

ZLVR

2. Jahrgang

Zeitschrift für Landesverfassungsrecht
und Landesverwaltungsrecht

Die allgemeine Zeitschrift für das Verfassungsrecht und das Verwaltungsrecht aller sechzehn deutschen Länder

Nr. 2 / 2017

Herausgegeben von Hannes Berger und Lukas C. Gundling

ISSN (Online) 2511-3666

Inhalt dieses Heftes

Die Hochzonung gemeindlicher Aufgaben in Sachsen-Anhalt

Gmeiner

Seite 45

Eine rechtspolitische Darlegung zur Professorenmehrheit

Gundling

Seite 50

Livestreams im Internet als Rundfunk?

Berger

Seite 57

Rechtsprechung

Seite 64

In eigener Sache. Das Konzept der ZLVR

Seite 79

2/2017

Die Hochzonung gemeindlicher Aufgaben in Sachsen-Anhalt

von Robert Gmeiner, Halle (Saale)*

Nach Art. 87 Abs. 2 der Landesverfassung von Sachsen-Anhalt (LV) nehmen (grundsätzlich) die Kommunen alle Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft wahr. Kommune ist nach der Legaldefinition des Art. 87 Abs. 1 LV der Oberbegriff für Gemeinden und Landkreise. Nach dem Wortlaut des Verfassungstextes stehen die Landkreise und Gemeinden bei der Aufgabenwahrnehmung gleichberechtigt nebeneinander. Dagegen statuiert das Grundgesetz in Art. 28 Abs. 2 GG für das Verhältnis der Aufgabenwahrnehmung von den Gemeinden zu den Landkreisen ein Subsidiaritätsverhältnis. Im Rahmen der KiFöG-Entscheidung des LVerfG Sachsen-Anhalt entfachte eine Diskussion darüber, ob Art. 87 Abs. 1, 2 LV im Lichte des Art. 28 Abs. 2 GG auszulegen ist.

I. Kommunale Selbstverwaltung nach dem Grundgesetz

Den Gemeinden muss nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung zu regeln (Allzuständigkeit). Auch wenn nach dem Grundgesetz die Existenz der Institution der Landkreise verfassungsrechtlich gewährleistet ist,¹ können sie sich nach Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG nur auf eine modifizierte Version der Selbstverwaltung berufen.² Landkreise haben nach der Konzeption des Grundgesetzes im Gegensatz zu den Gemeinden keine Allzuständigkeit. Sie können nur die ausdrücklich einfachgesetzlich zugewiesenen Aufgaben wahrnehmen. Daher können die Gemeinden ihre kommunale Selbstverwaltung auch gegenüber den Landkreisen verteidigen.³ Eine Hochzonung von Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft der Gemeinden auf die Landkreise bedarf daher immer einer verfassungsrechtlichen

Rechtfertigung. Zulässig ist eine Hochzonung nach der Rechtsprechung des BVerfG nur, wenn sie für eine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung erforderlich ist. Die Gründe für den Aufgabenentzug müssen den Gründen für die Zuständigkeitsvermutung des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG überwiegen. Aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung, Wirtschaftlichkeit oder Sparsamkeit darf eine Hochzonung nur erfolgen, wenn ein unverhältnismäßiger Kostenanstieg bei den Gemeinden zu befürchten ist.⁴ Auch wenn aus der Verfassungsautonomie der Länder folgt, dass diese ihre Landesorganisation, wozu die Gemeinden gehören,⁵ frei gestalten können, begrenzt Art. 28 Abs. 2 GG die grundsätzlich vom Grundgesetz gewünschte Pluralität in den Ländern zugunsten des Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden.⁶ In Widerspruch zu grundgesetzlichen Vorgaben der kommunalen Selbstverwaltung stehen die Wortlaute von Art. 78 Abs. 1 der Verfassung von Nordrhein-Westfalen, Art. 97 Abs. 2 der Verfassung von Brandenburg und Art. 87 Abs. 1 LV. Eine Trennung zwischen Gemeinden und Landkreisen findet in diesen Verfassungen nicht statt. Auch den Landkreisen steht nach dem Wortlaut der Normen eine Allzuständigkeit zu.

Das Problem der Widersprüchlichkeit der Wortlaute zwischen Art. 28 Abs. 2 GG und den landesverfassungsrechtlichen Bestimmungen spielen in Nordrhein-Westfalen und Brandenburg in der Praxis keine Rolle. Die Verfassungsgerichtshöfe von Nordrhein-Westfalen⁷ und Brandenburg⁸ haben ihre Landesverfassungen im Ergebnis bundesverfassungsrechtlich ausgelegt und den aus Art. 28 Abs. 2 GG folgenden Subsidiaritätsgrundsatz angewendet, um einen Vorrang der Gemeinden vor den Landkreisen zu begründen. Eine Diskrepanz zwischen Bundes- und Landesverfassungsrecht besteht in Brandenburg und Nordrhein-Westfalen daher faktisch nicht. Nur das LVerfG Sachsen-Anhalt hat in seiner KiFöG-Entscheidung einen Sonderweg beschritten und Ge-

* Robert Gmeiner ist cand. iur. an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

¹ BVerfGE 79, 127, 150; Klaus Vogelgesang, in: Friauf, Karl-Heinrich/Höfling, Wolfram (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Berlin, Stand: 5. Erg.-Lfg. VI/02, Art. 28 Rn. 158; Johann Christian Pielow/Simon Th. Groneberg, JuS 2014, 794, 796.

² Pielow/Groneberg, JuS 2014, 794, 795.

³ BVerfGE 79, 127, 150; OVG Lüneburg, DVBl 1980, 81, 82; Edzard Schmidt-Jortzig/Michael Wolfgang, VerwArch 75 (1984), 107, 126; einschränkend: BVerwGE 67, 321, 323.

⁴ BVerfGE 79, 127, 153 f.

⁵ Peter Lerche, BayVBl 1965, 145 f.

⁶ Walter Leisner, BayVBl 1965, 414, 415.

⁷ VerfGH Nordrhein-Westfalen, DÖV 1980, 691, 692.

⁸ LVerfGE Brandenburg 2, 93, 101 f.

meinden und Landkreise landesverfassungsrechtlich gleichgestellt.

II. Die KiFöG-Entscheidung

In seiner KiFöG⁹-Entscheidung musste das LVerfG Sachsen-Anhalt sich mit der Frage auseinandersetzen, ob die Garantie der gemeindlichen Selbstverwaltung der Landesverfassung (Art. 87 Abs. 1 LV) mit dem des Grundgesetzes (Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG) vereinbar ist.¹⁰

Zunächst legte das LVerfG die Norm nach dem Wortlaut aus. Nach Art. 87 Abs. 1 LV stehe das kommunale Selbstverwaltungsrecht den Gemeinden, Landkreisen und Gemeindeverbänden gleichrangig zu. Der grundgesetzliche Vorrang der Gemeinden gegenüber den anderen Trägern der kommunalen Selbstverwaltung kenne die Landesverfassung nicht. Damit stelle die Aufgabenübertragung von einem Träger der kommunalen Selbstverwaltung auf einen anderen Träger der kommunalen Selbstverwaltung keinen Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung dar. Allenfalls wenn die Aufgabenübertragung dergestalt erfolgt, dass nur noch eine leere Hülle zurückbleibt, könne über einen Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung nachgedacht werden.¹¹

Sodann stellte sich die Frage, ob Art. 87 Abs. 1 LV im Lichte des Art. 28 Abs. 2 GG ausgelegt werden müsse. Ausreichend sei, wenn das Landesrecht als Ganzes mit dem Art. 28 Abs. 2 GG vereinbar ist. Die formelle Landesverfassung brauche daher nicht im Einklang mit dem Grundgesetz stehen. Schließlich sei eine Divergenz zwischen Bundesverfassungsrecht und Landesverfassungsrecht eine „strukturbedingte Normalität“ der bundesstaatlichen Ordnung.¹²

Zuletzt wurde noch ein redaktionsgeschichtliches Argument angeführt. Im Verfassungsgebungsverfahren wurde die Diskrepanz im Verfassungsentwurf (Art. 86 Abs. 1 LV-Entwurf) aufgegriffen. Dort heißt es: „Hier wird eine völlige Gleichstellung der Gemeinden und der Landkrei-

se impliziert. Auf der Grundlage dieses Artikels in der Landesverfassung könnte in Zukunft der Gesetzgeber eine gleichberechtigte Aufgabenverteilung zwischen Gemeinden und Landkreisen vornehmen [...] In diesem Zusammenhang sei darauf verwiesen, daß das Bundesverfassungsgericht entschieden hat, daß die Kreise den Gemeindeverbänden zuzurechnen sind, was im Gegensatz zu dem vorliegenden Verfassungsentwurf steht.“¹³ Da dem Verfassungsgeber diese Problematik bekannt gewesen sei, verbiete sich eine Auslegung der Landesverfassung im Lichte des Grundgesetzes entgegen der ausdrücklichen Vorstellung der Verfassungsgeber.

III. Kritik Hennekes

Insbesondere Hans-Günter Henneke hat die Entscheidung im Ergebnis zwar gebilligt, die Begründung des LVerfG in einer Urteilsanmerkung indes scharf kritisiert.¹⁴

Die Homogenitätsschranke des Art. 28 Abs. 2 GG stehe einer Auslegung wie es das LVerfG vorgenommen habe entgegen. Nach Wortlaut und Systematik des Art. 28 GG müsse die Allzuständigkeit der Gemeinden – auch gegenüber den Landkreisen – durch die verfassungsmäßige Ordnung der Länder gewährleistet sein. Bei der Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung handele es sich um eine Mindestgarantie, die sich in der formellen Landesverfassung niederschlagen habe. Der Landesverfassungsgeber dürfe inhaltlich zwar darüber hinausgehen, aber nicht dahinter zurückbleiben.¹⁵ Falle eine Landesverfassungsnorm hinter die Mindestgehalt zurück, so sei sie mithilfe von Art. 28 Abs. 2 GG soweit aufzufüllen, bis der Mindestgehalt erreicht sei.¹⁶ Auch aus dem Umstand, dass der Landesverfassungsgeber eine Unzahl von kleinen und leistungsschwachen Gemeinden vorgefunden hat, rechtfertige noch nicht die Gleichsetzung der Gemeinden und Landkreise durch Art. 87 Abs. 1 LV.¹⁷

⁹ Gesetz zur Förderung und Betreuung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Tagespflege des Landes Sachsen-Anhalt (Kinderförderungsgesetz).

¹⁰ LVerfG Sachsen-Anhalt, DVBl 2015, 1535, 1539 = KommJur 2016, 13, 20 f. = LKV 2016, 125, 130 f.

¹¹ LVerfG Sachsen-Anhalt, DVBl 2015, 1535, 1539 = KommJur 2016, 13, 20 = LKV 2016, 125, 130.

¹² LVerfG Sachsen-Anhalt, DVBl 2015, 1535, 1539 = KommJur 2016, 13, 21 = LKV 2016, 125, 131.

¹³ LT-Drs. 1/1334, 111 f.

¹⁴ Hans-Günter Henneke, DVBl 2015, 1539, 1541 f.

¹⁵ Henneke, DVBl 2015, 1539, 1541.

¹⁶ Henneke, DVBl 2015, 1539, 1542.

¹⁷ Henneke, DVBl 2015, 1539, 1542.

IV. Stellungnahme

1. Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft

Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sollen „diejenigen Bedürfnisse und Interessen [sein], die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben, die also den Gemeindegewohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der Gemeinde betreffen“.¹⁸ Ob eine Angelegenheit eine der örtlichen Gemeinschaft ist, kann aber nicht pauschal für sämtliche Gemeinden festgestellt werden. Vielmehr ist eine Differenzierung nach der Größe der jeweiligen Gemeinden erforderlich.¹⁹ Nicht erforderlich ist dagegen, dass sämtliche Gemeinden einer Einzelfallbetrachtung unterzogen werden. Der Gesetzgeber ist berechtigt Gemeinden nach bestimmten Größen zu typisieren.²⁰ Ihm kommt ein Einschätzungsspielraum zu, welche Angelegenheiten für den jeweiligen Gemeindetyp die örtliche Gemeinschaft betrifft.²¹ Auch wenn die grundsätzlich gewollte bundesstaatliche Pluralität eingeschränkt wird, verbleibt bei den Ländern doch noch ein gewisser Gestaltungsraum.²² Zwar sind die Länder zur Umsetzung des Art. 28 Abs. 2 GG verpflichtet. Das „Wie“, also durch Landesverfassung oder durch einfaches Gesetz verbleibt aber bei den Ländern (dazu siehe ausführlich noch IV. 2). Aus demografischer Sicht altert und schrumpft ein Großteil der ostdeutschen Gemeinden.²³ Dies hatte bereits der Verfassungsgeber von Sachsen-Anhalt 1991 vor Augen. Er fand ebenso zahlreiche wie leistungsunfähige Gemeinden vor.²⁴ Aufgrund seines Einschätzungsspielraums und der Tatsache, dass die zahlreichen, leistungsunfähigen Gemeinden noch weiter schrumpfen, durfte der Landesverfassungsgeber davon ausgehen, dass die Gemeinden überhaupt keine örtlichen Aufgaben mehr wahrzunehmen haben und stattdessen die Kreise

gleichberechtigt, nicht mehr nur subsidiär, zur Aufgabenerfüllung danebenstehen. Dies schließt freilich nicht aus, dass der Landesgesetzgeber durch einfache Landesgesetze oder durch Verordnungsermächtigungen verpflichtet sein kann, dieses Verhältnis zu konkretisieren und im Einzelfall im Sinne von Art. 28 Abs. 2 GG nachzujustieren. Schließlich sollen in einer Verfassung nur die wesentlichen Strukturen eines Staates festgelegt werden, ohne dass sie sich in Detailregelungen verliert.

2. Gesetzesvorbehalt des Art. 28 Abs. 2 GG

Dem steht auch nicht entgegen, dass die Gemeinden durch diese Auslegung von Art. 87 Abs. 1 LV ihre Privilegierung aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG gegenüber den Kreisen verlieren.

Nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG ist den Gemeinden das Recht gewährleistet, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Der Gesetzesvorbehalt umfasst auch den Aufgabenkreis der Gemeinden.²⁵ Art. 28 Abs. 2 GG ist selbst kein Landesverfassungsrecht, sondern ein bloßer Auftrag an den Landesgesetzgeber den Aufgabenkreis der Gemeinden im Sinne des Art. 28 Abs. 2 GG festzulegen.²⁶ Damit ist es die Aufgabe des für das Kommunalrecht zuständigen Landesgesetzgebers den Aufgabenkreis der Gemeinden durch ein Gesetz im materiellen Sinne²⁷ zu bestimmen. Das Grundgesetz erwartet daher in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG, dass die Zuständigkeit der Gemeinde im Rahmen der Rechtsordnung durch das Landesrecht sichergestellt ist. Eine landesverfassungsrechtliche Gewährleistung verlangt das Grundgesetz indes nicht.

Für diese Auslegung spricht auch, dass die Verfassungsräume des Bundes und der Länder statt in einem Subordinationsverhältnis selbstständig nebeneinander stehen.²⁸ Eingriffe in die Verfassungsautonomie der Länder

¹⁸ BVerfGE 79, 127 Leitsatz 4; VGH Mannheim, NuR 2004, 668, 670.

¹⁹ BVerfGE 79, 127, 153.

²⁰ BVerfGE 79, 127, 153; Klaus Lange, Kommunalrecht, Tübingen 2013, Kap. 1 Rn. 104; kritisch Friedrich Schoch, VerwArch 81 (1990), 18, 38 f.

²¹ BVerfGE 79, 127, 153; 110, 370, 400.

²² Jens Kersten, DÖV 1993, 896, 898; BVerfGK 13, 189, 198; VerfGH Berlin, NVwZ 2002, 594, 596; Ute Sacksofsky, NVwZ 1993, 235, 236;

²³ Kerstin Schmidt/Carsten Große Starmann, APuZ 21-22/2006, 10, 15.

²⁴ Henneke, DVBl 2015, 1539, 1541.

²⁵ BVerfGE 79, 127, 143 ff.; 107, 1, 12; 110, 370, 400; BVerfGE 6, 19, 24; Lange 2013, Kommunalrecht, Kap. 4 Rn. 82; Johannes Hellermann, in: Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar Grundgesetz, Art. 28 Rn. 46 (Stand: 31. Ed. 01.12.2016).

²⁶ Ernst-Wolfgang Böckenförde/Rolf Grawert, DVBl 1971, 119, 126; Rolf Grawert, NJW 1987, 2329, 2331.

²⁷ Lange 2013, Kommunalrecht, Kap. 4 Rn. 84.

²⁸ BVerfGE 6, 376, 382; 96, 231, 242; BVerfGK 13, 189, 198; BVerfG, NVwZ 1999, 638, 640; StGH Hessen, NVwZ-RR 2014, 409, 410.

durch den Bund müssen deshalb auf das geringstmögliche Maß beschränkt sein.²⁹ In einem Beschluss des BVerfG zum schleswig-holsteinischem Landesnaturschutzgesetz heißt es: „Mit Rücksicht auf die Verfassungsautonomie der Länder bedürfte das ‚Hineinlesen‘ einer grundgesetzlichen Bestimmung in die Landesverfassung einer besonderen Rechtfertigung, vor allem der Notwendigkeit des ‚Hineinlesens‘.“³⁰ An der Notwendigkeit des „Hineinlesens“ fehlt es allerdings, wenn der Landesgesetzgeber bereits durch die Bindung an das Grundgesetz zur gewünschten Maßnahme verpflichtet ist.³¹ Eine zusätzliche landesverfassungsrechtliche Bindung des Gesetzgebers ist nicht erforderlich, da er unabhängig vom Landesverfassungsrecht an Art. 28 Abs. 2 GG gebunden ist,³² bedarf es keiner bundesverfassungsrechtlichen Korrektur der Landesverfassung.

Selbst wenn man mit Henneke aus systematischen Gründen die Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung im Rahmen der „verfassungsmäßigen Ordnung“ nach Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG statt lediglich „im Rahmen der Gesetze“ (Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG) verlangt, ergibt sich hieraus nichts anderes. Die „verfassungsmäßige Ordnung“ in Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG ist inhaltsgleich mit dem gleichlautenden allgemeinen Rechtsvorbehalt in Art. 2 Abs. 1 GG. Demnach gehört zur verfassungsmäßigen Ordnung nicht nur das formelle Landesverfassungsrecht, sondern die gesamte materielle Rechtsordnung.³³ Eine fehlende Umsetzung der kommunalen Selbstverwaltung nach den Vorstellungen des Grundgesetzes durch die Landesverfassung ist daher unschädlich, da es letztendlich auch nach dieser systematischen Auslegung allein auf die Vereinbarkeit der Landesrechtsordnung mit dem Grundgesetz ankommt.

