

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 1 / 2022

## Aufsätze

- Georg Sandberger* Hochschulrechtsreform in Permanenz  
Zur Entwicklung des Hochschulorganisations-  
rechts seit der Jahrtausendwende **1-22**
- Manfred Löwisch* Sind die Konfuzius-Institute steuerlich ge-  
meinnützig? **23-30**
- Matthias Ruffert* Keine Landeskompetenz für § 110 Abs. 6  
Satz 2 BerlHG und § 95 Abs. 1 Satz 2 BerlHG  
(jeweils i.d.F. vom 25. September 2021) **31-34**
- Manfred Löwisch und Viktor Kurz* Neues Bundespersonalvertretungsgesetz:  
Relevanz für das Personalvertretungsrecht der  
Hochschulen der Länder **35-38**
- Philipp Overkamp und Miriam Tormin* Staatliche Steuerungsmöglichkeiten zur  
Förderung des Teilens von Forschungsdaten  
**39-54**
- Theodor Lammich* Der Sexus im juristischen Sprachgebrauch  
**55-66**

**Buchbesprechung**

*Felix Hornfischer* Besprechung von Neukirchen, Mathias /  
Emmrich, Etienne (Hrsg.), Berufungen,  
Befangenheit und Bewerbungsverfahrensan-  
spruch - Ein Kompendium für Berufungs-  
kommissionen, Bewerberinnen und Bewerber,  
Nomos, 2021 **67-70**

**Ausgegraben**

*Ausgegraben* Unterrichtspolizei  
Merkwürdiger und nachahmungswerter Ge-  
brauch der Basler Universität **71-72**

# Georg Sandberger

## *Hochschulrechtsreform in Permanenz*

### *Zur Entwicklung des Hochschulorganisationsrechts seit der Jahrtausendwende*

#### Übersicht

##### I. Einleitung

##### II. Die Entwicklung des Hochschulorganisationsrechts im Spiegel wandelnder Leitbilder

1. Die Hochschulorganisation im Leitbild der Gelehrtenrepublik
2. Hochschulorganisation und Hochschulleitung in der Gruppenuniversität
3. Neuausrichtung des Leitbilds nach dem 4. HRG-Änderungsgesetz 1998 - Das Konzept der unternehmerischen Hochschule

##### III. Entwicklungslinien der Hochschulgesetzgebung

1. Auswirkungen auf den Katalog der Hochschulaufgaben
2. Auswirkungen auf den Rechtsstatus der Hochschulen
3. Reform der Leitungsstrukturen
  - 3.1. Grundprinzipien
  - 3.2. Hochschulleitung
  - 3.3. Hochschulrat –Kuratorium
  - 3.4. Senat
  - 3.5. Unterbliebene Gestaltung der Ablaufprozesse
  - 3.6 Vertikale Aufbauorganisation - Fakultäten
  - 3.7 Studienstrukturreform und Qualitätssicherung

##### IV. Weitere Entwicklungen von 2010 bis 2020

##### V. Hochschulreformen auf dem Prüfstand des Hochschulverfassungsrechts

1. BVerfGE 35, 72 ff.- Niedersächsisches Vorschaltgesetz
2. Folgeentscheidungen bis 2000
3. Entscheidungen zu den Hochschulgesetznovellen ab 2000
  - a) BVerfGE 111, 333- Brandenburgisches Hochschulgesetz
  - b) BVerfGE 127, 87 ff. - Hamburger Dekanatsbeschluss
  - c) BVerfGE 136, 338 ff. - MHH Hannover
  - d) Urteil des VerfGH Baden-Württemberg v. 16.11.2016- HAW
  - e) Kammerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts v. 5.2.2020 - Duale Hochschule

##### VI. Fazit

#### I. Einleitung

In der politischen Begriffsgeschichte wird die sog. permanente Revolution als „Abfolge unterschiedlicher sozioökonomischer Transformationen“ definiert, die „die Gesellschaft nicht ins Gleichgewicht kommen“ lassen.<sup>1</sup>

Mit der gebotenen Unterscheidung und Distanz gegenüber den politischen und gesellschaftlichen Zielen der verschiedenen Facetten des Konzepts einer permanenten Revolution lassen sich auch die Hochschulrechtsreformen der letzten Jahrzehnte als Transformationen bezeichnen, die die Hochschulen bis jetzt nicht ins Gleichgewicht kommen ließen.

Untersucht man die Änderungsverzeichnisse der Hochschulgesetzgebung der Bundesländer seit der Jahrtausendwende,<sup>2</sup> so finden sich neben einer oder mehrerer grundlegender Neufassungen des jeweiligen Landeshochschulgesetzes<sup>3</sup> in nahezu jedem Jahr Novellierungen einzelner Teilbereiche der Aufgaben der Hochschulen, der Hochschularten, des Organisationsrechtes, des Studien-, Prüfungs- und Zulassungsrechts im Zuge der Studienstrukturreform (Bologna), der Qualitätssicherung, sowie der Personalstruktur, des Haushaltsrechts, der Drittmittelfinanzierung, der Organisation der Studierendenschaft, des Rechts von Niederlassungen ausländischer Hochschulen und nicht staatlicher Hochschulen. Von besonderem Gewicht für die künftige Entwicklung der Hochschulen sind die Regelungen über den Gleichstellungsauftrag und die zu seiner Erfüllung notwendigen Verfahren und Maßnahmen, zur Diversität, zur Studienstrukturreform, zum Zugang zu den Hochschulen, zum Berufungsverfahren und zu den

1 Wikipedia unter „Permanente Revolution“ m.w.N.  
2 Abrufbar bei Beck online unter den jeweiligen Landesgesetzen.  
3 Vgl. Baden-Württemberg: Landeshochschulgesetz (LHG BW) v. 1.1.2005 (GBl. S. 1), zuletzt geänd. durch Art. 1 Viertes HochschulrechtsänderungsG vom 17.12.2020 (GBl. S. 1204); Bayern: HochschulG (BayHG) v. 23.5.2006 (GVBl. S. 245), zuletzt geänd. d. § 1 des Gesetzes vom 9.4.2021 (GVBl. S. 182); Berlin: HochschulG (Berl.HG) i.d.F. vom 26.7.2011 (GVBl. S. 378), zuletzt geändert d. Art. 1 G vom 4.5.2021 (GVBl. S. 435); Brandenburg:

Brandenburgisches Hochschulgesetz (BbgHG) i.d.F. v. 28. 4 2014 (GVBl. I Nr. 18) zuletzt geänd. d. Art. 1 Erstes G zur Änd. des Brandenburgischen HochschulG vom 23.9.2020 (GVBl. I Nr. 26); Bremen: HochschG i.d.F. v. 9.5.2007 (Brem.GBl. S. 339), zuletzt geänd. d. Art. 1 Zweites G zur Änd. hochschulrechtlicher Bestimmungen im Zusammenhang mit den Anforderungen aus der Covid-19-Krise vom 24.2.2021 (Brem.GBl. S. 216); Hamburg: Hamburgisches HochschulG (HmbHG) v. 18.7.2001 (GVBl. S. 171), zuletzt geänd. d. Art. 1 G zur Änd. von Vorschriften

Qualifikationspfaden für den Hochschullehrerberuf, insbesondere zur Einführung der Juniorprofessur mit Tenure-Track.

Der Katalog wird zuletzt durch pandemiebedingte Regelungen für die Durchführung von Lehrveranstaltungen, Prüfungen, Gremiensitzungen und Gremienentscheidungen im Onlinebetrieb sowie des Datenschutzes ergänzt.

Es ist in diesem Rahmen nicht möglich, diesen Entwicklungen in der gesamten Breite nachzugehen. Im Mittelpunkt der nachfolgenden Ausführungen stehen die neuerdings mit dem Terminus „Hochschulgovernance“ bezeichneten Aufgaben der Hochschulen, deren Rechtsstatus und die Hochschulorganisation. Dazu sollen im Anschluss an frühere Querschnittsuntersuchungen des Verfassers<sup>4</sup> und Empfehlungen des Wissenschaftsrates<sup>5</sup> - unter Rückgriff auf die in der Hochschulrechtsforschung etablierten Bezeichnungen und Leitbilder - die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Hochschulorganisationsentwicklung in den einzelnen Bundesländern in ihrer zeitlichen Abfolge nachverfolgt werden. Einbezogen werden die richtungsweisenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und einzelner Landesverfassungsgerichte zu den Reformansätzen der jeweiligen Landesgesetze und ihre übergreifende Bedeutung für die Entwicklung des Hochschulverfassungs- und Hochschulrechts.

zur digitalen Fortentwicklung der Hochschulen vom 17.6.2021 (HmbGVBl. S. 468); Hessen: HochschulG i.d.F. v. 14.12.2009 (GVBl. I. S. 666), zuletzt geänd. d. Art. 1 G zur Ermächtigung zum Erlass von RechtsVOen zur Bewältigung der Auswirkungen der SARS-CoV2-Pandemie im Hochschulbereich vom 24.6.2020 (GVBl. S. 435); Mecklenburg-Vorpommern, LandeshochschulG (LHG-MVP) vom 25. Januar 2011 (GVBl. M-V S. 18), zuletzt geänd. d. Art. 1 Sechstes ÄndG zum LandeshochschulG vom 21.6.2021 (GVBl. M-V S. 1018); Niedersachsen: HochschulG (NHG) v. 26.2.2007 (GVBl. S. 69, zuletzt geänd. d. Art. 4 G zur Änd. verschiedener Rechtsvorschriften aus Anlass der COVID-19-Pandemie vom 16.3.2021 (Nds. GVBl. S. 133); Nordrhein-Westfalen: HochschulG (HG NRW) v. 16. 9 2014 (GV. NRW. S. 547), zuletzt geänd. d. Art. 2 G zur Änd. des Kunsthochschulgesetzes und zur Änd. weiterer Vorschriften im Hochschulbereich vom 25.3.2021 (GV. NRW. S. 331); Rheinland-Pfalz: Hochschulgesetz (HochSchG) v. 23.9.2020 (GVBl. 2020, 461), zuletzt geändert d. G. vom 22.07.2021 (GVBl. S. 453); Saarland: Saarländisches Hochschulgesetz (SHSG) vom 30.11.2016 (Amtsbl. I S. 1080), Zuletzt geändert durch Art. 3 Abs. 1 G zur Neuorganisation der Wahrnehmung studentischer Angelegenheiten vom 16.6.2021 (Amtsbl. I S. 1762); Sachsen: Sächsisches Hochschulfreiheitsgesetz (SächsHSFG) vom 15. 1 2013 (SächsGVBl. S. 3), zuletzt geänd. d. Art. 11 Haushaltsbegleitgesetz 2021/2022 vom 21.5.2021 (SächsGVBl. S. 578); Sachsen-Anhalt: HochschulG (HG-LSA) v. 14. 12 2010, (GVBl. LSA S. 600, ber. 2011 S. 561), zuletzt geänd. d. § 1 Zweites ÄndG des Hochschulgesetzes LSA vom 18.1.2021

## II. Die Entwicklung des Hochschulorganisationsrechts im Spiegel wandelnder Leitbilder

Im Organisationsrecht der Hochschulen spiegeln sich wandelnde Leitbilder der Hochschulen wieder.

Schlagwortartig wird deren Entwicklung in den letzten Jahrzehnten mit dem Paradigmenwechsel von der **Gelehrtenrepublik** über die mitbestimmte oder **Gruppenhochschule** zur **unternehmerischen Hochschule** beschrieben.<sup>6</sup>

Der in der Wissenschaftsgemeinschaft bis heute hoch umstrittene, 2016 von *Jürgen Mittelstraß* unter dem Titel „Die Universität zwischen Weisheit und Management“<sup>7</sup> kritisierte Wechsel zur unternehmerischen Hochschule beschreibt den im Zuge der Hochschulrechtsentwicklung derzeitigen erreichten Rechtszustand. Dessen Kernelemente sind: Stärkung der Autonomie der Hochschulen gegenüber dem staatlichen Träger, klare Leitungs- und Aufsichtsstrukturen, Organisations- und Finanzautonomie sowie Dienstherreneigenschaft für das Hochschulpersonal.

### 1. Die Hochschulorganisation im Leitbild der Gelehrtenrepublik

Historischer Ausgangspunkt kritischer Analysen des derzeitigen Hochschulorganisationsrechts ist die Rolle der „Hochschule als Gelehrtenrepublik“. Dieses Leitbild

(GVBl. LSA S. 10); Schleswig-Holstein: HochschulG (HG-SH) v. 5.2.2016, (GVBl. Schl.-H. S. 39), zuletzt geänd. d. Art. 1 G zur Änd. des HochschulG vom 13.12.2020 (GVBl. Schl.-H. 2021 S. 2); Thüringen: HochschulG (ThürHG) v. 10. 5 2018 (GVBl. S. 149), zuletzt geändert d. Art. 7 Zweites Thüringer Covid-19-G zur Umsetzung erforderlicher Maßnahmen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie vom 23.3.2021 (GVBl. S. 115).

- 4 *G. Sandberger*, Organisationsreform und -autonomie: Bewertung der Reformen in den Ländern, *WissR* 35 (2002), 125 ff.; Neuordnung der Leitungsorganisation der Hochschulen durch die Hochschulrechtsnovellen der Länder, *WissR* 44 (2011), 118-155.
- 5 Empfehlungen zur Hochschulgovernance v. 19.10.2018, Drs. 7328-18.
- 6 Vgl. z.B. *K.F. Gärditz*, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung 2010, S. 10 ff.; *R. Hendl*, Die Universität im Zeitalter von Ökonomisierung und Internationalisierung, *VVDStL* 65 (2006), 238 ff.; *W. Kahl*, Hochschule und Staat, 2004, S. 11 ff.; *Th. Oppermann*, Ordinarienuniversität, Gruppenuniversität, Räteuniversität in: *Heß/ Leuze* (Hrsg.), die janusköpfige Rechtsnatur der Universität- ein deutscher Irrweg, *Wissenschaftsrecht, Sonderheft* 15, 2004, S.1 ff.; *D. Müller-Böhl*, Die entfesselte Hochschule, 2000, S. 19 ff.: dem folgend *A. Miechielsen*, Hochschulorganisation und Wissenschaftsrecht, *Diss. München*, 2013, S. 21 ff.
- 7 FAZ- Forschung und Lehre v. 31.8.2016 S. 4, wiedergegeben in: *Jahrbuch des Hochschulverbandes* 2016.

ist jedoch von Nostalgien und historischen Fehldeutungen beeinflusst. Es vernachlässigt Systembrüche, die sich im Zuge der Verfassungsgeschichte des jeweiligen Trägerlandes auch auf die Hochschulverfassungen niedergeschlagen haben.<sup>8</sup>

Als Leitbild der Gelehrtenrepublik wird neben dem Bezug auf die mittelalterlichen und postreformatorischen Universitätsverfassungen oft auf die Gründung der Berliner Universität auf der Grundlage der Denkschrift von *W. von Humboldt* „Über die innere und äußere Organisation der höheren wissenschaftlichen Anstalten in Berlin“ hingewiesen.<sup>9</sup>

Diese Denkschrift enthält nicht nur eine wissenschaftstheoretische Begründung für die Notwendigkeit der Staatsferne und akademischen Freiheit, sondern auch Vorschläge für eine wissenschaftsadäquate Binnenorganisation und das Zusammenwirken von Staat und Hochschule, z. B. bei Berufungen.

Diese Prinzipien der neuen Universität konnten aber weder an der Berliner Universität noch an anderen Standorten verwirklicht werden. Humboldt'sches Ideal und die Realität der Universität waren nie deckungsgleich. Bereits im Gründungsjahr 1810 verlor Humboldt seinen Einfluss und später den Posten als zuständiger Leiter der Unterrichtssektion. Sein Nachfolger v. Schuckmann nahm nicht nur die zur Sicherung der wirtschaftlichen Unabhängigkeit notwendige Dotation der Domänen zurück, sondern fragte beim preußischen König nach, ob es ratsam sei, „die Hochschule nicht nur in ihrem freien wissenschaftlichen Streben und Wirken sondern auch ihrer Subsistenz auf Dauer vom Oberhaupt des Staates unabhängig zu machen und sie von dieser Seite gegen das Bestehen der jetzigen Verfassung des Königs und seiner Dynastie in den Zustand der Gleichgültigkeit zu versetzen.“

Die Statuten der Universität Berlin von 1816 nehmen zwar in Teilen auf die Humboldt'sche Denkschrift - vor allem auf den Grundsatz der Einheit von Forschung und Lehre und Bildung durch Wissenschaft - Bezug. Sie enthalten jedoch keine Gewährleistung der institutionellen und individuellen Wissenschaftsfreiheit durch den Staat, aber Kernelemente der Selbstverwaltung.

Vielmehr setzen sie die bereits im ALR verankerte Doppelnatur der Universität als staatliche Einrichtung und Körperschaft fort.<sup>10</sup> Formell wird der Senat als das Leitungsorgan der Universität bezeichnet, dem der vom Senat gewählte Rektor präsidiert. Für den Senat wurde bereits eine Repräsentationsverfassung eingeführt, in dem die Professoren durch von ihr gewählte Vertreter repräsentiert, die anderen Mitgliedergruppen aber nicht vertreten waren.

Das eigentliche Machtzentrum war der Kurator als weisungsabhängiger Vertreter des Ministers, dem die gesamte Verwaltung der Universität unterstellt war.<sup>11</sup>

Dieses sog. Kurator-Modell, gekennzeichnet durch eine Trennung der akademischen Aufgaben im Kernbereich von Forschung und Lehre und der sog. staatlichen Angelegenheiten, war stilbildend für die Hochschulverfassung der preußischen Universitäten und fand nach Ende des 2. Weltkriegs zunächst auch noch Eingang in die Hochschulverfassung der preußischen Nachfolgestaaten wie Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen.

Auch die süddeutsche Kanzler-Verfassung ging von einer Trennung der akademischen und staatlichen Angelegenheiten aus. Im Gegensatz zur Kurator-Verfassung wurden die Kanzler vom jeweiligen Herrscher des Trägerlandes aus dem Kreise der Professoren der Universität ernannt.

Eine Erklärung des Zusammenhangs zwischen der bestehenden Leitungsorganisation und dem zweifellos hohen wissenschaftlichen Ansehen deutscher Universitäten vor dem Nationalsozialismus ist angesichts des Zusammenspiels von akademischer Selbstverwaltung und staatlichem Einfluss nahezu unmöglich. Im Wesentlichen wird der Erfolg von Universitäten im Rückblick dem Wirken weitsichtiger Persönlichkeiten in den zuständigen Kultusverwaltungen und Kuratoren zugeschrieben, für die Namen wie Altenstein, Althoff und Becker stehen.<sup>12</sup>

Mit der akademischen Selbstverwaltung durch die Professoren sind die bereits von *W. v. Humboldt* beklagten Schwächen verbunden:

„Gelehrte zu dirigieren ist nicht viel besser als eine Kommödiantengruppe unter sich zu haben ... Mit wie-

8 Exemplarisch sei auf die Eingriffe nach den Karlsbader Beschlüssen durch Einsetzung von Staatskommissaren verwiesen, s.: „Provisorischer Bundesbeschluss über die in Ansehung der Universitäten zu ergreifenden Maßregeln“ vom 20. September 1819, § 1; vgl. auch *G. Roellecke*, *Geschichte des Hochschulwesens* in: *Handbuch des Wissenschaftsrechts*, 2. Aufl. 1996, S. 3, 25 ff.

9 *W. v. Humboldt*, Antrag auf Errichtung der Universität Berlin, Juli 1809 und Denkschrift über die innere und äußere Organisation der höheren wissenschaftlichen Anstalten in Berlin, u.a. abgedruckt in: *Gelegentliche Gedanken über Universitäten*, Schriften von J.J. Engel, J.B. Erhard, F.A. Wolf, J.G. Fichte, F.D.E. Schleier-

macher, K. F. v. Savigny, W. v. Humboldt, G.F.W. Hegel, Leipzig 1990 (Reclam).

10 Vgl. dazu *Wolfgang Kahl*, *Hochschule und Staat*, 2004, § 4, S. 11 ff.

11 Zur Geschichte des Kuratoren- und Kanzleramtes vgl. auch BVerfGE 149, 1 ff., Rn. 57 ff.

12 Vgl. z. B. *Th. Oppermann*, Fn. 6 S.3 ff.; ders., *Selbstverwaltung und staatliche Verwaltung in Flämig et al.* (Hrsg.), *Handbuch des Wissenschaftsrechts*, 2. Aufl. 1996, § 37, S. 1009 ff., 1016; *Th. Nipperdey*, *Preußen und die Universität* in: *Nachdenken über die deutsche Geschichte*, 1986, S. 140 ff., 147.

viel Schwierigkeiten ich ... zu kämpfen habe, wie mich die Gelehrten, die unbändigste und am schwersten zu befriedigende Menschenklasse mit ihren ewig sich durchkreuzenden Interessen, ihrer Eifersucht, ihrem Neid ... ihren einseitigen Absichten umlagern, wo jeder meint, dass nur sein Fall Unterstützung und Förderung verdient, ... davon hast du keinen Begriff“. Das schrieb 1810 Wilhelm von Humboldt an seine Frau Caroline.<sup>13</sup>

Der Dualismus zwischen dem auf Repräsentationsaufgaben beschränkten Rektor und dem Kurator/Kanzler als Repräsentanten des Staates bestand bis zur Gleichschaltung der Universitäten im Nationalsozialismus. Als Leitungsmodell hat der Nationalsozialismus Führer und Gefolgschaft propagiert. Die Freiheit von Forschung und Lehre wurde ebenso wie die akademische Selbstverwaltung, unter dem stetig wachsenden Einfluss von NS-Studentenbund, SD und schwarzem Korps zunächst auf Länderebene, nach Gleichschaltung der Länder durch die Richtlinien des Reichs- und Preußischen Ministers für Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung vom 3. April 1935 außer Kraft gesetzt.<sup>14</sup>

## 2. Hochschulorganisation und Hochschulleitung in der Gruppenuniversität

In der Nachkriegszeit wurden zunächst durch die Militärverwaltungen, nach Bildung der neuen Bundesländer auf der Grundlage ihrer grundrechtlichen und institutionellen Garantien der Wissenschaftsfreiheit in den Landesverfassungen<sup>15</sup> die vor der NS-Zeit geltenden, in Satzungsform gefassten Statuten der Universitäten wiederhergestellt. Eine intensive wissenschaftspolitische und auch rechtswissenschaftlichen Diskussion über den künftigen Rechtsstatus der Universitäten bzw. Hochschulen in den 50-er Jahren kam über Konzeptentwürfe nicht hinaus.<sup>16</sup>

Die überkommene Struktur der Universität und ihrer Fakultäten geriet indes bereits durch die Öffnung der Hochschulen, in jedem Fall unter einen unerwarteten Druck, als die Studentenrevolte nicht nur bei den älteren Ordinarien das Trauma der NS-Zeit wachrief, sondern

auch den Gesetzgeber auf den Plan rief, die alsbald so genannte „Gruppenuniversität“ zu installieren.

Gruppenuniversität umschreibt die im Zuge der Studentenunruhe Ende der 60-er Jahre durch Ländergesetze eingeführte, bis zur sog. Drittelparität reichende Gruppenrepräsentation der Mitgliedergruppen in den Kollegialorganen der Universitäten, wissenschaftlichen Hochschulen und neu entstandenen Fachhochschulen.

Im Urteil zum niedersächsischen Vorschaltgesetz erklärte das Bundesverfassungsgericht zwar die Gruppenuniversität für verfassungskonform, setzte aber im Bereich wissenschaftsrelevanter Entscheidungen dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers Grenzen.<sup>17</sup> Dies betrifft vor allem die Mitwirkung und den Einfluss der nicht zur Professorenschaft gehörenden Hochschulmitglieder in den Entscheidungsgremien der Hochschulen bei Entscheidungen im Kernbereich von Lehre und Forschung

Mit dem Hochschulrahmengesetz von 1976 wurden die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Grundsätze im Verbund mit engen Vorgaben für die Gestaltung der Leitungsstrukturen, der Personalstruktur, des Studien- Prüfungs- und Zulassungsrechts durch die Landeshochschulgesetze umgesetzt. Der Rechtsstatus der Hochschulen als Körperschaft des öffentlichen Rechts und zugleich staatliche Einrichtungen wurde beibehalten. Neu war die Einführung der sog. **Einheitsverwaltung** akademischer und staatlicher Angelegenheiten durch die zuständigen Hochschulgremien unter der Rechtsaufsicht des Ministeriums im Bereich akademischer Angelegenheiten und einer bis in Einzelfallentscheidungen gehenden Fachaufsicht in den sog. staatlichen Angelegenheiten, die neben der Wirtschafts- und Personalverwaltung auch Fragen der Organisation, Planung und Hochschulzulassung umfasst.

Die aus der Hochschultradition überkommene Leitungsstruktur mit dem Senat als allzuständigem Entscheidungsorgan und der auf die Außenvertretung, die Vorbereitung und den Vollzug von Entscheidungen des Senats beschränkte Hochschulleitung, wurde beibehal-

13 Zitiert von *H. Schelsky*, *Einsamkeit und Freiheit- Idee und Gestalt der deutschen Universität und ihrer Reformen*, rororo Taschenbuchausgabe, S. 155.

14 RMinAmtsbl. 1935, S.142

15 Württemberg- Hohenzollern 1947, Art. 10; Württemberg-Baden 1946, Art. 12; Baden 1947, Art. 12; Baden-Württemberg 1953, Art. 20, 85; Bayern 1946, Art. 108, 138; Berlin 1950, Art. 21; Bremen 1947, Art. 11; Hamburg 1952, Art. 1, 5 GG; Hessen 1946, Art. 60; Niedersachsen 1951, Art. 5; Nordrhein-Westfalen 1950, Art. 16; Rheinland-Pfalz 1947, Art. 39; Saarland 1947, Art. 33; Schleswig-Holstein 1949, Art. 3, 5 GG.

16 Exemplarisch für die ideengeschichtliche Diskussion *Karl Jaspers*: *Die Idee der Universität*, Berlin 1946; Zur Ideengeschichte vgl.

auch *H. Schelsky*, *Einsamkeit und Freiheit, Idee und Gestalt der deutschen Universität und ihrer Reformen*, Hamburg 1963, zu den Reformbestrebungen seit 1945, S. 244; für die wissenschaftspolitische Diskussion Wissenschaftsrat (1967): *Empfehlungen zum Ausbau der wissenschaftlichen Hochschulen bis 1970*; Wissenschaftsrat (1968): *Empfehlungen des Wissenschaftsrates zur Struktur und Verwaltungsorganisation der Universitäten*; zur rechtswissenschaftlichen Diskussion *A. Köttgen*, *Freiheit der Wissenschaft und Selbstverwaltung der Universität* in: *Neumann, Nipperdey, Scheuner*, *Die Grundrechte*, 2. Bd. 1954, S. 291 ff.; *H. J. Wolff*, *Die Rechtsgestalt der Universität*, 1956.

17 BVerfGE 35, 72 ff.



ten. Gleiches gilt für die dezentrale Organisation der Fakultäten mit dem Fakultätsrat als allzuständigem Organ und einem mit der Außenvertretung und Leitung des Fakultätsrats betrauten Dekansamt im Nebenamt.

Allerdings haben nach dem Inkrafttreten eine Reihe von Hochschulen von der Option einer monokratischen Präsidialverfassung mit längeren Amtszeiten der Stelleninhaber und der Möglichkeit der Besetzung durch nicht zur Professorenenschaft gehörende Bewerber Gebrauch gemacht.

Im Gegensatz zu den Erwartungen des Gesetzgebers, einen Interessenausgleich zwischen den Statusgruppen herzustellen, führte das nach den Vorgaben des HRG gestaltete Hochschulorganisationsrecht vielerorts zu einer Lähmung von Entscheidungsprozessen. Dies hat zugleich den Staatseinfluss auf die Hochschulen massiv verstärkt.

Die Entscheidungsfähigkeit der Hochschulen war in dieser Zeit im Wesentlichen davon abhängig, dass die Hochschulleitungen auch ohne ausdrückliches rechtliches Mandat anstelle der formal allzuständigen Selbstverwaltungsorgane die strategische Führung in der Hochschule übernommen und dafür ihre personelle Legitimation aus den Wahlen durch die Selbstverwaltungsgremien in Anspruch genommen haben.

Dies war nur möglich, wenn und soweit die Grundordnungen längere Amtszeiten für das Amt der Rektoren oder die Präsidialverfassung eingeführt haben. War dies nicht der Fall, wuchs an vielen Standorten den Kanzlern aufgrund ihrer Lebenszeitstellung oder ihrer langen Amtszeiten als Wahlbeamte ein erheblicher Einfluss zu.

Begleitet von einer zunehmenden Regulierung des Hochschulwesens wuchs damit zugleich der Einfluss der Hochschulverwaltung, auf die sich die Hochschulleitung neuen Typs als Machtinstrument statt oder neben den Selbstverwaltungsorganen stützte.

Die damit verbundenen Bürokratisierungsprozesse wurden in gewisser Überspitzung als „Mutation der Hochschule von einer Selbstverwaltungskörperschaft zur Behörde“ umschrieben.

Trotz der zutage getretenen Mängel blieben die Grundelemente der durch das HRG vorgegebenen Hochschulorganisation nahezu 25 Jahre erhalten. Nach der Wiedervereinigung waren die **neuen Bundesländer**

zunächst gezwungen, ihre durch das DDR-Recht beseitigten, nach der Wende durch eine vorläufige Hochschulrechtsverordnung<sup>18</sup> wiederhergestellten Hochschulverfassungen nach der Blaupause der HRG-Vorgaben zu gestalten.<sup>19</sup> Den Gesetzgebungen der 90-er Jahre folgten nach dem Erlass des 4. HRG- Änderungsgesetzes im zeitlichen Gleichlauf mit den Novellen der alten Bundesländer weitere Änderungsgesetze.

### 3. Neuausrichtung des Leitbilds nach dem 4. HRG- Änderungsgesetz 1998 - Das Konzept der unternehmerischen Hochschule

Mit der Aufhebung der Rahmenvorgaben der §§ 60 ff. HRG für die Binnenorganisation der Hochschulen und die Öffnung für alternative Rechtsformen in der Regelung des § 58 HRG zum Rechtsstatus der Hochschulen war der Weg für die danach einsetzende, meist mit dem Leitbild der „unternehmerischen Hochschule“ bezeichnete Reform der Landeshochschulgesetze geöffnet. Erweiterte Rahmenbedingungen für die Landesgesetzgeber brachte die Aufhebung der Rahmenkompetenz im Zuge der Föderalismusreform im Jahr 2008.

Einfluss- und folgenreich für die neuere Hochschulrechtsentwicklung war das vom CHE als Anführer der Reformbewegung entwickelte Leitbild der Hochschule als Dienstleistungsunternehmen oder unternehmerischen Hochschule.<sup>20</sup>

Gefordert wird darin zum einen eine umfassende Neugestaltung des Verhältnisses von Staat und Hochschule, zum anderen eine Neuordnung der Leitungsorganisation. Der Zuwachs an externer Autonomie soll mit einer Stärkung der Leitungsorgane zu Lasten der kollegialen Selbstverwaltungsorgane verbunden, der Machtzuwachs der Hochschulleitung durch ein ausschließlich oder überwiegend mit Externen besetzten internes Aufsichtsorgan (Hochschulrat, Kuratorium) unter Kontrolle gestellt werden.

Bis hin zur Bezeichnung der Leitungsorgane als Vorstand und Aufsichtsrat steht dafür die Führungsorganisation von Unternehmen als Vorbild.

Dieses Konzept verwirklicht wesentliche Elemente des New Public Management - dem Grundsatz der Dezentralisierung und Stärkung der Eigenverantwortlichkeit der öffentlichen Verwaltung. Es korrespondiert zugleich in weiten Teilen dem Anglo-

18 V. 18. September 1990, GBl. DDR 1990, 1585

19 Einigungsvertrag v. 31.8.1990, BGBl. II, 859, Kap. XVI

20 Vgl. dazu D. 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; Wissenschaftsrat, Perspektiven des Wissenschaftssystems, Empfehlungen 2013, Drs. 3228/13; aus rechtswissen-

schaftlicher Sicht kritisch die Habilitationsschriften von Wolfgang Kahl, Hochschule und Staat, 2004, § 11 und 12 sowie K.F. Gärditz, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung 2010, insbesondere § 1 II. S. 23 ff., § 3, S. 94 ff., § 4, S. 274 ff. aus wissenschaftshistorischer und wissenschaftstheoretischer kritisch J. Mittelstraß, Die Universität zwischen Weisheit und Management, FAZ- Forschung und Lehre vom 31. August S.4.

amerikanischen Modell der Hochschulverfassung. Dieses wurzelt, anders als das deutsche Universitätssystem und das der Universitäten Oxford und Cambridge, nicht im Körperschaftsgedanken, sondern in der Stiftungsorganisation (Trust bzw. Non Profit Corporation) als Verfassung der ursprünglich kirchlichen oder gesellschaftlichen Träger der Hochschulen. Eine mitgliedschaftliche Repräsentation durch die Hochschulangehörigen ist dieser Organisationsstruktur weitgehend fremd.

Weiteres Hauptziel der neuen Organisationsverfassung war es, das als System staatlicher Einzelsteuerung beschriebene und kritisierte Verhältnis von Staat und Hochschule zugunsten einer Stärkung der Entscheidungsautonomie der Hochschulen zu verändern.

Die Reform der Leitungsorganisation steht damit in einem engen Zusammenhang mit der Stärkung der Entscheidungsautonomie der Hochschule nach außen und innen (sog. externe und interne Governance).

Die Stärkung der Entscheidungsautonomie nach außen betrifft den Rechtsstatus der Hochschulen gegenüber ihrem staatlichen Träger. Ansätze für die Entstaatlichung sind die Aufhebung ihres Doppelstatus als rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts und zugleich staatliche Einrichtung, die neben der Rechtsaufsicht über die Wahrnehmung der Selbstverwaltungsangelegenheiten die Fachaufsicht über die Wahrnehmung staatlicher Angelegenheiten auch das Einfallstor für unmittelbare Zuständigkeiten im Bereich des Personalwesens, der Finanzwirtschaft, der Liegenschaftsverwaltung umfasst.

Mit der Beschränkung auf den Rechtsstatus der Körperschaft wird die Forderung nach weitreichender Organisations- und Satzungsautonomie bei der Gestaltung von Studiengängen, Personalhoheit, Finanzautonomie und Bauherrenschaft verbunden.

Die bisherigen Aufsichtsrechte, vor allem die auf die Finanzwirtschaft bezogenen, sollen durch Ziel- und Leistungsvereinbarungen, Zustimmungs- und Aufsichtsrechte im Bereich der Prüfungs- und Studienordnungen sowie durch Maßnahmen der Qualitätssicherung bei Einrichtung von Studiengängen durch eine externe Akkreditierung, bei der Durchführung von Studiengängen durch eine fortlaufende Evaluation abgelöst werden.

Leitvorstellung für die Neuausrichtung der Binnenorganisation (sog. interne Governance) ist eine Verlagerung der bisher bei den Senaten liegenden All- und Aufgangzuständigkeit für grundsätzliche Entscheidungen über die Entwicklung der Hochschule auf die Hochschulleitung. Damit verbunden ist die Reduzierung der Zuständigkeiten der Kollegialorgane auf Satzungsfragen, auf die Mitwirkung bei Wahlentscheidungen sowie auf die Stellungnahme oder Zustimmung zu wichtigen von der Hochschulleitung vorbereiteten strategischen Entscheidungen. Soweit die Hochschulgesetze einen Aufsichtsrat oder ein Kuratorium vorsehen, wird die Aufsichts- und Zustimmungsfunktion bei Entscheidungen vorrangig finanzwirtschaftlicher oder organisatorischer Art vom Senat auf dieses Organ übertragen. Im Mittelpunkt der Neuordnung der Leitungsorganisation stehen somit die **Neudefinition der Leitung**, ihre Abgrenzung zu den Kompetenzen der weiteren zentralen Hochschulorgane und die Zuordnung der Leitungskompetenz zu einem kollegialen oder monokratischen Leitungsorgan.

### III. Entwicklungslinien der Hochschulgesetzgebung seit 2000

In rascher Abfolge wurden in den Bundesländern Bausteine dieses Konzeptes mit unterschiedlichen Akzentsetzungen umgesetzt.

Exemplarisch dafür steht die Novelle des Bayerischen Hochschulgesetzes 2006:<sup>21</sup>

„Um den Hochschulen eine klarere Profilierung und zukunftsfähige Entwicklungen zu ermöglichen, sind Änderungen im gesamten Gefüge der staatlichen Steuerung, der Verteilung der Kompetenzen zwischen Staat und Hochschulen und der staatlichen Aufsicht notwendig. Mit der Stärkung der Autonomie und Erweiterung der Kompetenzen der Hochschulen ist eine erhöhte Selbstverantwortung der Hochschulen für Profilbildung und Qualitätssicherung verbunden.

Bei der Neugestaltung des Verhältnisses von Staat und Hochschulen ist die sich aus Art. 138 Abs. 1 Satz 1 der Bayerischen Verfassung ergebende Verantwortung des Staates für die Hochschulen als landesspezifische Verfassungsnorm für die Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Staat und Hochschulen zu beachten.

Zentrales Steuerungsinstrument bei gleichzeitiger Zurücknahme der staatlichen Detailsteuerung ist künf-

21 LT-Drucksache 15/4396 v. 6.12.2005.



tig der Abschluss von Zielvereinbarungen zwischen Staat und Hochschulen. Mit der Delegation weitgehender Zuständigkeiten auf die Hochschulen wird konsequent der 1998 begonnene Weg fortgesetzt und die Eigenverantwortung der Hochschulen, denen neue Handlungsfreiräume eröffnet werden, gestärkt.

Im Rahmen der Neuordnung der Hochschulorganisationsstruktur werden den Hochschulen hochschulspezifische Gestaltungsspielräume eingeräumt; Entscheidungen über die hochschulinterne Organisation werden weitestgehend vom Staat auf die Hochschulen übertragen.“

#### 1. Auswirkungen auf den Katalog der Hochschulaufgaben

Im Verlauf der Hochschulrechtsnovellen ist der Katalog der Aufgaben der Hochschulen rasant gewachsen, ein Ende ist noch nicht abzusehen.<sup>22</sup> Neben der **Primäraufgabe** der Pflege und Entwicklung der Wissenschaften und Künste durch Forschung, Lehre und Weiterbildung in einem freiheitlichen und demokratischen Rechtsstaat, ist ein Katalog von im Einzelfall mehr als zehn Ziffern und weiteren Absätzen die Primäraufgaben konkretisierender und ergänzender **Annexaufgaben** und weiterer **Sekundäraufgaben** getreten, die durch Verordnungsermächtigung noch erweitert werden können. Jüngste Änderungen betreffen die Pflicht zur Nachhaltigkeit und zur Wahrung des Tierschutzes.

Die gesetzlichen Annexaufgaben und die Sekundäraufgaben stehen zwar unter dem Vorbehalt der Verträglichkeit mit den Primäraufgaben und dem Verbot der Überforderung.

In der Hochschulpraxis sind diese Beschränkungen aber im Regelfall wirkungslos, weil die Übertragung der Aufgaben nicht mit dem Gebot entsprechender Finanzausstattung verbunden wird.

In den hochschulartenübergreifenden Hochschulgesetzen wäre es Aufgabe des Gesetzgebers, das jeweilige Aufgabenprofil der Hochschularten zu definieren. Im Gegensatz dazu ist bei der Formulierung der Aufgaben und Bezeichnung der Hochschulgattungen ein Annäherungsprozess zu beobachten, der zu einer Verwischung der Profile im Wissenschaftssystem führt. Dies gilt für die bisherigen wissenschaftlichen und künstlerischen

Hochschulen, insbesondere aber für deren Verhältnis zu den bisherigen Fachhochschulen, die mit der Erweiterung ihrer Aufgaben im Bereich angewandter Forschung inzwischen die Bezeichnung „Hochschulen für Angewandte Wissenschaften“, in englischer Terminologie die Bezeichnung „University of Applied Science“ erlangt haben. Spiegelbildlich wird die Annäherung zwischen den Hochschulen für Angewandte Wissenschaften und den Dualen Hochschulen vollzogen. Die Annäherung der Hochschulprofile setzt sich in den Bildungszielen und der Gleichwertigkeit der Abschlüsse fort. Diese Entwicklung hat das Bundesverfassungsgericht zu der konsequenten Schlussfolgerung veranlasst, zunächst den Fachschulen und deren Hochschullehrern, 2020 dann auch den Dualen Hochschulen den Schutz des Art. 5 Abs.3 GG zuzuerkennen.<sup>23</sup>

#### 2. Auswirkungen auf den Rechtsstatus der Hochschulen<sup>24</sup>

Die einleitend zitierten oder ähnlich formulierten Zielsetzungen der Organisationsreform in den Landeshochschulgesetzen wurden allerdings nur teilweise und halbherzig eingelöst:

a) In einigen Bundesländern wurde der Doppelstatus der Hochschulen als **rechtsfähige Körperschaft und staatliche Einrichtung** aufgehoben. Am weitesten ging Nordrhein-Westfalen im sog. Hochschulfreiheitsgesetz, das den Status der rechtsfähigen Körperschaft öffentlichen Rechts mit der Aufhebung der Fachaufsicht und der Übertragung der bislang beim Staat liegenden Finanz-, Personal- und Organisationsverantwortung verband.<sup>25</sup> Demgegenüber hielt das Bayerische Hochschulgesetz von 2006 in Art. 11 am bisherigen Doppelstatus der Hochschulen fest und zog in Art. 12 eine scharfe Abgrenzung zwischen Körperschaftsangelegenheiten und staatlichen Angelegenheiten. Der in Abs. 3 aufgeführte Katalog entspricht den überkommenen Definitionen und wird nur bei nicht expliziten Entscheidungsgegenständen durch eine Vermutung zugunsten ihrer Zugehörigkeit zur körperschaftlichen Selbstverwaltung bestimmt.<sup>26</sup> Auch die Freiheit der Gestaltung der Aufbauorganisation der zentralen und dezentralen Ebene wurde nur geringfügig erweitert. Die Gestaltung der Grundordnung (Organisationssatzung) der Hochschule

22 BW § 2; BE § 4; BY Art. 2; BB § 3; BR § 4; HH § 3; HE § 3; MVP § 3; NI § 3; NRW § 3; RPF § 2; Saar § 2; SA § 5; SN § 3; SH § 3; TH § 5.

23 BVerfG Beschluss v. 13.4. 2010, BVerfGE 126, 1ff. Rn.45 ff.; Kammerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts v. 5.2. 2020- Duale Hochschule, - 1 BvR 1586/14 -, Rn. 1-37.

24 Vgl. die Hochschulgesetze: BW, § 8, BY Art.3, BB § 4, BR §§ 7, 7a, HH § 2, HE § 1, MVP § 5, NI § 3, RPF § 6, Saar § 2, SA §§ 54-56,

SN § 2, 6, SH § 4, TH §7.

25 §§ 2, 76 HG NRW, der Abschaffung des Doppelstatus folgend § 2 HmbHG, § 2 SächsHG; § 54 HG-LSA; § 2 HGSH

26 Art. 12 BayHG: (1) Die Hochschulen nehmen eigene Angelegenheiten als Körperschaften (Körperschaftsangelegenheiten), staatliche Angelegenheiten als staatliche Einrichtungen wahr. (2) Körperschaftsangelegenheiten sind alle Angelegenheiten der Hochschule, soweit nichts anderes bestimmt ist.

ist an die Vorgaben des Gesetzes gebunden und unterliegt staatlicher Zustimmung.

Auch in der grundlegenden Baden-Württembergischen LHG-Novelle von 2005 wird die Zielvorstellung der Stärkung der Hochschulautonomie nur zum Teil eingelöst. Sie hielt am Doppelstatus der Hochschulen als rechtsfähige Körperschaft und staatliche Einrichtung fest. Organisationsautonomie wurde mit gesetzlichen Regelbeispielen nur für wissenschaftliche Einrichtungen und Dienstleistungseinrichtungen auf zentraler und dezentraler Ebene der Hochschulen eingeräumt. Statt einer Deregulierung ist das Gesetz den Weg einer Delegation von Zuständigkeiten auf die Hochschulleitung bei der Genehmigung von Satzungen, insbesondere Prüfungsordnungen, in Berufungsangelegenheiten und Ernennungszuständigkeiten gegangen.

Diese Feststellungen lassen sich auch auf Gesetze anderer Bundesländer übertragen, für die die genannten Hochschulgesetze als Modell gedient haben.

b) Einen Sonderweg ist das Niedersächsische Hochschulgesetz von 2002 gegangen, das neben dem Modell der Hochschule in staatlicher Trägerschaft im 4. Kapitel die Option der Rechtsform der rechtsfähigen Stiftung des öffentlichen Rechts geschaffen hat. Um dem verfassungsrechtlichen Gebot der Selbstverwaltung Rechnung zu tragen, werden die bisherigen staatlichen Angelegenheiten und Aufsichtsbefugnisse auf die Stiftung und deren Organe übertragen. Die Selbstverwaltungsangelegenheiten obliegen der unter dem Dach der Stiftung mitgliederschaflich eingerichteten Hochschule als nicht rechtsfähiger Körperschaft, deren Organe auf der Leitungsebene mit denen der Stiftung in Personalunion verbunden sind.

Dieses Modell wurde auch in Hochschulgesetzen in Brandenburg<sup>27</sup> und Hessen<sup>28</sup> übernommen.

