vor als die Eintrittskarte in die Hochschulwelt, jedoch nur (noch) mit gewissen Einschränkungen. Die Hochschulen wählen selbst ihre Studierenden für kapazitär beschränkte Studiengänge aus, allerdings unter der Vorgabe der Vergleichbarkeit bzw. Standardisierung der Eignungskriterien. Immerhin dürfen die Hochschulen diese Verfahren fach- und hochschulspezifisch ausgestalten, erhalten folglich einen nicht unerheblichen Spielraum.

Generell werden die Hochschulen dafür verantwortlich gemacht, dass ihre Kapazitäten in Studium und Lehre genutzt werden. Zum einen müssen sie bei erhöhter Nachfrage ihre Kapazitäten ausschöpfen; zum anderen ist es politisch erwünscht, dass auch in Studiengängen mit geringerer Nachfrage eine ausreichende Anzahl Einschreibungen vorliegt. Nicht zuletzt deshalb stehen die Hochschulen im Wettbewerb zueinander und werben um Studierende bzw. um die besten bzw. „passenden“ Studierenden. Gleichwohl stellen die Hochschulen selbst – auch wenn dies der Nachfrage nicht dienlich sein könnte – bei nicht zulassungsbeschränkten Studiengängen neben dem Abitur eigene Auswahlkriterien auf. Kurz, es handelt sich um eine komplexe Mischung aus staatlichen Reglements und Ansprüchen sowie (hochschul-)unternehmerischem Organisationsinteresse und Engagement.

Wie ist es zu dem Bedeutungsverlust des Abiturs und dem Bedeutungsgewinn der Hochschulbildung gekommen? Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19. Dezember 2017 einmal ausgeklammert: Steckt dahinter tatsächlich ein langfristiger Plan? Oder handelt es sich um das Ergebnis unbeabsichtigter Nebeneffekte hochschulpolitischer Absichten?

Für letztere Erklärung spricht: Programmatisch wird nicht von einer beabsichtigten Abwertung des Abiturs gesprochen. Dies würde wohl auch einen Affront gegenüber der Schulseite erzeugen. Eher handelt es sich um eine Reaktion auf eine negative (bzw. negativ wahrgenommene) Entwicklung des Abiturs. Aktiv hingegen wird eine Öffnung der Hochschulen proklamiert und gefördert. Zudem werden Projekte massiv finanziell unter

stützt, die beim Studieneinstieg helfen. Hohe Studierendenzahlen sind politisch erwünscht: zum einen, weil seit Jahren von der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) mit vergleichendem Blick auf andere Länder angemahnt; zum anderen, und dies ist wohl das gewichtigere Argument, weil eine Auslastung der Hochschulen als politisch notwendig erachtet wird. Dies ist insbesondere im Interesse des jeweils zuständigen Wissenschaftsministeriums. Generell konkurrieren die Ministerien einer Landesregierung um die knappen Finanzmittel des Landeshaushalts. Nicht ausgelastete Hochschulen schaffen wiederum Begehrlichkeiten anderer Ressorts. Eine mangelnde Auslastung kann kritische Nachfragen – z.B. des Finanzministeriums – zur Folge haben oder gar Mittelverschiebungen zwischen den Ressorts begründen helfen. Dies gilt es aus Sicht der Wissenschaftsressorts zu vermeiden. Daher werden über die Formeln der Mittelzuweisung für die Hochschulen zusätzlich Anreize geschaffen, mehr Studienanfänger/innen bzw. Studierende aufzunehmen. Insbesondere über die Studierendenzahlen rechtfertigen die Hochschulen politisch ihre Existenz. Sinken die Zahlen, reagieren die Wissenschaftsministerien schnell alarmiert, da sie ihre Hochschuletats gegenüber ihrem Finanzministerium verteidigen müssen. In diesem Sinne agieren die Wissenschaftsministerien auch als regierungsinterne Lobby für Wissenschaft und Hochschulen. Die Hochschulen sind daher gehalten, ihre vorhandenen Studienplätze zu vergeben. Auch deshalb konkurrieren sie um Studierende, richten Marketing-Stellen ein und werben mit viel Aufwand um Schulabgänger/innen. Im Rahmen einer Vollerhebung (Internetrecherche plus Nachfragen) hat das Institut für Hochschulforschung HoF in Wittenberg alle staatlichen Hochschulen in der Bundesrepublik – ausgenommen die Kunst- und Musikhochschulen sowie die Verwaltungshochschulen – daraufhin untersucht, ob sie Marketing-Stellen bzw. Stellen aufweisen, die Marketingaufgaben übernehmen.

An nur 15 der 188 Hochschulen gab es – im Jahr 2012 – keine derartigen Stellen; das sind weniger als acht Prozent.<sup>39</sup>

Schließlich passen diese Handlungsmuster zu einer hochschulpolitischen Rhetorik, die Hochschulen als Unternehmen begreift, die im Wettbewerb zueinander stehen. Die Vorstellung von der Hochschule als korporati-

39 Siehe: Winter, Martin / Falkenhagen, Teresa (2013): Marketing an Hochschulen. Zur organisatorischen Verortung von Marketingstellen an Universitäten, Fachhochschulen und Pädagogischen Hochschulen. S. 8-16 in: Hochschulmanagement, Vol. 8, Heft 1. Von Brüser (aus dem Jahr 2003) sowie von Schwetje, Hauser & Leßmöllmann (aus dem Jahr 2017) liegen ebenfalls empirische Studien vor, die auf Befragungen von Hochschulen bzw.

Hochschulmitarbeitenden basieren. Siehe: Brüser, Rene (2003): Perspektiven des Hochschulmarketing. Eine theoretische und empirische Bestandsaufnahme des deutschen Hochschulsystems. Halberstadt, Hochschule Harz, Fachbereich Verwaltungswissenschaft. URL: <http://hsdbs.hof.uni-halle.de/documents/t1370.pdf> sowie Schwetje, Thorsten / Hauser, Christiane / Leßmöllmann, Annette (2017): Hochschulkommunikation erforschen. Hoch-

vem Akteur steckt im politischen Programm der unternehmerischen Hochschule.<sup>40</sup> Sie ist eine Ableitung aus der Ideenwelt des New Public Management. Dies wirkt sich wiederum auf die Hochschulen aus – und zwar nicht nur auf die Gestaltung der rechtlichen und finanziellen Rahmenbedingungen „hochschulischen Unternehmens“, sondern auch auf die Mentalität der beteiligten Akteure, was wiederum diesen Wandel befördert. Offenbar bestätigt sich auch hier das bekannte Thomas-Theorem:<sup>41</sup> Die Hochschulen wännen sich im Wettbewerb, also befinden sie sich im Wettbewerb; infolgedessen gibt es Gewinner und Verlierer. Die Hochschulen – ihre Mitglieder und insbesondere ihre Leitungen – glauben daran, auch weil es von ihnen so verlangt wird bzw. sie kritisiert werden, wenn sie nicht entsprechend agieren. Weil sie als korporative Akteure auftreten (sollen), glauben sie unternehmerisch, also wettbewerblich handeln zu müssen.

Ob hinter den langfristigen Entwicklungen im Verhältnis von Schule und Hochschule ein planerisches Vorgehen steckt, kann bezweifelt werden. Wenn es sich um unbeabsichtigte Folgen absichtsgeleiteten Handelns handelt, dann ist zu fragen, welche politischen Absichten dahinterstehen. Zum einen dürften der Wunsch nach hohen Studierendenzahlen und einer hohen Studierquote und zum anderen die erwünschte Ausrichtung der Hochschulen als unternehmerisch agierende Organisationen diese Entwicklung gefördert haben.

Auf schulpolitischer Seite bemüht man sich angesichts steigender Abiturientenquoten und der Inflation guter Noten um eine Wieder-Aufwertung des Abiturs. Das geschieht bereits, indem die Länder gemeinsame Abituraufgabenpools schaffen. Zudem soll dazu eine gewisse Vergleichbarkeit der Abiturnoten über ein Prozentrangverfahren, das Aussagen über die Notenverteilung in einem Bundesland erlaubt, hergestellt werden. Der radikalste Schritt zur Aufwertung des Abiturs wäre indes die Schaffung eines nationalen Zentralabiturs und eine Notenvergabe, die sich an der Normalverteilung der Gaußschen Glockenkurve orientiert (wenige sehr gute, viele durchschnittliche und wenige sehr schlechte Noten). Ersterem steht allerdings der Bildungsföderalismus in Deutschland entgegen; letzteres ist generell umstritten.

schulkommunikatoren als Akteure. Karlsruhe: Karlsruher Institut für Technologie KIT. URL: <http://www.geis1soz.kit.edu/germanistik/downloads/Projektbericht-Hochschulkommunikation-erforschen-2.Welle-Schwetje-Hauser-Lessmoellmann.pdf>.

40 Vgl. Winter, Fußnote 5.

41 „If men define situations as real, they are real in their consequences.“ aus: Thomas, William I. / Thomas, Dorothy Swaine (1928): *The Child in America: Behavior Problems and Programs*. New York: Knopf, S. 572.

## 2. Prognosen

Wie könnte die Entwicklung weitergehen? Die Antwort hängt wohl auch von verschiedenen Faktoren ab. Die Studierendenzahlen sowie die Studierquote sind in den letzten Jahren deutlich gestiegen. Allerdings fällt der Andrang der Studierenden räumlich und fächerspezifisch sehr unterschiedlich aus. Obgleich das Hochschulwesen in Deutschland generell als überlastet und unterfinanziert gilt, sind an manchen Orten und in manchen Fächern Studienbewerber/innen „Mangelware“ und werden Lehrkapazitäten nicht ausgeschöpft. Wie stark die Hochschulen im Wettbewerb stehen bzw. wie intensiv sie mit der Mangelverwaltung beschäftigt sind, ist demnach von Region zu Region sowie von den unterschiedlichen Studienfächern abhängig. In manchen Regionen und in manchen Fächern wird es in erster Linie darum gehen, die Studienplätze überhaupt zu besetzen; in anderen dagegen wird sich der Wettbewerb darauf konzentrieren, die „besten“ oder zumindest die „passenden“ Studierenden zu gewinnen.<sup>42</sup> Neben den quantitativen Aspekten (Anzahl der Studienplätze, Anzahl der potenziellen Studieninteressierten) spielt demnach das Leistungsniveau der Abiturient/innen bei der Studienplatzverteilung eine zentrale Rolle. Besonders im Master-Bereich werden sich Angebot und Nachfrage erheblich unterscheiden: In manchen Fächern und an manchen Standorten werden die Hochschulen Probleme haben, überhaupt genügend Studierende zu finden; an anderen führt die große Anzahl von Bewerber/innen zu hochselektiven Auswahl- und Zulassungsverfahren. Hinsichtlich der Anwendung von Zulassungs- und Auswahlverfahren ist folglich zu erwarten, dass sich die Studienplatzvergabe in den Fächern und an den Hochschulstandorten unterschiedlich entwickeln wird. Dies gilt es genauer empirisch zu untersuchen.

Angesichts des aktuellen Rekordhochs der Studierendenzahlen und der Not mancher Hochschulen, die vielen Studierwilligen aufzunehmen, mag die Prognose<sup>43</sup> erstaunlich klingen, dass es mittel- bis langfristig mehr Wettbewerb um Studierende zwischen den Hochschulen geben wird. Doch aller Voraussicht nach wird sich in den Regionen mit sinkenden Abiturientenzahlen der Trend der letzten Jahrzehnte umdrehen: Nicht mehr die Studi-

42 Vgl. Winter, S. 37 f., siehe Fußnote 5.

43 Allerdings kann man mit Prognosen auch ziemlich falsch liegen, wie Björn Christensen und Sören Christensen mit Blick auf die bisherigen KMK- und CHE-Prognosen zu den Studienanfängerzahlen feststellen. Siehe: Christensen, Björn / Christensen, Sören (2017): *Falsche Prognosen. Wo kommen all die Studierenden her?* Spiegel-Online. URL: <http://www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/falsche-prognosen-wo-kommen-all-die-studierenden-her-a-1126487.html>.

enplätze sind knapp, sondern die Studieninteressenten werden weniger, so dass nicht mehr die Studierwilligen in Konkurrenz um die Studienplätze, sondern die Hochschulen in Konkurrenz um die Studieninteressenten stehen. Marktwirtschaftlich ausgedrückt wird – nach Regionen und Fächern differenziert – ein Überhang im Angebotsbereich festzustellen sein, wo zuvor ein Gleichgewicht oder gar ein Überhang in der Nachfrage bestanden hat. Bewahrheiten sich diese Prognosen, ist als politische Reaktion auch mit Kürzungen in den Hochschulsetats und demzufolge mit „schrumpfenden Hochschulen“ zu rechnen. In der Konsequenz wird ein Wettbewerb der Hochschulen und der Fakultäten um die knappe „Resource“ Studierende bzw. gute Studierende stattfinden. So hat das Hochschulberatungsunternehmen CHE Consult<sup>44</sup> Daten der Bevölkerungsentwicklung in den einzelnen Landkreisen mit den Einzugsgebieten der Hochschulen miteinander verrechnet. Die Ergebnisse zeigen, dass viele westdeutsche Universitäten in den nächsten 20 Jahren (2014-2035) mit Einbußen um die zehn Prozent rechnen müssen. Wenn die Hochschulen überhaupt für dieses Problem sensibilisiert sind, dann werden zwei strategische Ansätze gewählt: Zum einen wird aktiv um Studierende aus dem Ausland geworben. Zum anderen wird der Weiterbildungsbereich, z.B. das berufsbegleitende Studium, stärker ausgebaut.

### 3. Auswirkungen auf die Institution Hochschule

Die Hochschulen betreiben Studienwerbung und Hochschulmarketing, sie wählen ihre Studierenden aus, sie bereiten die Anfänger auf das Studium vor und begleiten sie in der Studieneingangsphase.<sup>45</sup> Sie kümmern sich um Angelegenheiten, für die sie bislang nicht zuständig waren. Die Hochschulen erweitern ihr Funktionsspektrum als Bildungseinrichtung, sie werden immer stärker aktiv auf dem Feld der Weiterbildung – eine Aufgabe, die auch in den Landeshochschulgesetzen festgeschrieben

ist – sowie in der beruflichen Bildung (wobei beides nicht voneinander zu trennen ist).

Die höhere Studierquote führt nicht nur zu einer Akademisierung der Berufsausbildung, sie führt auch zu einer Verberuflichung der akademischen Bildung.<sup>46</sup> Dies zeigt sich insbesondere in der aktuellen Hochkonjunktur der dualen Studiengänge, die große berufspraktische Anteile aufweisen bzw. im Rahmen derer parallel ein beruflicher und ein akademischer Abschluss erworben werden kann. Hier verstärken die Hochschulen ihren Charakter als Stätten berufspraktischer Ausbildung.

Eine Ausrichtung auf die Berufswelt hat es an der Universität im Übrigen gleichwohl seit jeher gegeben. Bereits das Studium an den drei „oberen“ Fakultäten der alten Universität diente der Ausbildung von Professionen: in der theologischen zum Priester, in der medizinischen zum Arzt und in der juristischen Fakultät zum Richter oder Anwalt; später im 19. Jahrhundert kam dann auch die Lehrerausbildung in der philosophischen Fakultät dazu.<sup>47</sup> Nun rückt die „Welt der Berufsbildung“ noch näher an die „Welt der Hochschulbildung“ heran. Mit der (erwünschten) Entstandardisierung und Flexibilisierung von Bildungsbiografien verschwinden gleichzeitig auch die Grenzen zwischen akademischer und beruflicher Bildung. Deren Angebote nähern sich qualitativ an bzw. werden miteinander verschmolzen. Das Aufgabenrepertoire der Hochschule wird folglich ausgeweitet: Sie ist Schule, Berufsschule und Hochschule in einem. Dieser Trend ist sicherlich noch nicht an seinem Ende angelangt.

Der institutionelle Wandel der Hochschule kann mit dem Begriff der Multiversität<sup>48</sup> umschrieben werden: Die Hochschule übernimmt vielfältige Aufgaben und ist entsprechend organisationsintern differenziert. Dies gilt im Übrigen auch für die Forschung. Auch hier kommen neue Aufgaben jenseits des Kernbereichs wissenschaftlicher Arbeit hinzu. Beispielsweise werden höhere Anfor-

44 Siehe: Agarwala, Anant (2016): Große Leere. ZEIT Campus. URL: <https://www.zeit.de/2016/48/universitaeten-hochschulen-studenten-demografischer-wandel> sowie Mader, Fabian (2016): Stehen manche Unis bald leer? ARD alpha Bildungskanal. URL: <https://www.br.de/fernsehen/ard-alpha/sendungen/campusmagazin/rueckgang-studienanfänger-leere-unis-100.html>.

45 Dazu kommt noch die Entwicklung, dass die Hochschulen (in Bremen, Nordrhein-Westfalen und in Brandenburg) auch die Studienvorbereitung für Ausländer/innen übernehmen – eine Aufgabe, die bislang von den Studienkollegs wahrgenommen wurde.

46 Zu dieser Diskussion sowie allgemein zum Verhältnis von akademischer und beruflicher Bildung siehe die beiden Sammelbände von Severing & Teichler sowie Kuda, Strauß, Spöttl & Kafsebaum: Severing, Eckart / Teichler, Ulrich (Hg.) (2013): Akademisierung der Berufswelt? Verberuflichung der Hochschulen? Bielefeld:

Bertelsmann; Kuda, Eva / Strauß, Jürgen / Spöttl, Georg / Kafsebaum, Bernd (Hg.) (2012): Akademisierung der Arbeitswelt? Zur Zukunft der beruflichen Bildung. Hamburg: VSA-Verlag.

47 Vgl. Stock, Manfred (2013): Hochschulentwicklung und Akademisierung beruflicher Rollen. Das Beispiel der pädagogischen Berufe. S. 160-172 in: die hochschule, Vol. 22, Heft 1.

48 Den Begriff der multiversity gibt es schon seit mehr als einem halben Jahrhundert. Er stammt ursprünglich von Clark Kerr: Clark, Burton R. (1998): Creating Entrepreneurial Universities. Organizational Pathways of Transformation. Surrey: Pergamon Press. Zwei Jahre später erreichte der Begriff über Ralf Dahrendorfs bekannte Streitschrift „Bildung ist Bürgerrecht“ die bundesdeutsche Debatte: Dahrendorf, Ralf (1965): Bildung ist Bürgerrecht: Plädoyer für eine aktive Bildungspolitik. Hamburg: Nannen-Verlag.

derungen an die Wissenschaftskommunikation gestellt; die Hochschulen sollen ihre Befunde für die Öffentlichkeit vermitteln. Die Steigerung von Transferleistungen in Wirtschaft und Gesellschaft wird zudem vermehrt gefordert. In Bezug auf ihr Verhältnis zu den außeruniversitären Forschungseinrichtungen und der Industrieforschung sieht der Wissenschaftsrat die Hochschulen, genauer: die Universitäten gar als „Organisationszentren der Wissenschaft“.<sup>49</sup> Vielleicht geschieht im Bildungsbe- reich Ähnliches: Die Hochschule – insbesondere die

Universität – rückt immer mehr ins Zentrum des Bildungssystems?

Martin Winter ist derzeit Professor an der Hochschule für Musik Detmold. Er hat an der Universität Erlangen-Nürnberg Sozialwissenschaften studiert und anschließend an der Universität Halle promoviert. Bevor er ins Grundsatzreferat des Brandenburger Wissenschaftsministeriums wechselte, arbeitete er rund zwölf Jahre am Institut für Hochschulforschung HoF Wittenberg.

49 Wissenschaftsrat (2006): Empfehlungen zur künftigen Rolle der Universitäten im Wissenschaftssystem. Drs. 7067-06. Köln, 27. Januar 2006, S. 31. URL: <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/7067-06.pdf>.

# Milena Herbig

## *Unwirksamkeit des Verzichts auf Ausbildungsvergütung zum Erhalt von BAföG-Leistungen*

### I. Fragestellung

Seit dem 01.01.2019 haben Auszubildende in den in § 1 Abs. 1 lit. c) TVAöD-AT<sup>1</sup> bzw. in der Anlage zu § 1 Abs. 1 S. 1 TVA-L Gesundheit<sup>2</sup> aufgeführten betrieblich-schulischen Gesundheitsberufen, darunter etwa Physiotherapeuten, Logopäden und MTA,<sup>3</sup> die in den Anwendungsbereich der Tarifverträge fallen, Anspruch auf Ausbildungsentgelt nach § 8 TVAöD-AT i.V.m. § 8 Abs. 2 TVAöD-BT Pflege bzw. nach § 8 TVA-L Gesundheit.

Diese Ausbildungsvergütung wirkt sich auf den Anspruch auf Ausbildungsförderung nach dem BAföG der Auszubildenden aus. Denn nach § 23 Abs. 3 BAföG wird sie als Einkommen auf die Ausbildungsförderung angerechnet. Auszubildende, die vorher Ausbildungsförderung erhalten haben, sehen sich Rückforderungsansprüchen nach § 20 Abs. 1 S. 1 BAföG für den Bewilligungszeitraum (d.h. in der Regel seit Oktober 2018) ausgesetzt, soweit ihre Ausbildungsvergütung bei der Beantragung noch nicht berücksichtigt wurde.

Daher stellt sich die Frage, ob es den Auszubildenden möglich ist, auf das Ausbildungsentgelt zu verzichten und sich so den Anspruch auf BAföG-Leistungen zu erhalten. Zivilrechtlich ist ein solcher Verzicht als Erlassvertrag gem. § 397 Abs. 1 BGB möglich. Jedoch bestehen verschiedene Bedenken gegen die Wirksamkeit eines solchen Vertrages. Das BSG hat sich in mehreren Entscheidungen bereits mit einem Verzicht auf Ausbildungsvergütung befasst.<sup>4</sup> In diesen Entscheidungen ging es um Verzicht auf einen Teil der Ausbildungsvergütung, um dem Kindergeldberechtigten den Anspruch auf Kindergeld zu erhalten. Der Anspruch war vom Unterschreiten einer bestimmten Einkommensgrenze des

Kindes abhängig.<sup>5</sup> In einer weiteren Entscheidung ging es um einen Anspruch auf Kinderzulage nach § 583 Abs. 3 S. 3 Reichsversicherungsordnung (RVO).<sup>6</sup> Das BSG erachtete den Verzicht auf Teile der Ausbildungsvergütung für wirksam und für die Gewährung von Sozialleistungen beachtlich. Der vorliegende, aktuelle Fall ist jedoch in einigen Gesichtspunkten anders zu bewerten:

### II. Arbeitsrechtliche Zulässigkeit des Verzichts

#### 1. § 4 Abs. 4 S. 1 TVG

Für tarifgebundene Auszubildende, deren Anspruch sich unmittelbar aus dem Tarifvertrag ergibt, ist ein Verzicht gem. § 4 Abs. 4 S. 1 TVG nur in einem von den Tarifvertragsparteien gebilligten Vergleich zulässig. § 4 Abs. 4 TVG findet keine Anwendung auf Rechte, die nur über eine arbeitsvertragliche Bezugnahme Klausel gelten.<sup>7</sup> Für nicht tarifgebundene Auszubildende gilt die Beschränkung des § 4 Abs. 4 TVG daher nicht.

#### 2. § 3 S. 2 MiLoG

Das Mindestlohngesetz ist gem. § 22 Abs. 3 MiLoG nicht anwendbar bei zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten, sodass § 3 S. 2 MiLoG einem Verzicht nicht entgegensteht.

### III. Sozialrechtliche Bewertung

#### 1. Kein unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter

Das BSG hat zum teilweisen Verzicht auf Ausbildungsvergütung mit dem Ziel einen Anspruch auf Kindergeld zu erhalten entschieden, dass dieser keinen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritten darstellt.<sup>8</sup> Unter dieses Rechtsinstitut

1 Tarifvertrag für Auszubildende des öffentlichen Dienstes – Allgemeiner Teil.

2 Tarifvertrag für Auszubildende der Länder in Gesundheitsberufen.

3 Zur Vereinfachung wird jeweils nur die männliche Form ausgeschrieben, gemeint sind jedoch alle Geschlechter; vgl. Aufzählung der Ausbildungsberufe in § 1 Abs. 1 Buchst. c) TVAöD AT.

4 BSG, Urteil vom 28. Februar 1990 – 10 RKg 15/89 –, BSGE 66, 238-245, SozR 3-5870; BSG, Urteil vom 30. Oktober 1990 – 10 RKg 1/90 –, SozR 3-5870 § 2 Nr 13; BSG, Urteil vom 12. April 2000 – B 14 KG 4/99 R –, SozR 3-5870 § 2 Nr 44; BSG, Urteil vom 27. November 1986 – 5a RKnU 6/85 –, BSGE 61, 54-59, SozR 2200 § 583 Nr 5; vgl. auch BSG, Urteil vom 27. November 1986 – 5a RKnU 6/85 –, BSGE 61, 54-59, SozR 2200 § 583 Nr 5.

5 Bis zum 31.12.2011 enthielt § 2 Abs. 2 S. 2 BKGG eine Regelung, nach der Kinder nur zu berücksichtigen waren, wenn sie eine bestimmte Grenze von Einkommen und Bezügen die zur Bestreitung des Unterhalts oder der Berufsausbildung bestimmt oder geeignet sind im Kalenderjahr nicht überschritten; vgl. Steuervereinfachungsgesetz 2011 vom 1.11.2011, BGBl. I, S. 2131.

6 BSG, Urteil vom 27. November 1986 – 5a RKnU 6/85 –, BSGE 61, 54-59, SozR 2200 § 583 Nr 5; § 583 Abs. 3 S. 3 RVO enthielt eine ähnliche Regelung wie im Kindergeldrecht.

7 Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, BeckOK ArbR/Giesen, 50. Ed. 1.12.2018, TVG § 4 Rn. 37; § 4 Rn. 672; Richter ArbRAktuell 2015, 291.

8 BSG, Urteil vom 28. Februar 1990 – 10 RKg 15/89 –, BSGE 66, 238-245, SozR 3-5870 § 2 Nr 4, Rn. 20.

fielen nur Verträge, durch die Dritte unmittelbar verpflichtet werden, was nicht der Fall sei, da keine unmittelbare bürgerlich-rechtliche Verpflichtung zu Lasten der Kindergeld zahlenden Stelle begründet werde.<sup>9</sup> Diese Argumentation ist auf den vorliegenden Fall übertragbar. Durch einen Verzicht würde kein Dritter unmittelbar verpflichtet. Es würden lediglich die tatsächlichen Umstände geändert, welche für die Feststellung der Bedürftigkeit nach dem BAföG entscheidend sind und erst dadurch würde ein Anspruch nach dem BAföG entstehen.

## 2. § 46 SGB I

Nach § 46 Abs. 2 SGB I ist ein Verzicht auf Sozialleistungen unwirksam, soweit durch ihn andere Personen oder Leistungsträger belastet oder Rechtsvorschriften umgangen werden. Die Norm betrifft ihrem Wortlaut nach einen Verzicht durch Erklärung gegenüber dem Sozialleistungsträger, nicht den vorliegenden Fall eines Verzichts in Form eines Erlassvertrages gem. § 397 Abs. 1 BGB über einen zivilrechtlichen Anspruch. Erwogen werden könnte eine analoge Anwendung, welche das BSG jedoch in Entscheidungen zum Kindergeld abgelehnt hat. Die Ausbildungsvergütung sei nicht mit einer Sozialleistung vergleichbar,<sup>10</sup> für eine analoge Anwendung sei aber eine sozialrechtliche Einordnung des Arbeitsverhältnisses erforderlich.<sup>11</sup> Das BSG argumentierte hier also mit der fehlenden vergleichbaren Interessenlage. Eine vergleichbare Interessenlage könnte möglicherweise bei Erlassverträgen vorliegen, in denen auf „sozialleistungsähnliche Positionen“ verzichtet wird, wie auf die Lohnfortzahlung des Arbeitgebers im Krankheitsfall, welche dasselbe Risiko wie das Krankengeld der Krankenkasse abdeckt.<sup>12</sup> Ein solch vergleichbarer Fall liegt hier aber nicht vor, da es sich beim Ausbildungsentgelt auch um eine Vergütung geleisteter Arbeit und nicht nur um eine Förderung der Ausbildung handelt. Zudem müsste neben einer vergleichbaren Interessenlage auch eine planwidrige Regelungslücke vorliegen. Davon ist jedoch nicht auszugehen, da der Gesetzgeber durchaus die Kompetenz gehabt hätte, Auswirkungen bürgerlich-

rechtlicher Handlungen auf das Sozialrecht im Sozialgesetzbuch zu regeln, das aber bewusst nicht getan hat.<sup>13</sup>

## 3. Umgehung des Subsidiaritätsprinzips

In den Entscheidungen des BSG zum Kindergeld und zur Kinderzulage, prüft das BSG, ob allgemeine Grundsätze des Sozialrechts einem Verzicht entgegenstehen,<sup>14</sup> ob eine missbräuchliche Rechtsausübung<sup>15</sup> oder eine Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB vorliegt<sup>16</sup> und verneint dies. Der vorliegende Fall unterscheidet sich jedoch insofern, als dass im Ausbildungsförderungsrecht ausdrücklich das sozialrechtliche Subsidiaritätsprinzip gilt. Zudem sind hier keine starren Einkommensgrenzen statuiert, welche das BSG wohl als unbillig empfand.

### a) Subsidiaritätsprinzip im Ausbildungsförderungsrecht

§ 3 Abs. 1 SGB I bestimmt, dass ein Recht auf Ausbildungsförderung besteht, wenn die hierfür erforderlichen Mittel nicht anderweitig zur Verfügung stehen. Dieser Grundsatz ist im BAföG auch in § 1 niedergelegt. Soweit die erforderlichen Mittel anderweitig zur Verfügung stehen, besteht kein Bedarf an Förderung durch die Solidargemeinschaft der Steuerzahler.<sup>17</sup> Es wird hier dem das gesamte Sozialrecht durchziehende Subsidiaritätsprinzip entsprochen.<sup>18</sup> Im BAföG wird das Prinzip u.a. in den Regelungen zur Einkommensanrechnung in den §§ 21 – 25 BAföG konkretisiert. Für die vorliegende Fragestellung ist hier insbesondere § 23 Abs. 3 des BAföG relevant, der regelt, dass die Vergütung aus einem Ausbildungsverhältnis voll auf den Bedarf<sup>19</sup> des Auszubildenden angerechnet wird. Dem Auszubildenden wird hier kein allgemeiner Freibetrag gewährt, weil ihm die Mittel gewissermaßen zwangsläufig durch und für die Ausbildung zufließen und nicht das Ergebnis besonderer zusätzlicher Anstrengungen sind, welche Anerkennung durch einen Freibetrag verdienen könnten.<sup>20</sup>

Durch die rechtliche Gestaltungsmöglichkeit eines Verzichts, würde der Auszubildende keine anderweitigen Mittel mehr zur Verfügung haben, welche vorrangig auszuschöpfen wären. Es könnte zwar überlegt werden,

9 BSG, Urteil vom 28. Februar 1990 – 10 RKg 15/89 –, BSGE 66, 238-245, SozR 3-5870 § 2 Nr 4, Rn. 20.

10 BSG, Urteil vom 27. November 1986 – 5a RKnU 6/85 –, BSGE 61, 54-59, SozR 2200 § 583 Nr 5, Rn. 13.

11 BSG, Urteil vom 28. Februar 1990 – 10 RKg 15/89 –, BSGE 66, 238-245, SozR 3-5870 § 2 Nr 4, Rn. 14.

12 Saltje NZA 1990, 299, 304.

13 Saltje NZA 1990, 299, 304.

14 BSG, Urteil vom 28. Februar 1990 – 10 RKg 15/89 –, BSGE 66, 238-245, SozR 3-5870 § 2 Nr 4, Rn. 15.

15 BSG, Urteil vom 27. November 1986 – 5a RKnU 6/85 –, BSGE 61, 54-59, SozR 2200 § 583 Nr 5, Rn. 24.

16 BSG, Urteil vom 28. Februar 1990 – 10 RKg 15/89 –, BSGE 66, 238-245, SozR 3-5870 § 2 Nr 4, Rn. 21.

17 KassKomm/Seewald, 101. EL September 2018, SGB I § 3 Rn. 12.

18 KassKomm/Seewald, 101. EL September 2018, SGB I § 3 Rn. 12; Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann/Hänlein, 5. Aufl. 2017, SGB I § 10 Rn. 26; Schepers, Bundesausbildungsförderungsgesetz, 3. Aufl. 2016, Einleitung Rn. 9.

19 vgl. § 11 BAföG.

20 Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Beschluss vom 22. November 2000 – 7 S 608/00 –, Rn. 3, juris; Stopp in: Ramsauer/Stallbaum BAföG, 5. Aufl. 2014, § 23 Rn. 36.

ob der Verzicht sich überhaupt auf die Anrechnung nach § 23 Abs. 3 BAföG auswirkt. Die Norm könnte so weit ausgelegt werden, dass das bloße Entstehen eines Anspruchs auf Vergütung ausreicht, um diesen als Einkommen anzurechnen. Dies wäre jedoch ein sehr weites Verständnis des Einkommensbegriffs und des Subsidiaritätsprinzips, da der Auszubildende durch einen bereits erloschenen Anspruch seinen finanziellen Bedarf nicht decken kann. Ihm fehlen also die erforderlichen Mittel. Demnach hätte der Auszubildende keine anderweitigen, vorrangigen Mittel mehr zur Verfügung.

#### b) Rechtsmissbräuchliche Umgehung

Für einen Fall der unentgeltlichen Vermögensübertragung hat das BVerwG 1983 entschieden, gerade weil der Wert des übertragenen Vermögens dem Auszubildenden für seinen Bedarf nicht mehr zur Verfügung stehe, handele es sich um Rechtsmissbrauch.<sup>21</sup> Unabhängig von der bürgerlich-rechtlichen Wirksamkeit der unentgeltlichen Vermögensübertragung sei die förderungsrechtliche Folge, dass das übertragene Vermögen weiterhin dem Auszubildenden zugerechnet und auf den Bedarf angerechnet werde.<sup>22</sup> In diesem Urteil ist das BVerwG zu dem Ergebnis gekommen, dass es im Ausbildungsförderungsrecht die Rechtsfigur des Rechtsmissbrauchs gibt und danach dem Auszubildenden weiterhin Vermögen zugerechnet werden kann, das er unentgeltlich und insoweit rechtsmissbräuchlich an Dritte übertragen hat.<sup>23</sup>

Nun kann das Kriterium der Unentgeltlichkeit als Voraussetzung für das Vorliegen von Rechtsmissbrauch für den vorliegenden Fall nicht einfach übernommen werden. Es müssen noch weitere Kriterien erfüllt sein, andernfalls hätte auch das BSG für den Fall des Verzichts auf Kindergeld Rechtsmissbrauch annehmen müssen. Vielmehr muss es darauf ankommen, ob eine Vermögensübertragung oder – wie hier – ein Verzicht im Widerspruch zu dem mit der Vermögens- oder Einkommensanrechnung verfolgten Gesetzeszweck steht.<sup>24</sup> Dieser Zweck liegt hier in der Durchsetzung des in § 1 BAföG verankerten Subsidiaritätsprinzips.<sup>25</sup> Ein solcher Widerspruch ist in denjenigen Fällen zu verneinen, in denen der Verzicht oder die Vermögensübertragung auch anderen Zwecken als der Umgehung des Subsidiaritätsprinzips dient. Dies ist in der Regel der Fall, wenn dem Verzicht oder der Vermögensverfügung eine Gegenleistung

gegenübersteht. Ein Beispiel hierfür ist der Fall, der Gegenstand des Urteils des BVerwG von 1983 war, in dem der Auszubildende mit der Übertragung eines Bausparguthabens an seinen Vater zuvor erhaltene Unterhaltsleistungen entgolten hat.<sup>26</sup> Im Fall des Verzichts auf Kindergeld musste ebenfalls nicht von einem Widerspruch zum Gesetzeszweck ausgegangen werden, da Zweck des Kindergeldes auch der Familienlastenausgleich ist und hier keine Regelung wie § 1 BAföG bestand, die ausdrücklich Nachrangigkeit von Kindergeld normierte.<sup>27</sup>

#### c) Anwendung auf die hier zu beurteilende Frage

Für die hier zu beurteilende Frage bedeutet das, dass sich die Auszubildenden gegen über dem Amt für Ausbildungsförderung nicht auf einen Verzicht auf Ausbildungsentgelt berufen können, da dieser im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip rechtsmissbräuchlich wäre. Der Verzicht stünde im Widerspruch zu § 1 BAföG und im Speziellen auch zu § 23 Abs. 3 BAföG. Der Widerspruch kann nicht deshalb verneint werden, weil der Verzicht noch einen anderen Zweck hätte oder die Normen selbst auch noch weiteren Zwecken dienten, die hier nicht berührt wären, denn solche Zwecke sind hier nicht ersichtlich.

#### IV. Fazit

Der Verzicht auf Ausbildungsvergütung zum Erhalt von BAföG-Leistungen ist unwirksam.

Dieses Ergebnis ist für die betroffenen Auszubildenden, die vorher Ausbildungsförderung nach dem BAföG erhalten haben und nun (rückwirkend) für den aktuellen Bewilligungszeitraum ihren Anspruch auf Ausbildungsförderung verlieren, unbefriedigend, vom Gesetzgeber aber in Kauf genommen – auch wenn es sich hier um eine Ausnahmesituation handelt, die nur aufgrund der Änderung des Tarifvertrages eingetreten ist. Allerdings hat der Gesetzgeber Fälle, in denen sich die Einkommensverhältnisse der Auszubildenden im Laufe des Bewilligungszeitraums ändern in begrenztem Umfang sehr wohl berücksichtigt. Möglich ist ein Antrag auf Stundung, Niederschlagung, Erlass oder Ratenzahlung beim Amt für Ausbildungsförderung.<sup>28</sup> Hier hat das Amt für Ausbil-

21 BVerwG, Urteil vom 13. Januar 1983 – 5 C 103/80 –, Rn. 24, juris.

22 BVerwG, Urteil vom 13. Januar 1983 – 5 C 103/80 –, Rn. 24, juris.

23 BVerwG, Beschluss vom 19. Mai 2009 – 5 B 111/08 –, Rn. 2, juris.

24 So versteht auch OVG Lüneburg, Beschluss vom 26. September 2018 – 4 LA 367/17 –, Rn. 5, juris vorgenannte Rspr. des BVerwG.

25 OVG Lüneburg, Beschluss vom 26. September 2018 – 4 LA 367/17 –, Rn. 5, juris.

26 BVerwG, Urteil vom 13. Januar 1983 – 5 C 103/80 –, Rn. 25, juris.

27 BSG, Urteil vom 28. Februar 1990 – 10 RKg 15/89 –, BSGE 66, 238-245, SozR 3-5870 § 2 Nr 4, Rn. 15.

28 VG Regensburg, Gerichtsbescheid vom 04. März 2013 – RO 9 K 12.2005 –, Rn. 21, juris; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 24. Februar 2014 – 12 ZB 13.780 –, Rn. 8, juris.

29 BeckOK SozR/Winkler, 51. Ed. 1.12.2018, BAföG § 20 Rn. 12.

dungsförderung ein Ermessen im Rahmen der haushaltsrechtlichen Bestimmungen.<sup>29</sup>

Milena Herbig ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Forschungsstelle für Hochschul Arbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch.

Max-Emanuel Geis  
*Hans-Peter Rosenberger/Sebastian Wündisch*  
(Hrsg.), *Verträge über Forschung und Entwicklung*,  
Carl Heymanns Verlag, 3. Auflage 2017, € 188,00

Die Zusammenarbeit zwischen Hochschulen und Industrieunternehmen hat eine schon lange zurückreichende Tradition. Dabei war die rechtliche Einbettung oft eher nur rudimentär vorhanden, vertragliche Regelungen gleichen häufig nur freundlichen Absichtserklärungen nach Art von „gentlemen’s agreements“. Mit der Ökonomisierungswelle ab den 90er Jahren und dem damit verbundenen Drittmittelhype erreichten Kooperationen insbesondere zwischen Hochschulen und der Wirtschaft allerdings eine ganz neue Dimension.

Das hier zu besprechende Werk mit Handbuchcharakter ist eine sehr sorgfältige und detaillierte Darstellung eines Autorenkollektivs, das aus fachlich einschlägigen Rechtsanwälten, Justiziarern (insb. der Fraunhofer Gesellschaft, die auf diesem Gebiet besonders versiert auftritt) und Hochschulreferenten besteht, denen man die Vertrautheit mit der Materie und die Kenntnis auch vermeintlich randständiger Quisquilien anmerkt. Chronologisch geht die Darstellung von einigen (etwas knappen) allgemeinen Erwägungen zur Abgrenzung von Grundlagenforschung, angewandter Forschung und Entwicklungsvorhaben. Damit ist zugleich der Bereich der F&E-Verträge abgesteckt. Leider bleibt dabei der Bereich der Kooperationen zwischen Hochschulen und außeruniversitären, vom Staat (d.h. über die GWK) finanzierten Forschungseinrichtungen (MPG, HHG, WGL, FhG) ausgeklammert, obwohl sich auch hier ganz massive Rechtsprobleme ergeben können (Rechtsformfrage, haushaltsrechtliche Vorgaben, Fragen des anwendbaren Rechts bei landesübergreifenden Verbänden udgl.), die etwa in den Antipoden JARA (Aachen) und KIT (Karlsruhe) prototypisch aufscheinen. Auch die byzantinisch anmutenden Konstruktionen der sog. „Leibnizcampi“ seien hier erwähnt, geschweige denn die in der dritten Runde der Exzellenzinitiative/-strategie besonders forcierten Forschungsverbände, über deren mögliche Rechtsform man sich jedoch kaum Gedanken gemacht zu haben scheint. Ein belastbares rechtliches Gerüst ist hier aber absolut unverzichtbar.

Das Handbuch ist definitiv praxisorientiert angelegt: Kap. 1 besteht in einer kurzen begriffsklärenden Unterscheidung von Grundlagenforschung, angewandter Forschung und Entwicklungsvorhaben (was man heute stylischer als Projekte des Wissens- und Technologietransfers bezeichnet). Kap. 2 widmet sich der Anbahnungsphase, hier werden eingangs die maßgeblichen Gesichtspunkte für das Eingehen von Kooperationen aufgelistet, unter besonderer Hervorhebung der möglichen Kosten und Risiken. Sehr anschaulich werden neben den Vor- auch die häufig verschwiegenen Nachteile aufgelistet: Kooperationen sind nicht immer – wie es die rosa Brille der Hochschulpolitik gelegentlich vorgaukelt – win-win-Situationen, da damit immer auch ein Abfluss von Know-how verbunden ist. Massive Probleme können sich auch aus einer Störung, einem einseitigen Abbruch o.ä. der Kooperation ergeben. Auch die sog. „Open Innovations“ bergen Konfliktpotential. Insgesamt zeigt allerdings bereits dieses juristisch verdichtete 2. Kapitel, dass Forschungsk Kooperationen auf fundiertes juristisches Know-how angewiesen sind. Damit fokussiert sich auch der Adressatenkreis des Buches auf den versierten Hochschuljustiziar bzw. den Fachanwalt im Verwaltungsrecht. Es wäre illusorisch, Forscher anderer Disziplinen mithilfe des Werks auf Forschungsk Kooperationen „loslassen“ zu wollen; fundierte und vertiefte Kenntnisse im Öffentlichen Recht einschließlich des Europarechts sind unverzichtbare Voraussetzung für die angesprochenen Thematiken.