Bestätigt wird diese Ansicht durch die Redaktionsgeschichte des Art. 28 Abs. 2 GG. Der Abgeordnete des Parlamentarischen Rates Dr. Suhr von der SPD schlug vor, Art. 28 Abs. 2 GG wie folgt zu fassen: „Die Landes-

verfassungen haben den Gemeinden [...] das Recht der Selbstverwaltung zu gewährleisten.“³⁴ Es bestand damit ein konkreter Vorschlag dahingehend, dass die kommunale Selbstverwaltung durch die formelle Landesverfassung zu gewährleisten ist. Diese Fassung hat sich aber nicht durchsetzen können. Ungeachtet davon, dass auch in diesem Vorschlag die Gemeinden und Gemeindeverbände gleichberechtigt nebeneinanderstehen, enthält er doch die Pflicht, die kommunale Selbstverwaltung durch die Landesverfassung zu gewährleisten. Indem dieser Vorschlag überhaupt keinen Niederschlag mehr in der verabschiedeten Fassung des Grundgesetzes gefunden hat, kann auch nicht von einer landesverfassungsrechtlichen Umsetzungspflicht der kommunalen Selbstverwaltung ausgegangen werden.

3. Redaktionsgeschichte der Landesverfassung

Entgegen der Auffassung des LVerfG Sachsen-Anhalt kann die Redaktionsgeschichte der Landesverfassung nicht herangezogen werden, um die Gleichordnung von Kreisen und Gemeinden als vom Verfassungsgeber gewollt anzusehen. Es ist zwar richtig, dass in einer Landtagsdrucksache auf dieses Problem hingewiesen wurde.³⁵ Jedoch ist auch zu berücksichtigen, dass bei den Sitzungen des Verfassungsausschusses eine Allzuständigkeit der Kreise abgelehnt wurde. Der Verfassungsausschuss kannte das Problem der Divergenz zwischen dem Wortlaut der Landesverfassung und dem des Grundgesetzes. Dennoch ging er von einer inhaltlichen Übereinstimmung zwischen dem Grundgesetz und der Landesverfassung aus. Seiner Meinung nach sei eine Allzuständigkeit der Kreise ausgeschlossen.³⁶ Damit war zwar das Problem der sprachlichen Differenz zwischen Landes- und Bundesverfassungsrecht bekannt. Man ging aber von der inhaltlichen Übereinstimmung aus. Ein Vorrang der Drucksache vor der Auffassung des Verfassungsausschusses bei der Auslegung der Landesverfassung ist nicht erkennbar.

²⁹ BVerfGE 103, 111, 141; a.A. *Matthias Jestaedt*, Bundesstaat als Verfassungsprinzip, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts I, 3. Aufl. Heidelberg 2003, § 29 Rn. 64.

³⁰ BVerfGE 103, 332, 347.

³¹ BVerfGE 103, 332, 347 f.

³² BVerfGE 1, 167, 175; *Horst Dreier*, in: Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl., Tübingen 2015, Art. 28 Rn. 92.

³³ *Christoph Gröpl*, in: Gröpl, Christoph/Windthorst, Kay/Coelln, Christian (Hrsg.), Studienkommentar zum Grundgesetz, 2. Aufl., München 2015, Art. 28 Rn. 2 f.; a.A. *Grawert*, NJW 1987, 2329, 2330; *Michael Sachs*, ThürVBl 1993, 121, 124.

³⁴ JöR 1 (1951), 1, 254.

³⁵ LT-Drs. 1/1334, 111 f; Zitat oben bei Fußnote 10.

³⁶ Protokoll über die Sitzungen des Verfassungsausschusses vom 4.3.-26./27.6.1991, in: Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt I, o.O., o.J., S. 332, zusammengestellt vom Landesverwaltungsamt.

V. Fazit

Nach Art. 87 Abs. 1, 2 LV stehen die Landkreise und die Gemeinden hinsichtlich der Aufgabenwahrnehmung gleichberechtigt nebeneinander. Bei der Hochzoning gemeindlicher Aufgaben auf die Landkreise liegt aus landesverfassungsrechtlicher Sicht kein Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung vor, da die Aufgaben weiterhin von einem Träger der kommunalen Selbstverwaltung wahrgenommen werden. Eine bundesverfassungskonforme Auslegung ist indes nicht geboten. Damit ist auch kein Rechtsschutzdefizit der Gemeinden verbunden. Will eine Gemeinde ihr Recht auf kommunale Selbstverwaltung gegenüber einem Kreis durchsetzen, so kann sie ihr Recht aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG mit der subsidiären bundesverfassungsgerichtlichen Kommunalverfassungsbeschwerde gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG, §§ 13 Nr. 8a, 91 BVerfGG verteidigen.

Eine rechtspolitische Darlegung zur Professorenmehrheit – Alternative Wissenschaftlermehrheit

Ergänzende Anmerkung zu LKV 2016, 301. Zugleich Anmerkungen zu den Entscheidungen BVerfGE 139, 148 und VerfGH BW I VB 16/15

von Lukas C. Gundling, Erfurt*

Die Professorenmehrheit bewegt derzeit zwar weniger die juristische Literatur, jedoch ist sie Inhalt der Diskussionen im Kontext der Novelle des ThürHG und der Neugestaltung der Sitzverteilung in den Selbstverwaltungsgremien. Der Autor sieht nun Anlass nach 2016 ein zweites Mal dazu Ausführungen zu machen, um zu zeigen, dass die Professorenmehrheit nicht in dem Maße grundgesetzlich bindend ist, wie dies gerne von Mitgliedern der Gruppe in entsprechenden Diskussionen mit Verweis auf das Hochschul-Urteil vertreten wird.

Ebenso wenig Sensibilität für die evolutionäre Entwicklung hat auch das BVerfG bei einer erneuten Entscheidung zu den verfassungsrechtlichen Prämissen der Hochschulorganisation 2015 bewiesen. Dies stellt jedoch gerade kein Hemmnis für Veränderung im Bereich der Hochschulorganisation dar, wie der kurze Beitrag, auch unter Einbezug einer dahingehenden Entscheidung des VerfGH BW aus dem November 2016, zeigen wird.

I. Einleitung

Die Ausführungen im Rahmen des zu dieser Thematik zuvor publizierten Beitrages „Professorenmehrheit – ein sakrosanktes Institut des Verfassungsrechts?“ kamen zum Schluss, dass es sich bei der Professorenmehrheit¹ eben nicht um ein sakrosanktes Institut des Verfassungsrechtes handle; notwendig sei eine Mehrheit der Wissenschaftler.² Der Autor führt nach der Feststellung, dass die vom BVerfG für die Professorenmehrheit geforderte Homogenität der Mitgliedergruppe der Hochschul-

lehrer³ seit der Einführung der Juniorprofessur Anfang des 21. Jahrhunderts durchbrochen sei,⁴ aus: „Die besondere Privilegierung der Hochschullehrer ist damit allerdings immer noch nicht argumentativ begründet. Was hebt einen jungen, frisch promovierten Juniorprofessor gegenüber einem erfahrenen Akademischen Direktor heraus? Der erstere gehört zur Gruppe der Hochschullehrer und der letztere zur Gruppe der akademischen Mitarbeiter. Oder wie kann eben der frisch promovierte Juniorprofessor, außer aufgrund der Statuszuweisung, von einem frisch promovierten Habilitanden unterschieden werden, der als Akademischer Rat auf Zeit ebenso Forschung und Lehre betreibt? [...] Die Erfahrung in Forschung und Lehre unterscheidet sie sicherlich nicht. Ebenso wenig eine engere Verbundenheit zur Wissenschaft.“⁵ Unbestritten erzeugt der Titel „Professor“ nach Außen eine andere Wirkung als die Berufsbezeichnung „Akademischer Rat“, auf was indes bei der Begründung der Gestaltung intrahochschulischer Entscheidungsstrukturen abzustellen ist, ist weniger die Außenwirkungen als vielmehr die Qualifikation und Erfahrung der im wissenschaftlichen Bereich Tätigen.

Das Hochschulrecht und sein verfassungsrechtlicher Rahmen war in den letzten Jahren immer wieder Gegenstand von Entscheidungen deutscher Höchstgerichte.⁶ Im Jahr 2015 hat das BVerfG mit dem Beschluss zur Fusion der Fachhochschule Lausitz und der Technischen Universität Cottbus zur neuen Brandenburgischen Technischen Universität Cottbus-Senftenberg (BTU) eine ambivalente Begründung zu seiner Entscheidung in den Raum gestellt, in der auch die hinreichende Mitsprache

* Lukas C. Gundling ist Doktorand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Neuere Rechtsgeschichte sowie Lehrbeauftragter an der Universität Erfurt.

¹ Beschrieben auch bei Werner Thieme, Dt. HochschulR, 3. Aufl. (2004), S. 110, Rn. 155 oder bei Lukas C. Gundling, LKV 2016, 302.

² Gundling, LKV 2016, 304.

³ BVerfGE 35, 79 (133).

⁴ Thieme, Hochschulrecht 2004, S. 111.

⁵ Gundling, LKV 2016, 303.

⁶ BVerfG entschied seit der Jahrtausendwende bspw. BVerfGE 111, 333; 126, 1; 127, 87; 136, 338; 139, 148.

von Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler thematisiert wurde.⁷ Es ist bis dato die letzte Entscheidung des BVerfG zu diesem Themenbereich. Auf Landesebene hatten sich indes die Verfassungsgerichte auch noch darauffolgend mit den Entscheidungsstrukturen an Hochschulen auseinanderzusetzen. Jüngst, im November 2016, hat der Verfassungsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg (VerfGH BW) die Entscheidungen des BVerfG aus den Jahren 2014 und 2015 im Rahmen eines hochschulorganisationsrechtlichen Urteils aufgenommen.⁸

Dem Autor wurde nun in Diskussionen zur für dieses Jahr geplanten Novelle des Thüringer Hochschulgesetzes (ThürHG)⁹ immer wieder vorgehalten, eben die Entscheidungen aus dem Jahr 2015 in seiner Argumentation ignoriert zu haben; die Entscheidung zur BTU sowie die jüngste Entscheidung aus Baden-Württemberg würden den Schluss des provokativen Beitrages zur Professorenmehrheit aus dem letzten Jahr gar konterkarieren.

Dass dies nicht der Fall ist, der Vorwurf keinen Bestand haben kann, soll der folgende kurze Beitrag vermitteln. Dabei mag die Lösung dem Laien auf dem Gebiet des Hochschulrechts nicht direkt aus den Entscheidungen des BVerfG augenscheinlich sein. Es werden deshalb zur Begründung der Position zunächst kurz die relevanten Ausführungen aus dem Beschluss des BVerfG repliziert und deren Schwächen illustriert (II.), um dann daran zu zeigen, dass weiter die Wissenschaftlermehrheit unter den, der Rechtsauffassung des BVerfG entspringenden¹⁰ verfassungsrechtlichen Vorgaben, der aktuellen Konstitution des Wissenschaftssystems am ehesten entspricht (III.). Am Ende stehen wenige Schlussbemerkungen (IV.).

II. Die Entscheidung BVerfGE 139, 148 und Kritik daran

1. Begründung der notwendigen Mehrheitsverhältnisse

Das BVerfG hat im Beschluss zur BTU aus dem Mai 2015 zunächst in seiner Begründung die Linie, die es bereits in der Entscheidung zur Medizinischen Hochschule Hannover¹¹ vorgezeichnet hatte, beibehalten.¹² Es sprach darin, wenn es die Mitspracherechte der Hochschulmitglieder thematisierte, die zur Verwirklichung der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG notwendigerweise auf hochschulische Entscheidungen einwirken müssen, von „in der Wissenschaft Tätigen“ oder von „Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern“, denen dieses Recht privilegiert zukommen müsse.¹³ Es formuliert zunächst – mit Blick auf Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG evident – treffend: „Als pluralistisch zusammengesetzte Vertretungsorgane der selbst wissenschaftlich Tätigen dienen sie [die Selbstverwaltungsgremien] gerade dazu, Gefährdungen der Wissenschaftsfreiheit abzuwehren und die erforderliche fachliche Kompetenz zur Verwirklichung der Wissenschaftsfreiheit einzubringen. Daher müssen sie so beschaffen sein, dass Gefahren für die Freiheit von Lehre und Forschung vermieden werden.“¹⁴ Denn die Wissenschaft – und Hochschulen sind mit ihren fundamentalen Aufgaben von Forschung und Lehre Orte der Wissenschaft¹⁵ – ist ein autonomer Bereich, der der Wissenschaft selbst, eigenverantwortlich anheimgestellt ist und in dem die in der Wissenschaft Tätigen selbst frei entscheiden können müssen.¹⁶ Soweit ist die Entscheidung zur BTU die Idee der Wissenschaftlermehrheit offensichtlich stützend.

Es ist allerdings dann ein Wandel der – oder drastischer formuliert: ein Bruch in der – Terminologie, innerhalb der Begründung, ab der Urteilsuntergliederung C.II.2. zu

⁷ BVerfGE 139, 148, Beschl. v. 12.05.2015.

⁸ VerfGH BW 1 VB 16/15=ZLVR 2017, 24, Urt. v. 14.11.2016.

⁹ ThürMWWDG, Thür. Hochschuldialog 2016, Auftaktveranstaltung am 12. 1. 2016 im Augustinerkloster Erfurt, 2016, S. 14 f.

¹⁰ Es ist auf die Rechtsprechung des BVerfG zu verweisen, da Art. 5 Abs. 3 GG – dem Wesen einer Verfassungsnorm entsprechend – mit nur minimalem Wortlaut eine große Steuerungswirkung zu entfalten hat (dazu auch *Bernhard Kempen*, in: Hdb. HochschulR, 2. Aufl. 2011, Kap. I Rn. 1f.).

¹¹ BVerfGE 136, 338, 365f; 376ff; 380f.

¹² Als solche Linie formuliert bei *Gundling*, LKV 2016, 304.

¹³ So z.B. von „in der Wissenschaft/wissenschaftlich Tätigen“ BVerfGE 139, 148, 173; 185f. oder von „Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler“ BVerfGE 139, 148, 186. Ähnlich die Formulierungen am Beginn der Entscheidung VerfGH BW, ZLVR 2017, 24f.

¹⁴ BVerfGE 139, 148, 173, Einfügung LCG.

¹⁵ Die Dualität schön hervorgehoben in BVerfGE 127, 87 (116).

¹⁶ Zuletzt so formuliert BVerfGE 139, 148, 182, jedoch so grundgelegt z.B. in BVerfGE 35, 79, 113; 47, 327, 367.

erkennen.¹⁷ Ab diesem Ordnungspunkt rücken nun die Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer in den Mittelpunkt der Argumentation und zugleich als Quelle dieser auch das Hochschul-Urteil von 1973 und dessen direkten Folgeentscheidungen.¹⁸ Es wird nun die notwendig exponierte Stellung der Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer im expliziten Rekurs auf das Hochschul-Urteil erklärt: „Sie prägen die Hochschule als wissenschaftliche Einrichtung, tragen erhöhte Verantwortung für die Funktionsfähigkeit und den wissenschaftlichen Rang der Universität und sind mit der Wissenschaft besonders eng verbunden; sie besetzen Schlüsselfunktionen des wissenschaftlichen Lebens und werden wegen ihrer regelmäßig längeren Zugehörigkeit zur Universität durch langfristig wirkende Entscheidungen durch Hochschulorgane stärker betroffen als die Gruppen der wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter und der Studierenden.“¹⁹

Auch der VerfGH BW erkennt in seiner Entscheidung in Rückbezug auf das Hochschul-Urteil eine erhöhte Betroffenheit der Hochschullehrer und stellt sowohl auf die „Vorbildung“ als auch auf die „meist langjährige Tätigkeit und Erfahrung“ in der Wissenschaft zur Begründung ihrer herausgehobenen Stellung ab.²⁰

2. Kritik an den Entscheidungen

Diesem Argument liegt ein antiquiertes²¹, für die aktuelle Konstitution der Hochschulen wenig zutreffendes Bild des Hochschullebens zu Grunde. Insbesondere vernachlässigt diese Ansicht in grober Weise, in Verbindung mit dem Homogenitätsgebot (aus Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG²²) das Wesen der Juniorprofessur. Diese, lange nach dem Hochschul-Urteil von 1973, erst Anfang des 21. Jahrhunderts eingeführte Figur ist mitgliedschaftsrechtlich der Gruppe der Professoren zugeordnet und deren Besetzung ist jeweils lediglich auf eine Dauer auf sechs Jahre ausgelegt. Die Voraussetzungen für die Ein-

stellung gleichen in großen Teilen denen der ordentlicheren Professoren. Es fehlt natürlicherweise bei den Voraussetzungen für Juniorprofessuren lediglich die Habilitation oder habilitationsäquivalente, wissenschaftliche Leistung.²³ Juniorprofessoren sind damit weder aus ihrer Stellung heraus länger mit der Hochschule verbunden, sie verfügen gerade nicht über eine auf Dauer ausgelegte, unbefristete Anstellung, noch haben sie eine über z.B. Habilitanden hinausgehende wissenschaftliche Qualifikation und Vernetzung oder einen den der Habilitanden übersteigenden Erfahrungszeitraum in der wissenschaftlichen Sphäre notwendigerweise vorzuweisen.²⁴

Gewichtiger – und nicht unverbunden – ist indes, dass sich Juniorprofessoren noch in der Qualifizierungsphase befinden. Sie müssen im Rahmen der Juniorprofessur unter Beweis stellen – das wird regelmäßig ihr primäres Interesse sein –, dass sie geeignet sind eine Lebenszeitprofessur zu besetzen. Dazu dient die sogenannte Zwischenevaluation, die für Juniorprofessoren die letzte Qualifikationsprüfung darstellt.²⁵ Dass die Entscheidung darüber nur die etablierten Hochschullehrer zu treffen haben, respektive nur diese darüber entscheiden können, erkennt das BVerfG völlig richtig.²⁶ Zugleich illustriert diese Erkenntnis des BVerfG eo ipso die gegebene Differenz zwischen Junior- und Lebenszeitprofessuren.

Es ist daher aber mehr als fraglich inwieweit die 1973 formulierten Anforderungen an die Homogenität gewahrt sind, die sich nach Ansicht des BVerfG aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG ergeben.²⁷ Gleiches ist demnach gleich, ungleiches ungleich zu behandeln. Das Gericht formulierte damals: „Wenn der Gesetzgeber die Gruppenzugehörigkeit zu einem Organisationsprinzip macht, dann muß er sich bei der Bestimmung der Gruppen an eindeutige konstitutive Merkmale halten; andernfalls wird der aus der Gruppenorganisation folgende

²³ Dazu näher *Michael Hartmer*, in: Hdb. HochschulR, 2. Aufl. 2011, Kap. V., S. 233ff., insb. Rn. 111, 112, 128ff.

²⁴ Es werden hierbei lediglich die notwendigen Voraussetzungen aufgeführt; dass diverse Juniorprofessoren auch über eine Habilitation verfügen ist für die Argumentation selbstverständlich unerheblich. Die Juniorprofessur ist auch ein für Habilitierte offenstehender Karriereweg.

²⁵ *Hartmer*, Hochschulrecht 2011, V., S. 235f., Rn. 116ff. Als Qualifikationsstelle explizit bezeichnet bei Rn. 110.

²⁶ BVerfGE 139, 148, 191.

²⁷ BVerfGE 35, 79 (6. Ls.; 133).

¹⁷ BVerfGE 139, 148 (188).

¹⁸ Insbesondere die Entscheidungen BVerfGE 35, 79; 39, 247 werden herangezogen.

¹⁹ BVerfGE 139, 148, 188f.

²⁰ VerfGH BW, ZLVR 2017, 25.

²¹ Man vergleiche damit die bei *Hans Gerber*, Das Recht der wiss. Hochschulen, 1965, Band 1, S. 131 beschriebene Bild.

²² BVerfGE 35, 79 (6. Ls.; 133).