Im Stiftungs-Modell wird zwar der über die Aufsicht ausgeübte unmittelbare Staatseinfluss durch Beteiligung von Vertretern des Ministeriums im Stiftungsrat mediatisiert, er bleibt aber aufgrund der Abhängigkeit von

staatlicher Dotierung vorhanden. Ein endgültiges Urteil darüber, ob damit ein Autonomiegewinn erzielt wird, steht noch aus.

c) Der im neuen Steuerungsmodell geforderte Autonomiegewinn betrifft vor allem die **Finanzwirtschaft**. In finanzwirtschaftlicher Hinsicht wurden den Hochschulen zwar durch die Haushaltsglobalisierung größere Gestaltungsspielräume eingeräumt.<sup>29</sup> Der Preis dafür sind aber detaillierte Vorgaben für die Einführung von Kosten- und Leistungsrechnungen und für ein Berichtssystem.<sup>30</sup>

In personalrechtlicher Hinsicht haben nur wenige Hochschulgesetze den Hochschulen die volle Dienstherreneigenschaft bzw. Arbeitgeberstellung eingeräumt.<sup>31</sup> Stattdessen werden Entscheidungsbefugnisse des Ministeriums bei Berufungen und die Entscheidung über dem Dienstherren obliegende Statusfragen auf die Leitung der Hochschule delegiert.<sup>32</sup>

Gleiches gilt für die **Genehmigung von Satzungen**, Einrichtung von Studiengängen und Erlass von Prüfungsordnungen.<sup>33</sup> Bei diesen wird die Genehmigung des Ministeriums durch externe Akkreditierungsverfahren mit eng gefassten Kriterienkatalogen ersetzt.

Mit dem Instrument der **Zielvereinbarung** bzw. **Hochschulvertrag**<sup>34</sup> wird ein **ergebnisorientiertes Steuerungssystem** eingeführt, das nicht nur die Finanzwirtschaft, sondern die Struktur- und Entwicklungsplanung der Hochschulen in ihrem gesamten Aufgabenbereich umfasst und die Finanzzuweisungen mit den in der Vereinbarung enthaltenen Zielvorgaben verknüpft. Nur in wenigen Hochschulgesetzen sind autonomiefreundliche Verfahrensgarantien für das Zustandekommen dieser Zielvereinbarungen im Sinne eines Initiativrechtes der Hochschule enthalten.

Die Einführung von Zielvereinbarungen hat jedoch keineswegs zu einer synchronen Reduktion der staatlichen Fachaufsicht geführt.<sup>35</sup> Vielmehr bleibt das Verhältnis von Zielvereinbarungen und Einzelaufsicht offen.

27 Gesetz über die Stiftung Europa Universität Viadrina v. 14.12.2007, GVBl. I Nr. 16, 206.

28 §§ 81 ff. HHG

29 Vgl. z.B. § 13 Abs. 3 LHG BW; § 6 HmbHG; § 11 Abs. 4 SächsHG.

30 § 13 Abs. 3, 8, 9 LHG BW; §§ 10 Abs. 4, 11 Abs. 2, 4, 5 SächsHG.

31 Z.B. §§ 33, 34 HG NRW. In Sachsen für die TU Dresden § 104 SächsHG.

32 Z.B. § 11 Abs. 5 LHG BW; § 78 Abs. 2 SächsHG.

33 Vgl. Art. 13 Abs. 2 BayHG; §§ 34 Abs. 1 LHG BW (PrüfungsO), 38 Abs. 5 LHG BW (PromotionsO), 39 Abs. 5 LHGBW (HabilitationO); § 2 Abs. 4 HG NRW; § 13 Abs. 3 SHG 2008; § 13 Abs. 3 und 4 SächsHG.

34 Z.B. Art. 15 BayHG; § 13 Abs. 2 LHG BW; §§ 2, 6 HmbHG;

§ 88 Abs. 2 Hess HG; § 6 HG NRW; § 11 SHG; § 57 HSG LSA;

§ 99 Abs. 2 SHG; §§ 10 Abs. 2, 11 Abs. 7 SächsHG 2008. Zum Instrument der Zielvereinbarungen vgl. G. Sandberger, Finanzierung

staatlicher Hochschulen über Ziel- und Leistungsvereinbarungen,

in: Fehling/Kämmerer/Schmidt (Hrsg.), Hochschulen zwischen

Gleichheit und Elitestreben, Schriften der Buccerius Law School,

Bd. I/5 2005, S. 21 ff. m. w. A.

35 Ausnahmen sind NRW: §§ 6 HG, 76 HG NRW. In BW beschränkt

sich die Fachaufsicht bei Bestehen von Zielvereinbarungen auf

deren Einhaltung, § 67 Abs. 2 Nr. 2 LHG BW.

Auch wenn der mit der Hochschulrechtsreform erreichte Autonomiegewinn spürbar ist, wäre es deshalb verfehlt, darin einen Quantensprung zu sehen.

Der Zugewinn an Verantwortung dient im Verbund mit der Neuordnung der Finanzierungsgrundsätze dem Ziel, Wettbewerbsprozesse zwischen Hochschulen zu stärken. Innerhalb der Hochschulen wird er allerdings vielfach als Entlastungsstrategie der Trägerländer gesehen, im Zeichen der Finanzkrise der staatlichen Haushalte notwendige konfliktträchtige Entscheidungen den Hochschulen zu überlassen.<sup>36</sup>

Jedenfalls verlangen die neuen Steuerungssysteme aber von den Hochschulen eine stärkere strategische Ausrichtung ihrer Strukturen und Ressourcen auf Gesamtziele,<sup>37</sup> die in mittelfristig auszurichtenden Struktur- und Entwicklungsplänen, darauf ausgerichteten Zielvereinbarungen mit dem Trägerland und internen Zielvereinbarungen mit den Untergliederungen der Hochschule konkretisiert werden müssen.

Diese Aufgabe kann nach der Konzeption der Reformgesetzgebung nur von Entscheidungsorganen der Hochschulen mit klar definierten Kompetenzen und Verantwortlichkeiten geleistet werden.

### 3. Reform der Leitungsstrukturen

Die Reform der Leitungsorganisation steht damit in einem engen Zusammenhang mit der Stärkung der Entscheidungsautonomie der Hochschule nach außen.<sup>38</sup>

#### 3.1. Grundprinzipien

Leitgedanke der Organisationsreform ist es, die gestärkten Handlungsfreiheiten der Hochschulen mit einer effizienten Entscheidungsorganisation zu verbinden. Bausteine dieses Konzepts sind:

- eine klare Trennung der Aufgaben und Verantwortlichkeiten von Leitungsorganen auf zentraler Ebene und der Ebene der Fakultäten,
- die Verlagerung der Zuständigkeiten für die Ressourcenzuteilung und bisherigen Allzuständigkeit der Kollegialorgane auf die zentralen und dezentralen Leitungsorgane,
- eine klare Trennung von Leitungs- und Aufsichtsverantwortung,

- schließlich die Beschränkung der Kollegialorgane auf die Wahl der Hochschul- bzw. Fakultätsleitung, auf Satzungsangelegenheiten einschließlich der Organisationsatzung und auf die Zustimmung zu Entscheidungsgegenständen von grundsätzlicher strategischer Bedeutung wie dem Abschluss von Zielvereinbarungen oder den Struktur- und Entwicklungsplänen der Hochschule.

Damit werden die bereits eingangs erwähnten Defizite der bisherigen Leitungsorganisation der Hochschule behoben. Bei dieser klafften Recht und Wirklichkeit auseinander. Die Aufgaben der zentralen und dezentralen Leitungsorgane umfassten de jure die Außenvertretung, die Führung der laufenden Geschäfte, personalrechtliche Kompetenzen, die Leitung der Verwaltung, die Leitung der Selbstverwaltungsorgane, die Vorbereitung und Durchführung ihrer Beschlüsse. Die strategischen Kompetenzen oblagen dagegen den Kollegialorganen. De facto fiel aber die eigentliche strategische Funktion, d. h. die Planung und Durchführung des Zielfindungsprozesses schon bisher der zentralen Hochschulleitung zu.

Die Organisationsreform zeichnet damit in der Hochschulwirklichkeit vorweggenommene Strukturen eines Hochschulmanagements nach und beseitigt die in der bisherigen Hochschulgesetzgebung angelegte Kluft von Kompetenz und Verantwortung, die für die allseits kritisierte Intransparenz der Entscheidungsprozesse verantwortlich ist.

#### 3.2. Hochschulleitung<sup>39</sup>

Die rechtliche Umschreibung des Funktionswandels der Hochschulleitung spiegelt sich in der umfassend angelegten Leitungskompetenz wieder.

Neben der operativen wird die strategische Gesamtverantwortung der Hochschulleitung für die Struktur- und Entwicklungsplanung einschließlich der Personalentwicklung und Bauplanung besonders hervorgehoben.

Ebenso wurde die bisher überwiegend bei Kollegialorganen (Senatsausschüssen, Verwaltungsrat) angesiedelte Ressourcenverantwortung auf die Hochschulleitung übertragen. Die Grundsätze der leistungs- und leistungsbezogenen Mittelverteilung wurden mit den

36 So auch P. Lynen in: Hartmer/ Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 3. Aufl. 2017, Kap 3, S. 119, Rn. 47

37 Vgl. dazu auch Monopolkommission, Sondergutachten 30, Wettbewerb als Leitbild für die Hochschulpolitik, 2000, S. 109 ff., Rn. 138 ff.

38 So ausdrücklich die Amtliche Begründung zum UG Baden-Württemberg v. 1.2.2000, LT-Drucksache 12/4404, S. 225.

39 BW §§ 15, 16; BY Art. 19, 20; BE § 52; BB § 64; BR §§ 79, 81; HH §§ 79, 84 ff.; HE § 37; MVP § 82; NI §§ 36, 37; NRW § 18 ff.; SA §§ 68, 70; SN §§ 80, 82; SH §§ 18, 22; TH §§ 28 ff.; dazu Wissenschaftsrat, Hochschulgovernance, S. 65 ff.; K.F. Gärditz, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung 2010, S. 527 ff.

Vorgaben der Struktur- und Entwicklungspläne und den Ergebnissen von Forschungs- und Lehrevaluationen verknüpft.

Wegen des erheblichen Machtzuwachses ist gesetzlicher Regeltypus die kollegiale Hochschulleitung (Rektorat, Präsidium, Vorstand). Ihr gehören neben dem Rektor/Präsidenten, mehrere Prorektoren/Vizepräsidenten und die Kanzlerin/der Kanzler/ die (der) Vizepräsident(in) für Verwaltung an. Dabei werden für die akademischen Mitglieder der Hochschulleitung Geschäftsbereiche zur selbständigen Wahrnehmung durch Organisationsakt festgelegt, während die Aufgabe der Wirtschafts- und Personalverwaltung gesetzlich zum Geschäftsbereich der Kanzlerin/des Kanzlers gehört. Soweit das Gesetz nicht der Rektorin/dem Rektor, der Präsidentin/dem Präsidenten nicht besondere Kompetenzen einräumt, handelt das Rektorat als Kollegialorgan.

Innerhalb der Hochschulleitung kommt dem Rektor/Präsidenten eine heraus gehobene, über den Status des Vorstandsvorsitzenden eines Unternehmens hinausgehende Funktion zu. Diese äußert sich in der Außenvertretung der Hochschule, der Stellung als Dienstvorgesetzter, in Vorschlagsrechten bei der Bestellung der weiteren Mitglieder des Rektorats und der Dekane, Veto-rechten und in der Richtlinienkompetenz.

Die Position des Kanzlers (Vizepräsidenten für Verwaltung) wird dabei tendenziell durch Reduzierung des Aufgabenbereichs in Wirtschafts- und Personalangelegenheiten, befristete und relativ kurze Amtszeiten und das Bestellungsverfahren geschwächt. Dies geht teilweise so weit, dass das Rektorat für die Bestellung und Abberufung des Kanzlers zuständig ist (Bayern, Brandenburg). Ob dies die Funktionsfähigkeit der wahrzunehmenden Aufgaben, vor allem eine effiziente Verwaltungsorganisation stärkt, muss nach allen Erfahrungen bezweifelt werden. Dies hat das Bundesverfassungsgericht aus beamten- und hochschulverfassungsrechtlichen Gründen veranlasst, den Beamtenstatus auf Zeit an die Voraussetzung gleichberechtigter Funktionen und die Wahl und Abwahl durch die Wahlorgane der Hochschule zu knüpfen.<sup>40</sup>

### 3.3. Hochschulrat –Kuratorium<sup>41</sup>

Neben der Transformation der Hochschulleitung nach dem Modell eines Unternehmensvorstands ist die Ein-

führung von Hochschulräten/Kuratorien als Aufsichts- und Wahlorgan für die Hochschulleitung und als Zustimmungsorgan für strategisch bedeutsame Entscheidungen die nachhaltigste Änderung der Hochschulorganisation.

Ursprünglich als Ersatz der externen Aufsicht der Ministerien oder als Plattform des Zusammenwirkens von Staat und Hochschule konzipiert, übt der Hochschulrat neben der weiter bestehenden Rechts- und Fachaufsicht des Landes überwiegend nicht mehr staatliche Aufsichtsaufgaben, sondern Körperschaftsinterne Aufsichts-, Entscheidungs- und Beratungsfunktionen aus. Insoweit ist mit der Einführung des Hochschulrats / der Kuratorien keine Verminderung, sondern eine Vermehrung von Entscheidungsebenen eingetreten.

In einigen Bundesländern, z. B. in Brandenburg, hat der Hochschulrat hochschulübergreifende Beratungs- oder Entscheidungsfunktionen.

Auffallend ist die große Bandbreite der Aufgaben, die der Hochschulrat / das Kuratorium im Entscheidungssystem der Hochschulen wahrnimmt. Die Gesetze sehen dabei ein abgestuftes System von Beratung, Stellungnahmen, Mitwirkung, Zustimmung und Endentscheidungen vor.

Bei der Bestellung der Hochschulleitung erhält der Hochschulrat / das Kuratorium in den meisten Bundesländern ein Mitentscheidungsrecht, die endgültige Entscheidung über den Ernennungsvorschlag liegt beim Staat. Gerade diese Kompetenz wird als Eingriff in die Selbstverwaltung angesehen. Dabei ist aber zu bedenken, dass die Hochschulleitung zugleich staatliche Aufgaben wahrzunehmen hat und deshalb als Konsequenz des Demokratieprinzips (Art. 20 Abs. 2 GG) neben der Legitimation durch die Wahl des Senats/Konzils auch staatlicher Legitimation bedarf (personelle Legitimation)

Endentscheidungen trifft der Hochschulrat/das Kuratorium bei der Feststellung des Jahresabschlusses, bei der Beschlussfassung über die Struktur- und Entwicklungsplanung, über die Grundsätze der Mittelverteilung. In einigen Bundesländern ist er auch bei der Festlegung der Funktionsbeschreibung von Professuren beteiligt.

Eine zentrale Aufgabe des Hochschulrats / des Kuratoriums ist die Aufsicht über die Geschäftsführung des Rektorats und die Verantwortung für die Entwicklung der Gesamtuniversität, insbesondere für Maßnahmen

40 Beschluss des Zweiten Senats vom 24. April 2018- 2 BvL 10/16 - BVerfGE 149, 1 ff., dazu G. Sandberger, Der Funktionswandel des Kanzleramtes an Hochschulen - vom Hochschulorgan zum weisungsgebundenen Verwaltungsleiter?, DÖV 2018, 963 ff.

41 BW § 20; BY Art. 26; BE §§ 64, 65; BB § 77; BR § 80; HH § 84; HE § 42; MVP § 86; NI § 52; NRW § 21; RPF §§ 74, 75; Saar § 20; SA § 74; SN § 86; SH § 19; TH § 34; vgl. dazu Wissenschaftsrat, Hochschulgovernance, S. 80 ff.



der Profilbildung und Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit.

Keine einheitliche Linie verfolgen die Länder bei der Zusammensetzung des Hochschulrats/Kuratoriums. Hochschulräte/Kuratorien mit Beratungsfunktionen sind meist extern besetzt. Bei Hochschulräten mit Entscheidungsfunktionen wird überwiegend eine Beteiligung von Hochschulmitgliedern bei mehrheitlich externer Besetzung vorgesehen. Als Anforderungsprofil an externe Mitglieder werden Erfahrungen im Bereich von Wirtschaft, Gesellschaft und Wissenschaft gefordert.

Eine besondere Konstruktion hat der Hochschulrat in Bayern erfahren. Ihm gehören neben den externen, vom Senat zu wählenden Mitgliedern die Wahlmitglieder des Senats an. Dies erleichtert die Vernetzung der strategischen Entscheidungsverantwortung und vermindert die Legitimationsprobleme.

Die Funktion des Hochschulrats / des Kuratoriums als Hochschulorgan erfordert seine Legitimation durch ein hochschulinternes Bestellungs- und Mitwirkungsverfahren, aber zugleich eine Mitwirkung des Trägerlandes. Soweit eine Einigung nicht erzielt wird, stehen Hochschule und Staat meist paritätische Vorschlagsrechte zu. Im Regelfall und bei Ausgestaltung als Organ der Körperschaft auch verfassungsrechtlich (Selbstverwaltungsgarantie) geboten, bedarf die Bestellung der Bestätigung durch den Senat.

Die Funktion des Hochschulrats/Kuratoriums war und ist in der hochschulpolitischen und hochschulrechtlichen Diskussion umstritten. Im Mittelpunkt stehen die ihm übertragenen Kompetenzen in wissenschaftsrelevanten Angelegenheiten, seine Zusammensetzung mit beherrschendem Einfluss nicht zu den Hochschulangehörigen gehörenden Mitgliedern und die fehlende oder unzureichende personelle Legitimation durch den Senat als zentralem Kollegialorgan.<sup>42</sup> Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat eine Popularklage gegen seine Einrichtung mit der Begründung verworfen, dass der Hochschulrat keine Aufgaben aus dem Kernbereich der akademischen Selbstverwaltung erfüllt.<sup>43</sup> Die umfassende Kritik an den Aufgaben, der Zusammensetzung und Bestellung des Hochschulrats durch den VerFGH von Baden-Württemberg im Urteil vom 16. 11. 2016 hat nur die

Bedeutung von obiter dicta, war aber nicht Entscheidungsgegenstand.<sup>44</sup>

Die Arbeit des Hochschulrats / des Kuratoriums hat sich nach den zwischenzeitlichen Erfahrungen der Hochschulpraxis überwiegend als ein wichtiger Faktor für die Hochschulentwicklung herausgestellt. Die Beteiligung Externer kann zur Erweiterung der Perspektiven, zur Verankerung der Hochschule in ihrem Umfeld und zur Schlichtung schwieriger interner Konflikte beitragen. Voraussetzung für eine erfolgreiche Tätigkeit ist aber, dass die Mitglieder des Hochschulrats bei Entscheidungen mit akademischem Bezug den internen Sachverstand der Hochschule respektieren und Sensitivität für die hochschulinternen Willensbildungsprozesse entwickeln, die die Integration und Überzeugung der Hochschulmitglieder zu gemeinsamen Handlungszielen und ihrer Realisierung in Forschung und Lehre zu gewährleisten haben. Hierbei kann Führungserfahrung aus anderen Organisationen hilfreich, bei undifferenzierter Übertragung von deren Entscheidungsmodellen auf Hochschulen aber auch hinderlich sein.

Die Integration des Hochschulrats in das Entscheidungssystem der Hochschule ist also ein wechselseitiger Lernprozess der Mitglieder des Hochschulrats und der traditionellen Selbstverwaltung, innerhalb dessen Gespür für die jeweiligen Verantwortlichkeiten entwickelt werden muss.

Dies impliziert auch die Entwicklung informeller Kommunikationsstrukturen neben den gesetzlichen Verfahrensregelungen. Wenn diese bei wichtigen Personalentscheidungen und für die Entwicklung der Hochschule bedeutsamen strategischen Entscheidungen nicht eingehalten werden, können - wie Erfahrungen in einzelnen Hochschulen belegen - lähmende Friktionen entstehen.

### 3.4. Senat<sup>45</sup>

Die Stärkung der Hochschulleitung und die Einführung des Hochschulrats/Kuratoriums haben erhebliche Verschiebungen von Zuständigkeiten der zentralen Kollegialorgane zur Folge. Die Zuständigkeit des Senats wurde in den Ländern mit Hochschulräten massiv reduziert. Dies stößt wegen der geringen Verankerung des Hoch-

42 Vgl. dazu aus der Zeit der Einführung *Fittschen*, Wider die Einführung von Hochschulräten *Fittschen*, Wider die Einführung von Hochschulräten, *WissR* (39) 1997, 325 ff.; *Hartmer*, in *Hartmer/Detmer*, Hochschulrecht 2004, S. 200, Rn. 149 ff.; *J. Kersten*, Alle Macht den Hochschulräten?, *DVBl.* 1999, 1704 ff.; umfassende Darstellung des Streitstandes bei *K.F. Gärditz*, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung 2010, S. 545 ff.; *W. Kahl*, Hochschulräte – Demokratieprin-

zip – Selbstverwaltung unter besonderer Berücksichtigung des Aufsichtsratsmodells in Baden-Württemberg, *AöR* 2005, 225 ff.

43 Beschluss v. 7.5.2008, *NVwZ* 2009, 177.

44 *ESVGH* 67, 124, Rn. 203 ff.

45 *BW* § 19; *BY* Art. 25; *BE* §§ 60, 61; *BB* § 64; *BR* § 80; *HH* § 85; *HE* § 36; *MVP* § 81; *NI* § 41; *NRW* § 22; *RPf* §§ 76, 77; *Saar* § 19; *SA* § 67; *SN* § 81; *SH* § 27; *TH* § 35; vgl. dazu *Wissenschaftsrat*, Hochschulgovernance, S. 75 ff.



schulrats in der Selbstverwaltung auch auf verfassungsrechtliche Kritik. In die Zuständigkeit des Senats fallen nunmehr in der Regel neben der Mitwirkung bei der Wahl der Hochschulleitung vor allem Satzungs-, Berufungs- und Organisationsentscheidungen.

### 3.5. Unterbliebene Gestaltung der Ablaufprozesse

Bei den dem Hochschulrat / dem Kuratorium obliegenden strategischen Entscheidungen erhält der Senat im Regelfall das Recht der Stellungnahme, insbesondere bei der Struktur- und Entwicklungsplanung. Da innerhalb der Strukturplanung die Festlegung von Schwerpunkten in Forschung und Lehre, auch die Entscheidung über Prioritäten verlangt wird, die wissenschaftlichen Sachverstand voraussetzt, kommt einem breit angelegten Informationsaustausch und der Herstellung eines Konsenses zwischen beiden Gremien in allen Fragen mit vorrangig akademischem Inhalt ein hoher Rang zu. Den dabei gebotenen Ablaufprozessen wird in den neuen Hochschulgesetzen vielfach keine oder nur untergeordnete Bedeutung beigemessen.<sup>46</sup>

### 3.6 Vertikale Aufbauorganisation<sup>47</sup> – Fakultäten<sup>48</sup>

Die Neuausrichtung der Fakultätsorganisation als der operativen Grundeinheit für Forschung und Lehre ist neben der Neugestaltung der zentralen Ebene das wichtigste Anliegen der Hochschulreform.

Für die fachliche Gliederung gibt es meist - außer vagen Formulierungen wie: „Zusammenfassung gleicher oder verwandter Fachgebiete“ - keine Vorgaben, dafür werden Mindestgrößen wie eine bestimmte Anzahl von Professuren festgelegt.

Deutlich erkennbar ist die Absicht des Gesetzgebers, die Fakultät nachhaltig auf strategische Ziele, Effizienz des Mitteleinsatzes und auf die Qualitätskontrolle auszurichten. Der Zuwachs an Aufgaben wird mit der Stärkung der Leitungsfunktion der Fakultätsleitung verbunden. Die meisten Hochschulgesetze haben sich für eine kollegiale Fakultätsleitung durch den Fakultätsvorstand entschieden.

Um die Einbindung in die Loyalität gegenüber der Hochschulleitung zu erreichen, sieht das Gesetz die doppelte Legitimation der Fakultätsleitung durch ein Vorschlagsrecht des Rektorats/Präsidiums und die Wahl

durch den Fakultätsrat vor. Spiegelbildlich zum Zuwachs der Aufgaben der Fakultätsleitung ist die Reduktion des Fakultätsrats auf Wahl-, Aufsichts- und Entscheidungskompetenzen in grundsätzlichen Angelegenheiten, insbesondere die **Beschlussfassung** über Berufungsvorschläge, Satzungen und Organisationsentscheidungen vorgesehen.

Unterhalb der Fakultätsebene lassen die neuen Hochschulgesetze erhebliche Gestaltungsspielräume zwischen den nach fachlichen Kriterien zugeschnittenen Instituten und neuen Entwicklungen in der Wissenschaft öffnen, häufig interdisziplinären und auf Zeit eingerichteten Zentren.

Dies erlaubt vor allem eine unterschiedlichen Ordnungsprinzipien folgende Organisation des Lehr- und Forschungsangebots.

### 3.7. Studienstruktureform und Qualitätssicherung<sup>49</sup>

Die Einführung gestufter Studiengänge im Rahmen der Bologna-Reform hatte nicht nur eine inhaltliche Neuausrichtung der Studiengänge und Prüfungen mit einem international transferierbaren Leistungspunktesystem zur Folge. Im Zuge der Reform wurde auch das bisherige System von der KMK koordinierter Modellstudiengängen durch weitgehende Übertragungen der Entscheidungen über die Einrichtung und inhaltliche Gestaltung auf die Hochschulen abgelöst. Damit verbunden ist die Einführung von Qualitätssicherungsmaßnahmen wie der Systemakkreditierung, Akkreditierung von Studiengängen nach Maßgabe von vereinheitlichten Vorgaben und Verfahren durch externe Akkreditierungsorgane sowie eine interne Qualitätssicherung in Form laufender Lehrveranstaltungsevaluationen.

In das deutsche Hochschulsystem wurden damit Maßnahmen der Qualitätssicherung übernommen, die im angelsächsischen Hochschulsystem schon seit Jahrzehnten etabliert sind. Obwohl über die Notwendigkeit inzwischen weitgehende Einigkeit besteht, wurden bei der Institutionalisierung die mit ihr verbundenen Eingriffe in die Lehr- und Studierfreiheit, die dafür notwendige gesetzliche Grundlage und verfahrensmäßigen Sicherungen durch hinreichende Teilhabe der Wissenschaft vernachlässigt.<sup>50</sup> Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 17.2.2016 hat zwar der Notwendigkeit

46 Auf diese Problematik weist auch der Wissenschaftsrat in seinen Empfehlungen zur Hochschulgovernance, S. 79 hin.

47 Organisationsgrundsätze enthalten folgende Landesgesetze: BW § 15; BE § 75a; BB § 71; BR § 86; HH § 92; HE § 47; NRW § 36; NI § 36; RPF § 71; Saar § 13; SA § 66; SH § 18; TH §§ 38-40.

48 BW §§ 22-26; BY Art. 27, 28; BE §§ 69-72; BB §§ 71-73; BR 86-90; HH §§ 89-92; HE §§ 43-47; MVP §§ 90-92 a; NI §§ 43-45;

NRW §§ 27-28; RPF §§ 85-88; Saar §§ 26-29; SA §§ 76-79; SN §§ 87-91; SH §§ 28-31; TH §§ 38-41.

49 Vgl. dazu A. Kalous, Studium, Lehre Prüfungen in Haug, Das Hochschulrecht Baden- Württemberg, 3. Aufl. 2020, Kap. 3 A, S. 290 ff. m.w.N.; G. Sandberger, Qualitätssicherung, in Haug, aaO. Kap. 3 E, S. 369 ff. m.w.N.

50 Vgl. dazu die Hinweise bei Sandberger, vorige Fn. Rn. 848.

der Akkreditierung von Studiengängen keine Absage erteilt und die Qualitätssicherung unter der Voraussetzung der Einhaltung wissenschaftskonformer Verfahren für geboten und verfassungskonform erklärt. Diesen Anforderungen genügte das bisher auf einem Staatsvertrag der Bundesländer beruhende System nicht. Vor allem war die von Hochschullehrern zu verantwortende wissenschaftliche Sachkompetenz bei der Zusammensetzung der Gremien nicht gewährleistet. Die im Beschluss des BVerfG enthaltenen Anforderungen wurden inzwischen durch den Studienakkreditierungsstaatsvertrag vom 7. 11. 2017 mit Wirkung zum 1.1.2018 umgesetzt.<sup>51</sup>

#### IV. Weitere Entwicklungen von 2010 bis 2020

Die Novellen in den Jahren 2010-2020 betreffen idR nicht die Grundkonzeption der Hochschulverfassung, sondern die in der Einleitung aufgeführten anlassbezogenen Ergänzungen. Schwerpunkte sind der Gleichstellungsauftrag, Förderung von Familie und Studium, Schutz behinderter Studierender, die Haushaltsflexibilisierung, die Qualitätssicherung, insbesondere Akkreditierung das Promotionswesen, der Hochschulzugang, die Wiedereinführung der Studierendenschaft, das Berufungswesen, die leistungsbezogene Besoldung, Korrekturen der Personalstruktur im wissenschaftlichen Dienst und die Einführung der Juniorprofessur als Qualifikationspfad zum Hochschullehrerberuf.

Grundsätzliche Korrekturen seit 2010 stehen demgegenüber in der Regel im Zusammenhang mit einem Regierungswechsel oder sind durch Vorgaben der Verfassungsjudikatur des BVerfG und der Länderverfassungsgerichte veranlasst. Daneben haben einige Bundesländer die zahlreichen Änderungen in einer Neufassung konsolidiert.<sup>52</sup> Vom Regierungswechsel veranlasst sind insbesondere die Hochschulgesetznovellen in **Nordrhein-Westfalen** in den Jahren 2014 und 2019.

Unter dem Titel „Hochschulzukunftsgesetz“ hat die von der rot-grünen Mehrheit im Landtag getragene Landesregierung trotz eines Bekenntnisses zur Grundkonzeption wesentliche Reformelemente des Gesetzes von 2006 zurückgenommen. Dies betrifft vor allem den Rechtsstatus der Hochschulen und die in ihm erreichte Hochschulautonomie. Diese wurde wieder eingeschränkt, „weil staatliche Deregulierung im Hochschulwesen nicht dazu führen dürfe, das Land gänzlich aus

seiner Verantwortung zu entlassen und Gemeinwohlinteressen weniger Beachtung einzuräumen.<sup>53</sup> Die bisher auf eine bloße Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkte staatliche Aufsicht, wurde für die Personalverwaltung und die Haushalts- und Wirtschaftsangelegenheiten wieder eingeführt (§ 33 Abs. 2 und 3 HG 2014). Die gravierendste Beschränkung stellen „Rahmenvorgaben“ nach § 6 Abs. 5 LHG dar, die nicht nur für den Einzelfall gelten, sondern eine Gesamtsteuerung der Hochschulen ermöglichen sollen (vgl. auch § 5 Abs. 9 LHG). Verstöße gegen Rahmenvorgaben konnten das Ministerium berechtigen, einen angemessenen Teil des jährlichen Zuschusses (zeitweilig) zurückzubehalten oder (gänzlich) einzubehalten (§ 76 Abs. 6 S. 2 NRW HG 2014). Als Instrument der Steuerung diente ein Landeshochschulentwicklungsplan, der die landespolitisch bedeutsamen Aufgaben der Hochschulen beschrieb und den verbindlichen Rahmen für Hochschulverträge zwischen dem Ministerium und den Hochschulen bildete. Den Landeshochschulentwicklungsplan beschloss das Ministerium auf der Grundlage vom Landtag gebilligter Planungsgrundsätze als Rechtsverordnung im Einvernehmen mit dem Landtag (§ 6 Abs. 2 NRW HG 2014).

Mit dem Gesetz zur Änderung des Hochschulgesetzes v. 12.7.2019 wurden diese Beschränkungen, vor allem das Instrument der Rahmenvorgaben durch die von CDU und FDP getragene Landesregierung wieder weitgehend beseitigt. Die Abstimmung von strategischen Zielen erfolgt wieder gemeinsam zwischen den Hochschulen und dem Ministerium. Im Bereich des Hochschulbaus werden die Befugnisse der Hochschulen gestärkt: Ein „Optionsmodell“ erlaubt den Hochschulen, selbst zu Bauherren zu werden (§ 2 Abs. 8 NRW HG 2019).

Mit der Regierungsübernahme durch eine grün-rote Mehrheit im Jahr 2011 und eine grün-schwarze Mehrheit im Jahr 2016 sind auch die zahlreichen Korrekturen des Landeshochschulgesetzes am Leitbild der unternehmerischen Hochschule in **Baden-Württemberg** verbunden.

Das 3. HRÄG setzte sich in seinem hochschulorganisatorischen Teil zum Ziel, die Leitungsstrukturen der Hochschule neu zu justieren. Dies äußerte sich zum einen in der Ersetzung der an die Entscheidungsorganisation von Unternehmen erinnernden Bezeichnungen Vorstand durch Rektorat bzw. Präsidium, Aufsichtsrat

51 Für Baden-Württemberg abgedruckt GBl. 2017, 584.

52 Dazu gehören von den in Fn. 3 Aufgeführten folgende Landesgesetze: Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-

Pfalz, Saarland, Schleswig-Holstein und Thüringen.  
53 LTDrs. 16/5410, 293.

durch Hochschul- oder Universitätsrat, Fakultätsvorstand durch Dekanat. Zum anderen wurde die personelle Legitimation der Hochschulleitung aus der Selbstverwaltung durch ein Findungs- Wahl- und Abwahlverfahren mit maßgeblichem Einfluss des Senats gestärkt. Schließlich wurde dem Senat beim Abschluss von Hochschulverträgen und Zielvereinbarungen das Recht der Stellungnahme eingeräumt.

Die formal zur Verfassungswidrigkeit des Wahl- und Abwahlverfahrens der Hochschulleitung ergangene Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes, stellte den Gesetzgeber vor die Wahl, die Mitwirkungsrechte des Senats in Angelegenheiten der Struktur- und Entwicklungsplanung, Bauplanung, Abschluss von Hochschulverträgen, Aufstellung und Vollzug des Haushalts- und Wirtschaftsplans und der Organisation wissenschaftlicher Einrichtung im Sinne von Mitentscheidungskompetenzen zu stärken oder für das Wahl- und Abwahlverfahren einen entscheidenden Einfluss eines aus Wahlmitgliedern der Professorenschaft zusammengesetzten Findungs- und Wahlgremiums zu sichern.

Das HRWeitEG entschied sich für die Beibehaltung des bisherigen Kompetenzgefüges, für die Neugestaltung des Wahl- und Abwahlverfahrens entsprechend den Vorgaben des VerfGH.

Neben dem Abwahlverfahren durch Senat und Hochschulrat wird die Möglichkeit einer Urabwahl durch die Professorenschaft geschaffen.

Einbezogen wurde auch das Wahl- und Abwahlverfahren der Fakultätsleitungen.

Neu gestaltet wurde die bisher von Amtsmitgliedern (Rektorat, Gleichstellungsbeauftragte, Dekane) beherrschte Zusammensetzung des Senats mit dem Ziel der Sicherung der Mehrheit der gewählten Professoren. Um eine angemessene Vertretung der Fächer zu sichern, ist statt einer Listenwahl eine Wahl für eine nach Fakultätsgröße bestimmte Zahl von Sitzen vorgesehen.

Mit dem Regierungswechsel in **Niedersachsen** verbunden ist das Gesetz zur Stärkung der Beteiligungskultur innerhalb der Hochschulen vom 15.12.2015 (Nds. GVBl. 384). Inhalt ist u.a. eine Stärkung der Beteiligungsrechte der Studierenden, Promovierenden und Personalvertretungen bezüglich der Entscheidungen der Hochschule. Zugleich wurde den Auflagen des Beschlusses des BVerfG zur Leitungsorganisation der MH Hannover Rechnung getragen.

Wesentliche Veränderungen sind von dem im Gesetzgebungsverfahren befindlichen Entwurf des **bayeri-**

**sch**en **Hochschulinnovationsgesetzes**<sup>54</sup> zu erwarten. Der bisherige Doppelstatus der Hochschulen soll durch ein Körperschaftsmodell abgelöst werden. Damit ist aber nur eine Option für einen Globalhaushalt verbunden, während die Dienstherrnereignischaft beim Freistaat verbleiben soll. In organisationsrechtlicher Hinsicht neu ist, dass das Gesetz die interne Organisation und Leitungsstruktur auf der dezentralen Ebene weitgehend der Grundordnung überlässt. Vorgegeben ist demgegenüber die Leitungsstruktur auf der zentralen Ebene mit einer kollegialen Hochschulleitung, einem kollegial verfassten zentralen Organ (Senat) und dem Hochschulrat als internem Aufsichtsorgan.

Für die dezentrale Ebene bleiben die Anforderungen an die Kompetenzgestaltung und Bestellungsverfahren weitgehend offen.

Auf zentraler Ebene folgt der Entwurf weitgehend der in Baden-Württemberg realisierten Option, die im MHH-Beschluss monierte Beteiligung des Senats in wissenschaftsrelevanten Fragen durch ein neben dem bestehenden Abwahlverfahren durch ein Urabwahlverfahren einer Mehrheit von 40 % der Professorenschaft zu ergänzen.

An diesem Entwurf hat *M. E. Geis* neben dem Problem der Konformität der zentralen Leitungsorganisation mit den Anforderungen des MHH-Beschlusses die Frage aufgeworfen, ob die vorgesehene Regelungsoffenheit mit der Wesentlichkeitstheorie (Art. 20 Abs.2 GG) vereinbar ist.<sup>55</sup>

Das 2021 verabschiedete **Berliner Hochschulgesetz**<sup>56</sup> behält den Doppelstatus der Hochschulen (§ 2 Abs. 1) und die Dienstherren-/Arbeitgeberstellung für das Hochschulpersonal (§ 2 Abs. 4) bei. Die Aufgabe der Dienstbehörde wird vom Kuratorium auf die Präsidentin oder den Präsidenten übertragen (§ 67). Ebenso wird die Rechtsaufsicht und Fachaufsicht bei der Wahrnehmung staatlicher Angelegenheiten aufrechterhalten. In organisationsrechtlicher Hinsicht orientiert sich das Gesetz an der Organisationsentwicklung der anderen Bundesländer. In die Regelung der Leitungsorganisation gehen zugleich die Erfahrungen ein, die auf der Grundlage der Experimentierklausel mit den Leitungsmodellen in einzelnen Berliner Hochschulen gewonnen wurden. Schließlich trägt die Novelle den im MHH-Beschluss niedergelegten Maßstäben an eine verfassungskonforme Gestaltung Rechnung.

Regeltypus für die Leitung der Hochschule (§ 56) ist künftig eine kollegiale Präsidialverfassung (§ 52), der der

54 Bayrisches Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst, Bayerisches Hochschulinnovationsgesetz (BayHIG), Dok- Nr-2210-1-3 WK.

55 *M. E. Geis*, Das neue bayerische Hochschulinnovationsgesetz, OdW 2021, 211 ff., 216.

56 GVBl. 2021, S. 1039 ff.; RegE Drs. 18/ 3818.

Kanzler mit der Aufgabe der Wirtschafts- und Personalverwaltung und Leitung der Hochschulverwaltung gleichberechtigt angehört (§ 58).

An die Stelle des Konzils tritt der für die Wahl- und Abwahl der Hochschulleitung und den Erlass der Grundordnung zuständige erweiterte Akademische Senat (§ 63). Die Zuständigkeiten des Akademischen Senats werden entsprechend den Maßstäben des MHH-Beschlusses in wissenschaftsrelevanten Angelegenheiten gestärkt (§ 61), der weitreichende Einfluss des Kuratoriums wird entsprechend reduziert (§ 65). Gleiches gilt für die Zuständigkeiten für das Wahl- und Abwahlverfahren der Hochschulleitung. Zu den Zuständigkeiten des Senats gehören auch Entscheidungen über die Flexibilisierung des Haushaltswesens (§ 88a). Im Kuratorium sind künftig die Vertreter der Senatsverwaltung nur noch mit beratender Stimme vertreten. Bei der Zusammensetzung des Senats ist die Professorinnen-Mehrheit zu gewährleisten.

Für die Organisation auf der Ebene der Fachbereiche (§§ 69 ff.) sieht § 75a eine weitreichende Gestaltungsfreiheit nach einem vorgesehenen Regelungskatalog vor.

Im Rahmen des jetzt als Innovationsklausel bezeichneten § 75a können die Hochschulen mit Zustimmung der Senatsverwaltung abweichende Regelungen treffen, soweit diese der Verbesserung der Beteiligungsstrukturen, der Organisation der Entscheidungsfindung und Wirtschaftlichkeit dienen.

## V. Hochschulreformen auf dem Prüfstand des Hochschulverfassungsrechts<sup>57</sup>

Bei allen bisherigen Reformschritten der Hochschulgesetzgebung war die Veränderung des Organisationsrechtes Gegenstand verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, meist aufgrund von Verfassungsbeschwerden von Mitgliedern von Hochschulgruppen, die sich durch die Organisationsänderungen in ihren Grundrechten beeinträchtigt sahen.

1. BVerfGE 35, 72 ff.- Niedersächsisches Vorschaltgesetz  
Grundlegende Bedeutung für die weitere Entwicklung des Hochschulverfassungsrechts hat die Entscheidung

des Bundesverfassungsgerichts zum sog. Vorschaltgesetz zum Niedersächsischen Hochschulgesetz aus dem Jahre 1973.<sup>58</sup> Gegenstand waren diverse Verfassungsbeschwerden gegen die Einführung der Gruppenuniversität in der Form drittelparitätisch zusammengesetzter Kollegialorgane auf der zentralen und dezentralen Ebene der Universität.

Das BVerfG nahm dies zum Anlass grundlegender, aber auch ins organisationsrechtliche Detail gehender Ausführungen zum Inhalt der Wissenschaftsfreiheit, daraus zu ziehender Konsequenzen für das Verhältnis von Staat und Universität sowie der Gestaltung des Organisationsrechts und den dabei vom Gesetzgeber zu beachtenden Grenzen der Gestaltungsfreiheit.

Ausgangspunkt ist die Feststellung des Gerichts, dass Art. 5 Abs. 3 GG neben seinem abwehrrechtlichen individualrechtlichen Gehalt eine objektive Wertordnung verkörpert, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung alle Bereiche des Rechts bindet.

Dabei lässt das Gericht unter Hinweis auf die landesverfassungsrechtliche Garantie der akademischen Selbstverwaltung offen, ob Art. 5 Abs. 3 GG auch ein Grundrecht der deutschen Universität gewährleistet oder gar eine institutionelle Garantie der traditionellen Universitätsorganisation gewährleistet.

Konsequenz der objektiven Gewährleistung der Wissenschaftsfreiheit ist im Verhältnis zum Staat zum einen ein Ingerenzverbot in den Kernbereich von Forschung und Lehre, zum anderen eine Bestandsgarantie und Alimantationspflicht des Staates, soweit und solange freie Wissenschaft auf ein ausreichendes Angebot staatlicher Wissenschaftseinrichtungen angewiesen ist. Bezogen auf die Binnenorganisation definiert das Bundesverfassungsgericht die individueller Entscheidung vorbehaltenen Freiheitsräume der Lehr- und Forschungsfreiheit und grenzt diese von Beschränkungen ab, die für den einzelnen Grundrechtsträger aufgrund der organisatorischen Einbindung in den Wissenschaftsbetrieb unvermeidlich sind. Es betont Regelungen der Hochschulverfassung seien grundsätzlich wissenschaftsneutral und stünden folglich zur Disposition des Gesetzgebers, stellt aber zugleich klar, dass eine wissenschaftsinadäquate Organisation, Entscheidungsstrukturen die sachwidrige

57 Die nachfolgenden Zusammenfassungen beruhen auf dem Beitrag von H. Goerlich und Georg Sandberger, Hochschulverfassungsrecht - Kontinuität oder Paradigmenwechsel in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Festschrift f. F. J. Peine zum 70. Geburtstag, 2016, S. 297 ff. sowie dies., Zurück zur Professorenuniversität, Neue Leitungsstrukturen auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, DVBl. 2017, S. 667 ff.; zur Entwicklung der Judikatur des BVerfG vgl. auch Th. Württenberger, zur

Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der Hochschulleitung nach dem Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg, OdW 2016, 1 ff.: W. Löwer, Organisationsvorhaben für das Hochschulrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Festschrift f. P.M. Lynen, Schiften zum Kunst- und Kulturrecht Bd. 28, 2018, S. 191 ff.

58 BVerfGE 35, 79, 115 ff.).



Einflussnahme auf wissenschaftsrelevante Entscheidungen ermöglichen, gegen Art. 5 Abs. 3 GG verstoßen. Dies schließt eine Beteiligung von nicht durch Art. 5 Abs. 3 GG privilegierten Gruppen bei Entscheidungen der Hochschulgremien nicht aus, jedoch müsse die Beteiligung der Statusgruppen nach dem Grad der Betroffenheit in diesem Grundrecht, der Sachkompetenz und Dauer der Zugehörigkeit zur Universität ausdifferenziert werden. Daraus folgert das Gericht, dass bei Entscheidungen von Kollegialorganen über Angelegenheiten von Lehre und Forschung eine Professorenmehrheit in dem Entscheidungsgremium gesetzlich gesichert sein muss.

Ebenso lässt Art. 5 Abs. 3 GG Gestaltungsspielräume zwischen einer unmittelbaren Mitwirkung oder Vertretung in durch Wahlen der Mitglieder legitimierten Repräsentationsorganen. Jedoch fordere Art. 5 Abs. 3 GG ein individuelles Anhörungsrecht des einzelnen Hochschullehrers bei Entscheidungen der Hochschulorgane, soweit sie ihn individuell betreffen.

Ausgehend von einer weit gezogenen Definition wissenschaftsrelevanter Entscheidungen, die neben der Abstimmung des Lehrangebots und der Koordination der Forschung Berufungsverfahren, die Gestaltung der Aufbauorganisation in den Fakultäten und Instituten, Beschlüsse über die Struktur- und Finanzplanung sowie den Haushaltsvollzug umfassen und insoweit eine Professorenmehrheit voraussetzen, erklärt es eine Reihe von Bestimmungen des Vorschaltgesetzes bis hin zu Berufungskommissionen für verfassungswidrig.

## 2. Folgeentscheidungen bis 2000

Die Kernsätze dieser Entscheidung finden sich stereotyp in Folgeentscheidungen zum hessischen<sup>59</sup> und nordrheinwestfälischen Hochschulgesetz,<sup>60</sup> bei denen durchgängig die Kompetenzabgrenzungen zwischen Leitungsämtern und Kollegialorganen vom Grundsatz der Allzuständigkeit der Kollegialorgane bestimmt sind.