Das wird auch durch Kap. 3 unterstrichen, in dem mögliche Rechtsformen für Kooperationen erörtert werden, was wiederum solide Kenntnisse im Bürgerlichen und Gesellschaftsrecht voraussetzt. So reicht die Bandbreite der Einordnung von gesellschaftsrechtlichen Konstruktionen über komplexe gemischte Verträge bis zu Dienst- und Werkverträgen. Wie diffizil die Materie ist, zeigt sich etwa daran, dass ein äußerlich als Werkvertrag auftretendes Kooperationsverhältnis zugleich eine BGB-Innengesellschaft darstellen kann (S. 26 Rdn: 8). Aller-

dings kann – das wird im Artikel nicht problematisiert – die Sache dann eskalieren, wenn aufgrund äußerer Bedingungen (gemeinsames Auftreten im Rechtsverkehr) die Innengesellschaft unversehens in eine BGB-Außengesellschaft „umschlägt“: Dann haften die Vertragspartner nach der Grundsatzentscheidung BGHZ 146, 341 (partielle Rechtsfähigkeit der GbR) nach § 128 HGB analog füreinander, was insbesondere dann zu rechtlichen Problemen führt, wenn eben einer der Kooperationspartner eine staatliche Hochschule ist. Nach übereinstimmenden Vorschriften der Landeshaushaltsordnungen ist es nämlich staatlichen Einrichtungen verwehrt, sich an Gesellschaften zu beteiligen, die nicht haftungsbeschränkt sind. Mit dem Umschlag in eine BGB-Außengesellschaft können Forschungsk Kooperationen somit in die Rechtswidrigkeit „rutschen“. Diese Problematik, mit der sich gerade eine Arbeitsgruppe unter Leitung des früheren Heidelberger Rektors und Gesellschaftsrechtlers *Hommelhoff* befasst (vgl. dazu zentral das Themenheft von *Eberbach/Hommelhoff*, Forschungsk Kooperationen, *OdW* Heft 2/2018), ist im *Rosenberger/Wündisch* noch nicht thematisiert und sollte für eine 4. Auflage in den Blick genommen werden.

In Kap. 4 wird sodann über AGB-Klauseln in Forschungsverträgen rasoniert, in Kap. 5 (das eines der zentralen ist) über Haupt- und Nebenpflichten, Gewährleistung, Pflichtverletzungen und Haftung. Es ist ein hohes Verdienst von *Rosenberger/Wündisch*, den Bereich der Leistungsstörungen und des Haftungsregimes überhaupt zu behandeln; die üblichen Vertragsmuster (von den Berliner Verträgen bis zu den BMWF- Mustervereinbarungen für Forschungs- und Entwicklungsk Kooperationen sind hier ganz dünn, der DFG-Musterkooperationsvertrag 41.026 wirft juristisch mehr Fragen auf, als er regelt). Allerdings wird auch im *Rosenberger/Wündisch* die nötige Tiefe nicht immer erreicht: So wäre – gerade wegen der Verwendung von Vertragsmustern – ein deutlich detailliertes Eingehen auf das AGB-Recht mit Erwähnung der konkreten Normen wünschenswert gewesen (vgl. S. 64 Rdn. 83), weil gerade hier (etwa bei Haftungsausschluss, Kardinalpflichten, Folgeschäden) deutliche Tücken lauern können. Sehr verdienstvoll sind hingegen die ausführlichen und sehr gut belegten Ausführungen zur Regelung von „Back- und Foreground“ (insb. die Behandlung von Altrechten) einschließlich Vergütungsabreden, zu Geheimhaltungsverpflichtungen, zu Rechtswahl- und Gerichtsstandsvereinbarungen (unter Bezug auf die EU-VOen Rom I und II, auch das Problem der sog. „Torpedoklagen“ wird zutreffend erörtert!) und

zum schiedsgerichtlichen Verfahren – hier blicken die Erfahrungen der Autoren bei schiefgelaufenen Kooperationen durch. Auch die vertragliche Einbeziehung von – häufig befristet arbeitenden – Mitarbeitern in den Pflichtenkreis (die freilich schon in den Berliner Vertragsmustern von 2002 als wichtiges Problem erkannt worden war) wird detailliert dargestellt. Das alles liest man im Wissenschaftsbereich sonst nirgendwo, so dass man – etwas flapsig – durchaus behaupten kann, dass die Nichtlektüre des *Rosenberger/Wündisch* den Tatbestand der groben Fahrlässigkeit begründen kann. Sogar die vertrackten steuerrechtlichen Probleme (insb. Umsatzsteuer) haben die Autoren im Blick (S. 147 ff.). Das ist umso wichtiger, als die steuerliche Behandlung von Forschungsleistungen sich immer mehr zu einem Schwarzen Loch entwickelt. Dieses Alleinstellungsmerkmal wird durch Ausführungen zu F&E-Verträgen in der Insolvenz abgerundet.

Kap. 6 widmet sich exklusiv und sehr ausführlich der kartellrechtlichen Relevanz; die entsprechenden rechtlichen Ebenen werden differenzierend und fundiert dargestellt.

Ein „Handbuch im Handbuch“ ist schließlich Kap. 7, das sich den besonderen Rechtsproblemen aus der Perspektive staatlicher Hochschulen widmet: Hier werden als Problemschwerpunkte zielsicher die Konsequenzen des Entfalls des Hochschullehrerprivilegs nach § 42 ArbEG, die Komplikationen nach dem EU-Beihilferecht sowie mögliche Auskunftsansprüche nach diversen Informationsfreiheitsgesetzen lokalisiert; der Beitrag stellt im Grunde eine ausführliche Kommentierung dieser Norm dar, wobei (S. 275) sogar auf die nebensächlich-relevanten Aspekte eingegangen wird (Chapeau, die Verknüpfungen zwischen Hochschulrecht und Beamtenrecht sind eine Welt für sich!). Der einzige – schon erwähnte – Kritikpunkt ist auch hier, dass die Kooperationsbeziehungen zwischen Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen noch weiter vertieft hätten werden dürfen. Die Beziehungen mit der privaten Wirtschaft sind eben nicht die einzigen, die Probleme aufwerfen.

Kap. 8 behandelt schließlich Probleme der öffentlichen Förderung mehrerer Projektträger aus mehreren EU-Staaten vor dem Hintergrund der EU-Forschungsförderungsprogramme. Hier gibt es zahlreiche Probleme, von denen der durchschnittliche Verwaltungsrechtler nicht einmal deren Existenz erahnt (S. 309 ff.).

In einem anhangsähnlichen Teil 2 schließen sich sodann 11 ausgefeilte Vertragsmuster für alle denkbaren

Kooperationskonstellationen an, die die anderen in der Szene vertretenen Vertragsmuster deutlich an Detailreichtum übertreffen. Besonders „kundenfreundlich“ ist der Umstand, dass jedes Vertragsmuster auch in Englisch (als der unbestreitbaren lingua franca im Wissenschaftsbereich) formuliert ist.

Fazit: Ungeachtet der partiellen und nur punktuellen Monita bleibt festzustellen, dass der *Rosenberger/Wündisch* – soweit ersichtlich – die einzige Publikation ist,

die den Bereich der Forschungsk Kooperationen derartig dogmatisch systematisch und systematisch umfassend ausleuchtet und daher in der Handbibliothek jedes(r) mit der Materie befassten Juristen(in) unverzichtbar ist.

Professor Dr. Max Emanuel Geis, Direktor der Forschungsstelle für Wissenschafts- und Hochschulrecht der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg,



## *Preisaufrage an alle Juristenfakultäten der ganzen Welt<sup>1</sup>*

Es wird gefragt:

1stens) Ob in einem Lande, worinn die Preßfreiheit Staatsgesetz ist, litterarische Privilegien (wodurch nemlich irgend ein Jemand berechtigt würde, ausschließlich über gewisse Gegenstände Bücher zu schreiben, oder litterarische Zeitschriften, oder kritische Tagsblätter, oder Literaturzeitungen anzulegen) ertheilt werden können?

2tens) Ob überhaupt in einem solchen Staat litterarische Privilegien, sie mögen erlauben was sie wollen, ertheilt werden können? (Es versteht sich, daß Schriften, welche dem Staat herauszugeben zukommen, wie Regierungsblätter, und wenn es noch dergleichen gibt, der Staat verpachten kann.)

3tens) Ob ein bestimmtes litterarisches Privilegium, das in einem Staat vielleicht zu nützlichen Zwecken zur Zeit ertheilt worden, als noch in demselben Preßzwang geduldet wurde, noch gültig ist, wenn bei einer neu eingeführten Staatsverfassung die Preßfreiheit Gesetz ist?

4tens) Ob ein solches Privilegium in irgend einem Staat gegeben, auf die Leibeserben sich erstrecken kann und darf, und ob sogar der Privilegierte es an andere verkaufen kann?

5tens) Kann ein Mitglied einer Universität, also einer liberalen, in ihren Geistes-Aeußerungen durch frühere Privilegien (nicht mit Ausschluß anderer) vor Hemmung geschützten Staatsanstalt, ein solches, die anderen Mitglieder litterarisch hemmendes Privilegium mit gutem, rechtlichem Gewissen (denn die Moralität wollen wir hier nicht anrufen) annehmen?

6stens) Kann ein solches, wenn es aus Scham das Privilegium verheimlicht, mit gutem, rechtlichem Gewissen Mitglied einer Universität bleiben; kann es in den Versammlungen, wo über das Wohl und Weh der Wissenschaften und ihrer Pfleger berathschlagt und abgestimmt wird, erscheinen?

7tens) Wenn diese Fragen verneinend ausfielen, was wäre wohl verdientermaßen mit einem solchen Individuum anzufangen?

Welche Juristenfakultät diese Fragen, die gewiß für jede selbst so wie für die ganze Kultur der Menschheit von höchster Wichtigkeit sind, so löst, daß die Lösung Rechtskraft erhalten kann, der versprechen wir, die Bücher aller ihrer Mitglieder, wofern sie sich dazu eignen, in der Isis nicht nur lobend anzuzeigen; sondern selbe auch lobend recensieren zu lassen, wenn wir dürfen.

<sup>1</sup> Aus ISIS oder Encyclopädische Zeitung, Jahrg. 1817, S. 43 f.



Hans-Peter Schwintowski/Valeria Podmogilnij/  
Daniel Timmermann  
*Legal Tech – ein neues (Ordnungs-)Prinzip der  
Rechtswissenschaft?*

## I. Einleitung

Entrepreneure<sup>1</sup> ersinnen für aufkommende Konzepte und Ideen stets neue Bezeichnungen. Technologie dringt in gesellschaftliche Strukturen ein und sorgt für ein Aufkommen neuer Neologismen. Die Verbreitung technischer Lösungen in nahezu allen Wirtschaftszweigen führt zu Schnelligkeit, Fehlerreduzierung und Effizienz, sowie zur Entstehung von X-Tech. Die wohl bekanntesten sind Fin Tech, Prop Tech, Insur Tech, Reg Tech und Legal Tech. Inzwischen wurde ein erster Gesetzentwurf zur Regulierung von Legal Tech vorgelegt,<sup>2</sup> dabei ist, trotz der scheinbar selbsterklärenden Bezeichnung dessen Bedeutung und Tragweite ungewiss. Im Folgenden wird ein Überblick über Legal Tech-Anwendungen, die Geschäftsmodelle und ihre Herkunft gegeben, sowie die Wechselwirkung zum Rechtssystem untersucht (II). Daraus wird der regulatorische Rahmen abgeleitet und das Forschungsfeld eingegrenzt (III). Nach einer kurzen Vorstellung der Forschungsstelle Legal Tech (IV) werden das Veränderungspotential des Arbeitsmarktes durch Legal Tech analysiert und Gedanken zu bildungspolitischen Reaktionsmöglichkeiten vorgestellt (V).

## II. Intelligente Technologie im Recht

Technischer Fortschritt verändert das Recht und seine Durchsetzung. Digitale Anwendungen in Bereichen mit rechtlichen Bezügen werden oft vorschnell unter dem Sammelbegriff Legal Technology zusammengefasst. Im Folgenden wird dargestellt, welche Anwendungen hierunter fallen und wie sie einzuordnen sind (1). Es wird erläutert, wie der Zugang zum Recht durch Technik gestaltet werden kann (2). Es drängt sich die Frage auf, ob Legal Tech als Ordnungsprinzip verstanden werden

kann (3). Schließlich wird Künstliche Intelligenz in den Fokus genommen (4).

### 1. Begriff und Herkunft

Der Begriff Legal Tech(nology) ist mehrdimensional. Er bezeichnet die technische Unterstützung bei der Berufsausübung, aber auch die juristische Tätigkeit selbst. Legal Tech prägt somit das juristische Arbeitsumfeld und Selbstverständnis. Es wäre ein Irrtum anzunehmen, dass Legal Tech nur in der Anwaltschaft zum Einsatz kommt oder die Anwälte substituiert. Legal Tech-Anwendungen werden in der gesamten Laufbahn angehender Juristen – im Hörsaal, der Anwaltskanzlei, der gerichtlichen Praxis und der öffentlichen Verwaltung – eingesetzt. Legal Tech-Anwendungen können in verschiedene Produktkategorien unterteilt werden.<sup>3</sup> Viele Legal Tech-Produkte richten sich an Rechtsschutzsuchende und beziehen sich auf leichte Fallprüfungen. Dahinter verbergen sich meist Geschäftsmodelle, die Elemente des Inkassos mit einer Finanzierung auf Basis eines Erfolgshonorars vereinen.<sup>4</sup> Solche Legal Tech-Anwendungen werden als Onlineplattformen oder mobile Anwendungen (Apps) betrieben und bieten Verbrauchern die Möglichkeit, Rechte außergerichtlich geltend zu machen und gegebenenfalls gerichtlich durchzusetzen. Hierzu zählen beispielsweise Programme zur Prüfung von Bußgeld- und Hartz-IV-Bescheiden<sup>5</sup> oder Mietnebenkostenabrechnungen und Dienste zur Geltendmachung von Nutzungsentschädigungen bei widerrufenen Lebensversicherungen,<sup>6</sup> Entschädigungen für Flug- und Bahnausfälle, sowie für Urheberrechtsverletzungen.<sup>7</sup> Textanalyse und vorlagenbasierte Dokumentenerstellung<sup>8</sup> werden mit Management-Elementen vereint und bieten Verbrauchern die Möglichkeit der Über-

1 Im folgenden Text wird zur Wahrung des Leseflusses nur die männliche Form genannt, aber stets die weibliche und andere Form gleichermaßen mitgedacht.

2 BT-Drs. 19/9527 vom 17.4.2019.

3 Das sind z.B. automatisierte Rechtsberatungprodukte, Systeme zur Textanalyse und Dokumentenerstellung, Legal Process Outsourcing, Online-Streitbeilegungs-Plattformen, juristische Hilfsmittel, Lernportale und Akquiseinstrumente. Ausführlich zu den Einsatzmöglichkeiten vgl. *Podmogilnij/Timmermann*, Legal Tech - eine Schärfung der Konturen, AnwBl Online 2019, 436, 437.

4 *Römmermann/Günther*, Legal Tech als berufsrechtliche Herausforderung, NJW 2019, 551, 556; eine gelungene Darstellung der Geschäftsmodelle bietet *Hartung*, Inkasso, Prozessfinanzierung und das RDG, AnwBl Online 2019, 353 ff.

5 Geblitzt.de und rightmart.de.

6 Wenigermiete.de und helpcheck.de.

7 Flightright.de, bahn-buddy.de und pixsy.com.

8 U.a.: Knowledge Tools, Lawlift, Leverton, Lexalgo, Rfrnz, Normfall, Inventus, Evana, Epiq, Consilio, Ayfie.

wachung von Vertragslaufzeiten oder zur Erstellung notwendiger Dokumente (z.B. Kündigungen) ohne Medienbruch.

Legal Tech zielt auch auf Rechtsanwender ab: Insbesondere die Anwaltschaft, teilweise auch Richterschaft und Sachbearbeitende.<sup>9</sup> Legal Tech-Anwendungen für Rechtsanwender sind digitale Werkzeuge und Produkte, die die Arbeit unterstützen und zur Effizienzsteigerung beitragen. Es handelt sich um Dienste, die imstande sind, Verträge, Gerichtsentscheidungen, Verwaltungsakte und andere Sachverhalte nach bestimmten Kriterien zu durchsuchen und rechtlich relevante Aspekte zu erkennen. Diese *digitalen Assistenzsysteme* basieren auf standardisierten Elementen und befolgen schematische Wenn-Dann-Schlussregeln.<sup>10</sup>

In der Literatur werden umfassendere und engere Definitionen des Legal Tech-Begriffs vertreten.<sup>11</sup> Der Begriff verspricht computergestützte digitale Technologie im juristischen Bereich.<sup>12</sup> Allen Definitionen ist die Postulierung einer (Teil-)Automatisierung in der einzelfallbezogenen Rechtsanwendung gemeinsam.<sup>13</sup> Der Versuch Prozesse der geistigen Arbeit zu automatisieren geht bis in die frühen 70er Jahre zurück.<sup>14</sup> Elektronische Informationsverarbeitung in der Verwaltung und ihre juristische Anwendung hat neue Disziplinen und Forschungsfragen hervorgebracht.<sup>15</sup> Als eine Disziplin ist die Rechtsinformatik hervorgegangen.<sup>16</sup> Bereiche der Rechtsinformatik waren die Voraussetzungen, Anwendungen und Folgen des Computereinsatzes im Recht.<sup>17</sup>

Anfangs standen die rechtstheoretischen Aspekte unter der Erforschung der Formalisierung des Rechts im Vordergrund. Erst später dominierten aus dem Einsatz der Informations- und Kommunikationstechnik resultierende Rechtsfragen. Formalisierung des Rechts be-

zeichnet das Überführen positiv normierter Regeln in ein technisches Äquivalent. Das bedeutet, Normen werden maschinenlesbar verarbeitet und können angewendet werden. Expertensysteme<sup>18</sup> waren ein Forschungsschwerpunkt in der Rechtsinformatik. Zweck der Expertensysteme ist das Bereithalten und Zugänglichmachen von Spezialwissen. Ein Expertensystem ist ein Programm, bei dem die Fachkompetenz aus einem Bereich menschlicher Expertise in einer Wissensbank gebündelt und informationstechnisch gerecht zur Problemlösung bereitgestellt wird.<sup>19</sup> Expertensysteme bestehen aus verschiedenen Komponenten: der Wissensbank, dem Schlussfolgerungsmechanismus, der Erklärungskomponente, dem Dialogteil und der Wissensakquisition.<sup>20</sup> Der Schlussfolgerungsmechanismus bzw. *reasoning engine* dient der Wissensauswertung. Fakten und Regeln werden nach einer vorgegebenen Strategie verknüpft, um Folgerungen und Ergebnisse zu produzieren. Bei regelbasierten Expertensystemen erfolgt die Schlussfolgerung anhand von Wenn-Dann-Abfolgen. Der Schlussfolgerungsmechanismus bei diesen Expertensystemen<sup>21</sup> ist generalisierend, er benutzt eine einheitliche Sprache sowohl zur Wissensrepräsentation als auch zur logikbasierten Regeldefinition.<sup>22</sup>

Taugliche Expertensysteme existieren heute nur vereinzelt.<sup>23</sup> Das hat mindestens zwei Gründe. Die Wissensbanken sind meist unvollständig. Folglich werden bei der Wissensauswertung falsche Ergebnisse berechnet. Die Aufnahme der Regeln und Fakten erfolgt manuell, dieser Prozess ist zeitaufwändig und teuer.<sup>24</sup>

Legal Tech-Anwendungen bieten wissensbasierte Programme an. Unterschiede zwischen Expertensystemen und Legal Tech-Anwendungen ergeben sich bei der Komplexität der *reasoning engines*. Die Komplexität verändert sich mit dem Stand der Technik kontinuierlich.

9 Im Bereich Versicherungen und Verwaltung.

10 Ähnlich, allerdings unter dem Begriff "industrielle Rechtsdienstleistung" *Hullen*, Effizienzsteigerung in der Rechtsberatung durch Rechtsvisualisierungstools (Von der Rechtsinformatik zu Legal Tech), 2019, S. 32 f.

11 *Hartung*, Legal Tech Digitalisierung des Rechtsmarktes, S. 7; <https://legal-tech-blog.de/was-ist-legal-tech> (abgerufen am 14.08.2019); *Buchholtz*, Chancen und Risiken der digitalen Rechtsanwendung, JuS 2017, S. 955; *Podmogilnij/Timmermann*, Legal Tech - eine Schärfung der Konturen, AnwBl Online 2019, 436, 436.

12 *Fries*, PayPal Law und Legal Tech, NJW 2016, 2860, 2862; *Prior*, Legal Tech – Digitalisierung der Rechtsberatung, ZAP 2017, 651; *Steinrötter/Sedzikowski/Faber/Wenzel*, Legal Tech eine Bestandsaufnahme zur Digitalisierung der Rechtsbranche, HanLR 2018, 175, 179.

13 *Wagner*, Legal Tech und Legal Robots in Unternehmen und den sie beratenden Kanzleien, BB 2018, 1097;

14 *Fiedler*, Grundbegriffe der elektronischen Informationsverarbeitung in ihrer juristischen Anwendung, JuS 1970, 432.

15 So hat sich das heutige Datenschutz- und Informationsrecht durch eine Verengung der Rechtsinformatik entwickelt.

16 *Gräwe*, Die Entstehung der Rechtsinformatik, 2011, S. 265.

17 *Döpke/Jülicher*, Digitale Transformation im Spiegel juristischer Grundlagendisziplinen, InTeR 2019, 19, 20.

18 Juristische Expertensysteme werden auch als wissensbasierte Systeme bezeichnet.

19 *Styczynski/Rudion/Naumann*, Einführung und Grundbegriffe der Expertensysteme 2017, S. 11.

20 *Schnupp/Leitbrandt*, Juristische Expertensysteme, 1986, S. 13.

21 Zur Funktionsweise von Expertensystemen ausführlich: *Ashley*, Artificial Intelligence & Legal Analytics 2017, S. 8 ff.; *Mathes*, Stehen Expertensysteme vor einer Renaissance im Bereich Legal Tech, Rethinking Law, 2019, S. 29 f.

22 *Mathes*, Stehen Expertensysteme vor einer Renaissance im Bereich Legal Tech, Rethinking Law 2019, S. 28 f.

23 *Hullen*, Effizienzsteigerung in der Rechtsberatung durch Rechtsvisualisierungstools (Von der Rechtsinformatik zu Legal Tech), S. 79 ff.

24 *Ashley*, Artificial Intelligence & Legal Analytics 2017, S. 11.

Das Effizienzpotenzial durch den technologischen Fortschritt sowie der Preisdruck durch die Mandantschaft fördern ein Umdenken in der Rechtsberatungspraxis. Veränderungspotential, insbesondere in der Zivilgerichtsbarkeit, erkennt auch die Justiz. Zivilverfahren dauern ab Anhängigkeit der Klage im Durchschnitt zwischen anderthalb und drei Jahren, gleichzeitig ist die Zahl der Zivilverfahren rückläufig.<sup>25</sup> Der Rückgang ist bei der Amtsgerichtsbarkeit mit niedrigen Streitwerten am stärksten, zeitgleich nimmt die Beteiligung an außergerichtlichen (Online-)Streitbeilegungs-Plattformen zu. Streitschlichtung sowie Online-Services sparen Zeit und Kosten und erscheinen für Verbraucher attraktiv. Die Arbeitsweise von Juristen unterliegt einem fundamentalen Wandel, an Stelle von „maßgeschneiderten“<sup>26</sup> Dienstleistungen werden Anwaltsdienste standardisiert, systematisiert, online verfügbar und zum Teil als Massenware beziehungsweise Produktpakete angeboten.<sup>27</sup>

Legal Tech-Anwendungen, die sich an Verbraucher richten, sind schon heute als Massenware oder standardisierte (Rechts)Produkte zu qualifizieren. Rechtsprodukte sind strukturierte Dienstleistungspakete, mit deren Hilfe die Interessen der Nutzenden schneller, günstiger und effektiver umgesetzt werden.<sup>28</sup> Es handelt sich um ausgelagerte Tätigkeiten aus dem anwaltlichen Beratungsspektrum. Derzeit ist zu beobachten, dass einfach gelagerte, auf gebundenen Entscheidungen basierende Rechtsfälle sowie die Dokumentenerstellung ausgelagert werden. Die genannten Rechtsberatungsprodukte sind nicht abschließend.

## 2. Zugang zum Recht

Der Wortlaut von Artikel 19 Abs. 4 GG garantiert die Zugänglichkeit des Rechtswegs und die Wirksamkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes. Die Rechtsschutzgarantie ist nur hinsichtlich Rechtsverletzungen durch die Exekutive einschlägig. Für die gerichtliche Rechtsdurchsetzung gegen Private ist Artikel 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem materiell verstandenen Rechtsstaatsprinzip heranzuziehen.<sup>29</sup> Das Bundesverfassungsgericht leitet aus Artikel 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip einen grundrechtlichen Anspruch auf ein faires, den rechtsstaatlichen Mindestanforderungen genügen-

des Gerichtsverfahren ab, welches über die Anforderungen der Verfahrensgrundrechte hinausgeht.<sup>30</sup> Die zivilgerichtliche Rechtsdurchsetzung ist von dieser Garantie umfasst.<sup>31</sup>

Die Verwirklichung einer effektiven Rechtsdurchsetzung verfolgte auch der BGB-Gesetzgeber. Der Grundgedanke des BGB war mechanisch. Der Gesetzgeber gab Normen als Leitplanken vor, hierunter sollten alltägliche Sachverhalte subsumiert werden. Das BGB sollte den Bürgern somit das Ergebnis der Rechtsprüfung liefern. Dieses Konzept hat sich in der gelebten Rechtspraxis als Utopie erwiesen. Auch die Prozesskostenhilfe und Prozessfinanzierung können das Recht nicht in jedem Einzelfall durchsetzen, sei es, da die Institute zu teuer, kompliziert oder langsam sind.

Legal Tech-Anwendungen können hier grundlegende Veränderungen erzielen. Mit einer steigenden Zahl an Streitigkeiten ist zu rechnen, wenn Prozessschritte vereinfacht und die Prozessdauer verringert werden. Das verspricht die Vereinbarung von Prozessfinanzierung mit Inkassomodellen. Dabei hat Legal Tech bereits Einzug in Gerichtssäle gefunden, „aufgrund von Legal Tech werden viele Rechtsfälle in Verbraucherangelegenheiten vor den ordentlichen Gerichten verhandelt“.<sup>32</sup> Zudem wird das Prozessrisiko übernommen und die Verfahren versprechen kürzer zu werden.

Aktuell werden durch Legal Tech-Anwendungen neue, für Gerichte nicht bekannte Prozesse ausgelöst.<sup>33</sup> Legal Tech kann in der Justiz zu Standardisierungen und Automatisierungen führen.

## 3. Rechtliche Rahmenbedingungen im Kontext digitaler Transformation

Regeln und Regelwerke des Gesetzgebers sind dynamisch. Regulierung ist aber nicht nur durch Normsetzung möglich. Regulierende Wirkung haben auch bestimmte tatsächliche Umstände. Insoweit formulierte der amerikanische Verfassungsrechtler *Lawrence Lessig* gleichermaßen provokant wie vorausschauend *Code is Law*.<sup>34</sup>

Die Forcierung eines bestimmten Verhaltens erfolgt nicht nur über die, aus der Norm resultierenden Rechtsfolgen für die Adressaten, sondern auch durch die Schaf-

25 [https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/\\_inhalt.html](https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/_inhalt.html) (abgerufen am 14.08.2019).

26 *Susskind*, *Tomorrow's Lawyers*, 2. Aufl., 2017, S. 25 ff. „commoditized“.

27 *Ashley*, *Artificial Intelligence & Legal Analytics* 2017, S. 7; *Hullen*, *Effizienzsteigerung in der Rechtsberatung durch Rechtsvisualisierungstools* (von der Rechtsinformatik zu Legal Tech) 2019, S. 34.

28 *Schwintowski*, *Legal Tech - Im Spannungsfeld zwischen Gewerbefreiheit und erlaubnispflichtiger Rechtsdienstleistung*, *EWerK* 6/2018, S. 218.

29 *Maunz/Dürig/Di Fabio*, 85. EL November 2018, GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 72.

30 BVerfG, Beschluss v. 26.5.1981 - 2 BvR 215/81, *OpenJur* 2011, 118312.

31 *Maunz/Dürig/Di Fabio*, 85. EL November 2018, GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 73.

32 Zu denken ist an Mietstreitigkeiten und den Abgasskandal.

33 *Schröder-Lomb*, Präsidentin des AG Berlin-Wedding auf einem Symposium „Legal Tech in der Justiz“ im November 2018.

34 *Lessig*, *Code Version 2.0*, S. 110.

fung funktionaler Grenzen. Die Entscheidungsfreiheit der Adressaten darüber, ob diese sich rechtskonform verhalten möchten, kann wegfallen.<sup>35</sup> Auch wenn die verhaltenssteuernden Merkmale vergleichbar sind, ist Code jedoch kein Äquivalent zum Gesetz. Es wird nicht das “Sollen”, sondern das “Können” erfasst. Dennoch kann die Dimension des “Könnens” unterschiedlich gelagert sein: die Code-Ebene kann sich mit dem Inhalt der kodifizierten Normen decken, ihn ergänzen oder konterkarieren.<sup>36</sup> In letzterem Fall besteht eine Divergenz zwischen formeller und materieller Rechtslage. Diese Entwicklung gibt Anlass zur Sorge und birgt unter Umständen Gefahren. Das Recht ist schließlich das als Herrschaftsinstrument geordnet, dynamisch entwickelnd und auf Grundwerten basierend menschliches-Miteinander. Unverzichtbar ist die Akzeptanz von und das Vertrauen in Recht.<sup>37</sup> Recht und Technik müssen auf die jeweiligen Belange Rücksicht nehmen und sich gegenseitig ausbalancieren. Damit werden sowohl eine Überlagerung von Rechten durch zu weit gefasste Regelungen als auch Innovationshemmnisse durch restriktive Normen verhindert.<sup>38</sup>

Bleibt die Frage, ob Legal Tech-Anwendungen als Ordnungsprinzip der Rechtswissenschaft aufgefasst werden können. Ordnungsprinzipien der Rechtswissenschaft sind nach allgemeinem Verständnis die Grundregeln der Dogmatik, einschließlich der Auslegungsmethoden. Es geht darum, das rechtliche Begriffssystem sinnvoll und sachgerecht zu ordnen, zu durchdringen und durch ziele und zweckorientierte Wertentscheidungen am Sachverhalt zu prüfen und zu optimieren.<sup>39</sup> Diese Aufgabe des Rechtssystems wird durch Legal Tech-Anwendungen nicht ersetzt, sondern allenfalls unterstützt. Genau besehen ist es fraglich, ob wir schon heute von einer Unterstützungsfunktion sprechen können, denn die allermeisten Legal Tech-Anwendungen beschränken sich darauf, Verfahrensabläufe zu vereinbaren, etwa beim gerichtlichen Mahnverfahren oder beim standardisierten Schriftsatz. Ansonsten greifen Legal Tech-Anwendungen gleichförmige, immer wiederkehrende Sachverhalte auf, ohne sich auf die Gesamtrechtsordnung und ihre dogmatische Stimmigkeit zu beziehen. Derzeit können Algorithmen keine rechtliche Prü-

fung von Einzelfällen leisten, sondern allenfalls eine automatisierte, auf Wahrscheinlichkeiten beruhende, Prognose erstellen.

#### 4. LT Einsatzgebiete heute (und morgen?)

Das Potential von Legal Tech-Anwendungen ist nicht vollends ausgeschöpft. Oftmals bleiben ausgereifte Produkte vereinzelt auf isolierte Anwendungsbereiche beschränkt. Bestehende Technologien<sup>40</sup> nach dem Stand der Technik werden erforscht. Im Fokus ist die Machine Learning-Technologie. Maschinelles Lernen bezeichnet die Verhaltensverbesserung einer Maschine durch Beobachtung ihres eigenen Verhaltens.<sup>41</sup> Die Technologie wird verwendet, um die Folgen eines unbekanntem Outputs vorherzusagen. Im angloamerikanischen Bereich wird maschinelles Lernen für Fallvergleich-Systeme eingesetzt, um damit juristische Entscheidungen maschinell zu erstellen.<sup>42</sup> Daneben werden hybride Systeme entwickelt, die fallbasierte Logik über programmierte Regeln, beispielsweise Gesetze, erschließen.<sup>43</sup> Automationsysteme mit Machine Learning begegnen heute technischen Herausforderungen. In der Zukunft könnten diese Systeme Abwägungsprozesse offenlegen und in der Rechtsanwendung unterstützen.

### III. Regulatorischer Rahmen und Forschungsfeld

De lege lata existieren keine spezifischen Normen für Legal Tech-Anwendungen. Das bedeutet allerdings nicht, dass die Materie derzeit nicht reguliert wäre. Die rechtliche Ordnung begegnet Legal Tech vielmehr mit generell-abstrakten Normen, bei deren Ausarbeitung der Gesetzgeber zwar keine Legal Tech-Anwendungen vor Augen hatte, die wegen ihrer technikneutralen Ausgestaltung nichtsdestotrotz den aktuellen regulatorischen Rahmen bilden.

Rechtsunsicherheit besteht aber bei der Anwendung und Auslegung der Normen im Legal Tech-Bereich. Daraus resultiert ein potentieller Handlungsdruck des Gesetzgebers. Sollte gar ein Legal Tech-Stammgesetz geschaffen und/oder eine übergeordnete Digitalagentur<sup>44</sup> – ähnlich der BaFin – eingerichtet werden? Das ist unser Forschungsfeld.

35 Dankert, Normative Technologie in sozialen Netzwerkdiensten - Neue Machtstrukturen als Anreiz für einen Paradigmenwechsel bei der Kommunikationsregulierung, KritV 2015, 52, 89.

36 A.a.O., 53, 89.

37 Döpke/Jülicher, Digitale Transformation im Spiegel juristischer Grundlagendisziplinen, InTeR 2019, S. 20

38 A.a.O.

39 Schwintowski, Wird Recht durch Robotik und künstliche Intelligenz überflüssig, NJOZ 2018, 1607, 1609.

40 Insbesondere die Kombination von Natural Language Processing

(NLP) mit Deep Learning.

41 Herold, Algorithmisierung von Ermessensentscheidungen durch ML, InTeR 2019, 9.

42 Ashley, Artificial Intelligence & Legal Analytics, 2017, S. 234.

43 Herold, Algorithmisierung von Ermessensentscheidungen durch ML, InTeR 2019, 9 ff.

44 Dazu Schwintowski, Legal Tech – Im Spannungsfeld zwischen Gewerbefreiheit und (erlaubnispflichtiger) Rechtsdienstleistung, EWeRK 2018, 214 ff.

Das Forschungsfeld tangiert verschiedene Rechtsgebiete. Im Folgenden sollen zunächst die verfassungsrechtlichen Vorgaben zum Einsatz von Legal Tech-Anwendungen kompakt dargestellt werden (1). Auf einfachgesetzlicher Ebene ist das Rechtsdienstleistungsgesetz vor dem Hintergrund von Legal Tech zu analysieren (2). Damit eng verbunden ist das anwaltliche Berufs-, Gesellschafts- und Steuerrecht (3). Zudem bestehen Fragen datenschutz- und wettbewerbsrechtlicher Art (4).

### 1. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Die Programmierung und das Anbieten von Legal Tech-Anwendungen ist von der Berufsfreiheit umfasst. Die verfassungsrechtlichen Fragestellungen zu Berufswahlbeschränkungen *de lege lata* und *de lege ferenda* münden letztlich in die Frage eines Legal Tech-Berufsbildes ein.

Die Advokatur ist ein normatives Berufsbild, das gesetzlich fixiert wurde. Nach der Bastille-Entscheidung<sup>45</sup> des Bundesverfassungsgerichts 1987, in welcher das Gericht Standesrichtlinien wegen ihrer fehlenden demokratischen Legitimation als Auslegungskriterium untersagte, ordnete der Gesetzgeber das Berufsbild neu.<sup>46</sup>

Legal Tech stellt mangels einer gesetzlichen Typisierung *de lege lata* kein normatives Berufsbild dar. Neben normativen werden tradierte Berufsbilder anerkannt, die aus einer soziologisch erfassbaren Berufsentwicklung resultieren.<sup>47</sup> Die – unter (II) dargestellte – Legal Tech-Insellandschaft ist gegenwärtig inhomogen; dass sich aus ihr in den nächsten Jahren ein tradiertes Berufsbild ergeben wird, ist daher nicht zu erwarten. Wahrscheinlicher erscheint, dass sich aus einzelnen funktionalen Legal Tech-Anwendungsgruppen und Geschäftsmodellen sukzessive tradierte Berufsbilder entwickeln werden. Zu denken ist zum Beispiel an das „Robin Hood-Inkasso“, bei dem Prozessfinanzierer mit Unterstützung von Algorithmen die bei Bürgern eingetretenen Streuschäden gegen wirtschaftlich stärkere Fluggesellschaften und Automobilkonzerne durchsetzen.<sup>48</sup>

Dass (potentielle) Legal Tech-Anwendungen im Bereich der Justiz Fragen in Bezug auf die Menschenwürde stellen, wurde erkannt.<sup>49</sup> Unterbelichtet ist hingegen, inwiefern Artikel 92 GG, welcher die rechtsprechende Gewalt der Richterschaft anvertraut, einer sukzessiven Substitution dieser durch Legal Tech-Anwendungen entgegensteht. Aktuell assistiert die Software lediglich den Richtern.

Auf einfachgesetzlicher Ebene finden sich Anhaltspunkte zu den bestehenden Schranken des Einsatzes von Algorithmen. Beispielsweise können Algorithmen bei der Beurteilung der Frage des Vorliegens der Fluchtgefahr als Untersuchungshaftgrund nicht die von § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO verlangte „Würdigung des Einzelfalles“ durchführen. Auf die dahinterstehende substantielle Frage, was uns menschlich macht, wird im Rahmen der Konsequenzen für die Lehre zurückzukommen sein.

### 2. Rechtsdienstleistungsgesetz

Die Erbringung von Rechtsdienstleistungen unterliegt einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, § 3 RDG. Allein die Rechtsanwälte sind berufene unabhängige Berater, sowie Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten, § 3 Abs. 1 BRAO. Mit diesem Eingriff in die Berufs- und Dienstleistungsfreiheit verfolgt der Gesetzgeber Belange des Verbraucherschutzes, den Schutz der Rechtspflege sowie den Schutz des Rechtsguts Recht als solches.<sup>50</sup>

Eine Rechtsdienstleistung ist nach § 2 Abs. 1 RDG „jede Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten, sobald sie eine rechtliche Prüfung des Einzelfalles erfordert.“ In der analogen Welt soll damit zuvörderst eine erlaubnisfreie wirtschaftliche Betätigung auf fremde Rechnung von der erlaubnispflichtigen rechtlichen Betätigung abgegrenzt werden. In der algorithmisierten, digitalen Welt tritt nun die Abgrenzungsschwierigkeit zwischen erlaubnispflichtiger Rechtsdienstleistung und erlaubnisfreier technischer Dienstleistung hinzu.

Wegen des – unter II. dargestellten – weiten Spektrums der als Legal Tech deklarierten Anwendungen und Geschäftsmodelle besteht dahingehend Einigkeit, dass eine pauschale Bejahung oder Verneinung der Frage, ob Legal Tech als Rechtsdienstleistung im Sinne des § 2 Abs. 1 RDG anzusehen ist, nicht möglich ist. Vielmehr muss auf bestimmte Geschäftsmodelle und Algorithmentypen abgestellt werden.

Disputabel ist in zeitlicher Hinsicht bereits der Bezugspunkt einer Subsumtion unter den Rechtsdienstleistungsbegriff. Möglich erscheint, den Rechenvorgang der Software als „Tätigkeit“ anzusehen. Der Wortlaut kann jedoch auch dahingehend ausgelegt werden, dass der Tätigkeitsbegriff nur menschliche Handlungen umfasst.<sup>51</sup> In diesem Fall müsste an die Tätigkeit der Softwareer-

45 BVerfGE 76, 171, 187.

46 Hellwig, Das Konzept des anwaltlichen Berufsbildes: Worauf die Anwaltschaft eine Antwort finden muss – und warum Standesrichtlinien nicht helfen, StudZR 2009, 13, 14.

47 Scholz, in: GG-Kommentar, Maunz/Dürig (Hrsg.), 85. EL, November 2018, Art. 11 Rn. 281.

48 Z.B. [flightright.de](http://flightright.de); [myright.de](http://myright.de)

49 Dazu u.a. *Krimphove/Niehaus*, Rechtshandbuch Legal Tech, Breidenbach/Glatz (Hrsg.), 2018, S. 258 f.

50 BT-Drs. 16/3655, S. 31.

51 Dahingehend *Weberstaedt*, Online-Rechts-Generatoren als erlaubnisfreie Rechtsdienstleistung?, AnwBl 2016, 535, 536.

stellenden angeknüpft werden.<sup>52</sup> Zumindest bei regelbasierten Systemen ist richtigerweise auf den Zeitpunkt der Programmierung abzustellen.<sup>53</sup> Unklar ist insofern aber der Umgang mit Künstlicher Intelligenz.

Hingegen erfolgt eine „rechtliche Prüfung des Einzelfalls“ wohl nicht im Zeitpunkt der Programmierung, sondern allenfalls im Zeitpunkt des Software-Einsatzes. Als (nicht-intendierte) Konsequenz dieser chronologischen Aufspaltung könnte somit bei regelbasierten Systemen das Vorliegen einer Rechtsdienstleistung stets abzulehnen sein.

Die Frage der Erforderlichkeit einer rechtlichen Prüfung im Einzelfall und die damit verbundene notwendige Ausgrenzung von überwiegend wirtschaftlich geprägten Tätigkeiten sind auch im Hinblick auf menschliche Dienstleistungen umstritten. Im Gegensatz zu Legal Tech-Anwendungen haben sich für menschliche Dienstleistungen in den letzten Jahrhunderten und Dekaden aber Berufsbilder entwickelt, die zumeist Orientierung gewährleisten. Welche Subsumtionstätigkeiten „über eine bloß schematische Anwendung von Rechtsnormen ohne weitere rechtliche Prüfung“<sup>54</sup> hinausgehen und daher nach Ansicht des BGH als Rechtsdienstleistung zu qualifizieren sind, kann zwar auch hinsichtlich menschlicher Tätigkeiten im Einzelfall umstritten sein, die Konturen sind hier aber schärfer als im Bezug auf Legal Tech-Anwendungen.