Proporz willkürlich. Wenn die Gruppen, [...] nach vorgegebenen typischen Interessenlagen rechtlich formiert werden, dann ergibt sich das Unterscheidungsmerkmal der Gruppen gerade aus dieser verschiedenen Interessenlage. Ist aber eine Gruppe nicht homogen zusammengesetzt, dann gibt es für sie keine typische Interessenlage mehr.“²⁸

Es ist bei der Suche nach konstitutiven Unterscheidungsmerkmalen jedoch unbedingt eine ex ante Perspektive einzunehmen. Blickt man mit dieser Prämisse auf die im Fokus des Beitrages stehenden Entscheidungen, so fällt auf: Bei der Bestimmung ist zumindest dem VerfGH BW in seiner Argumentation eine Ungenauigkeit unterlaufen, wenn er erklärt: „Nach der derzeitigen Struktur der Hochschule sind sie [die Hochschullehrer] die Inhaber der Schlüsselfunktion des wissenschaftlichen Lebens.“²⁹ Die Struktur der Hochschule ist durch die Professorenmehrheit, durch die Exponierung der Hochschullehrer geprägt, dies führt zu einer tautologischen Begründung. Die Unterscheidungsmerkmale müssen bereits vor Erlangung der Position vorliegen und mindestens mittelbar zu den Zugangsvoraussetzungen zur Gruppe der Hochschullehrer zählen.

Es ist mit Blick auf die Entscheidungen sehr fraglich inwieweit dem BVerfG diese Problematik der Inhomogenität durch die Inkorporation der Juniorprofessur in die Gruppe der Hochschullehrer tatsächlich 2015 präsent war. So formuliert diesen Umstand vernachlässigend und die Verweildauer der Hochschullehrer als gruppendefinierendes Element nochmals bekräftigend das BVerfG: „Professuren an Universitäten wie auch an Fachhochschulen sind auf Dauer besetzt; wer sie besetzt trägt die volle wissenschaftliche Verantwortung.“³⁰ Diesem Kriterium entsprechen offensichtlich zumindest die Juniorprofessoren nicht.

²⁸ BVerfGE 35, 79, 133f..

²⁹ VerfGH BW, ZLVR 2017, 25.

³⁰ BVerfGE 139, 148, 189f.

III. Lösung – neue homogene Gruppe: Wissenschaftler

1. Wissenschaftlermehrheit

Was die Kritik vermittelt: Offensichtlich liegt aktuell eine bedeutende Inhomogenität der Gruppe der Hochschullehrer vor, der man auf einfachem Wege begegnen könnte. Die zentrale Frage die im Fokus der Weiterentwicklung des Hochschulrechts stehen muss, ist die Frage nach der Eingrenzung des Kreises der ausreichend qualifizierten und zugleich erfahrenen Wissenschaftler, die in der Lage sind, die freie Wissenschaft im Bereich der Hochschulen vor Störungen, vor Beeinträchtigungen zu bewahren. Wem müssen als Wissenschaftler entsprechende Mitspracherechte zukommen?

Die Organisationsstruktur von Hochschulen ist nicht in Stein gemeißelt. Im Hochschul-Urteil bemerkte das BVerfG zu der Adaptivität der Hochschulorganisation: „Die Garantie der Wissenschaftsfreiheit hat jedoch weder das überlieferte Strukturmodell der deutschen Universität zur Grundlage, noch schreibt sie überhaupt eine bestimmte Organisationsform des Wissenschaftsbetriebs an den Hochschulen vor. Dem Gesetzgeber steht es zu, innerhalb der aufgezeigten Grenzen die Organisation der Hochschulen nach seinem Ermessen zu ordnen und sie den heutigen gesellschaftlichen und wissenschaftssoziologischen Gegebenheiten anzupassen.“³¹ Diese durch die Verfassung und deren Auslegung durch das BVerfG eröffnete Chance ist nun nach 50 Jahren wieder einmal mit Bedacht und Weitsicht³² zu nutzen.

Die Hochschulorganisation ist an die gegebenen Realitäten an den deutschen Hochschulen anzupassen. Und hier hat das Land Thüringen nun die Möglichkeit Pionierarbeit zu leisten. Dabei gilt, wie es das BVerfG 2004 als eine Art „Essenz“³³ auf den Punkt gebracht hat: „Die Hochschulen und ihre Untergliederungen sind ebenso wie die Hochschullehrer gegen hochschulorganisatorische Entscheidungen nur insoweit geschützt, als diese

³¹ BVerfGE 35, 79, 115.

³² Es ist hier die Mahnung von *Alexander Thumfart/Dorothee Kimmich*, in *dies.*, Universität ohne Zukunft, 2004, S. 9f. nicht aus dem Auge zu verlieren, Reformen maßvoll und zukunftsorientiert zu gestalten.

³³ *Gundling*, LKV 2016, 303.

die Erfüllung ihrer Aufgabe, freie Wissenschaft zu ermöglichen, gefährden können.“³⁴

Eine Möglichkeit stellt die „Wissenschaftlermehrheit“ dar. Dabei wird die Gruppe der Hochschullehrer um solche Mitglieder des akademischen Mittelbaus erweitert, die ihren Arbeitsschwerpunkt in Forschung und oder Lehre besitzen. Dies führt also keinesfalls zu einer vollständigen Fusion der Gruppe der Hochschullehrer und der der akademischen Mitarbeiter – dies wäre ein zu einfacher und wenig wissenschaftsadäquater Schritt. Bis dato sind beispielsweise auch Bibliothekare im höheren Dienst oder Mitarbeiter mit ärztlichen Aufgaben, also die Mitarbeiter der hochschulischen, wissenschaftlichen Dienste, zur Gruppe der akademischen Mitarbeiter zu zählen.³⁵ Bei Ihnen ist jeweils zu prüfen inwieweit sie vom Arbeitsschwerpunkt, also primär, aktiv (dementsprechend nicht z.B. durch bloße Zuarbeiten oder Lehraufträge) forschend und lehrend tätig sind. Aus diesem Kreise werden voraussichtlich nur die wenigsten in die Gruppe der Wissenschaftler aufsteigen. Darüber hinaus weist gerade diese Gruppe des akademischen Mittelbaus eine starke Diversität in puncto Qualifikation und Erfahrung im Kosmos der Wissenschaft auf.³⁶

Diese Gruppe der Wissenschaftler kann dann mit der alten, bisher für die Gruppe der Hochschullehrer geltende Begründung im ähnlichen Rahmen wie bisher privilegiert werden, also mit mindestens die Hälfte der Stimmen, wenn es sich um Entscheidungen über die Lehre handelt und mit einer absoluten Mehrheit bei Fragen zur Forschung.³⁷ Dabei müssen aber gewisse akademische Rechte nicht unterschiedslos jedem Mitglied dieser Gruppe zukommen. Es bedarf gruppendifinierende, eindeutig abgrenzende Merkmale um die Gruppe dem Homogenitätsgebot entsprechend zu konstituieren.³⁸ Die Anpassungen sind gerade ein Ausdruck und Folge der Emanzipation des wissenschaftlichen Nachwuchses

von der strikten Ordinarienbindung,³⁹ was zugleich nicht bedeutet, dass eine gewisse Exponierung dieser Ordinarien unangemessen ist, sondern vielmehr ihrem genuinen Aufgabenspektrum entspricht.⁴⁰

Es ist für den Neuzuschnitt, mit einer differenzierten Rechtegewährung innerhalb der Gruppe, der vom BVerfG formulierte Schranke des Homogenitätsgebotes Beachtung zu schenken. Das Homogenitätsgebot reicht demnach nicht so weit, „dass innerhalb dieser Gruppe [...] der wissenschaftliche Werdegang der einzelnen Mitglieder bedeutungslos ist und von der Sache her gerechtfertigte unterschiedliche Zugangsvoraussetzungen für die Wahrnehmung bestimmter akademischer Aufgaben sowie unterschiedliche Regelungen über die Ausübung der Hochschullehrertätigkeit schlechthin verboten sind.“⁴¹ So müssen die Entscheidungen über die weitere Qualifizierung von Gruppenmitgliedern denen obliegen, die bereits diese Qualifikation erreicht haben, also z.B. im Fall von Habilitationen und der Frage der Bewährung von Juniorprofessoren.⁴²

2. Abgrenzung der Gruppen

Mithin ergibt sich dann eine leicht abgewandelte Gruppenstruktur für Universitäten und Hochschulen. (1) Die erste und gegenüber den restlichen Gruppen in wissenschaftsrelevanten, aber auch nur wissenschaftsrelevanten Fragen privilegierte Gruppe,⁴³ ist die *Gruppe der Wissenschaftler*. Ihr Arbeitsschwerpunkt und ihr Interesse liegen auf der wissenschaftlichen Sphäre der Forschung und Lehre und sie haben weitgehend ihre Qualifikationsphase abgeschlossen.⁴⁴ Dies entspräche der durch den VerfGH BW formulierten materiellen Leitvorstellung einer wissenschaftsadäquaten Hochschulorganisation: Sie erfordert „eine Entscheidungsstruktur, die

³⁴ BVerfGE 111, 333, 354.

³⁵ Hannes Berger/Lukas C. Gundling, Hochschulpolitik und Hochschulrecht, 2015, S. 100.

³⁶ Es finden sich in dieser Gruppe wissenschaftliche Mitarbeiter mit und ohne Promotion, ebenso wie solche, die bereits eine Habilitation erworben haben (siehe z.B. Berger/Gundling, Hochschulpolitik u. HochschulR, 2015, S. 100).

³⁷ Dazu BVerfGE 35, 79 (8. Ls.).

³⁸ BVerfGE 35, 79, 133f.

³⁹ Siehe dazu Einschätzung Thumfart/Kimmich, Universität ohne Zukunft, 2004, S. 19f.

⁴⁰ Dies stellt auch z.B. der VerfGH BW, ZLVR 2017, 25 in seiner Begründung fest.

⁴¹ BVerfGE 139, 148, 191.

⁴² Analog BVerfGE 139, 148 (191).

⁴³ Entscheidungen die nicht Forschung und Lehre betreffen können von den Gruppen gleichberechtigt entschieden werden (vgl. BVerfGE 35, 79, 129).

⁴⁴ Für die Habilitation setzt gerade eine vorausgegangene wissenschaftliche Tätigkeit voraus (siehe dazu z.B. Hartmer, Hochschulrecht 2011, V., S. 216, Rn. 51).

vor allem wissenschaftliche Sachkompetenz, aber auch wissenschaftlichen Pluralismus zur Geltung bringt.“⁴⁵

Um die Gruppenzugehörigkeit zu erlangen, haben die Wissenschaftler ihre Eignung als solche durch ein qualitatives Mindestniveau nachzuweisen, was naheliegend mit der Promotion oder spätestens mit der Erlangung einer Professur erfolgt.⁴⁶ Diese Grenzziehung erscheint daher legitim, als dass die Promotion, als konstitutives Element der Universitäten⁴⁷ der Nachweis der Befähigung zum vertieften wissenschaftlichen Arbeit ist, die auf einer selbständig angefertigten wissenschaftlichen Arbeit beruht.⁴⁸ *Werner Thieme* formuliert dahingehend bezeichnend: „Der Doktorgrad ist der eigentliche akademische Grad.“⁴⁹ Und diese Befähigung zur selbständigen wissenschaftlichen Arbeit muss erst recht für eine Professur nachgewiesen werden.⁵⁰ Die Hochschulmitglieder, die durch entsprechende Graduierung und Ämter ihre Kompetenz zur selbständigen wissenschaftlichen Arbeit unter Beweis gestellt haben, müssen in der Lage sein, im Sinne der Wissenschaft zu entscheiden.⁵¹

Die weitere Gruppenstruktur bleibt beibehalten. (2) Als zweite Gruppe tritt dann die Gruppe der unmittelbar mit der Wissenschaft verbundenen auf. Die *Gruppe der akademischen Mitarbeiter*. Auch ihre Tätigkeit ist der wissenschaftlichen Sphäre zuzuordnen. Sie sind Wissenschaftler die nicht primär in Forschung und Lehre tätig sind (z.B. die oben genannten Bibliothekare) oder solche die (noch) ein entsprechend geringeres Qualifikationsniveau besitzen, z.B. die wissenschaftlichen Mitarbeiter ohne Promotion. Sie gehören jetzt schon der zweiten Gruppe an. (3) Als dritte Gruppe verbleibt weiter die

⁴⁵ *VerfGH BW*, ZLVR 2017, 26.

⁴⁶ Es gibt auch Wege zu einer Professur in Deutschland die nicht zwangsläufig über eine Promotion führen müssen, u.a. im künstlerischen und ingenieurwissenschaftlichen Bereich (siehe bspw. *Hubert Detmer*, in: Hdb. HochschulR, 2. Aufl. 2011, Kap. IV., S. 131f. Rn. 67).

⁴⁷ *Hartmer*, Hochschulrecht 2011, V., S. 201, Rndnr. 6.

⁴⁸ Dazu z.B. § 54 II 1 ThürHG und *Detmer*, HochschulR, 2011, IV., S. 126, Rn. 46.

⁴⁹ *Thieme*, Hochschulrecht 2004, S. 311, Rn. 420.

⁵⁰ Siehe dazu *Berger/Gundling*, Hochschulpolitik u. HochschulR, 2015, S. 94ff.

⁵¹ Es sei an dieser Stelle unbestritten, dass es in jeder Gruppe und bei jeder Form von Qualifikationsnachweis immer wieder dazu kommt, dass auch Ungeeignete in diese Kreise aufsteigen, allerdings sollten die durch Kollegialorgane geprägten Strukturen einzelne Ausfälle kompensieren.

Gruppe der Studierenden und als (4) vierte Gruppe die *Gruppe des nichtakademischen Personals* die durch ihre Tätigkeit an der Hochschule (Studium, Verwaltung und weitere nicht-wissenschaftliche Dienste) ein jeweils eigenes Interessensfeld aufweisen.

Weiter kann vorgesehen werden, dass an kleinen Fachhochschulen oder Kunsthochschulen die zweite und vierte Gruppe aus praktischen Erwägungen vereint werden, wie das mitunter heute schon der Fall ist.⁵² Dem steht aus den hier vorgestellten verfassungsrechtlichen Erwägungen nichts entgegen.⁵³

IV. Schlussbemerkungen

Der Beitrag hatte das primäre Ziel Einwänden gegen die Möglichkeit von der Loslösung des Instituts de Professorenmehrheit entgegenzutreten. Die jüngste Rechtsprechung des BVerfG lässt in diesem Punkt zwar leider an Klarheit vermissen, sie verwarf jedoch zugleich die im vorhergehenden Beitrag, mit Blick auf die Novelle des ThürHG geäußerten Ideen auch nicht.

Die insbesondere von den Studierenden vor 50 Jahren geforderte „Drittelparität“⁵⁴ an Hochschulen, d.h. dass alle Mitgliedergruppen über dieselbe Stimmkraft in den hochschulischen Selbstverwaltungsgremien verfügen, erscheint auch heute nicht zweckmäßig. Diese zu rechtfertigen, war keinesfalls Anliegen des Beitrages des Autors aus dem Jahr 2016, vielmehr hatte er darin zu einer bedachten Reform der Hochschulorganisation aufgerufen – dies mögen vielleicht die überlesen haben, die ihre Pfründe in Gefahr wähten.⁵⁵

Es gilt weiter für die Konstitution der Hochschulen zu berücksichtigen, dass wissenschaftsfremde Erwägungen keinen Einfluss auf den autonomen, durch diese Selbstverwaltungsgremien verantworteten wissenschaftlichen Bereich der Hochschulen gewinnen dürfen.⁵⁶ Und dennoch sollte es Ziel der Hochschulorganisation sein, dass

⁵² *Berger/Gundling*, Hochschulpolitik u. HochschulR, 2015, S. 100.

⁵³ Es sind hier die Spezifika der Hochschultypen rechtfertigend mit zu berücksichtigen (siehe zur Typisierung *Volker Epping*, in: Hdb. HochschulR, 2. Aufl. 2011, Kap. II, S. 50ff. oder *Berger/Gundling*, Hochschulpolitik u. HochschulR, 2015, S. 84ff.

⁵⁴ *BVerfGE* 35, 79, 109f..

⁵⁵ *Gundling*, LKV 2016, 304 wird bereits für die Wissenschaftlermehrheit plädiert.

⁵⁶ *BVerfGE* 35, 79, 141.

ein möglichst großer Kreis, derer die als Wissenschaftler an einer Hochschule tätig sind, ein ausschlaggebendes Maß an Mitsprache zu gesprochen bekommen. Dies könnte mit einer entsprechenden Anpassung des Gruppenzuschnitts erreicht werden. Der wissenschaftliche Sachverstand im Entscheidungsprozess wird gewahrt und ein Mehr an wissenschaftlicher Pluralität ermöglicht.⁵⁷

Die Begründung der jüngsten Entscheidung des BVerfG war für das Vorhaben der Privilegierung der qualifizierten Wissenschaftler als Gesamtheit zwar nicht zuträglich, allerdings ist auch zu berücksichtigen und mit Vehemenz darauf hinzuweisen, dass sich das Gericht noch nicht explizit zu einem alternativen Zuschnitt im Rahmen einer Entscheidung geäußert hat. Eine Vorentscheidung ist aus den Entscheidungsbegründungen nicht herauszulesen. Beachtet man die Vorgaben, die aus der Jurisdiktion des BVerfG ableitbar sind und die im Rahmen des Beitrages skizziert wurden, so sollte ein alternativer Zuschnitt, unter den seit 1973 gewandelten Prämissen, einer gerichtlichen Prüfung bestehen können.⁵⁸

Der Thüringer Gesetzgeber hat nun die Möglichkeit Mut zu beweisen und der Wissenschaft zu einer besseren da weitreichenderen, die gegebenen Realitäten aufgreifenden Repräsentation im Rahmen der Hochschulorganisation verhelfen. Dieser Mut wird mit Kosten verbunden sein. Der Gesetzgeber muss sich bei einem solchen Schritt auch bewusst sein, dass damit sicherlich eine Verfassungsbeschwerde provoziert wird, werden damit gefestigte Machtstrukturen modifiziert.⁵⁹

Ungeachtet dessen, um Missverständnissen vorzugreifen und zu vermeiden, ist eine paritätische Sitzverteilung in den Selbstverwaltungsgremien der Hochschulen zu befürworten, die zum einen eine gleichberechtigtere Gesprächsatmosphäre schafft und zum anderen durch ein der angemessenen Repräsentation der Wissenschaft entsprechende Stimmgleichverteilung den verfassungsrechtlichen Vorgaben entspricht.⁶⁰ Gegen eine

solche Konstitution, die mehr dem Gedanken des Miteinanders entspräche – gemeinsam verbunden um die Wissenschaft voranzubringen – hat der vorliegende Beitrag keine Aussage getroffen.

⁵⁷ Hier sei nochmals auf *VerfGH BW*, ZLVR 2017, 26 verwiesen.

⁵⁸ Es ist an dieser Stelle nochmals auf den minimalen Wortlaut und das hohe Maß an Interpretationsleistung hinzuweisen, die in Art. 5 Abs. 3 GG grundgelegt sind (dazu *Kempfen*, in: HochschulR, 2011, I., Rn. 1f.)

⁵⁹ *Gundling*, LKV 2016, 304 weist auf einen möglichen Interessenkonflikt hin.

⁶⁰ *BVerfGE* 55, 37 (1. Ls.).