## 3. Entscheidungen zu den Hochschulgesetznovellen ab 2000

Bereits im Urteil zu § 27 UG NRW<sup>61</sup> hat das BVerfG die Tendenz erkennen lassen, die Kontrolldichte seiner Prüfungsmaßstäbe zurückzunehmen und die Stärkung der Leitungsorgane unter der Voraussetzung einer Rückbindung an die Selbstverwaltungsorgane bei grundsätzlichen Angelegenheiten für unbedenklich zu erklären.

a) BVerfGE 111, 333 - Brandenburgisches Hochschulgesetz

Erstmals hatte der 1. Senat des BVerfG mit Beschluss vom 26.4.2004<sup>62</sup> über Verfassungsbeschwerden gegen das 1999 novellierte Brandenburgische Hochschulgesetz die Verfassungsmäßigkeit eines Landesgesetzes "neuen Typs" zu entscheiden.

Angriffspunkt der Verfassungsbeschwerde sind insbesondere die weit reichenden Entscheidungskompetenzen des Präsidenten bei der Wahl der Dekane, der Ressourcenzuweisung an die Fakultäten bei der Auflösung von Instituten, die Mitwirkung des als hochschulübergreifenden Landeshochschulrates bei der Strukturplanung und Wahl des Präsidenten, die fehlende Vertretung der Fachbereiche im Senat und die Kompetenzen des Dekans für die Koordination von Forschung und Lehre sowie für die fakultätsinterne Ressourcenverteilung.

Die materiellen Prüfungsmaßstäbe liegen im Grundansatz auf der Linie der Rechtsprechung seit dem Niedersachsenurteil. Aus der objektiv-rechtlichen Pflicht des Staates, für funktionstüchtige Institutionen eines freien Wissenschaftsbetriebes zu sorgen, erwächst ein Recht auf Maßnahmen organisatorischer Art, die dafür unerlässlich sind, anders gewendet auf eine wissenschaftsadäquate Organisation.

Dafür bleibt dem Gesetzgeber aber ein erheblicher Gestaltungsspielraum. Die Grenze dafür ist erst überschritten, wenn durch Organisationsnormen die Aufgabenerfüllung strukturell, also nicht individuell gefährdet ist. Deutlicher als in den vorausgehenden Entscheidungen wird aber unter der Voraussetzung eines hinreichenden Maßes organisatorischer Selbstbestimmung der Grundrechtsträger die Prärogative des parlamentarischen Gesetzgebers vor der Selbstverwaltung betont, die Aufgaben der Wissenschaftseinrichtungen und der Interessen der Beteiligten unter Wahrung seiner gesamtgesellschaftlichen Verantwortung zum Ausgleich zu bringen.

Dies umfasst die Kompetenz und die Pflicht des Gesetzgebers, bisherige Organisationsformen kritisch zu beobachten und zeitgerecht zu reformieren, neue Modelle und Steuerungstechniken zu entwickeln und zu erproben.

Dabei ist er nicht an überkommene hochschulorganisatorische Strukturen gebunden, sondern frei, die Art der Beteiligung der Grundrechtsträger durch direkte

59 BVerfGE 47, 327, bes. S. 403 ff.

60 BVerfGE 61, 261, 277ff.

61 BVerfGE 93, 85, 96 ff. Dies fand seine Fortsetzung im Beschluss

der 2. Kammer des 1. Senats zum SHHG, DVBl. 2001, 1137.

62 BVerfGE 111, 333.



oder repräsentative Beteiligung, Entscheidungs-, Mitwirkungs-, Aufsichts-, Informations- oder Kontrollrechte zu regeln, je nachdem welche Strukturen dem Gesetzgeber für eine funktionsfähige Wissenschaftsverwaltung geeignet erscheinen. Dafür steht dem Gesetzgeber die Einschätzungsprärogative zu.

Der Kernsatz der Schlussfolgerung daraus lautet: „Die zur Sicherung der Wissenschaftsadäquanz von hochschulorganisatorischen Entscheidungen gebotene Teilhabe muss nicht in jedem Fall im Sinne der herkömmlichen Selbstverwaltung erfolgen. Auch hochschulexterne Institutionen können dazu beitragen, einerseits staatliche Steuerung wissenschaftsfreiheitssichernd zu begrenzen, andererseits der Verfestigung von Status quo- Interessen bei reiner Selbstverwaltung zu begegnen.“<sup>63</sup>

Dies ist zweifelsohne ein Paradigmenwechsel gegenüber der bisherigen Rechtsprechung, in der die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit von Modifikationen rein kollegialer Selbstverwaltung stets mit dem Hinweis der Legitimation und Rückbindung der Leitungsorgane an die Selbstverwaltungsorgane begründet wurde.

Entscheidend war aber bei der Beurteilung des Gesetzes, dass die Kompetenzen der Hochschulleitung und des Dekans im Bereich von Forschung und Lehre nur koordinierender Natur sind und Weisungsrechte in wissenschaftsrelevanten Tätigkeiten, die über das durch die Notwendigkeit des Zusammenwirkens von Grundrechtsträgern notwendige Maß hinausgehen, nicht bestanden.

#### b) BVerfGE 127, 87 ff. - Hamburger Dekanatsbeschluss

Im Fall des sog. Hamburger Dekanatsbeschlusses des BVerfG vom 20.7.2010<sup>64</sup> stand aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht die zentrale, sondern die Leitungsorganisation der Fakultät nach deren Umwandlung auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand.

Diese Entscheidung greift zwar in ihrem Ausgangspunkt auf die bisherigen Prüfungsmaßstäbe zurück,<sup>65</sup> entwickelt diese aber in zwei wesentlichen Punkten mit der Folge einer weitergehenden Kontrolldicht fort. Bei der Beurteilung der Verfassungskonformität der Hochschulorganisation ist das „Gesamtgefüge“ der Hochschulverfassung in den Blick zu nehmen.<sup>66</sup> Das Gesamtgefüge kann insbesondere dann verfassungswidrig sein, wenn dem Leitungsorgan substantielle personelle und sachliche Entscheidungsbefugnisse im wissen-

schaftsrelevanten Bereich zugewiesen werden, dem mit Hochschullehrern besetzten Vertretungsgremium im Verhältnis hierzu jedoch kaum Kompetenzen und auch keine maßgeblichen Mitwirkungs- und Kontrollrechte verbleiben.“ Der Gesetzgeber hat die Option, die Verfassungswidrigkeit entweder durch eine Rückverlagerung der wissenschaftsrelevanten Entscheidungskompetenzen auf die Kollegialorgane oder Stärkung von Mitwirkungs- und Kontrollrechten zu vermeiden oder den mit Professorenmehrheit besetzten Kollegialorganen einen entscheidenden Einfluss bei der Wahl und der Abwahl der Hochschulleitung einzuräumen.<sup>67</sup>

Bei der Beurteilung der auf das Dekanat übertragenen Einzelkompetenzen hat das BVerfG vor allem die abschließenden Entscheidungszuständigkeiten über die Verteilung von Mitteln und Stellen und die Auffangzuständigkeit in gesetzlich nicht explizit dem Fakultätsrat zugewiesenen Angelegenheiten beanstandet, die nicht durch geeignete gesetzliche Mitwirkungsmöglichkeiten des Fakultätsrates oder die Möglichkeit vorzeitiger Abberufung der Fakultätsleitung aus dem Amt kompensiert war.<sup>68</sup>

#### c) BVerfGE 136, 338 ff. - MHH Hannover

Eine weitere Weichenstellung erfolgte durch den Beschluss zur Leitungsorganisation der MHH Hannover v. 24. Juni 2014<sup>69</sup> Der Beschluss führt den Ansatz der Prüfung des Gesamtgefüges der Kompetenzverteilung mit einem hochdifferenzierten Prüfungsraster fort.

Auf dem Prüfstand steht das Kompetenzgefüge zwischen dem mit der Doppelfunktion als Leitung der Hochschule und des Universitätsklinikums betrauten Präsidium und dem Senat als deren zentralem Kollegialorgan und dem Hochschulrat. Das zu prüfende Kompetenzgefüge betrifft das Bestellungs- und Abberufungsverfahren der Mitglieder der Hochschulleitung durch Senat und Hochschulrat. Des Weiteren sind Prüfungsgegenstand die Zuständigkeit und Verfahren der Abstimmung der Belange von medizinischer Forschung, Lehre und Krankenversorgung zwischen den Vorstandsmitgliedern für Forschung und Lehre, Krankenversorgung und Haushalt. Gegenstand der weiteren Prüfung ist die Frage hinreichender Kompensation von Entscheidungszuständigkeiten des Präsidiums und seiner Mitglieder durch Mitwirkungs-, Kontroll- und Abwahlrechte des Senats. Gegenüber der bisherigen Rechtsprechung wird neben dem hochdifferenzierten Prüfungsraster der Kreis

63 Rn. 141.

64 BVerfG 127, 87 ff.

65 Entscheidungsgründe, Rn. 88 ff.

66 Leitsatz 2 und Entscheidungsgründe Rn. 95 ff.

67 Entscheidungsgründe

68 Entscheidungsgründe, Rn. 118 ff.

69 BVerfG 136, 338 ff.

wissenschaftsrelevanter Entscheidungen über den Kernbereich wissenschaftlicher Forschung und Lehre auf Entscheidungen über die Struktur- und Entwicklungsplanung, den Abschluss von Zielvereinbarungen, die Aufstellung und den Vollzug des Haushalts und Organisationsentscheidungen über die Einrichtung, Zusammenlegung und Aufhebung wissenschaftlicher Einrichtungen und Einrichtungen der Krankenversorgung erweitert. Zugleich entwickeln die Entscheidungsgründe weitergehende Kriterien, für welche Gegenstände Mitwirkungs- und Kontrollrechte des Senats als verfassungsrechtlich hinreichende Kompensation angesehen werden können und welche abschließender Entscheidungskompetenzen des Senats bedürfen.

Eine strukturelle Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit sieht das BVerfG in den nicht hinreichenden Mitwirkungsbefugnissen des Senats an den Entscheidungen des Vorstands über den Wirtschaftsplan (§ 63e Abs. 2 Nr. 3 NHG), und die Aufteilung der Sach-, Investitions- und Personalbudgets auf die Organisationseinheiten (§ 63e Abs. 2 Nr. 10 NHG), sowie über die Bereitstellung von Mitteln für zentrale Lehr- und Forschungsfonds (§ 63e Abs. 2 Nr. 11 NHG).<sup>70</sup>

„Grundlegende ökonomische Entscheidungen wie diejenige über den Wirtschaftsplan einer Hochschule sind nicht etwa wissenschaftsfern, sondern angesichts der Angewiesenheit von Forschung und Lehre auf die Ausstattung mit Ressourcen wissenschaftsrelevant. Haushalts- und Budgetentscheidungen müssen die verfassungsrechtlich in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG garantierten Anforderungen an den Schutz der Wissenschaftsfreiheit hinreichend beachten. Dennoch hat der Gesetzgeber bei der Entscheidung über den Wirtschaftsplan neben dem Vetorecht des Vorstandsmitglieds für Wirtschaftsführung und Administration kein Vetorecht zugunsten des Vorstands für Forschung und Lehre vorgesehen.“<sup>71</sup>

Die Zuweisung von Entscheidungsbefugnissen über die Organisation und Weiterentwicklung von Forschung und Lehre nach § 63e Abs. 4 S. 1 Nr. 1 NHG an das zuständige Mitglied des Vorstands hält nach Auffassung des Gerichts im hier maßgeblichen Gesamtgefüge einer verfassungsrechtlichen Prüfung nicht stand.

Desgleichen sei jedenfalls im vorliegenden Gesamtgefüge die Entscheidungsbefugnis über die Aufteilung der Mittel für Forschung und Lehre nach § 63e Abs. 4 S. 1 Nr. 2, § 63e Abs. 4 S. 1 Nr. 2 und 4 NHG zu beanstanden.

Auch hier entscheidet das Vorstandsmitglied lediglich im Benehmen mit dem Senat und unterliegt, soweit ersichtlich, keinen weiteren normativen Vorgaben (anders als beispielsweise in Hamburg, wo die Grundsätze für die Ausstattung und die Mittelverteilung vom Hochschulrat beschlossen werden).<sup>72</sup>

Schließlich stößt aus der Sicht des BVerfG die Ausgestaltung der Kreation des Leitungsorgans der Hochschule bei der derzeitigen Ausgestaltung der Befugnisse des Vorstands insofern auf verfassungsrechtliche Bedenken, als das für Wirtschaftsführung und Administration zuständige Vorstandsmitglied ohne hinreichende Mitwirkung des Senats auf Vorschlag des externen Hochschulrats im Einvernehmen mit dem für Forschung und Lehre zuständigen Vorstandsmitglied bestellt wird.

Durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet es schließlich, der Bestellung einer wie hier mit weitreichenden Befugnissen ausgestatteten Hochschulleitung ein Findungsverfahren vorzuschalten, in dem – anders als nach dem für sonstige Hochschulen geltenden § 38 Abs. 2 S. 2 NHG – eine Mitwirkung der Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen nicht hinreichend gesichert ist.<sup>73</sup>

Im Ergebnis bedeutet dies zum einen das Erfordernis einer **personellen Legitimation** bei der Wahl und Abwahl von Mitgliedern des Leitungsorgan mit Zuständigkeiten im Bereich wissenschaftsrelevanter Entscheidungen durch das Selbstverwaltungsorgan als Repräsentationsorgan der Grundrechtsträger, zum anderen die **sachliche Legitimation** wissenschaftsrelevanter Entscheidungen des Leitungsorgans durch Rückbindung an das Selbstverwaltungsorgan oder gesetzliche Vorgaben zum Schutze der Belange von Forschung und Lehre. Zu den wissenschaftsrelevanten Entscheidungen gehören neben der Bestellung und Abberufung des leitenden ärztlichen Personals auch die Struktur- und Finanzplanung sowie Entscheidungen über die Aufteilung des Budgets für Forschung, Lehre und Krankenversorgung und die Grundsätze der Mittelverteilung.

Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts führt damit die im Beschluss zur Fakultätsorganisation nach Hamburgischen Hochschulgesetz erkennbare Tendenz fort, die einerseits die Leitung einer Hochschule oder Fakultät durch einen Vorstand (Rektorat, Präsidium, Dekanat) für grundgesetzkonform erklärt, diese Leitungsorganisation andererseits einer personellen und sachlichen

70 Beschluss vom 24.6.2014 – BVerfGE 136, 338 ff., 371 Rn. 70.

71 Beschluss vom 24.6.2014 – BVerfGE 136, 338 ff., 371 Rn. 71.

72 Beschluss vom 24.6.2014 – BVerfGE 136, 338 ff., 373 Rn. 76 u. 77.

73 Beschluss vom 24.6.2014 – BVerfGE 136, 338 ff., 375 Rn. 82 ff.

Legitimation durch die akademische Selbstverwaltung unterwirft.

Die Organisation der Krankenversorgung (Vorstand, Aufsichtsrat) ist davon nur insoweit betroffen, als es um Entscheidungen im Schnittstellenbereich zu Forschung und Lehre geht.

d) Urteil des VerfGH Baden-Württemberg v. 16.11. 2016 - HAW

Mit der 2015 eingeführten Landesverfassungsbeschwerde eines Hochschullehrers einer Hochschule für Angewandte Wissenschaften wurde der Verstoß der das 3. HRÄG gestalteten Leitungsorganisation der Hochschulen in Baden-Württemberg gegen die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 20 LV geltend gemacht. Da der größte Teil der angegriffenen Vorschriften über die Kompetenzen der Hochschul- und Dekanatsleitung durch das 3. HRÄG unverändert geblieben waren, war die Verfassungsbeschwerde nur zulässig, soweit das Wahl- und Abwahlverfahren der Hochschulleitung betroffen war.

Gleichwohl nahm der VerfGH die Verfassungsbeschwerde zum Anlass der Prüfung der gesetzlichen Kompetenzzuweisungen in wissenschaftsrelevanten Fragen zwischen den Leitungsorganen und Selbstverwaltungsorganen auf zentraler und dezentraler Ebene, um aus der Feststellung unzureichender Beteiligung der Selbstverwaltungsorgane in Fortführung der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts und auf die Auslegung des Art. 20 LV übertragen, die Notwendigkeit einer Kompensation des bestimmenden Einflusses der Selbstverwaltungsorgane auf die Wahl und Abwahl der Hochschul- und Fakultätsleitung zu begründen.<sup>74 75</sup>

In Übereinstimmung mit dem Bundesverfassungsgericht weiten die Entscheidungsgründe den Begriff der „Entscheidungen über wissenschaftsrelevante Fragen“, an denen eine Letzt- oder Mitentscheidung der Selbstverwaltungsorgane aus Art. 5 Abs. 3, 20 LV geboten ist, über den Kernbereich der akademischen Angelegenheiten und Satzungsangelegenheiten, Wahl- und Abwahl,

Berufung von Professoren auf Entscheidungen im Bereich der Struktur- und Entwicklungsplanung, Funktionsbeschreibung von Professuren, Bauplanung, Ausstattungspläne, Abschluss von Hochschulverträgen, Qualitätssicherung, Evaluation, Haushaltsaufstellung, Haushaltsvollzug und Mittelverteilung, Abschluss von Zielvereinbarungen, Grundstücks- und Raumverteilung, Besoldungsfragen und Organisation der Hochschule aus.

Den größten Teil der Entscheidungsgründe nimmt eine umfassende Analyse der gesetzlichen Aufbauorganisation und Ablaufprozesse von Entscheidungen einschließlich der Abstufung von Mitentscheidungs- und Mitwirkungskompetenzen im Verhältnis von Leitungs- und Selbstverwaltungsorganen ein. Obwohl nicht mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen, werden auch die Zusammensetzung und die Kompetenzen des Hochschulrats in wissenschaftsrelevanten Fragen und seine Kompetenzen bei Wahl- und Abwahl der Hochschulleitung einbezogen.<sup>76</sup>

Der Verfassungsgerichtshof des Landes Baden-Württemberg verlangt in Abwandlung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zusätzlich, dass der Senat als entscheidendes Wahlorgan mehrheitlich von gewählten Mitgliedern der Professorengruppe zusammengesetzt sein und Wahl- und Abwahl der Hochschulleitung von einer Professorenmehrheit getragen sein muss.<sup>77</sup>

Die Entscheidungsgründe münden in die Feststellung, dass die bestehende Kompetenzverteilung zwischen Leitungsorganen und Selbstverwaltungsorganen den Anforderungen an die durch Art. 20 LV, Art. 5 Abs. 3 GG gebotene Mitwirkung der Grundrechtsträger nicht genügt. Ebenso wenig sei in dem bisherigen Wahl- und Abwahlverfahren deren bestimmender Einfluss gewährleistet.<sup>78</sup>

Dementsprechend wurden § 18 Abs. 1 bis 3, 5 S. 1 bis 4 und Abs. 6 S. 1 und 5 des LHG mit Art. 20 Abs. 1 der Landesverfassung für unvereinbar erklärt.

74 VerfGH BW, Ur. v. 14.11.2016, VB 16/15, ESVGH 67, 124 (Leitsatz), WissR 2016, 302-332 (Leitsatz und Gründe); dazu *Michael Fehling*, Unzureichende Kompetenzen des Senats im reformierten Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg? – Anmerkungen zum Ur. des VerfGH BW vom 14.11.2016, OdW 2017, 63 ff.; *Helmut Goerlich* und *Georg Sandberger*, Zurück zur Professoren-Universität? – Neue Leitungsstrukturen auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand – Zum Ur. des Verfassungsgerichtshofs für das Land Baden-Württemberg, vom 14.11.2016, DVBl. 2017, 667 ff.; *Friedhelm Hufen*, JuS 2017, 279-281 (Anmerkung); *Hendrik Jacobsen*, VBIBW 2017, 69-70 (Anmerkung); *Jörg Ennuschat*, RdJB 2017, 34-46 (Entscheidungsbesprechung); *Timo Rademacher/Jens-Peter Schneider*, Die „Hochschullehrermehrheit“ des § 10 Abs. 3 LHG in der Rechtsprechung des baden-württem-

bergischen Verfassungsgerichtshofs, VBIBW 2017, 155 ff.; zur Beurteilung der Leitungsorganisation vor dem Ur. des VerfGH *Thomas Würtenberger*, Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der Hochschulleitung im LHG von Baden-Württemberg, OdW 2016, 1 ff.

75 Entscheidungsgründe unter E II, Rn. 93 ff. Dazu *Helmut Goerlich* und *Georg Sandberger*, Zurück zur Professoren-Universität? – Neue Leitungsstrukturen auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand – Zum Ur. des Verfassungsgerichtshofs für das Land Baden-Württemberg, vom 14.11.2016, DVBl. 2017, 667 ff.

76 Entscheidungsgründe unter E II, Rn. 142 ff.

77 Entscheidungsgründe unter E II, Rn.158.

78 Entscheidungsgründe unter E II, Rn. 163 ff.

Dem Gesetzgeber wurde eine Frist auferlegt, die verfassungswidrigen Regelungen über das Wahl- und Abwahlverfahren bis zum 31.3.2018 durch eine verfassungskonforme Neuregelung zu ersetzen.<sup>79</sup> Der VerfGH ließ dabei die Option offen, statt der „Kreation und Abberufung der Rektoratsmitglieder“ die Sachentscheidungsbefugnisse der Hochschullehrer im Senat anzupassen. Ebenso hält es der VerfGH für möglich, statt einer Änderung der Zusammensetzung des Senats die Abstimmungsregelungen mit der Hochschulleitung so zu ändern, dass ein bestimmender Einfluss der gewählten Hochschullehrer gesichert wird.<sup>80</sup>

e) Kammerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts v. 5.2. 2020 - Duale Hochschule<sup>81</sup>

Eine bereits 2014 beim BVerfG eingereichte Verfassungsbeschwerde eines Hochschullehrers der DHBW richtete sich zunächst gegen die Änderungen des LHG durch das 3. HRÄG. Nach dem Urteil des VerfGH v. 16.11.2016 wurde die Verfassungsbeschwerde modifiziert und richtete sich, erweitert um Verfassungsbeschwerden von 80 weiteren Beschwerdeführern, gegen § 18 Abs. 2 S. 3 bis 6 und Abs. 5 S. 1 bis 4, § 18a und § 16 Abs. 3 S. 2 Nr. 15 LHG, hilfsweise gegen § 27a Abs. 3 S. 1 bis 4, Abs. 4 S. 6 bis 7 LHG i.d.F. des 3. HRÄG sowie § 27e Landeshochschulgesetz HRWeitEG.

Die Verfassungsbeschwerde wurde z.T. wegen Unzulässigkeit, in der Sache aber wegen mangelnder grundsätzlicher Bedeutung nicht angenommen.

Dennoch enthalten die Entscheidungsgründe des Beschlusses eine zusammenfassende Darstellung der bisherigen Judikatur des Gerichts zum Hochschulverfassungsrecht und grundsätzliche Hinweise zur Verfassungskonformität der auch für andere Hochschulen geltenden zentralen Leitungsorganisation und der dezentralen Leitungsorganisation der DHBW. Zugleich setzt sich das Gericht in einigen Punkten von der Entscheidung des VerfGH v. 16.11.2016 ab:

Am Anfang der Entscheidungsgründe stellt der Beschluss klar, dass die Repräsentation der Hochschullehrer in Selbstverwaltungsgremien nur durch von diesen gewählte Vertreter, sich nicht aus der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG ergäbe.<sup>82</sup> Bestätigt wird dies durch die Bezugnahme auf die Formulierungen voraus-

gehender Entscheidungen, dass „für die Beurteilung der nötigen Mitwirkung der Einfluss der wissenschaftlich Tätigen beziehungsweise der Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler insgesamt entscheidend“ sei.<sup>83</sup>

In einer Gesamtschau der Zuständigkeiten zum Wahlverfahren und der Abstimmung der Entscheidungsbefugnisse zwischen kollegialen Selbstverwaltungsorganen und Leitungsorganen kommt der Beschluss zum Ergebnis, dass das Gesamtgefüge der Organisation der DHBW den Anforderungen des BVerfG an die Kompensation von Leitungskompetenzen der Hochschulleitung durch Mitwirkungsprozesse, Kontrollrechte, Wahl- und Abwahlverfahren der Selbstverwaltungsgremien unter maßgeblichem Einfluss der Hochschullehrer als Grundrechtsträger genügt.<sup>84</sup>

Beim Wahl- und Abwahlverfahren sieht der Beschluss durch die Neufassung des § 18 Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 und § 10 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 1 S. 2 Nr. 1 LHG den hinreichenden Einfluss der Hochschullehrer auf die Wahl- und Abwahl gesichert.<sup>85</sup>

Nach einer Analyse der Entscheidungs- und Abstimmungsprozesse zwischen Hochschulleitung und Senat in wissenschaftsrelevanten Angelegenheiten, wie den Struktur- und Entwicklungsplänen, der Vorbereitung und dem Abschluss von Hochschulverträgen, Funktionsbeschreibungen von Professuren, Berufungen, Haushalts- und Budgetentscheidungen, Satzungen sowie der bestehenden Berichtspflichten der Hochschulleitung und Informationsrechte des Senats sieht die Kammer die vom BVerfG aufgestellten Grundsätze für eine wissenschaftskonforme Organisation gewahrt.

Die Entscheidungsgründe zum Wahlverfahren der Hochschulleitung, zum Verhältnis von Entscheidungskompetenzen zwischen Hochschulleitung und Senat betreffende Bestimmungen, gelten nicht nur für die DHBW, sondern für alle Hochschulen. Sie setzen sich zugleich von der Bewertung der umfangreichen obiter dicta des baden-württembergischen VerfGH zum Zusammenspiel der Entscheidungskompetenzen und Abstimmungsverfahren zwischen Hochschulleitung und Selbstverwaltungsgremien ab. Das bedeutet, dass es bei der Frage der Leitungsorganisation bei der jetzigen Regelung des baden-württembergischen HRWeitEG bleiben kann.

79 Entscheidungsgründe unter E II, Rn. 170.

80 Entscheidungsgründe unter E II, Rn. 169.

81 1 BvR 1586/14, vgl. dazu die Entscheidungsanalyse von R. Penßel, Zu den Anforderungen der Wissenschaftsfreiheit an die Rechtsstellung des kollegialen Selbstverwaltungsorgans - Anmerkungen zu den Nichtannahmebeschlüssen des Bundesverfassungsgerichts

vom 5.2. und 6.3.2020, OdW 2020, 253 ff.

82 Entscheidungsgründe, Rn. 8.

83 Entscheidungsgründe, Rn. 15, 19.

84 Entscheidungsgründe, Rn. 15 ff.

85 Entscheidungsgründe, Rn. 27.



Ein in den Entscheidungsgründen und im Ergebnis weitgehend gleichlautender Beschluss ist am 6. März 1920 zum **Niedersächsischen Hochschulgesetz** idF. von 2015 ergangen.<sup>86</sup>

## VI. Fazit

Die Entwicklungsgeschichte des Hochschulorganisationsrechtes in den Bundesländern weist trotz erkennbarer gemeinsamer Strukturen, bezogen auf den Rechtsstatus der Hochschulen, auf den Grad der Organisations-, Satzungs- und Finanzautonomie und der Binnenorganisation, ein heterogenes Bild auf. Die Aufgabe des Doppelstatus der Hochschulen als Körperschaft und staatliche Einrichtung in einigen Bundesländern ist ohne Einschränkung der Aufsichtsrechte und ohne Stärkung der internen Autonomie nicht zielführend. Von der in Aussicht genommenen Deregulierung ist wenig zu erkennen. Der Autonomiegewinn liegt vorrangig in der Finanzwirtschaft. Die gewonnene Flexibilität wird mit dem Risiko unterfinanzierter Haushalte erkaufte.

Ein Urteil über den Erfolg der Organisationsreformen ist von den dabei anzulegenden Maßstäben und dem jeweiligen Blickwinkel abhängig.

Aus externer Sicht und aus der Sicht der Hochschulleitungen und der sie repräsentierenden HRK wird als wesentlicher Erfolg die Stärkung der Strategiefähigkeit der Hochschulen angesehen, die als Voraussetzung maßgeblich zum Gelingen der Exzellenzinitiative beigetragen hat. Dieser Zusammenhang wird auch durch den Imboden-Bericht betont, der in diesem Zusammenhang zu geringer Reformbereitschaft im deutschen Hochschulsystem anmahnt, von einer Baustelle spricht, aber auch die Wirkungen der Exzellenzinitiative für die Verbesserung der Leitungsstrukturen würdigt.<sup>87</sup>

Dem steht die Sicht der durch die Verschiebung der Entscheidungskompetenzen um ihre Mitwirkungsmöglichkeiten besorgten Mitglieder der Universität gegenüber. Aus dieser Sicht besteht der Autonomiegewinn der Hochschulen nur in einem Autonomiegewinn der Hoch-

schulleitungen.<sup>88</sup> Aus dieser Perspektive stellt sich die Organisationsreform als eine Gefährdung ihrer wissenschaftlichen Tätigkeit dar, die mit einem bis zur Indolenz reichenden Motivationsverlust verbunden sein kann.

Diese Einwände haben Gewicht. Gute Führung einer Hochschule kann nur gelingen, wenn sich die Hochschulleitung bei der Ausübung ihrer Leitungsaufgabe von den Prinzipien der Wissenschaft leiten lässt, sich ständig um Einvernehmen in der Bestimmung und Verwirklichung der Ziele bemüht, dabei wechselseitiges Vertrauen, Loyalität und Offenheit untereinander praktiziert, sich der durch weitgehende Freiheiten der Mitglieder und vom Wesen der Wissenschaft bestimmten Struktur einer wissenschaftlichen Hochschule bewusst ist, diese in angemessener Weise an den Entscheidungen teilhaben lässt und Wissenschaft mit wissenschaftskonformen Mitteln unterstützt.

Mit dem „neuen Leitbild“ wurde das bisher die Hochschulorganisation beherrschende Kollegialprinzip durch eine das angemessene Maß überschreitende Hierarchisierung abgelöst. Verstärkt wird diese durch die Einführung von Hochschulräten, deren personelle Legitimation in einigen Bundesländern nicht auf Wahl- und Beststellungsakten der Kollegialorgane beruht. Der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts ist es zu verdanken, dass im Zuge der Entwicklung die Balance zwischen den Kompetenzen der Leitungsorgane, Mitwirkung und Kontrolle der Kollegialorgane bei grundsätzlichen wissenschaftsrelevanten Entscheidungen wiederhergestellt wurde.

Universitätskanzler a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Georg Sandberger, Juristische Fakultät der Universität Tübingen.

86 BVerfG Beschluss v. 6.3.2020, 1 BvR 2862/16, Rn. 7 ff. und 12 ff.

87 Evaluation der Exzellenzinitiative, Endbericht der internationalen Expertenkommission, 2016, S. 20 ff.

88 So die Formulierung von *Ch. Scholz* und *Volker Stein*, Sag mir wo

die Uni ist..., Eine Systemdiagnose am Rande der Resignation, F&L 2015, S. 552. Darauf nimmt *W. Löwer*, in Festschrift Lynen 2018, S. 194, Bezug.





# Manfred Löwisch

## Sind die Konfuzius-Institute steuerlich gemeinnützig?

### Übersicht

#### I. Konfuzius-Institute in Deutschland

##### 1. Bestehende Institute

2. Zugrunde liegende Vereinbarungen mit der chinesischen Seite
3. Ausrichtung der Konfuzius-Institute auf den Aufbau einer sozialistischen Kultur

#### II. Inanspruchnahme und Relevanz der Gemeinnützigkeit

#### III. Gemeinnützigkeit und Ausrichtung auf die sozialistische Kultur

1. Geistige Offenheit als Wesenskern der einschlägigen Gemeinnützigkeitstatbestände
2. Unvereinbarkeit mit der Ausrichtung auf die sozialistische Kultur

#### IV. Zurechnung an die Konfuzius-Institute

1. Geistige Offenheit in Satzung und Geschäftsführung als Voraussetzung der Steuervergünstigung
2. Satzungsmaßige Verpflichtung auf geistige Offenheit
3. Geschäftsführung

#### V. Ergebnis

Über die Diskussion um die in Deutschland bestehenden Konfuzius-Institute ist bereits in OdW 2020, 131 ff. an Hand der Antwort der Bundesregierung auf eine parlamentarische Anfrage aus dem Jahr 2019 berichtet worden.<sup>1</sup> Die auf ein breites öffentliches Echo stoßende Absagen von Autorenlesungen aus einem Werk über den chinesischen Staats- und Parteichef *Xi Jinping* durch die Konfuzius Institute an den *Universitäten Duisburg-Essen* und *Hannover* haben diese Diskussion aktualisiert.<sup>2</sup> Außen vor geblieben ist dabei bislang die Frage der steuerlichen Gemeinnützigkeit der Konfuzius-Institute. Sie ist Gegenstand des nachfolgenden Beitrags.

- 1 Vgl. Löwisch, OdW 2020, 131 ff., mwN, Kleine Anfrage der Abgeordneten *Jens Brandenburg*, *Katja Suding*, *Mario Brandenburg*, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP, BT-Dr. 19/15009 vom 11.11.2019.
- 2 z.B. *Steiner*, *Badische Zeitung*, Absagen nach Druck aus China, 23.11.2021, <https://www.badische-zeitung.de/absagen-nach-druck-aus-china--205843225.html>, Abruf: 13.12.2021; *Welt.de*, Bildungsministerin bringt Aus für chinesische Konfuzius-Institute ins Spiel, 29.10.2021, <https://www.welt.de/234721854>, Abruf: 13.12.2021.
- 3 Bericht der Landesregierung NRW zum Thema „Konfuzius-Institute in Nordrhein-Westfalen“ vom 5.1.2020 auf Bitte der

### I. Konfuzius-Institute in Deutschland

#### 1. Bestehende Institute

In Deutschland bestehen derzeit 19 Konfuzius-Institute, nämlich in Berlin, Bonn, Bremen, Düsseldorf, Duisburg-Essen, Erlangen-Nürnberg, Erfurt, Frankfurt/Main, Freiburg, Göttingen, Hamburg, Hannover, Heidelberg, Ingolstadt, Leipzig, München, Paderborn, Stralsund und Trier.

Ursprünglich waren die Institute durchweg mit einer Hochschule verbunden. Inzwischen haben die *Universitäten Düsseldorf* und *Hamburg* die Verbindung gelöst. In *Düsseldorf* hat das Rektorat im Jahr 2016 beschlossen, die Kooperation mit dem Konfuzius-Institut nicht mehr zu verlängern und ihm den Status des An – Instituts nicht mehr zu gewähren. Das Rektorat hat den Vertrag auch deshalb nicht mehr weiter verlängert, weil es nicht vollständig ausschließen konnte, dass die chinesische Staatsdoktrin Einfluss auf die Arbeit des Instituts nimmt.<sup>3</sup> Die *Universität Hamburg* ist im Juni 2020 aus dem Trägerverein des Hamburger Konfuzius-Instituts ausgetreten und hat der chinesischen Seite die Absicht mitgeteilt die 2007 geschlossene Kooperationsvereinbarung aufzulösen. Als Grund für das beabsichtigte Ende der Zusammenarbeit nannte das Präsidium der Universität die Veränderung der chinesischen Politik im Hinblick auf die Wissenschaft, etwa die Entfernung von wissenschaftlichen Freiheitsklauseln aus den Leitbildern vieler chinesischer Universitäten.<sup>4</sup> Der Präsident der *Universität Trier* und der Direktor des *Konfuzius-Instituts Trier* haben entschieden, die Aktivitäten des Instituts bis auf Weiteres ruhen zu lassen. Begründet haben sie dies mit jüngsten Schritten der chinesischen Regierung, welche die Frei-

Fraktion Bündnis 90/die Grünen (Landtagsvorlage 17/2873), S. 3; *Bialdiga*, *General-Anzeiger*, Diskussion über Chinesisch-Unterricht in NRW, 15.1.2020, [https://ga.de/region/koeln-und-rheinland/propaganda-verdacht-uni-duesseldorf-kuendigt-konfuzius-institut\\_aid-48332663](https://ga.de/region/koeln-und-rheinland/propaganda-verdacht-uni-duesseldorf-kuendigt-konfuzius-institut_aid-48332663), Abruf: 13.12.2021.

4 Forschung & Lehre vom 25.7.2020, Uni Hamburg zieht sich aus Konfuzius Institut zurück, <https://www.forschung-und-lehre.de/management/uni-hamburg-zieht-sich-aus-konfuzius-institut-zurueck-2978/>, Abruf: 11.11.2021; siehe auch PM des Konfuzius-Instituts an der Universität Hamburg vom 28.7.2020, <https://www.ki-hh.de/wp-content/uploads/2020/07/PM-20200728.pdf>.

heit von Forschung und Lehre durch Sanktionen gegen zahlreiche Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler in ganz Europa und auch gegen das Mercator Institute for China Studies (MERICS) einzuschränken versucht.<sup>5</sup> In Ingolstadt hat der Gemeinderat nach einem Aufruf von Menschenrechtsorganisationen am 29. 7. 2021 beschlossen, die Mitfinanzierung des dort bestehenden Audi-Konfuzius-Instituts zu beenden.<sup>6</sup>

## 2. Zugrunde liegende Vereinbarungen mit der chinesischen Seite

Die Konfuzius-Institute sind überwiegend als eingetragene Vereine im Sinne des BGB-Vereinsrechts organisiert. Träger des Konfuzius-Instituts Paderborn ist eine gGmbH. Das Konfuzius-Institut Düsseldorf ist als GmbH firmiert. Meist sind die Konfuzius-Institute auch An-Institute der betreffenden Hochschulen. In Berlin, Göttingen und Trier sind die Konfuzius-Institute allein An-Institute.

Der Gründung der Institute liegen Vereinbarungen mit der chinesischen Seite zugrunde. Partner auf deutscher Seite sind die betreffenden Hochschulen und teilweise auch die jeweiligen Hochschulstädte. In München ist die Stiftung *ex oriente* Trägerin des dortigen Konfuzius-Instituts.

Partner auf der chinesischen Seite waren zunächst die „Konfuzius Institute Headquarters“, welche dem *National Office of Teaching Chinese as a Foreign Language (Hanban)* zugeordnet waren, das seinerseits wiederum dem Zentralen Propaganda Departement der Kommunistischen Partei Chinas unterstellt war.<sup>7</sup> Teilweise, so in Hamburg, wurden die Vereinbarungen auf chinesischer Seite auch direkt von Hanban abgeschlossen.<sup>8</sup> Inzwischen sind im Juli 2020 auf der chinesischen Seite an die Stelle des Hanban zwei neugegründete Einrichtungen getreten. Die inhaltliche Ausgestaltung verantwortet das *Center for Language Education and Cooperation*, welches unmittelbar dem chinesischen Erziehungsministerium unterstellt ist. Die Finanzierung wird durch die Chinesische Stiftung für internationale Bildung, einen Zusammenschluss chinesischer Universitäten und Unternehmen, gesichert.<sup>9</sup>

Für die Arbeit der Konfuzius-Institute gilt auf chinesischer Seite des Regelwerk „Constitution and By-Laws of the Confucius Institutes“ aus dem Jahr 2016.<sup>10</sup>

Nr. 6 dieses Regelwerks bestimmt, dass die Konfuzius-Institute nicht gegen die Gesetze und Regelungen Chinas verstoßen sollen.

Nach Nr. 7 sollen die Konfuzius-Institute nicht an Aktivitäten teilnehmen, welche nicht mit der Mission der Konfuzius-Institute übereinstimmen.

Nach Nr. 12 erlässt das Headquarter weltweit Richtlinien für die Konfuzius-Institute.

Nach Nr. 35 sollen alle Konfuzius-Institute verpflichtet sein, das Regelwerk zu beachten.

Nach Nr. 39 behält sich das Headquarter das Recht vor, das Regelwerk zu interpretieren.

An Constitution and By-Laws of the Confucius Institutes sind eine Reihe von Konfuzius-Instituten nach den Vereinbarungen in unterschiedlicher Weise gebunden:

In Art. 2 Abs. 2 der zwischen der *Konfuzius Zentrale*, der *Universität Freiburg*, und der *Stadt Freiburg* getroffenen Vereinbarung vom 10.6.2009 heißt es: „Das Konfuzius-Institut an der Universität Freiburg soll sich an den Vorschriften des Konfuzius Instituts [sic!] halten, das deutsche und chinesische Recht sowie Sitten und Gebräuche beider Länder respektieren.“

Art. 5 Nr. 5 der Vereinbarung zwischen den *Headquarters* und der *Universität Heidelberg* vom Juli/August 2015 bestimmt, dass die Aktivitäten des Instituts im Einklang mit dem Regelwerk erfolgen sollen und nicht den deutschen und chinesischen Gesetzen und Regulierungen zuwider laufen dürfen.

Ebenso heißt es in Art. 5 Nr. 4 der Vereinbarung zwischen den *Headquarters* und der *Universität Paderborn* von Mai/Juni 2014, dass die Veranstaltungen des Instituts der Satzung der Konfuzius-Institute entsprechen und die chinesischen und deutschen kulturellen Sitten und Gebräuche berücksichtigen müssen und nicht im Widerspruch zu chinesischen und deutschen Gesetzen stehen dürfen.

5 Siehe *Erklärung zur aktuellen Wissenschaftspolitik Chinas* veröffentlicht unter [www.uni-trier.de/forschung/konfuziusinstitut-der-universitaet-trier/aktuelles](http://www.uni-trier.de/forschung/konfuziusinstitut-der-universitaet-trier/aktuelles), Abruf: 24. 11. 2021.

6 Süddeutsche Zeitung, Umstrittenes Konfuzius-Institut: Stadt stellt Fördergeld ein, 29.7.2021, <https://www.sueddeutsche.de/bayern/kommunen-ingolstadt-umstrittenes-konfuziusinstitut-stadt-stellt-foerdergeld-ein-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-210729-99-603510>, Abruf: 13.12.2021.

7 Vgl. Vorbemerkung zur Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage von Abgeordneten der FDP, BT-Dr. 19/11839 vom 27. 11. 2019, wiedergegeben bei Löwisch, Die Bundesregie-

rung zu den Konfuzius Instituten, OdW 2020, 131.

8 So noch im Rahmen der Erneuerung der Kooperationsvereinbarung zwischen dem Confucius-Institute Headquarters und der Universität Hamburg vom 13.8.2018.

9 Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage von *Jens Brandenburg*, *Gyde Jensen*, *Katja Suding*, und der Fraktion der FDP Abgeordneten der FDP, BT-Dr. 19/24163 vom 9. 11. 2020.

10 Constitution and By-Laws of the Confucius Institutes in der Fassung vom 23.11.2016, [https://confucius.nju.edu.cn/\\_t489/6279/list.htm](https://confucius.nju.edu.cn/_t489/6279/list.htm), Abruf: 11.11.2021.

Nach Art. 5 Nr. 5 der Vereinbarung zwischen den *Confucius-Headquarters* und der *Universität Duisburg-Essen* vom 31. 8. 2009 müssen die Aktivitäten des Instiuts im Einklang mit Constitution und By-Laws erfolgen, die kulturellen Bräuche respektieren und dürfen nicht den Gesetzen und Regelungen in Deutschland und China zuwider laufen.

Soweit zu sehen, sind die Vereinbarungen in diesem Punkt bislang zumeist nicht geändert worden. In *Bonn* wird die Vereinbarung derzeit mit dem Ziel überarbeitet, deutlicher den Werten und Ansprüchen der Universität Bonn zu genügen.<sup>11</sup> Auch in *Erlangen-Nürnberg* wird der Kooperationsvertrag aktuell überarbeitet.<sup>12</sup> In der neuen Fassung soll unter anderem ganz deutlich formuliert werden, wie wichtig die Freiheit von Forschung und Lehre ist. Der Kooperationsvertrag zwischen dem *Konfuzius-Institut Erfurt e. V.*, der *Fachhochschule Erfurt* und der *Leitung der Konfuzius-Institute Hanban* in Peking ist gerade überarbeitet worden.<sup>13</sup> Die *Universitäten Heidelberg* und *Freiburg* sehen bislang keine Probleme. Die Pressestelle der *Universität Heidelberg* hat auf Nachfrage erklärt, dass es keine Einflussnahme durch die chinesische Regierung oder die kommunistische Partei Chinas gebe und die Freiheit von Forschung, Lehre, Kunst und Kultur gewahrt werde.<sup>14</sup> Eine Einflussnahme seitens der chinesischen Regierung auf den Universitätsbetrieb hatte auch der damalige *Rektor der Universität Freiburg* ausgeschlossen.<sup>15</sup>

Die chinesische Seite stellt den Konfuzius-Instituten Startkapital und laufende Projektmittel zur Verfügung, stellt Lehrmaterial bereit und entsendet auf ihre Kosten chinesische Dozenten. Die deutsche Hochschule sorgt für die notwendigen Räume und Ressourcen, stellt das Verwaltungspersonal und ebenfalls Lehrpersonal.<sup>16</sup>

### 3. Ausrichtung der Konfuzius-Institute auf den Aufbau einer sozialistischen Kultur

Nach Kenntnis der Bundesregierung haben der chinesische Staat und die Kommunistische Partei Chinas schon

immer Einfluss auf Veranstaltungen, Lehrinhalte und –materialien der Konfuzius-Institute genommen.<sup>17</sup> Die Zielsetzung dieser Einflussnahme hat sich seit dem Jahr 2018 wesentlich verstärkt. Im Januar 2018 hat die sogenannte „Kleine Führungsgruppe zur Vertiefung umfassender Reformen“, ein zentrales Führungsgremium der Kommunistischen Partei Chinas, unter Vorsitz von Staats- und Parteichef *Xi Jinping* eine Reform der Konfuzius-Institute angestoßen. Künftig sollen die Institute einen Fokus auf den „Aufbau einer sozialistischen Kultur“ und Unterstützung einer „Diplomatie chinesischer Prägung“ legen. Dazu soll eine stärkere ideologische Vorbereitung des ins Ausland entsandten chinesischen Lehrpersonals erfolgen.<sup>18</sup>

An der so bestehenden inhaltlichen und personellen Nähe der Konfuzius-Institute zur Kommunistischen Partei Chinas und zum chinesischen Staat hat sich nach den Erkenntnissen der Bundesregierung durch die im Jahr 2020 erfolgten Änderungen der Organisationsstruktur nichts geändert.<sup>19</sup> Die inhaltliche Ausgestaltung der chinesischen auswärtigen Sprachpolitik, zu der die Erarbeitung der Lehrwerke, die Fortbildung Lehrender und Stipendienprogramme gehören, obliegt zwar nunmehr dem neu eingerichteten „Zentrum für Sprachbildung und Kooperation“. Dieses ist aber dem chinesischen Erziehungsministerium direkt unterstellt, das wiederum an die Direktiven der Kommunistischen Partei Chinas gebunden ist. Das für die Finanzierung verantwortliche Konsortium, bestehend aus chinesischen Universitäten und Unternehmen präsentiert sich zwar unter dem Namen „Chinesische Stiftung für internationale Bildung“. Aber auch die der Stiftung angehörenden Universitäten und Unternehmen sind in ihrer Arbeit grundsätzlich den Zielen der Partei verpflichtet.