Eine kleine Anfrage, ob die Zurverfügungstellung von „Online-Fragetools (mit oder ohne Mitteilung des „Prüfungsergebnisses“) bereits eine Rechtsdienstleistung nach RDG“ sei, wurde von der Bundesregierung mit dem Hinweis beantwortet, dass über die verbindliche Auslegung von Rechtsnormen die unabhängigen Gerichte entscheiden, nicht die Bundesregierung.<sup>55</sup>

Fraglich ist zudem die Reichweite der Inkassoerlaubnis in Bezug auf den Einsatz von Algorithmen. Insbesondere über das Geschäftsmodell der als Inkassodienstleisterin registrierten *Mietright GmbH* ist zwischen verschiedenen Kammern des LG Berlin ein Streit entbrannt,<sup>56</sup> über den am 16. Oktober 2019 der Bundesgerichtshof verhandeln wird.<sup>57</sup> Der Bundesge-

richtshof wird zu entscheiden haben, ob eine Forderungseinziehung im Sinne des § 2 Abs. 2 RDG eine umfassende rechtliche Forderungsprüfung umfasst.<sup>58</sup> Unklar ist zudem, ob neben Geldforderungen auch bestimmte andere Ansprüche inkassofähig sind.<sup>59</sup> Diese rechtlichen Fragen resultieren nicht unmittelbar aus dem Einsatz von Software. Der technische Fortschritt ermöglicht aber neue Geschäftsmodelle für Angelegenheiten mit geringen Gebührenstreitwerten, über deren Vereinbarkeit mit dem regulatorischen Rahmen debattiert wird.

Für Veränderungen und Klarstellungen im RDG de lege ferenda existieren unterschiedlichste Ansätze und Vorschläge, die auf unserer Website systematisiert dargestellt werden.<sup>60</sup> Innerhalb der Forschungsstelle Legal Tech besteht jedenfalls dahingehend Einigkeit, dass die Aufsicht bezüglich Legal Tech-Anwendungen wegen der notwendigen technischen Kenntnisse und zur Gewährleistung einer einheitlichen Rechtsanwendung zentralisiert werden sollte. De lege lata agieren je nach Bundesland, sämtliche Amts-, Land- oder Oberlandesgerichte als Registrierungs- und Aufsichtsbehörde für die Umsetzung des RDG.<sup>61</sup>

### 3. Verhältnis zum anwaltlichen Berufsrecht

Die Rechtsanwälte üben einen freien Beruf aus. Diese Tätigkeit ist kein Gewerbe, § 2 BRAO. Die Finanzierung von Rechtsanwaltsgesellschaften ist auf Betriebsmittel bezogen. Für die Entwicklung von Legal Tech-Anwendungen sind hingegen zumeist erhebliche Investitionen notwendig. Eine Investitionsfinanzierung erfordert oftmals eine Kapitalaufnahme bei Dritten. Dieser steht für Rechtsanwaltsgesellschaften de lege lata das Fremdkapitalverbot des § 59e BRAO entgegen.<sup>62</sup> Infolgedessen treten viele Start-Ups, hinter denen Rechtsanwälte stehen, nicht als Rechtsanwaltsgesellschaften, sondern zumeist als GmbH auf.

An dieser Stelle besteht eine Wechselwirkung zwischen denkbaren Legal Tech-Gesellschaftsformen und der aktuellen Diskussion über eine Reform des anwaltlichen Gesellschaftsrechts. Die Bundesregierung erklärte

52 Remmert, Legal Tech – Rechtliche Beurteilung nach dem RDG, BRAK-Mitteilungen 2017, 55, 57.

53 So auch Weberstaedt, Online-Rechts-Generatoren als erlaubnisfreie Rechtsdienstleistung?, AnwBl 2016, 535, 536.

54 BGH Urt. v. 31.3.2016 – I ZR 88/15 = NJW 2016, 3441, 3443.

55 BT-Drs. 19/5438, S. 3.

56 Jüngst LG Berlin, Urt. v. 15.1.2019, 15 O 60/18.

57 Az.: VIII ZR 285/18.

58 Die Frage wurde nach Auffassung der Verfasser vom Bundesverfassungsgericht bereits 2002 bejaht (NJW 2002, 1190, 1191).

59 Ausführlich Timmermann, Anmerkung zum Urteil des LG Berlin v. 15.01.2019 zum Geschäftsmodell von wenigermiete.de, abrufbar unter <https://www.forschungsstelle-legal-tech.de/aktuelles/>

anmerkung-zum-urteil-des-lg-berlin-v-15-01-2019-zum-geschäftsmodell-von-wenigermiete-de/.

60 Timmermann, Legal Tech Regulierung de lege ferenda: Eine Übersicht des Streit- und Meinungsstandes (vom 21.1.2019), abrufbar unter <https://www.forschungsstelle-legal-tech.de/aktuelles/legal-tech-regulierung/>.

61 Berg/Gaub, Die Registrierung und Aufsicht im Bereich der Inkassodienstleistung, FLF 2016, 112, 114.

62 Wagner, Legal Tech und Legal Robots in Unternehmen und den diese beratenden Kanzleien, BB 2017, 898, 905.

auf eine Kleine Anfrage 2018, eine Beteiligungsmöglichkeit für die Angehörigen nicht-sozietätsfähiger Berufe an Berufsausübungsgesellschaften zwischen den Angehörigen sozietätsfähiger Berufe prüfen zu wollen.<sup>63</sup> An dem Verbot einer reinen Kapitalbeteiligung solle aber tendenziell festgehalten werden.<sup>64</sup> Seitens der Anwaltschaft wurden zwei konkrete Vorschläge unterbreitet: Die Bundesrechtsanwaltskammer schlägt die Öffnung von Rechtsanwaltsgesellschaften für Angehörige sozietätsfähiger Berufe vor.<sup>65</sup> Der Deutsche Anwaltsverein plädiert hingegen für eine weitreichendere Reform, indem er auch den Angehörigen nichtsozietätsfähiger Berufe eine Beteiligung an Rechtsanwaltsgesellschaften ermöglichen möchte, „wenn diese Berufe mit dem Beruf der Rechtsanwälte, insbesondere der Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege, vereinbar sind und die Verbindung die anwaltliche Unabhängigkeit, die Pflicht zur Verschwiegenheit und das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen nicht gefährden kann“, § 59b BRAO-E.<sup>66</sup> Auf Legal Tech gehen beide Vorschläge nicht ein. Die Entwicklung des anwaltlichen Gesellschaftsrechts entfaltet bezüglich Legal Tech aber eine objektiv berufsregelnde Tendenz. Die Frage ist, inwiefern sich Informatiker sowie Betriebswirte an Legal Tech-Gesellschaften beteiligen können (sollen).

Aus steuerrechtlicher Perspektive ist zu beachten, dass Legal Tech-Geschäftsmodelle zumeist als gewerbliche Tätigkeit zu qualifizieren sind. Ist aber eine Gesellschaft teils freiberuflich, teils gewerblich tätig, so gilt nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG die gesamte Tätigkeit als gewerblich. Eine Ausnahme von der Abfärb-/Infektionstheorie ist aus Gründen der Verhältnismäßigkeit lediglich dann angezeigt, wenn nicht mehr als drei Prozent des Gesamtnettoumsatzes aus gewerblicher Tätigkeit stammen und dieser Teil 24.500 Euro nicht übersteigt.<sup>67</sup> Sofern eine Rechtsanwaltsgesellschaft Legal Tech Dienste anbietet, werden ihre Einkünfte daher in aller Regel in gewerbliche Einkünfte umqualifiziert.

#### 4. Datenschutz und Wettbewerbsrecht

Die Datenschutzgrundverordnung ist in aller Munde. Sie hält für die Verarbeitung personenbezogener Daten am Grundsatz des präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt fest.<sup>68</sup> Zahlreiche Legal Tech-Anwendungen führen Big-Data-Analysen durch. Das wirft Fragen hinsichtlich des Zweckbindungsgrundsatzes von Datenverarbeitungen auf.

Prozessual ist zu berücksichtigen, dass nicht jede aus datenschutzrechtlichen Gründen unzulässige Beweiserhebung ohne Weiteres zu einem Beweisverwertungsverbot führt. Stattdessen ist eine Güterabwägung zwischen Persönlichkeitsrechten und dem Interesse an einer funktionsfähigen Rechtspflege vorzunehmen. Der BGH hat in einem Grundsatzurteil 2018 entschieden, dass Dashcam-Aufzeichnungen trotz ihrer Unvereinbarkeit mit datenschutzrechtlichen Regelungen grundsätzlich als Beweismittel zulässig sind.<sup>69</sup>

Mit den datenschutzrechtlichen gehen wettbewerbsrechtliche Fragestellungen einher. Die Einwilligung in Datenverarbeitungen wird oftmals zum (faktischen) Preis für IT-Dienste.<sup>70</sup> Der Gesetzgeber hat diese Erkenntnis durch die 2017 in Kraft getretene 9. GWB-Novelle mit einem ersten zarten regulatorischen Pflänzchen manifestiert (§ 18a Abs. 2a, 3a GWB). Die fehlende Preistransparenz vieler Legal Tech-Angebote beeinträchtigt einen funktionsfähigen digitalen Marktwettbewerb, wie ihn Art. 119, 120 AEUV verlangen.<sup>71</sup>

#### IV. Forschungsstelle Legal Tech der Humboldt-Universität zu Berlin

Die Forschungsstelle Legal Tech wurde im März 2018 gegründet. Forschungsgebiet ist die grundlagenorientierte rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem digitalen Wandel des Rechtsdienstleistungsmarktes. Die Forschungsfragen sind divergent und interdisziplinär. Vor diesem Hintergrund wird auch die Notwendigkeit (rechts-)soziologischer und rechtsver-

63 BT-Drs. 19/3014, Antwort 8.

64 BT-Drs. 19/3014, Antwort 11; Ausführlich *Timmermann*, Interprofessionelle Gesellschaftsformen mit Anwälten und Nichtanwältinnen, abrufbar unter <https://www.forschungsstelle-legal-tech.de/forschung/interprofessionelle-gesellschaftsformen/>.

65 Vorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer zur Reform des berufsrechtlichen Gesellschaftsrechts, Stellungnahme Nr. 15/2018, Mai 2018, S. 12.

66 DAV-Vorschlag zur großen BRAO-Reform, Stellungnahme Nr. 8/2019 = AnwBl 2019, 257, 264.

67 *Wacker*, EStG-Kommentar, Schmidt (Hrsg.), 38. Aufl. 2019, § 15 Rn. 188.

68 Dazu *Timmermann*, Datenschutz im Wandel der Zeit, DÖV 2019, 249 ff.

69 BGH Urt. v. 15.5.2018, VI ZR 233/17 = NJW 2018, 2883 ff.

70 *Schwintowski*, Der Preis für persönliche Daten, VuR 2018, 161, 162.

71 Ausführlich *Schwintowski*, Preistransparenz als Voraussetzung funktionsfähigen (digitalen) Marktwettbewerbs, NJOZ 2018, 841 ff.

gleichender Perspektiven in den Blick genommen. Die Forschungsstelle fungiert als Brückenbauerin zwischen Recht und Technik, zwischen Rechtswissenschaft, Informatik und Politik. Sie ist Mitglied und Förderer der rechtswissenschaftlichen Gesellschaft für Künstliche Intelligenz und Robotik e.V (RAILS).<sup>72</sup>

Im vergangenen Jahr wurde an der Humboldt-Universität zu Berlin eine Veranstaltungsreihe Kolloquium Legal Tech angeboten, an der Praktizierende sowie Studierende zahlreich teilgenommen haben. Das Ziel der Reihe war die rechtliche und ökonomische Analyse von Legal Tech-Produkten und der dahinterstehenden Geschäftsmodelle. In Diskussionsrunden wurden technische Rahmenbedingungen sowie die Wechselwirkungen zu juristischen Fragestellungen aufgezeigt. Alle Berichte und Materialien sind auf unserer Website zum Download bereitgestellt.<sup>73</sup>

Die Vortragsreihe Legal Tech wird seit dem Sommersemester 2019 unter dem gleichnamigen Titel mit Partnerorganisationen an der Humboldt Universität zu Berlin fortgeführt. Sie soll ein Forum für Austausch und Diskussion sein und einen Beitrag zur Vorbereitung der Studierenden auf den Arbeitsmarkt anbieten. Zur Teilnahme sind Studierende aller Fachrichtungen sowie interessierte Bürger herzlich eingeladen.<sup>74</sup> Das Programm für das aktuelle Wintersemester ist unserer Website zu entnehmen.<sup>75</sup>

## V. Konsequenzen für Lehre und Arbeitsmarkt

Seit Dekaden werden menschliche Arbeitsschritte durch Technik teils unterstützt, teils vollautomatisch erledigt. Zu denken ist an den Taschenrechner, mit dem die Gerichtskosten berechnet werden. Das wurde lediglich nicht als Legal Tech bezeichnet.<sup>76</sup> Die weit überwiegende Zahl der als Legal Tech deklarierten Algorithmen beruht auf einem regelbasierten System.

Evolution statt Revolution gilt auch beim Umgang mit Legal Tech-Anwendungen. Technik wird Juristen nicht substituieren, komplexe juristische Gedankengänge und Billigkeitserwägungen vermögen Algorithmen auch in ferner Zukunft technisch nicht umzusetzen, rechtlich würde solchen Produkten zudem das Grundgesetz entgegenstehen. Algorithmen können im juristischen Bereich standardisierbare Prüfungen regelbasiert

vornehmen. Nicht mehr und nicht weniger.

Andersrum schaffen Algorithmen zusätzlichen menschlichen Arbeitsbedarf, sofern ihr Einsatz die Transaktionskosten des Zugangs zum Recht im Bereich der Streuschäden senkt und dadurch Ansprüche im Streitwertbereich von wenigen Hundert Euro durchgesetzt werden, welche die Justiz eigentlich bereits aufgegeben hatte. Die Technik stärkt hier das verfassungsrechtliche Versprechen effektiven Rechtsschutzes und schafft neue Arbeitsplätze. Universitäten werden daher keine „global useless class“<sup>77</sup> hervorbringen.

Bildungspolitisch sollten das digitale Examen erwogen sowie Legal Tech-Veranstaltungen im Rahmen der Schwerpunktangebote etabliert werden. Zu überlegen gilt auch, ob und inwieweit in den schriftlichen Prüfungen des zweiten Examens die Arbeit mit Print-Kommentaren auf Online-Kommentare umgestellt werden kann, da die Arbeit mit Print-Kommentaren an der Rechtswirklichkeit vorbeizieht und gerade nicht die anwaltliche Praxis widerspiegelt.

Unter Zeitdruck viel Text auf Papier zu bringen ist jedenfalls nicht mehr zeitgemäß.<sup>78</sup> Gleiches gilt für mathematische Rechnungen, die beispielsweise in der Steuerrechts-Klausur in Bayern erheblichen Umfang einnehmen. Das können Computer besser – zumindest sofern die Datenmodellierung gelingt, der Sachverhalt also vom regelbasierten System richtig erfasst wird. Computer werden auch nicht müde, es gelten keine Arbeitsschutzgesetze, sie benötigen keinen Urlaub, und sie sparen aus Perspektive der Vertreter der neuen Institutionenökonomik Transaktionskosten ein. Diesen Wettstreit verliert der Mensch sukzessive auf verschiedensten Schauplätzen. Die bildungspolitische Konsequenz sollte das Stellen der Frage sein, was uns menschlich macht, und sodann auf Kreativität und digitale Bildung zu setzen, an Stelle von Stressresistenz und Bleistift.

Solange Politik und Universitäten Legal Tech nicht in das Pflichtprogramm aufnehmen, sollten Studierende jedenfalls die an den meisten Universitäten angebotenen fakultativen Veranstaltungen besuchen. Dadurch wird das Bewusstsein gestärkt und die Vorbereitung auf den Arbeitsmarkt verbessert.

Funktionierende Legal Tech-Anwendungen werden in den seltensten Fällen von einer Person erstellt werden können. Für eine Geschäftsidee sind juristische, techni-

72 <https://ai-laws.org>.

73 <https://www.forschungsstelle-legal-tech.de/>.

74 Termine und weitere Informationen können hier abgerufen werden: <https://www.forschungsstelle-legal-tech.de/veranstaltungen/>.

75 <https://www.forschungsstelle-legal-tech.de/veranstaltungen/>.

76 Zur begrifflichen Ebene des Marketingbegriffs Legal Tech und dessen (vermeintlich) „disruptive[n] Potential[s]“ Podmogilnij/Timmermann, Legal Tech – eine Schärfung der Konturen, AnwBl

Online 2019, 436, 436.

77 So der Historiker *Harari*, abrufbar unter <https://www.nytimes.com/2018/03/19/world/europe/yuval-noah-harari-future-tech.html> (abgerufen am 14.08.2019).

78 So auch *Yuan*, Weiter lernen ohne Zukunft, LTO 25.10.2018, <https://www.lto.de/recht/studium-referendariat/s/legal-tech-jura-studium-digitalisierung-universitaeten/> (abgerufen am 14.08.2019).

sche und wirtschaftliche Kenntnisse notwendig.<sup>79</sup> Es muss mindestens eine Programmiersprache sowie Englisch perfekt beherrscht werden. Das sind (zu) hohe Voraussetzungen, die nicht Ziel des juristischen Studiums sein sollten. Juristen werden auch in Zukunft keine Informatiker sein. Eine „Lösung aus einer Hand“ wird daher zumeist nicht möglich sein. Vielmehr bedarf es einer Zusammenarbeit von Menschen aus unterschiedlichen Berufen. Wechselseitiges Grundverständnis ist dafür dienlich. Die Vermittlung digitaler und algorithmischer Grundkenntnisse ist von der Schule bis zum 2. Examen essentiell. Das Jurastudium sollte mit Jura, nicht Legal Tech, beginnen, da andernfalls bei Studierenden in frühen Semestern ein falscher Eindruck vermittelt werden könnte: Computer arbeiten mit einem Binärsystem. Die Rechtswissenschaft ist eine Geisteswissenschaft, sie erforscht keine Naturgesetze im Sinne von richtig oder falsch, vielmehr geht es um das „Dazwischen“,<sup>80</sup> welches dem Binärsystem des Computers fremd ist und nur durch menschliche Abwägungen und Billigkeitserwä-

gungen gefunden werden kann. Daher sollte die technische Komponente des Legal Tech erst in späteren Semestern ins Auge gefasst werden.<sup>81</sup>

## VI. Ergebnis

Das Rechtssystem wird sich sukzessive verändern – durch Legal Tech und andere Faktoren. Derzeit ist Legal Tech kein rechtswissenschaftliches Ordnungsprinzip. Sein Einfluss auf das Recht ist nicht prognostizierbar. Die regulatorischen Fragestellungen und bildungspolitischen Reaktionsmöglichkeiten sind spannend und komplex.

Hans-Peter Schwintowski ist geschäftsführender Direktor der Forschungsstelle Legal Tech am Institut für Energie- und Wettbewerbsrecht in der Kommunalen Wirtschaft e.V. (EWeRK). Valeria Podmogilnij und Daniel Timmermann forschen an der 2018 am EWeRK ins Leben gerufenen Forschungsstelle Legal Tech; <https://www.forschungsstelle-legal-tech.de/>.

79 Zum Beispiel haben Studierende aus Heidelberg das Startup für digitale Gesetzbücher LEX superior gegründet; Interview abrufbar unter <https://legal-tech-blog.de/interview-mit-johannes-maurer-und-tianyu-yuan-von-lex-superior> (abgerufen am 14.8.2019).

80 Hähnchen/Bommel, Digitalisierung und Rechtsanwendung, JZ 2018, 334, 334.

81 Der Absatz wurde bereits am 15.12.2018 im Rahmen einer Umfrage auf unserer Website von Daniel Timmermann veröffentlicht und lediglich redaktionell nachgebessert: abrufbar unter <https://www.forschungsstelle-legal-tech.de/aktuelles/umfrage-des-bundesverbandes/>.



# Thomas Würtenberger

## *Unterrichtsausfall und chancengleicher Hochschulzugang*

Der Unterrichtsausfall an Schulen ist seit längerer Zeit in fast allen Bundesländern ein Politikum.<sup>1</sup> Landtagsanfragen kritisieren den Unterrichtsausfall als unzumutbar,<sup>2</sup> die Unterrichtsausfall-Statistiken der Kultusministerien<sup>3</sup> werden, soweit überhaupt erhoben, angezweifelt<sup>4</sup> und besorgte Eltern führen mit ihren Kindern über den Unterrichtsausfall mittlerweile Buch.

Der Unterrichtsausfall an Gymnasien wird vielfach als rechtlich nicht relevante Folge verfehlter Schulpolitik abgetan. Unterrichtsausfall ist aber dann nicht mehr ein bloß ärgerliches Politikum, wenn die betroffenen Schüler auf Grund eines unverhältnismäßigen und damit unzumutbaren Unterrichtsausfalls nicht jene Abiturnote und nicht jene Möglichkeiten des Hochschulzugangs erreichen, die ihnen bei ordnungsgemäßem Unterricht möglich gewesen wären. Damit geht es im Folgenden um die *Ermöglichung eines chancengleichen Hochschulzugangs* durch eine *Organisation des Schulunterrichts*, der sich seinerseits am *Gebot der Chancengleichheit* ausrichtet.

Zu klären ist zunächst, ob und in welchem Umfang es zu unverhältnismäßigem und unzumutbarem Unterrichtsausfall kommt und welche bildungspolitischen Folgen mit ihm verbunden sind (I.) Auf diesem Hintergrund werden Verfassungsfragen eines Rechts auf Bildung (II., 1) kurz angesprochen, um sodann ein subjektiv-öffentliches Recht auf die Erteilung von Unterricht in gleicher Weise entsprechend den Stundenplänen (II., 2) zu begründen. Der Schwerpunkt der Überlegungen zum Recht auf chancengleichen Unterricht liegt auf der Begründung des *Junktims vom Recht auf Chancengleichheit im Unterricht* und dem

*Recht auf chancengleichen Zugang zum Hochschulstudium sowie zur Berufsausbildung*. Das Recht auf Gleichheit im Unterricht verlangt nicht, dass nicht ab und an Unterrichtsstunden ausfallen dürften. Zu bestimmen ist vielmehr der nicht mehr verhältnismäßige und damit unzumutbare Unterrichtsausfall (II., 3).

Was nicht möglich ist, kann rechtlich auch nicht durchgesetzt werden. Manchen Unterrichtsausfall kann man nicht verhindern. Was aber zu verlangen ist: Vom Haushaltsgesetzgeber,<sup>5</sup> von den Kultusministerien und den Gymnasien ist alles zu veranlassen, was einen den Stundenplänen widersprechenden und damit die Chancengleichheit beeinträchtigenden Unterrichtsausfall verhindern kann (III.).

### **I. Der Unterrichtsausfall und seine bildungspolitischen Folgen**

In welchem Umfang Unterrichtsstunden an Gymnasien ausfallen, ist von Bundesland zu Bundesland verschieden. Wenn an dieser Stelle ausführlicher auf den Unterrichtsausfall in Baden-Württemberg eingegangen wird (1.), so ist dies der hier besonders guten Datenbasis geschuldet. In einigen anderen Bundesländern bestehen über die Jahre hinweg vergleichbare Ausfallzahlen.<sup>6</sup> Dass der Unterrichtsausfall bildungspolitisch und für die reale Verwirklichung von Chancengleichheit eine gravierende Fehlentwicklung ist, ist bislang von den Kultusministerien, aber auch vom Haushaltsgesetzgeber offensichtlich nicht hinreichend gewürdigt worden (2.).

1 Die Ausführungen beruhen zum Teil auf einem Rechtsgutachten für eine Elterninitiative in Baden-Württemberg.

2 BW LT-Drs. 16/4642 vom 15.8.2018 zur systematischen Erfassung des Unterrichtsausfalls; NRW LT-Drs. 16/14986 vom 2. 5. 2017 zu Unterrichtsausfall und Stellenbesetzungen; Brbg LT-Drs. 6/8059 vom 30. 1. 2018 zum Stundenausfall; Drs. der Hamburger Bürgerschaft 21/12803 vom 30. 4. 2018 zu Risiken und Nebenwirkungen des Unterrichtsausfalls an staatlichen Schulen.

3 Vgl. Fn. 6.

4 So titelt die FAZ in der Ausgabe für Hessen vom 25.4.2018: „Landtag streitet über Unterrichtsausfall“, <https://www.faz.net/aktuell/rheinmain/hessischerlandtag-streitet-ueber-unterrichtsausfall-15559655.html> (abgerufen am 25. 8. 2019). Oder ein Beispiel für eine Kontroverse zwischen obersten Landesbehörden: Der Landesrechnungshof von Schleswig-Holstein hat dem Kultusministerium in einem Prüfbericht verfehlte statistische Angaben über den Unterrichtsausfall vorgeworfen: [https://landesrechnungshof-sh.de/file/bemerkungen\\_2012\\_tz12](https://landesrechnungshof-sh.de/file/bemerkungen_2012_tz12) (abgerufen am 25.8.2019).

5 Hierzu unter III.

6 Einige Prozentzahlen des Unterrichtsausfalls aus den nicht immer vergleichbaren statistischen Angaben der einzelnen Bundesländer mögen genügen: In Bremen fiel im Zeitraum vom August 2018 bis Januar 2019 3, 8 % des Unterrichts aus, 7,5 % des Unterrichts wurde vertreten oder durch Selbststudium ersetzt ([https://www.bildung.bremen.de/vertretung\\_und\\_unterrichtsausfall-4378](https://www.bildung.bremen.de/vertretung_und_unterrichtsausfall-4378); abgerufen am 25.8.2019). In Hamburg konnte im Halbjahr 2016/2017 nur 85 % des Unterrichts nach Plan erteilt werden (Bürgerschaftsdrucksache 21/12803 vom 30.4.2018, Anlage 2). In Thüringen fiel laut Rechnungshofbericht von 2013 4,4 % des Unterrichts ersatzlos aus und 5,4 % wurde fachfremd vertreten ([https://www.thueringer-rechnungshof.de/files/1584E80E375/2013\\_02\\_sonderbericht\\_2609.pdf](https://www.thueringer-rechnungshof.de/files/1584E80E375/2013_02_sonderbericht_2609.pdf) (abgerufen am 25.8.2019)). In Berlin fielen im Schuljahr 2016/2017 11,2 % des Unterrichts aus, wobei 9 % des ausgefallenen Unterrichts durch Vertretungskräfte bestritten wurde: Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie, Blickpunkt Schule. Schuljahr 2017/2018, S. E 1, 2; ein vergleichbarer Prozentsatz an Unterrichtsausfall und Vertretungsunterricht ergibt sich für das Land Brandenburg (LT-Drs. 6/8926 vom 11.6.2018, S. 1).

## 1. Der Unterrichtsausfall

Wenden wir uns beispielhaft dem Unterrichtsausfall an Gymnasien in Baden-Württemberg zu. Im Jahr 2018 hat sich das Kultusministerium dazu entschlossen, den Unterrichtsausfall an Schulen durch eine „Vollerhebung an den öffentlichen Schulen in Baden-Württemberg“ im Zeitraum vom 11. – 15. Juni 2018 zu erfassen. Für die allgemein bildenden Gymnasien ergaben sich:

- Unterrichtsausfall 6,6 %
- Abwesenheit der originär zuständigen Lehrkraft 12,7 %
- Vertretungen 6,1 %<sup>7</sup>

Die zweite vom Kultusministerium durchgeführte „Vollerhebung an den öffentlichen Schulen in Baden-Württemberg“ im Zeitraum vom 12. – 16. November 2018<sup>8</sup> zeigt für die allgemein bildenden Gymnasien ein etwas positiveres Bild:

- Unterrichtsausfall 4,9 %
- Abwesenheit der originär zuständigen Lehrkraft 9,8 %
- Vertretungen 4,8 %

Diese Statistik unterscheidet, wie die Statistiken anderer Bundesländer, zwar zwischen völligem Unterrichtsausfall und Unterricht durch eine Vertretungskraft.<sup>9</sup> Gleichwohl ist aber dem *Unterrichtsausfall* in aller Regel der *Unterricht in Abwesenheit der originär zuständigen Lehrkraft zuzurechnen*. Ein Unterricht in Abwesenheit der originär zuständigen Lehrkraft ist einem Unterrichtsausfall (fast) gleich zu setzen. Bei einer Vertretungsstunde mangelt es an der Kontinuität der Vermittlung des Stoffes, an der Kenntnis der Stärken und Schwächen der jeweiligen Schüler und der Klasse insgesamt sowie oft auch an der Beherrschung des entsprechenden Fächerkanons.

Die statistischen Angaben, die die Kultusministerien veröffentlichen, sind *lediglich Mittelwerte*. Es gibt aufs Ganze gesehen im jeweiligen Bundesland immer Gymnasien, an denen nur wenig Unterricht ausfällt, und umgekehrt, an denen besonders viel Unterricht ausfällt. Wie die *Spreizung* zwischen Gymnasien mit extrem wenig und extrem hohem Unterrichtsausfall aussieht, ist den Kultusverwaltungen bekannt, entsprechende Daten sind aber bislang kaum zugänglich.<sup>10</sup> Nach Erhebungen des Unterrichtsausfalls an

einzelnen Gymnasien spricht alles dafür, dass es Gymnasien mit hohem Unterrichtsausfall weit über dem jeweils ermittelten Mittelwert gibt. Wenn das Mittel von Unterrichtsausfall und Vertretungsunterricht in einem Bundesland bei etwa 10% der obligatorischen Unterrichtsstunden liegt, dann gibt es dort in der Regel Gymnasien, an denen bis zu 15 % oder mehr kein Unterricht durch die zuständige und entsprechend qualifizierte Lehrkraft stattfindet.

Nicht nur der Unterrichtsausfall an Gymnasien wird mit *statistischen Mittelwerten* verniedlicht. Die Unterrichtsausfall-Statistiken an einem einzelnen Gymnasium zeigen ebenfalls nur Mittelwerte. An den jeweiligen Gymnasien gibt es einzelne Fächer mit deutlich höherem Unterrichtsausfall. An einem Gymnasium mit einem Mittelwert des Unterrichtsausfalls von 10 % ist ein Unterrichtsausfall von *über 20% in einem einzelnen Fach* kein Einzelfall, wie einige der von Eltern mit ihren Schülern geführten Unterrichtsausfall-Statistiken zeigen.

## 2. Folgen des Unterrichtsausfalls

Die Folgen von Unterrichtsausfällen und von nicht hinreichend qualifiziertem Vertretungsunterricht in der vorstehend dargelegten Größenordnung lassen sich nicht verharmlosen:

a) Gravierende Defizite beim Ausschöpfen des individuellen Bildungspotentials und der Bildungsressourcen

Wenn wegen der Unterrichtsausfälle und des vertretungsweisen Unterrichts das G 8 fast zu einem G 7 bzw. das G 9 zu einem G 8 wird, leidet die Qualität gymnasialer Ausbildung. Man wird kaum behaupten können, dass das Erreichen der rechtlich definierten Unterrichtsziele auch dann möglich sei, wenn (fast) ein ganzes Jahr regulären Gymnasialunterrichts entfällt.

Es leidet nicht nur die Qualität der gymnasialen Ausbildung insgesamt. Ebenso leidet die Qualität der Ausbildung in einzelnen Fächern. Wenn während eines Halbjahres 20% des Unterrichts zum Beispiel im Fach Deutsch ausfällt, lassen sich die im Deutschunterricht zu vermittelnden Kenntnisse, Fähigkeiten strukturierter Gedankenführung in Schrift und Wort sowie besondere Ausdrucksformen nur sehr begrenzt und lückenhaft vermitteln.

7 Die von der ARGE Stuttgart mit Genehmigung des Kultusministeriums erhobenen Daten liegen jedoch deutlich höher: 13,5 % der Unterrichtsstunden fielen aus oder wurden durch Vertretungen erteilt (BW LT-Drs. 16/4642, S. 2).

8 [https://km-bw.de/site/pbs-bw-new/get/documents/KULTUS\\_Dachmandant/KULTUS/KM-Homepa-pa-ge/Pressemitteilungen/Pressemitteilungen%202019/2019%2001%2014%20Zweite%20Vollerhebung%20-%20Anlage%20Auswertung%20Unterrichtsausfall.pdf](https://km-bw.de/site/pbs-bw-new/get/documents/KULTUS_Dachmandant/KULTUS/KM-Homepa-pa-ge/Pressemitteilungen/Pressemitteilungen%202019/2019%2001%2014%20Zweite%20Vollerhebung%20-%20Anlage%20Auswertung%20Unterrichtsausfall.pdf) (abgerufen am 29.8.2019).

9 Ähnlich die statistischen Angaben der meisten Bundesländer, wie zum Beispiel die Berliner Statistik für das Schuljahr 2016/2017: Vertretungsunterricht 9 %, Ausfall von Unterricht 2,2 % (Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie, Blickpunkt Schule. Schuljahr 2017/2018, S. E 1, 2).

10 Nur in wenigen Bundesländern wird der Unterrichtsausfall auch bezogen auf einzelne Gymnasien veröffentlicht. Hier zeigt sich eine erhebliche Spreizung zwischen den vom Unterrichtsausfall weitgehend verschonten und besonders belasteten Gymnasien.

Ein erheblicher Unterrichtsausfall führt notwendigerweise dazu, dass die hiervon betroffenen Schüler schlechter als andere Schüler mit regulärem Unterricht in ihrer *Persönlichkeitsentwicklung* gefördert und auf das *Berufsleben* vorbereitet werden. Dies wiederum führt zu Leistungsdefiziten, die sich in ihren Schulnoten niederschlagen.<sup>11</sup> Ein unverhältnismäßiger und damit unzumutbarer Unterrichtsausfall verstößt damit gegen das *Gebot der Chancengleichheit*, das zu beachten ist, wenn der Schulunterricht der Persönlichkeitsentwicklung und der Vorbereitung auf das Berufsleben dient. Den einen Schülern den hierfür rechtlich vorgesehenen Unterricht zu bieten, anderen Schülern aber zu versagen, ist ein Verstoß gegen die vom Staat in einer bürgerlichen Gesellschaft zu fördernde *Egalität bürgerlicher Bildung und Ausbildung*.<sup>12</sup>

Um es auf eine einfache je-desto-Formel zu bringen: Je mehr Unterrichtsausfall in der Schulzeit stattfindet, desto geringer sind die Chancen des Schülers, in den durch den Schulunterricht zu vermittelnden bildungspolitischen Zielen gefördert zu werden.

Blickt man insbesondere auf die Abiturprüfung in den einzelnen Prüfungsfächern: Durch Beschlüsse der Kultusministerkonferenz ist festgelegt, was im Abitur mit welchem Leistungsprofil zu prüfen ist. Dieses Leistungsprofil lässt sich nur mangelhaft erreichen, wenn zum Beispiel an einem Gymnasium innerhalb eines Halbjahres mehr als 8 % des Unterrichts oder in einem Kernfach in den Klassen vor dem Abitur teilweise 15% des Unterrichts ausgefallen oder von nicht ausreichend qualifizierten Lehrkräften vertreten worden ist.

Konsequenz ist, dass eine Kohorte von Schülern die Hochschulreife zwar erreicht, deren Schulunterricht aber an derart gravierenden Ausfällen gelitten hat, dass ihr *Bildungspotential* wegen des Mangels an chancenglei-

chem Schulunterricht *nicht* annähernd *ausgeschöpft* worden ist.

Die gesamtgesellschaftlichen negativen Folgen dieses Versagens der Schul- und Bildungspolitik sind bekannt. Mängel im Bildungssystem haben negative Auswirkungen nicht nur auf die ökonomische und gesamtgesellschaftliche Entwicklung, sondern auch auf die Verwirklichung persönlicher Lebensentwürfe.

b) Zur diskriminierenden Wirkung von Unterrichtsausfall

Zwischen Unterrichtsausfall und Lern- bzw. Bildungserfolg besteht, um es zu wiederholen, ein *negativer Kausalzusammenhang*.<sup>13</sup> Der Unterrichtsausfall in den Kernfächern hat für den Schüler zur Folge, dass er seine Bildungsmöglichkeiten nicht wie bei rechtskonformem Unterricht wahrzunehmen vermag.

Durch den Minderunterricht ist er in seinem Recht auf gleichen Unterricht und gleiche (Berufs-)Bildungsmöglichkeiten, wie sie die Schüler seiner Jahrgangsstufe erhalten, diskriminiert.

Insbesondere korreliert der Unterrichtsausfall bereits ab der Klasse 10 mit den Leistungen, die im Abitur erbracht werden. Je höher der Prozentanteil an Unterrichtsausfall oder nicht qualifizierter Unterrichtsvertretung ist, desto schlechter sind die Leistungen im Abitur und konsequenter Weise auch die Abiturnote. Der Schüler kann im Abitur nicht das Leistungsniveau und nicht den Notenschnitt erreichen, den er ohne Unterrichtsausfall hätte erreichen können. Dies betrifft insbesondere die Fächer, bei denen die Aufgaben zentral gestellt und auch zentral korrigiert<sup>14</sup> werden. Bei der zentralen Bewertung dieser Arbeiten kann und darf nicht auf den Unterrichtsausfall an einer Schule Rücksicht genommen werden.

11 *Merkens*, in: Bellmann/Merkens (Hrsg.), *Bildungsgerechtigkeit als Versprechen*, 2019, S. 188 insbesondere zur Korrelation von Vertretungsunterricht und Leistungsniveau der Schüler. In der Bildungsforschung wird allerdings auch eine zurückhaltendere Würdigung der Folgen des Unterrichtsausfalls vertreten: Bestritten wird, dass ein „linearer Zusammenhang zwischen der tatsächlichen Unterrichtszeit und dem Lernerfolg der Schülerinnen und Schüler vermittelt über die aktive Lernzeit besteht“. Man meint, „der Lernerfolg der Schülerinnen und der Schüler (hänge) von der Qualität des Unterrichtsangebots sowie der individuellen Nutzung dieses Angebots durch die Schülerinnen und Schüler ab und somit nur mittelbar von der tatsächlichen Unterrichtszeit“ (*Bellenberg/Reintje*, Möglichkeiten einer Ermittlung des Unterrichtsausfalls an den Schulen in Nordrhein-Westfalen, Gutachten im Auftrag des Ministeriums für Schule und Weiterbildung NRW, 2013, S. 7; [https://www.schulministerium.nrw.de/docs/bp/Ministerium/Service/Schulstatistik/Sonstige-Statistiken/Gutachten\\_Ermittlung\\_Unterrichtsausfall.pdf](https://www.schulministerium.nrw.de/docs/bp/Ministerium/Service/Schulstatistik/Sonstige-Statistiken/Gutachten_Ermittlung_Unterrichtsausfall.pdf), abgerufen am 27.8.2019). Die bildungspolitischen Folgen von Unterrichtsausfall derart herunterzuspielen, ist möglicherweise dem Auftraggeber des Gut-

achtens geschuldet, der wegen des Umfangs des Unterrichtsausfalls immer wieder öffentlich kritisiert wurde. Davon abgesehen sind die Thesen von *Bellenberg* und *Reintje* nicht schlüssig. Wenn es richtig ist, dass der Lernerfolg von der Qualität des Unterrichts abhängt, ist der Lernerfolg gleich Null, wenn überhaupt kein Unterricht stattfindet, oder deutlich geschmälert, wenn ein wenig qualifizierter Vertretungsunterricht angeboten wird. Die Relation zwischen Unterrichtsausfall und Lernerfolg lässt sich also nicht anzweifeln. So müssen die Autoren bei der Auswertung der von ihnen referierten internationalen Studien denn auch einräumen, dass der Unterrichtsausfall neben anderen Faktoren zum Absinken des Leistungsniveaus beiträgt.

12 Zur Gleichheit als Leitprinzip der gesamten Rechtsordnung: *Zippelius/Württemberg*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 23 Rn. 1 ff.; *Zippelius*, Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, 2. Aufl. 1996, Kap. 26.

13 *Forkel*, Unterrichtsausfall als Rechtsproblem, *SächsVBl.* 2010, 282 sowie die Nachw. in Fn. 11.

14 Etwa durch einen neutralen Zweitkorrektor.

Schüler aus bildungsferneren Familien werden durch den Unterrichtsausfall doppelt diskriminiert. Ihnen fehlt jene Unterstützung, die Kinder aus bildungsnahen Familien in derartigen Situationen erfahren können.<sup>15</sup>

c) Zu Einwänden gegen die negativen Folgen von Unterrichtsausfall

Den hier skizzierten negativen Folgen von Unterrichtsausfall könnte man entgegenhalten, dass die in der Klasse 10 (und auch in früheren Klassen) des Gymnasiums erreichten Noten für die Bildung der Abiturnote nicht relevant seien. Es fehle damit an einem rechtlichen Interesse an chancengleichem Unterricht in dieser Unterrichtsstufe, ein Unterrichtsausfall sei damit rechtlich irrelevant.

Dieser Einwand kann nicht überzeugen: Denn wo die Grundlagen in den im Abitur zu prüfenden Fächern nicht entsprechend den jeweiligen Stundenplänen gelegt sind, muss in den beiden Jahren vor dem Abitur jenes an Grundlagen vermittelt werden, worauf der weiterführende Unterricht nach den Lehrplänen aufzubauen hat. Wo nicht auf den nach den Lehrplänen vorgeschriebenen und erworbenen Vor- und Grundkenntnissen aufgebaut werden kann, ist der Unterricht zwei Jahre vor dem Abitur defizitär. Denn wenn in den Abiturklassen ausgefallener Unterricht nachgeholt werden muss, lassen sich nicht die Leistungen erzielen, die bei ordnungsgemäßem Unterricht in früheren Klassen möglich waren.

Dem Recht auf chancengleichen Unterricht lässt sich, so ein weiterer möglicher Einwand, auch nicht entgegenhalten, dass der Schüler wegen des hohen Maßes an Unterrichtsausfall in seinem Bundesland nicht in seinem Recht auf chancengleichen Unterricht diskriminiert werde. Denn es gäbe in seinem Bundesland eine Vielzahl von Schülern in vergleichbarer Situation. Weil es an einzelnen Gymnasien und in einzelnen Abiturfächern eine erhebliche Spreizung zwischen regulär erteiltem Unterricht und Unterrichtsausfall gäbe, würde es kein Recht auf Chancengleichheit durch Erteilung des rechtlich vorgesehenen Unterrichts geben. Es ist verfehlt, die *Faktizität des Unterrichtsausfalls* der Gleichheitsprüfung zu Grunde zu legen. Bezugsrahmen der Gleichheitsprüfung kann lediglich die rechtlich festgesetzte Zahl von Unterrichtsstunden in einzelnen Fächern sein. Der rechtlichen Verpflichtung zur Organisation eines chancengleichen Unterrichts kann sich die Kultusverwaltung nicht durch Verweis auf Unterrichtsausfälle entziehen.<sup>16</sup>

d) Diskriminierung wegen der Vergabe von Studienplätzen nach der Abiturbestenquote

Im Auswahlverfahren der Hochschulen werden Studienplätze zum Teil nach der Abiturbestenquote vergeben. Auch nach dem dritten numerus clausus-Urteil des Bundesverfassungsgerichts<sup>17</sup> erfolgt die Vergabe eines Teils der Studienplätze in zulassungsbeschränkten Fächern nach wie vor nach der Abiturbestenquote.<sup>18</sup> Dies ist in § 11 der „Verordnung über die zentrale Vergabe von Studienplätzen durch die Stiftung für Hochschulzulassung (VergabeVO Stiftung)“ geregelt:

§ 11 Auswahl in der Abiturbestenquote

- (2) 1 Für die Besetzung der Studienplätze in der Abiturbestenquote werden so viele Bewerberinnen und Bewerber ausgewählt, wie insgesamt in dieser Quote Studienplätze zu vergeben sind. 2 Die Auswahl erfolgt nach Absatz 3 bis 5; dabei werden §§ 12 und 13 angewendet.
- (3) 1 Die Rangfolge wird durch die nach Anlage 2 ermittelte Durchschnittsnote bestimmt. 2 Eine Gesamtnote gilt als Durchschnittsnote nach Satz 1.
- (4) Wer keine Durchschnittsnote nachweist, wird hinter die letzte Bewerberin und den letzten Bewerber mit feststellbarer Durchschnittsnote eingeordnet.
- (5) Wer nachweist, aus in der eigenen Person liegenden, nicht selbst zu vertretenden Gründen daran gehindert gewesen zu sein, eine bessere Durchschnittsnote zu erreichen, wird auf Antrag mit der besseren Durchschnittsnote berücksichtigt.