Livestreams im Internet als Rundfunk?

von Hannes Berger, Leipzig*

Redaktionell aufbereitete Liveübertragungen im Internet, die eine Vielzahl von Zuschauern wirksam und gleichzeitig erreichen, fallen unter die staatliche Regulierung des Rundfunks. Dies betrifft bei Weitem aber nicht alle Livestreams im Internet. Verfassungsrechtliche Positionen der Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG), der geschützten öffentlichen Meinungsbildung (Art. 5 Abs. 1 GG) sowie der Schutz der Jugend (Art. 5 Abs. 2 GG) gelten auch in Medienformen des digitalen Zeitalters. Insofern ist es nur konsequent und gerechtfertigt, auch von einigen neuen Formen des privaten Rundfunks die Einhaltung der Normen der Rundfunkregulierung zu fordern.

I. Ausgangslage

Die 14 deutschen Landesmedienanstalten (LMA) – rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts mit begrenztem Recht der Selbstverwaltung¹ – führen auf der Grundlage des Rundfunkstaatsvertrages (RStV) eine gemeinsame Kommission für Zulassung und Aufsicht (ZAK), die aus den jeweiligen gesetzlichen Vertretern der Medienanstalten zusammengesetzt ist.² Aufgabe der ZAK ist es unter anderem, Zulassungen für bundesweit ausgestrahlten Rundfunk zu erteilen.³

Im März 2017 wurde der ZAK vermehrte Aufmerksamkeit zuteil, da sie durch mehrere Pressemitteilungen deutlich machte, intensiver auch Livestreaming-Angebote im Internet als Rundfunk einzustufen und deshalb auch die rundfunkrechtliche Zulassungspflicht

durchzusetzen oder die Livestreaming-Angebote zu untersagen.⁴

Mediale Beachtung erlangte dieses Vorgehen besonders im Falle des Let's Play Kollektivs „PietSmiet“, die durch Aufnahmen vom kommentierten Computerspielen bekannt geworden sind und eine große Reichweite im Internet erlangt haben.⁵ Doch schon zuvor hatte die ZAK bereits im Januar 2017 die Liveübertragung der Handball-Weltmeisterschaft über den Livestream der DKB-Bank als nicht zugelassenes Rundfunkangebot beanstandet.⁶

Die sich anschließende Debatte war geprägt von mancher medienrechtlichen Abstrusität und von fatalistischen Zukunftsperspektiven für die noch junge Streamingwirtschaft in Deutschland, die verursacht werde durch die strenge Hand der Regulierung.⁷

Daher hat dieser Beitrag zum Ziel, in medienrechtlicher Perspektive richtig zu stellen, auf welchen rechtlichen Grundlagen sich der private Rundfunk in Deutschland bewegt sowie welche und wie sich Livestreams im Internet überhaupt in das geltende Rundfunkrecht einordnen lassen. Schließlich soll geklärt werden, welche berechtigten Konsequenzen der Rundfunkregulierung für die Livestreaming-Unternehmen gelten.

II. Grundzüge der Rundfunkordnung

Zunächst werden für das Verständnis die Grundlagen der deutschen Rundfunkordnung erläutert.

* Der Autor ist Doktorand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaften an der Universität Erfurt.

¹ Siehe etwa die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen in §§ 87 ff Landesmediengesetz NRW zu den Aufgaben und der Organisation der dortigen Landesmedienanstalt.

² § 35 Abs. 3 S. 1 RStV.

³ § 36 Abs. 2 i.V.m. § 20a RStV. Rundfunk ist immer dann bundesweit und nicht auf ein Land begrenzt, wenn das Programm „aufgrund seiner Verbreitungstechnik zum Empfang in allen Bundesländern geeignet ist.“ Siehe *Bernd Holznapel*, in: Spindler, Gerald/Schuster, Fabian, *Recht der elektronischen Medien*, 3. Aufl. München 2015, § 20 RStV, Rn. 1.

⁴ ZAK-Pressemitteilung 07/2017 zu PietSmiet, www.die-medienanstalten.de/presse/pressemitteilungen/kommission-fuer-zulassung-und-aufsicht/detailansicht/article/zak-pressemitteilung-072017-zak-beanstandet-verbretung-des-lets-play-angebots-pietsmiett.html.

⁵ Beanstandet wurden nicht deren YouTube-Kanal, sondern der live sendende Kanal auf der Plattform www.twitch.tv/pietsmiet.

⁶ ZAK Pressemitteilung 02/2017, www.die-medienanstalten.de/presse/pressemitteilungen/kommission-fuer-zulassung-und-aufsicht/detailansicht/article/zak-pressemitteilung-022017-zak-beanstandet-internet-liveuebertragung-der-handball-wm-2017.html.

⁷ Siehe nur *Hendrik Wieduwilt*, Youtuber sollen Rundfunklizenz beantragen, FAZ Online vom 22.03.2017, www.faz.net/-gqz-8w5zl.

1. Länderkompetenz für den Rundfunk

In den Anfangsjahren der Bundesrepublik Deutschland war die rundfunkrechtliche Kompetenzordnung noch ungeklärt. Einerseits bestanden die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten aus der Besatzungszeit fort, andererseits wies das Grundgesetz dem Bund Kompetenzen für das Post- und Fernmeldewesen (Art. 73 Nr. 7 a.F. GG) sowie die Verwaltungskompetenz für die Bundespost (Art. 87 Abs. 1 a.F. GG) zu. Teile des juristischen Schrifttums sahen die Zuständigkeit für den Rundfunk daher beim Bund⁸, ebenso wie die damalige Bundesregierung, die versuchte, mit dem „Entwurf eines Gesetzes über den Rundfunk“⁹ drei bundesrechtliche Rundfunkanstalten zu gründen. Das Gesetzesvorhaben scheiterte jedoch¹⁰ und es war schließlich das Bundesverfassungsgericht, das nicht nur den Kompetenzstreit löste, sondern gleich die ganze Rundfunkordnung in einer beispiellosen Rechtsprechungsserie gestaltete.¹¹

Rundfunk, sofern es nicht um die „technischen Voraussetzungen [geht], deren Regelung für einen geordneten Ablauf des Betriebs der Rundfunksender und des Empfangs ihrer Sendungen unerlässlich ist“¹², ist eine Kompetenz der Länder. Er ist Teil derer Kulturhoheit.¹³ Unter diese Kompetenz fällt auch die Regulierung der Organisation der Rundfunkveranstalter und für die Rundfunkveranstaltungen.¹⁴

2. Die objektive Rundfunkfreiheit

Die technische Infrastruktur der 1950er Jahre ließ nur begrenzte Übertragungskapazitäten zu, außerdem war die Produktion von Rundfunksendungen noch mit immensen Kosten verbunden. Da gleichzeitig die Bevölkerung vermehrt das Medium Rundfunk rezipierte, erlangten die wenigen Fernseh- und Radiosendungen einen bedeutenden Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung. Das BVerfG interpretierte das Grundrecht der

Rundfunkfreiheit nicht ausschließlich als subjektives Freiheitsrecht, sondern entnahm ihm einen „objektiven Gehalt“. Die objektive Rundfunkfreiheit muss demnach gewährleisten, dass der Rundfunk die freie, pluralistische Meinungsbildung fördert. Dies geschieht sowohl durch die Staatsfreiheit der Rundfunkanstalten¹⁵, durch aus verschiedenen gesellschaftlichen Gruppen zusammengesetzte Rundfunkgremien oder durch ein pluralistisches Programm.¹⁶

Womit wird diese objektive, also öffentlich zu gewährleistende Rundfunkfreiheit begründet? Mit der besonderen Medienwirkung, die vom Rundfunk ausgeht. Durch die Verbindung von Ton, bewegten Bildern, Text und Sprache sowie durch das unmittelbare Zusehen und „Dabeisein“ erzeugt der Rundfunk eine wesentlich größere Authentizitätswirkung als ein Zeitungstext oder ein Bild dies können. Hinzu tritt die unmittelbare Verbreitung an eine undefinierbar große Anzahl von Zuschauern (Breitenwirkung). Durch die Suggestivkraft und die gleichzeitige, weite Verbreitung der Programme¹⁷ kann der Rundfunk bedeutenden Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung haben, welche aber eine Grundvoraussetzung in einem demokratischen Gemeinwesen ist.¹⁸

Um dieses Einflusspotential des Rundfunks von Manipulationen oder Medienkonzentrationen fernzuhalten, sind die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mit dem Rundfunkauftrag betraut.¹⁹

⁸ Hans Peters, Die Zuständigkeit des Bundes im Rundfunkwesen, Berlin/Heidelberg 1954, 31.

⁹ BT-Drs. 3/1434.

¹⁰ Dazu Günter Herrmann, AöR 90 (1965), 286-340; Walter Mallmann, JZ 1963, 351.

¹¹ Grundlegend noch immer das „Fernseh-Urteil“ BVerfGE 12, 205.

¹² BVerfGE 12, 205, 227.

¹³ BVerfGE 12, 205, 229. Ebenso Thomas Vesting, in: Hahn, Werner/Vesting, Thomas, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 3. Aufl., München 2012, § 1 RStV, Rn. 9.

¹⁴ BVerfGE 12, 205, 238.

¹⁵ Zum ZDF-Urteil vom 25. März 2014 siehe Matthias Cornils, ZIS 2014, 447-453.

¹⁶ Das Verständnis von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG als objektives Grundrecht wurde und wird von vielen Seiten kritisiert: es fehle der subjektive Grundrechtsgehalt als Freiheitsrecht. Dazu Hubertus Gersdorf, Legitimation und Limitierung von Online-Angeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, Berlin 2009, 50ff; Udo Fink, DÖV 1992, 805; Christoph Engel, AfP 1994, 185ff; Herbert Bethge, DVBl. 1983, 371; Hans-Heinrich Rupp, JZ 2001, 273.

¹⁷ Zu der besonderen Wirkung des Rundfunks als Medium mit Suggestivkraft, Aktualität und Breitenwirkung ausführlicher BVerfGE 90, 60, 87f; BVerfGE 31, 314, 325.

¹⁸ BVerfGE 35, 202, 222.

¹⁹ Demnach sind sie verpflichtet, dass sie „für die Gesamtheit der Bevölkerung Programme anbieten, die umfassend und in der vollen Breite des klassischen Rundfunkauftrags informieren, und dass im Rahmen dieses Programmangebots Meinungsvielfalt in der verfassungsrechtlich gebotenen Weise hergestellt wird.“ BVerfGE 83, 238, 298.

3. Privater Rundfunk

Zwar wird das Grundrecht auf Rundfunkfreiheit zu einem Teil als objektiver Auftrag verstanden, das bedeutet aber nicht, dass privater Rundfunk schlechthin unzulässig ist.²⁰ Die deutsche Rundfunkordnung stützt sich auf die zwei Säulen öffentlich-rechtlicher und privater Rundfunk. Denn die Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG enthält ebenso ein subjektivrechtliches Element²¹, dass sich auf die Veranstalter und Mitarbeiter von Privatrundfunk erstreckt, sobald sie eine Rundfunklizenz besitzen.²² Im Vorfeld besitzen noch nicht zugelassene Veranstalter von Privatrundfunk einen sogenannten „Grundrechtsbeachtungsanspruch“, der zumindest den Anspruch auf ein fehlerfreies Ermessen eröffnet.²³

Privatrundfunk ist zulässig und Teil der deutschen Rundfunkordnung. Da die breitenwirkenden und suggestiven Einflussmöglichkeiten und meinungsbildende Wirkungen des Rundfunks auch hier zu finden sind²⁴, muss Privatrundfunk ebenfalls an gesetzlichen Bestimmungen gemessen werden.²⁵ Auch der Privatrundfunk muss „ein Mindestmaß von inhaltlicher Ausgewogenheit, Sachlichkeit und gegenseitiger Achtung gewährleisten“²⁶.

Um dies zu erreichen muss der Gesetzgeber Regulierungsvorschriften aufstellen und auf die Einhaltung der Regelungen durch eine begrenzte Staatsaufsicht achten. Ein vorheriges *Zulassungsverfahren* für Rundfunkveranstalter ist notwendig, um diese Anforderungen zu erfüllen.²⁷ „Ein solches Erlaubnisverfahren darf neben der Überprüfung allgemeiner Voraussetzungen wie etwa der

Geschäftsfähigkeit oder Zuverlässigkeit des Antragstellers nur der Gewährleistung der Rundfunkfreiheit dienen“²⁸.

Die staatliche Zulassung zum privaten Rundfunk hat somit den Sinn, die freie Meinungsbildung durch den Rundfunk zu schützen und die Einhaltung der Gesetze zu garantieren und ist somit vergleichbar mit anderen Zulassungsverfahren, die zum Schutz von Allgemeininteressen durchgeführt werden, beispielsweise die Baugenehmigung im Bauordnungsrecht²⁹, oder die Gaststätterlaubnis im Gaststätten- und Gewerberecht nach § 4 GastG³⁰.

Ganz streng ist dabei aber zu beachten, dass die Zulassung von privatem Rundfunk *keine* inhaltliche Bewertung oder Zensur darstellen darf.³¹ Es geht der Rundfunkaufsicht nicht um die Kontrolle eines bestimmten Meinungsbildes, sondern um die Einhaltung der Zuverlässigkeit³² des Veranstalters und die Einhaltung der Programmgrundsätze des RStV.

Die Länder haben aufgrund ihrer Kompetenz die vom BVerfG geforderte Rundfunkordnung erstellt³³, bei der „Bestimmungen des Rundfunkstaatsvertrages und Landesmediengesetze ineinandergreifen.“³⁴

Jeder Privatrundfunkveranstalter bedarf gemäß § 20 Abs. 1 RStV eine Zulassung. Dies richtet sich entweder nach den Bestimmungen des jeweiligen Landesmediengesetzes, oder – wenn es sich um sogenannten bundesweiten Rundfunk handelt – nach dem zentral geregelten § 20a RStV.³⁵ Die neuen Medien, also alle Informationsdienste, die über das Internet verbreitet werden, sind laut Rundfunkstaatsvertrag sogenannte *Telemedien*, für die ein weniger stark reguliertes Vorschriftenregime gilt. Sie sind beispielsweise nach § 54 RStV zulassungs- und

²⁰ BVerfGE 31, 314, 326.

²¹ BVerfGE 57, 295, 320.

²² Zum Genehmigungsverfahren als gerechtfertigter Grundrechtseingriff *Christian Starck*, in: Mangoldt, Hermann v./Klein, Friedrich/Starck, Christian, GG, 6. Aufl. München 2010, Art. 5, Rn. 110.

²³ *Herbert Bethge*, NVwZ 1997, 5; BVerfGE 97, 298, 314.

²⁴ Teilweise noch stärker, da private Veranstalter auf Werbefinanzierung angewiesen sind, was auch Auswirkungen auf die Massentauglichkeit des Programms haben kann und so zu Verengung des Meinungsspektrums führen kann. Das BVerfG, Urt. v. 24. März 2014 1 BvF 1/11, Rn. 34 hat festgestellt, dass angesichts der neuen Formen moderner Medien diese Wirkungsmöglichkeiten des Rundfunks noch mehr an Gewicht zugenommen haben.

²⁵ BVerfGE 57, 295, 325.

²⁶ BVerfGE 57, 295, 325.

²⁷ *Margarethe Schuler-Harms*, § 12 Medien, in: Michael Fehling/Matthias Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, Tübingen 2010, 615: „Das Zulassungsverfahren dient nur noch der Prüfung gewerbespezifischer Anforderungen (insbesondere der Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit des Antragstellers)“.

²⁸ BVerfGE 57, 295, 326.

²⁹ *Stefan Muckel/Markus Ogorek*, Öffentliches Bauecht, 2. Aufl. München 2014, 177ff: Schutz der Bausicherheit, Gestaltung der Öffentlichkeit, Denkmalschutz usw.

³⁰ *Jan Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, München 2007, 220ff: Schutz vor unzuverlässigen Gaststättenbetreibern, Sittenwidrigkeit.

³¹ BVerfGE 90, 60, 89.

³² Zuverlässig ist der Veranstalter dann, wenn er die Gewähr bietet, dass sein Programm im Einklang mit den Gesetzen steht, siehe *Holznapel* 2015, in: Spindler/Schuster, § 20a RStV, Rn. 9.

³³ Zur Regelung durch Staatsvertrag *Vesting* 2012, in: Hahn/Vesting, § 1 RStV, Rn. 2.

³⁴ *Albrecht Hesse*, Rundfunkrecht, 3. Aufl., München 2003, 215.

³⁵ Die rundfunkrechtliche Zulassung ist ein Verwaltungsakt, der für bundesweiten Rundfunk durch die ZAK erlassen wird. Zweck ist es, das Rundfunkrecht bei privaten Veranstaltern durchzusetzen. Dazu *Holznapel* 2015, in: Spindler/Schuster, § 20 RStV, Rn. 1-5.

anmeldungsfrei. Dies gilt aber gemäß § 20 Abs. 2 RStV dann nicht, wenn sie *rundfunkähnlich* sind. Dann muss für sie ebenfalls eine Rundfunkgenehmigung eingeholt werden.

III. Livestreaming im Internet als Rundfunk?

Kommen wir nun zu unserem Eingangsproblem zurück, so ist die Frage, ob in den angekreideten Liveübertragungen im Internet privater Rundfunk zu erkennen ist. Trifft dies zu, so muss auch die oben vorgestellte Regulierung umgesetzt werden. Ist in den Livestreams kein Rundfunk zu sehen, greifen nur die Regulierungen über Telemedien des Abschnitts VI. des Rundfunkstaatsvertrages, was auch eine Zulassungs- und Anmeldefreiheit bedeutete.

1. Phänomen Livestreaming

Das Livestreaming, auch Liveübertragung im Internet oder Echtzeitübertragung genannt, ist das Verbreiten eines Medienangebotes, zumeist in Video- oder Audioform, in unmittelbarer Weise, in Echtzeit. Das bedeutet, dass mittels Übertragung durch das Internet ein Mediensignal erstellt und unmittelbar an Rezipienten versendet wird.³⁶ Im Unterschied zu Abrufdiensten hat der Empfänger eines Livestreams keine Auswahl über den Zeitpunkt des Empfanges eines bestimmten Inhaltes, er kann lediglich das Empfangen eines Livestreams ein- oder ausschalten.

Während also Abrufdienste davon geprägt sind, dass der Sender oder Ersteller eines Textes, Bildes oder Videos die Medieninhalte bearbeiten und dann auf einer Plattform, z. B. YouTube für Videos, einstellt, wird beim Livestreaming das erstellte Video in Echtzeit gefilmt und versendet.³⁷

Die Nutzung von Livestreams aus dem Internet steigt in den vergangenen Jahren, insbesondere auch unter Besitzern von SmartTVs (20% sehen monatlich Livestreams

³⁶ Streamen bedeutet dementsprechend mehrere gleichzeitig ablaufende Vorgänge: Auf der Senderseite wird der Medieninhalt hergestellt (z.B. Videoaufnahme) und codiert, der codierte Medieninhalt wird über ein Netz versendet und bei den Empfängern wird der Medieninhalt decodiert und wiedergegeben. Dazu *Nico Pranke*, Skalierbares und flexibles Live-Video-Streaming mit der Media Internet Streaming Toolbox, Berlin 2010, 1.