Die nahe liegende Frage, inwieweit von chinesischer Seite gestellte Co-Direktoren, Lehrkräfte und weitere Mitarbeitende an Konfuzius-Instituten in Deutschland nach Kenntnis der Bundesregierung Anweisungen von Hanban, der chinesischen Botschaft oder chinesischen

11 z.B. *Feldwisch-Dentrup*, Tagesspiegel.de, Erste deutsche Unis überdenken umstrittene Konfuzius-Institute, 22.12.2019, <https://www.tagesspiegel.de/wissen/eine-art-ideen-waesche-erste-deutsche-unis-ueberdenken-umstrittene-konfuzius-institute/25360796.html>, Abruf: 13.12.2021.

12 *Pflug*, Trotz Spionage-Vorwürfen: Uni steht zu Konfuzius-Institut, 4.8.2021, <https://www.br.de/nachrichten/bayern/trotz-spionage-vorwuerten-uni-steht-zu-konfuzius-institut,SfiiUBH>, Abruf: 24.11.2021.

13 Pressemitteilung der Fachhochschule Erfurt vom 29. 8. 2021, <https://idw-online.de/de/news>, Abruf: 24. 11. 2021.

14 *Fuentes*, Heidelberger Studierendenzzeitung, Lässt die Uni Heidelberg über das Konfuzius-Institut wissentlich chinesische Propaganda zu?, 30. 1. 2021, <https://www.ruprecht.de/2021/01/30/laesst-die-uni-heidelberg-ueber-das-konfuzius-institut-wissentlich->

[chinesische-propaganda-zu/](https://www.tagesspiegel.de/wissen/eine-art-ideen-waesche-erste-deutsche-unis-ueberdenken-umstrittene-konfuzius-institute/25360796.html), Abruf: 13.12.2021.

15 *Klovert*, Spiegel Panorama 30. 11. 2019, <https://www.spiegel.de/lebenundlernen/uni/konfuzius-institute-an-deutschen-unis-kultur-aus-pekung-a-1298843.html>, Abruf: 24. 11. 2021.

16 So die Quintessenz der grundlegenden Gründungsvereinbarungen zwischen den Universitäten und den Headquarters.

17 Antwort der Bundesregierung (aaO Fn. 9), BT-Dr. 19/24163 vom 9. 11. 2020, S. 4.

18 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten *Jens Brandenburg*, *Katja Suding*, *Mario Brandenburg*, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP, BT-Dr. 19/15560 vom 27.11.2019.

19 Antwort der Bundesregierung (aaO Fn. 9), BT-Dr. 19/24163 vom 9.11.2020, S. 3f.

Konsulaten in Deutschland erhalten, hat die Bundesregierung aus Gründen des Staatswohls nicht offen beantwortet. Die Antwort ist im Parlamentssekretariat des Deutschen Bundestages hinterlegt und kann dort nur von Berechtigten eingesehen werden.<sup>20</sup> Auch der Verfassungsschutz beschränkt sich auf die Aussage, dass die Konfuzius-Institute bedeutsame Akteure auf dem Feld der Einflussnahme sind, die die akademische Freiheit auf unterschiedlichen Wegen zu unterminieren drohen.<sup>21</sup>

Die Hochschulrektorenkonferenz konstatiert in einem Beschluss aus dem September 2020, dass zunehmende staatliche Einflussnahme auf Inhalte und Abläufe an den chinesischen Hochschulen und eine wachsende Beschneidung der Wissenschaftsfreiheiten, wie sie sich nach kontinentaleuropäischen Verständnis definieren, die Kooperation erschweren und teilweise zum Erliegen bringen.<sup>22</sup> Nach den Erkenntnissen der HRK sind chinesische Lehrende angehalten, sich in ihren Vorlesungen an die Linie der Partei zu halten und „schädliche Ideen und Ausdrucksweisen“ zu vermeiden.<sup>23</sup> Auch wenn die Realität sich vor Ort unterschiedlich darstellen werde und innerhalb der chinesischen Wissenschaftscommunity unterschiedliche Wahrnehmungen und Einschätzungen zu diesen Fragestellungen bestünden, sei der potentiell einschüchternde Effekt dieser Anweisung unverkennbar.

Die HRK hat in ihrem Beschluss Leitfragen formuliert, welche sich die Hochschulen vor und bei einer Zusammenarbeit mit chinesischen Hochschulen und Einrichtungen stellen sollen. Zu diesen Leitfragen zählt die Art und Weise, in der die Freiheit von Forschung und Lehre in der Kooperation gewahrt wird. In die gleiche Richtung gehen Handlungsempfehlungen der Deutschen Vereinigung für Chinastudien e.V.<sup>24</sup>

## II. Inanspruchnahme und Relevanz der Gemeinnützigkeit

Soweit die Konfuzius-Institute eingetragene Vereine sind, nehmen sie als Körperschaften durchweg Gemeinnützigkeit im Sinne der §§ 51 ff. AO in Anspruch. Mit der Gemeinnützigkeit verbunden ist die Befreiung von der Körperschaftsteuer (§ 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG) und von der Gewerbesteuer (§ 3 Nr. 6 S. 1 GewStG). Auch können die

Konfuzius-Institute als gemeinnützige Körperschaften Stipendien verleihen, die beim Stipendiaten gem. § 3 Nr. 44 S. 2 EStG iVm § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG steuerfrei sind. Des Weiteren können Zuwendungen an die Institute vom Zuwendenden gem. § 10b Abs. 1 S. 1 iVm S. 2 Nr. 2 EStG bzw. § 9 Abs. 1 Nr. 2 KStG von der Steuer als Sonderausgaben abgezogen werden.<sup>25</sup> Die Finanzierungsbeiträge und Zuwendungen der chinesischen Seiten sind als solche unabhängig von der Gemeinnützigkeit zulässig, denn das deutsche Recht enthält keine Beschränkung der Finanzierung von Vereinen mit ausländischen Mitteln.<sup>26</sup>

Auch für bloße An-Institute ist die Gemeinnützigkeit relevant. Spenden können als Sonderausgaben abgezogen werden (§ 10b Abs. 1 S. 1 iVm S. 2 Nr. 1 EStG). Die Gewährung von Stipendien durch An-Institute ist nach § 3 Nr. 44 S. 1 HS 1 für den Stipendiaten ebenfalls grundsätzlich steuerfrei. Voraussetzung ist nach § 3 Nr. 44 S. 3 aber auch hier, dass die Stipendien einen für die Erfüllung der Forschungsaufgabe oder für die Bestreitung des Lebensunterhalts und die Deckung des Ausbildungsbedarfs erforderlichen Betrag nicht übersteigen und nach den vom Geber erlassenen Richtlinien vergeben werden, und der Empfänger im Zusammenhang mit dem Stipendium nicht zu einer bestimmten wissenschaftlichen oder künstlerischen Gegenleistung oder zu einer bestimmten Arbeitnehmertätigkeit verpflichtet ist.

Gestützt wird die Inanspruchnahme der Gemeinnützigkeit auf in den Satzungen formulierte Vereinszwecke, die den in § 52 AO anerkannten gemeinnützigen Betätigungen Förderung von Wissenschaft und Forschung (Nr. 1), Förderung von Kunst und Kultur (Nr. 5), Förderung der Erziehung, Volks- und Berufsbildung einschließlich der Studentenhilfe (Nr. 7) und (Förderung internationaler Gesinnung, der Toleranz auf allen Gebieten der Kultur und des Völkerverständigungsgedankens (Nr. 13) zuzuordnen sind. Genannt werden in den Satzungen dementsprechend die Förderung der internationalen Gesinnung und der Toleranz auf allen Gebieten der Kultur und des Völkerverständigungsgedankens zwischen China und Deutschland, das Angebot von Veranstaltungen zur Vermittlung chinesischer Sprache und Kultur sowie von Seminaren, Tagungen, Vortragsveranstaltungen und Projekten zur Geschichte, Kunst und Kultur Chinas, die Förderung des deutsch-chinesischen

20 Antwort der Bundesregierung (aaO Fn. 9), BT-Dr. 19/24163 vom 9.11.2020, S. 11.

21 BMiFBuH, Verfassungsschutzbericht 2020, S. 323.

22 HRK, Leitfragen zur Hochschulkooperation mit der Volksrepublik China, Beschluss des Präsidiums vom 9. 9. 2020, S. 3f., [https://www.hrk.de/fileadmin/redaktion/hrk/02-Dokumente/02-01-Beschluesse/HRK\\_Beschluss\\_Leitfragen\\_zur\\_Hochschulkooperation\\_mit\\_der\\_VR\\_China\\_9.9.2020.pdf](https://www.hrk.de/fileadmin/redaktion/hrk/02-Dokumente/02-01-Beschluesse/HRK_Beschluss_Leitfragen_zur_Hochschulkooperation_mit_der_VR_China_9.9.2020.pdf).

23 Beschluss der HRK vom 9.9.2020, S. 3.

24 Handlungsempfehlungen der Deutschen Vereinigung für Chinastudien e.V. zum Umgang deutscher akademischer Institutionen mit der Volksrepublik China, Stand 29. 12. 2018, <http://www.dvcs.eu/dokumente/handlungsempfehlungen.pdf>.

25 Siehe näher Förster, BB 2011, 663 f.

26 Wissenschaftliche Dienste des BT vom 18.2.2017, WD 3 -3000 -032/17.



Austausches von Experten, Lehrkräften, Studenten und Schülern, die Pflege der chinesisch-deutschen Beziehungen durch die Unterstützung und Zusammenarbeit mit der Sinologie der jeweiligen Universität und die Durchführung von Projekten mit Chinabezug.<sup>27</sup>

### III. Gemeinnützigkeit und Ausrichtung auf die sozialistische Kultur

#### 1. Geistige Offenheit als Wesenskern der einschlägigen Gemeinnützigkeitstatbestände

Die Steuervergünstigung wegen Gemeinnützigkeit setzt nach § 56 AO voraus, dass eine Körperschaft nur ihre steuerbegünstigten satzungsmäßigen Zwecke verfolgt. Aus diesem Ausschließlichkeitsgebot folgt umgekehrt, dass eine Körperschaft nicht steuerbegünstigt ist, wenn sie neben ihren steuerbegünstigten Zielen weitere Zwecke verfolgt, die nicht steuerbegünstigt sind.<sup>28</sup> Maßgeblich für die Ausschließlichkeit ist dabei die ideelle Zielsetzung. Welche Tätigkeiten entfaltet werden, um das gemeinnützige Ziel zu erreichen, spielt keine Rolle, solange die Mittel dem gemeinnützigen Zweck untergeordnet sind und nicht zum Selbstzweck werden.<sup>29</sup>

Ob von der Körperschaft entfaltete Tätigkeiten dem gemeinnützigen Zweck untergeordnet sind oder einen Selbstzweck verfolgen, ist in Rechtsprechung und Literatur vor allem für wirtschaftliche Betätigungen und politische Aktivitäten erörtert worden. Danach ist bei der wirtschaftlichen Betätigung die Grenze zum Selbstzweck überschritten, wenn es in erster Linie nicht mehr um die Beschaffung von Mitteln für die Verfolgung des gemeinnützigen Zwecks geht, sondern um den wirtschaftlichen Vorteil für die tätig werdenden selbst.<sup>30</sup> Die politische Betätigung wird zum Selbstzweck, wenn sie nicht mehr nur der Unterstützung des konkreten gemeinnützigen Zwecks dient, sondern in allgemeinpolitischen Aktivitäten besteht. Deshalb hat sich etwa bei der Förderung der Volksbildung i.S. von § 52 Abs. 2 Nr. 7 AO die Einflussnahme auf die politische Willensbildung und Gestaltung der öffentlichen Meinung auf bildungspolitische Fragestellungen zu beschränken<sup>31</sup> und darf die allgemeine

Förderung des demokratischen Staatswesens im Sinne von § 52 Abs. 2 Nr. 24 AO nicht gezielt auf die politische Willensbildung Einfluss nehmen wollen.<sup>32</sup>

Diese Konstellation des sich verselbständigenden Nebenzwecks erschöpft das Gebot der Ausschließlichkeit aber noch nicht. Der BFH hat am Beispiel des Zwecks der politischen Bildung, vgl. § 52 Abs. 1 Nr. 7 und Nr. 24 AO, ausgeführt, dass sich politische Bildung in geistiger Offenheit vollzieht und deshalb nicht förderbar ist, wenn sie eingesetzt wird, um die politische Willensbildung und die öffentliche Meinung im Sinne eigener Auffassungen zu beeinflussen.<sup>33</sup> Dieser Wesenskern der Gemeinnützigkeitstatbestände verlangt über die Tatbestände von § 52 Abs. 2 Nr. 7 und 24 AO hinaus auch sonst Beachtung:

Wissenschaft und Forschung im Sinne von § 52 Abs. 2 Nr. 1 AO sind nach der auch für das Steuerrecht maßgebenden Wertung des Art. 5 Abs. 3 GG freiheitlich geprägt. Der Wissenschaftsfreiheit liegt der Gedanke zugrunde, dass eine von gesellschaftlichen Nützlichkeits- und politischen Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten freie Wissenschaft Staat und Gesellschaft im Ergebnis am besten dient. Deshalb ist auch Wissenschaft ein grundsätzlich von Fremdbestimmung freier Bereich autonomer Verantwortung im Sinne der Rechtsprechung des BFH.<sup>34</sup> Damit lassen sich die Ausrichtung auf eine bestimmte Ideologie und die Indienstnahme für bestimmte politische Zwecke nicht vereinbaren. Diese stehen deshalb der Förderung entgegen.

Entsprechendes gilt für Kunst und Kultur im Sinne von § 52 Abs. 2 Nr. 5 AO und damit auch für die der Kunst zuzurechnende Literatur. Auch die Kunst ist nach Art. 5 Abs. 3 GG frei und in ihrer Freiheit sowohl im Bereich der Werkerschaffung wie im Bereich ihrer nach außen gerichteten Wirkung geschützt.<sup>35</sup> Künstler aus Gründen ihrer Person von der Schaffung eines Kunstprojekts auszuschließen oder die Verbreitung eines bestimmten literarischen Werkes zu verhindern oder zu erschweren, steht deshalb dem Ziel der Kunstförderung, so wie es nach § 52 Abs. 2 Nr. 5 AO verstanden werden muss, entgegen.

27 Siehe etwa § 2 der Satzung des Konfuzius-Instituts Heidelberg in der Fassung vom 15.7.2020 und § 2 Nr. 1 der Satzung des Konfuzius-Instituts Leipzig in der Fassung vom 3.11.2020.

28 Anwendungserlass des Bundesministeriums der Finanzen zu § 56 AO in der Fassung vom 31. 1. 2014, Nr. 1.

29 Hüttemann, DStJG 26(2003). 49, 58; Tipke/Kruse/Seer, AO/FGO, 167, Lieferung 09.2021, § 56 AO Rn 2; Hübschmann/Hepp/Spitaler/Musil, AO/FGO, 264, Lieferung 08.2021, § 56 Rn 4.

30 BFH 4. 4. 2007, I R 76/05, DB 2007, 1443.

31 BFH 10.1.2019, V R 60/17, NJW 2019, 877; ebenso BFH 9.2.2011, I R 19/10, HFR 2011, 952.

32 BFH 18. 8. 2021, V B 25/21 (AdV).

33 BFH 10. 1. 2019 aaO, Leitsatz 3 und Rn 23, 27, 29 und 33 und vom 18. 8. 2021 aaO Rn 35.

34 BVerfG 20.7.2010, 1 BvR 748/06, BVerfGE 127, 87 Rn 90.

35 BVerfG 31.5.2016, 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74 Rn 68, BVerfG 17.7.1984, 1 BvR 816/82, BVerfGE 67, 213, 224.

## 2. Unvereinbarkeit mit der Ausrichtung auf die sozialistische Kultur

Die von der chinesischen Seite vorgenommene Ausrichtung der Arbeit der Konfuzius-Institute auf den Aufbau einer sozialistischen Kultur und damit verbunden einer Diplomatie chinesischer Prägung lässt sich mit der von den Gemeinnützigkeitstatbeständen Wissenschaft und Forschung, Kunst und Kultur, Förderung der Bildung und Toleranz vorausgesetzten geistigen Offenheit nicht vereinbaren. Zwar gehört es zu geistiger Offenheit, sich auch mit einem nicht von geistiger Offenheit geprägten Wissenschafts-, Kunst- oder Bildungsverständnis auseinanderzusetzen. Sich aber an einem solchen nicht offenen Verständnis auszurichten, um einer bestimmten Ideologie, hier derjenigen der kommunistischen Partei Chinas, Geltung zu verschaffen, verfehlt das vom Grundgesetz vorgegebene freiheitliche Verständnis.

### IV. Zurechnung an die Konfuzius-Institute

#### 1. Geistige Offenheit in Satzung und Geschäftsführung als Voraussetzung der Steuervergünstigung

Nach § 59 AO wird die Steuervergünstigung nur gewährt, wenn sich aus der Satzung, dem Stiftungsgeschäft oder der sonstigen Verfassung (Satzung im Sinne dieser Vorschriften) ergibt, dass der von der Körperschaft verfolgte Zweck gemeinnützig ist und dass dieser Zweck ausschließlich und unmittelbar verfolgt wird. Auch die tatsächliche Geschäftsführung muss sich auf die ausschließliche Verfolgung des in der Satzung festgelegten gemeinnützigen Zwecks beschränken.

Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, wird gemäß § 60a AO in einem besonderen Verfahren geprüft, das in einer bindenden Feststellung mündet. Diese Prüfung erstreckt sich einmal auf die rechtliche Vereinbarkeit der Satzung mit den gesetzlichen Bestimmungen. Nach § 60a Abs. 6 AO wird aber auch geprüft, ob die tatsächliche Geschäftsführung mit den satzungsmäßigen Voraussetzungen übereinstimmt. Liegen bis zum Zeitpunkt des Erlasses des erstmaligen Körperschaftssteuerbescheids oder Freistellungsbescheids bereits Erkenntnisse vor, dass die tatsächliche Geschäftsführung gegen die satzungsmäßigen Voraussetzungen verstößt, ist die Feststellung abzulehnen.<sup>36</sup> Entsprechendes gilt für die Aufhebung entsprechender Feststellungen.

Im Kontext der von der chinesischen Seite vorgenommenen Ausrichtung auf den Aufbau einer sozialisti-

schen Kultur heißt das für die Gemeinnützigkeit der Konfuzius-Institute, dass die in ihren Satzungen festgelegten, der Förderung von Wissenschaft und Forschung, Kunst und Kultur und Volksbildung dienenden Zwecke nach den Bestimmungen der Satzungen in geistiger Offenheit zu verfolgen sind und dass die tatsächliche Geschäftsführung diese geistige Offenheit wahrt.

#### 2. Satzungsmäßige Verpflichtung auf geistige Offenheit

Wie oben unter II dargelegt, beschränken sich die Vereinszweckbestimmungen in den Satzungen der Konfuzius-Institute bislang auf Beschreibungen, die an den Formulierungen der einschlägigen Gemeinnützigkeitstatbestände orientiert sind. Folgte man einfach der im Vereinsrecht herrschenden Auffassung, dass Satzungsbestimmungen allein nach objektiven Maßstäben auszulegen sind,<sup>37</sup> führte das zu dem Ergebnis, dass die genannten Zwecke nach den Satzungen in geistiger Offenheit zu verfolgen sind. Denn diese Beschreibungen sind objektiv betrachtet neutral, so dass in Deutschland nach dem allgemeinen Sprachgebrauch davon auszugehen wäre, dass die beschriebenen Ziele in geistiger Offenheit verfolgt werden sollen.

Übertrüge man diese rein vereinsrechtliche Sichtweise auf § 59 AO, müssten bei der Beurteilung der Voraussetzungen der Gemeinnützigkeit notwendig die der Gründung der Konfuzius-Institute zu Grunde liegenden Vereinbarungen außer Betracht bleiben. Die dort zum Teil enthaltene Verpflichtung auf die Einhaltung des chinesischen Rechts und insbesondere des Regelwerks „Constitution und By Laws of the Confucius-Institutes“ spielte keine Rolle, obwohl die Verpflichtung auf dieses Regelwerk im Widerspruch zum Gebot der geistigen Offenheit steht.

Indessen ist eine solche Sichtweise mit dem steuerrechtlichen Verbot des Missbrauchs rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten unvereinbar: Nach § 42 Abs. 2 Satz 1 AO liegt ein solcher Missbrauch vor, wenn eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt wird, die beim Steuerpflichtigen oder einem Dritten im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil führt. Gestaltet der Steuerpflichtige den Sachverhalt so, dass er gegen den Zweck des Gesetzes eine Steuervergünstigung erwirkt, wird das durch eine zweckentsprechende Gesamtbetrachtung des maßgeblichen Geschehens korrigiert.<sup>38</sup> Indiz für die Unangemessenheit der Gestaltung ist dabei auch deren Intransparenz.<sup>39</sup> Im Hinblick auf die

<sup>36</sup> Anwendungserlass des Bundesministeriums der Finanzen zu § 60a AO in der Fassung vom 31. 1. 2014, Nr. 2.

<sup>37</sup> Mit Nachweisen Staudinger/Schwennicke, 2019, § 25 BGB Rn 53, der selbst in Rn 54 für ein weiteres Verständnis plädiert, welches

auch den Willen der Gründe einbezieht.

<sup>38</sup> Tipke/Lang/Englisch, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, § 5 Rn. 116 ff.

<sup>39</sup> Tipke/Lang/Englisch, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, § 5 Rn. 127.

aus der Gemeinnützigkeit folgenden Steuervergünstigungen muss von einer solchen Unangemessenheit der Sachverhaltsgestaltung ausgegangen werden, wenn der Verein seine Satzung zwar so formuliert, dass die Vereinszweckbestimmungen dem allgemeinem Sprachgebrauch nach die Voraussetzungen von Gemeinnützigkeitstatbeständen erfüllen, er aber im gleichen Atemzug rechtliche Verpflichtungen eingeht, die mit diesen Tatbeständen unvereinbar sind.

Von einer Unangemessenheit in diesem Sinne muss bei denjenigen Konfuzius-Instituten ausgegangen werden, die sich in den Vereinbarungen mit der chinesischen Seite verpflichtet haben, das chinesische Recht und insbesondere das Regelwerk Constitution and By-Laws of the Confucius-Institutes einzuhalten. Denn das chinesische Recht und insbesondere dieses Regelwerk implizieren die Verpflichtung, die Arbeit der Konfuzius-Institute an der sozialistischen Kultur auszurichten. Das aber steht im Widerspruch zur geistigen Offenheit welche die hier in Rede stehenden Gemeinnützigkeitstatbestände voraussetzen.

Vermeiden lässt sich dieser Widerspruch nur, wenn in den Vereinbarungen über Errichtung und Arbeit der Konfuzius-Institute auf die Bindung an chinesisches Rechtsvorschriften überhaupt verzichtet oder jedenfalls in transparenter Form klargelegt wird, dass die in Vereinbarung und Satzung festgelegten Zwecke unabhängig von abweichenden chinesischen Rechtsvorschriften und Auffassungen in völliger geistiger Offenheit verfolgt werden. Überarbeitungen der Vereinbarungen wie sie offenbar in Bonn und Erlangen-Nürnberg im Gang sind, sollten diese steuerrechtlichen Anforderungen an die Gemeinnützigkeit in Rechnung stellen.

### 3. Geschäftsführung

Ob die tatsächliche Geschäftsführung das mit den einschlägigen Gemeinnützigkeitstatbeständen verbundene Gebot der Zweckverfolgung in geistiger Offenheit wahrt, unterliegt der Beurteilung im Einzelfall.

Die auf Intervention chinesischer Stellen erfolgten Absagen von Autorenlesungen aus Werken, die sich kritisch mit dem chinesischen Staats- und Parteichef befassen, durch die Konfuzius-Institute Duisburg-Essen und Hannover verstießen offenkundig gegen dieses Gebot.

Dieser Verstoß wird auch nicht dadurch „geheilt“, dass die Veranstaltungen ersatzweise von den Hochschulen in eigener Verantwortung durchgeführt worden sind.<sup>40</sup> Denn für die steuerrechtlichen Tatbestände der Gemeinnützigkeit entscheidend ist allein die tatsächliche Geschäftsführung der Vereine selbst.

Andere Verstöße sind vielfach denkbar. So verletzt die Beschränkung des verwendeten Lehrmaterials auf solches mit bestimmter politischer Zielsetzung die geistige Offenheit. Gleiches gilt für die Auswahl des Lehrpersonals nach Kriterien der politischen Einstellung. Nicht zu vereinbaren mit geistiger Offenheit sind auch die zielgerichtete Aussparung bestimmter als politisch brisant eingeschätzter Themen aus der Projekt- und Programmplanung und die vorherige „Bereinigung“ kritischer Stellen in Publikationen vor deren Veröffentlichung.

Allerdings wäre es unverhältnismäßig, jeweils schon aus einem einzelnen Verstoß gegen das Gebot der Zweckverfolgung in geistiger Offenheit abzuleiten, dass der Verein nicht ausschließlich gemeinnützige Zwecke verfolgt, und ihm deshalb die Steuervergünstigung der Gemeinnützigkeit zu versagen. Lässt aber die tatsächliche Geschäftsführung erkennen, dass der Verein bereit ist, in Konfliktfällen die Wahrung der geistigen Offenheit der Ausrichtung am Aufbau der sozialistischen Kultur unterzuordnen, ist das Gebot der Zweckverfolgung in geistiger Offenheit verletzt.

## V. Ergebnis

1. Die für die Konfuzius-Institute einschlägigen Gemeinnützigkeitstatbestände setzen die Zweckverfolgung in geistiger Offenheit voraus. Mit dieser ist eine Ausrichtung der Arbeit der Institute am Aufbau einer sozialistischen Kultur unvereinbar.
2. Sind Konfuzius-Institute in ihren Vereinbarungen mit der chinesischen Seite zur Einhaltung chinesischer Regelungen verpflichtet, welche die Arbeit der Institute am Aufbau einer sozialistischen Kultur ausrichten sollen, steht das der Gemeinnützigkeit deshalb entgegen.

<sup>40</sup> Wittek, Stellungnahme der UDE, <https://www.uni-due.de/2021-10-25-stellungnahme-ude-absage-buchvorstellung-konfuzius-institut>, 25.10.2021, Abruf: 13.12.2021; WDR, Umstrittene Lesung über Chinas Präsidenten findet nun doch statt, <https://www1.wdr.de/nachrichten/ruhrgebiet/duisburg-chinakritische-lesung-abgesagt-100.html>, 26.10.2021, Abruf: 13.12.2021.

3. Auch wenn die tatsächliche Geschäftsführung erkennen lässt, dass ein Institut bereit ist, in Konfliktfällen das Gebot der geistigen Offenheit der Ausrichtung an der sozialistischen Kultur unterzuordnen, muss das zur Versagung der Gemeinnützigkeit führen.

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

Matthias Ruffert

*Keine Landeskompetenz für § 110 Abs. 6*

*Satz 2 BerlHG und § 95 Abs. 1 Satz 2 BerlHG*

*(jeweils i.d.F. vom 25. September 2021)*

Das Berliner Abgeordnetenhaus hat am 2. September 2021 ein neues Hochschulgesetz angenommen. Erst in der Ausschussberatung (und auch nach Anhörung der Berliner Universitäten) wurde ein neuer § 110 Abs. 6 Satz 2 BerlHG in das Verfahren eingeführt.<sup>1</sup> Die Präsidentin der Humboldt-Universität zu Berlin, Frau Prof. Dr.-Ing. Dr. Sabine Kunst, trat aufgrund der gesetzlichen Neuregelung von ihrem Amt zurück.<sup>2</sup> Die folgende verfassungsrechtliche Kurzstellungnahme wurde über die Pressestelle der Humboldt-Universität zu Berlin verbreitet.<sup>3</sup> Die fragliche Vorschrift lautet:

(6) Mit einem wissenschaftlichen Mitarbeiter oder einer wissenschaftlichen Mitarbeiterin auf einer Qualifikationsstelle kann vereinbart werden, dass im Anschluss an das befristete Beschäftigungsverhältnis der Abschluss eines unbefristeten Beschäftigungsverhältnisses erfolgen wird (Anschlusszusage), wenn die bei der Anschlusszusage festgelegten wissenschaftlichen Leistungen erbracht wurden und die sonstigen Einstellungs Voraussetzungen vorliegen. <sup>2</sup>Sofern der wissenschaftliche Mitarbeiter oder die wissenschaftliche Mitarbeiterin bereits promoviert ist und es sich bei dem im Arbeitsvertrag genannten Qualifikationsziel um eine Habilitation, ein Habilitationsäquivalent, den Erwerb von Lehrerfahrung und Lehrbefähigung oder um sonstige Leistungen zum Erwerb der Berufungsfähigkeit gemäß § 100 handelt, ist eine Anschlusszusage zu vereinbaren.

## I. Fragestellung und ihre Bedeutung

Hat das Land Berlin die Kompetenz zum Erlass von § 110 Abs. 6 Satz 2 BerlHG und § 95 Abs. 1 Satz 2 BerlHG (jeweils in der ab dem 25. September 2021 geltenden Fassung)?

Die Frage ist nicht nur abstrakt relevant. Grundrechtseingriffe – wie hier in die in Art. 5 Abs. 3 GG verankerte Hochschulautonomie – sind nur durch formell verfassungskonforme Gesetze zu rechtfertigen.<sup>4</sup> Verstößen die betreffenden Normen des BerlHG gegen die bundesstaatliche Kompetenzordnung, könnte daher neben einer abstrakten Normenkontrolle auch eine Verfassungsbeschwerde erfolgreich sein, sofern die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen bezogen auf den konkreten Beschwerdeführer erfüllt sind.

## II. Bundeskompetenz für Befristungsregelungen in der Hochschule

### 1. Grundsätze der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern

Nach Art. 70 Abs. 1 GG haben die Länder das Recht der Gesetzgebung, soweit dem Bund durch das Grundgesetz keine Gesetzgebungsbefugnisse verliehen werden. Die Kataloge der Art. 73 und 74 GG sowie die sonstigen grundgesetzlichen Bestimmungen zur föderalen Verteilung von Gesetzgebungskompetenzen gehen von einer vollständigen, abschließenden Kompetenzverteilung entweder auf den Bund oder auf die Länder aus. „Auch wenn die Materie eines Gesetzes Bezug zu verschiedenen Sachgebieten aufweist, die teils dem Bund, teils den Ländern zugewiesen sind, besteht deshalb die Notwendigkeit, sie dem einen oder anderen Kompetenzbereich zuzuweisen.“<sup>5</sup> Auf diese Weise „wird der Kompetenzbereich der Länder daher grundsätzlich durch die Reichweite der Bundeskompetenzen bestimmt, nicht umgekehrt.“<sup>6</sup> Aus der in Art. 30 und Art. 70 Abs. 1 GG verwendeten Regelungstechnik ergibt sich keine Zuständigkeitsvermutung zugunsten der

1 Das parlamentarische Verfahren ist abrufbar unter <https://par-dok.parlament-berlin.de/portala/browse.tt.html> zur Drs. 18/3818.  
2 <https://www.hu-berlin.de/de/pr/nachrichten/oktober-2021/nr-211026-1>.  
3 <https://www.hu-berlin.de/de/pr/nachrichten/november-2021/nr-21111>.  
4 Allg. M. Prägnant: *Hufen*, Staatsrecht II, 7. Aufl. 2018, § 34, Rn. 26: „Nur vom zuständigen Gesetzgeber erlassene Gesetze können die

Wissenschaftsfreiheit einschränken.“

5 BVerfG, Beschl. v. 25.3.2021 – 2 BvF 1/20, 2 BvL 4/20, 2 BvL 5/20, NJW 2021, 1377, Rn. 81 (Berliner Mietendeckel) unter Rückgriff auf st. Rspr.

6 BVerfG (Fn. 5), Rn. 82. BVerfGE 135, 155 (196), worauf sich das BVerfG bezieht, verdeutlicht, dass dies auch im Hinblick auf das „Hausgut“ der Länder gilt (konkret: Kultur).



Länder.<sup>7</sup> Es kommt also darauf an, ob es eine Bundeskompetenz gibt, die einer landesrechtlichen Regelung wie in § 110 Abs. 6 Satz 2 BerlHG und § 95 Abs. 1 Satz 2 BerlHG entgegensteht.

#### 1. „Arbeitsrecht“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG)

Gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebung auf das Gebiet des Arbeitsrechts. Wenn es sich bei § 110 Abs. 6 Satz 2 BerlHG und § 95 Abs. 1 Satz 2 BerlHG um arbeitsrechtliche Regelungen handelt, steht dem Land Berlin die Befugnis zur Gesetzgebung nur dann zu, wenn der Bund von dieser Gesetzgebungszuständigkeit nicht Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Abs. 1 GG). Weitere Einschränkungen der Bundeszuständigkeit (Art. 72 Abs. 2 und 3 GG) bestehen nicht.

Der Begriff des „Arbeitsrechts“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG ist – wie durchweg die in Art. 73 und 74 GG genannten Materien – als unbestimmter Rechtsbegriff der Auslegung nach den allgemeinen Regeln der Verfassungsinterpretation zugänglich.<sup>8</sup> Nach allgemeiner Meinung erfasst dieser Begriff alle Regelungen, die auf Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern bezogen sind, mithin den gesamten Bereich des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts; auf die Zuordnung zur Privatwirtschaft oder zum öffentlichen Dienst kommt es nicht an.<sup>9</sup> Das BVerfG hat dementsprechend zahlreiche arbeitsrechtliche Einzelregelungen diesem Kompetenztitel zugeordnet.<sup>10</sup>

„Die Zuordnung einer gesetzlichen Regelung zu einem Kompetenztitel von ... Art. 74 GG ... erfolgt anhand ihres (unmittelbaren) Regelungsgegenstands<sup>11</sup>, ihrer Wirkungen und Adressaten sowie des Normzwecks<sup>12</sup>. Ob sich eine Regelung unter einen Kompetenztitel subsumieren lässt, hängt davon ab, ob der dort genannte Sachbereich unmittelbar oder lediglich mittelbar Gegenstand dieser Regelung ist.<sup>13</sup> Für dessen Ermittlung ist der sachliche – auch aufgrund des Gesamtzusammenhangs der Regelung im jeweiligen Gesetz zu ermittelnde – Gehalt einer Regelung und nicht die vom Gesetzgeber gewählte Bezeichnung maßgebend.<sup>14</sup> Eine gesetzliche Regelung ist – ihrem Hauptzweck entsprechend – dem Kompetenztitel zuzuordnen, den sie speziell und nicht

(lediglich) allgemein behandelt<sup>15</sup>, wobei die Regelung in ihrem – kompetenzbegründenden – (Gesamt-)Sachzusammenhang zu erfassen ist.“<sup>16</sup> Der Normzweck ergibt sich „regelmäßig aus dem – durch Auslegung zu ermittelnden – objektivierten Willen des Gesetzgebers“<sup>17</sup>. Dieser ist mit Hilfe der anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung zu ermitteln, das heißt anhand des Wortlauts der Norm, ihrer systematischen Stellung, nach Sinn und Zweck sowie anhand der Gesetzesmaterialien und ihrer Entstehungsgeschichte, wobei sich diese Methoden nicht gegenseitig ausschließen, sondern ergänzen. Keine unter ihnen hat einen unbedingten Vorrang vor der anderen.<sup>18</sup> Nicht entscheidend sind allerdings die subjektiven Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder Einzelner ihrer Mitglieder.<sup>19</sup>

Nach diesen Maßstäben handelt es sich sowohl bei § 110 Abs. 6 Satz 2 BerlHG als auch bei § 95 Abs. 1 Satz 2 BerlHG dem Wortlaut nach um arbeitsrechtliche Regelungen. Sie regeln das Verhältnis zwischen der Hochschule und ihren Arbeitnehmern, bei § 110 Abs. 6 Satz 2 BerlHG zwischen der Hochschule und der konkreten Gruppe der promovierten wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern. Die Regelungen wirken sich unmittelbar auf die Rechtsverhältnisse der jeweils von ihr betroffenen (wissenschaftlichen) Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter aus. Der Anspruch auf eine Anschlusszusage bzw. das Verbot der sachgrundlosen Befristung ist nicht nur mittelbarer Reflex einer Regelung mit anderem Regelungsgegenstand.

Darauf, dass diese Regelung im Berliner *Hochschulgesetz* getroffen wird, kommt es nach den beschriebenen verfassungsgerichtlich festgelegten Maßstäben nicht an. Nach ihrem erkennbaren Regelungszweck geht es der Regelung auch nicht um eine Reform der Struktur wissenschaftlichen Arbeitens an den Hochschulen, sondern unmittelbar um die Veränderung der Arbeitsverhältnisse des wissenschaftlichen Mittelbaus, also um Arbeitsrecht, nicht um Hochschulrecht. Die Entstehungsgeschichte macht dies besonders deutlich. Das Gesetz setze „... noch einen besonderen Akzent ... im Bereich der *guten Arbeit*: durch Entfristung nach der Promotion.“ Durch diese unmittelbare Veränderung der Arbeitsbe-

7 BVerfG (Fn. 5), Rn. 82. Das BVerfG kehrt hier endgültig von einer zuletzt 1976 in BVerfGE 42, 20 (28) vertretenen Rechtsprechung ab.

8 BVerfG (Fn. 5), Rn. 99.

9 Statt aller *Oeter*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG III, 7. Aufl. 2018, Art. 74, Rn. 101.

10 Aufzählung bei *Oeter* (Fn. 9).

11 BVerfG (Fn. 5), Rn. 104 m.w.N.

12 BVerfG (Fn. 5), Rn. 104 m.w.N.

13 BVerfG (Fn. 5), Rn. 105 m.w.N.

14 BVerfG (Fn. 5), Rn. 105 m.w.N.

15 BVerfG (Fn. 5), Rn. 105 m.w.N. zum Schrifttum.

16 BVerfG (Fn. 5), Rn. 105 m.w.N. zum Schrifttum.

17 BVerfG (Fn. 5), Rn. 106.

18 BVerfG (Fn. 5), Rn. 106 m.w.N.

19 BVerfG (Fn. 5), Rn. 106 m.w.N.

dingungen Promovierter entstände Berlin ein Vorteil im Wettbewerb um den wissenschaftlichen Nachwuchs.<sup>20</sup> Bereits die Senatsvorlage für das Abgeordnetenhaus enthält folgende Passage:<sup>21</sup>

„Gute Arbeitsbedingungen sind ein wichtiger Garant für ertragreiche Arbeitsprozesse und zufriedenstellende Arbeitsergebnisse. Wichtige Verabredungen zum Thema gute Arbeit an den Berliner Hochschulen wurden bereits in den aktuellen Hochschulverträgen für die Jahre 2018 bis 2022 getroffen. Im 14. Gesetz zur Änderung des Berliner Hochschulgesetzes wurden im Jahr 2017 bereits wichtige Weichenstellungen gesetzt, um eine verbesserte Grundlage für eine verlässliche Personalentwicklung in den Berliner Hochschulen sowie gute Beschäftigungsbedingungen zu schaffen. Allerdings bestehen auch im Bereich des Personalwesens weitere Änderungsbedarfe.“

Zur seinerzeit generell vorgeschlagenen optionalen Anschlusszusage führt die Begründung des Senats aus:<sup>22</sup>

„Für diese an das Modell des Tenure-Track (s. § 102c) angelegte Regelung besteht im Bereich des Hochschularbeitsrechts zwar kein zwingender gesetzgeberischer Regelungsbedarf. Der Gesetzgeber will mit dieser neuen Regelung aber das Interesse daran unterstreichen, möglichst vielen befristeten Beschäftigten frühzeitig Perspektiven für eine Dauerbeschäftigung aufzuzeigen, soweit seitens der Hochschule ein solcher Bedarf gesehen wird und entsprechende Möglichkeiten bestehen.“

Die auf eine arbeitsrechtliche Regelung orientierte Zielrichtung des Gesetzgebers ist offenkundig. Auch für § 95 Abs. 1 Satz 2 BerlHG gibt es an dieser Zuordnung keine Zweifel.

## 2. Umfang der Sperrwirkung

### a) Grundsatz

Weil dem Land Berlin die Befugnis zur Gesetzgebung nur dann zusteht, wenn der Bund von dieser Gesetzgebungszuständigkeit nicht Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Abs. 1 GG), ist nunmehr in den Blick zu nehmen, wie weit die Gesetzgebung des Bundes im Bereich der befristeten Arbeitsverhältnisse im akademischen Mittelbau reicht.

„Macht der Bund von der konkurrierenden Gesetzgebung Gebrauch, verlieren die Länder gemäß

Art. 72 Abs. 1 GG das Recht zur Gesetzgebung in dem Zeitpunkt („solange“) und in dem Umfang („soweit“), in dem der Bund die Gesetzgebungskompetenz zulässigerweise in Anspruch nimmt (sog. Sperrwirkung). Soweit die Sperrwirkung reicht, entfällt die Gesetzgebungskompetenz der Länder<sup>23</sup>. Die Sperrwirkung verhindert für die Zukunft den Erlass neuer Landesgesetze und entzieht in der Vergangenheit erlassenen Landesgesetzen die Kompetenzgrundlage, sodass sie nichtig sind beziehungsweise werden. ... In sachlich-inhaltlicher Hinsicht reicht die Sperrwirkung so weit, wie der Bundesgesetzgeber eine erschöpfende, also lückenlose und abschließende Regelung getroffen hat beziehungsweise treffen wollte.“<sup>24</sup>

### b) § 95 Abs. 1 Satz 2 BerlHG

Befristete Arbeitsverhältnisse sind bundesrechtlich in § 14 TzBfG geregelt. Die Vorschrift ist gemäß § 1 Abs. 2 WissZeitVG auf wissenschaftliches Personal ausdrücklich anwendbar. Zulässig sind befristete Arbeitsverhältnisse nach dieser Bestimmung nur, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt sind (§ 14 Abs. 1 TzBfG). In den Absätzen 2, 2a und 3 des § 14 TzBfG regelt der Bundesgesetzgeber abschließend die Fälle, in denen eine sachgrundlose Befristung zulässig ist, einschließlich von Abweichungsmöglichkeiten der Tarifvertragsparteien. Der Bundesgesetzgeber hat insofern von seiner Kompetenz abschließend Gebrauch gemacht. § 95 Abs. 1 Satz 2 BerlHG schließt sachgrundlose Befristungen generell aus. „Ein deutliches Anzeichen dafür, dass eine landesrechtliche Bestimmung einen Bereich betrifft, den der Bundesgesetzgeber geregelt hat, liegt vor, wenn ihr Vollzug die Durchsetzung des Bundesrechts beeinträchtigt und dieses nicht mehr – zumindest nicht mehr vollständig – oder nur verändert angewandt und sein Regelungsziel lediglich modifiziert verwirklicht werden kann.“<sup>25</sup> Genau dies ist hier der Fall: Indem nach § 95 Abs. 1 Satz 2 BerlHG sachgrundlose Befristungen auch in den Fällen der § 14 Abs. 2, 2a und 3 TzBfG nicht mehr möglich sind, wird das beschriebene bundesrechtliche Regelungsschema durchbrochen.

### c) § 110 Abs. 6 Satz 2 BerlHG

Befristete Arbeitsverträge an Hochschulen sind bundesrechtlich im WissZeitVG geregelt. Dessen § 1 verweist

20 Abgeordnetenhaus von Berlin, 18. WP, Plenarprotokoll der 83. Sitzung vom 2. September 2021, S. 9852 (Abg. Czyborra) – dort Zitat mit Hervorhebung von Verf. – sowie S. 9855 (Abg. Schulze). Ähnlich auch die Einbringung in den Ausschuss durch die Abg. Czyborra, <https://www.youtube.com/watch?v=8hehY-C-gt4&list=PLgqUxMeOmFH3dxbD-zR7kbuaJbeB9SWD&index=36> ab min 39:14.

21 Drs. 18/3818 vom 8.6.2021; Vorblatt, S. 3.

22 Drs. 18/3818 vom 8.6.2021; Vorblatt, S. 202. Hervorhebung von Verf.

23 BVerfG (Fn. 5), Rn. 87 ff. m.w.N. auch zum Schrifttum.

24 BVerfG (Fn. 5), Rn. 92 m.w.N.

25 BVerfG (Fn. 5), Rn. 106, sowie bereits in BVerfGE 102, 99 (115) – Abfallgesetz NRW.

für den Abschluss von Arbeitsverträgen für eine bestimmte Zeit (befristete Arbeitsverträge) mit wissenschaftlichem und künstlerischem Personal (außer Hochschullehrer) an staatlichen Hochschulen des Landesrechts auf die §§ 2, 3 und 6 des Gesetzes. Diese Normen regeln im Wesentlichen die Befristungshöchstdauer. Bundesrechtlich ist – mit Modifikationen im Einzelnen – die Befristung bis zu sechs Jahre vor der Promotion und bis zu weitere sechs Jahre nach der Promotion möglich, § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 WissZeitVG. Für längere Zeiträume kann wissenschaftliches Personal nur unbefristet eingestellt werden.