Die Kultusministerkonferenz hat beschlossen, die Abiturbestenquote von 20 auf 30 Prozent zu erhöhen, weil der Abiturnote wird nach vor eine hohe Prognosekraft für den Studienerfolg attestiert wird. Um unter vergleichbaren Unterrichtsbedingungen die individuell bestmögliche Abiturnote und Abiturbestenquote erreichen zu können, bedarf es in dem jeweiligen Bundesland eines Unterrichts, der in den Abiturfächern für alle Schüler in gleicher Stundenzahl erfolgt und damit das Gebot der Chancengleichheit verwirklicht.

In diesem Kontext stellt sich die weitere Frage: Entfällt die Benachteiligung des Schülers beim Erreichen der für ihn bestmöglichen Abiturnote dadurch, dass nach § 11 Abs. 5 der „Verordnung über die zentrale Vergabe von Studienplätzen durch die Stiftung für Hochschulzulassung (VergabeVO Stif-

15 Brenner, in: Bellmann/Merkens (Hrsg.), *Bildungsgerechtigkeit als Versprechen*, 2019, S. 36 f.

16 Zippelius/Würtenberger, *Deutsches Staatsrecht*, 33. Aufl. 2018, § 23 Rn 70 f. zur Frage der Gleichbehandlung im Unrecht.

17 BVerfGE 147, 253 ff.

18 Hierzu Brehm *Konsequenzen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Dritten Numerus-Clausus-Urteil vom 19.12.2017 aus anwaltlicher Sicht, Ordnung der Wissenschaft (OdW)*, 2019, 36, 37 (zur Abiturbestenquote).

„tung“) berücksichtigt wird, dass er wegen Unterrichtsausfalls mit einer besseren Durchschnittsnote zu bewerten ist.<sup>19</sup> Ob sich der Schüler mit einem entsprechenden Antrag im Verfahren der Vergabe von Studienplätzen durchzusetzen vermag, ist fraglich. Von der Rechtsprechung werden hohe Anforderungen an die Begründetheit eines derartigen Antrags gestellt:

„Die hier aufgeworfene Problematik der Anforderungen an Anträge auf Vergabe eines Studienplatzes innerhalb der Kapazität ist nämlich dadurch geprägt, dass der Studienplatzbewerber grundsätzlich nur zum Zug kommen kann, wenn es ihm gelingt, einen der sonst nach den maßgeblichen Kriterien auszuwählenden Bewerber zu verdrängen. Hieraus schlussfolgert die Rechtsprechung in Bezug auf die in Fällen des Nachteilsausgleichs vorzunehmende Prüfung, dass eine strenge Betrachtungsweise geboten ist, eben weil jeder Nachteilsausgleich zugunsten eines Studienbewerbers das Teilhaberecht eines Anderen aus den Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG verdrängt.“<sup>20</sup>

Es besteht also immerhin die abstrakte Möglichkeit, eine Aufbesserung der Abiturdurchschnittsnote im Verfahren der Studienplatzvergabe zu erreichen. Ob überhaupt sowie in welchem Zeitraum unter Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes dies dem Schüler gelingt, ist nicht vorherzusagen. Die Ausgleichsmöglichkeiten bei der Berechnung der Abiturbestenquote nehmen dem Schüler nicht das Rechtsschutzbedürfnis dahingehend, einen Anspruch auf Unterricht ohne unzumutbarem Unterrichtsausfall gerichtlich durchzusetzen.

## II. Verfassungsrechtliche Garantie eines hinreichenden und im Umfang für alle Schüler im wesentlichen gleichen Unterrichts

Der vorstehend beschriebene erhebliche Unterrichtsausfall verstößt gegen die verfassungsrechtliche Garantie eines hinreichenden und im Umfang für alle Schüler im wesentlichen gleichen Unterrichts. Das Recht auf Bildung und Ausbildung (1.) umfasst einen Anspruch auf gleiche Ertei-

lung von Unterricht, wie er in den Stundenplänen der Gymnasien vorgesehen ist (2.).

### 1. Das Recht der Schüler auf Bildung

#### a) Zum verfassungsrechtlichen Schutz eines Rechts auf Bildung

Anders als manche Landesverfassungen regelt das Grundgesetz kein Recht auf Bildung. Die Existenz eines aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) und aus der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) abzuleitenden „Rechts auf Bildung“ ist von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bislang offengelassen worden.<sup>21</sup> In Literatur und Rechtsprechung<sup>22</sup> wird ein Recht auf Bildung tendenziell bejaht. Nach *Badura* sind die *Schüler* „mit ihrem Persönlichkeitsrecht und dem „Recht auf Bildung“ der subjektive Orientierungsmaßstab des komplexen Rechtsgebildes Schule, des Unterrichts und der schulischen Erziehung.“<sup>23</sup>

Das im Persönlichkeitsrecht und in der Berufsfreiheit wurzelnde Recht auf Bildung besteht nach überwiegender Ansicht allerdings nur für den gleichen Zugang<sup>24</sup> zu den staatlichen Bildungseinrichtungen.<sup>25</sup> Es dient lediglich der „Startgleichheit“ bei der Verwirklichung des Rechts auf Chancengleichheit.<sup>26</sup>

Grund für diese Begrenzung eines Rechts auf Bildung ist: Der Landesgesetzgeber hat einen *erheblichen*, allerdings nicht unbegrenzten *Gestaltungsspielraum* bei der Festlegung der Schulform, der Unterrichtsziele und der Verteilung der Stundendeputate auf einzelne Fächer. In welcher Weise und in welchem Umfang in den einzelnen Bundesländern das Recht auf Bildung wahrgenommen werden kann, wird durch parlamentsbeschlossene Gesetze vor allem im Bildungs- sowie im Schulrecht geregelt.

#### b) Recht auf gleiche Persönlichkeitsentfaltung im Bereich der Bildung

Anderes gebietet jedoch das *Recht auf gleiche Persönlichkeitsentfaltung* im Bereich der Bildung, wenn bildungs- und schulrechtliche Regelungen bestehen. Wenn

19 Zu den Anforderungen entsprechender, von der Schule zu erstellender Gutachten: <https://zv.hochschulstart.de/index.php?id=321> (abgerufen am 26. 8. 2019).

20 OVG Saarlouis, Beschluss vom 29.10.2015, Az 1 B 189/15, Rn. 10 f., juris

21 BVerfGE 45, 400, 417; BVerfG-K NVwZ 2018, 728 Rn. 25; vgl. auch OVG NRW, Beschluss vom 26. April 1995 – 19 B 765/95, Rn. 3, juris zu einem Anspruch des Schülers auf Erziehung und Bildung nach Art. 8 Abs. 1 S. 1 Verf NRW.

22 BVerwGE 47, 201; BVerwGE 56, 155, 158

23 *Badura*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 84. EL August 2018, Art. 7 GG Rn. 3.

24 Vertiefend *Sachs*, Auswirkungen des allgemeinen Gleichheitssatzes auf die Teilrechtsordnungen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.),

Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 183 Rn. 156 ff.; *Badura*, in: Maunz/Dürig, Art. 7 GG Rn. 2: Recht auf Bildung als ein den Gesetzgeber verpflichtendes Verfassungsprogramm; nach *Murswiek*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Art. 2 GG Rn. 111 kann ein Recht auf Bildung allein aus dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG folgen, also aus einer gleichen Teilhabe an den staatlichen Bildungseinrichtungen.

25 So *Stüer*, Recht auf unverkürzten Unterricht, RdJB 1986, 282 ff.; *Badura*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 84. EL August 2018, Art. 7 GG Rn. 5; vgl. auch *Achilles*, PdK He G1. Umfang des Unterrichtsanspruchs, Ziffer 3.1.

26 *Kirchhof*, Art. Allgemeiner Gleichheitssatz, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 181 Rn. 187 mit Nachw.

rechtlich vorgesehen wurde, welche Unterrichtsfächer mit welcher Zahl von Wochenstunden und mit welchen Zielsetzungen zu unterrichten sind,<sup>27</sup> ergibt sich die Verpflichtung, durch organisatorische Maßnahmen sicher zu stellen, dass der entsprechende Unterricht auch allen Schülern in gleicher Weise erteilt werden kann.

Der zeitliche Umfang des Schulunterrichts ist rechtlich geregelt. Für die Stundendeputate für die einzelnen Fächer an Gymnasien bestehen rechtliche<sup>28</sup> oder durch Verwaltungsvorschrift festgelegte Vorgaben. Für den auf das Abitur vorbereitenden Unterricht an Gymnasien ist zunächst auf die von der Kultusministerkonferenz verabschiedeten einheitlichen Prüfungsanforderungen in der Abiturprüfung (EPA) zu verweisen.<sup>29</sup> Nach diesen Vorgaben wird durch Rechtsverordnung des Kultusministeriums<sup>30</sup> vorgeschrieben, welches Fach in welcher Jahrgangsstufe in welchem Umfang an Stunden am Gymnasium zu unterrichten ist. So ist etwa geregelt:

„Die Kernfächer Deutsch, fortgeführte Fremdsprache und Mathematik sind für alle Schülerinnen und Schüler verbindlich und werden mit vier Wochenstunden unterrichtet. Sie sind Teil der schriftlichen Abiturprüfung. Die Fächer Geschichte, Musik oder Kunst, Religionslehre oder Ethik und Sport müssen – sofern sie nicht Wahlkernfach sind – über vier Halbjahre zweistündig belegt werden, Gemeinschaftskunde und Geographie in der Regel zwei Halbjahre zweistündig.“<sup>31</sup>

Unter dieser Voraussetzung fordert der in Art. 3 Abs. 1 GG geregelte allgemeine Gleichheitssatz, dass jedem betroffenen Schüler in gleichem Stundenumfang der

jeweilige Unterricht erteilt wird.<sup>32</sup> Denn Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) garantiert über die herkömmliche Abwehrfunktionen hinaus ein *Recht auf gleiche Chancen zur Persönlichkeitsentwicklung* im öffentlichen Bildungs- und Schulwesen. Beim Besuch einer staatlichen Schule sichern diese grundgesetzlichen Regelungen ein Recht auf Chancengleichheit, das unter anderem durch gleichen Unterricht für die Kohorten eines Jahrgangs zu gewährleisten ist.<sup>33</sup>

Dieses Recht auf chancengleichen Unterricht wird zudem durch die *Chancengleichheit im Prüfungsrecht*<sup>34</sup> gewährleistet. Die Chancengleichheit im Prüfungsrecht ist nicht nur verletzt, wenn geprüft wird, was nicht Gegenstand des Schulunterrichts war, sondern auch, wenn eine Kohorte von Schülern regulären Unterricht hatte, eine andere aber in unverhältnismäßiger und unzumutbarer Weise durch Unterrichtsausfall bedingt nur lückenhaft unterrichtet wurde.<sup>35</sup>

Zum gleichen Ergebnis *eines subjektiv-öffentlichen Rechts* auf rechtskonformen Unterricht gelangt man, wenn nicht entscheidend auf ein Recht auf chancengleichen Unterricht, sondern auf ein *Recht auf Einhaltung der rechtlich geregelten Stundenpläne* abgestellt wird<sup>36</sup>: Diese Regelungen sind nicht allein zur Verfolgung allgemeiner bildungspolitischer Interessen getroffen worden. Sie schützen und gestalten zugleich das Recht der Schüler auf Förderung ihrer Persönlichkeitsentfaltung. Schüler sind eben nicht nur Objekte in der Schulorganisation, sondern Subjekte, bei denen die Schulpflicht damit korreliert, dass durch den Schulunterricht zu ihrer Persönlichkeitsentfaltung beigetragen wird. Handelt es sich bei der rechtlichen Regelung von Stunden-

27 Siehe zum Beispiel § 10 Verordnung des Kultusministeriums BW über die Jahrgangsstufen sowie die Abiturprüfung an Gymnasien der Normalform und Gymnasien in Aufbauform (Abiturverordnung Gymnasien der Normalform – AGVO, GBl. 2018, 388).

28 Zur Verpflichtung, die Stundentafel durch Rechtsverordnung zu regeln: *Stüer*, Recht auf unverkürzten Unterricht, RdJB 1986, 282, 284.

29 <https://www.kmk.org/dokumentation-statistik/beschlusse-und-veroeffentlichungen/bildung-schule/allgemeine-bildung.html#c1284>, abgerufen am 4.8.2019

30 Vgl. Verordnung des Kultusministeriums über die Stundentafeln der Klassen 5 bis 10 der Gymnasien der Normalform und der Klassen 7 bis 11 der Gymnasien in Aufbauform mit Internat (Stundentafelverordnung Gymnasien) vom 23.6.1999, BW GBl. 1999, S. 323 mit Kontingentsstundentafel für die Klassen 5 bis 10 der Gymnasien der Normalform, gültig ab 1.8.2018.

31 <https://www.km-bw.de/Lde/Startseite/Schule/Abitur+und+Oberstufe>, abgerufen am 13. 1. 2018.

32 So *Stüer*, Recht auf unverkürzten Unterricht, RdJB 1986, 282 ff.; *Forkel*, Unterrichtsausfall als Rechtsproblem, SächsVBl. 2010, 282, 283.

33 OVG Magdeburg NVwZ-RR 2018, 694 Rn. 21 unter Verweis auf *Glottz/Faber*, Richtlinien und Grenzen des Grundgesetzes für das Bildungswesen in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1994, § 28 Rn. 11–13; die Bedeutung eines chancengleichen Unterrichts wird von *Rux* (Artikel „Schulrecht“, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 3. Bd., 3. Aufl. 2013, § 86, Rn. 130) nicht hinreichend gewürdigt; er hält einen Unterrichtsausfall erst dann für rechtswidrig, wenn er dazu führt, dass Schüler in Abschlussprüfungen scheitern; dies fordert die kritische Rückfrage heraus: Kann der Auftrag der Schule wirklich darauf reduziert werden, dass Prüfungen nur bestanden werden können? Vgl. auch *Rux*, Schulrecht, 6. Auflage 2018, Rn. 831 ff.

34 Zum Gebot der Chancengleichheit als zentralem Kontrollmaßstab im Prüfungsrecht: *Sachs*, Auswirkungen des allgemeinen Gleichheitssatzes auf die Teilrechtsordnungen, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 183 Rn. 163 f. mit Nachw.

35 *Luthe*, Bildungsrecht, 2003, S. 98.

36 *Forkel*, Unterrichtsausfall als Rechtsproblem, SächsVBl. 2010, 282, 283.

plänen um Schutznormen, so besteht ein subjektiv-öffentliches, gerichtlich durchsetzbares Recht auf entsprechenden Unterricht.

Ein solcher Anspruch steht nach seinem aus dem Grundgesetz heraus entwickeltem Schutzbereich den vom Unterrichtsausfall betroffenen Schülern zu. Ein Anspruch auf Chancengleichheit im Bildungsbereich stellt nach Ansicht einer Kammerentscheidung des BVerfG kein Elternrecht dar, auf das sich Eltern selbst berufen könnten.<sup>37</sup>

## 2. Vom Anspruch auf Erteilung von Unterricht in gleicher Weise entsprechend den Stundenplänen zum Anspruch auf chancengleichen Zugang zum Hochschulstudium

Aus der verfassungsrechtlichen Zielsetzung eines Rechts auf Bildung lassen sich nicht direkt - und damit keine originären - Leistungsansprüche, etwa auf einen Unterricht in bestimmtem Umfang, herleiten.<sup>38</sup> Denn die Annahme originärer Leistungsansprüche würde verhindern, dass dem Haushaltsgesetzgeber bei der Erfüllung seiner bildungspolitischen und seiner weiteren Staatsaufgaben ein weiter Gestaltungsspielraum für demokratisch legitimierte Politik eröffnet ist.

Anderes gilt jedoch für die sogenannten *derivativen Teilhaberechte*. Diese betreffen den Bereich, in dem ein staatliches Leistungsangebot rechtlich geregelt ist. Hier darf aus Gleichheitsgründen einzelnen Begünstigten nicht ein Teil der rechtlich geregelten Leistungen vorenthalten werden<sup>39</sup>: Denn „die Grundrechte vermitteln derivative Teilhaberechte, das heißt eine gleiche Teilhabe an den sozialen, grundrechtliche Freiheit ermöglichenden Transferleistungen“.

Diese verfassungsrechtliche Gewährleistung derivativer Teilhaberechte ist vom Bundesverfassungsgericht im dritten NC-Urteil im Kontext der Gewährleistung gleichen Zugangs zu Hochschulen besonders betont worden:

„Aus der Ausbildungs- und Berufswahlfreiheit des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG ergibt sich für diejenigen, die dafür die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen erfüllen, ein Recht auf gleiche Teilhabe am staatlichen Studienangebot und damit ein derivativer Anspruch auf gleichheitsgerechte Zulassung zum Studium

ihrer Wahl“. Denn der verfassungsrechtliche Grundrechtsschutz zielt „im Zusammenwirken mit Art. 3 Abs. 1 GG auch auf gleichheitsgerechte Teilhabe an staatlichen Leistungen und- hier- staatlichen Studienangeboten.“<sup>40</sup>

Was das Bundesverfassungsgericht zur gleichheitsgerechten Teilhabe an staatlichen Studienangeboten ausführt, lässt sich auf eine *gleichheitsgerechte Teilhabe an staatlichen Unterrichtsangeboten* übertragen. Denn nur diese ermöglicht dem Schüler, wie ausgeführt, sozusagen als Junktim den chancengleichen Start bei der Zuteilung von Studienplätzen.

Auch der Verfassungsgerichtshof Baden-Württemberg anerkennt die derivativen Leistungsrechte eines Anspruch auf eine gleichheitsgerechte Teilhabe bei der Verteilung von Studienplätzen sowie eine gleichheitsgerechte Teilhabe am Unterricht.<sup>41</sup> Auszulegen war Art. 11 Abs. 1 LV BW, wonach jeder junge Mensch „das Recht auf eine seiner Begabung entsprechende Erziehung und Ausbildung“ hat. Nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofs Baden-Württemberg handelt es sich bei Art. 11 Abs. 1 LV „nicht um einen bloßen Programmsatz, sondern um ein klares Verfassungsgebot, das in erster Linie für die Legislative, aber auch für die Exekutive gilt, wie sich aus Abs. 2 der Vorschrift, wonach das öffentliche Schulwesen nach diesem Grundsatz zu gestalten ist, und aus Abs. 4 ergibt, wonach das Nähere ein Gesetz regelt“. Nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofes Baden-Württemberg „kann aus Art. 11 Abs. 1 LV ein subjektives Teilhaberecht auf Bildung abgeleitet werden, das jedoch im Einzelnen der staatlichen Ausgestaltung bedarf. Wegen des Organisations- und Gestaltungsspielraums des Staates nach Art. 11 Abs. 2 und 4 LV besteht im Grundsatz kein subjektives Recht auf Schaffung und Bereitstellung bestimmter Bildungseinrichtungen. Hat jedoch der Staat öffentliche Erziehungs- oder Ausbildungseinrichtungen geschaffen, ist Art. 11 Abs. 1 LV als landesrechtliches Grundrecht auf gleichen und der jeweiligen Begabung entsprechenden Zugang zu diesen Einrichtungen zu verstehen.“<sup>42</sup>

Diese verfassungsgerichtliche Rechtsprechung lässt sich mit gebotener Vorsicht auf die Verfassungsauslegung anderer Bundesländer mit vergleichbaren bildungsverfassungsrechtlichen Regelungen<sup>43</sup> übertragen: Hat ein Bundesland öffentliche Erziehungs- oder Ausbildungseinrichtungen und, wie weiter zu konkretisieren ist, bildungsrelevante Transferleistungen zur Verfügung gestellt und rechtlich ge-

37 BVerfG-K NVwZ 2018, 728 Rn. 25 mit Verweis auf VGH Mannheim BeckRS 2013, 4685.

38 Hierzu Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 17 Rn. 7 f. mit Ausführungen zu Ausnahmefällen.

39 Hierzu Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 17 Rn. 9 – hier auch das folgende Zitat; zustimmend Forkel, Unterrichtsausfall als Rechtsproblem, SächsVBl. 2010, 282.

40 BVerfGE 147, 253, Rn. 103, 105 mit Verweis auf BVerfGE 33, 303,

330 ff.; 43, 291, 313 ff.; 134, 1, 13 f.

41 VerfGH BW, Urteil vom 30.05.2016 – 1 VB 15/15, Rn. 49 f., juris.

42 VerfGH BW, Urteil vom 30.05.2016 – 1 VB 15/15, Rn. 50, juris; zustimmend Ebert, in Haug (Hg.), Verfassung des Landes BW, 2018, Art. 11 LVerf, Rn. 21 mit Nachw.

43 Vgl. etwa Art. 20 Abs. 1 Bln Verf.; Art. 29 Brbg Verf.; Art. 27 Brem Verf.; Art. 20 Abs. 1 S. 1 und 2 Thür Verf.

regelt, so lässt sich nicht nur aus Art. 3 Abs. 1 GG, sondern auch aus Landesverfassungsrecht ein subjektiv-öffentliches Teilhaberecht an diesen Leistungen begründen.

Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten: So weit der Umfang von Unterricht in einzelnen Fächern rechtlich geregelt ist, besteht ein aus Art. 3 Abs. 1 GG und gegebenenfalls aus der landesverfassungsrechtlichen Gewährleistung eines Rechts auf Bildung hergeleitetes Recht der Schüler auf chancengleiche Erteilung dieses Unterrichts. Nur wenn diesem Anspruch genügt wird, kann das Recht auf chancengleichen Hochschulzugang in effektiver Weise geltend gemacht werden. Chancengleicher Unterricht ist damit *Entstehensvoraussetzung für ein Recht auf chancengleichen Hochschulzugang*.

### 3. Obergrenzen des Unterrichtsausfalls: Gleichheitswidrigkeit und Unzumutbarkeit

Der Anspruch des Schülers auf Gleichheit bei der Vermittlung des Unterrichtsstoffes geht nicht so weit, dass in jedem Fach die vorgesehene Zahl an Unterrichtsstunden strikt eingehalten werden müsste. Es ist zumutbar, dass, aus welchen Gründen auch immer, einzelne Unterrichtsstunden ausfallen.

#### a) Die Frage einer quantitativ festlegbaren Obergrenze

Damit geht es um die Klärung folgender Frage: Welche „quantitativen Obergrenzen“ von Unterrichtsausfällen sind noch verhältnismäßig und zumutbar? Diese quantitativen Obergrenzen sind im Hinblick ist das *jeweilige Unterrichtsfach* und auf den *Unterricht insgesamt* zu bestimmen.

In vielen Rechtsbereichen wird mit dem Argument der Obergrenzen diskutiert, ab wann eine bestimmte Quantität in eine *neue Qualität* umschlägt. So ist etwa im Polizei- und Sicherheitsrecht die Rechtsfigur der Ermessensreduzierung auf Null entwickelt worden, die polizeiliche Passivität bei der Gefahrenabwehr unterbindet. Die Polizei muss lediglich *erhebliche Gefahren* für das Leben, die Gesundheit oder das Eigentum abwenden.<sup>44</sup> Maßstab für diese polizeirechtliche Ermessensgrenze ist also eine erhebliche, nicht mehr zumutbare Gefährdung von *existentiellen, grundrechtlich geschützten Rechtsgütern*.

In ähnlicher Weise lassen sich die Obergrenzen eines noch verhältnismäßigen und zumutbaren, dem Gleichheitsgebot nicht widersprechenden Ausfalls von Unterricht bestimmen. Entscheidend für die Zumutbarkeitsgrenze ist,

ab wann die ernst zu nehmende Gefahr besteht, dass ein Unterrichtsausfall die Chancengleichheit in Bildung und Ausbildung zu verletzen vermag. Maßstab für die Bestimmung der Obergrenze von Unterrichtsausfall ist also die erkennbare Gefährdung eines Anspruchs auf Chancengleichheit in Bildung und Ausbildung. Dieser grundrechtlich geschützte Bereich ist von *erheblicher Relevanz* für die Verfolgung von persönlichen Lebensentwürfen und damit für den *Kernbereich individueller Persönlichkeitsentfaltung*. Da von einer Abiturnote die Aufnahme eines selbstgewählten Studiums abhängen kann, greift ein die Obergrenze überschreitender und die Abiturnote verschlechternder Unterrichtsausfall in unverhältnismäßiger Weise in den engsten Bereich der Persönlichkeitsentfaltung ein.

Es bedarf also eines „quantitativ und qualitativ gleichen Schulunterrichts“, um dem Anspruch der Schüler auf gleiche Teilhabe an den vorhandenen Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen genügen zu können. Denn nur wer im Gymnasium die gleichen Bildungschancen wie alle Mitschüler in der Kohorte seiner Klassenstufe hatte, kann sein Recht auf chancengleiche Bildung und Ausbildung sowie auf chancengleichen Zugang zu Hochschule und/oder Berufsausbildung in effektiver Weise wahrnehmen.

#### b) Voraussetzungen von Unterricht in Abweichung vom Stundenplan

Ab einer im Folgenden zu erörternden Quantität des Unterrichtsausfalls besteht ein subjektiv-öffentliches Recht auf Unterlassung des Unterrichtsausfalls bzw. positiv formuliert auf Unterrichtserteilung. Die Rechtsprechung hat dies dahin formuliert: Es besteht ein „Anspruch, von unzumutbaren oder gänzlich unangemessenen Schulbesuchsbedingungen verschont zu bleiben“<sup>45</sup>, – und damit auch von einem unzumutbarem Unterrichtsausfall.

Bei der Prüfung, ob ein Unterrichtsausfall unverhältnismäßig und unzumutbar ist, muss man berücksichtigen und abwägen<sup>46</sup>:

(1.) Handelt es sich bei dem in Rede stehenden Unterricht um einen unmittelbar prüfungsvorbereitenden Unterricht, der in Noten eingeht, die für die Hochschulzulassung oder für die Berufsausbildung von Bedeutung sind? Ein im Abitur nicht prüfungsrelevanter Unterrichtsausfall ist eher hinzunehmen als in den Kernfächern der Abiturprüfung.

(2.) Handelt es sich um einen Unterrichtsausfall in den unteren Klassen und besteht eine gewisse Wahrscheinlich-

44 Würtenberger/Heckmann/Tanneberger, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 7. Aufl. 2017, § 5 Rn. 354.

45 OVG Koblenz BeckRS 2011, 45203, unter 1b, aa unter Verweis auf BVerfGE 34, 165, 182 ff.; vgl. auch OVG Koblenz NVwZ 1986, 1036; Forkel, SächsVBl. 2010, 282, 283; Theuersbacher, NVwZ 1995, 1178.

46 OVG Magdeburg NVwZ-RR 2018, 694 Rn. 30, juris; vgl. auch VG Halle, Beschluss vom 16.04.2018 – 6 B 232/18 HAL, BeckRS 2018, 13098, Rn. 10 ff.

keit dafür, dass dadurch entstandene Defizite in den folgenden Schuljahren wieder ausgeglichen werden können?<sup>47</sup> Unterrichtsausfälle in den unteren Klassen sind eher zumutbar als in den letzten drei Klassen vor dem Abitur. Denn in diesen Klassen lassen sich erhebliche Unterrichtsausfälle durch späteren Unterricht in der Regel nicht nachbessern.

(3.) Wo verläuft die quantitative Untergrenze des Unterrichts, um die nach den Bildungsplänen vorgeschriebenen Zielsetzungen zu erreichen? Diese Frage stellt sich nur, wenn in gymnasialen Bildungsplänen *keine Vorgaben* gemacht sind, in *welchem Stundenumfang* ein bestimmtes Fach zu unterrichten ist.

(4.) Ist der Unterrichtsumfang *rechtlich* festgelegt, stellt sich die Frage: Wo verläuft die quantitative Obergrenze eines noch hinnehmbaren Unterrichtsausfalls? Oder anders formuliert: Was ist der verfassungsrechtliche Mindeststandard an Unterricht, der bei einem Unterrichtsausfall zu wahren ist?

c) Zur Bestimmung der Obergrenze eines gleichheitswidrigen und infolgedessen unzumutbaren Unterrichtsausfalls

Die Fragen, welche *quantitativen Obergrenzen von Unterrichtsausfällen noch zumutbar* und damit noch statthaft sind und wo die Obergrenze eines gleichheitswidrigen und infolgedessen unzumutbaren Unterrichtsausfalls verlaufen, lassen sich nicht einfach beantworten. An folgendem *Maßstab* muss sich die Beantwortung dieser Fragen orientieren: Die Obergrenze eines gleichheitswidrigen und unzumutbaren Unterrichts in den Schuljahren vor dem Abitur ist überschritten, wenn der Unterricht in den Abiturfächern in dem Maß die rechtlich vorgeschriebene Unterrichtszeit unterschreitet, dass ernsthaft zu befürchten steht, dass dieser Unterrichtsausfall Auswirkungen auf die Abiturnote und damit auf eine Studiums- und Berufsaufnahme gemäß der individuellen Lebensplanung hat.<sup>48</sup>

Die Abiturnote wird nach der in der „Verordnung über die zentrale Vergabe von Studienplätzen durch die Stiftung für Hochschulzulassung (VergabeVO Stiftung)“<sup>49</sup> geregelten Formel errechnet. Bereits ein Zehntel-Punkt im Notendurchschnitt kann über die Zulassung zum Hochschulstudium eigener Wahl und damit über die individuelle Lebensplanung entscheiden. Eine nur geringfügige Notenverbesserung kann also über die Zulassung zu einem Studienfach entscheiden, das die Qualifikation zum Wunschberuf des Schülers vermittelt. Als Faustre-

gel hat zu gelten: So wie die Hochschulen in den NC-Fächern alle ihre Ausbildungskapazitäten bis zum letzten Platz auszuschöpfen haben, müssen die Haushaltsgesetzgeber sowie die Kultusministerien mit ihren Schulen dafür sorgen, dass ein *chancengleicher Unterricht* die Voraussetzungen dafür schafft, dass eine *chancengleiche Abiturnote* den *chancengleichen Zugang zum Studium* ermöglicht.

Legt man diesen Maßstab an, so ergibt sich für den noch zumutbaren, gegen das Recht auf Chancengleichheit nicht verstoßenden Unterricht: In den letzten drei Schuljahren vor dem Abitur dürfen an den Gymnasien während eines Schuljahres nicht mehr als 8 % an Unterricht<sup>49</sup> in einem einzelnen Fach durch eine qualifizierte Lehrkraft ausfallen. Gleiches gilt für einen Unterrichtsausfall von 8 % während *eines Halbjahres in den Abiturfächern insgesamt*.

Ein genauer empirischer Nachweis für diese 8 %-Grenze kann derzeit nicht erwartet werden, da es bislang kaum Studien zu den Folgen von Unterrichtsausfällen gibt. Nur eine empirische Studie weist für den Vertretungsunterricht nach, dass diese Größenordnung des Vertretungsunterrichts zu einem deutlichen Leistungsabfall der betroffenen Schüler führt.<sup>50</sup> Wenn man also fragt, in welchem Ausmaß Unterricht ausfallen kann, ohne dass der *Leistungsstand* negativ beeinflusst wird, so sind 8 % die Obergrenze für einen Unterrichtsausfall, der noch nicht zwingend schlechtere Kenntnisse und damit schlechtere Noten befürchten lässt. Wer eine *noch höhere Obergrenze* für zumutbar hält, zweifelt daran, dass das Erreichen der Bildungs- und Unterrichtsziele jenes Stundenumfangs bedarf, der in den Bildungsplänen vorgesehen ist. Und davon abgesehen würde der Umfang der Schulpflicht in Frage gestellt, wenn auch mit 8 % (oder noch) weniger Unterrichtszeit die bildungspolitischen Ziele erreicht werden könnten.

### III. Welche Maßnahmen zur Verminderung des Unterrichtsausfalls?

Auch im schulischen Bereich gilt der Rechtsgrundsatz: *Ultra posse nemo tenetur* – ein Unterrichtsausfall, der nicht vermeidbar ist, muss hingenommen werden. Deswegen gehört es zur Normalität, dass unvorhersehbare Ereignisse zu einem unvermeidbaren Unterrichtsausfall führen können. Jenseits des Unvermeidbaren besteht die rechtliche Verpflichtung des jeweiligen Haushaltsgesetzgebers, des jeweiligen Kultusministeriums und der jeweiligen Schulleitung, alles rechtlich und faktisch Mögliche zu veranlassen, um unverhältnismäßigen und unzumutbaren Unterrichtsausfällen vorzubeugen und diese zu verhindern.

47 Vgl. insoweit Rux, Schulrecht, 6. Auflage 2018, Rn. 835.

48 Ähnlich Avenarius, Schulrecht, 8. Aufl. 2010, S. 394, der aber entscheidend auf die Erreichung der Bildungsziele abstellt. Gefährdet der Unterrichtsausfall die Erreichung der Bildungsziele, werden von Avenarius Klagemöglichkeiten bis zu einer Amtshaftungsklage bejaht.

49 Zu derartigen Prozentzahlen vgl. Avenarius, Schulrecht, 8. Aufl. 2010, S. 393 mit Fn. 8.

50 Zu dieser Studie vgl. Fn. 11.

In den Debatten um den Unterrichtsausfall ist ein Dauerthema, ob im Landeshaushalt hinreichend Lehrerstellen ausgewiesen sind, um Unterrichtsausfälle zu vermeiden. Blicken wir also zunächst auf den Haushaltsgesetzgeber: Beim Beschluss über den Haushaltsplan ist der Landtag grundsätzlich frei, wie und in welchem Umfang Bildungsausgaben in den Staatshaushalt eingestellt werden. Gleichwohl unterliegt der Gesetzgeber bei der Verabschiedung des Landeshaushalts Bindungen, die einzulösen er verpflichtet ist. Wenn das Landesrecht bestimmt, dass zum Beispiel an Gymnasien ein bestimmter Stundenplan einzuhalten ist, ist der Haushaltsgesetzgeber verpflichtet, die für den entsprechenden Unterricht nötigen Lehrerstellen zu etatisieren.<sup>51</sup> Diese Pflicht zur Etatisierung von Lehrstellen umfasst natürlich ebenfalls Lehrstellen zur Überbrückung von Unterrichtsausfall. Wie der Gesetzgeber insgesamt ist auch der Haushaltsgesetzgeber an die Grundsätze der Konsequenz im Recht, der Systemgerechtigkeit und der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung gebunden. Der Sachgesetzgeber und der Haushaltsgesetzgeber sind verpflichtet, die durch Leistungsgesetze verursachten Ausgaben vollumfänglich in den Haushaltsplan einzustellen. Eine Normdivergenz zwischen der staatlichen Verpflichtung zu Leistungen und den insoweit erforderlichen Haushaltsmitteln muss im demokratischen Rechtsstaat ausgeschlossen sein. Was der Landesgesetzgeber im Schulbereich *als Sachgesetzgeber* regelt, muss er *als Haushaltsgesetzgeber auch finanziell ermöglichen*.<sup>52</sup> Soweit eine zu geringe Zahl von Planstellen für Lehrer einschließlich einer Lehrerreserve zu Unterrichtsausfall führt, hat der Haushaltsgesetzgeber dem Unterrichtsausfall mit einem angemessenen Ausbau der Lehrerreserve begegnen.

Es bleibt jedoch das Problem, was zu geschehen hat, wenn der Haushaltsgesetzgeber dieser Verpflichtung nicht nachkommt. Können rechtliche und verfassungsrechtlich zwingende Verpflichtungen mit den im Haushaltsplan zur Verfügung gestellten Finanzmitteln nicht erfüllt werden, sind zur Vermeidung von Unterrichtsausfall über- bzw. außerplanmäßige Ausgaben nach § 37 LHO BW geboten.<sup>53</sup>

Daher muss die Erteilung von Lehraufträgen zur Bewäl-

tigung von Unterrichtsausfall haushaltsrechtlich möglich sein. Eine haushaltsrechtliche Begrenzung dieser Lehrauftragsmittel ist nicht statthaft. Um ein ausreichendes und für alle Schüler gleiches Lehrangebot an den Gymnasien des Landes zu garantieren, sind finanzielle Restriktionen der zur Bewältigung des Unterrichtsausfalls zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel, wie sie in einzelnen Bundesländern bestehen, unzulässig. Verstöße gegen die Chancengleichheit in der Bildung dürfen nicht auf haushaltsrechtliche Restriktionen bei der Erteilung von Lehraufträgen beruhen.

Die Gymnasien sind verpflichtet, durch organisatorische Maßnahmen Unterrichtsausfälle zu vermeiden.<sup>54</sup> Werden zum Beispiel dienstliche Gründe für einen Unterrichtsausfall vorgetragen, so ist abzuwägen: Wie gewichtig ist der dienstliche Grund und wie gewichtig ist die Vermeidung von Unterrichtsausfall? Bei dieser Abwägung gilt die bekannte *je desto*-Formel: Je gravierender die Belastungen durch den Unterrichtsausfall an einem Gymnasium sind, desto weniger dürfen dienstliche Gründe für einen Unterrichtsausfall maßgeblich sein.

Von der Schule ist darauf hinzuwirken, dass in einem einzelnen Fach nicht mehr als höchstens 8% des stundenplanmäßigen Unterrichts ausfällt bzw. durch nicht hinreichend qualifizierte Vertretungskräfte erbracht wird. Hierzu bedarf es erleichterter Einstellungsmöglichkeiten für qualifizierte Aushilfskräfte. Was den *Zeitpunkt der Erteilung entsprechender Lehraufträge* betrifft: Diese müssen bereits erteilt werden, bevor gravierende Unterrichtsausfälle drohen. Denn auch Unterrichtsausfälle, die noch nicht gravierend sind, widersprechen der rechtlichen Verpflichtung zur Erteilung von Unterricht und dürfen nicht sehenden Auges hingenommen werden. Es ist eben ein Unterricht zu gewährleisten, der dem rechtlich festgelegten Stundenplan entspricht.

Soweit dem Unterrichtsausfall in einzelnen Fächern durch Einstellung von Lehrern nicht abgeholfen werden kann, da es nicht genügend Hochschulabsolventen gibt, muss der Unterricht von qualifizierten Quereinsteigern und von pensionierten Lehrkräften, die, wie in einigen Bundesländern, ein attraktives Angebot erhalten, erfolgen.<sup>55</sup>

51 Gerichtlich lässt sich diese Verpflichtung des Landesgesetzgebers allerdings nicht durchsetzen: *Luthe*, Bildungsrecht, 2003, S. 146 mit Nachw.

52 Zu diesen Grundsätzen vgl. *Württemberg*, Staatsrechtliche Probleme politischer Planung, 1979, S. 339 ff.; *Degenhart*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976; *Brüning*, Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung - Ein Topos mit verfassungsrechtlichen Konsequenzen?, NVwZ 2002, 33 ff.; *Zippelius/Württemberg*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 12 Rn. 26 ff.; § 23 Rn. 60 ff.; *Jarass*, Die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als verfassungsrechtliche Vorgabe, AöR 126 (2001), 588 ff.; *Sodan*, Das Prinzip der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, JZ 1999, 864 ff.

53 Vgl. *Zippelius/Württemberg*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 50 Rn. 104.

54 BVerwG NVwZ 1984, 796 f.

55 Von den ARGES der Regionen Baden-Württembergs wird gefordert:

- Mindestens 110-prozentige Unterrichtsversorgung für die Schulen des Landes durch zusätzliche Planstellen für das Kultusministerium, finanziell abgesichert im Landeshaushalt.
- Ende der Entlassung von Referendaren nach dem 2. Staatsexamen; Bezahlung während der Sommerferien statt Wiedereinstellung zum ersten Schultag des neuen Schuljahres.
- Springerverträge für jeweils ein Schuljahr (einschließlich der Ferien) für examinierte Lehrer. Entsprechende landesweite Einteilung in örtliche Bereiche. Begünstigung für die Einstellung in den Schuldienst nach Absolvieren eines „Springerdienstes“.
- Einstellung von Quereinsteigern mit entsprechender beruflicher Qualifizierung und zeitlichen Kapazitäten.

Erhebliche Unterrichtsausfälle, die sich über Jahre hinziehen, lassen auf politisch nicht bewältigte *strukturelle Probleme* bei der Organisation eines rechtskonformen Schulunterrichts schließen. Zur Beseitigung struktureller Probleme bedarf es bisweilen längerer Zeiträume, um Abhilfemaßnahmen auf den Weg zu bringen. Was aber das Bildungsverfassungsrecht ver-

bietet: Unzumutbarer Unterrichtsausfall darf nicht über viele Jahre hinweg sehenden Auges toleriert werden.

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



# Cristina Fraenkel-Haeberle

## Wissenschaftsfreiheit und Steuerung am Beispiel des universitären Berufungsverfahrens im deutsch-italienischen Vergleich

### Übersicht

I. Einleitung: Die Universität der Anfänge

II. Hochschulrechtliche Begrifflichkeiten im Rechtsvergleich

III. Die Anforderung für eine Berufung

1. Die italienische „abilitazione scientifica nazionale“

2. Anforderungen für eine Berufung in Deutschland

IV. Intrauniversitäre Mobilität und Mobilitätsgrenzen im deutsch-italienischen Rechtsvergleich

V. Der Weg zu einer Professur: prekäre Arbeitsverhältnisse des Mittelbaus und Unwägbarkeiten der universitären Laufbahn

VI. Rechtsvergleichende Analyse

VII. Schlussfolgerungen

### I. Einleitung: Die Universität der Anfänge

Der Name Universität wird vom lateinischen Wort *universitas* abgeleitet. Ursprünglich handelte es sich nämlich um einen korporativen Zusammenschluss, der – genau wie die Zunft (*universitas*) der Bäcker oder der Fassbinder – eine besondere Organisationsform aufwies.<sup>1</sup> Daher war das Suffix „*universitas magistrorum und scholarium*“ notwendig, um klar zu machen, dass es sich um einen Zusammenschluss von Lehrenden und Lernenden handelte. In Bologna ist 1088 die erste europäische Hochschule als Gemeinschaft der Lernenden (sog. *universitas scholarium*) entstanden, die Professoren anstellte und besoldete. Dieser Institution wurde später das Pariser Modell der *universitas magistrorum* (Zunft der Lehrenden) gegenübergestellt, bei dem die Lehrern den Unterricht und die Prüfungen kollegial verwalteten.<sup>2</sup> Beide Organisationsformen hatten einen korporativen Status und haben sich bereits im Mittelalter institutionell verfestigt und autonom organisiert. Das Berufungsmo-

dell der Universität Sorbonne (Gründungsjahr 1231), das die Berufung der Universitätsprofessoren nach dem Kooptationsprinzip vorsah, hat sich anschließend europaweit durchgesetzt. Noch immer wird für dieses Berufungsverfahren der Begriff „*agrégation*“ verwendet, mit dem die Vervollständigung des Dozentenkollegiums durch die anderen Dozenten bezeichnet wird.<sup>3</sup>

In diesem Aufsatz soll eine Gegenüberstellung des deutsch-italienischen Berufungsverfahrens in vier Schritten erfolgen. Zunächst werden einige hochschulrechtliche Begrifflichkeiten geklärt; sodann sollen die Anforderungen für eine Berufung analysiert werden; anschließend soll die Frage der intrauniversitären Mobilität erläutert und der Weg zu einer Professur bzw. einem Lehrstuhl dargelegt werden. Abschließend werden die Konvergenzen und die Unterschiede zwischen den beiden Hochschulsystemen in einem rechtsvergleichenden Fazit hervorgehoben.