³⁷ Auch der Sender hat keine spätere Einflussmöglichkeit auf den einmal gesendeten Inhalt, vgl. *Hannes Schleeh/Gunnar Sohn*, Livestreaming mit Hangout on Air, München 2014, S. 1.

aus dem Internet). 18,9% der Bevölkerung nutzt gar mehrmals wöchentlich Video on Demand und Live-streaming-Angebote, während das klassische Fernsehen an Konsumenten verliert.³⁸

In der jüngeren Zeit haben sich mehrere Livestreaming-Plattformen im Internet positioniert, die es privaten Streamern ermöglichen, eigene Videoinhalte live zu übertragen. Bekannt sind vor allem die Plattformen *live-stream.org*, *twitch.tv*, aber auch YouTube, Facebook oder Instagram bieten Livestreams als Sonderfunktionen an. Gerade auf *twitch.tv* sind auch viele deutsche Streamer aktiv, die z. B., aber nicht ausschließlich, mit Programmen wie *Let's Plays* große Zuschauerzahlen erreichen.³⁹

2. Anwendbarkeit des Rundfunkrechts?

Sind diese neuen Formen der Liveübertragung von zumeist Videoinhalten über das Internet als Rundfunk anzusehen, wie die ZAK argumentiert⁴⁰, mit der Konsequenz, dass dafür entsprechende Zulassungen beantragt werden müssen?

Es gibt im Rahmen des RStV zwei Möglichkeiten. Entweder stellen die Livestreams Rundfunk im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 RStV dar⁴¹, oder sie sind Telemedien im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 3 RStV⁴².

Zunächst kann festgehalten werden, dass reine Abrufdienste, z. B. Videos auf YouTube, über deren Rezeptionszeitpunkt der Empfänger selbst entscheiden kann, kein linearer Rundfunk sind, sondern zulassungsfreie Telemedien nach § 54 RStV. Denn hier fehlt es am Rundfunkmerkmal der Linearität und dem „gleichzeitigen Empfang“⁴³ bei allen Nutzern oder Zuschauern.

³⁸ *Die Medienanstalten*, Digitalisierungsbericht, Leipzig 2016, 47.

³⁹ Der Livestream unter *twitch.tv/gronkh* erreicht über 650.000 Follower; der Livestream unter *twitch.tv/pietsmiet* erreicht über 320.000 Follower.

⁴⁰ Siehe die Erläuterung der ZAK unter www.die-medienanstalten.de/fileadmin/Download/Themen/Zulassung/Erl%C3%A4uterungen_der_ZAK_zur_PietSmiet-Entscheidung.pdf.

⁴¹ Wenn Livestreams als Rundfunk eingestuft werden, dürfte es sich immer um „bundesweiten“ Rundfunk nach § 20a RStV handeln, da die Übertragung im Internet nie nur regional auf ein Land begrenzt stattfinden kann.

⁴² Telemedien sind im Grundsatz zulassungs- und anmeldefrei, da die neuen Medien in ihrer Wirtschaftlichkeit nicht durch die klassische Rundfunkregulierung beeinträchtigt werden sollen, vgl. *Jörg F. Smid*, in: *Spindler, Gerald/Schuster, Fabian*, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl., München 2015, § 54 RStV, Rn. 1.

⁴³ § 2 Abs. 1 S. 1 RStV. Insofern ist die Berichterstattung der FAZ schlichtweg falsch, wenn sie über Rundfunklizenzen für YouTube-

Geht es aber um Livestreams, sieht die Rechtslage anders aus. Rundfunk ist laut § 2 Abs. 1 S. 1 RStV „ein linearer Informations- und Kommunikationsdienst; er ist die für die Allgemeinheit und zum zeitgleichen Empfang bestimmte Veranstaltung und Verbreitung von Angeboten in Bewegtbild oder Ton entlang eines Sendepfades unter Benutzung elektromagnetischer Schwingungen.“ Rundfunk muss weiterhin nach § 2 Abs. 3 RStV mindestens 500 potentielle Nutzer erreichen können und journalistisch-redaktionell gestaltet sein.

Livestreams auf Plattformen wie twitch.tv können von jedem Internetnutzer barrierefrei aufgerufen werden (Allgemeinheit), sie werden *direkt und linear übertragen* und können somit gleichzeitig von einer *Vielzahl von Nutzern* empfangen werden. Die Übertragung über Netze entspricht der elektromagnetischen Schwingung. Ob die Verbreitung eines Livestreams bereits entlang eines Sendepfades erfolgt, ist fraglich. Soweit die einzelnen Streams von den Veranstaltern aber *inhaltlich vorbereitet* und zu *häufigen und festen Sendeterminen in professionellem Umfang* erfolgen, dürfte auch dieses Kriterium erfüllt sein. Auch eine journalistisch-redaktionelle Gestaltung wird dann anerkannt werden, wenn es sich um eine *professionelle Vorbereitung der Inhalte* handelt.

Erst wenn all diese Merkmale von einem Livestream-Angebot erfüllt werden, lässt sich überhaupt von Rundfunk sprechen. Eine pauschale Zuordnung von Livestreams zum Rundfunk verbietet sich daher, es kommt auf die Einzelfallbetrachtung an.

Entscheidend ist, ob der Livestream redaktionell aufbereitet ist, einem Sendepfad folgt und eine bedeutende Verbreitung erreicht. In den meisten Fällen werden Livestreams den zulassungsfreien Telemedien zuzurechnen sein, da sie nicht alle Rundfunkmerkmale erfüllen. Dann aber, wenn der Livestream rundfunkähnlich ist, wird er zulassungspflichtig.

Die zentrale Prüffrage lautet also: *Wann ist ein Livestream rundfunkähnlich?*

Der hier wichtige § 20 Abs. 2 RStV gilt ausdrücklich für die grundsätzlich zulassungsfreien Telemedien, nämlich dann, wenn die „rundfunkähnlich“ sind. Rundfunkähnli-

Kanäle schreibt, siehe *Michael Hanfeld*, Erst die Gamer, dann das ganze Internet, FAZ Online vom 28. März 2017, www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/rundfunklizenz-fuer-youtuber-14945278.html.

che Telemedien bedürfen der Zulassung und müssen die rundfunkrechtlichen Vorschriften einhalten.⁴⁴

Ein Telemediendienst ist „umso rundfunktypischer, je höher die Wirkungsintensität der verbreiteten Inhalte ist, je stärker die redaktionelle Gestaltung der Inhalte ist, je realitätsnäher die Inhalte präsentiert werden und je größer seine Reichweite und seine gleichzeitige Rezeptionsmöglichkeit/tatsächliche Nutzung sind.“⁴⁵ Letztlich kommt es also auch hier auf die vom Rundfunk ausgehenden Wirkungen der Aktualität, Breitenwirkung und Suggestivkraft an. Weist ein Livestream diese Wirkungen auf, dann ist er rundfunkähnlich und muss sich an die Rundfunkvorschriften halten.⁴⁶

Dies sind die Kriterien, auf die es bei der Einordnung als Rundfunk ankommt. Mit anderen Worten: Ist ein Livestream professionell redaktionell aufbereitet und erzielt er eine große Rezeption und Wirkung bei einer Vielzahl von Nutzern, dann ist er mit dem Rundfunk vergleichbar. Damit dürfte auch wesentlich praxisnaher und handhabbarer mit der Zulassungspflicht von Livestreaming umgegangen werden können. Nicht jeder „kleine“ Hobby-Streamer ist sogleich Rundfunkveranstalter. Erst dann, wenn der Livestream eine beachtliche Professionalisierung aufweist sowie eine bedeutsame Rezeptionswirkung auf eine große Reichweite an Nutzern, kann von einer Rundfunkähnlichkeit nach § 20 Abs. 2 RStV gesprochen werden.

Livestreams, die nicht in einer gewissen Regelmäßigkeit gesendet werden⁴⁷ oder die die Schwelle des § 20 Abs. 3 Nr. 1 RStV von 500 potentiellen Nutzern gar nicht überschreiten, bleiben zulassungsfreie Telemedien nach § 54 RStV.

⁴⁴ *Marian Paschke/Sarah Céline Tacke*, in: Paschke, Marian/Berlit, Wolfgang/Meyer, Claus (Hrsg.), *Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht*, 2. Aufl., Baden-Baden 2012, 235, § 20 RStV, Rn. 15: „Das bedeutet, dass alles, was sich materiell und inhaltlich wie Rundfunk darstellt, auch den rundfunkrechtlichen Regelungen des Rundfunkstaatsvertrages unterfällt.“

⁴⁵ *Holznapel* 2015, in: Spindler/Schuster, § 20 RStV, Rn. 9.

⁴⁶ *Mario Martini*, in: Gersdorf, Hubertus/Paal, Boris, Beck'scher Onlinekommentar zum Informations- und Medienrecht, 15. Edition 2015, § 20 RStV, Rn. 15, 16, der Livestreams und Webcasting eindeutig zu rundfunkähnlichen Medien hinzuzählt.

⁴⁷ Dazu auch die ZAK selbst unter www.die-medienanstalten.de/fileadmin/Download/Themen/Zulassung/Erl%C3%A4uterungen_der_ZAK_zur_PietSmiet-Entscheidung.pdf, 1: „Auch wenn sporadisch, unregelmäßig und/oder anlassbezogen live gestreamt wird und so keine regelmäßigen, häufigen Livestreams angeboten werden, ist es kein Rundfunk.“

Andererseits ist eine Rundfunkähnlichkeit von Livestreams, wie jene von PietSmiet oder Gronkh, die einen erheblichen Zuschauerkreis erreichen und die zu festen Sendeterminen in der Woche gesendet werden und eine vorherige Planung und Aufbereitung des Sendehaltes aufweisen, anzuerkennen. Es besteht nach dem geltenden Rundfunkrecht für diese Angebote eine Zulassungspflicht.⁴⁸

4. Rechtfertigung der Zulassungspflicht

Rundfunk spielt eine bedeutende Rolle für die öffentliche Meinungsbildung. Verlagert sich die Mediennutzung und das Kommunikationsverhalten der Gesellschaft in die neuen Medien, so haben Wirkungsmechanismen wie die Suggestivkraft und Breitenwirkung nicht weniger, vielleicht sogar mehr Auswirkungen auf die Nutzer. Bereits aus dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG heraus ließe sich schwer begründen, warum private Rundfunkveranstalter lizenzpflichtig sind und Anbieter ganz vergleichbarer Angebote im Internet zulassungsfrei agieren sollten, zumindest dann, wenn die Livestreams eine Rundfunkähnlichkeit im Sinne des § 20 Abs. 2 RStV erreichen.

Insbesondere dann, wenn die neuen Livestreams ein breites Publikum unter jungen Zuschauern finden⁴⁹, muss auf die Einhaltung des Jugendschutzes (Art. 5 Abs. 2 GG) geachtet werden, da insbesondere junge Menschen leicht zu beeinflussen sind. Gleiches muss ebenso für die rundfunkrechtliche Kennzeichnung von Werbung gelten. Die Grundrechtsausübung aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG der Anbieter von rundfunkähnlichen Livestreams wird in gerechtfertigter Weise beeinträchtigt, da sie mit weiteren Verfassungsgütern (Jugendschutz, Meinungsbildung, Würdegarantie) in Ausgleich gebracht werden muss.

IV. Konsequenzen für rundfunkähnliche Livestreams

Ordnet die zuständige ZAK⁵⁰ einen Livestream als rundfunkähnlich ein⁵¹, ergeht an den Veranstalter ein Ver-

⁴⁸ Dass es rechtspolitisch eine legitime Forderung ist, dies durch eine qualifizierte Anmeldung mit einer nachträglichen Kontrolle bei Rechtsverstößen zu ersetzen, lässt sich gut vertreten, ist aber hier, wo die geltende Rechtslage erläutert wird, nicht das Thema.

⁴⁹ *Die Medienanstalten* 2016, Digitalisierungsbericht, 47.

⁵⁰ § 36 Abs. 2 Nr. 8 HS. 1 RStV,

⁵¹ § 20 Abs. 2 RStV.

waltungsakt, der durch die entsprechende Landesmedienanstalt zugestellt wird.⁵²

Der Veranstalter eines rundfunkähnlichen Telemediums kann daraufhin zwischen zwei Optionen wählen. Entweder stellt er unverzüglich einen Antrag auf rundfunkrechtliche Zulassung, oder er verändert seinen Dienst innerhalb von drei Monaten dergestalt, dass er nicht mehr rundfunkähnlich ist.⁵³

Die zweite Möglichkeit dürfte für alle Livestreamer, die eine rundfunkrechtliche Genehmigung umgehen wollen, attraktiv sein. Sofern sie ihre Videos ausschließlich als abrufbare Dienste auf Plattformen wie YouTube hochstellen, senden sie nicht linear und unmittelbar und bieten rechtssicher keinen Rundfunk an, müssen dafür aber auf das Echtzeit-Element ihrer Medienangebote verzichten.

Bietet ein Veranstalter weiterhin Livestreams an und reagiert er nicht auf die Bewertung als rundfunkähnlich, so handelt er nach § 49 Abs. 1 S. Nr. 12 RStV ordnungswidrig und kann hohe Geldbußen von bis zu 500.000 € verursachen.⁵⁴

Sind sich nun Anbieter von Livestreams, die nur begrenzte Professionalisierung, Breitenwirkung und Nutzerzahlen aufweisen, über ihre Rundfunkähnlichkeit unsicher, so sollten sie selbst aktiv werden und bei der Landesmedienanstalt ihres Landes einen Antrag auf rundfunkrechtliche Unbedenklichkeit stellen.⁵⁵ Die Unbedenklichkeit kann dann bescheinigt werden, wenn keine mit Rundfunk vergleichbare Form vorliegt.⁵⁶

Für die rundfunkähnlichen Livestream-Angebote, für die nunmehr eine Rundfunkzulassung beantragt werden muss, gelten dann auch gerechtfertigterweise die Anforderungen an die Werbung, die Meinungsvielfalt und den Jugendschutz in ihren Inhalten.⁵⁷

Die Werbung im Livestreamrundfunk muss sich an den Regeln der §§ 7,8 RStV messen lassen.⁵⁸ Sie darf weder die Menschenwürde verletzen, diskriminierend sein,

⁵² *Holznagel* 2015, in: Spindler/Schuster, § 20 RStV, Rn. 11.

⁵³ § 20 Abs. 2 S. 3 RStV, *Holznagel* 2015, in: Spindler/Schuster, § 20 RStV, Rn. 11.

⁵⁴ *Holznagel* 2015, in: Spindler/Schuster, § 20 RStV, Rn. 12.

⁵⁵ § 20 Abs. 2 S. 3 RStV. *Holznagel* 2015, in: Spindler/Schuster, § 20 RStV, Rn. 13: wird die Unbedenklichkeit bejaht, kann bedenkenlos ohne Zulassung gestreamt werden.

⁵⁶ *Frank Fechner*, Medienrecht, 15. Aufl., Tübingen 2014, 371.

⁵⁷ Dazu *Axel Weidemann*, Das ist keine Formalie, FAZ Online vom 30. März 2017, <http://www.faz.net/-gqz-8we64>.

⁵⁸ Zu den Grenzen der Produktplatzierung vgl. *Smid* 2015, in: Spindler/Schuster, § 58 RStV, Rn. 7.

irreführend sein oder gesundheitsschädigende Verhaltensweisen fördern (§ 7 Abs. 1 RStV). Wichtig für die Livestreams wird zudem sein, dass Werbung und inhaltliches Programm voneinander so getrennt sein müssen, dass die Werbungen „das übrige Programm inhaltlich und redaktionell nicht beeinflussen.“⁵⁹ Insbesondere gilt es, das Schleichwerbungsverbot des § 7 Abs. 7 RStV zu beachten.

Als rundfunkähnlich anerkannte Livestreams müssen weiterhin gemäß § 25 Abs. 1 RStV ihren Teil zur Vielfalt der Meinungen beitragen. Unterschiedliche politische, weltanschauliche und gesellschaftliche Positionen sowie Minderheitenauffassungen sind zu berücksichtigen.

Außerdem muss das große Problem des Jugendmedienschutzes beachtet werden. Rundfunkähnliche Livestreams müssen sich etwa an § 10 Abs. 2 des Jugendmedienschutz-Staatsvertrages halten, wonach Sendungen, die entwicklungsbeeinträchtigende Wirkung auf Kinder und Jugendliche unter 16 Jahren aufweisen, durch akustische Zeichen angekündigt oder durch optische Mittel während der gesamten Sendung gekennzeichnet werden müssen.⁶⁰ Die Verlagerung der Mediennutzung ins Internet zieht insbesondere jüngere Nutzer an und es sollte mehr als bisher auf die Einhaltung des Jugendschutzes geachtet werden. Die Einstufung als rundfunkähnlich verpflichtet auch zur Einhaltung dieser Vorgaben.

V. Zusammenfassung

Das Vorgehen der ZAK mit der Forderung, große Livestreams bedürften einer Rundfunkzulassung, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Eine Rundfunkähnlichkeit nach § 20 Abs. 2 RStV wird und kann nur jene großen, professionellen Livestream-Anbieter betreffen, die eine deutliche redaktionelle Aufbereitung ihrer Sendungen zu festen, regelmäßigen Terminen aufzeigen und die vor allem eine tatsächliche Breitenwirkung und bedeutende Wirkung und Rezeption bei einer mit dem Rundfunk vergleichbaren Nutzeranzahl erzielen.

⁵⁹ § 7 Abs. 2 RStV, zu den problematischen Werbeformen der neuen Medien *Hannes Berger*, *Der öffentlich-rechtliche Rundfunk und die Digitalisierung*, Stuttgart 2016, 90f.

⁶⁰ Zur Hinweispflicht auf Altersfreigaben siehe *Stephan Dreyer*, *Rechtliche Grundlagen des Jugendmedienschutzes* in: *Friedrichs/Jüge/Sander (Hrsg.), Jugendmedienschutz in Deutschland*, Wiesbaden 2013, 76.

„Kleine“ oder hobbymäßige Livestream-Anbieter sollten einen Antrag auf rundfunkrechtliche Unbedenklichkeit stellen. Wer allein Videos oder andere Telemedien auf Plattformen zum Abruf bereitstellt, fällt von vornherein nicht unter die Rundfunkregulierung.

Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz

Urteil vom 31. März 2017. VGH N 4/16

Konkrete Normenkontrolle zur Verfassungsmäßigkeit des rheinland-pfälzischen Heilberufegesetzes - Ärzte GmbH -

Der Verfassungsgerichtshof hatte in einem konkreten Normenkontrollverfahren die Frage zu klären, ob die Maßgabe des rheinland-pfälzischen Heilberufegesetzes, wonach freiberufliche ärztliche Tätigkeiten in der Rechtsform einer GmbH unzulässig sind, mit der Landesverfassung in Einklang steht.

Der Verfassungsgerichtshof wies die Vorlagen als unzulässig zurück, da § 21 Abs. 2 S. 5 HeilBG eine hinreichende Ausnahmeregelung für die Zulassung einer Privatrechtsform enthält.