Ziel der Befristungsregelungen des WissZeitVG ist es, die Erneuerungsfähigkeit der an den Hochschulen betriebenen Lehre und Forschung sicherzustellen.<sup>26</sup> Die Begründung für die 1985 in das Hochschulrahmengesetz (HRG) aufgenommenen §§ 57a ff., die nach der Föderalismusreform I in das WissZeitVG übertragen wurden<sup>27</sup>, verweist wörtlich auf „den laufenden Zustrom junger Wissenschaftler und Ideen“ und darauf, zu verhindern, dass ohne diesen Zustrom „die Forschung erstarren würde“.<sup>28</sup> Vorgehende Generationen dürften die Stellen nicht blockieren, sondern das nachrückende Personal müsse die Chance haben, in den universitären Wissenschaftsbetrieb zu gelangen. Dieses gesetzgeberische Ziel kann jedoch nicht erreicht werden, wenn allen promovierten wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern eine Anschlusszusage gemacht werden muss. Sie sind dann im Anschluss an die befristete Beschäftigung unbefristet zu beschäftigen. Auch hierdurch tritt der Fall ein, dass der Vollzug einer landesrechtlichen Regelung die Durchsetzung des Bundesrechts beeinträchtigt und dieses mindestens nicht mehr vollständig oder nur verändert angewandt werden kann bzw. dass sein Regelungsziel modifiziert wird. Auch hier fehlt es mithin an einer Landeskompetenz.

Die klare Zielsetzung der bundesgesetzlichen Regelung verhindert es auch, sie als eine Mindestregelung anzusehen, die einer strengeren Regelung durch den Landesgesetzgeber zugänglich wäre.<sup>29</sup> „Strenger“ im Sinne der bundesgesetzlichen Regelung wäre letztlich eine noch größere Flexibilität bei Befristungen.

Das klare Ziel der bundesrechtlichen Regelung steht auch einer Argumentation entgegen, die darauf abstellte, dass § 110 Abs. 6 Satz 2 BerlHG die Befristungsregelung nach dem WissZeitVG formaliter nicht berührt, sondern

nur den Zeitraum nach Ablauf der Beschäftigungsfrist betrifft.<sup>30</sup> Nach Ablauf einer befristeten Qualifikationsstelle erhalten zwar nur diejenigen Beschäftigten die zugesagte unbefristete Stelle, die die Voraussetzungen dafür erfüllen. Die Einrichtung von Qualifikationsstellen erfolgt aber gerade mit dem Ziel, die Voraussetzungen durch Qualifikation zu erfüllen, so dass die weit überwiegende Zahl der promovierten wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in der Lage sein werden, von der Anschlusszusage Gebrauch zu machen. Damit kommt die befristete Einstellung mit Anschlusszusage einer unbefristeten Einstellung in der Wirkung insofern gleich, als die Erneuerung des Personals in der Wissenschaft mit dem Ziel der Dynamisierung von Forschung und Lehre, wie sie das WissZeitVG erstrebt, nicht mehr möglich wäre. Vorhandene Stellen würden von Personen blockiert, die von ihrer Anschlusszusage Gebrauch gemacht haben. Verschärfend käme mit Blick auf die Intention des Bundesgesetzgebers, die Qualität von Forschung und Lehre zu steigern, hinzu, dass insbesondere solche wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die nicht im Anschluss an die hierfür grundsätzlich befähigende Habilitation auf eine Professur berufen würden, weil es stärkere Bewerberinnen und Bewerber gibt, die Anschlusszusage zur Absicherung des eigenen Lebensunterhalts ausnutzen würden. Das konkretisierte Sinn und Zweck der abschließenden bundesgesetzlichen Regelung.

### III. Ergebnis

Dem Land Berlin fehlt die Kompetenz für den Erlass von § 110 Abs. 6 Satz 2 BerlHG. Die gesetzliche Bestimmung ist unwirksam und insoweit auch keine taugliche Grundlage für Grundrechtseingriffe. Auch für § 95 Abs. 1 Satz 2 BerlHG besteht keine Landeskompetenz.

Professor Dr. Matthias Ruffert hat an der Humboldt-Universität zu Berlin den Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht inne.

26 Zum folgenden auch Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Ausarbeitung WD 3 - 3000 - 173/21 S. 7 f.

27 Zur Erläuterung *Löwisch*, Die Ablösung der Befristungsbestimmungen des Hochschulrahmengesetzes durch das Wissenschafts-

zeitvertragsgesetz, NZA 2007, 479.

28 BT-Drs. 10/2283, S. 6 sub 1.

29 BVerfG (Fn. 5), Rn. 91.

30 Zum folgenden Deutscher Bundestag (Fn. 23), S. 8.

# Manfred Löwisch und Viktor Kurz

## *Neues Bundespersonalvertretungsgesetz: Relevanz für das Personalvertretungsrecht der Hochschulen der Länder*

Kurz vor Ende der Legislaturperiode hat der 19. Bundestag ein neues Bundespersonalvertretungsgesetz (BPerVG) beschlossen.<sup>1</sup> Dieses enthält auch für das Personalvertretungsrecht der Länder und damit für deren Hochschulen relevante Änderungen, denen im Folgenden nachgegangen wird.

### **I. Aufhebung der Rahmenvorschriften**

Bislang enthielt das BPersVG in seinem Teil 2 „Personalvertretungen in den Ländern“ in einem ersten Abschnitt Rahmenvorschriften für die Landesgesetzgebung (§§ 94 bis 106). Die Rahmenvorschriften hatten nach der Föderalismusreform des Jahres 2006 wegen des Wegfalls der bis dahin in Art. 75 Abs. 1 Nr. 1 GG enthaltenen Kompetenz des Bundes zur Rahmengesetzgebung für den öffentlichen Dienst der Länder ihre Rechtsgrundlage nur noch in der Übergangsvorschrift des Art. 125 a Abs. 1 GG. Sie galten als Bundesrecht fort, konnten aber durch Landesrecht ersetzt werden. Diese Rahmenvorschriften hat das neue BPersVG aufgehoben. Nach § 131 sind sie aber übergangsweise bis zum 31. 12. 2024 weiter anzuwenden, sofern sie nicht bis dahin durch Landesrecht ersetzt werden.

Die Aufhebung stellt klar, dass ab 1. 1. 2025 die Landesgesetzgeber ihr Personalvertretungsrecht *frei von Vorgaben des BPersVG* gestalten können. Insbesondere müssen dann auch ohne Tätigwerden des Landesgesetzgebers diejenigen Rahmenvorschriften nicht mehr beachtet werden, denen, wie § 98 Abs. 2 über die gemeinsame Wahl und § 102 Abs. 2 über den gerichtlichen Ausschluss einzelner Mitglieder, der Charakter einer Vollregelung zugemessen worden ist.<sup>2</sup> Den Rahmenvorschriften

kommt dann auch nicht mehr der Charakter einer Auslegungshilfe zu.

Gebunden sind die Landesgesetzgeber freilich an das Grundgesetz, insbesondere Art. 9 Abs. 3 GG und an die Landesverfassungen. Sehen diese, wie Art. 37 Abs. 1 der Verfassung des Landes Hessen, die Errichtung gemeinsamer Vertretungen der Angestellten, Arbeiter und Beamten der Behörden vor, kann das Landesspersonalvertretungsrecht nicht auf die Errichtung einer Vertretung verzichten oder eine bestimmte Gruppe, etwa die Beamten, von dieser ausnehmen.

Die Aufhebung hat auch zur Folge, dass die Rahmenvorschriften nicht mehr, wie bisher gemäß Art. 31 GG, zur Nichtigkeit ihnen entgegenstehender Vorschriften der Landespersonalvertretungsgesetze führen.<sup>3</sup> Freilich leben solche entgegenstehenden Vorschriften am 1.1.2025 nicht einfach wieder auf, sondern müssen vom Landesgesetzgeber neu beschlossen werden.<sup>4</sup>

Nach § 95 Abs. 1 Hs 2 BPersVG konnten die Länder für die Bildung von Personalvertretungen in Dienststellen, die *wissenschaftlichen Zwecken* dienen, besondere Regelungen vorsehen. Das ist in weitem Umfang geschehen.<sup>5</sup> Die für solche Regelungen vorgeschriebene Beachtung von § 104 BPersVG entfällt. Die Landesgesetzgeber brauchen insoweit nicht mehr eine Regelung anzustreben, wie sie im BPersVG für die Personalvertretungen in Bundesbehörden festgelegt ist. Auch kann in diesem Bereich die Etablierung einer unabhängigen Einigungsstelle in Mitbestimmungsfragen unterbleiben.

Unberührt bleibt auf der anderen Seite das vom BVerfG aus Art. 5 Abs. 3 GG abgeleitete und bislang in § 104 Satz 3 BPersVG kodifizierte Verbot, Entscheidungen die wesentlicher Bestandteil der Regierungsgewalt

1 Gesetz vom 9. Juni 2021, BGBl I 1614.

2 Dazu *Richard/Dörner/Weber* in BPersVG, Beck'sche Kommentare zum Arbeitsrecht, 5. Auflage 2020, § 98 Rn. 13; *Altwater* in BPersVG, Kommentar für die Praxis, 10. Aufl. 2019, § 94 Rn 8.

3 Siehe insoweit zur derzeitigen Rechtslage *Altwater* aaO § 94 Rn 14.

4 Vgl. BVerfGG 4. 6. 1969, 2 BvR 173, NJW 1969, 1806, 1807; BVerfG 19. 12. 2017, 1 BvL 3/14, NJW 2018, 361, Rn 234.

5 Nachweise bei *Altwater* aaO § 95 Rn 15a f.

sind, wie die in personellen Angelegenheiten der Beamten, in der Gestaltung von Lehrveranstaltungen im Rahmen des Vorbereitungsdienstes und in organisatorischen Angelegenheiten, den der Volksvertretung verantwortlichen Stellen zu entziehen.<sup>6</sup>

Auch die Rahmenvorschrift des § 97 BPersVG entfällt. Die Länder können eine von ihren gesetzlichen Vorschriften abweichende Regelung des Personalvertretungsrechts durch *Tarifvertrag oder Dienstvereinbarung* zulassen. Eine entsprechende Regelung könnte sich an § 3 BetrVG orientieren. Insbesondere könnte entsprechend § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG zugelassen werden, dass durch Tarifvertrag andere Arbeitnehmervertretungsstrukturen bestimmt werden. So könnte in Abweichung von der Dienststellendefinition des betreffenden Landespersonalvertretungsgesetzes für einzelne Bereiche, etwa die verschiedenen Kliniken eines Universitätsklinikums, die Bildung eigener Personalvertretungen zugelassen werden.

§ 106 BPersVG bestimmt bislang, dass zur gerichtlichen Entscheidung in Personalvertretungssachen die *Verwaltungsgerichte* berufen sind. Nach Wegfall dieser Vorschrift am 31. 12. 2024 greift an sich § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO, nach dem in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art der Verwaltungsrechtsweg gegeben ist. Doch ermöglicht § 40 Abs. 1 Satz 2 die Zuweisung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten auf dem Gebiet des Landesrechts, zu denen personalvertretungsrechtliche Streitigkeiten gehören, an eine andere Gerichtsbarkeit. Den Ländern steht es also offen, alle oder einen Teil personalvertretungsrechtlicher Streitigkeiten den Arbeitsgerichten zuzuweisen.

## II. Aufhebung unmittelbar geltender Vorschriften

Auch die unmittelbar geltenden Vorschriften des § 107 S. 1 über das Behinderungs-, Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot und des § 109 BPersVG über die Unfallfürsorge für in einer Landespersonalvertretung tätige Beamte (für welche die früher in Art. 74a Abs. 1 GG enthaltene Kompetenz des Bundes zur konkurrierenden Gesetzgebung in der Föderalismusreform weggefallen ist) werden aufgehoben, sind aber nach § 131 BPersVG n.F. bis zum 31. 12. 2024 weiter anzuwenden.

Landespersonalvertretungsgesetze enthalten schon bislang eigene Behinderungs-, Benachteiligungs- und

Begünstigungsverbote.<sup>7</sup> In den anderen Ländern ist die Aufnahme entsprechender Bestimmungen in die Landespersonalvertretungsgesetze angezeigt. Insbesondere das dem Schutz der Unabhängigkeit dienende Begünstigungsverbot lässt sich mit Vorschriften außerhalb des Personalvertretungsrechts nicht begründen.

## III. Aufrechterhaltung unmittelbar geltender Vorschriften

Die bisher in § 108 Abs. 1 und 2 sowie in § 107 Satz 2 in Verbindung mit § 9 BPersVG enthaltenen Vorschriften über den Schutz von Organmitgliedern, Wahlvorständen und Wahlbewerbern bei außerordentlichen Kündigungen, über die Unwirksamkeit von Kündigungen bei fehlender Beteiligung des Personalrats und über die Übernahme Auszubildender, welche Mitglied des Personalrats sind, werden aufrechterhalten. Sie sind nunmehr in § 127 Abs. 1, § 128 und § 127 Abs. 2 in Verbindung mit § 56 BPersVG n.F. enthalten. Die Aufrechterhaltung hat ihre Grundlage in der Auffassung, dass es sich um Vorschriften des Kündigungsrechts als Teil des Arbeitsrechts handelt, für welches dem Bund gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG nach wie vor konkurrierende Gesetzgebungskompetenz zukommt.<sup>8</sup>

Auch in Zukunft bedarf also die außerordentliche Kündigung von Organmitgliedern, Wahlvorständen und Wahlbewerbern grundsätzlich der Zustimmung der zuständigen Personalvertretung, die aber gerichtlich ersetzt werden kann. Dagegen ist der durch das Betriebsrätemodernisierungsgesetz<sup>9</sup> in Gestalt der Einfügung eines Absatzes 3a in § 15 KSchG eingeführte Kündigungsschutz von Arbeitnehmern, die eine Betriebsratswahl vorbereiten, nicht auf Beschäftigte erstreckt worden, welche gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 BPersVG n.F. die Initiative zur Einberufung einer Personalversammlung ergreifen, die einen Wahlvorstand wählen soll.

Unabhängig von den Regelungen der Landespersonalvertretungsgesetze bleibt es weiter dabei, dass eine ohne die vorgeschriebene Anhörung des Personalrats ausgesprochene ordentliche oder außerordentliche Kündigung unwirksam ist. Zweifelhaft geblieben ist allerdings, ob auch das Unterbleiben der in manchen Landespersonalvertretungsgesetzen vorgeschriebenen Anhörung zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags zu dessen Unwirksamkeit führt, wie das etwa § 74 Abs. 3 LPersVG NRW vorsieht. Der Aufhebungsver-

6 BVerfG 24.5.1995, 2 BvF 1/92, NVwZ 1996, 574.

7 *Ilbertz/Widmaier/Sommer* in BPersVG, Rechtswissenschaften und Verwaltung, 14. Auflage 2018, § 8 vor Rn 1; *Altwater/Nöll* aaO, § 107 Rn 5 und § 8 Rn 23.

8 Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucksache 19/26820 S. 147; BAG 27. 6. 2019, 2 AZR 28/19, NZA 2019, 1343 Rn 24.

9 Art. 2 des Gesetzes vom 14. 6. 2021, BGBl I 1762.



trag ist, wie § 623 BGB zeigt, ebenso wie das Kündigungsrecht Teil des bundesrechtlichen Arbeitsrechts. Weder § 128 BPersVG n.F. noch eine andere bundesrechtliche Regelung ordnen aber die Unwirksamkeit von Aufhebungsverträgen bei mangelnder Anhörung des Personalrats an. Deshalb liegt es nicht fern, in § 128 BPersVG n.F. eine abschließende Regelung der Frage zu sehen, in welchen Fällen die Nichtbeachtung eines Anhörungsrechts des Personalrats zur Unwirksamkeit einer das Arbeitsverhältnis beendenden Maßnahme führt.

Unverändert bestehen bleibt der Anspruch Auszubildender, welche Mitglied des Personalrats sind, auf Übernahme nach erfolgreicher Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses. Die ins Einzelne gehende Regelung ist nunmehr in § 56 BPersVG n.F. enthalten.

#### IV. Fazit

Das neue BPersVG trägt mit der Aufhebung der Rahmenvorschriften für die Landespersonalvertretungsgesetze den Vorgaben der Föderalismusreform für das

Recht des öffentlichen Dienstes der Länder abschließend Rechnung.

Es ist Aufgabe der Länder, den gewonnenen Freiraum für eigene Regelungen des Personalvertretungsrechts auch für Universitäten, andere Hochschulen und für öffentlich-rechtlich organisierte Universitätskliniken zu nutzen.

Die Hochschulen selbst haben nach wie vor die jetzt in § 127 Abs. 1, § 128 und § 127 Abs. 2 in Verbindung mit § 56 BPersVG neu enthaltenen, in der Sache unverändert gebliebenen unmittelbar geltenden Vorschriften über den Schutz von Wahlbewerbern und Organmitgliedern bei außerordentlichen Kündigungen, über die Unwirksamkeit von Kündigungen bei fehlender Beteiligung des Personalrats und über die Übernahme von Auszubildenden, die Mitglied des Personalrats sind, zu beachten.

Manfred Löwisch ist Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und Leiter der Forschungsstelle für Hochschularbeitsrecht. Viktor Kurz ist wissenschaftlicher Mitarbeiter der Forschungsstelle für Hochschul-arbeitsrecht.



# Philipp Overkamp und Miriam Tormin

## Staatliche Steuerungsmöglichkeiten zur Förderung des Teilens von Forschungsdaten\*

### Übersicht

#### I. Hintergrund

#### II. Staatliche Verhaltenssteuerung

1. Das „Ob“ der Förderung als politische Entscheidung im Rahmen des Rechts

2. Das „Wie“ der Förderung aus der Steuerungsperspektive

a) Verschiedene Steuerungsmodi

b) Der Umfang der Offenlegung

c) Grundrechtsverhältnisse

#### III. Direkte Steuerung: Die Rechtspflicht zur Offenlegung von Forschungsdaten

1. Gesetzgebungskompetenz bei den Ländern

2. Vereinbarkeit mit der Wissenschaftsfreiheit

#### IV. Indirekte Steuerung der Förderung des Datenaustauschs

1. Informationsmaßnahmen und Empfehlungen

2. Nennung der Datenquelle und Anerkennung für Open-Data-Praktiken

3. Exklusive Open-Science-Datenbanken

4. Data-Sharing als Standardeinstellung im Förderantrag mit Opt-Out-Option

5. Data-Sharing als Entscheidungskriterium bei der Fördermittelvergabe

a) Grundrechtliche Relevanz

b) Steuerungswirkung

c) Notwendigkeit einer Ermächtigungsgrundlage

#### V. Fazit

### I. Hintergrund

Die Open-Science-Bewegung verlangt zunehmend von Forschern<sup>1</sup>, dass sie ihre den publizierten Forschungsergebnissen zugrundeliegenden Daten bereitstellen und zugänglich machen. Während der Austausch solcher Daten in einigen Disziplinen – etwa in den Biowissenschaften – schon vergleichsweise weit verbreitet ist, steckt das Data-Sharing in vielen Forschungsbereichen noch in den Kinderschuhen.<sup>2</sup> Das ist aus wissenschaftspolitischer Sicht misslich: Eine bessere Verfügbarkeit von Forschungs(roh)daten erhöht die Chance auf neue Erkenntnisse durch andere Wissenschaftler, die auf schon existierende Daten zurückgreifen können und deren Kapazitäten nicht durch langwierige neuerliche Datenerhebung gebunden werden.<sup>3</sup> Insbesondere die SARS-CoV-2-Pandemie hat gezeigt, welches Beschleunigungspotential das Teilen von Forschungsdaten birgt: Der Austausch von Forschungsdaten trug erheblich zur schnellen Entwicklung der Impfstoffe bei.<sup>4</sup>

Data-Sharing folgt der Idee eines nachhaltigen, ressourcenschonenden Umgangs mit Fördergeldern und Forschungsdaten.<sup>5</sup> Bereits generierte Informationen können miteinander verknüpft, im Rahmen der Anschlussforschung nachgenutzt und durch andere Forscher mittels Replikations- oder Reproduktionsstudien

\* Hervorgegangen aus dem interdisziplinären Forschungsprojekt DATABLIC (<https://www.nct-heidelberg.de/forschung/nct-core-services/nct-epoc/research/datablic.html>), gefördert vom Bundesministerium für Bildung und Forschung, Projektleitung Dr. Schickhardt, dem die Verfasserin Tormin angehört. Es handelt sich um eine Aufbereitung des Vortrags „Staatliche Steuerung zur Förderung des Austauschs von Forschungsdaten. Ethische Gesichtspunkte und rechtliche Grenzen“, den Tormin (Teilprojekt Recht unter der Leitung von Prof. Fehling, Bucerius Law School) mit Dr. Wendelborn (Teilprojekt Ethik) bei den E-Science-Tagen am 5.3.2021 hielt. Alle Internetquellen wurden zuletzt am 30.11.2021 aufgerufen.

1 Die im Text verwendete männliche Form umfasst als generisches Maskulin ausdrücklich alle Geschlechter.

2 Für die Biomedizin etwa ist das Teilen von Daten bereits besonders verbreitet im Unterschied zu anderen Disziplinen, vgl. Fecher/Friesike/Hebing, What drives academic data sharing?,

PLOS ONE 2015,1, 13 f.; Corti/van den Eynden, The importance of managing and sharing research data, in: dies./Bishop/Woollard, Managing and Sharing Research Data 2, Auflage, 2019, S. 1, 6; Tal-Socher/Michal/Ziderman, Data sharing policies in scholarly publications, Prometheus 36/2 (2020), 116, 119 f., 129.

3 Zur Bedeutung der Daten für den wissenschaftlichen Fortschritt Tenopir et al., Data sharing, management, use, and reuse: Practices and perceptions of scientists worldwide, PLOS ONE 15/3 (2020), 1, 2, 23.

4 Bundesministerium für Finanzen, Deutscher Aufbau- und Resilienzplan, 2021, S. 335; Cassata, Here's how it was possible to develop COVID-19 vaccines so quickly, Health Line, 11.3.2021, <https://www.healthline.com/health-news/heres-how-it-was-possible-to-develop-covid-19-vaccines-so-quickly>.

5 Ola, Fundamentals of open access, European Intellectual Property Law 2014, 112, 117.

überprüft werden,<sup>6</sup> was dem Problem geschönter Daten und ergebnisorientierter Forschung<sup>7</sup> entgegenwirkt. Dieses hängt mit dem sog. publication bias zusammen, der beschreibt, dass ein Thema vor allem wegen seiner guten Publikationsaussichten erforscht wird, wobei (vermeintliche) Ausreißer mitunter außenvorgelassen werden. So versuchen einige Wissenschaftler, Negativergebnisse zu vermeiden, da diese seltener von Verlagen veröffentlicht werden.<sup>8</sup> Renommierete Fachzeitschriften wie *Nature* oder *Science* wollen dem entgegenwirken, indem sie das Teilen der den Publikationen zugrundeliegenden Daten voraussetzen.<sup>9</sup>

Auch Forschungsförderorganisationen – unter anderem die *Bill & Melinda Gates Foundation*, die *United States National Institutes of Health* und der *European Research Council* – haben eigene Data-Policies,<sup>10</sup> in denen sie ihren Geförderten das Teilen der Daten in einem Repositorium vorschreiben. Das neue Förderprogramm

der Europäischen Union, *Horizon Europe*, verlangt ebenfalls, die im Rahmen des geförderten Projekts generierten Daten bereitzustellen.<sup>11</sup>

Damit der Forschungsstandort Deutschland in der europäischen und transnationalen Forschung „wettbewerbsfähig“ bleibt, müssen die Potentiale verfügbarer und miteinander verknüpfbarer Daten<sup>12</sup> auch hierzulande ausgeschöpft werden. Noch gibt es nur wenige Vorgaben zum Data-Sharing, die über unverbindliche Empfehlungen<sup>13</sup> hinausgehen. Es besteht erheblicher Nachholbedarf.<sup>14</sup> Mittlerweile ergeben sich zumindest aus der Datenstrategie der Bundesregierung eine Reihe von Maßnahmen, die die Vernetzung und den Ausbau von Infrastrukturen fördern und eine „innovative und verantwortungsvolle Datennutzung“ steigern sowie „Datenkompetenzen erhöhen und [eine] Datenkultur etablieren“ sollen.<sup>15</sup> Das Bundesministerium für Bildung und Forschung hat – auch schon vor Erlass der Datenstrate-

6 Fecher/Friesike/Hebing/Linek, A reputation economy: how individual reward considerations trump systematic arguments for open access to data, Palgrave Communications 2017, 1, 2 f.

7 Hesselmann, Die Bestrafung wissenschaftlichen Fehlverhaltens, 2020, S. 13.

8 FitzGerald/Hurst, Implicit bias in healthcare professionals: a systematic review, BMC Medical Ethics 2017, 1, 2 f., 14 f.; Mlinarić/Horvat/Smolčić, Dealing with the positive publication bias: why you should really publish your negative results, Biochem Med 2017, 1, 2, 5.

9 Springer Nature, Reporting standards and availability of data, materials, code and protocols, 2019, <https://www.nature.com/nature-portfolio/editorial-policies/reporting-standards>; zum abgestuften System von Springer Nature, 2021, <https://www.springernature.com/gp/authors/research-data-policy/research-data-policy-types>; Science Journals, Editorial policies, 2021, <https://www.science.org/content/page/science-journals-editorial-policies>. Beide Verlagsgruppen haben zudem die Statements “Sharing research data and findings relevant to the novel coronavirus (COVID-19) outbreak”, 2020, <https://wellcome.org/press-release/sharing-research-data-and-findings-relevant-novel-coronavirus-ncov-outbreak> und “On data sharing in public health emergencies”, 2016, <https://wellcome.org/press-release/statement-data-sharing-public-health-emergencies> unterzeichnet.

10 Bill & Melinda Gates Foundation, Open Access Policy, 2020 Nr. 3, <https://www.gatesfoundation.org/about/policies-and-resources/open-access-policy>; NIH, Policy for Data Management and Sharing, 2020, <https://grants.nih.gov/grants/guide/notice-files/NOT-OD-21-013.html>; NIH, Genomic Data Sharing Policy, [https://os.od.nih.gov/wp-content/uploads/NIH\\_GDS\\_Policy.pdf](https://os.od.nih.gov/wp-content/uploads/NIH_GDS_Policy.pdf); NIH, Grants Policy Statement, I-49, <https://grants.nih.gov/grants/policy/nihgps/nihgps.pdf>; European Research Council, Open Research Data and Data Management Plans, [https://erc.europa.eu/sites/default/files/document/file/ERC\\_info\\_document-Open\\_Research\\_Data\\_and\\_Data\\_Management\\_Plans.pdf](https://erc.europa.eu/sites/default/files/document/file/ERC_info_document-Open_Research_Data_and_Data_Management_Plans.pdf). Auch

in europäischen Ländern setzen sich Förderorganisationen für Data-Sharing ein, so z.B. das britische Wellcome Trust, der United Kingdom Research Council und sein Medical Research Council sowie die niederländische Organisation for Scientific Research (NWO). Zur bedeutenden Rolle von Förderern in diesem Prozess Wallach/Boyack/Ioannidis, Reproducible research practices, transparency, and open access data in the biomedical literature, PLOS Biology 2018, 1, 2.

11 Die Forschungsdaten müssen nach dem Prinzip „as open as possible, as closed as necessary“ bereitgestellt werden, Europäische Kommission, Horizon Europe, 2021, S. 39, [https://ec.europa.eu/info/funding-tenders/opportunities/docs/2021-2027/horizon/guidance/programme-guide\\_horizon\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/funding-tenders/opportunities/docs/2021-2027/horizon/guidance/programme-guide_horizon_en.pdf); Yotova/Knoppers, The right to benefit from science and its implications for genomic data sharing, European Journal of International Law 2020, 665, 671.

12 Hardwicke et al., An empirical assessment of transparency and reproducibility-related research practices in the social sciences (2014-2017), Royal Society Open Science 7/2 (2020), 1, 2.

13 So die Leitlinien der DFG, Leitlinien zur guten wissenschaftlichen Praxis, 2019, Leitlinie 13, 15, 17, [https://www.dfg.de/download/pdf/foerderung/rechtliche\\_rahmenbedingungen/gute\\_wissenschaftliche\\_praxis/kodex\\_gwp.pdf](https://www.dfg.de/download/pdf/foerderung/rechtliche_rahmenbedingungen/gute_wissenschaftliche_praxis/kodex_gwp.pdf); DFG, Guidelines on the handling of research data, 2015, [https://www.dfg.de/download/pdf/foerderung/grundlagen\\_dfg\\_foerderung/forschungsdaten/guidelines\\_research\\_data.pdf](https://www.dfg.de/download/pdf/foerderung/grundlagen_dfg_foerderung/forschungsdaten/guidelines_research_data.pdf).

14 Grill, Tausende Studien nicht veröffentlicht, 4.7.2021, <https://www.tagesschau.de/investigativ/ndr-wdr/medizinische-studien-101.html>.

15 Datenstrategie der Bundesregierung, Kabinettsfassung vom 27.1.2021, insb. S. 64 ff., <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/992814/1845634/45aee6da9554115398cc6a722abao8cb/datenstrategie-der-bundesregierung-download-bpa-data.pdf?download=1>.

gie – eine Reihe von Förderrichtlinien angeordnet, die den Geförderten vorschreiben, gewonnene Daten zu teilen.<sup>16</sup>

Untersucht wird davon anknüpfend den im Folgenden, welche staatlichen Möglichkeiten bestehen, Datenaustausch Vorschub zu leisten. Dabei geht es um Steuerungsmöglichkeiten innerhalb des nationalen Rechts. Es kommen unterschiedliche Data-Sharing-Instrumente des Gesetzgebers und der Wissenschaftsverwaltung in Betracht, die sich hinsichtlich ihrer Zweckmäßigkeit sowie der mit ihnen verbundenen (verfassungs-)rechtlichen Herausforderungen teils erheblich unterscheiden. Dabei wird insbesondere untersucht, wann die Eingriffsschwelle erreicht ist. Grundrechtsdogmatische Einzelheiten zu den verschiedenen Dimensionen der Wissenschaftsfreiheit einschließlich der Bedeutung guter wissenschaftlicher Praxis bleiben dabei einer anderen Publikation vorbehalten.<sup>17</sup>

Data-Sharing im hier verstandenen Sinne meint, dass Wissenschaftler die im Rahmen ihrer Forschung genutzten Daten aufbereiten und zu Reproduktions-, Replikations- oder Anschlussforschungszwecken verfügbar machen. Das betrifft einerseits die in der Publikation verwendeten Daten, andererseits aber auch die „nebenbei“ erhobenen Daten, die nicht in absehbarer Zeit zur Grundlage einer Veröffentlichung gemacht werden sollen. Der Zugang zu den Daten kann, muss aber nicht durch Open-Access-Formate gewährt werden. Der Beitrag beschränkt sich auf den rechtlichen Umgang mit Rohdaten, bei denen sich in der Regel keine datenschutz- und urheberrechtlichen Probleme ergeben.<sup>18</sup> Derartige Fragen werden deshalb ausgeklammert.

## II. Staatliche Verhaltenssteuerung

### 1. Das „Ob“ der Förderung als politische Entscheidung im Rahmen des Rechts

Bei der näheren Betrachtung staatlicher Steuerungsansätze stellt sich auf abstrakter Ebene zunächst die Frage nach dem rechtlichen Rahmen der Förderentscheidung. Muss der Staat den Datenaustausch fördern, oder besteht – im anderen Extrem – ein kategoriales verfassungsrechtliches Verbot, die Forscher in Richtung eines freigiebigeren Umgangs mit den erhobenen Datensätzen zu lenken? Beides beraubte den Gesetzgeber seiner grundsätzlichen Handlungsflexibilität. Jedoch bietet das übergesetzliche Recht keinen Anlass für solch absolute Schlüsse.

Determinierende Vorgaben des Unions- oder Völkerrechts lassen sich nicht ausmachen. Zwar schützt auch Art. 13 Satz 1 GRC die Freiheit der akademischen Forschung. Dies gilt aber ausweislich des Art. 51 Abs. 1 GRC i.V.m. Art. 179 ff. AEUV nur für Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Europäischen Union oder für nationale Institutionen bei der Durchführung des Unionsrechts. Die erste Variante betrifft auch die Forschungsförderorganisationen der Europäischen Union, etwa den *European Research Council*, deren Handeln nicht Gegenstand dieses Beitrags ist. Die zweite Variante erlaubt – trotz fortbestehender Irritationen über die Reichweite dieser Einschränkung – im Bereich des Wissenschaftsrechts regelhaft nur dann eine Anwendung der Charta, wenn eine wissenschaftliche Maßnahme zugleich unionsrechtlich überformte Materien betrifft.<sup>19</sup> Davon kann bei der noch recht vage formulierten und

16 In der „Richtlinie zur Förderung von Projekten zur Beschleunigung der Transformation zu Open Access“ müssen die erhobenen Daten spätestens sechs Monate nach Abschluss des Projekts geteilt werden, Bundesanzeiger vom 17.6.2020, Punkt 6. Die Zuwendung nach der „Richtlinie zur Förderung von Projekten zum Thema Aktuelle und historische Dynamiken von Rechtsextremismus und Rassismus“ wird ebenfalls von der Bereitschaft zum Zugänglichmachen der Daten abhängig gemacht, Bundesanzeiger vom 24.6.2021, Punkt 2. Nach der „Förderrichtlinie zur Förderung von Forschungsprojekten zu ethischen, rechtlichen und sozialen Aspekten der Neurowissenschaften“ vom 6.10.2021 sollen alle Originaldaten gem. Punkt 4 zugänglich und langfristig gesichert werden.

17 *Fehling/Tormin*, Das Teilen von Forschungsdaten zwischen Wissenschaftsfreiheit und guter wissenschaftlicher Praxis, *WissR* 2022 (im Erscheinen).

18 Das Datenschutzrecht greift nur, wenn personenbezogene Daten verarbeitet werden, vgl. Art. 2 Abs 1 DSGVO. Bei Rohdaten der Grundlagenforschung handelt es sich aber größtenteils nicht um personenbezogene Daten. Das Urheberrecht ist nur einschlägig, wenn die Daten eine gewisse schöpferische Höhe gem. § 2 Abs. 2 UrhG erreichen, z.B. nachdem sie textuell verarbeitet wurden. Bei Rohdaten ist das gerade nicht der Fall.

19 So lag der Fall etwa beim ungarischen Hochschulgesetz, s. EuGH, Urt. v. 6.10.2020, Az. C 66/18, Rn. 22 ff.



Umsetzungsspielraum erlaubenden Verpflichtung der Mitgliedstaaten aus Art. 10 Abs. 1 Open-Data-Richtlinie, die offene Zugänglichkeit öffentlich finanzierter Forschungsdaten im Sinne der FAIR-Prinzipien<sup>20</sup> durch „einschlägige Maßnahmen“ zu unterstützen, nicht gesprochen werden. Jedenfalls ergibt sich bei einem deutschen Umsetzungsakt angesichts des grundgesetzlichen Schutzniveaus weder der Bedarf noch die rechtliche Notwendigkeit eines Rekurses auf Art. 13 Satz 1 GRC.<sup>21</sup>

Zur Konkretisierung trägt auch die EMRK nicht bei. Ihr weit zu verstehender Art. 10 umfasst zwar auch die Freiheit der wissenschaftlichen (Meinungs-)Äußerung und mithin wissenschaftliche Publikationstätigkeiten.<sup>22</sup> Die allgemein gehaltene Kommunikationsfreiheit hat aber einen rein abwehrrechtlichen Charakter, der keinen staatlichen Förderauftrag beinhaltet und keine derart absoluten Aussagen zur Wissenschaftspolitik erlaubt.<sup>23</sup>

Aus der grundgesetzlichen Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG ergibt sich ein Auftrag, wonach der Staat den Betrieb der Wissenschaft grundsätzlich ermöglichen muss, was sich unter anderem in der staatlichen Unterhaltung und Finanzierung von Hochschulen äußert.<sup>24</sup> Eine pauschale Pflicht, spezifische Informationen bereitzustellen – um nichts anderes handelt es sich bei den gegenständlichen Datensätzen – folgt daraus aber nicht, zumal ein unzureichender Datenaustausch die Effizienz der Forschung an sich beeinträchtigen mag, einer ergiebigen Forschungstätigkeit aber nicht kategorial entgegensteht. Wenngleich in Einzelfällen ein auf Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG gestützter Informationsanspruch individueller Wissenschaftler, die auf den Erhalt eines

Datensatzes angewiesen sind, abgeleitet wird,<sup>25</sup> verpflichtet das Grundrecht den Staat nicht dazu, situationsunabhängig die Menge der allgemein verfügbaren Forschungsdaten über den Kreis der bereits zugänglichen Daten hinaus zu erhöhen.<sup>26</sup>

Freilich ist es der öffentlichen Hand aber auch nicht grundsätzlich verwehrt, das Bereitstellen von Daten zu fördern und entsprechende Instrumente zu implementieren. Zwar kann einem staatlich erzeugten Offenlegungsdruck die Forschungsfreiheit der Datenerheber gegenüberstehen. Dies gilt aber zum einen ersichtlich nicht für jeden, gegebenenfalls nur niedrighwelligen Anreiz zum Datenaustausch (etwa für bloße Empfehlungen). Zum anderen lassen sich auch eingriffsintensivere Förderinstrumente, wie ökonomische Anreize mittels Fördervorgaben, unter Umständen rechtfertigen.

Demnach ist schon das „Ob“ der staatlichen Förderung des Datenaustauschs im Wissenschaftsbereich keine determinierte juristische Vorgabe, sondern eine politische Entscheidung. Den staatlichen Entscheidungsträgern – seien es der Gesetzgeber oder staatliche Forschungsförderorganisationen – steht insoweit ein Gestaltungsspielraum zu. Bei der rechtlichen Kontrolle kommt es daher auf die konkrete Art der Nutzung dieses Spielraums an.

## 2. Das „Wie“ der Förderung aus der Steuerungsperspektive

Der Gesetzgeber hat die Wahl zwischen einer Vielzahl an unterschiedlichen Förderinstrumenten und -strategien. Dabei kann die Rechtswissenschaft aus der Steuerungs-

20 Detaillierte Erklärung der Prinzipien unter *Wilkinson/Dumontier/Mons/et al.*, The FAIR guiding principles for scientific data management and stewardship, *Scientific Data* 3 (2016), Nr. 160018.

21 Freilich ist es nach der Rechtsprechung des BVerfG grds. vorstellbar, dass der europäische Grundrechtsschutz dann ergänzend Berücksichtigung findet. Dass mit der Heranziehung des europäischen Grundrechts in diesem Fall aber ein veränderter „Grundrechtstandard“ in Form einer Schutzverstärkung durch europäisches Recht einherginge, ist nicht ersichtlich. An den in der Entscheidung zum Recht auf Vergessen I (E 152, 152, 180 f.) geforderten Anhaltspunkte für ein „Mehr“ an Schutz durch Berücksichtigung der Charta fehlt es daher gerade. Für eine aktuelle Zusammenfassung der Geltung der Grundrechtecharta gegenüber den Grundrechten des Grundgesetzes *Pryeßlein*, Grundgesetz vs. Grundrechtecharta?, *EuR* 2021, 247 ff. Vgl. aber allg. dazu, dass die in der Charta gewährleistete Wissenschaftsfreiheit bei Einflussnahme auf die Forschungsförderung dem Grunde nach betroffen ist, *Ruffert*, in: *Calliess/ders.*, *EUV/AEUV*, 5. Aufl. 2016, Art. 13 GRC Rn. 12 f. 22 EGMR, Urt. v. 28. 10. 1999 (GK), Az. 28396/95 – *Wille* ./ *Liechtenstein*, Z. 8, 36 ff.; *Grabenwater/Pabel*,

*Europäische Menschenrechtskonvention*, 7. Aufl. 2021, § 23 Rn. 14.

23 Zum Vgl. der spezifischen Verbürgung von Kunst- und Wissenschaftsfreiheit im GG mit der allg. Kommunikationsfreiheit der EMRK *Grote/Wenzel*, in: *Dörr/Grote/Marauhn*, *EMRK/GG Konkordanzkommentar*, 2. Aufl. 2013, Kapitel 18 Rn. 32.

24 *Ruffert*, *Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit*, *VVdStRL* 65 (2006), 146, 183 f.; *Gärditz*, in: *Maunz/Dürig*, 88. EL 2019, Art. 5 Abs. 3 Rn. 259.

25 Einer im Einzelfall zu einem Informationszuganganspruch verdichteten Förderpflicht aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG zustimmend *Gärditz* (Fn. 24), Art. 5 Abs. 3 Rn. 267; *Hevers*, *Informationszugangsansprüche des forschenden Wissenschaftlers*, 2015, S. 85 ff.; *Schoch*, *IFG Kommentar*, 2. Aufl. 2016, Einl. Rn. 71. Einen Anspruch auf Zugang zu wissenschaftlichen Zwecken benötigten Informationen aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ablehnend, *BVerwGE* 121, 115, 130; *Bizer*, *Forschungsfreiheit und informationelle Selbstbestimmung*, 1992, S. 70 ff.; *Gurlit*, *Konturen eines Informationsverwaltungsrechts*, *DVBl.* 2003, 1119, 1122; *Starck/Paulus*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, *GG*, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 489.

26 Vgl. *BVerwGE* 121, 115, 130.

perspektive<sup>27</sup> mit einer über die dogmatische Rechtmäßigkeitskontrolle hinausgehenden Analyse von Zusammenhängen und Wechselwirkungen des Rechts dienen, um zu beantworten, wie Recht gestaltend als Steuerungsinstrument eingesetzt werden kann.<sup>28</sup> Recht und staatliches Handeln – gleich ob es mit Geboten, Verboten oder bloßen Anreizen operiert – wird dabei als Form der Verhaltensbeeinflussung begriffen, die darauf abzielt, unerwünschtes Verhalten zu unterbinden und erwünschtes Verhalten – hier die Bereitstellung von Forschungsrohdaten – herbeizuführen. Im Zuge dessen müssen jene Aspekte berücksichtigt werden, die sich einerseits auf die rechtlichen Voraussetzungen einer Maßnahme auswirken („Bis zu welcher Intensität ist ein Förderanreiz noch nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG zu rechtfertigen?“), andererseits aber auch die Zweckmäßigkeit der Maßnahme betreffen. So ist etwa ein rechtlich unverbindlicher Appell, Daten offenzulegen, unter grundrechtlichen Gesichtspunkten unproblematisch und nach hiesiger Auffassung nicht einmal als Eingriff zu qualifizieren.<sup>29</sup> Doch hinsichtlich der Effektivität der Zielerreichung – in der Steuerungsdebatte wird von „Treffsicherheit“ gesprochen<sup>30</sup> – ist eine solche Maßnahme oft kaum ergiebig, weil der damit zusammenhängende Verhaltensanreiz nicht besonders intensiv ausgeprägt ist. Das wiederum spricht für eine eingriffintensivere, gegebenenfalls sogar ordnungsrechtliche Maßnahme. In der Sache kann der Staat hier auf einen ganzen „Instrumentenkasten“ zurückgreifen.

#### a) Verschiedene Steuerungsmodi

Die steuerungsorientierte Rechtslehre unterscheidet bei der Typisierung unterschiedlicher Instrumente grundlegend zwischen direkter und indirekter Steuerung.<sup>31</sup> Trotz Abgrenzungsschwierigkeiten im Detail lässt sich

die direkte Verhaltenssteuerung als unmittelbar und imperativ geltender Verhaltensbefehl verstehen, der sein Regelungsziel zwar typischerweise treffsicher erreicht, aber aus Sicht der Adressaten auch von erheblicher Eingriffsintensität geprägt ist.<sup>32</sup> Dem steht die heterogene Gruppe indirekter Instrumente gegenüber, die sich als informationelle, finanzielle oder organisatorische Anreizinstrumente<sup>33</sup> verstehen lassen oder sich – in Form des Nudgings<sup>34</sup> – verhaltenspsychologischer Erkenntnisse zur Steuerung bedienen.

Eine direkte Steuerung liegt etwa vor, wenn eine Rechtspflicht zur Offenlegung von Forschungsdaten Wissenschaftler mit den Mitteln des Ordnungsrechts zwänge, Rohdaten aus einem Projekt freizugeben. Eine solch einschneidende, imperative Lösung wird vor allem aus Gründen der juristischen Maßstababildung näher betrachtet (III.). Sie ist – das sei vorweggenommen – von einigen Sonderfällen abgesehen kaum realistisch.<sup>35</sup> Deutlich wahrscheinlicher ist eine indirekte Steuerung, die Anreize zur Offenlegung der Daten schafft, ohne ein entgegengesetztes Verhalten zu verbieten. Maßgebliches Scharnier für eine solche Form der Verhaltensbeeinflussung ist die Forschungsförderung. Daran anknüpfend kann beispielsweise die Gewährung von Fördergeldern mit dem Zugänglichmachen von Forschungsrohdaten verbunden werden.

#### b) Der Umfang der Offenlegung

Vor der Wahl eines konkreten Instrumentes muss allerdings die Vorfrage beantwortet werden, welche Daten überhaupt geteilt werden sollen. Betrifft das Data-Sharing nur die Informationen, die bereits in eine Veröffentlichung eingeflossen sind, oder wird ein weitergehender Ansatz gewählt, bei dem sämtliche erhobene Daten adressiert werden? Der erste Fall würde die Forscher

27 Allg. zur Steuerungsperspektive *Vofßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders., Grundlagen des Verwaltungsrechts. Bd. 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl. 2012, § 1; Hoffmann-Riem, Modernisierung von Recht und Justiz: Eine Herausforderung des Gewährleistungsstaates, 2001, S. 24 ff.; Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl. 2004, S. 18 ff. Der Konzeption gegenüber kritisch Gärditz, Die „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“ – Alter Wein in neuen Schläuchen?, Die Verwaltung, Beiheft 12, 2017, 105. Dagegen Fehling, Die „neue Verwaltungsrechtswissenschaft“ – Problem oder Lösung, Die Verwaltung, Beiheft 12, 2017, 65.

28 Schmidt-Aßmann, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Vofßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2: Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen, 2. Aufl. 2012, § 27 Rn. 38.

29 Dazu sogleich unter IV.1.

30 Für den Bereich des Umweltrechts Lübbe-Wolff, Instrumente des

Umweltrechts, NVwZ 2001, 481, 483.