### II. Hochschulrechtliche Begrifflichkeiten im Rechtsvergleich

Die Analyse der Berufungsverfahren kann auf wenige Elemente zurückgeführt werden, die sich unterschiedlich miteinander kombinieren lassen. Zum einen gibt es lokale Verfahren auf der Ebene der Universitäten, zum anderen nationale Verfahren etwa unter der Federführung des Bildungs- bzw. Hochschulministeriums sowie internationale Verfahren, je nachdem, ob die Berufungskommission auch aus ausländischen Mitgliedern besteht.<sup>4</sup>

Hinsichtlich der Modalitäten zur Berufung von Universitätsprofessoren lassen sich allgemein zwei Verfahrensarten unterscheiden.<sup>5</sup> Es gibt einerseits das einphasige Auswahlverfahren in der Form eines Wettbewerbs auf

1 Stefan Fisch, Geschichte der europäischen Universität - Von Bologna nach Bologna, München 2015, S. 1.

2 Cristina Fraenkel-Haeberle, Die Universität im Mehrebenensystem - Modernisierungsansätze in Deutschland, Italien und Österreich, Tübingen 2014, S. 14 ff.

3 Charles Fortier, Le recrutement des universitaires en France, ou le mouvement perpetuel, in: Cavallo Perin/Racca/Barbati (Hrsg.), Il reclutamento universitario in Europa, Napoli 2016, S. 97.

4 Zum Beispiel hatte die italienische Universitätsreform aus dem Jahre 2010 in ihrer ursprünglichen Fassung die Anwesenheit eines ausländischen Kommissars aus einem OECD-Staat vorgesehen (Gesetz Nr. 240 v. 30.12.2010, G.U. Nr. 10 v. 14.1.2011, Art. 16 Abs. 3 Buchst. F).

5 Roberto Cavallo-Perin/Gabriella Racca, Il reclutamento universitario nei paesi europei, in: Cavallo Perin/Racca/Barbati, Il reclutamento universitario in Europa, Napoli 2016, S. 11.

nationaler oder lokaler Ebene wie etwa bei der französischen *agrégation*, bei der neben der Lehrbefugnis eine Rangordnung zur Besetzung der an den Universitäten freiwerdenden Stellen erstellt wird.<sup>6</sup> Eine größere Verbreitung hat jedoch das zweiphasige Verfahren gefunden, bei dem in einer ersten Phase im Rahmen einer Habilitation, Qualifikation oder Akkreditierung lediglich die Eignung der Kandidat\*innen für Tätigkeiten der akademischen Lehre und Forschung geprüft wird. Der Ruf auf eine Professur bzw. einen Lehrstuhl ist dann Gegenstand eines separaten Auswahlverfahrens.<sup>7</sup> Damit verbunden ist eine weitere Unterscheidung zwischen einem Wettbewerbssystem also einem vergleichenden Verfahren zur Ermittlung jener Kandidat\*innen, die eine Stelle bzw. einen Lehrstuhl an einer Universität erhalten, und der deutschen Habilitation als offenes Verfahren ohne zahlenmäßige Beschränkung. Es handelt sich bei der Habilitation um ein wichtiges (wenn auch nicht ausschließliches) Zulassungskriterium für die akademische Laufbahn, da – wie in der Folge näher dargelegt – teilweise andere Qualifikationen und wissenschaftliche Erfahrung als Alternative berücksichtigt werden.<sup>8</sup>

Hinzu kommen Sonderverfahren wie etwa die *Tenure-track*-Berufungen angelsächsischer Herkunft, bei denen ein befristeter Vertrag mit einer jungen Wissenschaftler\*in nach einer Bewährungsphase zur Begründung einer Lebenszeitprofessur führt. Das Prinzip lautet dabei „promotion or exit“ bzw. „hire or fire“. In außerordentlichen Fällen werden ferner Exzellenzberufungen wegen besonderer Verdienste (in Italien „chiamata per chiara fama“) als alternativer Zugang zu einem akademischen Posten oder als Anerkennung einer in der

Praxis erworbenen hervorragenden wissenschaftlichen Reputation vorgenommen.<sup>9</sup>

### III. Die Anforderung für eine Berufung

#### 1. Die italienische „abilitazione scientifica nazionale“

Zu den Besonderheiten einer Berufung zu einer italienischen Universität gehört in erster Linie die Instabilität des Rechtsrahmens. In den letzten Jahren war die Halbinsel durch den Übergang von nationalen zu lokalen Wettbewerben und dann zur nationalen Lehrbefugnis (*abilitazione scientifica nazionale*) gekennzeichnet.<sup>10</sup> Die wiederholten Reformen (und Gegenreformen), die seit den Neuzehnhundertsiebzigerjahren aufeinander folgten, drehten sich alle um ein Leitmotiv, und zwar um den Versuch, durch die staatliche Steuerung den zu hohen Einfluss der akademischen Zünfte bei den Berufungsverfahren einzudämmen.

Nachdem unter der Berlusconi-Regierung eine „*mini-riforma-Gelmini*“, die durch das Gesetz Nr. 1/2009<sup>11</sup> durchgeführt wurde, die Wettbewerbsregeln bei laufenden Verfahren geändert hatte,<sup>12</sup> hat die vom Gesetz Nr. 240/2010<sup>13</sup> eingeführte zweite Reform ebenfalls von Bildungsministerin Gelmini die nationale Lehrbefugnis (*abilitazione scientifica nazionale*) vorgesehen und das Berufungsverfahren weitgehend reformiert. Auch diese Reform wurde – gerade hinsichtlich der Berufungsverfahren – mehrmals geändert.<sup>14</sup>

Infolge der Gelmini-Reform wird die Lehrbefugnis beim Bildungsministerium zentralisiert. Sie wird aufgrund des vorgelegten wissenschaftlichen Curriculums erteilt, hat eine zeitlich beschränkte Dauer von sechs

6 Dieses Verfahren wurde in Italien bis zur Universitätsreform aus dem Jahre 2010 angewendet. Nach diesem System wurde bei der Ausschreibung der Professorenstellen durch die Hochschulen, den Bewerber\*innen auf Platz eins und zwei gleichzeitig die Lehrbefugnis verliehen.

7 Dieses Verfahren wird Habilitation in Deutschland und „abilitazione scientifica nazionale“ in Italien genannt. Ähnlich gestaltet sich die durch eine Agentur (ANECA) in Spanien verliehene Akkreditierung und die durch eine nationale Kommission (*Conseil National des Universités – CNU*) verliehene „*qualification aux fonctions universitaires*“; vgl. Fortier, *Le recrutement des universitaires en France* (Fn. 3), S. 98.

8 Cavallo-Perin/Racca, *Il reclutamento universitario nei paesi europei* (Fn. 5), S. 14.

9 *Ebd.*, S. 13.

10 In dieser Absicht wurden zunächst die nationalen Wettbewerbe durch das Gesetz Nr. 31 v. 7.2.1979 (G.U. Nr. 41 v. 10.2.1979) eingeführt. Dann hat das sog. Berlinguer-Gesetz (Gesetz Nr. 210 v. 3.7.1998, G.U. Nr. 155 v. 6.7.1998) die Zuständigkeit zur Berufung von Universitätsprofessoren auf die einzelnen Universitäten übertragen. Im Jahre 2006 hat eine neue, jedoch vorwiegend auf dem Papier gebliebene Reform (Moratti-Dekret) der Regierung eine Vollmacht zur Neugestaltung der universitären Berufungen durch die Einführung der nationalen Lehrbefugnis erteilt (D. Lgs.

Nr. 164 v. 6.4.2006, G.U. Nr. 101 v. 3.5.2006). Das Moratti-Dekret hat für die Erteilung der Lehrbefugnis ein geschlossenes System vorgesehen, d.h. eine mengenmäßige Obergrenze entsprechend dem von den Universitäten gemeldeten Bedarf eingeführt. Die Lehrbefugnis sollte auf vier Jahre befristet vergeben werden. Die Moratti-Reform hat außerdem erstmalig befristete Verträge für den Mittelbau (*ricercatori a tempo determinato – RTD*) mit einer Dauer von 3 plus 3 Jahren vorgesehen.

11 Gesetz Nr. 1 v. 9.1.2009 (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 10 novembre 2008, n. 180, recante disposizioni urgenti per il diritto allo studio, la valorizzazione del merito e la qualità del sistema universitario e della ricerca*), G.U. Nr. 6 v. 9.1.2009.

12 Vorgesehen wurde u.a. die Verlosung der Mitglieder der Berufungskommissionen aus einem Pool von gewählten Kommissionsbewerber\*innen.

13 Gesetz Nr. 240 v. 30.12.2010 (*Norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario*), G.U. Nr. 10 v. 14.1.2011.

14 Vgl. Antonio Banfi, *Aspetti problematici del reclutamento accademico in Italia*, *JUS publicum* 1/2015, [http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/25\\_03\\_2015\\_19\\_51-Banfi.pdf](http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/25_03_2015_19_51-Banfi.pdf) <15.7.2019>.

Jahren (ursprünglich waren es vier) und ist der Nachweis über den Besitz der notwendigen Qualifikation um sich jeweils als assoziierter oder ordentlicher Professor (sie wird getrennt für die zwei Qualifikationsstufen erteilt) auf eine freie Stelle an einer Universität zu bewerben.

Ein Hauptanliegen bestand darin, das Ermessen der die Lehrbefugnis verleihenden Kommissionen durch die Einführung quantitativer Schwellenwerte – sog. „Mediane“ – einzuschränken. Der Median ist ein durch quantitative Indikatoren bemessener, flexibler Schwellenwert, der die Professoren einer Disziplin in zwei Hälften unterteilt und als Anforderung für die Verleihung der Lehrbefugnis voraussetzt, dass die wissenschaftliche Leistung der Antragsteller\*in eben diesen Medianwert übersteigt.<sup>15</sup> Demnach wird zur Verleihung der Lehrbefugnis ein vergleichendes Verfahren angewendet, das von absoluten Maßstäben absieht. Im Umkehrschluss bedeutet der Medianwert, dass die Hälfte der Professoren einer Disziplin nicht über die Voraussetzungen verfügen, welche die Antragsteller\*innen zwecks Verleihung der Lehrbefugnis erfüllen müssen.<sup>16</sup> Als Kuriosum sei hinzugefügt, dass dieselben Medianwerte als Kriterium für die Auswahl der Kommissionsmitglieder herangezogen werden, da diese ebenfalls aufgrund ihrer wissenschaftlichen Tätigkeit der letzten fünf Jahre einer Evaluation unterzogen werden.<sup>17</sup>

Die nationale Lehrbefugnis wurde als offenes Verfahren gestaltet und hat somit eine hohe Zahl an Lehrbefugten hervorgebracht, welche die Aufnahmefähigkeit der Universitäten bei weitem übersteigt. Gleichzeitig ist es zu einer Schrumpfung der Finanzmittel gekommen, da die Haupteinnahmequelle der öffentlichen Universitäten und zwar der sog. „ordentliche Finanzierungsfonds“

(*fondo per il finanziamento ordinario* – FFO) inflationsbereinigt zwischen 2006 und 2013 um 20% geschrumpft ist. Des Weiteren wurden dem Bildungsministerium jährliche Kürzungen in Höhe von mehr als 200 Millionen Euro für die Jahre 2016, 2017, 2018 auferlegt und ein Einstellungsstopp verhängt.<sup>18</sup>

Gleichzeitig wurde in Erwartung der Durchführungsmaßnahmen zum Gesetz 240/2010 das Verfahren zur Verleihung der nationalen Lehrbefugnis auf Eis gelegt. Erst 2016 hat eine entsprechende Verordnung (D.P.R. 95/2016) ein „Schaltersystem“ vorgesehen.<sup>19</sup> Demnach können die Anträge jedes Jahresviertel gestellt werden und müssen im anschließenden Dreimonatszeitraum beschieden werden. Die Lehrbefugnis wird für maximal sechs Jahre gewährt. Die Auswahlkommissionen erhalten jeweils ein zweijähriges Mandat.

## 2. Anforderungen für eine Berufung in Deutschland

In Deutschland und allgemein im deutschen Sprachraum war die Habilitation in der Vergangenheit eine mehr oder weniger unabdingbare Voraussetzung, um zum Universitätsprofessor berufen zu werden. Dieses Rechtsinstitut hat tiefe Wurzeln in der mittelalterlichen Geschichte, als *habilitare*, die Verleihung der Befugnis zur Lehre in der gesamten christlichen Welt durch eine kirchliche Behörde bedeutete (*licentia ubique docendi*).<sup>20</sup> Heutzutage setzt die *Habilitation* eine Promotion sowie eine reichliche Erfahrung in Lehre und Forschung voraus, die in der Regel durch eine umfangreiche Habilitationsschrift (in einigen Disziplinen auch in der Form einer Sammelhabilitation) nachgewiesen wird.

Die Habilitation stellt noch immer den Königsweg für eine Berufung dar. Allerdings wurde 2002 ein Alter-

15 *Ebd.*, S. 11 f.

16 Der Median ändert sich je nachdem, ob eine Disziplin bibliometrisch erfasst wird oder nicht, da bei den sog. „harten Wissenschaften“ Zitationsindizes verwendet werden. Allerdings fehlt eine gesamtstaatliche Erfassung der wissenschaftlichen Publikationen, weswegen die bibliometrischen Werte unter Rückgriff auf kommerzielle Datenbanken wie Thomson Reuter e Elsevier berechnet werden müssen.

Das Ministerialdekret Nr. 120 v. 7.6.2016 (*Regolamento recante criteri e parametri per la valutazione dei candidati ai fini dell'attribuzione dell'abilitazione scientifica nazionale per l'accesso alla prima e alla seconda fascia dei professori universitari, nonché le modalità di accertamento della qualificazione dei Commissari, ai sensi dell'articolo 16, comma 3, lettere a), b) e c) della legge 30 dicembre 2010, n. 240, e successive modifiche, e degli articoli 4 e 6, commi 4 e 5, del decreto del Presidente della Repubblica 4 aprile 2016, n. 95*) G.U. Nr. 155 v. 5.7.2016 hat für die nicht bibliometrisch erfassten Disziplinen als Kriterien für die Verleihung der nationalen Lehrbefugnis (*impact analysis of the scientific outcome*) die Zahl der Aufsätze in referierten Zeitschriften, die Zahl der Aufsätze in nicht referierten Zeitschriften und die Zahl der Monografien (Herausgeberschaften ausgeschlossen) festge-

legt. Eine positive Bewertung erhalten jene Kandidaten die bei mindestens zwei der drei vorgesehenen Indikatoren die berechneten Schwellenwerte überschreiten. Die Zahl der erforderlichen Publikationen wurde je nach Besoldungsstufe gedeckelt (für die Rechtsfakultät ist z.B. die Angabe von zehn Publikationen für assoziierte Professoren und fünfzehn für ordentliche Professoren erforderlich).

17 Ministerialdekret Nr. 120/2016, Art. 8.

18 Die Kürzungen betragen € 220.400.000 (2016), € 240.400.000 (2017), € 200.400.000 (2018), was die höchste Ressourcenschwund im Verhältnis zu den anderen Ministerien darstellte. So in *Carla Barbati*, Alla ricerca di un diritto per l'Università, in: *Istituzioni del Federalismo* Nr. 3/2015, p. 644.

19 Decreto del Presidente della Repubblica Nr. 95 v. 4.4.2016 (*Regolamento recante modifiche al decreto del Presidente della Repubblica 14 settembre 2011, n. 222, concernente il conferimento dell'abilitazione scientifica nazionale per l'accesso al ruolo dei professori universitari, a norma dell'articolo 16 della legge 30 dicembre 2010, n. 240*), G.U. Nr. 130 v. 6.6.2016.

20 *Jacques Verger*, Grundlagen, in: *Walter Rugg* (Hrsg.), Die Geschichte der Universität in Europa, Bd. 1, München 1993, S. 49.

nativmodell geschaffen, durch das die sog. Juniorprofessuren bzw. W1-Professuren eingeführt wurden.<sup>21</sup> Das Ziel der Juniorprofessur bestand darin, junge Wissenschaftler\*innen relativ frühzeitig zur Autonomie in Forschung und Lehre zu erziehen und gleichzeitig den Zugang zur akademischen Laufbahn durch die Beseitigung der einer Habilitation immanenten Zwänge zu erleichtern.

Nach diesem Konzept werden befristete dreijährige Verträge, die nach positiver Evaluation ein einziges Mal erneuert werden können, vorgesehen. Am Ende dieses Zeitraums kann sich der positiv bewertete Juniorprofessor auf eine Lebenszeitprofessur bewerben.<sup>22</sup> Diese Bundesregelung, die das System der Habilitation ersetzen sollte, wurde 2004 vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt, da sie die Länderkompetenz im Hochschulwesen zu stark einschränkte.<sup>23</sup> Seitdem bestehen beide Karrierewege (Habilitation und Juniorprofessur) neben einander weiter.

Zur Feststellung der Tragfähigkeit des Konzepts der Juniorprofessur hat die Hans-Böckler-Stiftung dem Centrum für Hochschulentwicklung (CHE) und dem Institut für Hochschulforschung Halle-Wittenberg (HoF) eine Untersuchung in Auftrag gegeben. Aufgrund der Ergebnisse der Studie ist davon auszugehen, dass sich das Experiment bewährt habe. Von einer Stichprobe von ca. 300 befragten ex Juniorprofessoren (welche die sechsjährige Vertragslaufzeit abgeschlossen hatten) haben nur 5% eine Stelle außerhalb der Universität erhalten. Die verbleibenden 95% konnten nach dem Sechsjahreszeitraum eine Professur erhalten, wobei sogar 78% nicht einmal den Sechsjahreszeitraum ausgeschöpft hatten, und einen Lehrstuhl schon davor bekommen haben. 83% haben eine Professur ohne Habilitation erhalten, was den Beweis liefert, dass in einigen Disziplinen die Juniorprofessur eine echte Alternative zur traditionellen akademischen Laufbahn darstellt. Die befragten Juniorprofessoren lobten einerseits ihre Autonomie in Lehre und Forschung, beanstandeten jedoch die geringe Planbarkeit ihrer beruflichen Karriere und befürworteten die Einführung eines Tenure-track-Verfahrens zur Reduzierung des psychologischen Drucks einer unsicheren Zu-

kunft, was auch ihre Motivation bei der Arbeit erhöht hätte.<sup>24</sup>

#### IV. Intrauniversitäre Mobilität und Mobilitätsgrenzen im deutsch-italienischen Rechtsvergleich

Das deutsche System fördert stark die Mobilität der Hochschulprofessoren, da dadurch der wissenschaftliche Austausch begünstigt wird. Wer sich auf eine Stelle an einer anderen Universität bewirbt und diese bekommt, wird in der Regel von der Herkunftsuniversität durch Bleibeverhandlungen belohnt. Dieses Prinzip ist nicht absolut, da zur Ermöglichung der Kontinuität in Lehre und Forschung viele Universitäten bei der Erstberufung den Verbleib an derselben Hochschule für mindestens drei Jahre verlangen.

Ebenfalls der Förderung der intrauniversitären Mobilität dient das Hausberufungsverbot also das Verbot für Privatdozenten an derselben Universität, an der sie sich habilitiert haben, berufen zu werden. Diese Praxis dient dazu, den Lokalismus zu bekämpfen und eine verstärkte Kontrolle über die Einstellungspolitik der einzelnen Universitäten zu ermöglichen, indem die Bildung von inneruniversitären Seilschaften verhindert und die Mobilität der Wissenschaftler\*innen und der wissenschaftlichen Gedankenwelt gefördert wird. Es handelt sich um eine ungeschriebene, jedoch allgemein eingehaltene Regel, von der nur in außerordentlichen Situationen abgewichen wird.

Diese Mobilität ist allerdings nicht unbeschränkt, da in der Regel eine Berufung ein Beamtenverhältnis begründet. Demnach sehen die meisten Länder bei der Beamtenernennung eine Einstellungsaltersgrenze vor. Diese sichert, dass ein Dienstverhältnis eine ausreichende Dauer hat, um die Versorgungslast auszugleichen. Die Spanne der Altersgrenzen reicht konkret von der Vollendung des 45. Lebensjahres (Sachsen-Anhalt) zur Vollendung des 55. Lebensjahres im Saarland.<sup>25</sup> Ist die Altersgrenze überschritten, so kann trotzdem eine Professur im privatrechtlichen Dienstverhältnis übertragen werden, wenn auch eine Verbeamtung vorzugswürdig ist.<sup>26</sup>

21 5. HRGÄndG BGBl. I S. 693.

22 5. HRGÄndG § 48.

23 BVerfGE 111, 226.

24 *Sigrun Nickel/Annika Rathmann*, Die Juniorprofessur – Bewährungsprobe bestanden. Empirische Erkenntnisse und Rahmenregelung, in: *Forschung & Lehre* 9/2014, S. 718.

25 Auch die Rechtsquellen sind unterschiedlich: Die Altersgrenzen sind in den Hochschulgesetzen, den jeweiligen Beamtengesetzen sowie den Haushaltsordnungen geregelt. Sie weichen von der allgemeinen beamtenrechtlichen Einstellungsaltersgrenze ab und betreffen in der Regel die Erstberufung. Andernfalls kann aufgrund des Versorgungslastenteilungs-Staatsvertrags (Staats-

vertrag über die Verteilung von Versorgungslasten bei bund- und länderübergreifenden Dienstherrenwechseln – Versorgungslastenteilungs-Staatsvertrag v. 16.12.2009/26.1.2010, BGBl. I S. 1288, 1290) eine Erhöhung der Altersgrenze vorgenommen werden, sofern der abgehende Dienstherr sein Einverständnis gibt und der Übergang nahtlos erfolgt. Das setzt bei Universitätsprofessoren in der Regel eine Dienstzeit von mindestens drei Jahren voraus.

26 *Herbert Detmer/Katharina Picker*, Einstellungsaltersgrenzen für Professoren – Eine Übersicht von Bund und Ländern, in: *Forschung & Lehre* 8/2014, S. 628 ff.

Umgekehrt ist dem italienischen Hochschulwesen die intrauniversitäre Mobilität kulturell fremd. Außerdem wird sie durch buchhalterische Hürden stark behindert. Zur (behaupteten) Flexibilisierung der Einstellungsverfahren und um die Nachhaltigkeit der Hochschulhaushalte zu sichern, erhält nämlich jedes Jahr jede Universität ein Budget an Planstellenpunkten (*punti organico*). Es handelt sich um eine Recheneinheit, die nicht den tatsächlichen Personalkosten entspricht, jedoch als Personalschlüssel dient. Nach diesem Kriterium „verbraucht“ die Berufung externer Lehrkräfte mehr Planstellenpunkte als die Beförderung des hochschulinternen Personals. Ausgehend von der Tatsache dass ein Assistenzprofessor (*ricercatore*) 0,5 Planstellenpunkte, ein assoziierter Professor 0,7 und ein ordentlicher Professor einen Planstellenpunkt in Anspruch nehmen, ist es für eine Universität viel günstiger, einen *ricercatore* zum assoziierten Professor zu befördern und dabei 0,2 Planstellenpunkte zu verbrauchen, als eine 0,7 Planstellenpunkte beanspruchende, externe Kraft zu berufen.

Diese bürokratischen Zwänge sowie die kulturellen Hürden die bisher der Mobilität des akademischen Personals im Wege standen, haben den italienischen Gesetzgeber dazu veranlasst, alternative Möglichkeiten der Professorenberufung vorzusehen. So wurde im Rahmen der Hochschulreform aus dem Jahre 2010 ein Verfahren zur Direktberufung (*chiamata diretta*) u.a. zur Förderung der internationalen Mobilität von Wissenschaftler\*innen eingeführt. Demnach können Wissenschaftler\*innen, die im Ausland mit einem festen Arbeitsverhältnis für Tätigkeiten der universitären Forschung und Lehre eingesetzt werden, auf eine gleichwertige Stelle an einer italienischen Hochschule ohne den Erwerb der italienischen Lehrbefugnis berufen werden.<sup>27</sup> Zusätzlich dazu hat das Gesetz Nr. 208/2015 (Stabilitätsgesetz für das Jahr 2016)<sup>28</sup> zur Förderung der Attraktivität und Wettbewerbsfähigkeit des italienischen Hochschulwesens die vom Gesetz Nr. 230/2005 bereits vorgesehenen Möglichkeiten (Direktberufung aus dem Ausland von bis zu 10% des wissenschaftlichen Personals) erweitert.<sup>29</sup> Nach dem Gesetz Nr. 208/2015 wurde abwei-

chend von den allgemeinen Bestimmungen zur Berufung der Universitätsprofessoren ein neues Verfahren eingeführt, das hervorragende Leistungen in der wissenschaftlichen Lehre und Forschung zur Geltung bringen soll. Durch die Einrichtung eines Sonderfonds (*Fondo per le cattedre universitarie del merito Giulio Natta*), dem ab 2017 jährlich 75 Millionen Euro zugewiesen werden, sollen sowohl ausgewiesene Wissenschaftler\*innen aus dem Ausland im Wege der Direktberufung an italienische Universitäten beschäftigt als auch die inneritalienische Mobilität gefördert werden.<sup>30</sup> Durch den Fonds wird die Möglichkeit der Direktberufung in derselben Besoldungsgruppe an einer anderen Universität ermöglicht.<sup>31</sup> Zu erwähnen ist ferner das *Brain-drain-Programm* (*programma di rientro dei cervelli*) für junge Wissenschaftler\*innen sowie Expert\*innen aus dem Ausland, das ebenfalls Direktberufungen ermöglicht und darüber hinaus Steuererleichterungen vorsieht.<sup>32</sup>

#### V. Der Weg zu einer Professur: prekäre Arbeitsverhältnisse des Mittelbaus und Unwägbarkeiten der universitären Laufbahn

Bekanntlich werden im deutschen Hochschulrecht für die Beschäftigung des akademischen Nachwuchses hauptsächlich befristete Arbeitsverträge eingesetzt. Diese werden vom 2017 novellierten *Wissenschaftszeitvertragsgesetz*<sup>33</sup> geregelt, das zwischen Doktorat und Habilitation eine maximale Beschäftigungszeit von zwölf Jahren (sechs für das Doktorat, sechs für die Habilitation mit Anrechnung der für die Promotion nicht verbrauchten sog. „Ersparniszeit“) vorsieht. Für die medizinischen Fächer verlängert sich die Habilitationszeit auf neun Jahre.<sup>34</sup> Diese langen Zeitspannen im Verhältnis zu den anderen befristeten Arbeitsverträgen rechtfertigen sich durch den besonderen Zweck der Befristung, die auf die Qualifikation des akademischen Personals ausgerichtet ist. Tatsache ist jedoch, dass die Zugehörigkeit zum Mittelbau in der Regel mit prekären Arbeitsverhältnissen verbunden ist. Diese allgemeine Lage unterscheidet sich von der in Italien bis 2010 geltenden Regelung, welche –

27 Gesetz Nr. 240/2010, Art. 18 Abs. 1 Buchst. b); vgl. *Barbati*, Alla ricerca di “un diritto per l’Università” (Fn. 18), S. 639

28 Gesetz Nr. 208 v. 28.12.2015 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge di stabilità 2016*), G.U. Nr. 302 v. 30.12.2015 Art. 1 Abs. 207.

29 Gesetz Nr. 230 v. 4.11.2005 (*Nuove disposizioni concernenti i professori e i ricercatori universitari e delega al Governo per il riordino del reclutamento dei professori universitari*), G.U. Nr. 258 v. 5.11.2005, Art. 12 Abs. 9.

30 Vgl. auch <https://www.miur.gov.it/web/guest/chiamate-dirette<18.7.2019>>.

31 Gesetz Nr. 208/2015, Art. 1 Abs. 209 Buchst. c). Vgl. auch <https://www.miur.gov.it/web/guest/chiamate-dirette<18.7.2019>>.

32 Das Programm Rita Levi Montalcini hat 2018 die Finanzierung von 24 Stellen für junge promovierte Wissenschaftler\*innen und Expert\*innen, die seit mindestens drei Jahren als Post-Doc im Ausland beschäftigt sind, mit der Möglichkeit der Übertragung in einer Stelle als assoziierter Professor vorgesehen (<https://www.miur.gov.it/web/guest/programma-rita-levi-montalcini<18.7.2019>>).

33 Gesetz über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft (*Wissenschaftszeitvertragsgesetz - WissZeitVG*) v. 12.4.2007 (BGBl. I S. 506), das zuletzt durch Artikel 6 Absatz 4 des Gesetzes vom 23.5.2017 (BGBl. I S. 1228) geändert worden ist.

34 WissZeitVG § 2.

ähnlich den in Frankreich bestehenden *maîtres de conférences* – die Verbeamtung der wissenschaftlichen Mitarbeiter (*ricercatori*) vorsah.

Das zeigt, dass die deutsche Laufbahn voll und ganz auf die Ausbildung von Universitätsprofessoren ausgerichtet ist, da nur sie über feste Arbeitsverhältnisse verfügen können. An einigen Universitäten erfolgt sogar die Erstberufung auf eine W2-Professur mit befristetem Arbeitsvertrag nach dem Tarifrecht. Dadurch soll die Eignung einer Professor\*in „on the job“ geprüft werden, wenn auch diese Lösung die Verstetigung im akademischen Bereich weiter verzögert. Ebenfalls befristet sind die mit privaten Zuwendungen geförderten Stiftungsprofessuren.

Inzwischen sind auch in Italien die Arbeitsverhältnisse des Mittelbaus prekär geworden, nachdem die Reform aus dem Jahre 2010 das Berufsbild der wissenschaftlichen Mitarbeiter\*innen mit unbefristetem Vertrag (*ricercatore a tempo indeterminato* – RTI) abgeschafft hat und stattdessen zwei befristete Vertragsarten eingeführt hat: Zum einen dreijährigen Vertrag als *junior researcher* (*“ricercatore di tipo A”*) mit der Möglichkeit einer zweijährigen Verlängerung, zum anderen einen Vertrag als *senior researcher* (*“ricercatore di tipo B”*) mit dreijährigem Vertrag und *tenure-track*.<sup>35</sup>

Aufgrund der finanziellen Nöte der Universitäten war allerdings die Einstellung nach den neuen Verträgen bisher recht zurückhaltend. Ein *senior researcher* beansprucht nach drei Jahren so viele Planstellenpunkte (0,7 Planstellenpunkte) wie ein neu eingestellter assoziierter Professor. Auch ein *junior researcher* (0,5 Planstellenpunkte) ist für eine Universität kostspieliger als ein Stipendiat, das nicht zum Stammpersonal gezählt wird. Aufgrund der bis 2018 geltenden *Turn-over*-Beschränkungen, bedeutete die Einstellung von *junior* bzw. *senior researcher* eine erhebliche Beanspruchung der Personalmittel, weswegen die Universitäten dazu neigten, den

viel günstigeren in der Regel einjährigen Forschungsstipendien den Vorrang zu geben.<sup>36</sup>

Seit der Reform aus dem Jahre 2010 besteht der akademische Weg in Italien aus der Promotion (wobei nicht für alle Promotionsstellen ein Stipendium vorgesehen ist) nach deren Abschluss mehrere Post-doc-Stipendien mit einer Gesamtdauer von höchstens sechs Jahren gewährt werden können. Die nächste Stufe ist eine Stelle als *junior researcher* (*ricercatore a tempo determinato di “tipo A”* – RTDA) für die Dauer von drei Jahren mit einer Verlängerungsmöglichkeit um weitere zwei Jahre.<sup>37</sup> Abschließend folgt ein dreijähriger Vertrag als *senior researcher* (*ricercatore a tempo determinato di “tipo B”* – RTDB), der nicht verlängerbar ist, jedoch in eine Stelle als assoziierter Professor umgewandelt werden kann, sofern in dieser Zeit die Lehrbefugnis erworben worden ist und die Kandidat\*in von der aufnehmenden Universität positiv bewertet wurde (*tenure track*). Bei diesem letzten Vertrag handelt es sich grundsätzlich um einen assoziierten Professor in der Probezeit.<sup>38</sup>

Auf eine Stelle als *senior researcher* (RTDB) kann man sich als *junior researcher* oder mindestens dreijähriger Stipendiat sowie als Inhaber der nationalen Lehrbefugnis bewerben. Im Jahre 2016 wurde die Zahl dieser Verträge massiv erhöht, da die Regierung ein Sonderprogramm mit der Ausschreibung von 861 Stellen gestartet hat. Somit hat man versucht, diese Vertragsart in Schwung zu bringen, da die *Senior-researcher*-Verträge allgemein bis dahin nicht gern gesehen wurden: Es handelt sich um die Einstellung externer Bewerber\*innen, welche die Karrierechancen des bereits beschäftigten akademischen Personals beeinträchtigen. Somit gleichen sie einer „Rechtsüberholung“, weswegen die Universitäten allgemein dazu neigen, die Planstellenpunkte eher für die Beförderung des universitätsinternen Personals als für die Einstellung neuer Wissenschaftler\*innen aufzuwenden.<sup>39</sup>

35 Gesetz Nr. 240/2010 Art. 24 Abs. 3 Buchst. a und b.

36 Vgl. Associazione dei Ricercatori a Tempo Indeterminato (ARTeD), Il precariato nelle Università dopo la legge 240/2010 (“Gelmini”), [http://www.uniarted.it/wp-content/uploads/2017/01/2017-01-24-Precariato\\_Analisi\\_e\\_Proposte6.pdf](http://www.uniarted.it/wp-content/uploads/2017/01/2017-01-24-Precariato_Analisi_e_Proposte6.pdf) <18.7.2019>.

37 Die unionsrechtliche Zulässigkeit der Junior-Researcher-Verträge (RTDA) wird aufgrund einer Vorlage eines italienischen Verwaltungsgerichts gegenwärtig vom EuGH am Maßstab der Richtlinie 1999/70/EG (ABl. L 175) zur Verhinderung des Missbrauchs befristeter Arbeitsverträge geprüft. Da nach besagter Richtlinie die (zweijährige) Verlängerung eines in diesem Fall dreijährigen Vertrags auf „sachliche Gründe, die die Verlängerung solcher Verträge oder Verhältnisse rechtfertigen“ (Art. 5 Abs. 1 Buchst. A) gestützt werden muss, wird die Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht des italienischen Hochschulgesetzes beanstandet, das eine derartige Prüfung nicht vorsieht, sondern die Vertragsverlänge-

rung lediglich von der positiven Evaluation der durchgeführten Forschungs- und Lehrtätigkeit abhängig macht.

38 *Banfi*, Aspetti problematici del reclutamento accademico in Italia (Fn. 14), S. 6 f. Allgemein ist an italienischen Universitäten eine Schrumpfung des Personals in der Stammm Rolle festzustellen: Die ordentlichen Professoren sind seit 2008 von 18.938 auf ca. 12.929 zurückgegangen; das Personal auf einer Planstelle ist aufgrund des bis 2018 bestehenden Einstellungsstopps um 12.000 Einheiten in den letzten 8 Jahren geschrumpft; das Sonderprogramm zur Einstellung assoziierter Professoren aus dem Jahr 2014 hat zur Schaffung von ca. 2500 neuen Stellen geführt, jedoch die Anzahl der wissenschaftlichen Mitarbeiter mit unbefristetem Vertrag gleichzeitig reduziert (ebd. S. 5).

39 Associazione dei Ricercatori a Tempo Indeterminato (Fn. 36), S. 7.

Als neuere Entwicklung werden in Deutschland gegenwärtig die *Juniorprofessuren* teilweise mit dem Suffix „*tenure track*“ ausgeschrieben.<sup>40</sup> Diese Angabe muss in der Stellenausschreibung enthalten sein.<sup>41</sup> Außerdem sieht eine Verwaltungsvereinbarung zwischen Bund und Ländern nach Art. 91b GG die Schaffung von 1000 *Tenure-track*-Professuren zwischen 2017 und 2032 mit einer erheblichen finanziellen Beteiligung des Bundes vor.<sup>42</sup> Diese sind vornehmlich als Juniorprofessuren auszu-schreiben. Die Vereinbarung sieht insbesondere „*echte Tenure-Track-Professuren*“ und nicht so sehr die bloße Möglichkeit einer Verstetigung (*Tenure-Track-Option*) vor. Um dem Hausberufungsverbot gerecht zu werden, müssen die Bewerber\*innen nach der Promotion mindestens zwei Jahre außerhalb der berufenden Hochschule wissenschaftlich tätig gewesen sein. Das verfassungsrechtliche Prinzip der „Bestenauslese“ nach Art. 33 Abs. 2 GG wird durch das anfängliche Auswahlverfahren gewahrt.<sup>43</sup>

Erwähnenswert ist auch, dass z.B. nach dem Hessischen Hochschulgesetz 2016 die Juniorprofessur abgeschafft und durch eine „Qualifikationsprofessur“ oder eine „Entwicklungszusage“ ersetzt wurde.<sup>44</sup> Die temporäre Beschäftigung erfolgt in den Besoldungsstufen W1 und W2. Nach einer sechsjährigen Bewährungszeit, die in einem Evaluationsverfahren unter Beteiligung externen Sachverständigen festzustellen ist, erfolgt bei positiver Evaluation die Übertragung in einer höher besoldeten Lebenszeitprofessur (*Entwicklungszusage*).<sup>45</sup> Die „Qualifikationsprofessur“ bietet hingegen die Möglichkeit, die für eine Professur notwendige Erfahrung zu erwerben und sieht eine *Tenure-Track-Option* vor: Die Entfristung ist in diesem Falle nur möglich, wird jedoch nicht im Voraus zugesagt.<sup>46</sup>

Als weiteres Beispiel ist das *Tenure-Track*-Verfahren der TU-München zu nennen, das die Ausschreibung von Stellen als *Assistant Professor* mit je zwei Mentoren und

mit einem reduzierten Lehrdeputat von fünf Semesterwochenstunden vorsieht. Die notwendige Ausbildung in puncto Personalführung wird von der *Tenure-Track-Academy* vermittelt.<sup>47</sup> Nach sechs Jahren erfolgt die Evaluation mit dem Übergang auf eine W2- bzw. W3- Lebenszeitprofessur. Die Prognose bis 2025 lautet dabei 50:20:30 (*Full, Associate, Assistant*).<sup>48</sup> Die *Associate Professors*, welche die Anforderungen für eine Professur erfüllen, werden als W3-Professoren eingestuft. Erfolgt der Übergang zum *Full Professor*, so verbessert sich die Besoldung und die Ausstattung des Lehrstuhls. Hingegen hat man vom Konzept der *Juniorprofessur* Abstand genommen.<sup>49</sup>

## VI. Rechtsvergleichende Analyse

Aus der soeben geschilderten Darstellung des deutschen Hochschulwesens ergibt sich ein vielseitiges Bild des Berufungsverfahrens, das sich von der italienischen Rechtslage weitgehend unterscheidet. An deutschen Universitäten ist das korporative Element weiterhin stark ausgeprägt. Es handelt sich traditionell um eine *universitas magistrorum* nach dem Pariser Modell aus dem 13. Jahrhundert, das die Auswahl des Lehrpersonals der Kooptation überlies. Seit jeher stellt die deutsche Universität eine Körperschaft von Wissenschaftler\*innen dar, die nach eigenen Regeln agiert und über eine umfassende Autonomie verfügt.

Mit seinem zweiphasigen Verfahren bestehend aus Habilitation und Berufung überlässt Deutschland die Verleihung der Lehrbefugnis nicht der staatlichen Steuerung der Ministerialbehörden – oder wie in Frankreich des *Conseil National des Universités*. Sie bleibt dem Kooptationsmodell treu und sieht im Unterschied zu Italien von mengenmäßigen Indikatoren ab. Die Bekämpfung von Seilschaften und Nepotismus wird bei der Professoreinstellung durch ein vergleichendes (wettbewerbli-

40 In 13% der Fälle laut *Michael Hartmer*, Tausend neue Professuren bis 2022 – wie das *Tenure-Track*-Programm die Universitäten verändern wird, in: *Forschung & Lehre* 2/2017, S. 107.

41 So z.B. nach dem Saarländischen Hochschulgesetz (SHSG), *Amtsbl.* I 2019, S. 412, § 43 Abs. 2 S. 2 Nr. 1.

42 Zu den Reformvorschlägen ist der Beschluss des deutschen Bundestages vom 27.6.2013 zu nennen, in dem die Einführung der *Associate-Professur* als unbefristete Position für die besten Nachwuchswissenschaftler\*innen (mit W2- oder W3-Besoldung) sowie die Aufgabe der Juniorprofessur zugunsten der Assistenz-Professur befürwortet wurde [http://dip21.bundestag.de/dip21/btp/17/17250\\_ORIG.pdf](http://dip21.bundestag.de/dip21/btp/17/17250_ORIG.pdf) <19.7.2019>; vgl. *Wissenschaft als Beruf – Qualifikation und Personalstrukturen in der Wissenschaft nach der Promotion*, in: *Forschung & Lehre* 5/2015, S. 368 ff.

43 *Katharina Helmig/Dr. Hubert Detmer*, *Tenure Track für Juniorprofessuren – Ein Ländervergleich*, in: *Forschung & Lehre* 8/2017, S. 698 ff.

44 HHG GVBl. I 2009 S. 666, § 64.

45 So auch für die Verstärkung einer Juniorprofessur nach § 14 Abs. 6 Nr. 3 Hamburgisches Hochschulgesetz.

46 *Martin Hellfeier*, *Qualifikationsprofessur und Entwicklungszusage*, in: *Forschung & Lehre* 7/2016, S. 590.

47 *Ulrike Preissler*, *Die Tenure-Track-Professur – Die aktuelle Rechtslage*, in: *Forschung & Lehre* Nr. 2/2017, S. 116.

48 *Heike Schmoll*, *Ein Lob der Vielfalt – Karrierewege zur Professur*, in: *Forschung & Lehre* 5/2015, S. 355. Außerdem qualifizieren sich mehr als 300 Postdocs allein im Emmy-Noeter-Programm der DFG oder als Nachwuchsgruppenleiter mit ERC-Grant; im Heisenberg-Programm der DFG, das die Lücke zwischen Berufbarkeit und Berufung schließen soll, sind es ebenfalls ca. 300.

49 *Wolfgang A. Herrmann*, *Tenure Track, aber ehrlich! – Über die Erneuerung des Berufungssystems*, in: *Forschung & Lehre* 5/2015, S. 358.

ches) Verfahren und das Hausberufungsverbot sichergestellt. Hervorzuheben ist ferner, dass das deutsche System im Unterschied zu Italien oder Frankreich die Lehrbefugnis nicht schmalpurig verleiht. Die *venia legendi* wird für Makrodisziplinen wie „öffentliches Recht“ vergeben, was sich bei den ausgeschriebenen Stellen wettbewerbsfördernd auswirkt.

Aus diesen Darlegungen ergibt sich ein Bild des deutschen Hochschulwesens, das durch eine starke Mobilität und eine großen Dynamik gekennzeichnet ist, da das lokale Verfahren zum Erwerb der Habilitation, einem Berufungsverfahren im gesamten deutschen Sprachraum (Deutschland, Österreich, Schweiz, Liechtenstein) gegenübersteht, was die internationale Beweglichkeit in den deutschsprachigen Ländern fördert.