Landesgrundrechte, Anforderungen an Vorlagebeschlüsse, Heilberuferecht

Aus den Gründen:

[3]

I. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 des Heilberufsgesetzes – HeilBG – gehören in Rheinland-Pfalz Ärzte, Zahnärzte, Psychologische Psychotherapeuten sowie Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten öffentlichen Berufsvertretungen (Kammern) an. Die Ausübung der Berufstätigkeit durch die Angehörigen dieser Berufe außerhalb von Krankenhäusern und Privatkrankenanstalten ist nach § 21 Abs. 2 HeilBG grundsätzlich an die Niederlassung in eigener Praxis gebunden. Entsprechendes gilt für die Ausübung der Berufstätigkeit der Tierärzte. Die maßgeblichen Regelungen der § 1 Abs. 1 und § 21 Abs. 2 HeilBG lauten wie folgt:

§ 1 Mitgliedschaft

(1) Die

1. Ärztinnen und Ärzte
2. Zahnärztinnen und Zahnärzte
3. Psychologische Psychotherapeutinnen und Psychologische Psychotherapeuten
4. Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeutinnen und Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten

5. Gesundheits- und Krankenpflegerinnen und Gesundheits- und Krankenpfleger
 6. Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerinnen und Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger
 7. Altenpflegerinnen und Altenpfleger
 8. Apothekerinnen und Apotheker und
 9. Tierärztinnen und Tierärzte
- in Rheinland- Pfalz gehören öffentlichen Berufsvertretungen (Kammern) an.

[4]

§ 21 Allgemeine Berufspflichten

[...]

(2) Die Ausübung der Berufstätigkeit durch die Berufsangehörigen nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 außerhalb von Krankenhäusern und von Privatkrankenanstalten nach § 30 der Gewerbeordnung in der Fassung vom 22. Februar 1999 (BGBl. I S. 202) in der jeweils geltenden Fassung ist an die Niederlassung in eigener Praxis gebunden, soweit nicht gesetzliche Bestimmungen etwas anderes zulassen oder eine unselbständige Tätigkeit in der Praxis von Berufsangehörigen nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 ausgeübt wird. Ausgenommen sind Tätigkeiten von Berufsangehörigen nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 bei Trägern, die nicht gewerbs- oder berufsmäßig medizinische Leistungen erbringen. Für die Berufsangehörigen nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 bis 7 gelten für die Ausübung ihrer Berufstätigkeit die Berufspflichten nach den Sätzen 1 und 2 entsprechend. Satz 1 gilt für die Ausübung der Berufstätigkeit der Tierärztinnen und Tierärzte entsprechend. Die Kammern können in besonderen Einzelfällen Ausnahmen von Satz 1 zulassen, wenn sichergestellt ist, dass berufsrechtliche Belange nicht beeinträchtigt sind.

II.

1.

a) Im Normenkontrollverfahren VGH N 4/16 begehrt die Antragstellerin und Beschwerdeführerin des Ausgangsverfahrens die Eintragung ihrer Sitzverlegung von A. nach B. in das Handelsregister beim Amtsgericht – Registergericht – Mainz.

Sie ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die mit Gesellschaftsvertrag vom 17. Mai 1979 mit Sitz in A. gegründet wurde und seit dem Jahr ihrer Gründung im Handelsregister beim Amtsgericht A. eingetragen ist. Alleiniger Geschäftsführer und alleiniger Gesellschafter ist seit Juni 1998 der Arzt Dr. B. Zweck der Gesellschaft

ist die Ausführung von kosmetischer Chirurgie und Haarwurzeltransplantationen. Die ärztlichen Leistungen werden nach dem Gesellschaftsvertrag ausschließlich durch Ärzte ausgeführt. Die Ärzte sind bei Ausführung ihrer Tätigkeit keinen Weisungen von Nichtärzten unterworfen. Nach einem Beschluss der Gesellschafterversammlung zur Verlegung des Sitzes der Gesellschaft von A. nach B. beantragte diese im Januar 2015 die Eintragung ihrer Sitzverlegung beim Amtsgericht Mainz. Auf Frage der Rechtspflegerin, ob Bedenken gegen die Eintragung in das Handelsregister bestünden, erklärte die Bezirksärztekammer Rheinhessen mit Schreiben vom 5. August 2015, in

[5]

Rheinland-Pfalz sei die Ausübung der ärztlichen Tätigkeit außerhalb von Krankenhäusern und Privatkrankenanstalten im Rahmen einer juristischen Person berufsrechtlich unzulässig. Mit Beschluss vom 16. November 2015 wies die Rechtspflegerin beim Amtsgericht – Registergericht – Mainz den Eintragungsantrag mit der Begründung zurück, das Registergericht sei an die Genehmigung der Verwaltungsbehörde ebenso wie an ein Negativattest gebunden. Hiergegen legte die Antragstellerin Beschwerde zum Pfälzischen Oberlandesgericht Zweibrücken ein.

b) Im Normenkontrollverfahren VGH N 5/16 begehrt die Antragstellerin und Beschwerdeführerin des Ausgangsverfahrens ihre erstmalige Eintragung in das Handelsregister beim Amtsgericht – Registergericht – Mainz. Sie ist mit Gesellschaftsvertrag und notarieller Urkunde vom 10. Juni 2015 als Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in B. errichtet worden. Alleiniger Geschäftsführer und alleiniger Gesellschafter ist der Arzt Dr. K. Zweck der Gesellschaft ist die Erbringung ambulanter Heilkundeleistungen durch Ärzte im dermatologischen Bereich sowie aller damit im Zusammenhang stehender Tätigkeiten.

Im Juni 2015 beantragte sie ihre Erste Eintragung beim Amtsgericht Mainz. Auf Frage der Rechtspflegerin, ob Bedenken gegen die Eintragung in das Handelsregister bestünden, erklärte die Bezirksärztekammer Rheinhessen mit Schreiben vom 5. August 2015, in Rheinland-Pfalz sei die Ausübung der ärztlichen Tätigkeit außerhalb von Krankenhäusern und Privatkrankenanstalten im Rahmen einer juristischen Person berufsrechtlich unzulässig. Mit Beschluss vom 15. Oktober 2015 wies die Rechtspflegerin beim Amtsgericht – Registergericht – Mainz deshalb den Eintragungsantrag zurück.

Hiergegen legte die Antragstellerin Beschwerde zum Pfälzischen Oberlandesgericht Zweibrückenein.

2. Das Pfälzische Oberlandesgericht Zweibrücken hat jeweils mit Beschluss vom 21. Januar 2016 die Beschwerdeverfahren ausgesetzt und begehrt eine Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs darüber, ob § 21 Abs. 2 HeilBG mit der Maßgabe, dass hiernach eine freiberufliche ärztliche Tätigkeit in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) in Rheinland-Pfalz nicht zulässig

[6]

ist, mit der Verfassung für Rheinland-Pfalz – LV –, namentlich mit der Berufsfreiheit (Art. 58 LV), der Vereinigungsfreiheit (Art. 13 Abs. 1 LV), der Eigentumsfreiheit (Art. 60 Abs. 1 Sätze 1 und 2 LV), der allgemeinen und wirtschaftlichen Handlungsfreiheit (Art. 1 Abs. 1 Satz 2, Art. 52 Abs. 1 LV) und dem Gleichbehandlungsgebot (Art. 17 Abs. 1 und 2 LV) vereinbar ist.

Zur Begründung hat das Oberlandesgericht ausgeführt, zwar sei das Registergericht entgegen der Auffassung der Rechtspflegerin an rechtliche Einschätzungen berufsständischer Vereinigungen wie der Bezirksärztekammer Rheinhessen nicht gebunden, die diese im Rahmen ihrer Anhörung nach § 380 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit – FamFG – abgegeben habe. Der Landesgesetzgeber habe jedoch ein Verbot freiberuflicher ärztlicher Tätigkeit in der Rechtsform einer GmbH statuiert. Es existierten keine bundesrechtlichen Regeln, die die Ausübung einer freiberuflichen ärztlichen Tätigkeit in der Rechtsform der GmbH untersagten. Diese Rechtsform stehe grundsätzlich zur Verfolgung jedes gesetzlich zulässigen Zwecks zur Verfügung und könne auch – wie im vorliegenden Fall – durch nur einen Gesellschafter gegründet und betrieben werden. Der Zweck oder Unternehmensgegenstand einer GmbH sei nicht auf den Betrieb einer gewerblichen Tätigkeit beschränkt, sondern könne auch auf nichtgewerbliche, insbesondere freiberufliche Tätigkeiten gerichtet sein. Allerdings verbiete § 21 Abs. 2 HeilBG freiberufliche ärztliche Tätigkeiten in der Rechtsform einer GmbH. Die Vorschrift binde die freiberufliche Ausübung der ärztlichen Tätigkeit in der Regel an eine „Niederlassung in eigener Praxis“. Unter einer ärztlichen Praxis werde herkömmlicherweise eine mit den notwendigen räumlichen, sachlichen und personellen Mitteln ausgestattete Einrichtung verstanden, in welcher durch approbierte Ärzte Patienten ambulant behandelt würden. Aus dem Wort „Niederlassung“ folge, dass Ärzte ihre

Tätigkeiten nicht in reisender Weise erbringen dürften. Der Wortlaut des § 21 Abs. 2 HeilBG enthalte zwar nicht ausdrücklich weitere Verbote oder Einschränkungen. Die Auslegung der Vorschrift ergebe jedoch, dass nach dem Willen des Gesetzgebers freiberufliche ärztliche Tätigkeiten nicht in der Rechtsform einer GmbH erbracht werden dürften. Die

[7]

Regelung gehe im Kern auf die Novelle des Heilberufsgesetzes von 1995 zurück, zu der in der Begründung des Gesetzentwurfs erläutert worden sei, dass Zusammenschlüsse in Form von Kapitalgesellschaften ausgeschlossen werden sollten. Die mehrfach lediglich redaktionell angepasste Vorschrift entspreche noch dem Willen des aktuellen Gesetzgebers. Das Verbot freiberuflicher ärztlicher Tätigkeit in der Rechtsform einer GmbH verstoße aber in mehrfacher Hinsicht gegen die Landesverfassung. Dabei könne offen bleiben, ob die Regelung des § 21 Abs. 2 HeilBG im Hinblick auf das Verbot freiberuflicher Tätigkeit in der Rechtsform einer GmbH, das sich lediglich im Wege der Auslegung durch Rückgriff auf den Willen des Gesetzgebers entnehmen lasse, dem verfassungsrechtlichen Gebot genüge, dass zum Grundrechtseingriff berechtigte Gesetze hinreichend bestimmt Voraussetzungen, Umfang und Grenzen beabsichtigter Rechtsverkürzungen benennen müssten. Denn das Verbot greife in nicht zu rechtfertigender Weise in die verfassungsrechtlich verbürgte Berufsfreiheit (Art. 58 LV), die Vereinigungsfreiheit (Art. 13 Abs. 1 LV), die Eigentumsfreiheit (Art. 60 Abs. 1 Sätze 1 und 2 LV) sowie die allgemeine und wirtschaftliche Handlungsfreiheit (Art. 1 Abs. 1 Satz 2, Art. 52 Abs. 1 LV) ein. Diese Grundfreiheiten stünden auch der Beschwerdeführerin des Ausgangsverfahrens als im Entstehen begriffener, selbst rechtsfähiger juristischer Person zu. Der Gesetzgeber habe zwar die Befugnis, Berufe rechtlich zu ordnen und ihre Berufsbilder zu fixieren, wobei ihm ein weiter Gestaltungsspielraum zukomme.

Gesetzliche Regelungen der Berufsausübung müssten jedoch durch legitime Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sein. Solche Gründe bestünden für das Verbot einer Ärzte-GmbH nicht mehr. Die ursprünglichen Bedenken des Gesetzgebers gegen einen Zusammenschluss von Ärzten in der Rechtsform von Kapitalgesellschaften, weil für Patienten erkennbar sein müsse, wer für die Behandlung verantwortlich sei, die Bundesärzterordnung nur natürlichen Personen eine Approbation ermögliche und die Führung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung bei der Überwachung der Berufsausübung durch die Kammern zu erheblichen Problemen

geführt habe, seien jedenfalls überholt. Heilbehandlungen dürften, unabhängig davon, in welcher Rechtsform sich Ärzte zusammenschließen, nur durch sie selbst und nicht durch den Verband als solchen erbracht werden. Die

[8]

Identität des Behandelnden trete dabei offen zutage. Die Approbation sei unabhängig davon, dass der Heilbehandlungsvertrag nur mit der Gesellschaft als solcher zustande komme. Im Übrigen stehe es dem Gesetzgeber frei, fortbestehenden Bedenken bei der Überwachung dadurch zu begegnen, dass der Kreis der Gesellschafter derartiger Gesellschaften auf Ärzte beschränkt werde und gegebenenfalls auch deren Geschäftsführung Ärzten vorbehalten bleibe. Dass sich die vormaligen Bedenken als unberechtigt herausgestellt hätten, ergebe sich auch daraus, dass Rechtsanwälte und Zahnärzte seit langem in dieser Rechtsform tätig werden dürften. Die Praxis im Bereich der Krankenhäuser, Privatkrankenanstalten und medizinischen Versorgungszentren zeige ebenfalls, dass eine ärztliche Zusammenarbeit in Form einer GmbH keine besonderen Gefahren für Patienten berge oder eine Überwachung durch die Kammern erschwere. Ärzte könnten sich zudem seit jeher in der Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts und mittlerweile auch in einer Partnerschaftsgesellschaft zusammenschließen. Besondere wirtschaftliche Risiken für Patienten, Kammern oder die Allgemeinheit, die einem ärztlichen Zusammenschluss in der Rechtsform einer GmbH entgegenstehen könnten, bestünden nicht. Seit Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts komme der Behandlungsvertrag nur mit dieser zustande. Diese hafte, wie auch der allein praktizierende Arzt, mit ihrem gesamten Vermögen. Im Bereich der deliktischen Haftung stehe der Patient einer Ärzte-GmbH sogar besser, da neben dem behandelnden Arzt auch der Verband hafte. Das Risiko etwaiger wirtschaftlich orientierter Weisungen von Seiten der juristischen Person sei ein jeder Vergesellschaftung immanentes Risiko und spräche letztlich gegen jede unselbständige Beschäftigung von Ärzten. Die Berufspflicht des Arztes zur ausreichenden Absicherung durch eine Haftpflichtversicherung knüpfe an diesem und nicht an der Gesellschaft als solcher an. Die Möglichkeit, einerseits in der Rechtsform einer GmbH Krankenhäuser, Privatkrankenanstalten und medizinische Versorgungszentren zu betreiben und auch insoweit ambulante Heilbehandlungen anzubieten, und sich auch ganz generell zur ärztlichen Berufsausübung in Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder Partnerschaftsgesellschaft zusammenschließen zu können, so-

wie andererseits das Verbot, (sonstige) ärztliche Tätigkeiten in der Rechtsform einer GmbH erbrin-

[9] gen zu dürfen, begründe einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz nach Art. 17 Abs. 1 und 2 LV. Ein vernünftiger, aus der Sache folgender oder sonst einleuchtender Grund für die Differenzierung sei aus den oben dargelegten Erwägungen nicht erkennbar. Schließlich verbiete auch die Berufsordnung für Ärztinnen und Ärzte in Rheinland-Pfalz in der Fassung vom 2. Dezember 2015 eine ärztliche Zusammenarbeit in der Rechtsform einer GmbH nicht. Nach der Berufsordnung könnten Ärztinnen und Ärzte auch in der Form der juristischen Person des Privatrechts ärztlich tätig sein, soweit dies durch formelles Gesetz zugelassen sei.

III.

Der Landtag, die Landesregierung und die Beschwerdeführerinnen der Ausgangsverfahren haben zu den Vorlagebeschlüssen Stellung genommen. Die beurkundenden Notare in den Ausgangsverfahren sowie die Landesärztekammer Rheinland-Pfalz und die Bundesärztekammer haben von einer Stellungnahme abgesehen.

1.

Nach Auffassung des Landtags dürften sich die Vorlagen als zulässig erweisen. [...] Jedenfalls in Bezug auf den behaupteten Verstoß gegen die Berufsfreiheit (Art. 58 LV) und das Gleichheitsgebot (Art. 17 Abs. 1 und 2 LV) habe das Oberlandesgericht der Begründungspflicht genügt. Gegen die Zulässigkeit spreche auch nicht, dass das vorliegende Gericht die behauptete Verfassungswidrigkeit durch eine verfassungskonforme Auslegung von § 21 HeilBG hätte beseitigen können. Eine verfassungskonforme Auslegung finde dort ihre Grenze, wo sie zum Wortlaut und zum klar

[10]

erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch stehe. Im Vorlagebeschluss habe das Oberlandesgericht ausführlich herausgearbeitet, dass das Verbot dem noch heute aktuellen Willen des historischen Gesetzgebers entspreche. Darüber hinaus folge das Verbot auch unmittelbar aus dem Wortlaut von § 21 Abs. 2 HeilBG, das die Ausübung der Berufstätigkeit „an die Niederlassung in eigener Praxis“ binde. Der Begriff der Praxis werde durch das Adjektiv „eigener“ eingegrenzt. Danach sei die ärztliche Tätigkeit in voller eigener Verantwortung des betreffenden Arztes auszuführen. Dies erfordere, dass

der Arzt den medizinischen Auftrag selbst nach eigenem Ermessen übernehmen und gestalten können müsse, wozu ihm – unabhängig von der Eigentumsfrage – auch die räumlichen und sächlichen Mittel zur Verfügung stehen müssten. Des Weiteren sei unabdingbare Voraussetzung für das Handeln in „eigener“ Praxis der Abschluss der Behandlungsverträge in eigenem Namen sowie die Liquidation im eigenen Namen. Letzteres sei bei Ausübung der Berufstätigkeit eines Arztes in einer GmbH nicht der Fall, da die Behandlungsverträge mit der juristischen Person geschlossen würden und der Arzt über die Übernahme des medizinischen Auftrags regelmäßig nicht selbst entscheiden könne. Eine gegenteilige verfassungskonforme Auslegung, nach der § 21 Abs. 2 HeilBG der Ausübung ärztliche Tätigkeiten in der Rechtsform einer GmbH nicht entgegenstehe, komme deshalb nicht in Betracht. Die Vorlage sei jedoch unbegründet. Die in Rede stehende Bestimmung des § 21 Abs. 2 HeilBG stehe mit der Landesverfassung in Einklang. Sie verstoße insbesondere nicht gegen Art. 58 LV, der die Freiheit der Berufswahl und der Berufsausübung schütze. Die Berufsausübungsregelung des § 21 Abs. 2 HeilBG sei durch vernünftige Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt. Der Gesetzgeber habe dem Schutz des Patienten und der Aufrechterhaltung des Berufsstandes des Arztes in eigener Praxis Rechnung tragen wollen. Besondere Gefahren bezüglich der Erkennbarkeit des für die Behandlung Verantwortlichen bestünden bei Ausübung ärztlicher Tätigkeiten in Form einer GmbH bereits deshalb, weil für die Patienten als juristische Laien nicht ohne weiteres erkennbar sei, wer Gesellschafter der GmbH und als Geschäftsführer für die Behandlung letztlich auch verantwortlich sei. Hinzu komme, dass die GmbH eine Form der Kapitalgesellschaft bilde, bei der Entscheidungen der Gesellschafter und Geschäftsführer oft unter

[11]

wirtschaftlichen Gesichtspunkten getroffen würden. Die Gesundheit der Patienten erfordere jedoch Entscheidungen rein aus medizinischen, nicht aus wirtschaftlichen Gründen.

2.