31 So etwa Kloepfer, Umweltrecht, 4. Aufl. 2016, § 5 Rn. 42 f.

32 Freilich lässt sich kein pauschaler Freiheitsvorteil indirekter Instrumente ausmachen, vgl. für das Verhältnis ökonomischer und ordnungsrechtlicher Steuerung insoweit Overkamp, Ökonomische Instrumente und Ordnungsrecht, 2020, S. 148 ff.

33 Grundlegend Franzius, Die Herausbildung der Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2000, S. 120 ff.

34 Zurückgehend auf die Arbeiten von Sunstein/Thaler, Nudge, 2008; s. aus rechtswissenschaftlicher Perspektive etwa Purnhagen/Reisch, „Nudging Germany“?, ZEuP 2016, 629 ff.; Wolff, Eine Annäherung an das Nudge-Konzept nach Richard H. Thaler und Cass R. Sunstein aus rechtswissenschaftlicher Sicht, RW 2015, 194 ff. Dazu unter IV.4.

35 Vgl. für eine Open-Access-Publikationspflicht Fehling, Verfassungskonforme Ausgestaltung von DFG-Förderbedingungen zur Open-Access-Publikation, OdW 2014, 179, 182.

geringer belasten, weil sie weniger Daten aufbereiten und bereitstellen müssten. Dann aber bliebe zum einen das Problem geschönter Datensätze bestehen, da die Datenvorauswahl des Forschers maßgeblich für den Umfang der Offenlegung bleibt. Zum anderen können gerade auch diese Daten Zweitnutzer bei deren Anschlussforschung unterstützen, beispielsweise wenn sie einen Versuch nachbilden wollen. Im Sinne eines größtmöglichen wissenschaftlichen Fortschritts sollten daher möglichst alle potentiell relevanten Daten offengelegt werden. Deshalb geht der Beitrag im Folgenden von einem derart weitgehenden Ansatz des Data-Sharing aus. Das soll jedoch nicht unterschlagen, dass auch eine verhaltenere Förderpolitik möglich ist. Dafür könnte neben der geringeren Belastung der Forscher auch der erhebliche technische Aufwand und Speicherbedarf streiten, der mittelbar wiederum Umweltbelastungen verursacht.<sup>36</sup>

Ferner bedarf es einer Entscheidung darüber, wem die geteilten Daten überhaupt zugänglich sein sollen. Auch hier gibt es verschiedene Ausgestaltungsmöglichkeiten, die von Restricted-Access-Modellen (etwa beschränkt auf die jeweilige Disziplin oder die Scientific Community) bis hin zu einer Bereitstellung für die breite Öffentlichkeit in einem Open-Access Repository reichen. Der aus dem Förderauftrag der Wissenschaftsfreiheit erwachsende Informationszuganganspruch von Wissenschaftlern gebietet dabei zumindest einen Zugang für jene, die ein wissenschaftliches Nutzungsinteresse plausibilisieren können.<sup>37</sup> Dagegen ist eine Beschränkung des Zugangs für jene, die sich nicht auf die Wissenschaftsfreiheit berufen können, unproblematisch. Auch der Ausschluss der Industrieforschung vom Datenzugang dürfte rechtlich nicht zu beanstanden sein.<sup>38</sup>

### c) Grundrechtsverhältnisse

Bei Erlass eines Gesetzes, das sich unmittelbar an die Forschenden richtet, entsteht ein klassisches zweipoliges

Grundrechtsverhältnis zwischen dem grundrechtsverpflichteten Staat und den grundrechtsberechtigten Adressaten. Ein mehrpoliges Verhältnis kann sich dagegen bei der Einschaltung von Förderorganisationen ergeben: Entweder indem diese Organisationen selbstständig Vorgaben an die Forscher machen, die sich um Fördermittel bewerben, oder aber, indem der Gesetzgeber den Förderorganisationen ein gewisses Vergabeprozess vorschreibt.

Die unmittelbar staatliche Forschungsförderung, wie sie seitens der Bundes- und Landesministerien betrieben wird, unterfällt Art. 1 Abs. 3 GG. Bei der Verteilung von Fördergeldern ist daher die Wissenschaftsfreiheit der Antragsteller zu beachten. Diese sind die unmittelbaren Steuerungsadressaten im zweipoligen Grundrechtsverhältnis.

Davon zu unterscheiden sind semi-staatliche Forschungsförderorganisationen<sup>39</sup> wie die *Deutsche Forschungsgemeinschaft* (DFG). Aufgrund der engen Verschränkung solcher privatrechtlich organisierter Vereine mit der staatlichen Sphäre – unter anderem sind ihre Mitglieder staatlich finanzierte Forschungseinrichtungen und die aufgewendeten Fördermittel stammen zum Großteil aus den Staatshaushalten – muss auch ihre Grundrechtsbindung bejaht werden.<sup>40</sup> Wenn sich also die DFG autonom entscheidet, entsprechende Vorgaben zu machen, hat sie die Grundrechte gemäß Art. 1 Abs. 3 GG zu achten. Die Wissenschaftsfreiheit der Forscher bleibt der entscheidende Maßstab. Dagegen ändert sich die Tektonik der grundrechtlichen Belastung, wenn die DFG nur anderweitige staatliche Vorgaben, etwa ein entsprechendes Fördergesetz, umsetzt. Als „verlängerter Arm der Wissenschaft“ gilt sie nicht nur als grundrechtsverpflichtete Einrichtung, sondern zugleich auch als Trägerin des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit, das sodann in die Prüfung einbezogen werden muss.<sup>41</sup> Hier offenbart sich eine für die Wissenschaftsfreiheit typische „janusköpfige Grundrechtssituation“.<sup>42</sup>

36 Einer aktuellen Studie zufolge werde der IKT-Sektor seinen Strombedarf bis 2030 um 50% erhöhen, ein beachtlicher Anteil davon entfalle auf Rechenzentren, *Simon*, EU-Beamter: „Kein Green Deal ohne digitale Technik, EURACTIV 3.11.2021, [https://www.euractiv.de/section/digitale-agenda/news/eu-beamter-kein-green-deal-ohne-digitale-technik/?\\_ga=2.98753371.51477181870.1636376769-703534485.1601626179](https://www.euractiv.de/section/digitale-agenda/news/eu-beamter-kein-green-deal-ohne-digitale-technik/?_ga=2.98753371.51477181870.1636376769-703534485.1601626179).

37 *Gärditz*, (Fn. 24), Art. 5 Abs. 3 Rn. 266 ff.; s. auch IV.3.

38 Es ist nicht eindeutig geklärt, ob die Industrieforschung in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG fällt (s. *Britz*, in: *Dreier*, GG-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 5 III (Wissenschaft) Rn. 22 m.w.N.). Überzeugend ist es aber, jedenfalls jene Tätigkeiten auszuklammern, die nicht auf die „Eigengesetzlichkeit der Wissenserzeugung“, sondern auf ökonomische Marktvorteile jenseits des

Wissenschaftsbetriebes abzielt, s. *Trute*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, S. 106 f.; anders aber etwa *Ruffert* (Fn. 24), S. 158 f.

39 *Fehling* (Fn. 35), S. 180.

40 *Fehling* (Fn. 35), S. 193.

41 Zur Doppelrolle der DFG *Fehling*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter*, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 110. Lfg. 2004, Art. 5 Abs. 3 Rn. 141; *Fehling* (Fn. 35), S. 193. Einschränkend zum Grundrechtsschutz *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, 1994, S. 256 f.: „Doch ist dieser Schutz gegenständlich auf solche Entscheidungen beschränkt, die unmittelbar mit der grundrechtlichen Funktion der Einrichtungen zusammenhängen.“

42 *Fehling* (Fn. 41), Art. 5 Abs. 3 Rn. 19.

Kein grundrechtliches Problem zeitigt es, wenn die nicht dem Art. 1 Abs. 3 GG unterfallenden und nicht an Grundrechte gebundenen privaten<sup>43</sup> Förderer sich entschließen, auf eigene Initiative Veröffentlichungsvorgaben zu machen. Eine mit der Steuerung semi-staatlicher Förderorganisationen vergleichbare doppelte Grundrechtsbetroffenheit ergibt sich dagegen, wenn ein Gesetz entsprechend auf staatsferne, rein private Förderorganisationen einwirkt. Auch in diesem Fall stehen die Förderorganisationen als unmittelbar und direkt gesteuerte Adressaten neben den mittelbar gesteuerten Forschern.

Obgleich in vielen Fällen also nicht nur die Grundrechte der Forscher, sondern zugleich auch die Wissenschaftsfreiheit der Förderorganisationen betroffen sind, ist in der Regel die Rechtsposition der Wissenschaftler maßgeblich. Schließlich wiegt der Eingriff in die ureigene Forschungstätigkeit typischerweise schwerer als die (mittelbare) Beeinträchtigung eines Finanzierungsanliegens. Auch führt die grundrechtliche Betroffenheit verschiedenartiger Akteure durch eine staatliche Maßnahme nur in – hier nicht einschlägigen – Sonderfällen zu einer beachtlichen Kumulationswirkung, welche die Rechtfertigungsanforderungen erhöht.<sup>44</sup> Das schließt nicht aus, dass auch die Rechte der Forschungsförderorganisationen im Kontext der Data-Sharing-Förderung Wirkung entfalten. Etwa ist eine semi-staatliche Förderorganisation in Ausübung ihrer grundrechtlich verbürgten Autonomie nicht im vergleichbaren Maß auf die Existenz einer Ermächtigungsgrundlage angewiesen, wie das für nicht-grundrechtsberechtignte Verwaltungsstellen gilt.<sup>45</sup>

### III. Direkte Steuerung: Die Rechtspflicht zur Offenlegung von Forschungsdaten

Die Grundrechtsdogmatik orientiert sich noch immer am klassischen Grundrechtseingriff durch Ge- und Verbote.<sup>46</sup> Nur in solchen Fällen lässt sich die für die Überprüfung des Eingriffs und der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme entscheidende Wirkungsintensität typischerweise klar und eindeutig abschätzen, wohingegen die durch Anreizinstrumente verursachte Steuerungs-

wirkung diffuser und in ihrer Wirkweise schwerer zu antizipieren ist. Die Überprüfung eines hypothetischen ordnungsrechtlichen Gebots dient insoweit auch als Orientierungspunkt für die rechtliche Bewertung (niedrigschwelliger wirkender) Anreize.<sup>47</sup> Mit anderen Worten: Der klassische Eingriff wird zum Maßstab der indirekten Steuerung.<sup>48</sup> Deshalb soll die Betrachtung einzelner Instrumente mit Ausführung zur direkten Steuerung beginnen: Wäre also ein hypothetisches Gesetz rechtmäßig, das Wissenschaftlern pauschal vorschreibt, alle im Rahmen eines Forschungsprojektes erhobenen Rohdaten mit der Öffentlichkeit zu teilen?

#### 1. Gesetzgebungskompetenz bei den Ländern

Vorausgeschickt sei, dass die Kompetenz für eine solche Regelung bei den Ländern läge. Es handelt sich beim einschlägigen Art. 74 Abs. 1 Nr. 13 GG („Förderung der wissenschaftlichen Forschung“) um einen Fall der Erforderlichkeitskompetenz.<sup>49</sup> Dabei ist die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse gemäß Art. 72 Abs. 2 Var. 1 GG nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur einschlägig, „wenn sich die Lebensverhältnisse in den Ländern der Bundesrepublik in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinanderentwickelt haben oder sich eine derartige Entwicklung konkret abzeichnet“<sup>50</sup> – was ersichtlich nicht den Austausch von Forschungsdaten betrifft. Die zweite Tatbestandsvariante, die Wahrung der Rechtseinheit, ist nur betroffen, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass andernfalls die Funktionsfähigkeit des Rechtsraums gefährdet ist.<sup>51</sup> Art. 72 Abs. 2 GG schafft gerade keine umfassende Bundeskompetenz zur Angleichung des Rechts. Zuletzt ist auch die Wahrung der Wirtschaftseinheit nach Var. 3 ersichtlich nicht einschlägig. Es zeigt sich, dass – trotz der oben benannten Bemühungen des Bundes – die Länder bei einer gesetzlichen Regelung der steuernde Akteur wären. Schon daraus ergibt sich, dass eine bundeseinheitliche, verwaltungsrechtliche Steuerung über die Anpassung von Forschungsfördermodalitäten (semi-)staatlicher Organisationen wahrscheinlicher ist: Letztlich dürften die Länder kein Interesse daran haben, den

43 Zur Abgrenzung privater und staatlicher Forschungsförderung *Classen* (Fn. 41), S. 139 ff.

44 Sog. horizontale Kumulationen, bei denen ein Gesetz die Freiheitssphären verschiedener Akteure betrifft, sind der rechtsstaatliche „Normalfall“ (s. *Lee*, Umweltrechtlicher Instrumentenmix und kumulative Grundrechtseinwirkungen, 2013, S. 97). Bei der Grundrechtsprüfung ist regelhaft die individuelle Wirkungstiefe und nicht -breite der Betroffenheit maßgeblich. Ausnahmen ergeben sich aber bspw. im Bereich der massenhaften und anlasslosen Datenerhebung, BVerfGE 120, 378, 430.

45 Dazu unter IV.5.b.

46 *Sachs*, in: ders., Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Vorbemerkung zu Abschnitt I Rn. 79.

47 Vgl. *Overkamp* (Fn. 32), S. 148 ff.

48 *Starck* (Rn. 25), Art. 1 Rn. 265 m.w.N.

49 Dazu allg. *Knent*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 16. Aufl. 2020, Art. 72 Rn. 15 ff.

50 BVerfGE 106, 62, 144.

51 *Uhle*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 76. EL 2015, Art. 72 Rn. 142.



eigenen Forschungsstandort durch föderal begrenzte, strikte Vorgaben zu schwächen.<sup>52</sup>

## 2. Vereinbarkeit mit der Wissenschaftsfreiheit

Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG garantiert als subjektives Abwehrrecht<sup>53</sup> einen Bereich abseits staatlicher Einflussnahme, in dem selbstverantwortlich und autonom wissenschaftliche Erkenntnisse erlangt und verbreitet werden können.<sup>54</sup> Es obliegt dem Wissenschaftler, wann er welche Daten in welchem Umfang wem wie verfügbar macht.<sup>55</sup> Spiegelbildlich schützt die negative Publikationsfreiheit das Recht, Erkenntnisse inklusive der hier gegenständlichen Rohdaten gerade nicht bereitstellen zu müssen.<sup>56</sup>

Eine Pflicht zum Offenlegen von Daten berührt diese negative Publikationsfreiheit der Forscher. Ebenso sind die geschützte Forschungsarbeit und damit die allgemeine Wissenschaftsfreiheit betroffen: Die Rohdaten müssen in der Regel erst einmal so aufbereitet werden, dass sie geteilt und weitergenutzt werden können. Ohne den Ausgleich entstehender finanzieller Kosten und weitere (technische oder rechtliche) Unterstützung entsteht ein zusätzlicher freiheitsbelastender Mehraufwand, der selbst dann als Eingriff wirkt, wenn die Entscheidung über das Datenteilen dem Forschenden an sich gleichgültig ist.

Auf der anderen Seite streiten eine Reihe legitimer Zwecke für eine solche Maßnahme: Die objektiv-rechtliche Komponente der Wissenschaftsfreiheit selbst verlangt vom Staat, für einen funktionsfähigen und effizienten Wissenschaftsbetrieb zu sorgen.<sup>57</sup> Der Staat hat Rahmenbedingungen zu schaffen, die innovative Forschung ermöglichen,<sup>58</sup> wobei er innerhalb seiner Einschätzungsprärogative eigenständig Entwicklungen anstoßen kann, die nach seiner Auffassung der Effizienz der Wissenschaft in der Bundesrepublik zugutekommen.<sup>59</sup> Dazu zählt auch vermehrtes Data-Sharing.

Daneben kommt je nach Einzelfall auch anderen Verfassungsbestimmungen Bedeutung zu: Der Aus-

tausch von Daten aus der medizinischen Grundlagenforschung kann der Schutzpflicht für Leben und Gesundheit des Staates aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG entsprechen. Weiterhin kann der Staatszielbestimmung des Art. 20a GG Rechnung getragen, insbesondere wenn im Bereich des Tierschutzes Ergebnisse aus Tierversuchen infolge der Datenfreigabe wiederholt genutzt und neue Experimente auf Kosten des Tierwohls vermieden werden können.<sup>60</sup>

Trotz dieser Argumente ist zumindest eine pauschale Pflicht zur Offenlegung von Forschungsdaten nicht mit der Verfassung in Einklang zu bringen. Letztlich ist der Schutz der freien Entfaltung der Wissenschaftler vor übermäßiger staatlicher Einflussnahme auf den Modus ihrer Betätigung von erheblicher Bedeutung. Demgegenüber mag das Teilen von Forschungsdaten zwar Effizienzgewinne mit sich bringen und ist aus einer wissenschaftspolitischen Perspektive wünschenswert. Doch mitnichten wäre ohne staatliche Intervention zugunsten eines vermehrten Austauschs von Daten die Funktionalität des Wissenschaftsbetriebs an sich gefährdet. Zum einen funktioniert der Forschungsbetrieb auch ohne staatliche Bemühungen in diese Richtung und zum anderen werden Forschungsdaten zunehmend auch aus privater Initiative heraus geteilt. Die zur Rechtfertigung heranzuziehende objektiv-rechtliche Dimension der Wissenschaftsfreiheit kann daher kaum so weit reichen, dass sie gegenüber der abwehrrechtlichen Komponente in Form der negativen Publikationsfreiheit überwiegt.

Anderes mag allenfalls in Einzelfällen gelten, in denen ganz bestimmte Daten in Rede stehen und erhebliche negative Konsequenzen drohen, wenn diese nicht geteilt werden. Denkbar ist eine solche Ausnahmekonstellation unter der Prämisse des Tierschutzes etwa für aus Tierversuchen gewonnenen Daten; ferner sind vor dem Hintergrund der Erfahrungen der Corona-Pandemie auch Offenlegungspflichten zugunsten dringender Gesundheitsforschung vorstellbar. Dabei liegt es nahe,

52 Vgl. allg. zur wichtigen Rolle von Förderern *Wallach/Boyack/Ioannidis* (Fn. 10), S. 2.

53 BVerfGE 90, 1, 11; *Fehling* (Fn. 41), Art. 5 Abs. 3 Rn. 19; *Gärditz* (Fn. 24), Art. 5 Abs. 3 Rn. 47.

54 BVerfGE 35, 79, 112 f.; 47, 327, 367 f.; 90, 1, 12; BVerwGE 102, 304, 307 f.; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 103.

55 *Fehling* (Fn. 41), Art. 5 Abs. 3 Rn. Wissenschaftsfreiheit 74; *Jarass* (Fn. 49), Art. 5 Rn. 138.

56 *Britz* (Fn. 38), Wissenschaftsfreiheit Art. 5 III (Wissenschaft) Rn. 26; *Gärditz* (Fn. 24), Art. 5 Abs. 3 Rn. 103, 113; a.A. wohl *Dickert*, Naturwissenschaften und Forschungsfreiheit, 1991, S. 271 ff.; dagegen wiederum *Rieble*, in: Reuß/ders., Autorschaft als Werkherrschaft, 2010, S. 29, 53 f.

57 BVerfGE 93, 85, 95; vgl. *Britz* (Fn. 38), Art. 5 Abs. 3 Rn. 72.

58 Dabei sollten auch die gute wissenschaftliche Praxis und sog. Community-Standards berücksichtigt werden, dazu ausführlich *Fehling/Tormin* (Fn. 17), insb. unter III.

59 *Schmitt Glaeser*, Die Freiheit der Forschung, *WissR* 7 (1974), 107, 122 ff.; *Hailbronner*, Forschungsreglementierung und Grundgesetz, *WissR* 13 (1980), 212, 234 f.; *Fehling* (Fn. 41), Art. 5 Abs. 3 Wissenschaftsfreiheit Rn. 45; *von der Decken*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hennecke, Grundgesetz, 14. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 47.

60 Das entspricht auch den der Tierversuchsrichtlinie 2010/63/EU zugrundeliegenden Erwägungen, s. Cornils, Reform des Europäischen Tierversuchsrechts, 2011, S. 7 ff., 21 ff.



die Forscher zumindest in notstandähnlichen Aufopferungssituationen für die entstehenden Mehrkosten und den Aufwand, der mit der Aufbereitung und Bereitstellung der Daten einhergeht, zu entschädigen.<sup>61</sup>

#### IV. Indirekte Steuerung der Förderung des Datenaustauschs

Während ordnungsrechtliche Verpflichtungen also nur in Ausnahmefällen einen rechtmäßigen Beitrag zur Förderung des Teilens von Forschungsdaten leisten können, sind eine Reihe indirekt wirkender Maßnahmen denkbar und wahrscheinlicher. Im Gegensatz zum vorstehend benannten Gesetz handelt es sich ganz überwiegend um Instrumente, die schon mittels Verwaltungshandelns, vor allem durch Maßnahmen der Forschungsförderorganisationen, implementiert und durchsetzbar sind.<sup>62</sup>

##### 1. Informationsmaßnahmen und Empfehlungen

Um die Bereitschaft Forschender zum Teilen ihrer Daten zu erhöhen, klären Förderorganisationen sowie Forschungseinrichtungen zunehmend über die Vorteile von Data-Sharing auf.<sup>63</sup> Soweit die Informationen und Empfehlungen von einer staatlichen oder dem Staat zurechenbaren Stelle ausgehen, handelt es sich um eine Form indirekter Steuerung, wobei sich die Steuerungswirkung verstärkt, wenn die Ansprache und Empfehlung an einzelne Wissenschaftler individualisiert stattfindet. Zum einen sind die Adressaten der Materie gegenüber dann aufmerksamer, zum anderen erhöht Personalisierung den individuell empfundenen sozialen Druck.<sup>64</sup>

Verfolgt die öffentliche Hand mit der Bereitstellung von Informationen das konkrete Ziel, Data-Sharing in der Wissenschaft zu fördern, handelt es sich um informationelle Verhaltenssteuerung.<sup>65</sup> Das gilt auch, wenn die Information mit Empfehlungen und/oder Werturteilen einhergeht. Eine Beeinträchtigung der Wissenschaftsfreiheit in Form eines Grundrechtseingriffs durch diese Art der Steuerung ist allerdings erst dann gegeben, wenn sich das hoheitliche Informationshandeln dem Staat zurechenbar negativ auf den Schutzbereich auswirkt.<sup>66</sup> Das dürfte in aller Regel zu verneinen sein: Die Wissenschaftsfreiheit ist jedenfalls dann nicht tangiert, wenn die zuständige staatliche<sup>67</sup> Einrichtung faktenorientiert objektiv-nachvollziehbare Informationen unverzerrt ermittelt. Eine solche Informationstätigkeit kann es dem Empfänger mitunter überhaupt erst ermöglichen, eine fundierte, auf einer erweiterten Informationsgrundlage basierende Entscheidung zu treffen.<sup>68</sup>

Doch auch wenn es sich um eine wertende Empfehlung ohne weitergehenden Informationsgehalt handelt, liegt nicht per se ein Eingriff vor. Es ist nicht schon schädlich, wenn der Staat ein spezifisches Verhalten als wünschenswert bezeichnet.<sup>69</sup> Das gilt auch im Bereich der Forschungsförderung, wo der Staat solche Prioritäten setzen darf, für die sich sachliche Gründe anführen lassen.<sup>70</sup> Grundrechte werden in der Regel erst tangiert, wenn damit auch eine (stigmatisierende) Herabsetzung jener Adressaten einhergeht, die der Verhaltensempfehlung nicht nachkommen.<sup>71</sup> Das kann sich aus der Art ergeben, wie die Informationen vermittelt werden, beispielsweise wenn eine öffentliche Erwähnung mit Prangerwirkung stattfindet.<sup>72</sup> Auch staatliches Handeln, das

61 Dabei handelt es sich um eine gemeinwohlorientierte Aufopferung, für die – unter weiteren Voraussetzungen – Entschädigungspflichten bestehen können, s. *Ossenbühl/Cornüls*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 124 ff., 140 f.

62 Auch solche Maßnahmen können sich aber als Grundrechtseingriff darstellen, für den es dann u.U. – wegen des Vorbehalts des Gesetzes – einer gesetzlichen Grundlage bedarf. S. dazu *Fehling* (Fn. 35), S. 200; sowie unter IV.5.c.

63 Das geschieht einerseits auf den offiziellen Webseiten, andererseits bei eigens initiierten Vorträgen und Workshops: *Deutsche Initiative für Netzwerkinformation*, Datenmanagementpläne zwischen Vorgaben der Förderer und Forschungspraxis, 18.3.2021; *European Open Science Cloud*, Symposium, 15.-17.6.2021; *Harvard University*, The open data assistance program, <https://projects.iq.harvard.edu/odap/benefits-sharing-data>; *Kompetenznetzwerk FDM an den Thüringer Hochschulen*, Thüringer FDM-Tage: Datendokumentation, 21.-25.6.2021; *Nationale Forschungsdaten Infrastruktur*, InfraTalk, 3.5.2021; *SPARC et al.*, Open Science FAIR, 20.-23.9.2021; *Universität Heidelberg*, E-Science-Tage: Share your research data, 4.-5.3.2021.

64 *Schuppert*, in: Schliesky et al., FS Schmidt-Jortzig, 2011, S. 291, 295; *Wolff* (Fn. 34), S. 209.

65 *Wolff* (Fn. 34), S. 209. Dazu allg. *Gusy*, in: GVwR II (Fn. 28), § 23.

66 Vgl. BVerfGE 105, 252, 273; 105, 279; 303; *Lenski*, Staatliches Informationshandeln als Grundrechtseingriff, ZJS 2008, 13, 14 f. Allg. zum erweiterten Eingriffsbegriff *Albers*, Faktische Grundrechtsbeeinträchtigung als Schutzbereichsproblem, DVBl. 1996, 23 ff.; *Starck* (Rn. 25), Art. 1 Rn. 265 m.w.N.

67 Selbiges gilt auch, wenn die informierende Einrichtung nicht-staatlich ist, aber auf Veranlassung einer staatlichen Stelle tätig wird, s. BVerwG, NJW 2006, 1303, 1304.

68 So wurde auch in dem Glykol-Beschluss argumentiert, der hervorhob, dass Informationshandeln den Bürgern Orientierung biete und sie zur sachgerechten Bewältigung eines bestehenden Missstandes befähige, BVerfGE 105, 252 ff.; *Gusy*, in: GVwR II (Fn. 28), § 23 Rn. 101.

69 Vgl. allg. zur Grundrechtsrelevanz staatlichen Informationshandelns *Voßkuhle/Kaiser*, Informationshandeln des Staates, JuS 2018, 343; *Wolff* (Fn. 34), S. 217.

70 *Schmitt Glaeser* (Fn. 59), S. 122 ff.; *Kimminich*, Das Veröffentlichungsrecht des Wissenschaftlers, WissR 18 (1985), 116, 133; *Fehling* (Fn. 41), Art. 5 Abs. 3 Wissenschaftsfreiheit Rn. 45.

71 *Voßkuhle/Kaiser* (Fn. 69), S. 343; *Wolff* (Fn. 34), S. 217.

72 Vgl. zur Prangerwirkung im Lebensmittelsektor *Monsees*, Behördliches Informationshandeln im Lebensmittelbereich, S. 223 ff.

einen sogenannten Chilling-Effect auslöst, wäre dahingehend bedenklich.<sup>73</sup> Dabei entsteht bei den Wissenschaftlern der Eindruck, die Nicht-Befolgung der Empfehlungen verhindere eine Förderung. All dies scheint im hiesigen Fall jedoch eher fernliegend, wobei die Verhinderung des Chilling-Effects wiederum eine Herausforderung für die staatliche Kommunikation gegenüber der Wissenschaft ist, die Empfehlungen und Informationen aus Gründen der Transparenz deutlich von rechtlichen Pflichten abzugrenzen.

Letztlich sind die naheliegenden Formen informationeller Steuerung zugunsten von mehr Data-Sharing aus Sicht der Wissenschaftler grundrechtlich unproblematisch und greifen typischerweise nicht einmal in die Wissenschaftsfreiheit ein. Einer Ermächtigungsgrundlage für entsprechende Maßnahmen bedarf es deshalb in aller Regel nicht.<sup>74</sup>

## 2. Nennung der Datenquelle und Anerkennung für Open-Data-Praktiken

Auch die zu erwartende öffentliche Anerkennung kann die Adressaten zu einem bestimmten Verhalten motivieren.<sup>75</sup> So dürfte die namentliche Benennung als Datenerheber für die Wissenschaftler wünschenswert sein und mithin als Anreiz für Data-Sharing wirken. Dies kann sich auch der Staat zunutze machen, indem er die Angabe der Quelle von durch Dritte generierte Daten zur Förderbedingung oder gar zur imperativen Rechtspflicht<sup>76</sup> erklärt. Ob hier aber tatsächlich nennenswerte Steuerungspotenziale liegen, ob also bislang ein erheblicher Teil der Wissenschaftler entgegen den Grundsätzen wissenschaftlicher Redlichkeit Daten ohne Quellenangabe zweitverwertet, darf bezweifelt werden. Auch wirken Peer-Review-Verfahren schon als internes Korrektiv.

Größeres Steuerungspotenzial dürften Ansätze haben, die auf eine Steigerung der öffentlichen und/oder wissenschaftsinternen Anerkennung für die Praxis des Data-Sharing abzielen. Dies kann beispielsweise durch die Stiftung von Auszeichnungen und Ehrentitel für besonderes Open-Science-Engagement erreicht werden. Derartige Anreize vermitteln Wertschätzung,<sup>77</sup> steigern die Reputation und beeinflussen so das Verständnis der Scientific Community von guter wissenschaftlicher Pra-

xis. Förderorganisationen und Forschungseinrichtungen könnten zum Beispiel von ihnen geförderte Wissenschaftler, die bereits besonders vorbildlich Daten teilen, auf ihrer Webseite hervorheben oder mit einem Open-Data-Award auszeichnen. Zudem kann ein Open-Science-Siegel die Data-Sharing-Mindeststandards einhaltenden Forschungsprojekte als solche ausweisen.

Als Grundlage des Ganzen ist ein Open-Science-Score denkbar, der unter anderem nachweist, in welchem Maße eine Person bisher Daten bereitgestellt hat.<sup>78</sup> All diese Ansätze sind als Formen reiner Leistungsgewährung grundrechtlich regelhaft unproblematisch, solange sie nicht mit einer Herabsetzung derer einhergehen, die keine oder wenige Daten teilen.

Problematisch wäre es in diesem Kontext unter Umständen, wenn der Open-Science-Score in einem Ranking öffentlich zugänglich ist. Dann könnte es zu der vorstehend erwähnten Prangerwirkung kommen, die die staatliche informationelle Verhaltenssteuerung in einen Grundrechtseingriff umschlagen lässt, der dann gerechtfertigt werden muss (wobei es freilich auf die Belastungsintensität der ganz konkreten Maßnahme ankommt). Dies kann vermieden werden, indem die Wissenschaftler frei entscheiden können, ob sie überhaupt in dem Score gelistet werden. Ebenso ist es möglich, nur die Spitzenplätze des Rankings zu veröffentlichen.

## 3. Exklusive Open-Science-Datenbanken

Eine deutlich weitergehende Möglichkeit der Privilegierung derjenigen Wissenschaftler, die zum Teilen von Forschungsdaten bereit sind, läge in der Bereitstellung von „Open-Science-Datenbanken“, die Forschungsdaten speichern, wobei nur diejenigen Zugang zu den Informationen erhielten, die selbst offen mit ihren Forschungsdaten umgehen. Dabei sind verschiedene Ausgestaltungen möglich: So kann etwa auf den vorstehend benannten Open-Science-Score zurückgegriffen werden, der auf das Data-Sharing Verhalten im Allgemeinen rekurriert. Um Nachweisprobleme im Einzelfall zu verhindern, könnte aber auch verlangt werden, dass Wissenschaftler die von ihnen erhobenen Daten just in dieser Datenbank bereitstellen. Letzteres vergrößerte die

73 Das BVerfG spricht dabei u.a. von Einschüchterungseffekten E 115, 166, 188; 125, 260, 332.

74 BVerfGE 105, 252 ff.; Gusy, Neutralität staatlicher Öffentlichkeitsarbeit, NVwZ 2015, 700, 701.

75 Sacksofsky (Fn. 28), § 40 Rn. 7.

76 Für ein Gesetz hätten wiederum die Länder die Kompetenz, s. III.1.

77 Vgl. Sacksofsky (Fn. 28), § 40 Rn. 25.

78 Der Score müsste den Grad der wissenschaftlichen Erfahrung

berücksichtigen und ob der Betroffene in einem Bereich arbeitet, in dem Data-Sharing üblich, sinnvoll und rechtlich zulässig ist. Der Score ließe sich versuchsweise in Rechenschaftsberichten und als eines von mehreren Kriterien – bei der Bewilligung von Forschungsförderanträgen einführen, etwa. Die Bedeutung des Open-Science-Scores für Auswahlentscheidungen könnte sukzessive erhöht werden, müsste aber nachrangig bleiben gegenüber originären Forschungsleistungen.

angebotene Menge an Daten und erhöhte so die Anreizwirkung.

Die Einrichtung und Organisation einer solchen nach dem do-ut-des-Prinzip funktionierenden, exklusiven Datenbank von staatlicher Seite, die groß genug ist, um für Forscher attraktiv zu sein, dürfte indes kaum mit der Wissenschaftsfreiheit vereinbar sein. Es handelt sich dabei um eine Steuerung mit erheblicher Eingriffstiefe. Denn hierbei würde der Staat im ureigensten und im Lichte der Wissenschaftsfreiheit hochsensiblen Bereich der Forschungstätigkeit selbst differenzieren und letztlich gezielt jene diskriminieren, die – aus welchen Gründen auch immer – nicht zum Teilen ihrer Daten bereit sind. Das Beschränken des Zugangs zu ohnehin schon vorhandenen und aufbereiteten Daten hätte faktisch einen Sanktionscharakter. Dabei besteht ein Unterschied zu (den noch zu thematisierenden) unterstützenden finanziellen Anreizen für jene, die ihre Daten teilen: Forschungsfördergelder sind ohnehin nur begrenzt vorhanden und können nicht an alle ausgeschüttet werden. Der Zugang zu den Daten würde dagegen künstlich verknappt. Zwar mag argumentiert werden, es handele sich nicht um ohnehin frei verfügbare Daten, sondern um solche, die sich in einem Repository befinden, das eigens für Forscher eingerichtet wurde, die ihre Daten auch selbst teilen. Das lässt aber die aus Art. 5 Abs. 3 GG erwachsende Förderdimension außer Acht, die auch die Bereitstellung wissenschaftlicher Infrastrukturen und den Informationszugang erfasst.<sup>79</sup> Der Staat ist danach grundsätzlich verpflichtet, die in einem von ihm betriebenen Repository gesammelten Daten gegenüber Wissenschaftlern offenzulegen; eine abweichende Praxis ist zumindest rechtfertigungsbedürftig.<sup>80</sup> Dem staatlichen und grundrechtsgebundenen Betreiber der Datenbanken wäre es ein Leichtes, der Forschung im Allgemeinen durch den Zugang zu den aufbereiteten Daten Vorschub zu leisten. Der Nachteil, den die Forscher mit erschwertem Zugang zu Daten gegenüber anderen Forschern hätten, ist dabei nicht mit der objektiv-rechtli-

chen Komponente der Wissenschaftsfreiheit zu begründen, sondern schadete im Gegenteil eher der Funktionsfähigkeit des Wissenschaftssystems.<sup>81</sup> Sollte die Datenbank ein Erfolg und der Zugang zu dieser eines Tages unverzichtbar sein, um überhaupt im jeweiligen Bereich zu forschen, könnten Wissenschaftler sogar einer faktischen Offenlegungspflicht ausgesetzt sein, da andernfalls eine sinnvolle Forschungstätigkeit unmöglich wird.<sup>82</sup> Eine solche Wirkung ist aber, wie unter III. gezeigt, in ihrer Pauschalität nicht mit der Forschungsfreiheit in Einklang zu bringen.

Das verbietet freilich nicht jede steuernde Differenzierung. Angesichts des Anreizpotentials scheint eine Mittellösung erwägenswert: Das Open-Science-Repository könnte Nutzern, die selbst Daten teilen, bevorzugt und weniger bürokratisch Zugriff gewähren. Ihnen könnten beispielsweise Extradienste angeboten werden wie ein Recherche-Tool, das auch auf thematisch ähnliche Informationen hinweist. Den Nutzern, die selbst kein Data-Sharing betreiben, blieben solche Angebote verwehrt.<sup>83</sup>

#### 4. Data-Sharing als Standardeinstellung im Förderantrag mit Opt-Out-Option

Denkbar ist auch eine Klausel im (elektronischen) Formular für den Förderantrag, die vorschreibt, erhobene Rohdaten zu teilen, aber durch ein Opt-Out abbedungen werden kann. Dabei muss der Geförderte Auskunft geben, warum er seine Daten nicht teilen wird. Verlangt würde hierbei ein formales „comply or explain“, ohne dass die inhaltliche Überzeugungskraft der Erklärung überprüft wird.<sup>84</sup> Sofern dies von (semi-)staatlichen Förderorganisationen praktiziert, oder aber privaten gesetzlich vorgeschrieben wird, handelt es sich um indirekte Verhaltenslenkung der öffentlichen Hand in Form des Nudgings.

Eine solche verhaltensökonomische Steuerung implementiert keine Rechtspflicht, sondern macht sich den „Status-quo-Bias“ zunutze.<sup>85</sup> Danach bevorzugen För-

79 Vgl. Gärditz (Fn. 24), Art. 5 Abs. 3 Rn. 266 ff.

80 *Mayen*, Der grundrechtliche Informationsanspruch des Forschers gegenüber dem Staat, 1992, S. 136 ff.; *Greb*, Der Anspruch der Wissenschaft auf Überlassung und Nutzung (steuer-)statistischer Daten, Die Verwaltung 44 (2011), 563, 568.

81 Selbst wenn man eine solche Datenbank implementieren wollte, müsste jedenfalls berücksichtigt werden, dass es Forschende gibt, die nicht bereitstellungsfähige Daten erheben, weil ihrer Erhebung etwa ein gesetzliches Verbot entgegensteht oder weil ihre öffentliche Bereitstellung offenkundig ohne verallgemeinerungsfähigen Mehrwert ist. Auch gibt es Nachwuchswissenschaftler, die bislang noch keine Möglichkeit hatten, Daten verfügbar zu machen. In der Praxis dürfte es schwierig sein, ein entsprechend differenzierendes Zugangssystem umzusetzen.

82 Vgl. *Berg*, Informationelle Selbstbestimmung und Forschungs-

freiheit, CR 1988, 234, 237: „Zugangsverweigerung führt zu einem objektiven und absoluten Verbot freier, unabhängiger Forschung“; differenzierend *Mayen* (Fn. 80), S. 132 ff.

83 Vergleichbar ist das mit Apps, die ein kostenloses Basisangebot haben und den zahlenden Nutzern zusätzliche Leistungen anbieten.

84 Stelle man Anforderungen an die Rechtfertigung, käme dies einer Förderbedingung gleich, dazu unter IV.5.

85 *Thaler/Sunstein* (Fn. 34), S. 55 unter Verweis auf *Samuelson/Zeckhauser*, Status quo bias in decision making, *Journal of Risk and Uncertainty* 1 (1988), 7 ff. S. auch *Korobkin*, in: *Sunstein*, Behavioral law and economics, 2000, S. 116, 118 ff.; *Kahneman/Knetsch/Thaler*, Anomalies: The endowment effect, loss aversion, and status quo bias, *The Journal of Economic Perspectives*, 5/1 (1991), 193, 197 ff.

deranwärter, bei der bestehenden Vertragsklausel zu bleiben, um vorerst keinen Aufwand mit der Erklärung zu haben. Die langfristigen Mehrbelastungen, die beim Data-Sharing auf sie zukommen, treten dabei in den Hintergrund. Zudem setzt die Standardklausel an die Veränderungssträgheit der Wissenschaftler an und beeinflusst ihr intuitives Entscheiden.<sup>86</sup> Darüber hinaus erzeugt eine voreingestellte Klausel zum Datenteilen sozialen Druck. Die Antragstellenden werden womöglich annehmen, die Vorgaben bilden den Standard guter wissenschaftlicher Praxis ab und die Förderorganisation erwarte von ihnen, diesen einzuhalten.

Freilich ist die Treffsicherheit einer solchen Maßnahme mit einigen Unsicherheiten behaftet. Sollen die eigenen Forschungsdaten öffentlich geteilt werden, könnte das Gefühl überwiegen, exklusive Zugriffsrechte zu verlieren. Zudem ist es für die Antragsteller regelmäßig bedeutend einfacher, begründet von der Voreinstellung abzuweichen als die Daten und Metadaten aufzubereiten, und zugänglich zu machen.

Eine Data-Sharing-Voreinstellung greift nicht zwangsläufig in Grundrechte ein.<sup>87</sup> Der Antragsteller kann frei entscheiden, ob er den Antrag mit oder ohne die Verpflichtung zum Teilen der Daten einreicht. Hängt die Förderzusage ersichtlich nicht von der Entscheidung ab und werden Gründe wie schierer Unwille zum Teilen der Daten akzeptiert, ist das Instrument als rein formale Opt-Out-Option grundrechtlich unproblematisch und entspricht in seiner Wirkung annähernd einer bloßen Empfehlung, die regelhaft keinen Eingriff darstellt. Etwas anderes kann sich bei erheblichem Begründungsaufwand des Antragstellers ergeben. Dann wird es sich aber nicht mehr um Nudging handeln. Stattdessen wird die Überzeugungskraft der Rechtfertigung zur Förderbedingung, dazu sogleich. Das Nudging selbst zeitigt dagegen erst rechtsstaatliche Bedenken, wenn der Staat die Forscher bewusst darüber im Unklaren lässt, ob sich ihre Entscheidung auf die Förderung auswirkt. In diesem Fall kann ein abschreckender oder einschüchternder Effekt entstehen, der eine freie Entscheidung vereitelt und zumindest einen Grundrechtseingriff darstellt.<sup>88</sup>

86 O'Hara, Grundrechtsschutz vor psychisch vermittelter Steuerung, AöR 145 (2020), 135, 140.

87 Eine – wie grds. bei der Grundrechtsprüfung gebotene – differenzierte Betrachtung scheint vorzugswürdig, Wolff (Fn. 34), S. 214 f. Nach a.A. wird z.T. angenommen, Standardeinstellungen tangierten stets jedenfalls die allg. Handlungsfreiheit, van Aaken, Constitutional limits to paternalistic nudging in Germany, Verfblog, 7.1.2015, <https://verfassungsblog.de/constitutional-limits-paternalistic-nudging-germany/>.

88 Vgl. BVerfGE 115, 166, 188; 125, 260, 335.

5. Data-Sharing als Entscheidungskriterium bei der Fördermittelvergabe

Einen wirkmächtigen Steuerungsansatz, der etwa bei den angesprochenen Förderrichtlinien des BMBF genutzt wird,<sup>89</sup> bietet die Fördermittelvergabe selbst. Grundsätzlich kommen zwei verschiedene Herangehensweisen in Betracht: Zum einen könnte eine Förderorganisation die finanzielle Förderung davon abhängig machen, dass der Geförderte erklärt, er werde die im Rahmen des Projektes erhobenen Daten zugänglich machen oder andernfalls begründet darlegt, warum er die Daten nicht teilen kann.<sup>90</sup> Zum anderen kann sich die Steuerung auch auf vergangenes Verhalten beziehen. Dann würde die bisherige Data-Sharing-Praxis des Antragstellers bei der Förderentscheidung berücksichtigt. Der bereits angesprochene Open-Science-Score kann auch hier die Vergleichbarkeit herstellen.

#### a) Grundrechtliche Relevanz

Geht die Berücksichtigung des Open-Data-Verhaltens bei der Fördermittelvergabe auf eine staatliche Intervention – etwa die Entscheidung einer grundrechtsgebundenen Förderorganisation – zurück, handelt es sich um indirekte, ökonomische Steuerung über finanzielle Anreize. Wer dem Verhaltensanreiz folgt und seine Daten teilt, hat die Chance auf einen finanziellen Vorteil, der sich wiederum auf die eigene Forschung auswirkt. In der Sache ist das ein unterstützender Anreiz, da es um die Gewährung finanzieller Vorteile geht. Letztlich kann aber auch in dem Nicht-Erhalt eines markt- bzw. branchenüblichen Vorteils eine erhebliche Belastung für die wissenschaftliche Entscheidungsfreiheit der Adressaten liegen.<sup>91</sup> Dies ist – wenngleich es intuitiv naheliegen mag – nicht pauschal mit Fällen staatlicher Subventionsgewährung zu vergleichen, welche nach verbreiteter Ansicht grundsätzlich keinen Eingriff in die Berufsfreiheit derjenigen darstellt, die nicht mit einer Subvention bedacht wurden.<sup>92</sup> Das liegt an der überragenden Relevanz der Forschungsförderung in kostenintensiven Disziplinen. Denn das Ausbleiben von Fördergeldern verwehrt es einem Forscher oft, ein Projekt überhaupt zu

89 S. Fn. 16. Auch internationale Förderorganisationen nutzen dieses Instrument, so geschehen im Förderprogramm der *Europäischen Kommission* (Fn. 11), S. 39, bei der *Bill & Melinda Gates Foundation* (Fn. 10), OA-Policy 2020, Nr. 4 und den *NIH* (zu exemplarischen Policies Fn. 10).

90 Bzgl. der Begründung, warum Daten nicht geteilt werden, kann es dann einen beispielhaften oder aber abschließenden Katalog an Rechtfertigungsgründen geben.