Das Spannungsverhältnis zwischen Wissenschaftsfreiheit und staatlicher Steuerung wurde von § 58 Abs. 1 Hochschulrahmengesetz kodifiziert, laut dem die Hochschulen „in der Regel Körperschaften des öffentlichen Rechts und zugleich staatliche Einrichtungen“ sind. Die staatliche Aufsichtsbefugnis (der *Länder*) offenbart sich hauptsächlich auf zwei Fronten und zwar dem finanziellen Bereich und demjenigen der Berufung des Hochschulpersonals. Die universitäre Berufung befindet sich traditionell an der Schnittstelle zwischen Wissenschaftsfreiheit und staatlicher Steuerung und wurde vom Bundesverfassungsgericht als eine „Kondominalangelegenheit zwischen Staat und Hochschule“<sup>50</sup> also als Gemeinschaftsaufgabe von Universität und Ministerium bezeichnet.<sup>51</sup>

Aus einem deutsch-italienischen Vergleich lässt sich feststellen, dass im Unterschied zu Deutschland, wo das Berufungsverfahren noch immer weitgehend auf der Habilitation beruht, in Italien die Professorenberufung einen Bereich darstellt, der durch eine starke Instabilität der Rechtslage gekennzeichnet ist und wo Reformen (ähnlich wie in Frankreich und in Spanien) praktisch an der Tagesordnung sind. Außerdem ist in Deutschland

das Thema weniger emotional geladen, auch weil es ein gut funktionierendes System an außeruniversitären Forschungseinrichtungen gibt, die gute Beschäftigungsmöglichkeiten bieten, um die Wartezeit auf einen Lehrstuhl überbrücken zu können.<sup>52</sup>

Hingegen stellt in Italien das Berufungsverfahren eine permanente Streitfrage dar. Die Einführung eines zweiphasigen Modells bestehend aus nationaler Lehrbefugnis und Berufungsverfahren durch die einzelnen Hochschulen verfolgt einerseits das Ziel einer Vereinheitlichung der Qualitätsstandards, andererseits dasjenige der Bewahrung der Hochschulautonomie. Die Verleihung der gesamtstaatlichen Lehrbefugnis ist übrigens kein rein italienisches Alleinstellungsmerkmal, sondern ist auch in Frankreich und Spanien vorgesehen. Genau wie in Frankreich wird in Italien die akademische Qualifikation einer Zentralbehörde anvertraut.<sup>53</sup> Diese Vorgangsweise wird sowohl als Ausprägung der staatlichen Zentralsteuerung als auch als Zeichen des Misstrauens gegenüber der Wissenschaftswelt beurteilt. Eine Auswahl auf nationaler Ebene wird als gerechter, fairer und strenger als diejenige auf der Ebene der Universität angesehen. Im Unterschied zu Deutschland beruht ferner das Habilitationsverfahren ausschließlich auf dem Nachweis der wissenschaftlichen Produktivität und nicht auf einem persönlichen Gespräch mit den Bewerber\*innen. In diesem Bereich hat Italien versucht, die Auswahlkriterien so weit wie möglich objektiv zu gestalten und zwar durch die Einführung der sogenannten „Mediane“ (auch für die Auswahl der Kommissionsmitglieder), wenn auch diese Vorgehensweise mit der wissenschaftlichen Eigengesetzlichkeit nicht unbedingt im Einklang steht.

Ein Vergleich zwischen dem Berufungsverfahren in Deutschland und Italien erfordert einen Hinweis auf die Anerkennung der deutschen *Habilitation* in der italienischen Rechtsordnung. Hierbei ist der Fall Angelo Rubino<sup>54</sup> erwähnenswert, der 2009 Gegenstand eines Vorabentscheidungsersuchens eines italienischen Verwal-

50 BVerfGE 111, 333 (361).

51 Die Praxis der Ruferteilung an Universitäten ist in Deutschland uneinheitlich geregelt. Während in einigen Bundesländern die Ruferteilung durch die Universität selbst vorgesehen ist (so z.B. laut § 37 Abs. 1 HG NRW „Die Rektorin oder der Rektor beruft die Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer auf Vorschlag des Fachbereichs. Sie oder er kann eine Professorin oder einen Professor abweichend von der Reihenfolge des Vorschlages des Fachbereichs berufen oder einen neuen Vorschlag anfordern“), ist in anderen Ländern und dem Bund ein Modell der Einflussnahme durch ein Ministerium üblich: Die Ruferteilung wird als *res mixta* gemeinsam vom Staat (den Landesbehörden) und der Universität verwaltet (Baden-Württemberg und Sachsen-Anhalt). In anderen Fällen wird die Letztentscheidungsbefugnis über die Dreierliste dem Ministerium überlassen (Berlin, Bremen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz); vgl. dazu Sandra Möllmann, *Autonomie konkret: die Ruferteilung – Wer beruft nach welchem*

Verfahren, in: *Forschung & Lehre*, 10/2014, S. 808 f. In den Bundesuniversitäten der Bundeswehr in München und Hamburg ist hingegen die Verteidigungsminister\*in für die Ernennung der Universitätsprofessor\*innen zuständig (Rahmenbestimmungen für Struktur und Organisation der Uni BW HH – RahBest § 40 Abs. 1 Satz 1; RahBest UniBW M § 58 Abs. 1 Satz 1).

52 Man denke etwa an die Max-Planck-Gesellschaft, an die Leibniz-Gemeinschaft sowie an die Helmholtz-Gemeinschaft und an die Fraunhofer-Gesellschaft.

53 In Frankreich wird die „agrégation“, welche die Voraussetzung für eine Berufung darstellt, vom *Conseil National des Universités* verliehen. Bereits in der Auswahl der *maîtres de conférences*, d.h. des akademischen Mittelbaus, übernimmt ein nationaler Wettbewerb eine Filterfunktion zwischen der Promotion und der Beschäftigung durch eine Universität.

54 EuGH, Urteil v. 17.12.2009, Rs. 586/08, Slg. I-12013.

tungsgerichts vor dem EuGH gewesen ist und zwar über die Auslegung der im damaligen EG-Vertrag vorgesehenen Beseitigung der Hindernisse für den freien Personenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten und die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise<sup>55</sup> sowie die Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen zum Gegenstand hatte. Der Beschwerdeführer, Angelo Rubino, hatte vor dem Verwaltungsgericht die Nicht-Anerkennung seiner deutschen Habilitation durch das italienische Ministerium für Universität und Forschung zwecks Verleihung der italienischen Lehrbefugnis angefochten. Der EuGH hat sich in seiner Entscheidung der Auslegung des Ministeriums angeschlossen und statuiert, dass die durch das Gesetzesvertretende Dekret Nr. 206/2007 übernommene Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen nicht auf den Beruf des Hochschullehrers anwendbar sei, da in Italien für den Zugang zu diesem Beruf „weder Ausbildungsnachweise noch Berufserfahrung benötigt werden“: Es handelte sich also um keinen reglementierten Beruf, da nach der italienischen Regelung<sup>56</sup> der Erwerb der nationalen Lehrbefugnis lediglich eine Stufe der Auswahl im Rahmen des (vergleichenden) Einstellungsverfahrens für Universitätsdozenten ist. Dieses Verfahren besteht aus zwei Stufen, von denen der Erwerb der nationalen Lehrbefugnis die erste ist: Erst nach der zweiten Stufe erfolgt die namentliche Eintragung in die Liste der Inhaber der nationalen Lehrbefugnis. Nach italienischem Recht wurde damals die Lehrbefugnis einer im Voraus festgelegten Höchstzahl von Personen auf der Grundlage einer vergleichenden Bewertung der Kandidat\*innen und nicht durch die Anwendung absoluter Kriterien verliehen. Sie hatte außerdem (und hat noch immer) eine zeitlich begrenzte Wirkungsdauer. Als *obiter dictum* hat jedoch der Gerichtshof daran erinnert, dass die in anderen Mitgliedstaaten erworbenen Qualifikationen im Rahmen eines solchen Verfahrens ihrem Wert entsprechend anerkannt und angemessen berücksichtigt werden müssten.<sup>57</sup>

## VII. Schlussfolgerungen

Dieses Beispiel an der Schnittstelle zwischen Studientelanerkennung und Anerkennung beruflicher Qualifikationen zeigt eindeutig, dass der europäische Harmonisierungsprozess mit äußerst komplexen Anerkennungsfragen konfrontiert ist. Im Unterschied zum Mittelalter als die akademische Mobilität besonders ausgeprägt war, da es eine Einheitssprache (Latein) gab und der Fächerkanon mit Theologie, Medizin, Rechtswissenschaft und den *artes liberales* recht überschaubar ausfiel, gestatten die materiellen und prozeduralen Unterschiede bei der Berufung von Universitätsprofessoren keine automatische Anerkennung und erfordern Ausgleichsmaßnahmen, um Ungleichbehandlungen vorzubeugen.

Andererseits kann die Hochschulautonomie die Universität dazu veranlassen, nach Wegen zu suchen, die von den Unterschieden absehen und sich dem internationalen Austausch des akademischen Personals öffnen. Im Rahmen des Bologna-Prozesses wurde ein Verfahren zur *Quality Assurance in the European Higher Education Area*<sup>58</sup> eingeführt, das eine Harmonisierung der Ausbildungswege zum Ziel hat. Die Hochschulautonomie muss einen Dreh- und Angelpunkt der Berufungspolitik darstellen. Auch die 2017 von der Europäischen Kommission ins Leben gerufene *European Universities Initiative* über eine intrauniversitäre, europaweite Kooperation und zur Schaffung europäischer Hochschulnetzwerke kann diese Entwicklung beschleunigen.<sup>59</sup>

Es bleibt zu hoffen, dass diese Instrumente die internationale Mobilität der Hochschullehrer fördern werden. Dies wäre übrigens voll im Einklang mit der besonderen Rolle der *universitas*, die bereits seit dem Mittelalter eine europäische Institution *par excellence* darstellt und für Europa und seine Identität prägend gewesen ist.

Prof. Dr. Cristina Fraenkel-Haeberle ist Programmbe-reichskordinatorin des Bereichs „Europäischer Verwal-tungsraum“ des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung

55 Art. 47 Abs. 1 EGV (jetzt Art. 53 Abs. 1 AEUV).

56 Sog. „Europäische Berufsanerkennungsrichtlinie“ zuletzt geän-dert durch die Richtlinie 2013/55/EU.

57 *Cristina Fraenkel-Haeberle*, Die Anerkennung akademischer und beruflicher Titel zwischen Italien und Österreich, in *Hilpold/Steinmeier/Perathoner* (Hrsg.), Rechtsvergleichung an der Sprach-

grenze, Frankfurt 2011, S. 530.

58 <http://www.ehea.info/pid34433/quality-assurance.html> <19.7.2019>.

59 [https://ec.europa.eu/education/education-in-the-eu/european-education-area/european-universities-initiative\\_en](https://ec.europa.eu/education/education-in-the-eu/european-education-area/european-universities-initiative_en) <19.7.2019>.



# Margrit Seckelmann<sup>1</sup>

## Tax Compliance Management bei Wissenschaftseinrichtungen

### A. Einleitung

Hochschulen und Forschungsinstitute werden im Zuge der Umsetzung der Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie und anderer unionaler Vorschriften in das deutsche Recht zunehmend wie (zumindest mittelständische) Unternehmen behandelt.<sup>2</sup> Die Neuregelung der Umsatzbesteuerung des öffentlichen Sektors zum 1. Januar 2016 nach § 2b Umsatzsteuergesetz (UStG) (auf die hier jedoch nicht näher eingegangen werden soll) macht dieses augenfällig.

Daher lässt ein jüngeres Judikat des Bundesgerichtshofs zum Ordnungswidrigkeitenrecht aufhorchen, in dem der BGH den Gedanken einer Verhängung einer Geldbuße gegen juristische Personen (auch des öffentlichen Rechts) nach § 30 des Ordnungswidrigkeitengesetzes (OWiG) aufgrund der Verwirklichung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit eines Organs oder Vertreters einer juristischen Person – sog. Leitungsperson – entwickelt hat.<sup>3</sup> Eine schuldhafte Pflichtverletzung dieser Leitungspersonen könne auch darin liegen, dass sie ihrer Garantenpflicht nicht nachkommen, wenn sie Wissen über steuerrechtlich relevante Vorgänge haben, das sie nicht offenbaren und wenn infolgedessen derjenige, dem sie ihr Wissen nicht offenbart haben, einen Tatbestand einer Vorschrift des Steuerstraf- oder Ordnungswidrigkeitenrechts begeht.<sup>4</sup> Die Garantenpflicht (aus Ingerenz) könne daraus resultieren, dass denjenigen, dem Obhutspflichten für eine bestimmte Gefahrenquelle übertragen sind, dann auch eine „Sonderverantwortlichkeit“ für die

Integrität des von ihm übernommenen Verantwortungsbereichs treffe.<sup>5</sup> Das Urteil führt weiter aus, dass in diesen Fällen eine Haftung aus mittelbarer Täterschaft in Betracht komme, von der sich die Amtsträger aber dadurch exkulpieren könnten, dass sie Tax Compliance-Regelungen für ihre Einrichtung erließen. Leitsatz 17 des Urteils lautet daher: „Für die Bemessung der Geldbuße ist zudem von Bedeutung, inwieweit die beauftragte juristische Person ihrer Pflicht, Rechtsverletzungen aus der Sphäre des Unternehmens zu unterbinden, genügt und ein effizientes Compliance-Management installiert hat, das auf die Vermeidung von Rechtsverstößen ausgelegt sein muss. Dabei kann auch eine Rolle spielen, ob die juristische Person in der Folge dieses Verfahrens entsprechende Regelungen optimiert und ihre betriebsinternen Abläufe so gestaltet hat, dass vergleichbare Normverletzungen zukünftig jedenfalls deutlich erschwert werden.“<sup>6</sup>

Zwar bezieht sich diese Entscheidung der Sache nach auf Manager(innen) öffentlicher Einrichtungen, die an Korruptionsvergehen beteiligt sind. Sie ist jedoch deswegen bemerkenswert, da sie den Gedanken einer Einrichtung eines (Tax) Compliance Managements auf die Organhaftung für öffentliche Einrichtungen nach § 30 AO bezieht. Bislang waren zur Einrichtung von Compliance-Organisationen ausdrücklich nur Unternehmen der Finanzwirtschaft verpflichtet.<sup>7</sup> Das folgt etwa aus § 33 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, § 33 d Abs. 5 Nr. 2 des Wertpapierhandelsgesetzes und verschiedenen Verordnungen aus dem Bereich der Finanzdienstleistungsaufsicht.<sup>8</sup>

1 Die Autorin dankt Herrn Rechtsanwalt *Michael Dengler*, Speyer, für wertvolle Hinweise.

2 Dazu etwa *Jörg Stalleiken*, Drittmittelforschung im Einkommen- und Körperschaftssteuerrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Abgrenzung steuerbarer wirtschaftlicher Tätigkeiten von steuerfreier hoheitlicher Betätigung staatlicher Hochschulen, Münster 2010; zur Tendenz zur umsatzsteuerrechtlichen Gleichstellung von Wissenschaftseinrichtungen mit privaten Unternehmungen (wie etwa Unternehmensberatungen), die sich schon länger abzeichnete, und zur Rechtslage zuvor vgl. *Wolfgang Kessler/Thomas Fritz/Christian Gastl*, Umsatzbesteuerung öffentlich-rechtlicher Hochschulen im Spannungsfeld zwischen nationalem und EG-Recht, UR 2002, S. 452 – 459; *Hans-Friedrich Lange*, Juristische Personen des öffentlichen Rechts als Unternehmer im Umsatzsteuerrecht, UR 2000, S. 1-13; *Christoph Gröpl*, Öffentliche Zuschüsse, Privatisierung und Umsatzsteuer – Umsatzsteuerrechtliche Folgen öffentlicher Zahlungen im hoheitlichen und nichthoheitlichen Bereich vor dem Hintergrund aktueller Privatisierungsbestrebungen –, DStZ 1998, S. 113-124; *Thomas Küffner*, Wettbewerb entscheidet über Umsatzsteuerpflicht der

öffentlichen Hand, DStR 2003, S. 1606-1608.

3 *Bundesgerichtshof*, Urteil vom 09.5.2017 – 1 StR 265/16, NJW 2017, 3798, Rn. 116.

4 *Bundesgerichtshof*, Urteil vom 09.5.2017 – 1 StR 265/16, NJW 2017, 3798, Rn. 79 ff.

5 *Bundesgerichtshof*, Urteil vom 09.5.2017 – 1 StR 265/16, NJW 2017, 3798, Rn. 87.

6 *Bundesgerichtshof*, Urteil vom 09.5.2017 – 1 StR 265/16, NJW 2017, 3798, Leitsatz 14.

7 Vgl. *Susanne Meyer*, Rechtspflicht zur Compliance?, online: Homepage des Bundesverbands der Compliance-Manager vom 21.03.2013, <https://www.bvdc.com/news/rechtspflicht-zur-compliance> (Abruf am 14.8.2019).

8 Delegierte Verordnung (EU) 2017/565 der Kommission vom 25. April 2016 zur Ergänzung der Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen und die Bedingungen für die Ausübung ihrer Tätigkeit sowie in Bezug auf die Definition bestimmter Begriffe für die Zwecke der genannten Richtlinie, Abl. C/2016/2398

Der Gedanke einer Tax Compliance ergibt sich aber auch aus Grundsatz 5 des Deutschen Corporate Governance Kodizes 2019, in dem der Begriff der Compliance sogar ausdrücklich definiert ist: „Der Vorstand hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hin (Compliance).“<sup>9</sup> Der Deutsche Corporate Governance Kodex richtet sich an börsennotierte Unternehmen; das sind solche, die „im regulierten Markt, nicht lediglich im Freiverkehr einer Börse, z.B. dem Entry Standard der Frankfurter Wertpapierbörse, gelistet sind“.<sup>10</sup>

## B. Grundzüge eines Tax Compliance Managements für Wissenschaftseinrichtungen

### I. Tax Compliance Management als Element eines Compliance Managements

Das erwähnte Urteil des Ersten Strafsenats des BGH vom 9. Mai 2017 (1 StR 265/16) zieht den Kreis der Verpflichteten aber weiter – wenn man die Entscheidung so interpretiert, dass aus der Möglichkeit zur Exkulpation bezogen auf § 30 AO spiegelbildlich eine Pflicht zur Installation eines solchen Systems folgt. Die vorgenannte Entscheidung des Ersten Strafsenats des BGH lässt sich nämlich verallgemeinernd dahingehend interpretieren, dass es die Geschäftsführerhaftung nach § 30 OWiG, die gem. § 130 OWiG auch auf Organe öffentlich-rechtlicher Anstalten übertragbar ist, mindern oder gar ausschließen kann, wenn die Einrichtung ein effizientes *Compliance Management* installiert hat, das auf die Vermeidung von Rechtsverstößen ausgelegt sein muss.<sup>11</sup>

Diese Verallgemeinerung hat nicht zuletzt das Bundesfinanzministerium vorgenommen. In seinem Schreiben vom 23.5.2016 (BStBl. I 2016, S. 490) hat es zu § 153 AO dahingehend Stellung genommen, dass die Etablierung und Durchführung eines „innerbetrieblichen Kontrollsystems“ ein Indiz gegen das Vorliegen von Vorsatz oder Leichtfertigkeit von Steuerpflichtigen oder deren gesetzlichen Vertretern darstellen kann.<sup>12</sup>

So sehr man diese Entwicklung bedenklich finden

und auch danach fragen kann, inwieweit man unter diesen Umständen noch Freiwillige für die Leitung von Hochschulen und Forschungsinstituten finden lassen: Es empfiehlt sich aus haftungsrechtlichen Gründen für die Leitung derartiger Wissenschaftseinrichtungen, über die Einrichtung eines *Tax Compliance Management System* (TCMS) nachzudenken. Als Orientierungspunkte können hierbei der Prüfungsstandard „Grundsätze ordnungsgemäßer Prüfungen von Compliance Management Systemen“ dienen, den das Institut der Wirtschaftsprüfer für Unternehmen entwickelt hat (IDW PS 980),<sup>13</sup> und der von der dortigen Arbeitsgruppe „Tax Compliance“ erarbeitete IDW-Praxishinweis 01/2016.<sup>14</sup>

### 1. Compliance Management System

Unter einem *Compliance Management System* (CMS) sind die „auf der Grundlage der von den gesetzlichen Vertretern festgelegten Ziele eingeführten Grundsätze und Maßnahmen eines Unternehmens [bzw. hier: einer öffentlich-rechtlich organisierten Einrichtung, M.S.] zu verstehen, die auf die Sicherstellung eines regelkonformen Verhaltens der gesetzlichen Vertreter und Mitarbeiter des Unternehmens [bzw. hier: einer öffentlich-rechtlich organisierten Einrichtung] sowie ggf. von Dritten abzielen, d. h. auf die Einhaltung bestimmter Regeln und damit auf die Verhinderung von wesentlichen Verstößen (Regelverstöße).“<sup>15</sup>

Ein CMS nach IDW PS 980 enthält folgende Elemente, die in die Geschäftsabläufe eingebunden werden:

- Compliance-Kultur
- Compliance-Ziele
- Compliance-Organisation
- Compliance-Risiken
- Compliance-Programm
- Compliance-Kommunikation und
- Compliance-Überwachung und -verbesserung.<sup>16</sup>

### 2. Tax Compliance Management System

Ein *Tax Compliance Management System* ist „ein abgegrenzter Teilbereich eines CMS [...], dessen Zweck die voll-

9 <https://www.dcgk.de/de/kodex/dcgk-2019.html?file=files/dcgk/usercontent/de/Konsultationen/2019/DCGK%202019/190522%20DCGK%202019.pdf> (14.8.2019), vgl. auch Ziffer 4.1.3 der Vorgängerregelung.

10 Meyer (Fn. 7).

11 *Bundesgerichtshof*, Urteil vom 09.5.2017 – 1 StR 265/16, NJW 2017, 3798.

12 *Bundesfinanzministerium*, Schreiben vom 23.5.2016 (BStBl. I 2016, S. 490), Tz. 2.6.

13 *Institut der Wirtschaftsprüfer*, Prüfungsstandard „Grundsätze

ordnungsgemäßer Prüfungen von Compliance Management Systemen“ (IDW PS 980), Stand: 11.3.2011.

14 *Institut der Wirtschaftsprüfer, Arbeitsgruppe „Tax Compliance“*, IDW-Praxishinweis 01/2016, online: [https://www.wts.com/wts.de/publications/wts-tax-weekly/anhange/2017\\_29\\_1\\_idw-praxishinweis-1-2016.pdf](https://www.wts.com/wts.de/publications/wts-tax-weekly/anhange/2017_29_1_idw-praxishinweis-1-2016.pdf) (Abruf am 18.3.2019).

15 IDW-Praxishinweis 01/2016, S. 2 Tz. 6 unter Bezugnahme auf den IDW PS 980 von April 2011 (dort Tz. 5).

16 IDW-Praxishinweis 01/2016, S. 2 Tz. 8 unter Bezugnahme auf den IDW PS 980 von April 2011 (dort Tz. 6).

ständige und zeitgerechte Erfüllung steuerlicher Pflichten ist“.<sup>17</sup> Es ist u. a. abhängig von:

- der Rechtsform der Einrichtung,
- den von der Einrichtung verfolgten Zielen
- der (Binnen-)Organisationsstruktur,
- der Art der anfallenden Steuern und
- den Prozessabläufen im Einzelnen und den Fragen der einrichtungsinternen Delegation und Aufgaben.<sup>18</sup>

## II. Überprüfung und Anpassung der Strukturen und Abläufe

Um eine Exkulpation der Instituts- bzw. Hochschulleitung zu erzielen, ist es wichtig, dass die Einrichtung die Elemente eines (T)CMS auf ihre eigene Organisation und ihre gesetzlichen sowie satzungsmäßigen Aufgaben anpasst.

Man kann sich dabei einen Regelkreis zwischen acht Elementen vorstellen, die zyklisch und re-iterativ miteinander verbunden sind:

1. die Schaffung eines Risikobewusstseins (Prävention)
2. die Etablierung einer Compliance-Kultur,
3. die Entwicklung von Compliance-Zielen,
4. die Erstellung eines Compliance-Programms,
5. die Anpassung der Organisation an dieses nebst klarer Definition und Zuordnung von Verantwortlichkeiten,
6. die Kommunikation der Organisationsgestaltung und der Verantwortlichkeiten an die Mitglieder (auch die Gremienmitglieder) und die Beschäftigten,
7. die Anwendung in der Praxis (also die adäquate steuerrechtliche Einstufung von neuen Forschungsprojekten unter Zulieferung der erforderlichen Angaben) und schließlich
8. die kontinuierliche Überwachung und Verbesserung der Compliance selbst.

Bezogen auf die umsatz/ertrags- und körperschaftsteuerliche Behandlung von Auftragsforschung sind für ein korrektes TCMS folgende Schritte erforderlich, die im Einzelnen abzarbeiten sind:<sup>19</sup>

1. Risikoanalyse und Prävention	2. Überprüfung der vorhandenen Strukturen in Bezug auf ihre Fähigkeit zur Lösung der ermittelten Risiken	3. Entwicklung und Umsetzung der Maßnahmen
a) Darstellung der Ist-Organisation und der Aufgaben  b) Aufnahme und Beurteilung der steuerrechtlichen Sachverhalte  (1) Ermittlung der Steuerarten  (2) Abgrenzung hoheitliche Forschung – Auftragsforschung  (3) Frage der Anwendung gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnisse  (4) Beurteilung der vorhandenen Risiken	Überprüfung der Ist-Organisation anhand des IDW-Praxishinweises 01/2016 und von IDW PS 980  Erkenntnisinteresse: Welche Maßnahmen bzw. Strukturveränderungen sind vorzunehmen?	a) Erarbeitung von Maßnahmen auf der Basis des Vergleichs der Ist-Organisation und der notwendigen Kompetenzen und Strukturen mit dem Ziel der Etablierung einer Tax-CMS-Kultur  Wichtig: <i>gemeinschaftliche</i> Erarbeitung durch alle mit den Fragen befassten, die sich dann auf die erarbeiteten Grundsätze verpflichten  b) Information der Forschenden bzw. Lehrenden und aller anderen, bislang nicht-beteiligten Mitarbeitenden  c) Regelmäßiges Controlling

## III. Inhalt der Selbstverpflichtung

Nach einer Überprüfung und ggf. Korrektur der Verantwortlichkeiten und Abläufe (wer muss wem welche Daten bis wann liefern?) kann der zweite Schritt des TCMS in Angriff genommen werden: die Selbstverpflichtung der Einrichtung und der dort Arbeitenden. Zu dieser gehört die schriftliche Niederlegung einer Risikoanalyse (I.), dann (II.) die Aufstellung von Kriterien zur steuerlichen Einstufung und schließlich (III.) eine Festlegung und Ausführung der Verfahrensabläufe (insbesondere die sorgfältige Auswahl der Mitarbeiter<sup>20</sup>, sachgerechte Organisation und Aufgabenverteilung, Aufklärung und Belehrung der Mitarbeiter<sup>21</sup>, sowie ein Monitoring, vgl. die §§ 30, 130 OWiG).

### 1. Formale Anforderungen

In Teil I., der Risikoanalyse, ist die Ist-Organisation (schriftlich oder elektronisch dokumentiert) darzustellen, wie sie sich aus den gesetzlichen, satzungsmäßigen und anderen einschlägigen Rechtsgrundlagen ergibt (1.). Dazu gehört auch die Bezugnahme auf den Geschäftsverteilungsplan (so vorhanden) und die ausdrückliche Benennung des oder der Haushaltsverantwortlichen. Danach ist (unter 2., die beiden Punkte können auch getauscht werden) auf die konkreten Aufgaben der Einrichtung in Forschung und/oder Lehre bzw. Weiterbildung einzugehen.

Entscheidend ist dann unter 3. die Identifikation der anfallenden Steuerarten wie Lohnsteuer, Umsatzsteuer, Körperschaftsteuer, ggf. auch Gewerbe- bzw. Kapitaler-

17 IDW-Praxishinweis 01/2016, S. 5 Tz. 22 unter Bezugnahme auf den IDW PS 980 von April 2011 (dort Tz. 26 ff.).

18 IDW-Praxishinweis 01/2016, S. 5 Tz. 24.

19 Orientiert am IDW-Praxishinweis 01/2016 und am IDW-PS 980.

20 Bzw. Mitarbeiterinnen.

21 Bzw. Mitarbeiterinnen

tragssteuer. Zu den jeweiligen Punkten sind in der Risikoanalyse die Abläufe, aber auch die identifizierten Probleme darzustellen, die mit der jeweiligen Steuerart verbunden sind (z. B. die Frage der Besteuerung der Auftragsforschung nach dem Umsatzsteuergesetz, insbesondere bezogen auf den Betrieb gewerblicher Art [BgA] sowie die Besteuerung nach dem Körperschaftsteuergesetz für die nicht gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 23 KStG von der Körperschaftsteuer befreite Anwendung gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnisse).

## 2. Dokumentation der inhaltlichen Überlegungen

Im nächsten Teil (II.) sind dann die Maßnahmen darzustellen, mit deren Hilfe die Einrichtung die identifizierten Probleme angehen will und unter III. schließlich sind die auf die Risikoanalyse und die neuen Grundsätze angepassten Strukturen und Abläufe darzustellen.

Die Teile II und III sind insofern das Kernstück der Selbstverpflichtung der Einrichtung, in die auch alle mit der Abwicklung Betrauten einzubeziehen sind (auch z. B. der/die Steuerberater[in] bzw. Wirtschaftsprüfer[in] der Einrichtung).

Ein Kernproblem werden dabei die Kriterien sein, nach denen die Einrichtung die Abgrenzung zwischen hoheitlicher und nicht-hoheitlicher Forschung sowie zwischen Forschung und der Anwendung gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnisse vornimmt.

Hier finden sich in den einschlägigen Kommentaren zur Körperschaftsteuer zumeist recht pauschale Hinweise auf Judikate, nach denen die Entnahme von Blutproben durch Universitätskrankenhäuser im Auftrag der Polizei oder aber die Materialprüfung durch universitäre Labore im Auftrag der Wirtschaft derartige Anwendungsfälle sind.<sup>22</sup> Schwerer wird die körperschaftsteuerliche Einstufung im Bereich der sozial-, wirtschafts- und rechtswissenschaftlichen Forschung: Hier geht die im Internet zu findende Ansicht, bei Gutachten, die „dem Auftraggeber als konkrete Entscheidungshilfe für die Lösung konkreter, technischer, wirtschaftlicher oder rechtlicher Fragen dienen“ sollen, handle es sich vielfach um die Anwendung gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnisse, sicherlich zu weit.<sup>23</sup> Dies verkennt die Aus-

strahlungswirkung von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, die immer dann, wenn mit einer genuin wissenschaftlichen und vor allem selbstentwickelten Methodik oder Zugangsweise an Fragen auch der Auftragsforschung herangegangen wird, den Charakter der Forschung in den Vordergrund treten lässt. Ob man die Ausstrahlungswirkung eines (nationalen) Grundrechts für die Beurteilung des unionsrechtlichen Ansatzes heranziehen kann, ob eine Wettbewerbsverzerrung im steuerlichen Sinne vorliegt, ist zumindest umstritten.<sup>24</sup> Jedoch ist das Abstellen auf die Methodik und Zugangsweise letztlich diejenige, die der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Gewährleistung des unantastbaren Kernbereichs der Grundrechte bestmöglich nahekommt.<sup>25</sup>

Das bedeutet konkret: Während die Einschaltung einer universitären Einrichtung zu Zwecken der (bloßen) Marktforschung sicher als Anwendung gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnisse einzustufen wäre, ist diese Frage bei Forschungsprojekten deutlich schwieriger zu beurteilen, für die ein spezieller Fragebogen zu entwickeln ist, der z. B. auch noch im Rahmen eines Pre-Tests überprüft wird.<sup>26</sup> Sofern hier neue Methoden entwickelt oder bestehende Methoden rekombiniert werden, steht der Forschungscharakter im Vordergrund. Ein weiteres Indiz hierfür ist es, wenn Ergebnisse der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden (durch die Einstellung eines Projektberichts ins Internet oder durch die Publikation der Ergebnisse in Aufsätzen bzw. einer Monographie; auch die Präsentation auf wissenschaftlichen Tagungen kann ein solches Indiz sein).

Letztlich hilft nur eines: dokumentieren, was der Einstufung zugrunde liegt. Die Einstufung selbst liegt dabei vom Grundsatz her bei der Institutsleitung, nicht beim Projektleiter oder der Projektleiterin. Die einzuholende und zu dokumentierende Einschätzung des Projektleiters oder der Projektleiterin ist jedoch ein wesentlicher Bestandteil der Informationsbeschaffung im Rahmen des Einschätzungsvorgangs (manche Hochschulen haben auch entsprechende Checklisten mit Freitextfeldern dazu entwickelt<sup>27</sup>). Aber diese Selbsteinstufung muss von der Hochschul- bzw. Institutsleitung ihrerseits gewürdigt werden, um zu einer Exkulpation derselben beizutragen.

22 Vgl. etwa Wolfgang Kessler/Bastian Schmidt, Unverbindliche Arbeitshilfe für die Teilnehmer der 13. Freiburger Arbeitstagung, 13.12.2012, online: [http://hochschulbesteuerung.de/wp-content/uploads/2016/08/20121213\\_Arbeitshilfe\\_Abgrenzung\\_Forschung\\_AF\\_AgwE.pdf](http://hochschulbesteuerung.de/wp-content/uploads/2016/08/20121213_Arbeitshilfe_Abgrenzung_Forschung_AF_AgwE.pdf) (Abruf am 14.8.2019).

23 Vgl. Kessler/Schmidt (Fn. 22).

24 Eher zweifelnd Stalleiken (Fn. 2).

25 BVerfGE 123, 267 (Leitsatz 4) – Lissabon.

26 Vgl. etwa Rolf Porst, Fragebogen. Ein Arbeitsbuch, 4. Aufl., Wiesbaden 2014; zur qualitativen Inhaltsanalyse vgl. Jochen Gläser/Grit Laudel, Experteninterviews und qualitative Inhaltsanalyse als Instrumente rekonstruierender Untersuchungen, 4. Aufl., Wiesbaden 2010.

27 Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Erklärung zur steuerlichen Behandlung von Projekten/Tätigkeiten, online: <https://www.zuv.uni-freiburg.de/formulare/st5.pdf> (Abruf am 14.8.2019).

## IV. Fazit

Man kann sich natürlich fragen, warum wissenschaftliche Einrichtungen zunehmend Anforderungen unterworfen werden, die für mittelständische Unternehmen gelten – das ist an anderer Stelle auch getan worden.<sup>28</sup> Aber Hochschul- und Institutsleitungen sollten sich darüber im Klaren sein, dass die Berufung auf die in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG garantierte Wissenschaftsfreiheit als (alleinige) Exkulpation von den Gerichten zunehmend weniger als alleiniger Grund anerkannt werden dürfte, sondern dass es auf Fragen der Organisation sowie auf die Auswahl, Information und Schulung der

Mitarbeitenden als Exkulpationsmöglichkeiten ankommt.<sup>29</sup> Ein *Tax Management Compliance System* für Wissenschaftseinrichtungen mag man daher aus guten rechts- und wissenschaftspolitischen Gründen ablehnen – faktisch wird man aber wohl kaum darum herumkommen.

Die Autorin ist Geschäftsführerin des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung und zugleich Privatdozentin an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften.

28 Vgl. Margrit Seckelmann, Evaluation und Recht. Strukturen, Prozesse und Legitimationsfragen staatlicher Wissensbeschaffung durch (Wissenschafts-)Evaluationen, Tübingen 2018, S. 65.

29 Astrid Plantiko/Albina Dreshaj/Stefan Winheller, Die Finanzierung von gemeinnützigen Forschungsorganisationen durch Auftragsforschung und deren steuerliche Auswirkungen – ein Überblick über § 68 Nr. 9 AO, ZStV 2018, 1.



Susanne Lutz

## *Datenschutzpflichten studentischer Hilfskräfte*

Der Beitrag erörtert, inwiefern Studierende, die neben ihrem Studium an einem Institut der Hochschule arbeiten, Datenschutzpflichten treffen (I.) und welche Folgen Verstöße gegen diese Pflichten für sie haben können (II.).

### **I. Datenschutzpflichten als studentische Hilfskraft**

#### 1. Allgemeine Pflichten als Studierender einer Hochschule

Neben zahlreichen Rechten haben Studierende an einer Hochschule auch Pflichten.<sup>2</sup> Diese ergeben sich aus dem Hochschulgesetz des jeweiligen Bundeslandes und den Studien- und Prüfungsordnungen der einzelnen Hochschulen.<sup>3</sup> Sie können eingeteilt werden in mitgliedschaftliche und in studien- und statusbezogene Pflichten (wie z.B. der Besuch von Veranstaltungen oder die Pflicht zur Rückmeldung).<sup>4</sup> Eine darüber hinaus gehende Pflichtenordnung für Studierende existiert heute nicht mehr.<sup>5</sup> Das sog. Disziplinarrecht, welches das Ansehen der Hochschule und das ihrer Mitglieder wahren und gleichzeitig die Aufgabe erfüllen sollte, die Leistungsfähigkeit zu erhalten, galt nur bis 1969.<sup>6</sup> Damals wurden solche Handlungen sanktioniert, welche die Ordnung, Würde, Sitte und das Ansehen des akademischen Lebens bzw. der Hochschule verletzten.<sup>7</sup> Ein verurteilter Straftäter galt als nicht würdig ein „akademischer Bürger“ zu sein.<sup>8</sup> Das Disziplinarrecht wurde abgelöst vom sog. Ordnungsrecht, welches lediglich noch diejenigen Störungen ahndete, die bei der Aufgabenerfüllung der Hochschule entstanden und das den Hochschulbetrieb sowie die Rechtsausübung ihrer Mitglieder sichern sollten.<sup>9</sup> Auch dieses Ordnungsrecht, welches beispielsweise in Baden-Württemberg bis 2004 im Landeshochschulge-

setz enthalten war, ist inzwischen ersatzlos weggefallen.<sup>10</sup> Die Pflichten, welche die Studierenden in ihrer Eigenschaft als Studierende einzuhalten haben, sind mithin „nur noch“ diejenigen, die für sie auch sonst im bürgerlichen Leben gelten.<sup>11</sup> Aus ihrem Status als Studierende ergeben sich somit für studentische Hilfskräfte auch in Bezug auf das Datenschutzrecht keine weitergehenden Pflichten. Sofern das Datenschutzrecht einschlägig ist, ist es von Studierenden und damit auch von studentischen Hilfskräften aber gleichermaßen einzuhalten wie von jeder Privatperson. Auch die Sanktionen sind dieselben. Insbesondere gelten die einschlägigen Strafvorschriften, nämlich § 42 BDSG n.F.,<sup>12</sup> § 201 StGB (heimliche Tonaufnahme und deren Gebrauch), § 201a StGB (unbefugte Bildaufnahme und unbefugte Übertragung einer Bildaufnahme) und § 202b StGB (unbefugtes Abfangen von Daten). Auch Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts kommen in Betracht.

#### 2. Pflichten aufgrund des Beschäftigungsverhältnisses

Weiterreichende Pflichten können sich für Studierende aus ihrem Beschäftigungsverhältnis ergeben. Für eine Tätigkeit als studentische Hilfskraft wird regelmäßig ein Arbeitsvertrag mit dem jeweiligen Bundesland, vertreten durch die Hochschule, geschlossen, sodass die Studierenden Arbeitnehmer sind, die in einem Beschäftigungsverhältnis mit der Hochschule stehen.<sup>13</sup> Im Rahmen dieser Tätigkeit an einem Institut können Studierende auch in Kontakt mit personenbezogenen Daten nach Art. 4 Nr. 1 Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) von anderen Mitstudierenden, Arbeitskollegen am eigenen Institut oder anderen Instituten der Hochschule kommen. Als Beschäftigte der Hochschule

1 Sofern im Aufsatz eine männliche Form verwendet wird, ist stets jedes Geschlecht mit einbezogen.

2 Fries, Die Rechtsstellung des Studenten innerhalb der wissenschaftlichen Hochschule, Hamburg 1974, S. 125.

3 Josef Franz Lindner, in: HSchR-Praxishandbuch, 3. Aufl., Heidelberg 2017, S. 706.

4 Ebd. S. 707 f.

5 Thieme, Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 911.

6 Krause, Das studentische Rechtsverhältnis, in: HdbWissR, Berlin, Heidelberg, New York 1996, S. 566.

7 Ebd. S. 565; Fries, Die Rechtsstellung des Studenten innerhalb der wissenschaftlichen Hochschule, Hamburg 1974, S. 135.

8 Ludwig Gehrke, Die Exmatrikulation – Rechtsgrundlagen, Voraus-

setzungen, Verfahren und Rechtsschutz im Bereich des Erlöschens der studentischen Rechtsstellung, in: Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaft, Bd. 1837, Frankfurt a.M. 1996, S. 203.

9 Krause, Das studentische Rechtsverhältnis, in: HdbWissR, Berlin, Heidelberg, New York 1996, S. 566.

10 Haug, in: Haug (Hg.), HochschulR BW, 2. Aufl. 2009, Rn. 1186.

11 Thieme, Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 911.

12 Hierzu noch unten unter II.

13 Löwisch/Wertheimer, in HSchR-Praxishandbuch, 3. Aufl., Heidelberg 2017, S. 563.

haben die Studierenden, wenn der Anwendungsbereich der Datenschutzgrundverordnung nach Art. 2 DSGVO eröffnet ist, die datenschutzrechtliche Pflicht aus Art. 29 DSGVO einzuhalten. Nach Art. 29 DSGVO darf jede einem Verantwortlichen unterstellte Person, die Zugang zu personenbezogenen Daten hat, diese Daten ausschließlich auf Weisung des Verantwortlichen verarbeiten, es sei denn, dass sie nach dem Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten zur Verarbeitung verpflichtet ist. Als Verantwortlicher im Sinne dieser Vorschrift ist nach Art. 4 Nr. 7 DSGVO diejenige Stelle anzusehen, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet. Bei einem Arbeitsverhältnis ist dies grundsätzlich der Arbeitgeber<sup>14</sup>, mithin die Hochschule bzw. das Institut, in dem die Studierenden tätig sind. Der Arbeitgeber ist primär für die Einhaltung der Vorschriften der DSGVO verantwortlich.<sup>15</sup> Unter den Begriff der „unterstellten Person“ sind sowohl die Mitarbeiter des Arbeitgebers zu fassen, als auch diejenigen, die ihm bei der Erfüllung seiner Aufgaben unterstützen, wie z.B. freie Mitarbeiter, Praktikanten, Dienstleister und Werkunternehmer.<sup>16</sup> Die studentische Hilfskraft fällt als Mitarbeitende an der Hochschule unter den Begriff der „unterstellten Person“. Die Weisungen zur Verarbeitung personenbezogener Daten erteilt der Arbeitgeber im Zuge seines Direktionsrechts als Verantwortlicher gegenüber der unterstellten Person.<sup>17</sup> Als primär Verantwortlicher darf er jedoch die datenschutzrechtlichen Vorschriften nicht vollständig auf den Arbeitnehmer verlagern.<sup>18</sup> Es ist nicht möglich, durch eine Weisung den Arbeitnehmer zu verpflichten, dass er selbstständig die datenschutzrechtlichen Vorschriften einhält.<sup>19</sup> Vielmehr legt Art. 32 IV DSGVO dem Verantwortlichen noch die Pflicht auf, die erforderlichen Schritte zu unternehmen, um sicherzustellen, dass die ihm unterstellten natürlichen Personen, die Zugang zu personenbezogenen Daten haben, diese nur auf seine Anweisung verarbeiten,

es sei denn, sie sind nach dem Recht der Union oder der Mitgliedstaaten zur Verarbeitung verpflichtet. Zu verpflichten hat er dabei neben dem Stamm seiner Mitarbeitenden ebenso Auszubildende, Praktikanten, Referendare, Leiharbeiter und ehrenamtlich Tätige.<sup>20</sup> Als Mitarbeitende eines Instituts bzw. einer Hochschule sind die studentischen Hilfskräfte auch nach Art. 32 IV DSGVO zu verpflichten.