Nach Auffassung der Landesregierung dürften die Vorlagen im Ergebnis zulässig sein. Die strengen Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an die Begründungspflichten des vorlegenden Gerichts in dem vergleichbaren Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG müsse sich der Verfassungsgerichtshof für das Normenkontrollverfahren nach Art. 130 Abs. 3 LV nicht notwendigerwei-

se und in jeder Hinsicht zu Eigen machen. Er habe es für ausreichend erachtet, dass das vorlegende Gericht die Entscheidungserheblichkeit der vorgelegten landesgesetzlichen Bestimmungen aufgezeigt und eingehend dargetan habe, weshalb es diese für unvereinbar mit den Vorschriften der Landesverfassung erachte. Es dürfe ausreichen, sich mit naheliegenden tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkten auseinanderzusetzen. Zumindest im Hinblick auf den angenommenen Verstoß gegen Art. 58 LV habe das Oberlandesgericht dies getan und damit seiner Darlegungspflicht genügt.

Die Vorlage sei jedoch unbegründet. § 21 Abs. 2 HeilBG sei mit der Landesverfassung vereinbar. Insbesondere ein Verstoß gegen die Berufsfreiheit (Art. 58 LV) liege nicht vor. Die Berufsausübungsregelung – das Verbot einer Praxisführung durch eine juristische Person in der Rechtsform der GmbH – lasse sich durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls rechtfertigen. Mit dieser Regelung habe der Gesetzgeber insbesondere den Schutz der Patienten stärken wollen. Die Beschränkung der Berufsausübung durch die angegriffene Norm sei auch den betroffenen Ärzten und juristischen Personen zumutbar, die sich schon bei ihrer Berufswahl darauf hätten einstellen können. Ferner sehe § 21 Abs. 2 Satz 5 HeilBG Ausnahmen vom grundsätzlichen Verbot der Erbringung freiberuflicher Leistungen in der Form einer Kapitalgesellschaft vor, wenn sichergestellt sei, dass berufsrechtliche Belange nicht beeinträchtigt seien.

3.

Die Beschwerdeführerin des Ausgangsverfahrens trägt vor, die Vorlage sei zulässig. Nach den in der Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen an die Begründung der Richtervorlage müsse das vorlegende Gericht sich unter Berücksichtigung von Literatur und Rechtsprechung eingehend mit der Rechtslage

[12]

auseinandersetzen, insbesondere auf die unterschiedlichen Auslegungsmöglichkeiten eingehen und die hierzu entwickelten Auffassungen bezüglich der zur Prüfung gestellten Norm berücksichtigen. Ein umfassendes verfassungsrechtliches Gutachten werde hingegen nicht verlangt. Der Vorlagebeschluss genüge diesen Anforderungen, indem das Oberlandesgericht in der gebotenen Kürze auf alle wesentlichen Aspekte und Auslegungsmöglichkeiten eingegangen sei. Das vorlegende Gericht gehe zutreffend davon aus, dass ein durch § 21 Abs. 2 HeilBG normiertes Verbot einer freiberuflichen ärztlichen Tätigkeit in der Rechtsform einer juristischen Person des Privatrechts (GmbH) verfassungswidrig sei. Die

se Auffassung werde auch in der Rechtslehre geteilt. Die Bedenken des historischen Gesetzgebers, welche zum Verbot einer Ärzte GmbH geführt hätten, seien mit dem heutigen Wortlaut des § 23a der Berufsordnung für Ärzte Rheinland-Pfalz ausgeräumt. Darin würden klare Voraussetzungen normiert für eine Ärztesgesellschaft in der Form der juristischen Person des Privatrechts hinsichtlich ihrer Gesellschafter, Geschäftsführung, Gesellschaftsanteile, Stimmrechte, Gewinnbeteiligung, Berufshaftpflichtversicherung und ihres Namens. Gleiches gelte für die Musterberufsordnung für Ärzte, die seit ihrer Neufassung im Jahr 2004 in § 23a entsprechende Kriterien für die Gründung einer Ärztesgesellschaft als juristische Person des Privatrechts enthalte, die insbesondere gewährleisten, dass der bestehende Patientenschutz auch bei Ausübung der ärztlichen Tätigkeit in der Rechtsform einer GmbH gewahrt bleibe. Die in der Berufsordnung aufgestellten Voraussetzungen für eine Ärzte-GmbH würden von ihnen – den Beschwerdeführerinnen – erfüllt. Im Übrigen sei bereits zweifelhaft, ob es im Heilberufsgesetz eine hinreichend klar normierte Regelung gebe, die als Beschränkung der betroffenen Grundrechte geeignet wäre. Denn der Wortlaut der Norm enthalte anders als die gesetzliche Regelung in Bayern kein ausdrückliches Verbot einer ärztlichen Tätigkeit in der Form einer GmbH oder allgemein in der Form einer juristischen Person des Privatrechts.

[13]

B.

Die Vorlagen – mit denen das Oberlandesgericht dem Verfassungsgerichtshof die Frage vorgelegt hat, ob § 21 Abs. 2 HeilBG mit der Maßgabe, dass hiernach eine freiberufliche ärztliche Tätigkeit in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) in Rheinland-Pfalz nicht zulässig ist, mit der Landesverfassung vereinbar ist – sind unzureichend begründet und daher unzulässig. Denn sie erörtern die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung nicht, obwohl sie nahe liegt.

I.

Hält ein Gericht ein Landesgesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, mit der Landesverfassung nicht für vereinbar, so ist das Verfahren nach Art. 130 Abs. 3 LV auszusetzen und die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs einzuholen. Nach § 24 Abs. 2 Satz 1 des Landesgesetzes über den Verfassungsgerichtshof – VerfGHG – ist in der Begründung der Richter-

vorlage anzugeben, inwiefern von der Gültigkeit des Landesgesetzes die – im Ausgangsverfahren zu treffende – Entscheidung des Gerichts abhängt und mit welcher Vorschrift der Landesverfassung das Landesgesetz unvereinbar ist. Das Gericht muss daher in seinem Vorlagebeschluss die Entscheidungserheblichkeit der vorgelegten landesgesetzlichen Bestimmung aufzeigen und eingehend dartun, weshalb es diese für unvereinbar mit der Landesverfassung hält (vgl. VerfGH RP, Urteil vom 14. Februar 2012 – VGH N 3/11 –, AS 41, 29 [36]; Urteil vom 4. Mai 2016 – VGH N 22/15 –, AS 44, 423 [432]). Zur Begründung der Vorlage nach § 24 Abs. 2 Satz 1 VerfGHG muss das Gericht jedenfalls die Entscheidungserheblichkeit und seine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit der zur Überprüfung gestellten Norm nachvollziehbar darlegen und sich dabei mit naheliegenden tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkten auseinandersetzen (vgl. Jutzi, in: Brocker/Droege/Jutzi [Hrsg.], Verfassung für Rheinland-Pfalz, 2014, Art. 130 Rn. 92; HessStGH, Beschluss vom 13. März 2013 – P.St. 2344 –, juris Rn. 52; vgl. auch ThürVerfGH, Beschluss vom 7. September 2010 – 27/07 –, juris Rn. 53).

[14]

Hierzu zählt, dass das vorlegende Gericht, wenn die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung nahe liegt, diese Möglichkeit prüfen und vertretbar begründen muss, weshalb sie ausscheidet (vgl. HessStGH, Beschluss vom 13. März 2013 – P.St. 2344 –, juris Rn. 54 f.; ThürVerfGH, Beschluss vom 7. September 2010 – 27/07 –, juris Rn. 53). Da eine Vorlage nur zulässig ist, wenn das Gericht von der Verfassungswidrigkeit der vorgelegten Norm überzeugt ist, muss eine verfassungskonforme Auslegung ausgeschlossen werden (vgl. Jutzi, in: Brocker/Droege/Jutzi [Hrsg.], Verfassung für Rheinland-Pfalz, 2014, Art. 130 Rn. 89). Zur Darlegung der Überzeugung des Gerichts von der Verfassungswidrigkeit der zur Prüfung gestellten Regelung gehört daher auch die Erörterung einer verfassungskonformen Auslegung, wenn offensichtlich mehrere Auslegungsmöglichkeiten in Betracht kommen, die zu unterschiedlich starken Eingriffen in grundrechtlich geschützte Positionen führen und den verfassungsrechtlichen Bedenken des vorlegenden Gerichts nicht in gleicher Weise ausgesetzt sind. Eine Richtervorlage ist demnach unzureichend begründet, wenn die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung nicht erörtert wird, obwohl sie nahe liegt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 12. Februar 1992 – 1 BvL 21/88 –, BVerfGE 85, 329 [333 f.] und Leitsatz; vgl. auch LVerfG SH, Beschluss vom 21. Mai 2012 – LVerfG 1/11 –, juris Rn. 29; Bier, in: Grimm/Caesar [Hrsg.], Ver-

fassung für Rheinland-Pfalz, 2001, Art. 130 Rn. 41). Möglich und notwendig kann auch die verfassungskonforme Auslegung einer Ausnahmeregelung von einem gesetzlich vorgesehenen Verbot sein, um der Bedeutung des durch das Verbot beschränkten Grundrechts Rechnung zu tragen und dessen unverhältnismäßige Beschränkung zu vermeiden (vgl. BVerfG, Urteil vom 15. Januar 2002 – 1 BvR 1783/99 –, BVerfGE 104, 337 [356]).

II.

Diesen Anforderungen genügen die Vorlagebeschlüsse nicht. Das vorlegende Gericht hat nicht begründet, weshalb eine verfassungskonforme Auslegung des § 21 Abs. 2 HeilBG ausgeschlossen sein soll, obwohl eine solche Möglichkeit nahe liegt.

[15]

1.

Nach dem Wortlaut der Regelung des § 21 Abs. 2 Satz 1 HeilBG ist die Ausübung der ärztlichen Berufstätigkeit – außerhalb von Krankenhäusern und Privatkrankenanstalten – an die Niederlassung in eigener Praxis gebunden, soweit nicht gesetzliche Bestimmungen etwas anderes zulassen oder eine unselbständige Tätigkeit in der Praxis von Berufsangehörigen ausgeübt wird. Ein ausdrückliches Verbot, dass die Führung einer ärztlichen Praxis in der Rechtsform einer juristischen Person des privaten Rechts nicht statthaft ist, enthält diese Vorschrift im Gegensatz zur bayerischen Regelung (vgl. Art. 18 Abs. 1 Satz 2 des bayerischen Heilberufekammergesetzes – BayHKaG – i.d.F. vom 20. Juli 1994, GVBl. 1994, S. 853) nicht.

Das vorlegende Oberlandesgericht geht davon aus, dass nach § 21 Abs. 2 Satz 1 HeilBG eine freiberufliche ärztliche Tätigkeit in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) in Rheinland-Pfalz nicht zulässig ist. Es begründet dies wie folgt: Die Vorschrift binde die freiberufliche Ausübung der ärztlichen Tätigkeit in der Regel an eine „Niederlassung in eigener Praxis“. Unter einer ärztlichen Praxis werde herkömmlicherweise eine mit den notwendigen räumlichen, sachlichen und personellen Mitteln ausgestattete Einrichtung verstanden, in welcher durch approbierte Ärzte Patienten ambulant behandelt würden. Aus dem Wort „Niederlassung“ folge, dass Ärzte ihre Tätigkeiten nicht in reisender Weise erbringen dürften. Der Wortlaut des § 21 Abs. 2 HeilBG enthalte zwar nicht ausdrücklich weitere Verbote oder Einschränkungen. Die Auslegung der Vorschrift ergebe jedoch, dass nach dem Willen des Gesetzgebers freiberufliche ärztliche Tätigkeiten nicht in der Rechtsform einer GmbH erbracht werden dürften.

Die Regelung gehe im Kern auf die Novelle des Heilberufsgesetzes von 1995 zurück, zu der in der Begründung des Gesetzentwurfs erläutert worden sei, dass Zusammenschlüsse in Form von Kapitalgesellschaften ausgeschlossen werden sollten. Die mehrfach lediglich redaktionell angepasste Vorschrift entspreche noch dem Willen des aktuellen Gesetzgebers. Die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung des § 21 Abs. 2 Satz 1 HeilBG erörtert das vorlegende Gericht in seinem Vorlagebeschluss nicht. Als solche könnte hier in Betracht kommen, der Vorschrift kein Verbot der freiberuflichen ärztlichen Tätigkeit in der Rechtsform einer juristischen Person des privaten

[16]

Rechts – und damit auch einer GmbH – zu entnehmen, da sie ein ausdrückliches Verbot dieses Inhalts nicht enthält.

Allerdings findet die verfassungskonforme Auslegung ihre Grenzen dort, wo sie zum Wortlaut der Norm und zum klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde (vgl. BVerfG, Beschluss vom 14. Oktober 2008 – 1 BvR 2310/06 –, BVerfGE 122, 39 [60 f.] = juris Rn. 57 m.w.N.; HessStGH, Beschluss vom 13. März 2013 – P.St. 2344 –, juris Rn. 112 f.). Das vorlegende Gericht hat zutreffend dargelegt, dass nach dem Willen des Gesetzgebers bei der Novellierung des Heilberufsgesetzes im Jahr 1995 freiberufliche ärztliche Tätigkeiten in der Rechtsform einer GmbH nicht zulässig sein sollen. Denn in der Begründung des Gesetzentwurfs wird ausdrücklich ausgeführt, dass mit der Regelung Zusammenschlüsse in Form von Kapitalgesellschaften ausgeschlossen werden sollen (vgl. LT-Drucks. 12/7097, S. 23). Zwar nicht das vorlegende Gericht, aber der Landtag weist in seiner Stellungnahme zudem zutreffend darauf hin, dass nach dem Wortlaut von § 21 Abs. 2 Satz 1 HeilBG, der die Ausübung der Berufstätigkeit „an die Niederlassung in eigener Praxis“ bindet, der Begriff der Praxis durch das Adjektiv „eigener“ eingegrenzt wird. Nach Auffassung des Landtags folgt das Verbot freiberuflicher ärztlicher Tätigkeiten in der Rechtsform einer GmbH daher auch aus dem Wortlaut des § 21 Abs. 2 Satz 1 HeilBG, so dass eine gegenteilige verfassungskonforme Auslegung, nach der die vorgelegte Norm der Ausübung ärztliche Tätigkeiten in der Rechtsform einer GmbH nicht entgegenstehe, nicht in Betracht komme. Diese Auffassung ist in der Rechtslehre nicht unbestritten (vgl. Eisenberg, Ärztliche Kooperations- und Organisationsformen, 2002, S. 240 Fn. 986). Es kann jedoch mangels Entscheidungserheblichkeit dahinstehen, ob die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung des § 21 Abs. 2 Satz 1

HeilBG angesichts des klaren Willens des historischen Gesetzgebers und des Wortlauts dieser Vorschrift als ausgeschlossen oder zumindest als nicht naheliegend anzusehen ist, so dass das Oberlandesgericht sich mit einer solchen Möglichkeit nicht näher befassen musste.

2.

Denn das vorlegende Gericht hat die Regelung des § 21 Abs. 2 Satz 5 HeilBG nicht berücksichtigt, die Ausnahmen von der Vorschrift des Satzes 1 des § 21

[17]

Abs. 2 HeilBG zulässt. Es hat nicht geprüft, ob durch die Anwendung dieser Ausnahmebestimmung seinen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen das – dem Satz 1 des § 21 Abs. 2 HeilBG entnommene – Verbot freiberuflicher ärztlicher Tätigkeiten in der Rechtsform einer GmbH Rechnung getragen werden kann, obwohl dies nahe liegt. Es hat mithin nicht begründet, weshalb eine verfassungskonforme Auslegung des § 21 Abs. 2 HeilBG auch bei Anwendung der Regelung des Satzes 5 über die Zulassung einer Ausnahme von dem Verbot des Satzes 1 ausgeschlossen sein soll. Das Oberlandesgericht hat demnach eine naheliegende Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung des § 21 Abs. 2 HeilBG nicht erörtert und daher seine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit der vorgelegten Norm nicht entsprechend den Anforderungen des § 24 Abs. 2 Satz 1 VerfGHG begründet.

a) Nach § 21 Abs. 2 Satz 5 HeilBG können die Kammern in besonderen Einzelfällen Ausnahmen von Satz 1 zulassen, wenn sichergestellt ist, dass berufsrechtliche Belange nicht beeinträchtigt sind. Die auf der gesetzlichen Grundlage des § 23 HeilBG ergangene Berufsordnung für Ärztinnen und Ärzte in Rheinland-Pfalz in der Fassung vom 20. April 2005, zuletzt geändert am 23. September 2015 mit Wirkung zum 2. Dezember 2015, trifft in § 23a Abs. 1 für Ärztegesellschaften folgende Regelung: Ärztinnen und Ärzte können auch in der Form der juristischen Person des Privatrechts tätig sein, soweit dies durch formelles Gesetz zugelassen ist (Satz 1). Gesellschafter einer Ärztegesellschaft können nur Ärztinnen und Ärzte und Angehörige der in § 23b Abs. 1 Satz 1 der Berufsordnung genannten Berufe sein (Satz 2), also Angehörige anderer akademischer Heilberufe, andere Naturwissenschaftler und Mitarbeiter aus sozialpädagogischen Berufen. Sie müssen in der Gesellschaft beruflich tätig sein (Satz 3). Gewährleistet sein muss zudem, dass (a) die Gesellschaft verantwortlich von einer Ärztin oder einem Arzt geführt wird; Geschäftsführer müssen mehr-

heitlich Ärztinnen und Ärzte sein, (b) die Mehrheit der Gesellschaftsanteile und der Stimmrechte Ärztinnen und Ärzten zustehen, (c) Dritte nicht am Gewinn der Gesellschaft beteiligt sind, (d) eine ausreichende Berufshaftpflichtversicherung für alle in der Gesellschaft tätigen Ärztinnen und Ärzte besteht (Satz 4). § 23a Abs. 2 Satz 1 der Berufsordnung verlangt zudem, dass der Name der Ärztesgesellschaft des Privatrechts nur die Namen der in der Gesellschaft tätigen ärztlichen Gesellschafter enthalten darf. Die Muster-

[18]

berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte in der Fassung des 118. Deutschen Ärztetages 2015 – MBO – enthält eine weitgehend inhaltsgleiche Bestimmung (vgl. § 23a MBO). Die aktuelle ärztliche Berufsordnung in Rheinland-Pfalz steht demnach einer freiberuflichen ärztlichen Tätigkeit in der Rechtsform einer GmbH nicht entgegen, wenn dies durch formelles Gesetz zugelassen ist und die genannten weiteren berufsrechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Als formelles Gesetz in diesem Sinne kann § 21 Abs. 2 Satz 5 HeilBG angesehen werden, das Ausnahmen von dem grundsätzlichen Verbot des Satzes 1 zulässt. Es spricht daher alles dafür, dass berufsrechtliche Belange nicht beeinträchtigt sind, wenn eine Ärztesgesellschaft in der Form einer GmbH die genannten, in § 23a der Berufsordnung aufgeführten Voraussetzungen erfüllt. In diesem Fall sind damit die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Zulassung einer Ausnahme von dem grundsätzlichen Verbot des Satzes 1 durch die Kammern nach Satz 5 des § 21 Abs. 2 HeilBG gegeben.