91 Vgl. Sacksofsky (Fn. 28), § 40 Rn. 79 ff.

92 Manssen (Fn. 25), Art. 12 Rn. 100.



realisieren. Dadurch wird der Kern der von Art. 5 Abs. 3 GG geschützten Forschungstätigkeit tangiert. Wenn aber die grundrechtlich relevante Tätigkeit selbst gefährdet ist, liegt ein Grundrechtseingriff vor,<sup>93</sup> dessen Intensität (und mithin die Möglichkeit grundrechtlicher Rechtfertigung) wiederum vom Einzelfall abhängt: Je stärker der Open-Science-Score oder ein vergleichbares Kriterium bei der Fördermittelvergabe berücksichtigt wird, desto weitgehender schränkt das die Wissenschaftsfreiheit ein. Ist mangelndes Data-Sharing ein Ausschlusskriterium für die Förderzusage, entfaltet die Regelung möglicherweise sogar eine Gebotswirkung, wonach Forschern faktisch keine Wahl bleibt, erhobene Daten zu teilen (es sei denn, sie geben die Forschungstätigkeit selbst auf).<sup>94</sup>

Das gilt jedenfalls, wenn der Forscher auf die konkreten Drittmittel angewiesen ist. Hierbei kommt es darauf an, welcher Maßstab an das „darauf angewiesen sein“ gelegt wird: Ist die Förderung erforderlich, um in der hochrangigen (Exzellenz-)Forschung mitzuspielen, oder bloß, um überhaupt sinnvoll forschen zu können? Die erste Ausgestaltung dürfte regelmäßig grundrechtskonform sein. Denn grundsätzlich ist eine Differenzierung nach leistungsorientierten Kriterien bei der Drittmittelvergabe zulässig.<sup>95</sup> Vorstellbar ist es dann auch, das Engagement eines Wissenschaftlers für die Scientific Community in Form von Data-Sharing als ein Exzellenzkriterium heranzuziehen. Dies schlägt aber in eine verbotsgleiche Maßnahme und mithin einen Grundrechtsverstoß um, wenn auch die basale Forschungstätigkeit ohne Fördergelder kaum möglich ist und mithin ein „faktischer Zwang“<sup>96</sup> zur Teilnahme am Verfahren der Mittelvergabe entsteht. Das dürfte insbesondere in Disziplinen der Fall sein, die (vor allem für Experimente) auf erhebliche finanzielle Ausstattung angewiesen sind. Zudem spielt es eine Rolle, inwieweit in der jeweiligen Disziplin die Förderung durch eine Institution wie die DFG reputationsfördernd wirkt und ob Ausweichmöglichkeiten auf andere staatliche oder private, wenngleich weniger renommierte Förderer verbleiben.<sup>97</sup> Erst wenn die Aufnahme und Finanzierung der Forschungstätigkeit an sich durch

die Berücksichtigung von Data-Sharing-Kriterien merklich erschwert wird, ist die Eingriffsschwelle überschritten.

Auch bei fehlender Ausweichmöglichkeit ist es aber unter Umständen nicht einmal als Eingriff zu qualifizieren, wenn die Bereitschaft zur Offenlegung nur als eines von vielen Kriterien berücksichtigt wird. Maßgeblich ist dann, wie relevant das Data-Sharing für eine Förderzusage ist. Sofern an das bisherige Verhalten angeknüpft wird, sollte es jedenfalls transparent formulierte Ausnahmen geben, falls es sich beispielsweise um sensible Daten handelt, die aus Geheimhaltungsgründen nicht geteilt worden sind. Auch für Nachwuchswissenschaftler, denen eine Offenlegung von Daten mangels Erfahrung bisher nicht möglich war, müssen Ausnahmen gelten. Letztlich braucht eine solche Veränderung der wissenschaftlichen Kultur im Umgang mit Daten Zeit. Übergangsfristen können Wissenschaftlern ermöglichen, ihr Verhalten entsprechend anzupassen, bevor die Relevanz dieses Verhaltens zu einem zunehmend wichtigeren Entscheidungskriterium bei der Förderung wird. Wegen dieser Schwierigkeiten dürfte fürs Erste aber ohnehin eine Herangehensweise vorzugswürdig sein, die nur auf die Offenlegung der im konkret zu fördernden Projekt generierten Daten abzielt und damit nicht an vergangenes, sondern an zukünftiges Verhalten anknüpft. Auch in diesem Fall ist das im Lichte der Wissenschaftsfreiheit legitime Interesse des Betroffenen zu achten, Rohdaten vorrangig für eigene Forschungszwecke nutzen zu können. Dem lässt sich durch Karenzfristen<sup>98</sup> Rechnung tragen, sei es generell oder bei begründeter Darlegung eines Anschlussnutzungsinteresses.

#### b) Steuerungswirkung

Der Nutzung von Data-Sharing als Ausschlusskriterium steht also zumindest in den Fällen, in denen eine faktische Zwangswirkung erzeugt wird, regelhaft die Wissenschaftsfreiheit entgegen. Wird es hingegen als ein „weiches“ Evaluationskriterium unter vielen berücksichtigt, dessen Fehlen durch das Vorliegen weiterer Voraussetzungen aufgewogen werden kann, mag das zwar nicht

93 Das gilt auch im Subventionsrecht, wo die Eingriffsschwelle nach einhelliger Auffassung jedenfalls bei sog. Erdrosselungssubventionen erreicht wird, vgl. BVerwGE 30, 191, 197; Jarass, Kommunale Wirtschaftsunternehmen und Verfassungsrecht, DÖV 2002, 489, 493 f. In einem vergleichbaren Kontext von „eingriffsähnlicher Wirkung“ sprechend: *Fehling* (Fn. 35), S. 194 ff.

94 Vgl. *Rieble* (Fn. 56), S. 43; *Fehling* (Fn. 35), S. 195; s. zur Rechtmäßigkeit eines solchen Gebots III.

95 BVerfGE 111, 333, 359. Eine Grundausstattung muss dagegen stets gewährleistet sein, ebd., 362.

96 Begriff in diesem Kontext bei *Sieweke*, Die Verfassungswidrigkeit der Exzellenzinitiative des Bundes und der Länder,

DÖV 2011, 435, 437.

97 Näher dazu *Fehling* (Fn. 35), S. 195 f.; bei einer Open-Access-Publikationspflicht in DFG-Förderbedingungen – wegen deren überragender Bedeutung für die Wissenschaftsfinanzierung – von einem „mittelbaren Publikationszwang“ ausgehend, *Rieble* (Fn. 56), S. 43.

98 Dazu schon „Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht zur Anfrage des Bundesministeriums der Justiz“ vom 20. Februar 2013, Rn. 46. Zur Nutzung von Karenzfristen bei Open-Access-Publikationsrechten und -pflichten vgl. § 38 Abs. 4 UrhG (insoweit freilich mit etwas anderer Zielsetzung).



die gleiche Steuerungswirkung haben. Es ist aber durchaus ein noch immer beachtlicher Effekt zu erwarten. Einerseits wird schon durch den bloßen Fakt der Berücksichtigung die Data-Sharing-Praxis öffentlich aufgewertet und anerkannt. Andererseits werden so jedenfalls jene, die dem Data-Sharing indifferent gegenüberstehen, aber gleichzeitig erhebliches Interesse an der finanziellen Förderung ihrer Forschungstätigkeit haben, zum Teilen der Daten veranlasst, um ihrem Förderantrag bestmögliche Chancen zu verschaffen.

Das gilt umso mehr, wenn die Förderung zugleich die finanziellen Mittel beinhaltet, welche die Aufbereitung und Bereitstellung der Daten benötigen, und die Förderorganisation administrative Unterstützung anbietet. In diesem Fall hat der Wissenschaftler, der keine grundlegenden Bedenken gegenüber einer Open-Data Praxis hat, oft keine nachteiligen Folgen zu befürchten, welche die Steuerungswirkung konterkarieren könnten. Anderes kann sich aber beispielsweise ergeben, wenn der Forscher ein Interesse daran hat, die von ihm erhobenen Daten exklusiv zu Anschlussforschungszwecken zu nutzen.

### c) Notwendigkeit einer Ermächtigungsgrundlage

Ob es einer expliziten Ermächtigungsgrundlage bedarf, hängt wiederum von der Intensität des Eingriffs,<sup>99</sup> mithin von der Relevanz der Offenlegungsbereitschaft für die Förderentscheidung ab. Zwar zählt die Leistungsverwaltung und somit auch die Forschungsförderung grundsätzlich nicht zu den vom Vorbehalt des Gesetzes erfassten Regelungsbereichen.<sup>100</sup> Anderes gilt aber, wenn die Auswahlkriterien selbst der staatlichen Verhaltenssteuerung dienen sollen und dabei grundrechtsrelevante Bereiche tangieren. In diesen Fällen stellt die Leistungsgewährung insbesondere für jene, die sich dem Verhaltensanreiz nicht beugen, einen Grundrechtseingriff dar.<sup>101</sup> Das dürfte jedenfalls zu bejahen sein, wenn die Bereitschaft zum Data-Sharing im Zuge des Auswahlprozesses einen potenziell ausschlaggebenden Charakter erlangt, der droht, einzelne Wissenschaftler von der Förderung in Gänze auszuschließen. Besondere Maßstäbe sind aber anzulegen, wenn das Förderangebot von einer Organisation wie der DFG ausgeht, die sich selbst auf die Wissenschaftsfreiheit berufen kann. In derartigen Fällen

muss berücksichtigt werden, dass die grundrechtlich verbürgte Freiheit weitergehende Einschränkungen ermöglicht als sie für nicht grundrechtsberechtigte Verwaltung gelten.<sup>102</sup> Mithin ist eine eigenmächtige Entscheidung einer semi-staatlichen Förderorganisation, das Data-Sharing-Verhalten als Evaluationskriterium heranzuziehen, (freilich in den benannten grundrechtlichen Grenzen), auch ohne explizite gesetzliche Ermächtigung zulässig.

### V. Fazit

Der Zugang zu Forschungsrohdaten spielt eine entscheidende Rolle bei der wissenschaftlichen Qualitätssicherung gerade, auch durch Replikationsstudien sowie der Ermöglichung von Anschlussforschung. Da über Ländergrenzen hinweg geforscht wird und die Kultur des Austausches von Forschungsdaten in Deutschland noch wenig ausgeprägt ist, gibt es zwar keine rechtliche Handlungspflicht, wohl aber ein praktisches Bedürfnis für staatliche Förderung der Offenlegung von Daten.

Nimmt man eine rechtswissenschaftliche (Steuerungs-)Perspektive ein und fragt nach dem staatlichen „Instrumentenkasten“, wird offenbar, dass Förderorganisationen als „Geldgeber“ der Wissenschaft eine entscheidende Rolle zukommen dürfte.<sup>103</sup> Dabei können sie zunächst informierend und ermutigend auf die Wissenschaftler einwirken. Jedoch wird eine informationelle Steuerung kaum ausreichen, um Data-Sharing in dem erwünschten Maße voranzutreiben. Selbiges gilt für weitere Maßnahmen, etwa Auszeichnungen, die lediglich darauf abzielen, die Akzeptanz und Reputationswirkung des Teilens von Daten zu erhöhen. Effizienter und im Vergleich zu (grundrechtlich problematischen) ordnungsrechtlichen Instrumenten zugleich deutlich flexibler ist eine Form der ökonomischen Anreizsteuerung: So können bisherige Datensharing-Bemühungen oder die zukünftige Datensharing-Bereitschaft des Förderanwärters bei der Vergabe von Forschungsmitteln als Evaluationskriterien berücksichtigt werden. Die mit dem Grad der jeweiligen Gewichtung einhergehende Steuerungsintensität kann hier niedrigschwellig angesetzt werden. Gleichzeitig ist der Steuerungsimpuls insbesondere gegenüber jenen, die dem Data-Sharing nicht per se ableh-

99 BVerfGE 49, 89, 127; 98, 218, 252.

100 S. aber zur Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts auf Bereiche jenseits der Eingriffsverwaltung Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 6 Rn. 11.

101 BVerfGE 90, 112, 126; zur Förderung von Presseorganen s. OVG Berlin, NJW 1975, 1940.

102 Fehling (Fn. 35), S. 200; einschränkend Trute (Fn. 38), S. 687 f.,

wonach aber zumindest die Ausgestaltung des Verfahrens der Fördermittelvergabe weitgehend der autonomen Entscheidung der DFG überlassen werden kann.

103 Corti/van den Eynden (Fn. 2), S. 9; Neylon, Case study: indigenous knowledge and data sharing, Research Ideas and Outcomes 2017, 1, 5; ders., Compliance culture or culture change?, Research Ideas and Outcomes 2017, 1, 12.

nend gegenüberstehen, erheblich. Eine extensive Berücksichtigung im Zuge der Auswahlentscheidung, die ablehnende Wissenschaftler faktisch von staatlicher Förderung ausschließt, ist dagegen – ebenso wie eine imperative Offenlegungspflicht – grundrechtlich nur in Ausnahmefällen zu rechtfertigen. Auch andere Instrumente, wie Standard-Klauseln in Förderbedingungen oder spezifische Datenbanken der Open-Data-Community, sind vorstellbar, zeitigen aber entweder im Hinblick auf ihre Zweck- oder aber Rechtmäßigkeit weitergehende Probleme.

Diese juristischen Erkenntnisse können naturgemäß nur den Rahmen der Forschungspolitik definieren. Um beurteilen zu können, welche Strategien und konkreten Maßnahmen sinnvoll sind (mit welchem „Bild“ dieser Rahmen also zu füllen ist), müssen andere Disziplinen

wie die Sozialwissenschaften, die Verhaltensökonomie und die Ethik zu Rate gezogen werden. Der rechtliche Blick auf die Materie jedenfalls offenbart weite instrumentelle Spielräume.

Dr. Philipp Overkamp ist Rechtsanwalt und Lehrbeauftragter der Bucerius Law School.

Miriam Tormin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht bei Prof. Michael Fehling, LL.M. (Berkeley), Bucerius Law School, für das Forschungsprojekt „Datablic“.



# Theodor Lammich

## *Der Sexus im juristischen Sprachgebrauch*

### Einleitung

Der Gebrauch des plurizentrischen deutschen Sprachsystems im soziokulturellen Raum und Gebiet der sich Befassenden mit den Verhaltensregeln eines personenmehrer Verbundes ist von exponierter Bedeutung, setzt man ihn in Relation zu den Glumanda anderer Fachdisziplinen, welche sich in der internen Kommunikation different erläutern.

Dieser einleitende Satz löst vermutlich bei den meisten Rezipienten ein Gefühl des Unbehagens, womöglich der Genervtheit aus. Er ist, neben überflüssigen Doppelungen, gespickt mit Umschreibungen, welche sich durch einen Begriff ersetzen ließen. Teilweise sind Informationen enthalten, die zwar für sich stimmen mögen, für die Kernaussage aber nicht von Belang sind. In Kombination mit dem inflationären Gebrauch von Fremdwörtern und einem Fantasiebegriff<sup>1</sup> mag man sogar daran scheitern, die Kernaussage überhaupt zu erkennen. Das ist besonders ärgerlich, wenn man sich einem Fachartikel mit der üblichen Motivation nähert: der schnellen, unmissverständlichen Entnahme von Information zu einem bestimmten Thema.

Auch in Bereichen des juristischen Sprachgebrauchs häufen sich derartige Vorwürfe. Der Fokus liegt dabei unter anderem auf der Frage der sprachlichen Sexusdifferenzierung in diversen Bereichen. Der folgende Aufsatz möchte dabei einen Überblick über Ausprägungsansätze geben und sich der Frage widmen, ob und inwiefern hieraus auch Probleme entstehen, die über bloße Gefühle hinausgehen.

Zunächst wird hierfür die linguistische Grundlage der Sexusdifferenzierung dargelegt (I.). Anschließend sollen verschiedene praktizierte Formen aufgezeigt werden (II.). Sodann soll die Regelgrundlage und Praxis in diversen juristischen Bereichen aufgezeigt und anhand der Frage, welche Funktion die Sprache erfüllen sollte, kritisch gewürdigt werden (III.). Abschließend erfolgt das Fazit (IV.).

### I. Sexusdifferenzierung

In der Sprachwissenschaft kann zwischen dem grammatischen Geschlecht (Genus) und dem biologischen Geschlecht (Sexus) unterschieden werden. Auf Wörter,

die kein biologisches Geschlecht haben, wie etwa *die Lampe*, kann der Sexus nicht angewandt werden. Das Genus hingegen kann alle Substantive in eine grammatische Klasse einordnen. So ist *die Lampe* beispielsweise feminin. Wie bereits die Existenz des Genus bei einer zweifelsfrei biologisch ungeschlechtlichen Lampe andeutet, sind das Genus und der Sexus voneinander prinzipiell unabhängige Institute. Die einzige Aussage, die das Genus über einen Begriff enthält, ist die korrekte Kongruenz zu anderen Wörtern, wie etwa Artikel, Pronomen oder Adjektive. Im Fall *Lampe* haben diese mit dem femininen Genus übereinzustimmen, also etwa: *die* (Artikel) *schöne* (Adjektiv) *Lampe*, *sie* (Pronomen) *leuchtet*. Leuchtet ein.

Spannend wird es bei Oberbegriffen für Lebewesen mit biologischen Geschlechtern. So hat *der Mensch* ein maskulines Genus bzw. die Person ein weibliches Genus, kann aber auch ein biologisches Geschlecht haben, welches davon abweicht. Auch *die Giraffe* wurde bereits in biologisch männlicher und *der Hund* in biologisch weiblicher Ausgabe dokumentiert. Das biologische Geschlecht, auch semantisches<sup>2</sup> Geschlecht, lässt sich hier nicht aus dem grammatischen Geschlecht herleiten, obgleich die bezeichneten Lebewesen im Gegensatz zu unserer Lampe ja immerhin die Möglichkeit offenbaren, sie einem biologischen Geschlecht unterzuordnen. In Bewusstsein dieser vertanen Chance, werden diese Oberbegriffe ausdrücklich als sexusunmarkiert bezeichnet. Möchte man nun explizit einen biologisch weiblichen Vertreter eines grammatisch männlichen Oberbegriffs (generisches Maskulinum) bezeichnen, so geschieht das durch sogenannte Movierung. Das ist die Ableitung neuer Wörter zum Zwecke der semantischen Geschlechtsmarkierung, meist durch Suffixe wie etwa „-in“ für den femininen Sexus oder „-rich“ für den maskulinen Sexus. Möchte man nun kennzeichnen, dass sich hinter dem Begriff *der Mensch* ein Vertreter des weiblichen Geschlechts verbirgt, so wird *er*, sexusmarkiert, zu *der* (vom Duden anerkannten) *Menschin*. Andersrum: Erkennt jemand die Erpellocke *einer Ente*, so erzählt er seinen Freunden womöglich anschließend von *dem* beobachteten *Enterich*.

Diese Movierung bezweckt demnach die erkennbare Differenzierung zwischen unterschiedlichen biologischen Geschlechtern; sie bezweckt die Sexusdifferenzie-

1 *Glumanda* ist der Name eines feuerspeienden Monsters aus der japanischen Videospielserie *Pokémon*.

2 Aus dem Altgriechischen *σημαίνειν* (*sēmaínein*), so viel wie bezeichnen.

rung. Der Empfänger der geäußerten Worte soll erkennen, welche Rolle das beschriebene Lebewesen bei der Fortpflanzung seiner Art einnimmt.

## II. Varianten der Sexusdifferenzierung

Eine Sexusdifferenzierung durch eine Sexusmarkierung wird in der deutschen Sprache auf verschiedene Weisen praktiziert. Unterschieden werden kann zwischen der vollständigen (1.) und der abgekürzten Paarform (2.). Schließlich gibt es die explizite Sexusindifferenzierung durch geschlechtsneutrale Umschreibungen (3.). Die Praxis all dieser Varianten folgt im Wesentlichen derselben Begründungslinie (4.).

### 1. Vollständige Paarform

Bei der vollständigen Paarform wird die Bezeichnung für die Angehörigen des Oberbegriffs sowohl sexusunmarkiert als auch andersgeschlechtlich sexusmarkiert ausgeschrieben. Die Trennung erfolgt üblicherweise durch die Bindewörter *und*, *oder*, *sowie*, *wie auch* oder *beziehungsweise*. So werden beispielsweise *die Juristen* als Gruppenbezeichnung als *Juristinnen und Juristen* bezeichnet, *Menschen* als *Menschinnen beziehungsweise Menschen* oder *Schauspieler* als *Schauspieler oder Schauspielerinnen*.

### 2. Abgekürzte Paarform

Bei der abgekürzten Paarform wird versucht, sowohl die sexusunmarkierte als auch die andersgeschlechtlich sexusmarkierte Variante in einem Wort unterzubringen. Dies versucht man in der Regel durch Sonderzeichen wie etwa den Schrägstrich (*Juristinnen/Juristen*, *Jurist/innen*, *Jurist/innen*) oder Klammern (*Jurist(innen)*), den Unterstrich (*Jurist\_innen*), den Asterisk (*Jurist\*innen*) aber auch der Binnenmajuskel (*JuristInnen*). Dabei ist der Asterisk das häufigste verwendete Sonderzeichen.<sup>3</sup> In der Praxis folgt die abgekürzte Paarform mit Sonderzeichen fast immer der Regel, dass schlicht die sexusmarkierte weibliche Begriffsform genommen wird und das Sonderzeichen vor den Suffix „-in“ bzw. „-innen“ gesetzt wird. Dass dadurch in vielen Fällen die maskulin

markierenden Suffixe unterschlagen werden<sup>4</sup>, wird in Kauf genommen.

### 3. Explizite Sexusindifferenzierung

Bei der expliziten Sexusindifferenzierung verwendet man substantivierte Partizipien oder Adjektive und versucht damit Wörter zu verwenden, die von sich aus keinen Genus haben. Die begriffliche Kennzeichnung des Sexus kann hier nicht durch das Substantiv selbst, sondern durch die Verwendung entsprechender bestimmter Artikel geschehen. Eine weitere Variante zur sexusindifferenter Umschreibung ist die Verwendung des Partizip Präsens eines Verbs. Die *Studenten* werden zu *den Studierenden*. Schließlich gibt es noch den Ansatz, den Oberbegriff durch Adjektive, Passivformulierungen oder Relativsätze zu umschreiben. So wird beispielsweise aus *dem Juristen* nun *jemand, der Jura praktiziert* oder aus der Formulierung *„der Kaufmann muss den Jahresabschluss aufbewahren“* nun *„der Jahresabschluss ist aufzubewahren“*.

### 4. Zweck der Sprachmodifikation

Unabhängig davon, welche zuvor genannte Variante gewählt wird, so wird sie doch in der Regel zum Zwecke der sogenannten „geschlechtergerechten Sprache“ bzw. der sogenannten „gendergerechten Sprache“, kurz auch „Gendern“ verwendet. Dies ist ein Sprachgebrauch, der zum Ziel hat, die biologischen bzw. im Falle der gendergerechten Sprache auch die sozialen Geschlechter (Gender) in gesprochener und geschriebener Sprache möglichst umfassend zu repräsentieren.<sup>5</sup> Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass das maskuline Genus in Oberbegriffen wie ein maskuliner Sexus zu werten sei, also ein biologisch männliches Geschlecht bedeute. Diese Sichtweise ist der sogenannten feministischen Linguistik zuzuordnen, welche ihre Anfänge in den späten 1970er Jahren fand.<sup>6</sup> Nach diesem Gedanken seien Frauen und Diverse bei der Verwendung des generischen Maskulinums lediglich „mitgemeint“. Dies sei nicht nachvollziehbar, ist es doch gesellschaftlicher Konsens, die verschiedenen Geschlechter nur unter sachlichen Gesichtspunkten, die der Natur der Person entspringen,

3 Pieper/Fokken, Der Spiegel 2021 (10), S. 11.

4 Etwa das -en in *Jurist\*innen*.

5 Die Geschäftsstelle Gender Mainstreaming der Stadt Freiburg im Breisgau geht noch einen Schritt weiter und ist der Ansicht, dass das generische Maskulinum nicht nur bestimmte Geschlechter, sondern auch Menschen unterschiedlichen Lebensalters, mit unterschiedlichen Behinderungsgraden oder mit unterschiedlichem Glauben unterschlägt. Dem sollen städtische *Mitarbeiter\_innen*

mit dem Unterstrich entgegenwirken, siehe Geschäftsstelle *Gender Mainstreaming*, Formen antidiskriminierender Sprachhandlungen, S. 5.

6 Als eines der grundlegenden Werke gilt unter anderem die Sammlung feministischer sprachkritischer Aufsätze und Glossen aus den Jahren 1983–1989 in *Pusch*, Alle Menschen werden Schwestern.



unterschiedlich zu behandeln. Zudem würde man beim Gebrauch grammatisch männlicher Bezeichnungen häufig männliche Bilder assoziieren. Frauen seien also, so die These, *wegen des grammatischen Geschlechts* beim Zuhörer bzw. Leser mental nicht repräsentiert. Die Sexus(in)differenzierung soll sich auf das Verhalten der Rezipienten auswirken: Frauen würden beispielsweise eher berücksichtigt<sup>7</sup>, weibliche Kinder trauten sich eher männlich konnotierte Berufe zu<sup>8</sup> und man hinterfrage soziale Geschlechterrolle kritischer.<sup>9</sup>

Die Sexusdifferenzierung erzeugt also nach Vorstellung der feministischen Linguistik ein Gegengewicht zu den „männlichen“ Begriffen, die Sexusindifferenzierung versucht, jede geschlechtliche Assoziation durch vermeintlich „geschlechtslose“ Begriffe zu unterbinden.

### III. Umsetzung in Sprachvorgaben und Praxis

Auch unter Anwendern des juristischen Sprachgebrauchs gibt es solche, die die unter II. erläuterten Varianten praktizieren. Unterteilt werden soll im Folgenden in die drei großen Bereiche der verschriftlichten Rechtssprache: Gesetzgebung (1.), Rechtsprechung (2.) und Wissenschaft (3.). Für diese werden jeweils die wesentlichen Sprachvorgaben sowie deren praktische Umsetzung dargestellt und das eine als auch das andere kritisch gewürdigt.

#### 1. Gesetzgebung

Wie auch nicht zuletzt das Grundgesetz sind die meisten Gesetzestexte auf Bundes- oder Landesebene unter anderem im generischen Maskulinum formuliert. Die Selbstverständlichkeit der Trennung von Sexus und Genus im Auge des verfassungsgebenden Gesetzgebers zeigt sich nicht zuletzt an Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, der feststellt, dass niemand wegen *seines* Geschlechtes benachteiligt oder bevorzugt werden darf. Vergleichbar spricht das Bürgerliche Gesetzbuch vom *Verbraucher*, das Strafgesetzbuch vom *Täter* und die Kosmetikermeisterverordnung vom *Kosmetikermeister*.

#### a. Regeln der Gesetzessprache

Für Gesetze und Rechtsverordnungen gibt das Bundesjustizministerium das Handbuch der Rechtsförmlichkeit (HdR) heraus. Mit diesem kommt das Ministerium sei-

ner Aufgabe nach, die Entwürfe aus allen Ressorts in rechtlicher und förmlicher Hinsicht zu überprüfen und die Bundesministerien in Rechtsetzungsvorhaben zu beraten. Grundlage für das Handbuch der Rechtsförmlichkeit ist § 42 Abs. 4 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO).

Entsprechend seiner Aufgabenzuweisung war es auch das Handbuch der Rechtsförmlichkeit, das bereits 1991 unter Justizminister *Klaus Kinkel* (FDP) eine Berücksichtigung der feministischen Sprachkritik kundtat: „Die Vorschriftensprache wird kritisiert, weil die Häufung maskuliner Personenbezeichnungen den Eindruck erwecke, als würden Frauen übersehen oder nur „mitgemeint“. Frauen müssten immer ausdrücklich erwähnt werden. Zur Lösung werden verschiedene Formulierungsweisen vorgeschlagen, die jedoch nur zum Teil sachgerecht sind [...]“<sup>10</sup>

Eine vollständige Paarform<sup>11</sup> sollte, so heißt es im Weiteren, nicht durchgängig verwendet werden, da es die Gesetzestexte unübersichtlich und ungenau machen würde. Zudem würde vom eigentlichen Regelungsgehalt abgewichen werden. Zum Zwecke der Einheitlichkeit der Gesetzestexte soll die vollständige Paarform auch nicht dort eingesetzt werden, wo es im Einzelfall keine Schwierigkeiten bereiten würde.<sup>12</sup> Bei der wörtlichen Angabe von Berufs-, Funktions- und Amtsbezeichnungen soll hingegen eine vollständige Paarform verwendet werden. Dasselbe gilt für Formulare und persönliche Dokumente. Im Übrigen sei aber auch innerhalb dieser Gesetzestexte das generische Maskulinum erlaubt.

Eine abgekürzte Paarform<sup>13</sup>, etwa durch eine Binnenmajuskel, sei nicht erlaubt, da es für diese Form keine Vereinfachung im Singular gebe und der Text nicht präzise mündlich zitierbar sei.<sup>14</sup> Auch wenn andere abgekürzte Paarformen wie etwa mithilfe des Asterisks oder des Unterstrichs erst Jahrzehnte später von einzelnen Anwendern aufgenommen wurde, so würde die damalige Argumentationslinie auch bei diesen greifen.

Soweit möglich, sollen maskuline Personenbezeichnungen durch eine explizit sexusindifferente Umschreibung vermieden werden. So soll beispielsweise der Begriff der *Person* verwendet werden. Dies wird auch in der aktuellen Fassung des Handbuchs für Rechtsförmlichkeit aus dem Jahre 2008 festgestellt. Hiernach verwirklichte die explizit sexusindifferente Umschreibung „die

7 Kollmayer et al., *Frontiers in Psychology* 2018, abrufbar unter: <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2018.00985>.

8 *Vervecken/Hannover*, *Social Psychology* 2015, Vol. 46 Nr. 2, abrufbar unter: <https://doi.org/10.1027/1864-9335/a000229>.

9 Am Beispiel Finnland, wo man das geschlechtsneutrale Pronomen „hen“ einführte: *Tavits/Pérez*, *PNAS* 2019, Vol. 116 Nr. 34, S. 16781–16786, abrufbar unter: <https://doi.org/10.1073/pnas.1908156116>.

10 Handbuch der Rechtsförmlichkeit 1991, Rn. 41.

11 Zum Beispiel *der/die Käufer/Käuferin*.

12 Handbuch der Rechtsförmlichkeit 1991, Rn. 42.

13 Zum Beispiel *der/die KäuferIn*.

14 Handbuch der Rechtsförmlichkeit 1991, Rn. 43.

Forderung nach sprachlicher Gleichbehandlung von Männern und Frauen am besten.“<sup>15</sup>

#### b. Praktische Umsetzung

Praktisch umgesetzt werden die Vorgaben mehr oder weniger konsequent. Während einige Modernisierungsgesetze sich darauf konzentrieren, grammatisch männliche Oberbegriffe durch explizit sexusindifferente Begriffe zu ersetzen, stechen andere durch die (unvollständige) Verwendung vollständiger Paarformen hervor. So ersetzt beispielsweise das Gesetz zur Modernisierung des notariellen Berufsrechts und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 25. Juni 2021<sup>16</sup> die Begriffe *Leiter*, *Prüfer* und *Notaramt* durch *die das Prüfungsamt leitende Person (Leitung)*, *Prüfende* und *notarielles Amt*.<sup>17</sup> Und auch *der Fußgänger* ist seit der Verordnung zur Neufassung der Straßenverkehrs-Ordnung vom 6. März 2013<sup>18</sup> zwar noch im amtlichen Titel des § 25 zu lesen, im Übrigen aber nur als einer der *zu Fuß Gehenden* zu erkennen.

Der Verwendung vollständiger Paarform widmete sich hingegen der Gesetzgeber beispielsweise mit der Neuregelung der Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen. Während zuvor das *Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen* die Materie regelte, schaut der zu Gericht geladene juristische Laie heutzutage anschließend in das *Gesetz über die Vergütung von Sachverständigen, Dolmetscherinnen, Dolmetschern, Übersetzerinnen und Übersetzern sowie die Entschädigung von ehrenamtlichen Richterinnen, ehrenamtlichen Richtern, Zeuginnen, Zeugen und Dritten*. Dabei wird ihm auffallen, dass die *Zeuginnen* aus dem Titel noch einmal in § 1 und anschließend gar nicht mehr auftauchen. Schon ab § 2 verzichtet der Gesetzgeber wieder auf die vollständige Paarform und spricht nur noch von *dem Zeugen*. Für *die Richterin* langt die Ausdauer nicht einmal für einen ganzen Paragraphen: In § 1 Abs. 1 Nr. 2 noch so bezeichnet, soll sie bereits in § 1 Abs. 4 auch durch *den Richter* semantisch getilgt sein.

Im Jahr 2020 hatte die damalige Bundesjustizministerin *Christine Lambrecht* (SPD) den Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung den Sanierungs- und Insolvenzrechts<sup>19</sup> vorgelegt, in welchem zum größten Teil<sup>20</sup> ausschließlich feminin movierte Bezeichnungen wie etwa *Schuldnerin* oder *Gläubigerin* (in der Presseberichterstattung oft als „generisches Femininum“ bezeichnet),

aber auch vollständige Paarformen wie etwa *Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer*<sup>21</sup> verwendet wurden. Vereinzelt wurden auch grammatisch maskuline Oberbegriffe wie *der Sachwalter* oder auch *Arbeitnehmer* verwendet.<sup>22</sup> Das Bundesinnenministerium legte gegen die Formulierungen Widerspruch ein und das Gesetz wurde schlussendlich unter Verwendung des generischen Maskulinums verkündet.<sup>23</sup>

Während die Bundes- und Landesrechtsetzung hiervon keinen Gebrauch macht, finden sich in einigen kommunalen Normen auch die abgekürzten Paarformen. So berücksichtigt § 5 der Freiburger Stadionverordnung vom 10. November 2020 auch die *Anwohner\_innenrechte* der *Anwohner\_innen*. Es liegt nahe, dass sich bei dieser Abweichung von Bundes- und Landesstandard die Selbstverwaltungsgarantie der Kommunen gemäß Art. 28 Abs. 2 GG verwirklichen soll.

#### c. Kritische Würdigung

Die Gesetzessprache steht naturgemäß in einem Dilemma. Als „Prototyp einer Fachsprache“ wie etwa auch die Sprache der Informationstechnik oder die militärische Sprache ist die Rechtssprache zum einen der Terminologisierung, der Präzision und der Systematik unterworfen.<sup>24</sup> Dies gilt für die Gesetzessprache in besonderer Form, ist sie doch der „institutionelle und fachliche Kern der Rechtssprache.“<sup>25</sup> Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, dass die Gesetzessprache aus ihrer demokratischen Basis heraus auch möglichst allgemeinverständlich sein soll. Schließlich besteht ein *demos* nicht nur aus Rechtsgelehrten und hat einen Anspruch darauf, auch erkennen zu können, in welcher konkreten Form sich die normgeprägte Staatsgewalt nun manifestiert. Eine Allgemeinheit kann nichts billigen und damit legitimieren, wenn sie gar nicht oder missversteht, was sie billigen soll. Und würde etwa nur der Richter als Fachsprachler die Gesetzessprache verstehen, wäre sein Sprechen unangreifbar und der Rechtsunterworfenen ganz im Sinne einer totalitären Ordnung sprachlos.<sup>26</sup> Dasselbe Problem ergibt sich aber auch bei einer nicht-fachlichen Sprache. Denn nur eine Fachsprache vermag es, konkret und effizient genug zu sein, um Rechtssicherheit im Sinne von Klarheit über den Norminhalt zu schaffen. Beide Seiten der Medaille, sowohl die Erfordernisse der Fachsprachlichkeit als auch die Erfordernisse der Allgemein-

15 Handbuch der Rechtsförmlichkeit 2008, Rn. 116.

16 BGBl Teil I Nr. 38, S. 2154 ff.

17 Vgl. Art. 1 zur Änderung der Bundesnotarordnung.

18 BGBl Teil I Nr. 12, S. 367 ff.

19 Referentenentwurf vom 19.09.2020.

20 Jedenfalls im Entwurf eines Sanierungsrechtsfortentwicklungsgesetz.

21 So unter B.

22 Entwurf zu § 270 b InsO.

23 BGBl Teil I Nr. 66, S. 3256 ff.

24 Busse, Hoffmann/Kalverkämper/Wiegand Fachsprachen, S. 1382.

25 Busse, Hoffmann/Kalverkämper/Wiegand Fachsprachen, S. 1383.

26 Christensen/Lerch, Recht verstehen, S. 21, 28.

verständlichkeit, sind sowohl Bedingung als auch gegenseitiges Hindernis für denselben, für einen demokratischen Staat existentiellen, Zweck.<sup>27</sup> Es bleibt nichts anderes übrig, als die Allgemeinverständlichkeit bei gleichbleibender Fachsprachlichkeit als dauerhafte, nie in Gänze zu erreichende Optimierungsaufgabe zu betrachten.<sup>28</sup>

Auch das Regelwerk für die deutsche Gesetzessprache, das Handbuch der Rechtsförmlichkeit, erkennt die zwei Ziele der Fachsprachlichkeit (Richtigkeit)<sup>29</sup> und der Allgemeinverständlichkeit theoretisch<sup>30</sup> an. Und – um es allgemeinverständlich zu halten – verkorkst es am Ende durch seinen Kampf um und mit dem Sexus sowohl in die eine als auch die andere Richtung.

#### aa. Richtigkeit

Die größte Einbuße in der Richtigkeit erfährt Gesetzessprache durch die Vorgabe zur bzw. in der Umsetzung der Sexusdifferenzierung hinsichtlich der Systematik. Begriffe sollten, wenn nicht schon im Sinner einer einheitlichen Rechtsordnung gesetzestextübergreifend, dann jedenfalls innerhalb eines Regelwerkes, in gegenseitiger Beziehung stehend ausgelegt werden können. Während Legaldefinitionen von gemeinsprachlichen Begrifflichkeiten wie *Verbraucher*<sup>31</sup>, *Unternehmer*<sup>32</sup> oder *Scheitern der Ehe*<sup>33</sup> einen absoluten semantischen Fixpunkt für die Auslegung der Begriffe im Weiteren gibt, ist auch jeder Begriff schon für sich ein relativer semantischer Fixpunkt für die Auslegung gleichlautender Begriffe. Das bedeutet: Begriffe werden, sofern nicht der Kontext evident dagegenspricht, jedenfalls dahingehend zu definieren sein, dass sie an jeder Stelle dasselbe bedeuten (systematische Wortlautauslegung).

Mit dieser bisher trivial erschienenen Regel kämpft der Gesetzgeber, wenn er grammatisch maskuline, sexusindifferente Oberbegriffe zu biologisch maskulinen Bezeichnungen erklärt, indem er die sexusdifferenzierende vollständige Paarform verwendet. Die vollständige Paarform erklärt eine Nichtanerkennung des Unterschieds von Sexus und Genus, die systematisch dergestalt auf die Semantik der Begriffe einwirkt, dass etwa eine grammatisch männliche Personenbezeichnung auch nur die Be-

deutung einer biologisch männlichen Person hat. Denn würde *der Zeuge* auch weibliche Zeugen bezeichnen, bräuchte es keine explizite Erwähnung *der Zeugin*. Wenn nun das Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz in § 1 Abs. 1 Nr. 3 von *Zeuginnen* und *Zeugen* spricht und die Anspruchsfrist nur für den *Zeugen*<sup>34</sup> regelt, bedeutet das, dass die Anspruchsfrist der weiblichen *Zeugen* (*Zeuginnen*) gar nicht geregelt ist. Diese Regelungslücke kann aber nach der bisherigen Methode der Gesetzesexegese nicht planwidrig sein, da das Gesetz ja auch den weiblichen Zeugen kennt und nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 sogar explizit zu behandeln verspricht. Der Gesetzgeber versperrt somit den Weg der analogen Anwendung. Der Rechtsanwender wird gezwungen, die Verfassung heranzuziehen und den Begriff des *Zeugen* entgegen der systematischen Wortlautauslegung nach dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verfassungskonform so auszulegen, dass auch weibliche Zeugen hierunter zu fassen sind.

Die Sexusdifferenzierung durch die vollständige Paarform scheidet im Weiteren an der Bezeichnung von Personen, die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen. Mit seinem Beschluss zur personenstandsrechtlichen Registrierung des biologischen Geschlechts stellte das Bundesverfassungsgericht fest, dass es sowohl das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG als auch das Grundrecht nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verletze, wenn Personen diversen Geschlechts dazu gezwungen werden, sich als weiblich oder männlich zu registrieren.<sup>35</sup> Jede Anzeige eines Sexus, wie etwa in der vollständigen Paarform, ist eine explizite Unterschlagung der Geschlechter, die sich sprachlich nicht anzeigen lassen und führt – wenn auch in stark abgemilderter Form – zu einem Zuordnungszwang, welcher dem Dilemma in besagtem Beschluss dem Prinzip nach gleicht. Dieses Problem gibt es bei der sexusindifferenten Sprache, zu der sowohl alleinstehend grammatisch männliche wie auch alleinstehend grammatisch weibliche Oberbegriffe gehören, nicht. Denn sie enthält keinerlei Aussage über das biologische Geschlecht.

27 Gleich- und einprägsam erkannte auch der Österreichische Verfassungsgerichtshof, dass eine Norm verfassungswidrig ist, wenn sie nur „mit subtiler Sachkenntnis, außerordentlichen methodischen Fähigkeiten und mit einer gewissen Lust zum Lösen von Denksportaufgaben verstanden werden kann“, VfGH 29.06.1990, G 81/90-11.

28 Im Ergebnis auch *Schröder/Würdemann*, ZRP 2007, S. 231.

29 Handbuch der Rechtsförmlichkeit 2008, Rn. 53 ff.

30 Handbuch der Rechtsförmlichkeit 2008, Rn. 62.

31 Nach § 13 BGB „jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet

werden können“.

32 Nach § 14 BGB „eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt“.

33 Nach § 1565 Abs. 1 S. 2 BGB ist die Ehe gescheitert, wenn „die Lebensgemeinschaft der Ehegatten nicht mehr besteht und nicht erwartet werden kann, dass die Ehegatten sie wiederherstellen“.

34 § 2 Abs. 1 Nr. 2 JVEG.

35 BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2017 – 1 BvR 2019/16 –, BVerfGE 147, 1-31.

Überdies fällt auf, dass es außerhalb der Umwandlung des generischen Maskulinums keine Klarheit gibt. Nach dem Sprachgebrauch des modernen Gesetzgebungshandwerks, welcher das grammatische Geschlecht in die Semantik einbezieht, muss *die Person, die Waise* oder *die Geisel* als Träger eines biologischen Geschlechts ausschließlich einen biologisch weiblichen Menschen darstellen. Möchte der Gesetzgeber auch Männer ansprechen, müssten die Begriffe mittels Movierung maskulin sexusmarkiert werden und in künftigen Fassungen von *der Person und dem Personerich, der Waise und dem Waiserich* und *der Geisel und dem Geiselerich* sprechen. Gleiches gilt im Übrigen für vermeintlich sexusindifferente Umschreibungen wie *die Lehrkraft*. Denn kraft ihrer Geschlechtsträgereigenschaft ist *die Lehrkraft* nach der feministischen Sprachlogik auch biologisch am grammatischen Geschlecht zu messen.<sup>36</sup>

Auch die Präzision als weiteres Erfordernis einer Fachsprache leidet unter den Richtlinien des Bundesjustizministeriums, wenn die explizite Sexusindifferenzierung substantivierte Partizipien verwendet. Denn das substantivierte Partizip hat in aller Regel eine andere Bedeutung als das ersetzte Wort. Seine primäre Daseinsberechtigung in der deutschen Sprache erfährt das substantivierte Partizip in der Beschreibung eines gerade stattfindenden Zustands. So ist *der Teilnehmende* einer Versammlung jemand, der gerade an etwas teilnimmt. Ist er auf dem Nachhauseweg von der Versammlung, so ist er kein *Teilnehmender* mehr, sondern *ein Teilnehmer*, der zugleich *Heimkehrender* ist. Nun ist es richtig, dass auch der prä-feministische Sprachgebrauch substantivierte Partizipien im Sinne einer zeitunabhängigen Personenbezeichnung kannte. So ist beispielsweise *der Vorsitzende* nicht immer in Ausübung seines Vorsitzes, wenn er so bezeichnet wird. Diese gebräuchliche Argumentation, dass der allgemeine Sprachgebrauch auch atypische Verwendungen von substantivierten Partizipien aufweist, hilft aber nicht darüber hinweg, dass auch diese zwingend mit dem Verlust eines zeitbezogenen Präzisierungsinstruments einhergehen. Denn wer *den Teilnehmenden* synonym zu *den Teilnehmern* verwendet, gewinnt eine neue Bezeichnung für *den Teilnehmer* hinzu und verliert die Bezeichnung für den bisherigen *Teil-*

*nehmenden*. Das ist mitnichten im Sinne einer präzisen Fachsprache.<sup>37</sup>

#### bb. Allgemeinverständlichkeit

Die Gesetzessprache war bereits vor dem Sexuskampf schwer verständlich. Ein von der Alltagssprache abweichendes Übermaß an Gerundiven („Die in Bezug auf überlastete Schienenwege *zu befolgenden* Verfahren und *anzuwendenden* Kriterien sind“<sup>38</sup>), Suffixoiden (sittenwidrig, rechtswidrig), Schachtelsätzen und Substantivkomposita (*Rindfleischetikettierungsüberwachungsaufgabenübertragungsgesetz*<sup>39</sup>) sowie teilweise veraltete Formulierungen („Der [...] Verpflichtete *wird* des Anspruchs [...] nicht dadurch *verlustig*, [...]“<sup>40</sup>) erschweren die Erschließung des Inhalts. Dies wird freilich nicht besser, wenn an sich präzise allgemeinsprachliche Begriffe durch unübliche Begriffe und Formulierungen verändert werden. So wird es sowohl dem juristischen Laien als auch dem juristisch Geschulten schneller einleuchten, dass es sich bei *dem Fußgänger* um den Verkehrsteilnehmer handeln soll als bei *dem zu Fuß Gehenden*. Es drängt sich für den juristisch Ungeschulten bei derartigen (sexusindifferenten) Formulierungen unweigerlich der Verdacht auf, dass es sich um etwas anderes handeln muss als um *einen Fußgänger* – schließlich, so liegt es nahe, hätte man doch ansonsten den üblichen Begriff verwenden können. Diese Restzweifel durch die Übersetzungen von allgemeinsprachlich stehenden Begriffen in exotische Umschreibungen mindern die Behütetheit der Gesetzeslektüre und somit die Sicherheit im Recht.