Im Unterschied zu § 5 BDSG a.F. sieht Art. 29 DSGVO keine ausdrückliche Pflicht zur Wahrung des Datengeheimnisses mehr vor.<sup>21</sup> Jedoch kann diese Pflicht aus der Vorgabe der weisungsgebundenen Verarbeitung abgeleitet werden.<sup>22</sup> Die Mitarbeiter des Verantwortlichen werden durch Art. 29 DSGVO ausdrücklich an die Weisungen des Verantwortlichen gebunden, wodurch das frühere „Datengeheimnis“ noch ausgebaut wird.<sup>23</sup> Auch die Verpflichtung für den Verantwortlichen aus Art. 32 IV DSGVO reicht nun weiter als die bisherige Verpflichtung auf das Datengeheimnis aus § 5 BDSG a.F.<sup>24</sup> Es genügt nun nicht mehr, sich von den Beschäftigten eine schriftliche Versicherung geben zu lassen, dass sie die einschlägigen datenschutzrechtlichen Normen einhalten, sondern der Arbeitgeber hat für die Einhaltung aktiv zu werden, wie beispielsweise durch klare, eindeutige Weisungen an die unterstellten Beschäftigten.<sup>25</sup>

Damit ist festzuhalten, dass grundsätzlich das Institut bzw. die Hochschule als Arbeitgeberin für den Umgang mit den personenbezogenen Daten verantwortlich ist und sich die studentische Hilfskraft an die Weisungen zu halten hat und personenbezogene Daten nur auf und entsprechend der Weisungen verarbeiten darf.

## II. Folgen bei Verstößen

### 1. Ausnahmsweise Haftung als Verantwortlicher?

Nach der DSGVO haftet für einen Verstoß gegen datenschutzrechtliche Vorgaben grundsätzlich der Verant-

14 Branz, DS-GVO – Wann haftet der Arbeitnehmer bei datenschutzwidrigem Verhalten?, Schnellinformation für Personalmanagement und Arbeitsrecht (im Folgenden: SPA) 2018, 145, 146.

15 Däubler/Wedde/Weichert/Sommer/Wedde, EU-Datenschutzgrundverordnung und BDSG-neu, Kompaktkommentar, 2018, Art. 32 DSGVO Rn. 59.

16 Plath, in Plath, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 29 DSGVO Rn. 3.

17 Däubler/Wedde/Weichert/Sommer/Wedde, EU-Datenschutzgrundverordnung und BDSG-neu, Kompaktkommentar, 2018, Art. 32 DSGVO Rn. 59.

18 Ebd.

19 Ebd.

20 Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörde des Bundes und der Länder (Datenschutzkonferenz). Datenlizenz Deutsch-

land – Kurzpapier Nr. 19: Unterrichtung und Verpflichtung von Beschäftigten auf Beachtung der datenschutzrechtlichen Anforderungen nach der DSGVO – Version 2.0 ([www.govdata.de/dl-de/by-2-0](http://www.govdata.de/dl-de/by-2-0)), S. 2, [https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/kp/dsk\\_kpnr\\_19.pdf](https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/kp/dsk_kpnr_19.pdf) (abgerufen am 30.07.19).

21 Simitis/Hornung/Spiecker/Petri, Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG, 1. Aufl. 2019, Art. 29 DSGVO Rn. 5 f.

22 Simitis/Hornung/Spiecker/Petri, Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG, 1. Aufl. 2019, Art. 29 DSGVO Rn. 5 f.

23 Auernhammer/Thomale, DSGVO und BDSG, 6. Aufl. 2018, Art. 29 DSGVO Rn. 9.

24 Däubler/Wedde/Weichert/Sommer/Wedde, EU-Datenschutzgrundverordnung und BDSG-neu, Kompaktkommentar, 2018, Art. 32 DSGVO Rn. 53.

25 Ebd.

wortliche bzw. der Auftragsverarbeiter (Art. 82 DSGVO).<sup>26</sup> Grundsätzlich sind Verstöße von Mitarbeitenden derjenigen Organisation zuzurechnen, für die sie arbeiten.<sup>27</sup> Im Außenverhältnis haftet ein Arbeitnehmer nicht, wenn er sich im Rahmen der ihm erteilten Weisungen verhält.<sup>28</sup> Wie bereits erläutert, ist bei einem Beschäftigungsverhältnis zwischen einem Studierenden und einer Hochschule letztere die verantwortliche Instanz, sodass die studentische Hilfskraft, die bei der Verarbeitung personenbezogener Daten datenschutzrechtliche Vorschriften verletzt, im Außenverhältnis nicht nach der DSGVO haftet. Für den Fall, dass der Arbeitgeber von einem Dritten auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird, kommt im Innenverhältnis zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer ein Regress in Betracht.<sup>29</sup> In dieser Konstellation sind dann auch die Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs anzuwenden.<sup>30</sup>

Die Zurechnung der Verarbeitung personenbezogener Daten allein an den Arbeitgeber könnte möglicherweise ihre Grenze finden, wenn ein Mitarbeitender eigenverantwortlich, im eigenen Interesse und verdeckt handelt.<sup>31</sup>

Ob eine unterstellte Person, die eigenmächtig personenbezogene Daten verarbeitet, selbst als Verantwortlicher behandelt werden kann, ist noch weithin ungeklärt.<sup>32</sup> Entscheidend dürfte sein, inwiefern sich die unterstellte Person anmaßt, über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung der personenbezogenen Daten selbst zu entscheiden.<sup>33</sup>

Nimmt man an, dass eine eigene Haftung der studentischen Hilfskraft möglich ist, wenn sie personenbezogene Daten ohne Weisung eigenmächtig verarbeitet und somit gegen Art. 29 DSGVO verstoßen hat, kommt als Sanktion unter anderem die Zahlung von Bußgeldern (Art. 83 IV a) DSGVO) in Betracht.<sup>34</sup>

## 2. Haftung aus dem Arbeitsvertrag

Der Arbeitsvertrag beinhaltet als Nebenpflicht auch die Einhaltung von datenschutzrechtlichen Vorschriften.<sup>35</sup> Die Verletzung dieser Nebenpflicht kann eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen, wenn deren weitere Voraussetzungen für eine Arbeitgeberkündigung, zu denen regelmäßig eine Abmahnung gehört, vorliegen.<sup>36</sup> Der studentischen Hilfskraft als Beschäftigte kann somit bei einem solchen Verstoß gekündigt werden, wenn auch die übrigen Voraussetzungen dafür gegeben sind.

## 3. Strafrechtliche Sanktionen

Der nationale Gesetzgeber hat aufgrund von Art. 84 DSGVO zusätzlich Strafvorschriften für den Fall der Missachtung der DSGVO-Vorschriften geschaffen.<sup>37</sup> Relevant ist hier insbesondere § 42 BDSG. Diese Vorschrift ist nicht begrenzt auf die Adressaten der DSGVO und des BDSG n.F., sondern erfasst jeden, der einen der dort genannten Tatbestände erfüllt.<sup>38</sup>

§ 42 I BDSG bezieht sich auf eine rechtswidrige und gewerbsmäßige Übermittlung oder Überlassung von Daten von einer Vielzahl an Personen an Dritte.<sup>39</sup> § 42 II BDSG betrifft den Fall der unberechtigten Datenverarbeitung oder das Erschleichen von Daten durch unrichtige Angaben, wobei jeweils gegen Entgelt oder mit Bereicherungs- oder Schädigungsabsicht gehandelt wurde.<sup>40</sup> Sanktioniert werden somit besonders grobe Verstöße, die mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren (bei § 42 II BDSG) oder bis zu drei Jahren (bei § 42 I BDSG) bestraft werden.<sup>41</sup>

Eine studentische Hilfskraft kann sich somit nach § 42 BDSG n.F. strafbar machen, wenn sie dessen Voraussetzungen erfüllt, unabhängig von der Frage, ob sie als Verantwortliche im Sinne der DSGVO anzusehen ist.

26 Branz, DS-GVO – Wann haftet der Arbeitnehmer bei datenschutzwidrigem Verhalten?, SPA 2018, 145, 145.

27 Kühling/Klar/Sackmann, Datenschutzrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 763.

28 Branz, DS-GVO – Wann haftet der Arbeitnehmer bei datenschutzwidrigem Verhalten?, SPA 2018, 145, 146.

29 Ebd.

30 Branz, DS-GVO – Wann haftet der Arbeitnehmer bei datenschutzwidrigem Verhalten?, SPA 2018, 145, 146 f.

31 Kühling/Klar/Sackmann, Datenschutzrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 763.

32 Simitis/Hornung/Spiecker/Petri, Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG, 1. Aufl. 2019, Art. 29 Rn. 21; Branz, DS-GVO – Wann haftet der Arbeitnehmer bei datenschutzwidrigem Verhalten?, SPA 2018, 145, 146.

33 Simitis/Hornung/Spiecker/Petri, Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG, 1. Aufl. 2019, Art. 29 Rn. 21.

34 Branz, DS-GVO – Wann haftet der Arbeitnehmer bei datenschutzwidrigem Verhalten?, SPA 2018, 145, 146.

35 Ebd.

36 Löwisch/Wertheimer, in: HSchR-Praxishandbuch, 3. Aufl., Heidelberg 2017, S. 623.

37 Kühling/Klar/Sackmann, Datenschutzrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 767.

38 Gola/Gola, Datenschutzgrundverordnung, Kommentar, 2. Aufl. 2018, Art. 84 Rn. 10.

39 Becker, in Plath, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2018, § 42 BDSG Rn. 2.

40 Ebd.

41 Ebd.

## 4. Mögliche Folgen für die Stellung als Studierende

## a) Studierende an einer Hochschule

Weiter stellt sich die Frage, welche Auswirkungen ein Datenschutzverstoß bei der Tätigkeit als studentische Hilfskraft auf ihre Stellung als Studierende haben und ob der Verstoß auch eine Exmatrikulation von der Hochschule rechtfertigen kann. Relevant ist deshalb die Überlegung, ob ein Datenschutzverstoß, der eventuell sogar eine Straftat nach § 42 BDSG darstellt, Folgen für die Stellung als Studierende haben kann. Richtschnur muss dabei sein, dass eine studentische Hilfskraft innerhalb einer Hochschule in gleicher Weise behandelt wird wie ein Studierender, der neben seinem Studium eine Hilfstätigkeit außerhalb einer Hochschule ausübt.

Zur Zeit des Disziplinarrechts galt ein verurteilter Straftäter als nicht würdig ein „akademischer Bürger“ zu sein und es bestand deshalb auch die Möglichkeit, ihn zu exmatrikulieren.<sup>42</sup> Für das spätere Ordnungsrecht war die Aufrechterhaltung der inneren Ordnung der Hochschule für einen geregelten Wissenschaftsbetrieb entscheidend, sodass Straftaten, die außerhalb der Universität begangen wurden, in der Regel keine Exmatrikulation mehr rechtfertigen konnten.<sup>43</sup> Auch eine strafbare Handlung, die keinen spezifischen Bezug zur Hochschule hat, kann für sich allein noch keine Exmatrikulation rechtfertigen.<sup>44</sup> Von diesem Grundsatz gehen auch die meisten Hochschulgesetze der Bundesländer aus, die die Voraussetzungen für eine zwangsweise Exmatrikulation selbst festlegen. Mit dieser Maßgabe können folgende Regelungen zur Exmatrikulation in Landeshochschulgesetzen von Bundesländern bei einem Datenschutzverstoß einschlägig sein:

– In Brandenburg ist eine Exmatrikulation u.a. möglich, wenn der Studierende einen Ordnungsverstoß begangen hat (§ 14 BbgHG). Ein Ordnungsverstoß ist dabei nicht jedes Fehlverhalten, sondern nur dasjenige, das den originären Universitätsbetrieb, die akademische Selbstverwaltung oder die Freiheit von Lehre und Forschung betrifft.<sup>45</sup> Verstöße gegen datenschutzrechtliche Vorgaben müssen dagegen nach den Vorschriften außerhalb des Hochschulrechts, nach den Bestimmungen des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts sanktioniert werden.<sup>46</sup>

– In Rheinland-Pfalz kann die Einschreibung von Studierenden widerrufen und in Thüringen kann die Ordnungsmaßnahme der Exmatrikulation verhängt werden, wenn ein Studierender der Hochschule oder dem Land durch schweres schuldhaftes Fehlverhalten oder die Begehung von Straftaten erheblichen Schaden zugefügt hat (§ 69 III Nr. 4 HochSchG Rheinland Pfalz; § 76 I 2 Nr. 3, II Nr. 4 ThürHG). In Hamburg kann ein Studierender exmatrikuliert werden, wenn er der Hochschule durch schweres schuldhaftes Fehlverhalten einen erheblichen Schaden zugefügt hat (§ 42 III Nr. 3 HmbHG). Erforderlich wäre somit hier, dass ein Verstoß der studentischen Hilfskraft gegen § 42 BDSG zur Folge hat, dass nicht nur das einzelne Institut, sondern die gesamte Hochschule betroffen ist und einen großen Schaden erleidet. Dies ist in Ausnahmefällen vorstellbar.

– Im Saarland kann die Einschreibung eines Studierenden dann widerrufen werden, wenn der Studierende die Einrichtungen der Hochschule zu strafbaren Handlungen nutzt oder zu nutzen versucht (§ 82 IV Nr. 4 SHSG). In Mecklenburg-Vorpommern können Studierende exmatrikuliert werden, die Einrichtungen der Hochschule zu strafbaren Handlungen nutzen oder gegenüber Mitgliedern und Angehörigen der Hochschule strafbare Handlungen begehen (§ 17 X LHG M-V).

– In Niedersachsen und in Sachsen-Anhalt hingegen kann eine Straftat nach § 42 BDSG nicht zu einer Exmatrikulation führen, da Niedersachsen für eine Exmatrikulation eine Straftat gegen das Leben, die sexuelle Selbstbestimmung, die körperliche Unversehrtheit oder die persönliche Freiheit voraussetzt (§ 19 V 1 Nr. 3, VI 1 NHG) und in Sachsen-Anhalt eine Exmatrikulation dann erfolgen kann, wenn der Studierende gegenüber Mitgliedern, Angehörigen, Gästen oder Frühstudierenden einer Hochschule Gewalt anwendet, eine Bedrohung vornimmt oder eine sexuelle Belästigung iSd § 3 IV AGG ausübt (§ 30 III 1 HSG-LSA).

– Ebenso kann in Hessen ein Studierender u.a. nur exmatrikuliert und im Saarland die Einschreibung widerrufen werden, wenn der Studierende durch Anwendung von Gewalt, durch Aufforderung zur Gewalt oder Bedrohung mit Gewalt den bestimmungsgemäßen Betrieb einer Hochschuleinrichtung, die Tätigkeit eines Hochschulorgans oder die Durchführung einer Hochschulveranstaltung behindert oder dadurch ein Mitglied

42 Ludwig Gehrke, Die Exmatrikulation – Rechtsgrundlagen, Voraussetzungen, Verfahren und Rechtsschutz im Bereich des Erlöschens der studentischen Rechtsstellung, in: Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaft, Bd. 1837, Frankfurt a.M. 1996, S. 203.

43 Ludwig Gehrke, Die Exmatrikulation – Rechtsgrundlagen, Voraussetzungen, Verfahren und Rechtsschutz im Bereich des Erlöschens

der studentischen Rechtsstellung, in: Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaft, Bd. 1837, Frankfurt a.M. 1996, S. 203.

44 Thieme, Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 915.

45 Knopp/Peine/Albrecht, Kommentar zum Brandenburgischen Hochschulgesetz, 1. Aufl. 2010, § 14 Rn. 6.

46 Ebd.

einer Hochschule von der Ausübung seiner Rechte und Pflichten abhält oder abzuhalten versucht (§ 59 III Nr. 1, Nr. 2 HHG und § 82 IV Nr. 3 SHSG). Der Verstoß gegen datenschutzrechtliche Vorschriften würde diese Voraussetzungen nicht erfüllen.

Ob die Begehung einer Straftat nach § 42 BDSG auch zu einer Exmatrikulation führen kann, hängt, wie man aus den genannten Vorschriften erkennen kann, davon ab, ob ein direkter Zusammenhang zur Hochschule, ihren Veranstaltungen und Einrichtungen besteht. Dies wird in der Regel abzulehnen sein, da der Studierende zwar Mitarbeitender eines hochschulangehörigen Instituts ist, jedoch der reguläre Hochschulbetrieb mit seinen Veranstaltungen und Einrichtungen weder unmittelbar gestört noch gefährdet wird.

Die Frage, ob die Begehung einer Straftat eine Exmatrikulation rechtfertigen kann, ist strikt zu trennen von der Frage, ob die Möglichkeit besteht, dass ein Studierender deshalb exmatrikuliert werden kann, weil er eine Freiheitsstrafe verbüßt.<sup>47</sup> In letzterem Fall kann der Studierende sein Studium bei einer Präsenzhochschule in der Regel nicht weiter verfolgen und muss das Studium unterbrechen.<sup>48</sup> Dies haben einige Bundesländer aufgegriffen und in ihren Hochschulgesetzen geregelt.

– So kann in Baden-Württemberg und Mecklenburg-Vorpommern ein Studierender exmatrikuliert werden, wenn er eine Freiheitsstrafe verbüßt (§§ 60 III Nr. 5, 62 III Nr. 1 LHG; § 17 IX, VI Nr. 2 LHG M-V).

– Auch in Bayern ist eine Exmatrikulation möglich, wenn der Studierende infolge Richterspruchs die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter verliert (Art. 49 II Nr. 2, Art. 46 Nr. 2 BayHSchG). Gem. § 45 StGB ist dies bei einem Verbrechen der Fall, aufgrund dessen man zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt wurde.

– Ebenso ist in Schleswig-Holstein eine Exmatrikulation möglich, wenn der Studierende die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter nicht besitzt (§ 40 II Nr. 4 HSG Schleswig-Holstein).

– In Sachsen kann ein Studierender exmatrikuliert werden, wenn er wegen einer vorsätzlich begangenen Straftat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem

Jahr rechtskräftig verurteilt worden ist, die Verurteilung noch der unbeschränkten Auskunft unterliegt und nach der Art der Straftat eine Gefährdung oder Störung des Studienbetriebs zu befürchten ist (§§ 18 III Nr. 6, 21 III Nr. 1 SächsHG).

Wenn folglich ein Studierender aufgrund einer Verurteilung wegen Verstoßes gegen § 42 BDSG eine Freiheitsstrafe verbüßen muss, so kann nach den Hochschulgesetzen dieser aufgeführten Bundesländer eine Exmatrikulation in Betracht gezogen werden.

#### b) Besonderheit an einer dualen Hochschule

Bei einem dualen Hochschulstudium haben Studierende einen Doppelstatus, denn sie sind sowohl Studierende als auch Auszubildende in einer Ausbildungsstätte.<sup>49</sup>

Wenn ein solcher Studierender bei seiner Ausbildungsstätte gegen datenschutzrechtliche Vorschriften verstößt, so ist anzunehmen, dass eine verhaltensbedingte Kündigung des Ausbildungsvertrages, gleich wie bei einer Tätigkeit als studentische Hilfskraft, möglich ist. Inwiefern sich diese Kündigung des Ausbildungsvertrags dann auch auf das Studium auswirkt, ist in manchen Hochschulgesetzen geregelt.

– So ist in Baden-Württemberg ein Studierender gem. § 62 II LHG zwingend zu exmatrikulieren, wenn der Ausbildungsvertrag mit seiner Ausbildungsstätte gekündigt wurde und nicht innerhalb von acht Wochen ein neuer Vertrag vorgelegt wird.<sup>50</sup>

– In Thüringen ist gem. § 75 II Nr. 11 ThürHG ein Studierender zu exmatrikulieren, wenn beim Studium an der Dualen Hochschule das Ausbildungsverhältnis mit dem Praxispartner rechtswirksam beendet wird und er nicht innerhalb von zwölf Wochen einen neuen Ausbildungsvertrag mit einem anderen Praxispartner abschließt.

– In Schleswig-Holstein ist ein Studierender gem. § 42 II Nr. 4 HSG Schleswig-Holstein zu entlassen, wenn in dualen Studiengängen das Ausbildungsverhältnis mit dem Praxispartner rechtswirksam beendet wird und nicht innerhalb von drei Monaten ein neuer Ausbildungsvertrag geschlossen worden ist.

– In Brandenburg kann gem. § 14 III Nr. 4, IV BbgHG

47 Ludwig Gehrke, Die Exmatrikulation – Rechtsgrundlagen, Voraussetzungen, Verfahren und Rechtsschutz im Bereich des Erlöschens der studentischen Rechtsstellung, in: Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaft, Bd. 1837, Frankfurt a.M. 1996, S. 149.

48 Ludwig Gehrke, Die Exmatrikulation – Rechtsgrundlagen, Voraussetzungen, Verfahren und Rechtsschutz im Bereich des Erlöschens der studentischen Rechtsstellung, in: Europäische

Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaft, Bd. 1837, Frankfurt a.M. 1996, S. 149; Thieme, Hochschulrecht, 3. Aufl. 2014, Rn. 920.

49 Gerber, in Haug (Hg.), HochschulR BW, 2. Aufl. 2009, Rn. 1011.

50 Haug, in Haug (Hg.), HochschulR BW, 2. Aufl. 2009, Rn. 1181.

nachträglich herausstellt, dass ein Immatrikulationshindernis vorliegt: Ein Versagungsgrund ist gegeben, wenn der Studierende für einen ausbildungsintegrierten dualen Studiengang keinen Ausbildungsvertrag mit einer von der Hochschule zugelassenen Ausbildungsstätte nachweist, obwohl dies durch Satzung der Hochschule vorgeschrieben ist.

Wo solche Regelungen nicht bestehen, können sich Folgen aus den einschlägigen Ausbildungs- und Prüfungsordnungen ergeben. Kann ein zum Abschluss des Studiengangs erforderlicher Ausbildungsnachweis endgültig nicht erbracht werden, führt das regelmäßig zum Verlust des Prüfungsanspruchs, was nach den Landeshochschulgesetzen wiederum die Exmatrikulation zur Folge haben kann.

### III. Ergebnis

In der Zusammenschau ist festzuhalten, dass Studierende aufgrund ihres Status als Studierende keine besonderen Datenschutzpflichten haben, sondern den allgemei-

nen, für jedermann geltenden Pflichten unterliegen. Bei der Tätigkeit als studentische Hilfskraft sind die Datenschutzpflichten einzuhalten, die sich für unterstellte Personen aus der Datenschutzgrundverordnung ergeben. Verstöße gegen die allgemeinen Datenschutzpflichten können arbeitsrechtliche Folgen, insbesondere Abmahnungen und verhaltensbedingte Kündigungen zur Folge haben und strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen. Hochschulrechtliche Vorschriften zur Exmatrikulation können greifen, wenn sich Verstöße unmittelbar und gravierend auf den Hochschulbetrieb auswirken oder wenn sie zur Verbüßung von Freiheitsstrafen führen. Löst im Fall eines dualen Hochschulstudiums die Ausbildungsstätte wegen dort begangener Verstöße den Ausbildungsvertrag auf, kann das bei Bestehen entsprechender Regelungen im einschlägigen Landeshochschulgesetz ebenfalls die Exmatrikulation zur Folge haben.

Susanne Lutz arbeitet seit dem 1. August 2019 als  
Regierungsrätin auf Probe beim Regierungspräsidium  
Karlsruhe

Rafael Müller

*Gerrit Hellmuth Stumpf, Ungeschriebener Parlamentsvorbehalt und akademische Selbstverwaltungsgarantie, Mohr Siebeck, 2017, € 149,-*

Die im Mohr Siebeck Verlag 2017 als Band 32 der Schriftenreihe „*Studien und Beiträge zum öffentlichen Recht*“ erschienene Dissertation wurde mit dem Konrad-Redecker-Preis für die beste wissenschaftliche Arbeit des akademischen Jahres auf den Gebieten des Verfassungsrechts, Verwaltungsrechts, Anwaltsrechts und der Rechtspolitik ausgezeichnet.

Als Kern der Untersuchung definiert der Autor, dass die in den Promotionssatzungen 42 deutscher Hochschulen getroffenen Regelungen und die eigentlich zu erwartende Rechtslage - aufgrund der Rechtsprechung des BVerfG zum Verhältnis von ungeschriebenem Parlamentsvorbehalt und (berufsständischen) Selbstverwaltungseinrichtungen, insbesondere dem „*Facharztbeschluss*“ des BVerfG (E 33, 125) - in einem Spannungsverhältnis stehen. Denn obwohl die (juristischen) Promotionsatzungen als Zugangsvoraussetzungen zum Promotionsstudium typischerweise eine gewisse Ortsverbundenheit, ein Prädikatsexamen sowie die förmliche Annahme durch einen Hochschullehrer oder den Fachbereich verlangen, und diesen Anforderungen sowohl mit Blick auf Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG als auch mit Blick auf Art. 12 Abs. 1 GG in Gestalt der Berufs- und Ausbildungsfreiheit Grundrechtswesentlichkeit zukommt und die Promotionsatzungen damit dem grundgesetzlichen Parlamentsvorbehalt unterliegen müssten, finden sich in den Landeshochschulgesetzen der Länder hierzu ganz überwiegend keine Regelungen.

Ausgehend von dieser Bestandsaufnahme widmet sich der Autor der Fragestellung, weshalb in der Literatur die Kompetenz der Hochschulen zum Erlass der genannten Satzungen nicht in Frage gestellt wird. Der Autor stellt einen Widerspruch zum „*Facharztbeschluss*“ fest, der bislang nicht überzeugend begründet wurde: Im „*Facharztbeschluss*“ hat das Bundesverfassungsgericht der Satzungsautonomie berufsständischer Selbstverwaltungseinrichtungen Grenzen gezogen (S. 10 ff.). Zum einen, wenn aufgrund der (Grundrechts-) Wesentlichkeit einer Regelung der ungeschriebene Parlamentsvorbehalt eingreift, zum anderen, wenn eine Satzungsregelung unmittelbar und final außerhalb des Verbands stehende „Externe“ adressiert. Zwischen diesem Maßstab und den

durch deutsche Hochschulen erlassenen Promotionsordnungen macht der Autor den Widerspruch aus – der in der Literatur zwar nicht verkannt, aber doch nur unbefriedigend erklärt und begründet wird.

**I. Skizzierung des der Arbeit zugrundeliegenden Gedankengangs**

1. Ausgehend vom „*Facharztbeschluss*“ wird in Kapitel B untersucht, ob dieser als Maßstab für die Reichweite der akademischen Satzungsautonomie herangezogen werden kann.

Ausgangspunkt ist, ob die Ausübung der akademischen Satzungsgewalt „Hoheitsgewalt“ im Sinne von Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG darstellt und ob die wissenschaftlichen Hochschulen als Einrichtungen der mittelbaren Staatsverwaltung handeln (S. 71 f.). Dabei kommt es entscheidend darauf an, welche Stellung den Hochschulen im Staatsgefüge zukommt. Die Arbeit gelangt zu dem Ergebnis, dass mit der Dereliktions- und Delegations-theorie (S. 85 f.) die Hochschulen im staatlichen Bereich anzusiedeln sind. Die hin und wieder anzutreffende These, der Erlass von Promotionsordnungen stellt ein originäres, dem Staat vorgelagertes Recht der wissenschaftlichen Hochschulen dar, wird unter Rekurs auf die geschichtliche Entwicklung des deutschen Hochschulwesens verworfen (S. 89 f.). Deshalb, so das Zwischenergebnis, kann der „*Facharztbeschluss*“ als Maßstab zur Beurteilung der Regelungskompetenz der Hochschulen Anwendung finden.

2. In Kapitel C setzt sich die Arbeit zunächst mit dem ungeschriebenen Parlamentsvorbehalt, insbesondere seiner rechtsdogmatischen Herleitung auseinander (S. 121 f.). In einem zweiten Schritt werden sodann drei Begründungsvarianten herausgearbeitet, welche die von der Literatur angenommene weite Kompetenz des akademischen Satzungsgebers zur Regelung des Promotionswesens zu tragen vermögen (S. 198).

Der erste Begründungsansatz des Autors knüpft an die Existenz eines staatsfreien Kernbereichs der akademischen Selbstverwaltung kraft institutioneller Garantie

an. Wenn ein solcher Kernbereich, garantiert durch das Grundgesetz oder die jeweilige Landesverfassung, existiert und dergestalt wirkt, dass jegliche staatliche Regelungskompetenz in diesem Bereich zurücktritt, ist die Regelung dieser Angelegenheit dem Parlamentsgesetzgeber entzogen und es entsteht ein Spannungsverhältnis zwischen Parlamentsvorbehalt und institutionellem Kernbereich der akademischen Selbstverwaltung, das aufzulösen es gilt.

Der zweite Begründungsansatz des Autors stützt sich auf die These, dass der ungeschriebene Parlamentsvorbehalt nur in Fällen delegierter Normsetzungskompetenz eingreift.

Ist dem akademischen Satzungsgeber das Recht zum Erlass von Normen aber verfassungsunmittelbar, durch Bundes- oder Landesverfassung zugewiesen, besteht ein wesentlicher Unterschied zum Facharztbeschluss, wo das BVerfG mit Blick auf die berufsständische Selbstverwaltung, welche einfach-gesetzlich durch den Parlamentsgesetzgeber eingerichtet wurde, entschieden hat. Mit Blick auf Sinn und Zweck des ungeschriebenen Parlamentsvorbehalts erachtet der Autor diesen Ansatz für vielversprechend, denn die wesentlichen Angelegenheiten sind durch den Parlamentsgesetzgeber zu regeln, um diesen vor einer „Selbstentmachtung“ zu schützen. Diese Gefahr besteht nicht, sofern die entsprechende Kompetenz originär vom Verfassungsgeber nicht dem Parlamentsgesetzgeber, sondern dem akademischen Satzungsgeber überantwortet wurde.

Der dritte Begründungsansatz schließlich stützt sich auf eine dem Parlament ähnliche (demokratische) Legitimation des akademischen Satzungsgebers und eine damit korrespondierende ähnlich weit reichende Regelungskompetenz. Stützt man die Rechtsfigur des ungeschriebenen Parlamentsvorbehalts auf die Annahme, dass dem Parlamentsgesetzgeber ein „Höchstmaß“ an demokratischer Legitimation zukommt, so muss dem Autor zufolge dem akademischen Satzungsgeber eine parlamentsähnliche Regelungskompetenz zugebilligt werden, sofern ihm ein parlamentsähnliches Legitimationsniveau zu attestieren ist.

Bereits an dieser Stelle kann die Arbeit den Schluss ziehen, dass alle drei tauglichen Begründungsansätze nur bei einer verfassungsunmittelbaren Verankerung der akademischen Selbstverwaltung tragen.

3. Kapitel D geht nun der Frage nach, ob Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG eine institutionelle Selbstverwaltungsgarantie enthält (S. 217 f.). Notwendigerweise nimmt hier die historische Normexegese großen Raum ein. Die Untersu-

chung beschäftigt sich daher mit dem Bedeutungswandel, welchen die Vorgängerregelung des Art. 142 WRV zum Ende der Weimarer Republik in der Literatur erfahren hat (S. 218 ff.). Sie wurde nicht mehr rein als Individualgrundrecht verstanden, es erstarkte ein institutionelles Wissenschaftsfreiheitsverständnis. Der Autor zeigt auf, woher die Notwendigkeit für einen solchen Bedeutungswandel rührte. Aufgrund der Defizite im Grundrechtsschutz unter Geltung der Weimarer Verfassung diene die Entwicklung der Wissenschaftsfreiheit hin zur institutionellen Garantie der Absicherung der Hochschulfreiheit gegenüber dem Staat.

Als Defizite im Grundrechtsschutz herausgearbeitet werden unter anderem das Verständnis gewisser Grundrechtsverbürgungen als bloße Programmsätze, die Geltung weitreichender Gesetzesvorbehalte, sowie die damals geltende Lehre vom Positivismus, welche keinen normhierarchischen Vorrang der Verfassung vor dem einfachen Recht kannte (S. 219 ff.). Deshalb sei zur Weimarer Zeit eine Verfassungsänderung durch einfaches Gesetz ohne Notwendigkeit einer Verfassungstextänderung möglich gewesen, sofern dieses nur mit der notwendigen zweidrittel Mehrheit zustande gekommen war. Hingegen hält der Autor unter dem Grundgesetz aufgrund dessen Art. 1 Abs. 3, 19 Abs. 2, 79 Abs. 1 u. 3 eine zusätzliche institutionelle Absicherung der Wissenschaftsfreiheit durch das Rechtsinstitut der institutionellen Garantie für überflüssig. Gesichert wird dieser Befund sodann durch schulmäßige Auslegung des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG (S. 333 ff.). Zwischenergebnis der Untersuchung ist, dass dem Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit keine institutionelle Selbstverwaltungsgarantie, sondern lediglich organisationsrechtliche Mindeststandards entnommen werden können, die die akademische Selbstverwaltung aber nicht annähernd in einem Maße absichern, wie es die herrschende Lehre einer institutionellen Garantie entnimmt.

4. Hingegen sehen 13 von 16 Landesverfassungen eine institutionelle Ausprägung der akademischen Selbstverwaltung recht deutlich vor (S. 404 f.), weshalb die Untersuchung sich nun in Kapitel E der Frage widmet, weshalb diese landesverfassungsrechtlichen Garantien gegenüber Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG in der wissenschaftlichen Debatte kaum Beachtung finden. Den Grund hierfür sieht der Autor in den alle Landesverfassungen überlagernden Art. 31 und 146 GG. Der Vorrang des Grundgesetzes vor den Landesverfassungen führt dazu, dass abweichende landesverfassungsrechtliche Gewährleistungen keine unmittelbare Geltung beanspruchen können. Die Unter-

suchung zeigt jedoch auf, dass die genannten Grundgesetzbestimmungen den landesverfassungsrechtlichen Garantien nicht entgegen stehen, denn diese regeln nur den Kollisionsfall, erlauben aber ein gegenüber Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG höheres Schutzniveau (S. 426 ff.).

5. Nach den im Kapitel E gewonnen Erkenntnissen nimmt die Arbeit zur weiteren Überprüfung des ersten Begründungsansatzes in Kapitel F das Verhältnis von ungeschriebenem Parlamentsvorbehalt und landesverfassungsrechtlich gewährleisteter akademischer Selbstverwaltung in den Blick. Da ersterer von der herrschenden Meinung aus einer Zusammenschau von Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip abgeleitet wird, kommt für dieses Verhältnis der Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG die entscheidende Rolle zu.

Es wird die Annahme des BVerfG untersucht, wonach das Grundgesetz raumübergreifender Natur ist und die durch Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG geforderten Mindeststandards als Durchgriffsnormen zu verstehen sind. Anders als bei der teilweise vertretenen Einordnung als Bestandteilsnormen, wonach die in Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG genannten Demokratieprinzipien Bestandteil der Landesverfassungen und damit normhierarchisch auf einer Ebene mit den originären Landesverfassungsbestimmungen liegen, wirkt nach dieser Theorie Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG als Bundesrecht in die gesamte Rechtsordnung hinein (S. 464 ff.).

Der Autor gelangt unter Auseinandersetzung mit beiden Theorien zu dem Ergebnis, dass der (Landes-)Parlamentsgesetzgeber allein durch den seiner Landesverfassung zu entnehmenden Parlamentsvorbehalt gebunden ist (S. 517 f.). In der Folge stehen dieser und die akademische Selbstverwaltungsgarantie normhierarchisch auf einer Ebene.

Schlüsselergebnis der Untersuchung hierfür: Ein anderes Verständnis von Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG führt zu einem Eingriff in die Kompetenzen der Länder. Es wäre ihnen dann partiell verwehrt, die den wissenschaftlichen Hochschulen zugewiesene Selbstverwaltung zu respektieren, da sie die wesentlichen Angelegenheiten durch förmliches Gesetz zu regeln hätten. Diese „Zwickmühle“ (S. 517), lässt sich nach Ansicht des Autors bei normhierarchischer Gleichrangigkeit beider Verfassungswerte (auf Ebene der Landesverfassung) im Wege praktischer Konkordanz auflösen.

Nachdem insoweit (wissenschaftliche) Klarheit geschaffen wurde, kann sich die Arbeit der für die Untersuchung zentralen Frage widmen, ob die in 13 Ländern verfassungsunmittelbar gewährleistete akademische Selbst-

verwaltungsgarantie den ungeschriebenen Parlamentsvorbehalt partiell zurückdrängt. Hierfür nimmt der Autor etwaige existierende landesverfassungsrechtliche Garantien eines institutionellen Kernbereichs (a) ebenso in den Blick wie den Ansatz, dass die verfassungsgebende Gewalt in den genannten 13 Ländern dem akademischen Satzungsgeber von Verfassungen wegen auch die Regelung der wesentlichen Angelegenheiten überantwortet hat (b).

a. Dieser Ansatz setzt die Gewährleistung einer institutionellen Garantie voraus und verlangt, dass die akademische Selbstverwaltung taugliches Garantieobjekt ist. Im Mittelpunkt steht daher auch die Frage, was institutionelle Garantien ihrem Wesen nach ausmacht, wobei der Autor darstellt, dass diese Frage bis heute nicht in hinreichender Tiefe und mit der nötigen dogmatischen Schärfe durchdrungen ist. Er arbeitet Begriffs- wie Definitionsunsicherheiten heraus und gelangt zu dem Ergebnis, dass die Rechtsfigur letztlich mehr Verwirrung als Klarheit stiftet (S. 535 ff.).

Entscheidend für ihn ist aber, ob die akademische Satzungsautonomie überhaupt dem „staatsfreien“ Kernbereich einer institutionellen Garantie der akademischen Selbstverwaltung zuzuordnen wäre. An dieser Stelle erfolgt eine Auseinandersetzung mit dem Modell der drei konzentrischen Kreise und eine Zuordnung nicht zum Kern- oder Randbereich, sondern zum Kooperationsbereich, angesiedelt zwischen Hochschule und Staat. Die anders lautende Zuweisung der Satzungsautonomie zum Kernbereich durch die herrschende Meinung wird unter methodischen Gesichtspunkten als „freihändig“ (S. 572) bezeichnet.

Das Kapitel schließt mit der Feststellung, dass sich die akademische Satzungsautonomie nicht überzeugend einem institutionellen Kernbereich der akademischen Selbstverwaltung zuordnen lässt, der hier unter 5. a) zusammengefasste Ansatz also nicht tragfähig ist.

Unter dieser Voraussetzung – mangels staatsfreien Kernbereichs – wird sodann ermittelt, wie im Zusammenspiel von ungeschriebenem Parlamentsvorbehalt und akademischer Selbstverwaltungsgarantie eine Konkordanzlösung gefunden werden kann, die Kooperation auf Basis von Gleichordnung umsetzt. Es folgt eine umfassende Erörterung (S. 593 ff.) vorstellbarer Mechanismen eines Zusammenwirkens wie: Benehmenserfordernisse, Vorschlags-/Initiativrechte eines Akteurs, Genehmigungsvorbehalt des Parlamentsgesetzgebers und Institutionalisierte Mitwirkung durch ein gemeinsames Gremium, die sämtlich als ungeeignet verworfen werden.

Die Entscheidung fällt sodann zugunsten einer parlamentsgesetzlichen Rahmen- und satzungsmäßigen Detailregelung, da diese Ausgestaltung nach Meinung des Autors eine klare Zuordnung zum jeweiligen Legitimationsobjekt zulässt sowie eine gleichwertige Beteiligung von Landesgesetzgeber und Hochschule verwirklicht. In einer solchen Rahmenregelung regelt bspw. der Parlamentsgesetzgeber abstrakt die Zugangsvoraussetzungen für ein Promotionsstudium; dem Satzungsgeber kommt ein Wahlrecht zu, ob bzw. von welchen er Gebrauch machen möchte und wie er diese konkret inhaltlich ausgestaltet.

b. Nachdem der erste Begründungsansatz lediglich zu einer Konkordanzlösung führt, wird nun die These, dass der akademische Satzungsgeber kraft verfassungsunmittelbarer Satzungsautonomie an die Stelle des Parlamentsgesetzgebers tritt, untersucht.

Ausgangsfrage ist, weshalb allgemein davon ausgegangen wird, dass es sich bei der kommunalen wie funktionalen Herrschaftsgewalt um vom Staat abgeleitete Befugnisse handelt, mit der Folge, dass nur diesem originär Hoheitsgewalt zukommt. Diese Annahme wird für nicht haltbar erklärt, wenn in 13 Ländern die akademische Selbstverwaltungsgarantie unmittelbar in der Verfassung verankert ist und man unter dem Begriff des Staates die durch Verfassungen konstituierten Rechtsträger versteht, denn auch Bund und Länder leiten ihre Staatsgewalt schließlich aus dem Grundgesetz ab (S. 611 ff.). Aufgrund der Zuweisung der Satzungsautonomie durch den Verfassungsgeber, verfassungsunmittelbar zugunsten der akademischen Selbstverwaltung, besteht für den Autor kein Grund, den Parlamentsgesetzgeber durch einen Parlamentsvorbehalt vor einer „Selbstentmachtung“ durch Delegation zu schützen – denn die Regelung der Hochschulangelegenheiten stand dann zu keinem Zeitpunkt im Pflichtenkreis des Parlamentsgesetzgebers. Der zweite Begründungsansatz vermag die Forschungsfrage daher zu tragen.

6. Neben der damit bereits gefundenen Begründung für eine erweiterte Regelungskompetenz des akademischen Satzungsgebers gelingt es der Arbeit, auch den dritten und letzten Begründungsansatz auf ein stabiles Fundament zu stellen (Kapitel G). Ausgangspunkt ist die These, dass allein die Zuordnung des akademischen Satzungsgebers zur exekutivischen Staatsgewalt keine sichere Aussage über sein demokratisches Legitimationsniveau zulässt.

Mit diesem Ansatz wendet sich der Autor gegen die herkömmliche Annahme einer Vorrangstellung des Par-

laments aufgrund seiner Konstituierung durch demokratische Wahlen und gegen ein damit verbundenes Höchstmaß an demokratischer Legitimation (S. 659).

Die einzigartige Art des Zustandekommens der Parlamentsbesetzung durch demokratische Wahlen führt nach Ansicht des Autors nicht zwingend zu einer höheren Legitimation des Parlaments. Denn die Existenz von Parteilisten, § 1 Abs. 2 BWahlG, führt dazu, dass nur die Hälfte der Abgeordneten unmittelbar in das Parlament gewählt wird. Das Wahlvolk nimmt hier nur Einfluss auf den Parteienproporz.