Doch nicht nur die neuartigen Formulierungen erschweren die Entnahme der durch den Rechtssatz intendierten Aussage. Als wäre das Phänomen von Schachtelsätzen in Gesetzestexten nicht schon bedrückend genug, wird mit der Implementierung der vollständigen Paarform eine zusätzliche kognitive Barriere geschaffen. So heißt es etwa in Art. 11 Abs. 2 des bayerischen Kommunal-Wahlbeamten-Gesetzes: „Ist die Wahl eines Bezirkstagspräsidenten oder einer Bezirkstagspräsidentin, eines weiteren Bürgermeisters oder einer weiteren Bürgermeisterin bzw. eines gewählten Stellvertreters des Landrats oder der Landrätin bzw. des Bezirkstagspräsidenten oder der Bezirkstagspräsidentin als nichtig festgestellt

36 § 38 Abs. 1 SchG BW wäre bei der nächsten Reform folglich dahingehend zu modernisieren, dass *die Lehrkräfte und Lehrkräfte-riche* im Dienst des Landes stehen.

37 Vgl. auch die sexusindifferent umschriebenen *Busfahrer*, die als

*Busfahrende* gar nicht mehr zu lokalisieren sind.

38 § 55 Abs. 6 ERegG.

39 Abgekürzt: RfEttÜAÜG M-V.

40 § 616 S. 1 BGB.



oder aufgehoben, so ist kein Beamtenverhältnis begründet worden.“<sup>41</sup> Würde man hier das sexusindifferente generische Maskulinum verwenden, so würde der Satz wie folgt lauten: „Ist die Wahl eines Bezirkstagspräsidenten, eines weiteren Bürgermeisters bzw. eines gewählten Stellvertreters des Landrats bzw. des Bezirkstagspräsidenten als nichtig festgestellt oder aufgehoben, so ist kein Beamtenverhältnis begründet worden.“ Beide Alternativen würden vor jedem Verwaltungsgericht zu gleichem Recht führen, aber nur eine der Alternativen würde beim ersten Ansatz verstanden sein.

Die Verkomplizierungsproblematik lässt sich im Übrigen auch nicht durch abgekürzte Paarformen lösen, da diese auch einer Kongruenz zu Pronomen, Adjektiven oder Artikeln bedürfen, welche ebenfalls jedes Mal aufs Neue aufgelistet werden müssten. Auch diese bringen keinen weiteren rechtlichen Erkenntnisgewinn und auch diese kann man gerade nicht geistig überspringen, ohne sie zunächst erkannt und bewertet zu haben.<sup>42</sup>

Möchte man die Vorgaben zum Sexusgebrauch in Gesetzestexten also nun beispielsweise unter dem in der Textverständnisforschung allgemein anerkannten<sup>43</sup> Hamburger Konzept bewerten, so sieht es schlecht aus. Die hiernach<sup>44</sup> bestehenden vier Merkmale der Verständlichkeit „Einfachheit“, „Gliederung/Ordnung“, „Kürze/Prägnanz“ und „anregende Zusätze“ werden teilweise mit Füßen getreten. Die Einfachheit fällt – über das bisherige Maß hinausgehenden – ungewohnten Formulierungen zum Opfer; die Kürze geht in doppelt langen und gleich erkenntnisreichen Satzungen unter.<sup>45</sup> Die Gliederung ist durch die Gesetzssystematik vorgegeben, anregende Zusätze kennt die Gesetzssprache ohnehin nicht.

Nur bestimmte Umformulierungen scheinen in der Hinsicht mit einer nicht weniger verständlichen Gesetzssprache vereinbar. Hierzu zählen insbesondere Ersetzungen von Personenbezeichnungen durch Institutionsbezeichnungen. So kann beispielsweise *der Minister* durch *das Ministerium* oder *der Leiter* durch *die Leitung* ersetzt werden.

## 2. Rechtsprechung

Die Judikative spricht das Recht in konkreten Fällen und muss schon deswegen über die abstrakt-generell bestimmte Gesetzessprache hinausgehen.

### a. Regeln der Gerichtssprache

Hinsichtlich der Sprache sind Gerichte – wie auch sonst in der Verfahrensgestaltung – durch Prozessordnungen gebunden. Als Grundnorm wirkt hierbei § 184 GVG. Nur vereinzelt lassen sich sprachliche Konkretisierungen in Formvorschriften für bestimmte gerichtliche Handlungen entnehmen. So lassen sich etwa für strafrechtliche Urteile Spracherfordernisse aus § 267 StPO, für das zivilrechtliche Urteil Erfordernisse aus § 313 ZPO ziehen. In Betracht kommen schließlich Runderlasse und Beschlüsse der Länder mit der Bindung an das Regelwerk für deutsche Rechtschreibung.

### aa. Gerichtsverfassung

Nach § 184 S. 1 GVG ist die Gerichtssprache deutsch. Dies umfasst alle Bereiche der richterlichen Tätigkeit, namentlich vor allem die mündliche Verhandlung sowie alle vom Gericht stammenden und an diese gerichteten Schriftstücke. Die Bestimmung ist zwingender Natur und von Amts wegen zu beachten.<sup>46</sup> Mit der deutschen Sprache ist in erster Linie die deutsche Hoch- und Schriftsprache gemeint.<sup>47</sup> Fachbegriffe und Fremdwörter sind jedoch zulässig.<sup>48</sup> Etliche jüngere Prozessordnungen verweisen zur Sprachfrage auf § 184 S. 1 GVG, etwa in § 55 VwGO, § 52 Abs. 1 FGO, § 17 BVerfGG oder § 8 FGG. Die Vorschrift dient dem Zweck, den Verfahrensbeteiligten das Geschehen verständlich zu machen.<sup>49</sup> Dabei ist – wie auch § 184 S. 2 GVG<sup>50</sup> verdeutlicht – die Regelungsreichweite auf die Sprache in den Dimensionen Mutter- oder Fremdsprache zu verstehen. Insoweit ist die Vorschrift auch im zeitlichen Kontext des 19. Jahrhunderts zu sehen, in dem die lateinische Sprache als Gelehrten- und Universitätssprache in greifbarer Konkurrenz zur deutschen Sprache stand. Eine Vorgabe für

41 Zur Problematik, dass *der Stellvertreter* nicht sexusmarkiert als *die Stellvertreterin* auftaucht, siehe unter III. 1. c. aa.

42 Anders als etwa rechtlich funktionslose Normen wie § 90a BGB, denen man geflissentlich, aber guten Gewissens keines Blickes würdigen kann. Bei funktionslosen Bestandteilen innerhalb eines Satzes, der auch funktionale Bestandteile innehat, ist das nicht möglich.

43 So auch *Milde*, Vermitteln und Verstehen, S. 125.

44 *Tausch* et al., Sich verständlich ausdrücken, S. 192.

45 Wobei es sich gerade nicht um eine verständlichkeitsfördernde

Redundanz im Sinne einer inhaltlichen Wiederholung mittels *andersartiger* Formulierung handelt.

46 BGH, Beschluss vom 14. Juli 1981 – 1 StR 815/80 –, BGHSt 30, 182–185, Rn. 2.

47 MüKoZPO/Pabst, 6. Aufl. 2022, GVG § 184 Rn. 5.

48 OLG Hamm, Beschluss vom 22. April 2010 – III-2 RVs 13/10 –, Rn. 21, juris.

49 *Paulus*, JuS 1994, S. 367, 369.

50 „Das Recht der Sorben, in den Heimatkreisen der sorbischen Bevölkerung vor Gericht sorbisch zu sprechen, ist gewährleistet.“



den Sprachgebrauch im Sinne der Verwendung von Begrifflichkeiten innerhalb der Nichtfremdsprache macht die Vorschrift nicht. Mithin lassen sich keine Antworten auf die Fragen der Sexusverwendung entnehmen.

#### bb. Spezifizierungen für konkrete Handlungen

Zieht man als Beispiel für Spezifizierungen die Formulierung des Tatbestands eines Zivilurteils nach § 313 Abs. 2 ZPO heran, so sind auch etwaige Sexusverwendungen unter dem Leitprinzip der Wesentlichkeit und Verständlichkeit zu bewerten. Überflüssiges und Nebensächliches ist wegzulassen.<sup>51</sup> Denselben Akzent legt der Bundesgerichtshof in langer Tradition<sup>52</sup> auf die strafrechtlichen Urteile, welche „aus sich heraus verständlich sein müssen“.<sup>53</sup> Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob sich die Unverständlichkeit nun aus dem Sprachgebrauch oder aus überflüssigen Verweisungen ergibt, da beides gleichermaßen das inhaltliche Verständnis prägt.

#### cc. Bindung an das Regelwerk für deutsche Rechtschreibung

Am 7. Juni 1999 erließ das Bundesministerium des Innern zum 1. August 1999 die Einführung der Neuregelung der deutschen Rechtschreibung in den amtlichen Schriftverkehr. Als maßgebliches Werk für die deutsche Rechtschreibung vonseiten Beamter gilt hiernach das im Bundesanzeiger veröffentlichte Werk „Deutsche Rechtschreibung, Regeln und Wörterverzeichnis, Amtliche Regelung“.<sup>54</sup> Durch Beschlüsse oder Runderlasse wurde die Beachtung dieses Regelwerks auch für den amtlichen Schriftverkehr in den Bundesländern verbindlich.<sup>55</sup> Für den Kernbereich richterlicher Tätigkeit gilt dies jedoch nicht. Urteile und Beschlüsse, welche der Ausübung originärer rechtsprechender Gewalt unterliegen, unterfallen nach Art. 97 Abs. 1 GG<sup>56</sup> der richterlichen Unabhängigkeit. Sie sperrt jegliche Einflussnahme auf die rechtsprechende Tätigkeit durch Einzelweisungen, Verwaltungsvorschriften und andere weisende Maßnahmen vonseiten der Exekutive.<sup>57</sup> Dazu zählen auch Vorgaben zur rechten richterlichen Rechtschreibung. Diese findet allenfalls dort Grenzen, wo sie eine Partei in ihrer

Würde verletzt und dadurch das Ansehen der staatlichen Gerichte beeinträchtigt. Das wäre der Fall, wenn die Urteilsdarstellung erkennen ließe, dass das Gericht die Beteiligten nicht als freie, selbstverantwortliche Prozesssubjekte, sondern als rechtlose Objekte des Staates oder als zum Objekt eines Kollektivs degradierte Menschen behandelt oder sie somit diffamiert oder erniedrigt hat. Verneint werden konnte dies jedenfalls bei an sich sachlichen Urteilsgründen in Knittelversen.<sup>58</sup>

#### b. Praktische Umsetzung

Die weit überwiegende Praxis in der Rechtsprechung markiert bei natürlichen Personen den Sexus, soweit es sich um eine konkrete Bezeichnung innerhalb des Entscheidungstextes handelt. So wird beispielsweise im Rubrum des Zivilurteils der weibliche Kläger als *Klägerin* definiert und konsequenterweise in jeder Folgebezeichnung, sei es im Tatbestand oder in den Entscheidungsgründen, auch so betitelt. Bemerkenswerterweise werden auch juristische Personen, welche kein biologisches Geschlecht haben, sexusmarkiert. Anknüpfungspunkt ist dabei das Genus der Rechtsformbezeichnung. Ist der Kläger also *eine Gesellschaft*, so wird er zu *der Klägerin*. Lediglich bei abstrakten Ausführungen zur Rechtslage, oftmals in Obersätzen und Definitionen von Entscheidungsgründen, wird – entsprechend dem regelmäßigen gesetzlichen Vorbild – der biologisch geschlechtslose Oberbegriff verwendet. Dieser kann wie bei *einer Person* grammatisch weiblich, aber eben wie auch bei *dem Verbraucher* grammatisch männlich sein. Teilweise, wenn auch selten, lassen sich auch abstrakte Erklärungen in vollständiger Paarform finden. So stellte der 1. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs fest, dass „ein erheblicher Teil der Verbraucherinnen und Verbraucher davon aus[gehe]“<sup>59</sup>, dass für sie als „Patientinnen und Patienten“<sup>60</sup> nur ein Fachzahnarzt für Kieferorthopädie kieferorthopädische Leistungen erbringen dürfe. Bereits wenige Zeilen später werden auch diese *Verbraucherinnen und Verbraucher* an dem durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen *Verbraucher* gemessen und zu sexusindifferenten, aber grammatisch maskulinen *Patienten*<sup>61</sup> gemacht. Von *Zahnärztinnen* spricht die Entscheidung namens „Kieferorthopädie“

51 MüKoZPO/Musielak, 6. Aufl. 2020, ZPO § 313 Rn. 12.

52 RGSt 4, S. 367, 370; 62, S. 216; 66, S. 8.

53 BGH, Urteil vom 25. Oktober 1995 – 3 StR 391/95 –, Rn. 8, juris; BGH, Urteil vom 13. Oktober 1981 – 1 StR 471/81 –, BGHSt 30, 225-228, Rn. 16.

54 Beilage zum Bundesanzeiger vom 31. Oktober 1996, Nr. 205a.

55 Vgl. etwa für Brandenburg: Amtsblatt für Brandenburg – Nr. 37 vom 11. September 1998, S. 790.

56 „Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterwor-

fen.“

57 BVerfG, Beschluss vom 17. Januar 1961 – 2 BvL 25/60 –, BVerfGE 12, 67-73, Rn. 21; BVerfG, Beschluss vom 09. Mai 1962 – 2 BvL 13/60 –, BVerfGE 14, 56-76, Rn. 44.

58 OLG Karlsruhe, Urteil vom 26. April 1956 – 2 Ss 27/56 –, juris; lesenswert zur Reimdebatte: *Beaumont*, NJW 1989, S. 372.

59 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – I ZR 114/20 –, Rn. 13, juris.

60 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – I ZR 114/20 –, Rn. 16, juris.

61 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – I ZR 114/20 –, Rn. 18, juris.

kein einziges Mal. Mit diesem offensichtlich zufälligen, systemlosen Wechsel von sexusdifferenter Sprache und sexusindifferenter Sprache steht das Urteil stellvertretend für nahezu alle von dem *Verfasser* gelesenen Urteile, welche sich bei abstrakten Oberbegriffen – jedenfalls ab und an – der vollständigen Paarform hingaben.<sup>62</sup>

Nur mit aufwendiger Recherche lassen sich auch abgekürzte Paarformen finden. So schreibt das Landgericht Flensburg in einer – erstaunlich bekannt anmutenden<sup>63</sup> – Befangenheitsentscheidung zu verteilten Schokoladenweihnachtsmännern in einer Hauptverhandlung über *Ergänzungsschöff\*innen*, *Berufsrichter\*innen* und *Verteidiger\*innen*.<sup>64</sup> Was zunächst wie ein Ausdruck feministischen Sprachaktivismus anmutet, erscheint bei näherer Betrachtung eher wie ein sarkastischer Seitenhieb gegenüber den Verteidigern. Diese lehnten zuvor (erfolglos) die Vorsitzende aufgrund einer kritischen Anmerkung zu den von den Verteidigern verwendeten „Gendersternchen“ als befangen ab<sup>65</sup> – in anderen Entscheidungen schreibt der Spruchkörper ohne entsprechende Sonderzeichen.<sup>66</sup>

### c. Kritische Würdigung

Die Schreibakte der Gerichte sind sprachlich in einer vermittelnden Funktion zwischen dem Gesetz und den Verfahrensbeteiligten. Das erkennt man in dem Leitprinzip der Verständlichkeit, das sich von der allgemeinen Amtssprache bis hin zur einfachgesetzlichen Formvorgabe einer konkreten Gerichtshandlung durchzieht. In dieser Grenze kann die Gerichtssprache auch von der Verwendung von Systembegriffen abweichen und auch die Rechtschreibregeln vernachlässigen. Ob nun eine inkonsequent genutzte vollständige Paarform oder eine abgekürzte Paarform die Grenze der Verständlichkeit in den weiträumigen Dimensionen der gesetzlichen Vorgaben überschreitet, ist für den Einzelfall zu bewerten und nur im Ausnahmefall zu bejahen. Wer auf Nummer sicher gehen möchte, kann aber jedenfalls die sexusindifferente Sprache nach Art des Grundgesetzes übernehmen, die auch bei grammatisch maskulinen bzw. grammatisch femininen Oberbegriffen allgemein hin als biologisch geschlechtsübergreifend verstanden wird.<sup>67</sup>

62 Vgl. beispielsweise BGH, Urteil vom 15. April 2021 – I ZR 134/20 –, juris; BGH, EuGH-Vorlage vom 29. Juli 2021 – I ZR 135/20 –, juris; Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Urteil vom 09. September 2021 – 1 U 68/20 –, juris; VG Oldenburg (Oldenburg), Beschluss vom 29. Juli 2021 – 7 B 2440/21 –, juris; OLG Koblenz, Urteil vom 16. Dezember 2020 – 9 U 595/20 –, juris; Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 23. Januar 2020 – 13 B 1423/19 –, juris.

63 LG Koblenz, Beschluss vom 19. Dezember 2012 – 2090 Js 29752/10 – 12 KLs –, juris.

64 LG Flensburg, Beschluss vom 20. Januar 2021 – V KLs 2/19 –, Rn. 1, juris.

### 3. Wissenschaft

Für den hier sogenannten juristischen Sprachgebrauch in der Wissenschaft sollen vor allem die Erzeugnisse juristischer Fachliteratur, insbesondere Kommentar- und Aufsatzliteratur, beleuchtet werden.

#### a. Regeln der wissenschaftlichen Sprache

Für den Sprachgebrauch innerhalb von Kommentar- und Aufsatzliteratur gibt es in einer freiheitlich-demokratischen Grundordnung keine formbezogenen staatlichen Regeln außerhalb der allgemeinen Gesetze im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG.

Zwischen der Redaktion und dem Autor können hingegen formale Regeln vereinbart werden, die in Redaktionsrichtlinien niedergeschrieben sind. Hinsichtlich der Verwendung von sexusdifferenter bzw. sexusindifferenter Sprache gibt es unterschiedliche Ansätze. Die Redaktionsrichtlinie des Verlags *C.H.BECK/Franz Vahlen* für die Gestaltung von Zeitschriften vom 1. Juni 2018 macht keinerlei Vorgaben zur Rechtschreibung, sondern konzentriert sich vor allem auf die gleichmäßige Form von bestimmten typischen Formulierungen, etwa Rechtsprechungsätze, Zeitschriftenzitate oder die Wiedergabe von Paragraphen. Mangels Bindung an orthographische Vorgaben können demnach auch abgekürzte Paarformen außerhalb der deutschen Rechtschreibung, wie etwa Binnenmajuskel oder Sonderzeichen, verwendet werden. Jedoch gibt es auch innerhalb der Verlage Zeitschriften, die die Regeln für sich spezifizieren. Diese Autorenhinweise beschreiben den abstrakten Aufbau eines Artikels, deren Zeichenzahl und machen im Einzelfall auch orthographische Vorgaben. Beispielsweise erklärt die Zeitschrift *Recht der Transportwirtschaft* (RdTW) in ihren Autorenhinweisen vom September 2012 die neue deutsche Rechtschreibung für anwendbar.<sup>68</sup> Hier wäre der Gebrauch von rechtschreibwidrigen abgekürzten Paarformen untersagt. Eine andersartige Sexusmarkierung, insbesondere die vollständige Paarform, bleibt jedoch jedem Autor anheimgestellt.

Während es in der Übersicht keine nennenswerten Verbote zur Sexusmarkierung gibt, sehen einzelne Pub-

65 LG Flensburg, Beschluss vom 20. Januar 2021 – V KLs 2/19 –, Rn. 6, juris.

66 Vgl. zur 5. Großen Strafkammer: LG Flensburg, Beschluss vom 11. Juni 2021 – V Qs 26/21 –, juris; LG Flensburg, Beschluss vom 27. Mai 2021 – V Qs 17/21 –, juris; LG Flensburg, Beschluss vom 23. September 2021 – V Qs 42/21 –, juris.

67 BGH, Urteil vom 13. März 2018 – VI ZR 143/17 –, BGHZ 218, 96–111, Rn. 37.

68 Anders die *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) in ihren Autorenhinweisen vom August 2016, welche keinerlei Anforderungen an die Rechtschreibung haben.

likationsvertreiber das Gegenteil vor: Wer beispielsweise bei dem Berliner Online-Start-up *juriverse*, welches juristische Übungsfälle sammelt, einen Beitrag veröffentlichen möchte, muss primär eine explizite Sexusindifferenzierung (*Studierende* statt *Studenten*) und hilfsweise eine abgekürzte Paarform mit dem Doppelpunkt (*der:die Autor:in* statt *der Autor*) verwenden. Das Pronomen *man* darf man gar nicht verwenden.<sup>69</sup>

Dieser Ansatz gleicht damit im Wesentlichen den Empfehlungen zur „geschlechtergerechten Sprache“, die auch Dutzende deutsche Hochschulen<sup>70</sup> für ihr Personal machen, wobei überwiegend die Verwendung des Asterisks als Sonderzeichen für die abgekürzte Paarform vorgeschlagen wird. Teilweise räumen die Hochschulen den Dozenten die Möglichkeit ein, die Verwendung der „geschlechtergerechten Sprache“ als Bewertungskriterium für Prüfungsleistungen heranzuziehen. So hieß es bis April 2021 noch auf der Website der Universität Kassel, es stehe „Lehrenden grundsätzlich frei, die Verwendung geschlechtergerechter Sprache als ein Kriterium bei der Bewertung von Prüfungsleistungen heranzuziehen“. Dem Verfasser liegen auch Korrekturen von Abschlussarbeiten anderer Hochschulen vor, in denen ausdrücklich gerügt wurde, dass für bestimmte Begriffe keine abgekürzte Paarform mittels Sonderzeichen verwendet wurde. Von dem studentischen Prüfling kann nicht erwartet werden, in einer solchen ausdrücklichen Rüge eine Unbeachtlichkeit für die Notengebung zu erkennen. Gerade für Abschlussarbeiten wie etwa Bachelorarbeiten, Masterarbeiten oder Dissertationen ist daher im Einzelfall, abhängig vom Prüfer und der Hochschule, eine informelle und unter Sanktionsdruck durchsetzbare Normierung der Sprache anzunehmen, die auch auf die Sprachverwendung in rechtswissenschaftlichen Texten durchschlagen kann.

#### b. Praktische Umsetzung

Ein Blick in die letzten Ausgaben gängiger juristischer Fachzeitschriften<sup>71</sup> offenbart – wenig überraschend – hinsichtlich des Sprachgebrauchs ein ähnliches Bild wie die Rechtsprechung. In aller Regel werden klassische

sexusindifferente Oberbegriffe, gegebenenfalls im generischen Maskulinum, verwendet. Die Beiträge schreiben über die Vorgaben für *Verbraucher*, lassen *den Käufer* oder *den Täter* handeln. Kommentierungen, welche Gesetze behandeln, in denen eine vollständige Paarform (beispielsweise *Zeuginnen und Zeugen*) oder eine unübliche explizit sexusindifferente Umformulierung (beispielsweise *zu Fuß Gehende*) verwendet wird, wandeln diese ebenfalls in die klassische sexusindifferente Form um (*Zeuge*<sup>72</sup> bzw. *Fußgänger*<sup>73</sup>). Nur gelegentlich wird, wie auch in der Rechtsprechung, in Aufsätzen die vollständige Paarform verwendet. Dies aber mit ähnlich überschaubaren Durchhaltevermögen wie in der Rechtsprechung.<sup>74</sup>

Nur vereinzelt lassen sich in gedruckten Publikationen auch abgekürzte Paarformen finden. So kennzeichnet sich der Kommentar von *Huber/Mantel* zum Aufenthalts- und Asylgesetz in konsequenter Abweichung von gesetzlichen Systembegriffen mit über 2.000 „Gendersternchen“<sup>75</sup> und etlichen explizit sexusindifferenten Umformulierungen (beispielsweise mit *im Ausland lebenden Personen*). Bemerkenswert sind auch engagierte Wortneuschöpfungen in Form von Sexusmovierungen bei Begriffen mit grammatisch neutralem Geschlecht. So sprechen beispielsweise *Heldt/Klatt* in ihrer Abhandlung zur „Privilegierung der Justizpressekonferenz durch das Bundesverfassungsgericht“<sup>76</sup> mehrfach, wenn auch nicht durchgehend<sup>77</sup>, von *Mitglieder\*innen* der Justizpressekonferenz. Das einzelne *Mitglied* der deutschen Sprachgemeinschaft mag sich wundern.

#### c. Kritische Würdigung

Es versteht sich in Anbetracht der Notwendigkeit einer möglichst umfangreichen Meinungs- und Wissenschaftsfreiheit von selbst, dass ein Autor eines rechtswissenschaftlichen Werkes vonseiten des Staates schreiben darf, wie er es für richtig hält. Das gilt insbesondere für Sprachexperimente mit dem Sexus, die in aller Regel keine juristisch, sondern politisch motivierte Kundgabe sind. Während bereits die weniger radikale vollständige Paarform von einer weit überwiegenderen Mehrheit der

69 Autorenhinweise *juriverse.com*.

70 Insgesamt über 80, darunter die Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, die Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, die Hochschule Offenburg, die Universität Konstanz, die Humboldt-Universität zu Berlin und die Freie Universität Berlin.

71 Namentlich *Neue Juristische Wochenschrift*, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, *Juristische Schulung*, *Archiv für die civilistische Praxis*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*.

72 BDZ/Binz, 5. Aufl. 2021, JVEG § 8 Rn. 1; BeckOK KostR/Bleutge, 35. Ed. 1.10.2021, JVEG § 1; Landmann/Rohmer GewO/Bleutge, 86. EL Februar 2021, GewO § 36 Rn. 44.

73 Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke/Heß, 26. Aufl. 2020, StVO

§ 25 Rn. 1; Geigel Haftpflichtprozess/Freyermann, 28. Aufl. 2020, Kap. 27 Rn. 593 beispielhaft für einen Fachaufsatz mit demselben Begriff *Rabe/Look*, NJW-Spezial 2020, S. 521.

74 Vgl. etwa allein zu der Doppelform Verbraucherinnen und Verbraucher: *Kocher*, ZEuP 2021, 606, 629; *Geiß/Felz*, NJW 2019, 2961, 2965; *Kaßler*, ZWE 2021, 146, 147; *Grunewald*, NJW 2021, 1777, 1778; *Bilsdorfer/Sigel*, NVwZ 2021, S. 594.

75 So jedenfalls die Trefferangabe in der Online-Datenbank *beck-online*.

76 *Heldt/Klatt*, NVwZ 2021, S. 684.

77 Dann *Mitglieder*.

weiblichen und männlichen Deutschen abgelehnt wird<sup>78</sup>, ist die abgekürzte Paarform mit Sonderzeichen ein offenkundiges politisches Statement<sup>79</sup>, das auch in wissenschaftlichen Texten gesetzt werden darf. Entgegen jeder Vorstellung einer offen meinungspluralistischen Gesellschaft und somit unvereinbar mit der verfassungsmäßigen Ordnung ist dementsprechend aber auch der teilweise praktizierte Zwang von Studenten zu derartiger Schreibweise.

Nicht gefeit ist der sprachaktivistische Autor hingegen vor den unterschiedlichen Erwartungen an wissenschaftliche Arbeiten seitens des Verlags. Wie viel Darstellung persönlichen, meist themenfremden politischen Befindens sich in einem Fachtext wiederfinden darf, bleibt eine Geschmackssache. Allerdings ist gerade für juristische Texte zu beachten, dass die wertungs- und bedingungslose Übernahme von Systembegriffen ein Grundbaustein dafür ist, dass der Text auch die Orientierung innerhalb des Systems unterstützt. Ein Gesetzeskommentar, der das kommentierte Gesetz in der Erläuterung nicht auszusprechen vermag, ist, salopp formuliert, nur für denjenigen gut geeignet, der sich an der Komplexität der gesetzlichen Materie langweilt und mit simultaner Sprachübersetzung bei Laune gehalten werden möchte.

Schließlich lässt sich sämtlichen Redigierrichtlinien die Maxime der Einheitlichkeit und Folgerichtigkeit in der Darstellung entnehmen. Sei es nun durch das Gebot der einheitlichen Quellenangabe oder durch das folgerichtige Gliedern der einzelnen Abschnitte. Begreift man die einzelnen Wörter richtigerweise als Bestandteil der formalen Darstellung, so habe auch sie einheitlich und folgerichtig zu sein – auch hinsichtlich der Sexusdifferenzierung. Hier stellt sich zum einen das Problem, dass unklar ist, wie weit die Sexusdifferenzierung gehen soll. Ist es nun *der\*die Bürgermeisterkandidat\*in* oder *der\*die Bürger\*innenmeister\*inkandidat\*in*? Und was ist mit dem so schonungslos verwendeten *juristisch*? Immerhin handelt es sich bei *-isch* um ein nachgestelltes Wortbildungselement, das ein Adjektiv von einem Substantiv

ableitet – hier: dem grammatisch maskulinen *Jurist-en*. Und selbst wenn man die Frage der anvisierten Reichweite der Einheitlich- und Folgerichtigkeit in dieser Dimension bewältigt hat, bleibt zu fragen: Schafft man es, das auch konsequent durchzuziehen? Der Blick in die bisherige Praxis der Gesetzgebung, der Rechtsprechung und Wissenschaft lässt daran zweifeln.

#### IV. Fazit

Die Sexualisierung des juristischen Sprachgebrauchs geht in allen hier beleuchteten Teilgebieten mit Nachteilen einher, die jedoch in unterschiedlicher rechtlicher Relevanz zu Buche schlagen. Eine rechtlich besonders schwerwiegende Beeinträchtigung demokratiebezogener Natur liegt in der Umformulierung von Gesetzestexten. Nur in Einzelfällen kann hier den Richtlinien entsprechend eine Fachsprache abgebildet werden, die nicht sowohl in ihrer Richtigkeit als auch in ihrer Allgemeinverständlichkeit einbüßt. Möchte man den Sexusgebrauch der Gesetzessprache tatsächlich auf dem Gleichberechtigungsförderungsgebot<sup>80</sup> einer Verfassung beruhen lassen, welche selbst das generische Maskulinum verwendet, so stünden diesen Einbußen jedenfalls ein überwiegendes kollidierendes Verfassungsinteresse entgegen.

Abschließend, um die Eingangsfrage nun weniger präzise aber allgemeinverständlich zu beantworten, bleibt zu sagen: Der Sexus im juristischen Sprachgebrauch kann nicht nur nerven – er tut dies in etlichen Fällen auch zu *Unrecht*.

Dr. Theodor Lammich ist wissenschaftlicher Mitarbeiter der Forschungsstelle für Hochschularbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Lehrbeauftragter der Dualen Hochschule Baden-Württemberg und Rechtsreferendar am Landgericht Freiburg.

78 Vgl. 65 Prozent Ablehnung mit steigender Tendenz *Infratest Dimap*, Gendergerechte Sprache KW 19/2021; 86 Prozent Ablehnung *Mitteldeutscher Rundfunk AdÖR*, MDRfragt-Umfrage KW 29/2021; 82 Prozent Ablehnung *forsa*, RTL/ntv-Trendbarometer KW 17/2021.

79 Sie ist ein Ausdruck der sog. Identitätspolitik.

80 Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG.





Felix Hornfischer

*Besprechung von Neukirchen, Mathias / Emmrich, Etienne (Hrsg.), Berufungen, Befangenheit und Bewerbungsverfahrensanspruch - Ein Kompendium für Berufungskommissionen, Bewerberinnen und Bewerber, Nomos, 2021<sup>1</sup>*

Das im Mai 2021 erschienene Kompendium richtet sich vorrangig an die Verantwortlichen der Hochschulen, die Mitglieder von Berufungskommissionen und Bewerberinnen und Bewerber und will ihnen das hochschulrechtliche Bewerbungsverfahren anhand einer abschnittsweisen Darstellung, Beispielfällen und einer Rechtsprechungssammlung zu einzelnen Problemkreisen und Stichworten näherbringen. Ausgehend hiervon dürften auch Rechtsanwender wie Rechtsanwälte und Richter, die mit berufsrechtlichen Verfahren befasst sind, interessierte Leser dieses Kompendiums sein.

Die Herausgeber und die Autorinnen und Autoren sind allesamt - in verschiedenen Funktionen - in der Hochschulverwaltung tätig. *Neukirchen* war seit September 2017 Kanzler und Mitglied des Präsidiums der Technischen Universität Berlin, bevor er zum 01. Oktober 2020 eine Stelle als Direktor am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz angenommen hat. *Emmrich* ist Dekan der Fakultät II - Mathematik und Naturwissenschaften der Technischen Universität Berlin und war zuvor geschäftsführender Direktor des Instituts für Mathematik der TU Berlin. Die weiteren Autoren und Autorinnen entstammen aus dem Arbeitskreis Hochschulpersonal der Vereinigung der Kanzlerinnen und Kanzler der Universitäten Deutschlands: *Brüggeln* ist Kanzler der Pädagogischen Hochschule Freiburg; *Breder* ist Justitiar der Helmut-Schmidt-Universität/Universität der Bundeswehr Hamburg; *Kurlemann* hat an der Universität Potsdam als Justitiar und später als Dezernent für Personal- und Rechtsangelegenheiten jahrelange Erfahrungen zum Thema Berufungen gesammelt; *Rockmann* ist als Leiter der Berliner Geschäftsstelle und Bereichsleiter Grundsatzfragen des Hochschulsystems bei der Hochschulrektorenkonferenz tätig.

Gedanklicher Ausgangspunkt des Kompendiums ist im weitesten Sinne der Widerstreit zwischen der Wissenschaftsfreiheit und dem daraus folgenden personellen Selbstergänzungsrecht der Hochschulen als Wissenschaftsinstitutionen einerseits und dem Erfordernis eines rechtsförmlichen, transparenten und fehlerfreien Bewerbungsverfahrens, das dem Prinzip der Bestenauslese des Art. 33 Abs. 2 GG gerecht wird, andererseits. Besonderes Augenmerk legen die Herausgeber und Autoren auf die Besorgnis der Befangenheit, die gerade in kleineren Fachbereichen Bedeutung erlangt, in denen sich die wissenschaftlichen Akteure persönlich kennen oder durch ihren wissenschaftlichen Werdegang jedenfalls bisweilen zahlreiche Berührungen aufweisen. Der - zunehmende - Wettbewerbsdruck der Bewerberinnen und Bewerber führt dazu, dass für sie persönlich nicht erfolgreiche Verfahren häufig auf dem Rechtsweg angegriffen werden. Die hohe Wahrscheinlichkeit einer nachträglichen gerichtlichen Kontrolle - gleichgültig ob im Eilverfahren oder (eher selten) im Hauptsacheverfahren - macht es im besonderen Maße erforderlich, das Bewerbungsverfahren zu professionalisieren und etwaigen Fehlern vorzubeugen. Zu diesem Zweck steht die rechtskonforme Ausgestaltung des Bewerbungsverfahrens im Zentrum des Kompendiums, wobei ein Schwerpunkt auf den Problemkreis der Besorgnis der Befangenheit gelegt wird. In der Folge werden auch Fragen des effektiven Rechtsschutzes zur Wahrung des Bewerbungsverfahrensanspruchs beleuchtet. Zu Recht spart das Kompendium Innenrechtsstreitigkeiten innerhalb der Hochschule und zwischen den Hochschulen einerseits und den die Aufsicht ausübenden Ministerien andererseits aus, um die Darstellung nicht zu überlasten.

1 270 Seiten, 72 Euro.

Das Werk gliedert sich in insgesamt sieben Abschnitte, an die sich im Anhang eine Rechtsprechungsübersicht (VIII.) und ein Überblick über das Berufungsverfahren (IX.) anschließen. Ferner enthält es ein vorangestelltes Abkürzungs- und nachgestelltes Literaturverzeichnis. Die Abhandlung besticht durch einen klaren, einleuchtenden und nachvollziehbaren Aufbau. Die Einleitung skizziert unter dem bereits angesprochenen Topos des Widerstreits von wissenschaftlicher Selbstergänzung und Befangenheit die Bedeutung und Herausforderungen des Berufungsverfahrens und bietet abschließend einen Überblick über den Gang der weiteren Darstellung. Hieran schließt sich im zweiten Abschnitt eine Darstellung des Berufungsverfahrens im Einzelnen an. Der dritte Abschnitt wendet sich dann der Befangenheit im Berufungsverfahren und der vierte Abschnitt den Rechtsfolgen der (relativen und absoluten) Befangenheit zu. Während der fünfte Abschnitt die Handlungsoptionen der Hochschulen im Falle von Verfahrensfehlern zum Gegenstand hat, stellt der sechste Abschnitt die Rechtsschutzmöglichkeiten des unterlegenen Bewerbers oder der unterlegenen Bewerberin dar. Schließlich wird das Kompendium im siebten und letzten Abschnitt zusammengefasst.

In der Einleitung weist das Kompendium zutreffend auf die Fülle der rechtlichen Vorgaben für die fehlerfreie Durchführung eines Berufungsverfahrens hin, die sich nicht nur im grundgesetzlichen Grundsatz der Bestenauslese und den Landeshochschulgesetzen, sondern vor allem auch in den satzungsrechtlichen Berufsordnungen der einzelnen Hochschulen finden. In der Natur der Sache begründet liegt die Konzentration des Kompendiums auf die grundgesetzlichen und - soweit übereinstimmend - die landesrechtlichen Vorgaben. Der zweite Abschnitt bietet eine griffige Darstellung des Ablaufs des Berufungsverfahrens. Vorangestellt findet sich eine übersichtliche und hilfreiche Tabelle über den Verfahrensablauf und die handelnden Akteure. Die einzelnen Verfahrensschritte werden anschließend näher erläutert. Die Unterabschnitte 4. und 5. lenken den Blick schließlich noch auf die Förderung von Frauen und die Beteiligung der Gleichstellungsbeauftragten sowie auf die Besonderheiten bei Junior- und Tenure-Track-Professuren.

Erheblichen Raum nimmt sodann der dritte Abschnitt ein, der sich mit der Befangenheit im Berufungsverfahren befasst und damit die im Titel des Kompendi-

ums angelegte Schwerpunktsetzung umsetzt. Einleitend werden die einschlägigen rechtlichen Regelungen, nämlich die Normen der jeweiligen Landesverwaltungsverfahrensgesetze, der Landeshochschulgesetze und der hochschulinternen Normen dargestellt. Hinsichtlich etwaiger hochschuleigener Verwaltungsvorschriften wird zu Recht darauf hingewiesen, dass diese mangels Rechtsatzqualität allenfalls mittelbar durch eine aufgrund ständiger Übung eintretende Selbstbindung Rechtswirkungen gegenüber Dritten begründen können. Schließlich werden die Standards der Scientific Community, nämlich die Regeln der Deutschen Forschungsgemeinschaft, von den verbindlichen rechtlichen Regelungen abgegrenzt. Im zweiten Unterabschnitt befasst sich das Kompendium ausführlich mit dem Tatbestand der Befangenheit nach den § 20 LVwVfG (absolute Befangenheit) und § 21 LVwVfG (relative Befangenheit), wobei der relativen Befangenheit in der Praxis weit größere Bedeutung zukommen dürfte. Die Autoren beleuchten dabei insbesondere, inwiefern Lehrer-Schüler-Beziehungen oder sonstige Abhängigkeitsverhältnisse sowie Kooperationen oder Konkurrenzen die Besorgnis der Befangenheit begründen können. Hierauf folgt die Auseinandersetzung mit den Rechtsfolgen von absoluter und relativer Befangenheit. Dabei sticht besonders die hochschulspezifische Betrachtung des Widerstreits der Einhaltung der Befangenheitsregelungen einerseits und der Sicherstellung des Fachprinzips andererseits hervor. Das Kompendium stellt kritisch Lösungsansätze dar, die die Autoren für unzureichend halten, um sodann drei Möglichkeiten aufzuzeigen, wie aus ihrer Sicht ein schonender Ausgleich der konfligierenden Prinzipien vorgenommen werden kann. Diese werden anschließend grafisch-schematisch dargestellt. Sodann wird der Prinzipienkonflikt noch spezifisch für Junior- und Tenure-Track-Professuren betrachtet.

Der fünfte Abschnitt behandelt knapp die Handlungsmöglichkeiten der Hochschule bei Fehlern im Berufungsverfahren, nämlich die Heilung des Fehlers oder den Abbruch des Verfahrens. Umfassend befasst sich dann der sechste Abschnitt mit den Rechtsschutzmöglichkeiten des unterlegenen Bewerbers, wobei der vorläufige Rechtsschutz nach § 123 VwGO zu Recht den größten Raum einnimmt. Strukturiert nach Zulässigkeit und Begründetheit des Rechtsbehelfs sowie nach ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmitteln gegen die gerichtliche Entscheidung werden die jeweiligen Vo-

raussetzungen sowie der gerichtliche Kontrollmaßstab dargelegt. Abgerundet werden die Ausführungen durch Überlegungen zum sekundären Rechtsschutz, also insbesondere zu Ansprüchen aus der Staatshaftung. Der sechste Abschnitt fasst die Darstellung insgesamt zusammen.

Das Kompendium besteht nicht nur durch seinen klaren und nachvollziehbaren Aufbau, sondern durch seine große Nähe zur Praxis. Eine bemerkenswerte Leistung ist es, ausgehend von den allgemeinen rechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes, der Landeshochschulgesetze und der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder, die sich in der Berufungspraxis der Hochschulen stellen, die Probleme zu skizzieren und fundierte Lösungsansätze aufzuzeigen. Das Thema birgt die Gefahr der Überfrachtung, die die Herausgeber und Autoren jedoch durch eine pointierte Darstellung und Konzentration auf das Wesentliche bannen. Den Besonderheiten der in der Praxis an Bedeutung gewinnenden Junior- und Tenure-Track-Professuren wird dabei angemessener Raum eingeräumt.

Für Verantwortungsträger aus der Hochschulverwaltung stellt dieses Kompendium ein absolut alltagstaugliches Hilfsmittel für die effiziente und fehlerfreie Gestaltung von Bewerbungsverfahren dar. Für Rechtsanwender aus Anwaltschaft und Justiz bietet es einen gelunge-

nen Einstieg und Überblick über die Materie mit einer hinreichenden Zahl an Nachweisen. Die angehängte Rechtsprechungsübersicht und der schematische Überblick über das Berufungsverfahren unterstreichen den Anspruch des Werkes, eine praktische Arbeitshilfe zu sein und erfüllen diesen gemeinsam mit der rezensierten Darstellung zweifelsohne.

Dr. Felix Hornfischer

Richter am Verwaltungsgericht Freiburg



## *Unterrichtspolizei Merkwürdiger und nachahmungswerter Gebrauch der Basler Universität<sup>1</sup>*

Durch ein Gesetz des Großen Rathes ist seit 1818 die Hochschule zu Basel nach einer neuen Organisation restaurirt, und die neue Einrichtung rückt allmählig ihrer Vollendung näher. Diese Einrichtung hatte unter andern guten Folgen auch die Benutzung der Lehrkurse von Seite der hiesigen Bürgerschaft herbeigeführt, und es ist eine besonders im Winterhalbjahr bleibende Sitte unter dem schönen Geschlechte und unter Männern geworden, einen solchen Kursus zu besuchen. Die Vortheile sind auffallend. Es wächst nicht nur der Stoff für gesellige Unterhaltung, was wir aus guten Gründen hoch angeschlagen dürfen; die Wissenschaft selbst tritt dem Leben näher und befreundet sich dem Laien, der oft aus unnöthiger Scheu von der gelehrten Zunft sich für unwürdig hält, in die Hallen der Weisheit einzutreten. Aus ängstlichen Zweiflern werden entschlossene Freunde der wissenschaftlichen Forschung. Man fängt an einzusehen, daß die gründliche Untersuchung weder zum Umsturze des anerkannten Guten führt, noch die Frivolität und Tadelsucht befördert; vielmehr vor diesen Fehlern der Halbwisserei verwahrt und eine starke Wehr den Angriffen der Starkgeister (esprits forts) entgegensetzt. Daher die lobenswerthe Theilnahme der Frauen an Vorlesungen über Moral und Geschichte.

Durch solches Beispiel ermuthigt, sind auch zum öftern, wie die Geschichte vieler Städte zeigt, die Männer zu ähnlichem Streben hingerissen worden. Es ist sehr erfreulich, das die Absichten der hohen Obrigkeit, die den Lehrern an der hiesigen Hochschule einen weiten Berufskreis zu gemeinnütziger Wirksamkeit verschaffen wollte, daß diese wohlthätigen Absichten in einem solchen Grade und so frühe schon erreicht worden sind.

Es ist merkwürdig, wie in den von aller Bildung sonst fern gehaltenen niedern Classen des Erwerbstandes in England und Schottland seit Kurzem ein wissenschaftliches Streben erwacht, wie sich mit ausserordentlicher Schnelligkeit die Bildungsanstalten und Lehrmittel für diese zahlreichste Volksklasse vermehren. Noch wenige Jahre, und die Folgen dieser Verpflanzung der Wissenschaft aus den Hörsälen der Gelehrten in die Werkstätten des Gewerbestandes werden hervortreten. Die Erleichterung des Verkehrs in Verbindung mit den großen Entdeckungen unserer Zeit wird die wichtigsten und unerwartetsten Veränderungen in den Lebens- und Verkehrsverhältnissen herbeiführen, welche den ungemeynen Werth wissenschaftlicher Bildung für alle Stände ausser Zweifel setzen. Dann wird man deutlich einsehen, wie väterlich unsere Obern für ihre Mitbürger gesorgt, welchen sie zur rechten Zeit die Mittel zur Erwerbung solcher Kenntnisse vervielfältigt haben. Möge die Thätigkeit der Lehrer an der Hochschule, und besonders die wohlthätigen Bemühungen derjenigen Lehrer, welche die Wissenschaft ins Leben einführen und eine stets größere Zahl aus allen Ständen ihr befreunden, als eine höchst gemeinnützige, das Bürgerwohl unmittelbar fördernde anerkannt und durch immer regere Theilnahme gefördert werden

1 Allgemeine Deutsche Justiz-, Kameral- und Polizeifam 1826, S.