Da dem Parlamentsgesetzgeber danach keine uneinholbare Vorrangstellung hinsichtlich der demokratischen Legitimation zukommt, folgt nun ein dezidierter Vergleich mit dem akademischen Satzungsgeber unter Berücksichtigung der Legitimationsmodi (personell, sachlich-inhaltlich, prozedural, institutionell, funktionell) auf Ebene primärer (durch den Verfassungsgeber) wie sekundärer (durch das Wahlvolk) Legitimation (S. 666 ff.).

Dabei wird ein Legitimationsdefizit des akademischen Satzungsgebers auf personell-demokratischer Ebene ausgemacht, denn die funktionale Selbstverwaltung kann ihre personell-demokratische Legitimation nicht auf das Wahlvolk, sondern nur auf eine spezifische Teilmenge der Gesellschaft, das Verbandsvolk, zurückführen.

Möglicherweise, so der Gedankengang, kann der Mangel an personell-demokratischer Legitimation aber durch eine vom Autor als personell-autonom bezeichnete, vom Verbandsvolk vermittelte, Legitimation kompensiert werden (S. 725 ff.).

Dafür wird angeführt, dass Sinn und Zweck der Selbstverwaltung ein Staatsaufbau von „unten nach oben“ sowie eine stärkere Selbstbestimmung der Normunterworfenen ist und dies mit dem Demokratieverständnis des Grundgesetzes in Einklang gebracht werden kann. Als Voraussetzung der Vermittlung autonomer Legitimation sieht der Autor aber an, dass ein Teilvolk als sozial-homogene Betroffenenengemeinschaft besteht und im Rahmen einer demokratischen Binnenstruktur organisiert ist.

Letzteres steht bei erster Betrachtung jedoch in klarem Widerspruch zum Modell der Gruppenuniversität (S. 738 ff.). Dieses sieht eine dominierende Stellung der Gruppe der Hochschullehrer vor, ist mithin nicht durch das demokratische Prinzip der Egalität gekennzeichnet, vielmehr „ständertig“ organisiert. Nach Auffassung des Autors ist diese Abweichung vom Prinzip der Wahlrechtsgleichheit aber gerechtfertigt, da das One-Man-One-Vote-Prinzip bei Hochschulwahlen aufgrund der zahlenmäßigen

Überlegenheit auf eine Dominanz der Gruppe der Studierenden hinausliefe, die zum einen dem Verbandsvolk oft nur für einen begrenzten Zeitraum angehören und zum anderen nicht notwendig eng mit der Wissenschaft verbunden sind; denn meist wird das Hochschulstudium als reine Berufsqualifikation angesehen. Für die Gruppe der Hochschullehrer hingegen ergänzt die akademische Selbstverwaltung ihre individuelle Wissenschaftsfreiheit. Der Autor bezeichnet sie daher als „Inhaber der Schlüsselfunktion des wissenschaftlichen Lebens“ (S. 752, zitiert nach BVerfGE 35, 79 (127)). Das Prinzip der Wahlrechtsgleichheit sieht er ausreichend innerhalb der einzelnen Gruppen statt im Verhältnis der Gruppen zueinander verwirklicht.

Das Zwischenfazit lautet daher, dass das akademische Verbandsvolk eine zur Defizitkompensation fähige personell-autonome Legitimation vermitteln kann, sodass klärungsbedürftig nur noch die Reichweite eben dieser Legitimation ist.

Abschließend geht die Untersuchung daher der Frage nach, ob neben der Berechtigung zur Regelung des Binnenbereichs der wissenschaftlichen Hochschulen aus der autonomen Legitimation auch eine Berechtigung zum Erlass von Satzungsregelungen mit mittelbarer oder unmittelbarer Außenwirkung gefolgert werden kann (763 ff.).

Für Regelungen, die unmittelbar und final Außenwirkung entfalten, so die Schlussfolgerung, fehlt es dem akademischen Satzungsgeber mangels demokratischer Berechtigung an der generellen Regelungskompetenz, - und dies selbst bezüglich der Regelung unwesentlicher Angelegenheiten. Fehlt es an der Korrespondenz von Regelungsadressat und Legitimationsbasis, liegt bei derart wirkenden Satzungsbestimmungen keine Selbstverwaltung, sondern Fremdbestimmung über nicht verbandszugehörige Individuen vor.

Satzungsbestimmungen ohne grundrechtseinschränkenden Gehalt kann der akademische Satzungsgeber aber dennoch erlassen. Ebenso kann dieser Regelungen mit unmittelbarer finaler Außenwirkung gegenüber denjenigen treffen, die sich freiwillig der Regelungskompetenz des akademischen Satzungsgebers unterworfen haben. Eine derartige Unterwerfung kann in dem Antrag auf Zulassung zum Promotionsstudium jedoch nicht erblickt werden, da die wissenschaftlichen Hochschulen insoweit immer noch über ein Monopol verfügen, die Unterwerfung erfolgt daher mangels Ausweichalternativen nicht „freiwillig“.

Satzungsbestimmungen mit mittelbarer Außenwirkung hingegen erweisen sich in vielen Fällen als unvermeidbar. Der akademische Satzungsgeber handelt daher aus Sicht

des Autors noch im Rahmen seiner Regelungskompetenz, sofern die Regelung die grundrechtlichen Freiheitsverbürgungen von nicht dem Verbandsvolk zuzurechnenden Personen allenfalls beiläufig tangiert und Zielrichtung der Satzungsbestimmung zuvorderst die Regelung von Angelegenheiten des Hochschulbinnenbereichs ist.

## II. Conclusio

Unter Rekurs auf die der Untersuchung zugrunde liegende Forschungsfrage führen sowohl der zweite als auch der dritte Begründungsansatz zu einer erweiterten Regelungsbeugnis des akademischen Satzungsgebers, wie sie in der Literatur nach der Bestandsaufnahme des Autors bereits postuliert, aber nicht hinreichend begründet wurde; wobei nur der Zweite die in der Praxis gängigen Promotionsordnungen voll trägt. Der erste Begründungsansatz zeigt, wie ein praktisch konkordanter Ausgleich zwischen akademischer Selbstverwaltungsgarantie und ungeschriebenem Parlamentsvorbehalt vorgenommen werden könnte.

Hervorzuheben ist, dass das Werk neben der eigentlichen Forschungsfrage eine Vielzahl staatsrechtlicher Grundlagenfragen und Rechtsfiguren mitbehandelt, kritisch würdigt und mitunter auch entgegen der herrschenden Meinung verwirft. *Stumpf* gelingt es dabei, den Leser für seine Auffassungen einzunehmen, ihn jedenfalls zum erneuten Nach- und Überdenken anzuregen.

Angesprochen sind die im Vordergrund der Untersuchung stehende Lehre vom Parlamentsvorbehalt, auch die Frage nach dessen dogmatischer Herleitung, darüber hinaus grundsätzliche Einwände gegen die Dogmatik der Rechtsfigur vom unantastbaren Kernbereich der Selbstverwaltungseinrichtungen, der objektive Gehalt von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG im Sinne einer institutionellen Garantie (Schrifttum) bzw. einer objektiven Wertentscheidung (BVerfG), die Wirkweise von Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG und ihre Folgen sowie Grundfragen der demokratischen Legitimation, hierbei insbesondere der Nachweis der Existenz einer autonom demokratischen Legitimation.

Die Lektüre des Werkes empfiehlt sich daher jedem staatsrechtlich interessierten Leser und trotz des insoweit enger gefassten Werkstitels auch über den reinen Hochschulbereich hinaus.

Der Autor befindet sich im juristischen Vorbereitungsdienst im Bezirk des OLG Karlsruhe und ist wissenschaftlicher Mitarbeiter von em. Prof. Dr. Thomas Würtenberger an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.



Ulf Pallme König

*George Turner, Hochschulreformen - Eine unendliche Geschichte seit den 1950er Jahren, Verlag Duncker und Humblot, Berlin, 2018,*

ISBN 978- 3- 428-15424-1, 79,90 Euro

Eingeweihte wissen, wie schwierig es ist, angesichts der föderalistischen Strukturen in Deutschland und damit der Verantwortlichkeit von 16 Bundesländern für das Hochschulwesen – der Bund mit seinen Zuständigkeiten zuvorderst für die Bundeswehrhochschulen einmal ausgeklammert – seine wesentlichen Elemente einigermaßen verlässlich herauszuarbeiten und zu bewerten. Meist bleibt es zwangsläufig eher bei der Behandlung von Einzelthemen wie etwa der Exzellenzinitiative, der (Gemeinschafts-)Finanzierung von Hochschulen, des wissenschaftlichen Nachwuchses, des Promotionswesens oder des wissenschaftlichen Fehlverhaltens; dass diese lediglich beispielhaft dargelegten Themen natürlich um zahlreiche weitere wissenschaftspolitische Vorhaben und Aspekte der jüngeren und weiteren Vergangenheit angereichert werden können, bedarf keiner weiteren Erwähnung. Soweit sie diskutiert werden, weist ihre Behandlung aber meist den Mangel auf, dass sie nicht in einen größeren Zusammenhang gestellt werden und der Frage nachgegangen wird, wie sie sich auch unter Berücksichtigung früherer Projekte und Initiativen gesamtwissenschaftspolitisch einordnen und bewerten lassen.

In diese Lücke stößt das 2018 im Verlag Duncker und Humblot erschienene Buch von George Turner mit dem Titel „Hochschulreformen – Eine unendliche Geschichte seit den 1950er Jahren“. Der Werdegang des Verfassers verrät nachdrücklich, dass kaum ein anderer in der Lage wäre, so profund und aus unterschiedlichen beruflichen Erkenntnislagen und Erfahrungen heraus darzustellen, wie wechselhaft Hochschulpolitik in den letzten sechs Jahrzehnten gewesen ist und sich bis heute darstellt oder – mit den Worten des Verfassers des Buches gesagt –, dass „es an einem Hauptnenner in der Hochschulpolitik fehlt“.

George Turner wurde 1935 in Ostpreußen geboren. Er studierte Rechtswissenschaften an der Universität Göttingen, wo er auch promovierte. Von 1963 bis 1970 war er an der Technischen Universität Clausthal tätig, an der er nach seiner Habilitation im Jahr 1966 zu einem bergrechtlichen Thema 1968 zum Wissenschaftlichen Rat und Professor ernannt wurde. Von 1970 bis 1986 war Turner Präsident der Universität Hohenheim und nahm

während dieser Zeit von 1979 bis 1983 über zwei Wahlperioden hinweg das Amt des Präsidenten der Westdeutschen Hochschulrektorenkonferenz wahr. 1986 wechselte er nach Berlin, wo er von 1986 bis 1989 parteiloser Senator für Wissenschaft und Forschung in dem von dem Regierenden Bürgermeister Eberhard Diepgen geführten Senat war. Bis 2000 war er sodann ordentlicher Professor für Wirtschafts- und Agrarrecht an der Universität Hohenheim und zugleich Gastprofessor an der Humboldt-Universität in Berlin.

Turner hat sich seit je her in Veröffentlichungen, die einen außerordentlich stattlichen Umfang einnehmen, mit nahezu allen wissenschaftspolitischen Themen, die seit Anfang der 70er Jahre eine Rolle spielen, befasst. Noch heute setzt er sich ebenso kritisch wie streitbar mit aktuellen wissenschaftspolitisch relevanten Ereignissen und Themenkreisen alle 14 Tage in einer Kolumne im TAGESSPIEGEL auseinander.

Mit dem jetzigen Buch, das er auch mit Blick auf seine über Jahrzehnte hinweg greifenden Publikationen als eine Art „persönlicher Rechenschaftslegung“ begreifen will, knüpft Turner an sein 2001 ebenfalls im Verlag Duncker und Humblot erschienenes Buch mit dem Titel „Hochschule zwischen Vorstellung und Wirklichkeit. Zur Geschichte der Hochschulen im letzten Drittel des 20. Jahrhunderts“ an. Allerdings geht das vorliegende Werk – worauf der Verfasser in seinem Vorwort ausdrücklich hinweist – über eine Überarbeitung, gleichsam über eine 2. Auflage, insofern hinaus, als sich nicht nur der Titel geändert hat und die Gliederung anderen Kriterien folgt. Vielmehr verzichtet der Autor – anders als im ersten Buch – nunmehr für die Darstellung der Erscheinungen des Hochschulwesens nach der Jahrtausendwende überwiegend auf eine detaillierte Form und versucht stattdessen, wesentliche Leitlinien und Entwicklungsalternativen in der Hochschulpolitik aufzuzeigen. Gleichwohl finden sich auch im neuen Buch naturgemäß viele Passagen des 1. Buches wieder, so dass Turner mit dem jetzigen Werk von den 1950er Jahren an bis 2017, dem Zeitpunkt der Abgabe des Manuskriptes, eine Gesamtbetrachtung der Hochschulreformen und Ihrer Auswirkungen vorlegen kann.

Vor diesem Hintergrund befasst sich das jetzige Buch mit der „Entwicklung des Hochschulwesens“ (Teil A), mit „Reformprojekten“ sowie „Gegenständen der Hochschulpolitik“ (Teil B) und – gewissermaßen als Resümee der vorgelegten Untersuchungen – mit „Perspektiven“ (Teil C). Ergänzt wird das Werk am Anfang durch ein Vorwort und Inhaltsverzeichnis und am Schluss durch ein Literatur- und Quellenverzeichnis sowie ein Personen- und Stichwortverzeichnis. Die soeben unter dem Gesichtspunkt der Gliederung aufgeführten Teile sind vom Umfang her – inhaltsbedingt – sehr unterschiedlich. So umfassen von den insgesamt 328 Textseiten Teil A 20 Seiten, Teil B als Schwerpunkt des Werkes 303 Seiten und Teil C 5 Seiten.

In Teil A (S. 17-36) beschäftigt sich Turner mit der Entwicklung des Hochschulwesens in Deutschland. Auch wenn dieser Teil vom Umfang her kurz gehalten ist, vermittelt er für die den gesamten Beitrag durchziehende Botschaft – „Irrungen und Wirrungen in der Hochschulpolitik“ – entscheidende Hinweise darauf, dass sich daran über Jahrzehnte nichts Grundlegendes geändert hat. Der Verfasser betrachtet zunächst die Ausgangslage nach dem Zweiten Weltkrieg, um sich dann den „goldenen Fünfzigerjahren“ zu widmen. Unter dem Stichwort „Ausbildungsrevolution“, die ihren Ursprung bereits in den 50er Jahren hatte, geht er insbesondere der 68er-Bewegung und hier vor allem der Frage nach, ob und in welcher Weise sie eine Reform der (Ordinarien-) Universitäten in Gang gesetzt hat. Am Ende dieses Teils widmet er sich Vorhaben, die zunächst von einem Reformkonsens der politischen Parteien getragen wurden (z.B. Implementierung eines Hochschulbau- und Ausbildungsförderungsgesetzes, Einführung des Hochschultyps Fachhochschulen sowie Schaffung einer Bund/Länder-Kommission für die Bildungsplanung und Forschungsförderung), dann aber im Verlaufe der 70er, Anfang der 80er Jahre eher in den Bereich der Konfrontation gerieten, weil parteipolitische Polarisierung und Ideologisierung der Bildungspolitik zunahm mit der Folge, dass Vorhaben bei einem Regierungswechsel wieder aufgehoben und durch andere ersetzt wurden – ein Zustand, der sich, betrachtet man insbesondere die Hochschulgesetzgebung, bis heute erhalten hat. Einhergehend mit der zunehmenden Polarisierung führte auch die Verschlechterung der ökonomischen Rahmenbedingungen zu Einbrüchen der seinerzeitigen Reformpläne, weil damit nicht nur eine nicht mehr so üppige Bereitstellung von Mitteln für die Hochschulen, sondern vielmehr auch Einsparungsnotwendigkeiten verbunden waren. Daran änderte auch das Hochschulrahmengesetz 1976 nichts,

das – so Turner – als kleinster gemeinsamer Nenner aller politischen Kräfte und als Zeichen von Resignation golt habe. Die bereits in dieser Zeit angelegte und in der Folgezeit zunehmende Konsequenz war, dass sich der Bund nach und nach – durch Beispiele belegt (vgl. S. 36) – aus dem „Gehege der Länderhoheit“ für den Hochschulbereich im Wesentlichen zurückzog.

Teil B (S. 37-340) stellt den eigentlichen Kern des Buches dar, indem sich der Autor detailliert und akribisch mit maßgeblichen Gegenständen der Hochschulpolitik bis hin zu einschlägigen, bis in die jüngste Vergangenheit hineinreichenden Reformprojekten einschließlich ihrer jeweiligen Entwicklungslinien kritisch auseinandersetzt. Soweit diese im Rahmen der Gesetzgebung zu regeln sind, gelangt er bereits am Anfang seiner Überlegungen zu dem Schluss, dass die den Ländern insbesondere nach Aufgabe des Hochschulrahmengesetzes eingeräumten Gestaltungsmöglichkeiten zu einer Beliebigkeit und Unübersichtlichkeit von Projekten in der Hochschulpolitik geführt haben (S. 36). Zudem – so der Verfasser – bestehe ein Manko bei Gesetzesnovellierungen häufig darin, dass nur ein gesondertes Problem gelöst werde, ohne dass Folgen und Nebenwirkungen in verschiedenen Bereichen bedacht würden.

Auf dieser Grundlage befasst er sich zunächst mit Problemkreisen des „Ausbaus der Hochschulen“ unter dem Gesichtspunkt der Chancengleichheit und -gerechtigkeit im Bildungswesen sowie mit der Bewältigung der Überlast im Rahmen der Öffnung der Hochschulen bis hin zu den auf der Basis des Art. 91b GG vereinbarten Pakten (S. 38 - 51). Im Anschluss daran setzt er sich mit Fragen der „Neuordnung“ auseinander, wobei er sich insbesondere der Gruppenuniversität und den Leitungsstrukturen innerhalb der Hochschule widmet (S. 51-89). Einen breiten Raum nimmt das Thema „Schule-Studium-Beruf“ in Anspruch, indem sich Verfasser eingehend und besonders kritisch mit den Reformen in der Schulpolitik und mit ihren Auswirkungen mit Blick auf die Aufnahme eines Studiums, mit Hochschulzugangsvoraussetzungen und Zulassungsbeschränkungen, mit der Problematik der erst eingerichteten und dann nach kurzer Zeit wieder abgeschafften Studiengebühren und der Ausbildungsförderung sowie mit Fragen der Organisation des Studiums und des Akademikerbedarfs beschäftigt (S. 89-212). Das Verhältnis von Staat und Hochschulen wird dann auf den Seiten 212-240 beleuchtet. Hier spielen vielfältige Finanzierungsfragen sowie Problemkreise der Hochschulautonomie einschließlich der Flexibilisierung der Haushalte bis hin zu Globalhaushalten ebenso eine Rolle wie die Bestrebungen der Länder,

trotz zwischenzeitlicher gesetzlicher, wenn auch vom Bundesverfassungsgericht gestoppter Aktivitäten des Bundes (u.a. Abschaffung der Habilitation, verbindliche Einführung der verfassten Studierendenschaft als Zwangskörperschaft) in unterschiedlicher Weise im Rahmen der ihnen im Zuge der Föderalismusreform zugewiesenen Kompetenzen eigenständige Deregulierungen vorzunehmen, ohne dafür in ausreichender Weise die erforderlichen Mittel zu haben, so dass sie weiterhin auf eine Mitfinanzierung durch den Bund angewiesen sind. Unter dem Stichwort „Wettbewerb“ wendet sich Turner sodann einerseits bezogen auf den „internen Wettbewerb“ Fragen der Personalstruktur und der Nachwuchsförderung, des Vergütungs- und Besoldungssystems, der Mittelverteilung und -verwendung und der Qualität der Lehre und Qualitätssicherung zu (S. 240-270). Darüber hinaus befasst er sich unter dem Gesichtspunkt der „Externen Konkurrenz“ mit der Problematik der Rankings und mit der Exzellenzinitiative sowie damit, ob und welche Bedeutung private Hochschulen bisher im Bereich der Universitäten erlangt haben (S. 270-317). Zum Abschluss des 2. Teils betrachtet Turner schließlich Strukturen des tertiären Bereiches, indem er sich mit den unterschiedlichen Hochschularten und mit Bestrebungen im Rahmen der Strukturreformen auch und gerade mit Blick auf Studiengänge und Fächerstrukturen befasst (S. 317-340).

In dem das Buch abschließenden Teil C (S. 341-345) zieht Verfasser ein überwiegend eher deprimierendes Fazit unter Berücksichtigung der detaillierten Befassung der zuvor kritisch diskutierten Themenkreise. Danach, so Turner, werde es nicht *die* Universität der Zukunft geben, weil es kein einheitliches Bild *der* Universität gebe und vor allem das Ergebnis der Exzellenzinitiative dafür Sorge, dass es zwischen den Universitäten nicht nur Klassenunterschiede geben werde, sondern sich auch und gerade zwischen den Universitäten, die im Exzellenzwettbewerb ohne jegliche „Trophäen“ geblieben seien, und den Fachhochschulen als Ausbildungsstätten kaum noch qualitative Unterschiede geben werde. Dafür werde auch sorgen, dass die Politik nach und nach den Fachhochschulen das eigenständige Promotionsrecht einräumen werde. Darüber hinaus, so der Verfasser, werde der Hochschulbereich, der zu den wenigen Regelungsbereichen gehöre, die den Ländern verblieben seien, nach wie vor für ständige, und mangels eines Mindestmaßes an Übereinstimmung der Akteure der verschiedenen politischen Lager für unabgestimmte und unterschiedliche Reformen anfällig bleiben. Dies gelte vor allem nach Wahlen und dann, wenn eine „anders gefärbte Regie-

rung als die Vorgängerin ins Amt“ komme. Und schließlich erkennt Turner nicht die Fähigkeit der Politik, bei einem Gesetzesvorhaben aus der Geschichte zu lernen. Z.B. würde das Scheitern früherer Vorhaben nicht zur Kenntnis genommen, vielmehr würden Fehler auch deswegen wiederholt, weil es an ausreichenden Kenntnissen der Materie und historischer Gegebenheiten fehle und zudem verantwortliche politische Positionen im Wissenschaftsbereich häufig aus Gründen des Proporz mit „fachfremden“ Personen besetzt würden, die mit der Wahrnehmung des Amtes überfordert seien.

Mit seinem Buch gelingt es Turner, wesentliche Gegenstände der Hochschulpolitik der letzten fünf Jahrzehnte zu analysieren, indem er sich kenntnisreich und nicht zuletzt gestützt auf eigene langjährige und vielfältige Erfahrungen in unterschiedlichen verantwortlichen Funktionen als Rechtswissenschaftler, Wissenschaftsmanger und Politiker mit Reformvorhaben und Entwicklungen im Hochschulbereich seit Mitte der 60er Jahre auseinandersetzt. Die Analyse besticht insbesondere dadurch, dass Hintergründe und Entwicklungen vor allem der unter Teil B besprochenen Themen und Vorhaben bis hin zu Personen, die sie zu verantworten haben, bis ins Detail beleuchtet werden, ohne dabei jeweils hochschulpolitische Gesamtzusammenhänge zu vernachlässigen. Zudem ist bemerkenswert und positiv herauszustellen, dass Turner bezogen auf zahlreiche Reformvorgänge nicht nur Kritik äußert, sondern sie auch mit einer klaren Sprache und Überzeugungskraft begründet. So sei etwa auf seine Äußerungen zum sog. Hochschulzukunftsgesetz in Nordrhein-Westfalen verwiesen, mit dem unter der von der Ministerpräsidentin Kraft geführten Landesregierung Regelungen des unter der von Ministerpräsident Rüttgers geführten Vorgängerregierung verabschiedeten und nicht nur von den Hochschulen in Nordrhein-Westfalen als „großer Wurf“ angesehenen Hochschulfreiheitsgesetzes wieder rückgängig gemacht wurden (S. 125 f.). In diesem Kontext stehen auch seine kritischen Feststellungen zur Einführung eines eigenen Status für Doktoranden durch den baden-württembergischen Hochschulgesetzgeber (S. 64) und zur Implementierung eines eigenständigen Promotionsrechtes für Fachhochschulen. Deutliche und nachvollziehbare Kritik findet sich z.B. auch an der ausführlich behandelten Oberstufenreform mit ihren Folgen für ein später aufzunehmendes Studium (S. 89ff.), zum sog. „Öffnungsbeschluss“ der Ministerpräsidenten der Länder im Jahr 1977 mit seinen negativen Auswirkungen auf die Hochschulen (S. 43ff.), an den zahlreichen unglücklichen Versuchen, die Studienzeit zu verkürzen und an der Exzel-

lenzinitiative und ihren tiefgreifenden Konsequenzen für die Hochschullandschaft (S. 281ff.). Die Darlegungen dazu enden mit einer für den Autor im Übrigen typischen Schlussbemerkung, die auch für weitere von ihm als kritisch angesehene Projekte und Reformvorhaben Geltung beanspruchen könnte – Turner wörtlich: „So bleibt das deutsche Hochschulsystem weiterhin verkorkst“ (S. 298).

Mag diese fast das gesamte Buch durchziehende kritische Grundhaltung des Autors in den dargelegten und vielen anderen Punkten auch schlüssig und nachvollziehbar sein, dürfte dies allerdings uneingeschränkt nicht für alle Einschätzungen gelten. So verkennt etwa seine Feststellung, das sich auf Studierende beziehende Ordnungsrecht sei kein Thema mehr, weil die Regelungen des Strafrechtes und des Hausrechtes ausreichen (S. 89), dass jedenfalls in der täglichen Praxis den sich auf die beiden genannten Rechtsbereiche beziehenden Sanktions- bzw. Handlungsmöglichkeiten Grenzen gesetzt sind. Die ausführliche Diskussion dieses Themas auf dem 14. Deutschen Hochschulrechtstag am 17.6.2019 in Bonn zur aktuellen Problematik der „Äußerungsfreiheit von Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer“ mag dafür ein Beleg sein. Auch dürften eher Zweifel an der Einschätzung des Autors bestehen, Hochschulräte seien nur ein „Modeartikel“, der bald durch andere Konstruktionen ersetzt werde (S. 80). Denn trotz aller anfänglichen Kritik an der Einführung von Hochschul-, Universitäts- oder Stiftungsräten dürfte sich dieses besondere Hochschulorgan mittlerweile in allen Ländern im Zuge der zunehmenden Autonomisierung der Hochschulen fest etabliert und seine Rolle als Aufsichts-, Kontroll- und Beratungsorgan gefunden haben.

In seinem Vorwort weist Turner darauf hin, es habe nicht die Absicht bestanden, alle Erscheinungen des Hochschulwesens der letzten Jahrzehnte darzustellen (S. 7). Dies dürfte eine Erklärung dafür sein, dass einige Themen nicht angesprochen werden. Dazu zählt – mit Ausnahme der kurzen Ausführungen zur Zulassung zum Medizinstudium (S. 119f.) – insbesondere der gesamte und komplexe Bereich der Hochschulmedizin, die mit ihrer Trias von Forschung, Lehre und Krankenversorgung bezogen auf den Hochschulbereich mit Abstand die meisten finanziellen Mittel beansprucht und seit Ende der 90er Jahre in den 14 Ländern, in denen sie staatlich vertreten ist, nicht zuletzt auf der Grundlage von Empfehlungen des Wissenschaftsrates enorme, teilweise auch kritisch zu sehende Veränderungen vor allem in organisatorischer und inhaltlicher Hinsicht durchlau-

fen und auch noch vor sich hat. Auch fällt auf, dass die in den letzten Jahren zu konstatierende enorme, auch quantitative Entwicklung der privaten Fachhochschulen mit ihren zumeist dualen und berufsbegleitenden Studiengängen in der Diskussion ausgespart bleibt, obwohl an den derzeit 119 privaten Hochschulen in Deutschland, von denen immerhin 95 private Fachhochschulen sind, ca. 280000 Studierende eingeschrieben sind.

Diese wenigen kritischen Anmerkungen ändern jedoch nichts daran, dass Turner ein beeindruckendes, lezenswertes und spannendes Buch vorgelegt hat, mit dem er auf der Grundlage der prägnanten Befassung mit wesentlichen Entwicklungen, Reformvorhaben und Projekten der letzten 5 Jahrzehnte versucht, den Nachweis für seine immer wieder vorgetragene These zu erbringen (vgl. dazu z.B. seine Ausführungen im *TAGESSPIEGEL* vom 5.8.2019 mit dem Titel „Was der Exzellenz schadet“), dass sich viele Weichenstellungen in der Hochschulpolitik im Nachhinein als falsch erwiesen haben und, obwohl die dafür Verantwortlichen meist längst vergessen sind, die negativen Folgen dieser Entwicklungen immer noch spürbar sind. Zudem bleibt seine schlüssig belegte Prognose im Raum, dass es auch in Zukunft in der Hochschulpolitik einen „Zickzackkurs“ geben wird. Vor diesem Hintergrund kann sein sich von großer Sachkunde getragenes Werk, das in singulärer Weise in der Lage ist, eine der komplexesten Materien im Bildungsbereich auch für denjenigen zu durchdringen, der mit den speziellen Belangen von Hochschulen nicht so vertraut ist, nachdrücklich zur Lektüre empfohlen werden. Es sollte auf jeden Fall für diejenigen eine Pflichtlektüre sein, die sich vor allem berufsbedingt – in welcher Weise auch immer – mit Hochschulen beschäftigen bzw. zu befassen haben. Ganz besonders wünschenswert wäre es im Übrigen, wenn das Buch sowohl im Amt befindlichen als auch angehenden Wissenschaftsministerinnen und -ministern sowie jedenfalls den für den Wissenschaftsbereich verantwortlichen Abgeordneten in den Parlamenten zur Pflichtlektüre gemacht werden könnte.

Ulf Pallme König ist Rechtsanwalt in der Kanzlei ppp Rechtsanwälte Pittrof, Penner, Reimer & Partner in Düsseldorf, Kanzler der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf a.D., Honorarprofessor der dortigen Juristischen Fakultät sowie Vorsitzender des Vereins zur Förderung des deutschen & internationalen Wissenschaftsrecht

## Margrit Seckelmann

### *Evaluationen im deutschen Wissenschaftssystem – Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen und des internationalen Wissen- schaftsrechts am 7. und 8. März 2019 in Berlin*

Evaluationen sind ubiquitär – man begegnet ihnen zumindest in der Wissenschaft auf Schritt und Tritt. Man kann sogar sagen, dass sich durch Evaluationen Wissenschaft selbst bestätigt, in dem sie sich regelmäßig ihrer Standards versichert. Wissenschaftssoziologen haben daher die Evaluationsverfahren als „modernes Ritual“ bezeichnet.<sup>1</sup>

Allerdings sind mit Evaluationen auch finanzielle und teilweise auch personelle Konsequenzen verbunden, sie werfen daher auch Fragen ihrer wissenschaftsadäquaten rechtlichen Umhegung auf.<sup>2</sup> Diesen widmete sich die Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen und des internationalen Wissenschaftsrechts am 7. und 8. März 2019 in Berlin (am ersten Tag in den Räumen der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften). Diese führte Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler aus verschiedenen Disziplinen mit Praktikerinnen und Praktikern zusammen – ganz wie es dem Programm des Tagungsveranstalters entspricht.

Nach einer Eröffnung durch den Präsidenten der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, Prof. Dr. Dr. h. c. mult. *Martin Grötschel*, und den Vorsitzenden des Vereins zur Förderung des deutschen und des internationalen Wissenschaftsrechts, Prof. Dr. *Ulf Pallme König*, widmete sich der Eröffnungsvortrag von Prof. Dr. *Bernd Hartmann*, LL.M. (Universität Osnabrück) den rechtlichen Anforderungen an die Auswahl und die Evaluation im Tenure Track-Verfahren. *Hartmann* äußerte dabei starke Bedenken, ob eine Übernahme von Juniorprofessorinnen und -professoren im Tenure Track-Verfahren ohne erneute Ausschreibung der Stelle mit dem Grundsatz der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG vereinbar sei: Nicht jede(r), der oder die sich im Verfahren um die Besetzung einer Juniorprofessur oder einer anderen zeitlich befristeten Erprobungsstelle im Hochschulbereich durchgesetzt habe, sei

später auch am besten qualifiziert, wenn es um die Besetzung einer Stelle auf Lebenszeit gehe. Daher sei eine Ausschreibung der Lebenszeitprofessur eine aus Art. 33 Abs. 2 GG resultierende Verfassungspflicht, die aus dem Gebot der Gleichbehandlung der (potentiellen) Mitbewerber(innen) folge. Das Auswahlverfahren für die Lebenszeitstelle dürfe dann auch keinesfalls ritualisiert zu Gunsten des- oder derjenigen erfolgen, der oder die die Tenure Track-Stelle bereits innehatte. Da sind sie wieder, die Rituale.

Die logische Konsequenz aus *Hartmanns* Ausführungen ist diejenige, dass das mit einer Milliarde geförderte neue Tenure Track-Programm des Bundes rechtlich nicht unbedenklich sei.<sup>3</sup> Entsprechend lebhaft fiel die von Dr. *Hubert Detmer* (Deutscher Hochschulverband) moderierte Diskussion zu *Hartmanns* Vortrag aus.

In der nächsten, von Prof. Dr. *Ulrike Gutheil* (Staatssekretärin für Wissenschaft, Forschung und Kultur des Landes Brandenburg) moderierten, zweiten Sektion ging es um die Frage der wissenschaftlichen Qualitätssicherung im Zeichen von Big Data. Prof. Dr. *Paul Wouters* von der Universität Leiden stellte in seinem Vortrag über „Valuing science and scholarship in the era of big data“ das von ihm und anderen im sogenannten *Leiden Manifesto* entwickelte Konzept eines verantwortungsvollen Umgangs mit scientometrischen Daten vor, das einen reflektierten Umgang mit Verfahren der Zuschreibung wissenschaftlicher Qualität enthalte.<sup>4</sup>

An seinen kurzweiligen Vortrag, der zugleich eine Einführung in die Scientometrie enthielt, schloss sich eine Sektion der Tagung an, die die Verfasserin dieses Beitrags nur am Rande erwähnen kann, weil sie sie selbst betrifft: Ihr wurde der Preis des Vereins zur Förderung des deutschen und des internationalen Wissenschaftsrechts für ihre Habilitationsschrift über „Evaluation und Recht. Strukturen, Prozesse und Legitimationsfragen

1 *Christine Schwarz*, Evaluation als modernes Ritual. Zur Ambivalenz gesellschaftlicher Rationalisierung am Beispiel virtueller Universitätsprojekte, Hamburg 2006, S. 12; *Peter Weingart*, Das Ritual der Evaluierung und die Verführung der Zahlen, in: ders. (Hrsg.), Die Wissenschaft der Öffentlichkeit, Weilerswist 2005, S. 102-122.

2 Dazu u.a. *Margrit Seckelmann*, Evaluation und Recht. Ansätze zu einem wissenschaftsadäquaten Modell der staatlichen

Indienstnahme evaluativer Verfahren, OdW 2019, S. 119-124, online: [http://www.ordnungderwissenschaft.de/2019-2/gesamt/15\\_02\\_2019\\_seckelmann\\_Evaluation\\_Recht\\_%20wissenschaftsadaequates\\_Modell\\_der\\_staetlichen\\_Indienstnahme\\_evaluativer\\_Verfahren\\_odw.pdf](http://www.ordnungderwissenschaft.de/2019-2/gesamt/15_02_2019_seckelmann_Evaluation_Recht_%20wissenschaftsadaequates_Modell_der_staetlichen_Indienstnahme_evaluativer_Verfahren_odw.pdf) (19.8.2019).

3 Dazu Informationen unter <https://www.bmbf.de/de/wissenschaftlicher-nachwuchs-144.html> (19.8.2019).

4 Zu diesem vgl. <http://www.leidenmanifesto.org/> (19.8.19).

staatlicher Wissensbeschaffung durch (Wissenschafts-) Evaluationen“ verliehen.<sup>5</sup> Prof. Dr. *Pallme König* sei für seine Begründung der Auswahl der Preisträgerin und Prof. Dr. *Max-Emanuel Geis* (Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg) für seine Laudatio herzlich gedankt, wie natürlich auch den anonym gebliebenen Gutachterinnen bzw. Gutachtern und dem Verein zur Förderung des deutschen und des internationalen Wissenschaftsrechts selbst. Ein herzlicher Dank geht auch an Frau *Janna Düringer* vom Verein zur Förderung des deutschen und des internationalen Wissenschaftsrechts sowie an ihre Kolleginnen und Kollegen für die gute Tagungsorganisation.

Es schloss sich – wir kommen wieder zu den Ritualen – eine Podiumsdiskussion über das Thema „Viel Stress – für welche Wirkung? Wie sich Evaluationen auf die Arbeit von Wissenschaftler\*innen und Forschungseinrichtungen auswirken“ an. Diese wurde kundig moderiert und strukturiert durch den Wissenschaftsjournalisten *Jan-Martin Wiarda*. Da neben Prof. Dr. *Stefan Hornbostel* (Humboldt-Universität Berlin) und Prof. Dr. *Dorothea Wagner* (Karlsruher Institut für Technologie) auch die Erstatteerin dieses Tagungsberichts auf dem Podium saß, soll auf die Inhalte und die Diskussion zu diesem Panel nicht weiter eingegangen werden.

Am nächsten Tag ging es unter der Moderation von Prof. Dr. *Volker Epping* (Leibniz-Universität Hannover) um das Thema „Datenschutz“. In ihrem sehr dichten Vortrag über „Forschungsfreiheit und Datenschutz im Konflikt? Lehr- und Forschungsevaluationen auf dem Prüfstand“ führte Prof. Dr. *Indra Spiecker genannt Döhmann* (Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main) eindrucksvoll die Komplexität der Materie vor Augen. Im Hinblick auf den am ersten Tag diskutierten Anwendungsfall der Evaluation eines Juniorprofessors oder einer Juniorprofessorin führe der Weg dann, wenn keine ausdrückliche und „freiwillige“ Einwilligung vorliege (was angesichts des zugrundeliegenden Machtverhältnisses schwierig sei und ggf. gegen das Kopplungsverbot nach Art. 7 Abs. 4 DSGVO verstoße) wohl in erster Linie über die Erlaubnistatbestände der Datenverarbeitung zur Erfüllung eines Vertrages bzw. einer rechtlichen Verpflichtung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) und c)

DSGVO. Denn von einer Privilegierung zu „Forschungszwecken“ gem. Art. 89 DSGVO sei im vorgenannten Fall nicht auszugehen, in dem es um die wissenschaftliche Bewertung eines Wissenschaftlers oder einer Wissenschaftlerin durch bzw. für die eigene Einrichtung gehe. Von den rechtlichen Fragen im eigentlichen Sinne weg führte der Vortrag von Prof. Dr. Dr. h. c. *Reinhard Hüttl*, dem Wissenschaftlichen Vorstand des Deutschen GeoForschungsZentrums Potsdam, der zugleich über seine Erfahrungen als Mitglied des Wissenschaftsrats berichtete: „Qualitätssicherung im deutschen Wissenschaftssystem durch DFG und Wissenschaftsrat“. Diesen Vortrag hätte man auch an den Anfang der Tagung stellen können, denn er führte überblicksartig in die verschiedenen Verfahren von Qualitätssicherung ein, die im deutschen Wissenschaftssystem praktiziert werden. So rundete er aus Praxissicht die Tagung ab und veranschaulichte manches, was vorher primär in rechtlicher Sicht erörtert worden war.

Die Tagung endete mit einem erneut von *Jan-Martin Wiarda* geleiteten Panel zum Thema „Wie könnte eine ‚DFG‘ für die Lehre funktionieren?“. Es diskutierte der Präsident der Deutschen Hochschulrektorenkonferenz, Prof. Dr. *Peter-André Alt* (Freie Universität Berlin) mit Prof. Dr. *Sylvia Heuchemer* (Vizepräsidentin für Lehre und Studium der Technischen Hochschule Köln) und der Leiterin des Programmbereichs „Lehre und akademischer Nachwuchs“ des Stifterverbands für die deutsche Wissenschaft, Frau *Bettina Jorzik*. Die Diskussion war sehr lebhaft und kreiste vor allem um die Frage, wie taugliche Anreize gesetzt werden könnten, damit sich gute Lehre aus Sicht der Lehrenden ‚lohne‘. Dieser Punkt hätte allein eine Tagung gerechtfertigt.

Wie es Dr. *Stefan Schwartze*, der Administrative Vorstand des Deutschen GeoForschungsZentrums Potsdam und zugleich kaufmännischer Vizepräsident der Helmholtz-Gemeinschaft, in seinem Schlusswort ausdrückte, ist insoweit für weiteren Gesprächsstoff gesorgt.

PD Dr. iur. Margrit Seckelmann, ist Geschäftsführerin des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung und Privatdozentin an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer.

5 *Margrit Seckelmann*, Evaluation und Recht. Strukturen, Prozesse und Legitimationsfragen staatlicher Wissensbeschaffung durch (Wissenschafts-)Evaluationen, Tübingen 2018.

# Albrecht Dihle

## *Humanismus und Wissenschaft*<sup>1</sup>

Etliche unter den an unseren Universitäten vertretenen Disziplinen haben das große und verantwortungsvolle Privileg, die humanistische Tradition, die letzte, die unserer Kultur eine tragfähige und integrative Bildungskonzeption vermittelt hat, im Bewußtsein zu halten. Innerhalb der Wissenschaft kann man diese Aufgabe nicht dadurch wahrnehmen, daß man eine neue Ideologie des Humanismus proklamiert. Die Wissenschaft, insbesondere die Philologie, muß vielmehr die Ursprünge dieser Tradition, ihre Entfaltung und Veränderung im Lauf der Zeiten, ihr Wesen, ihre Stärken und Schwächen und ihre geschichtlichen Wirkungen zum Gegenstand der Forschungen machen. Wie, wann und in welchem Ausmaß die Resultate solcher Forschung auf das allgemeine Bewußtsein der Menschen einwirken können, läßt sich kaum bestimmen und hängt von vielen, vornehmlich außerwissenschaftlichen Faktoren ab. Verantwortungsvoll bleibt die Aufgabe trotzdem, geht es dabei doch um eine geschichtliche Größe, die zu den bis heute in keiner Weise ersetzten Grundlagen unseres geistigen

Lebens gehört. Wenn nämlich heute z.B. wissenschaftlich orientiertes Denken weite Teile unserer Lebenswelt bestimmt, so ist das die Folge einer vom Humanismus motivierten und legitimierten Entfaltung der Wissenschaften. Lebendige Wissenschaft führt zur steten Veränderung des Erkenntnisstandes und der daraus hergeleiteten Sicht der Welt. Soll aber dieses ständig sich wandelnde Wissen der Erziehung der Menschen nutzbar gemacht werden, so muß die Konzeption, nach der das geschieht, zugleich stabil und flexibel sein - stabil in den Grundlagen, wenn denn individuelle und kollektive Erziehung eine zuverlässige Orientierung gewähren soll, und flexibel in der Ausformung angesichts des schnellen Wandels unserer Lebensverhältnisse.

Albrecht Dihle ist em. o. Professor für klassische Philologie in Köln und ab 1974 in Heidelberg sowie Mitglied des Ordens „Pour le mérite für Wissenschaften und Künste.“

1 *Albrecht Dihle, Humanismus und Wissenschaft, 1994, S. 25 ff.*