b) Es liegt demnach nahe, dass den verfassungsrechtlichen Bedenken des vorliegenden Gerichts, wonach das Verbot des § 21 Abs. 2 Satz 1 HeilBG in nicht zu rechtfertigender Weise insbesondere in die verfassungsrechtlich verbürgte Berufsfreiheit (Art. 58 LV) eingreife, durch die Zulassung einer Ausnahme nach § 21 Abs. 2 Satz 5 HeilBG Rechnung getragen werden kann. Dem steht nicht entgegen, dass § 21 Abs. 2 Satz 5 HeilBG keine gebundene Entscheidung der Kammer bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen vorsieht. Die Kammern „können“ lediglich Ausnahmen in besonderen Einzelfällen zulassen. Sie entscheiden mithin nach Ermessen. Ein Anspruch auf Zulassung besteht nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht. Dennoch kann sich das den Kammern eingeräumte Ermessen dahingehend verdichten, dass allein die Zulassung einer Ausnahme verfassungsgemäß ist. Hier kommt insbesondere in Betracht, dass die Verweigerung, eine Ausnahme von dem

grundsätzlichen Verbot zuzulassen, jedenfalls dann gegen die Berufsfreiheit (Art. 58 LV) verstößt, wenn die GmbH die in § 23a Abs. 1 Satz 2 bis 4 der Berufsordnung genannten Voraussetzungen für eine Ärztesgesellschaft in der Form einer juristischen Person des Privatrechts erfüllt. So wird im rechtswissenschaftlichen Schrifttum mit beacht-

[19]

lichen Gründen vertreten, dass im Wege verfassungskonformer Auslegung gleichlautende Ausnahmevorschriften in den Heilberufsgesetzen anderer Bundesländer als Muss-Vorschriften zu interpretieren sind (vgl. Taupitz, NJW 1996, 3033 [3041]; Attermeyer, Die ambulante Arztpraxis in der Rechtsform der GmbH, 2005, S. 57 f. und 212). Die Annahme, dass bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 21 Abs. 2 Satz 5 HeilBG in Verbindung mit § 23a der ärztlichen Berufsordnung in Rheinland-Pfalz die Kammer eine Ausnahme vom Verbot der Ärzte-GmbH nicht nur zulassen kann, sondern zur Vermeidung eines Verfassungsverstoßes zulassen muss, liegt zudem gerade vom rechtlichen Standpunkt des vorliegenden Gerichts nahe. Denn das Oberlandesgericht hat seine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit des Verbots einer Ärzte-GmbH in erster Linie damit begründet, dass die ursprünglichen Bedenken des Gesetzgebers – wie sie in der Gesetzesbegründung im Jahre 1995 geäußert wurden – gegen einen Zusammenschluss von Ärzten in der Rechtsform von Kapitalgesellschaften vor allem im Hinblick auf den Schutz des Patienten überholt seien; im Übrigen stehe es dem Gesetzgeber frei, fortbestehenden Bedenken dadurch zu begegnen, dass der Kreis der Gesellschafter derartiger Gesellschaften auf Ärzte beschränkt werde und gegebenenfalls auch deren Geschäftsführung Ärzten vorbehalten bleibe. Entsprechende Anforderungen an eine freiberufliche ärztliche Tätigkeit in der Form einer GmbH werden in § 23a Abs. 1 Satz 2 bis 4 der Berufsordnung hinsichtlich der Gesellschafter, Geschäftsführung, Gesellschaftsanteile und Stimmrechte, Gewinnbeteiligung sowie Berufshaftpflichtversicherung indes im Einzelnen bestimmt. Diese Voraussetzungen für eine solche GmbH verfolgen ersichtlich das Ziel, den Schutz der Patienten gegenüber den sie behandelnden Ärzten auch dann zu gewährleisten, wenn diese in der Form einer juristischen Person des Privatrechts organisiert und ärztlich tätig sind. Vor diesem Hintergrund spricht vieles dafür, dass auch das Oberlandesgericht bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen einen Anspruch auf Zulassung einer Ausnahme nach § 21 Abs. 2 Satz 5

HeilBG bejaht hätte, wenn es diese Bestimmung berücksichtigt hätte.

[20]

c) Die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung der vorgelegten Norm ist schließlich auch nicht deswegen als ausgeschlossen oder zumindest als nicht naheliegend anzusehen, weil nach § 21 Abs. 2 Satz 5 HeilBG die Zulassung einer Ausnahme durch die Kammern erfolgt und in den beiden vorliegenden Fällen die Bezirksärztekammer mit Schreiben vom 5. August 2015 erklärt hat, in Rheinland-Pfalz sei die Ausübung der ärztlichen Tätigkeit außerhalb von Krankenhäusern und Privatkrankenanstalten im Rahmen einer juristischen Person berufsrechtlich unzulässig.

aa) Wie das Oberlandesgericht in den Vorlagebeschlüssen ausgeführt hat, ist das Registergericht – entgegen der Auffassung der Rechtspflegerin des Amtsgerichts – an allgemeine rechtliche Einschätzungen berufsständischer Vereinigungen wie der Bezirksärztekammer Rheinhessen nicht gebunden, die diese im Rahmen ihrer Anhörung nach § 380 FamFG abgegeben hat. Nach Auffassung des vorlegenden Gerichts handelt es sich bei den Schreiben der Bezirksärztekammer vom 5. August 2015 daher lediglich um eine nicht bindende rechtliche Stellungnahme.

Folglich liegt eine Entscheidung der Ärztekammer über die Zulassung einer Ausnahme nach § 21 Abs. 2 Satz 5 HeilBG noch nicht vor. Diese Bewertung der Schreiben der Bezirksärztekammer erscheint auch plausibel angesichts dessen, dass weder in der Anfrage der Rechtspflegerin des Amtsgerichts noch in den Antwortschreiben der Bezirksärztekammer die Möglichkeit einer Ausnahmezulassung nach § 21 Abs. 2 Satz 5 HeilBG angesprochen wird.

bb) Im Übrigen ist eine verfassungskonforme Auslegung des § 21 Abs. 2 Satz 5 HeilBG auch in den Fällen nicht ausgeschlossen, in denen die Zulassung einer Ausnahme nach dieser Bestimmung durch die Kammer abgelehnt wird. Dies liegt auf der Hand, sofern das Registergericht an eine solche Ablehnung nicht gebunden sein sollte und diese in eigener Zuständigkeit überprüfen könnte. Doch auch, wenn das Registergericht an eine förmliche Ablehnungsentscheidung der Ärztekammer hinsichtlich der Zulassung einer Ausnahme nach § 21 Abs. 2 Satz 5 HeilBG gebunden sein sollte, gilt im Ergebnis nichts anderes.

[21]

Für eine solche Bindung könnte sprechen, dass in dem – möglicherweise vergleichbaren – Fall der Genehmigung nach § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG in der bis 31. Oktober 2008 geltenden Fassung (a.F.) in Rechtsprechung und Rechtslehre angenommen wurde, das Registergericht sei im Eintragungsverfahren an die Genehmigung ebenso wie an ein Negativattest der Verwaltungsbehörde gebunden (vgl. BGH, Beschluss vom 9. November 1987 – II ZB 49/87 –, BGHZ 102, 209 = juris Rn. 4 ff.; BayObLG, Beschluss vom 7. Juni 2000 – 3Z BR 26/00 –, juris Rn.16 m.w.N.). Nach § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG a.F. war der Anmeldung der GmbH in dem Fall, dass der Gegenstand des Unternehmens staatlicher Hilfe bedarf, auch die Genehmigungsurkunde beizufügen. Ohne die Genehmigung durfte die Gesellschaft nicht eingetragen werden. Die Prüfung und Genehmigung der dem öffentlichen Recht angehörenden Fragen gehörte nicht zu dem Aufgabenkreis des Registerrichters, da sie ihn in zahlreichen Fällen sachlich überfordern würde und zudem ein Eingriff in die Zuständigkeit der staatlichen Genehmigungsbehörden und der mit ihrer Kontrolle betrauten Verwaltungsgerichte wäre, deren Entscheidungen für das Handelsregister bindend sind (vgl. BGH, Beschluss vom 9. November 1987 – II ZB 49/87 –, BGHZ 102, 209 = juris Rn. 7). Sofern diese Erwägungen auf die Entscheidung der Ärztekammer über die Zulassung einer Ausnahme nach § 21 Abs. 2 Satz 5 HeilBG übertragbar sein und eine Bindung des Registergerichts an eine Ablehnungsentscheidung der Kammer im Eintragungsverfahren begründen sollten, könnte eine Antragstellerin, welche die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Zulassung einer Ausnahme erfüllt, diesen Anspruch im Wege der Verpflichtungsklage gegenüber der Kammer bei den Verwaltungsgerichten durchsetzen. Das Registergericht könnte die fehlende Ausnahmezulassung nach einer Ablehnungsentscheidung der Kammer zum Gegenstand einer Zwischenverfügung machen, mit der der Antragstellerin die Beseitigung behebbarer Eintragungshindernisse aufgegeben werden kann (vgl. § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 23. Februar 2011 – 3 W 22/11 –, juris Rn. 6).

[22]

C.

Das Verfahren ist gemäß § 21 Abs. 1 VerfGHG gerichtskostenfrei. Auslagen werden nicht erstattet (vgl. § 21a Abs. 3 VerfGHG).

Bayerischer Verfassungsgerichtshof

Entscheidung vom 15. Februar 2017. Vf. 60-IX-16

Entscheidung über die Vorlage des Bayerischen Staatsministeriums des Innern, für Bau und Verkehr betreffend den Antrag auf Zulassung eines Volksbegehrens „Nein zu CETA!“

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat in der Entscheidung über das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung eines Volksbegehrens gegen CETA zu befinden. Dabei hat er grundlegende Aussagen zum Umgang mit und zur Reichweite des 2013 eingeführten Art. 70 Abs. 4 BV getroffen. Dabei geht es auch um die Weisungsbefugnis des Landesgesetzgebers gegenüber der Staatsregierung zu deren Abstimmungsverhalten thematisiert. Der Verfassungsgerichtshof lässt hierbei Zweifel an der Grundrechtskonformität erkennen.

Leitsätze:

1. Zur Auslegung des Art. 70 Abs. 4 Satz 2 BV, wonach die Staatsregierung in ihren verfassungsmäßigen Aufgaben durch Gesetz gebunden werden kann, wenn das Recht der Gesetzgebung durch die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union betroffen ist.
2. Ob auf der Grundlage des Art. 70 Abs. 4 Satz 2 BV eine landesgesetzliche Weisung gegenüber der Staatsregierung für das Abstimmungsverhalten im Bundesrat mit dem Grundgesetz vereinbar wäre, erscheint zweifelhaft, bedarf aber keiner abschließenden Erörterung.
3. Die Weisungsbefugnis des Landesgesetzgebers setzt jedenfalls voraus, dass die Abstimmung im Bundesrat ein Gesetzesvorhaben betrifft, das ausdrücklich auf die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union durch ein Gesetz nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG gerichtet ist. Maßgeblich ist dabei allein, wie die Gesetzgebungsorgane des Bundes das zur Abstimmung gestellte Gesetzesvorhaben bewerten.
4. Im Hinblick auf das Umfassende Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA) zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits ist ein Verfahren auf Erlass eines Bundesgesetzes, das nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG der Zustimmung des Bundesrats bedarf, weder eingeleitet noch steht eine solche Einleitung unmittelbar bevor.

Entscheidung:

Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung eines Volksbegehrens „Nein zu CETA!“ sind nicht gegeben.

Aus den Gründen:

[...]

IV.

[39]

Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung eines Volksbegehrens „Nein zu CETA!“ sind nicht gegeben. Das Volksbegehren zielt auf eine gesetzliche Bindung der Staatsregierung bei der Abstimmung im Bundesrat über ein – künftiges – Zustimmungsgesetz zum Umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA) zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits. Diese Bindung ist mit Art. 70 Abs. 4 Satz 2 BV unvereinbar.

[40]

Der Verfassungsgerichtshof hat gemäß Art. 67 BV i. V. m. Art. 64 Abs. 1 Satz 1 LWG über die Zulassung des Volksbegehrens zu entscheiden. Dabei hat er vor allem zu klären, ob der zugrunde liegende Gesetzentwurf mit der Bayerischen Verfassung – hier mit Art. 70 Abs. 4 Satz 2 BV – im Einklang steht; auf weitere Prüfungsmaßstäbe kommt es vorliegend nicht an (VerfGH vom 31.3.2000 VerfGHE 53, 42/60; vom 4.4.2008 VerfGHE 61, 78/84; vom 22.10.2012 VerfGHE 65, 226/233).

[41]

Nach Art. 70 Abs. 4 Satz 2 BV kann die Staatsregierung in ihren verfassungsmäßigen Aufgaben durch Gesetz gebunden werden, wenn das Recht der Gesetzgebung durch die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union betroffen ist. Mit der Aufnahme dieser Vorschrift in die Bayerische Verfassung im Jahr 2013 sollen die Mitwirkungsrechte des Landesgesetzgebers in Angelegenheiten der Europäischen Union gestärkt werden; die Regelung ist in mehrfacher Hinsicht auslegungsbedürftig (1.). Ob auf ihrer Grundlage eine landesgesetzliche Weisung gegenüber der Staatsregierung für das Abstimmungsverhalten im Bundesrat mit dem Grundgesetz vereinbar wäre, bedarf keiner abschließenden Klärung (2.). Denn für das mit dem Volksbegehren angestrebte Gesetz fehlt es bereits an den Voraussetzungen des Art. 70 Abs. 4 Satz 2 BV; im Zusammenhang mit CETA ist nämlich ein Verfahren auf Erlass eines Bundesgesetzes zur Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union, das nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG der Zustimmung des Bundesrats bedarf, weder eingeleitet noch steht eine solche Einleitung unmittelbar bevor (3.).

[42]

1. Durch das Gesetz zur Änderung der Verfassung des Freistaates Bayern – Angelegenheiten der Europäischen Union – vom 11. November 2013 (GVBl S. 640) wurde mit Wirkung ab 1. Januar 2014 ein neuer Absatz 4 in Art. 70 BV eingefügt, der die Mitwirkungsrechte des Landesgesetzgebers in Angelegenheiten der Europäischen Union stärken soll. Hintergrund der Verfassungsänderung ist das im Zusammenhang mit der Entwicklungsdynamik der Europäischen Union zunehmend diskutierte „Demokratiedefizit“. Durch die Neuregelung in Art. 70 Abs. 4 BV soll ein Mehr an Demokratie in den nationalen Entscheidungsprozess Eingang finden (LT-Drs. 16/15140 S. 7). Sie geht zurück auf eine Erklärung der Präsidentinnen und Präsidenten der deutschen Landesparlamente auf ihrer Jahrestagung am 21./22. Juni 2010 (sog. Stuttgarter Erklärung, Landtag von Baden-Württemberg LT-Drs. 14/6554) und soll der Aushöhlung der Befugnisse der Gesetzgeber in den Bundesländern entgegenwirken, die sich daraus ergibt, dass eine unmittelbare Beteiligung der Landesparlamente an der Mitwirkung in Angelegenheiten der Europäischen Union im Grundgesetz nicht vorgesehen ist. Ziel der Verfassungsänderung ist es daher insbesondere, dass der Bayerische Landtag in die Wahrnehmung der vom Bundesverfassungsgericht verlangten Integrationsverantwortung auf Ebene der Europäischen Union (BVerfG vom 30.6.2009 BVerfGE 123, 267/356) und in das „Subsidiaritätsfrühwarnsystem“ stärker als bisher durch Berücksichtigungspflichten eingebunden wird und der Bayerischen Staatsregierung sogar durch Gesetz in bestimmten Fällen zwingende Weisungen erteilen kann (Brechmann in Meder/Brechmann, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 5. Aufl. 2014, Art. 70 Rn. 28 ff.).

[43]

Zentrale Vorschrift der Neuregelung ist Art. 70 Abs. 4 Satz 2 BV, auf den sich der Gesetzentwurf des Volksbegehrens stützt. Danach kann die Staatsregierung in ihren verfassungsmäßigen Aufgaben durch Gesetz gebunden werden, wenn das Recht der Gesetzgebung durch die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union betroffen ist. Diese Verfassungsbestimmung ist in mehrfacher Hinsicht auslegungsbedürftig.

[44]

a) Es stellt sich die Frage, welche auf die Europäische Union zu übertragenden Hoheitsrechte Art. 70 Abs. 4 Satz 2 BV in den Blick nimmt. Nach dem Wortsinn des Begriffs „Hoheitsrechte“ sind hierunter alle Kompetenzen zur Ausübung öffentlicher Gewalt zu verstehen;

erfasst sind demnach sämtliche Staatsfunktionen in den Bereichen der Legislative, der Exekutive und der Judikative (vgl. zu Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG Scholz in Maunz/Dürig, GG, Art. 23 Rn. 65; Streinz in Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 23 Rn. 55).

[45]

Aufgrund der Gesetzesbegründung (LT-Drs. 16/15140 S. 7) drängt sich keine Beschränkung auf den Bereich der Gesetzgebung auf. Zwar ist dort ausgeführt, Art. 70 Abs. 4 Satz 2 BV räume dem Landtag das Recht ein, die Staatsregierung durch Gesetz in ihren verfassungsmäßigen Aufgaben zu binden, „sofern ... Gesetzgebungszuständigkeiten Bayerns ganz oder teilweise auf die Europäische Union übertragen werden“ sollten. Davon nicht berührt sei die Übertragung von Hoheitsrechten in Angelegenheiten, für die der Bund die ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit besitze oder bei denen der Bund im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung von seinem Recht der Gesetzgebung Gebrauch gemacht habe, ohne dass die Länder noch hiervon abweichende Regelungen treffen könnten. Trotz dieser Formulierungen in der Gesetzesbegründung, die einen wesentlichen Aspekt im Rahmen der Übertragung von Hoheitsrechten aufgreifen, ist nicht davon auszugehen, dass der Wirkungsbereich des Art. 70 Abs. 4 Satz 2 BV nur die Übertragung von Gesetzgebungszuständigkeiten des Freistaates Bayern erfasst.

[46]

Gegen eine solche einschränkende Auslegung spricht neben dem Wortlaut der Bestimmung, die gerade nicht auf die Übertragung von Gesetzgebungskompetenzen des Freistaates Bayern abstellt, ihre Entstehungsgeschichte. Das Land Baden-Württemberg hat die oben dargestellte Erklärung der Präsidentinnen und Präsidenten der deutschen Landesparlamente als erstes aufgegriffen und durch Gesetz vom 7. Februar 2011 nähere Regelungen hierzu in seiner Landesverfassung getroffen. Sollen ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeiten der Länder ganz oder teilweise auf die Europäische Union übertragen werden, ist die Landesregierung nach Art. 34 a Abs. 2 Satz 1 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg an Stellungnahmen des Landtags gebunden. Vor dem Hintergrund dieser ausdrücklich auf die Übertragung von (ausschließlichen) Gesetzgebungsbefugnissen beschränkten Normierung hat sich der bayerische Gesetzgeber für eine wesentlich weitere Formulierung in Art. 70 Abs. 4 Satz 2 BV entschieden.

[47]

Dessen Anwendungsbereich kann daher nicht nur eröffnet sein, wenn Gesetzgebungszuständigkeiten des Landes übertragen werden. Art. 70 Abs. 4 Satz 2 BV erfasst vielmehr auch die Übertragung von Hoheitsrechten der vollziehenden oder der rechtsprechenden Gewalt auf die Europäische Union, wenn durch sie das Recht der Gesetzgebung „betroffen“ ist. Dies setzt voraus, dass die Gestaltungsfreiheit des Landesgesetzgebers bei Ausübung seiner – unveränderten – Gesetzgebungszuständigkeiten inhaltlich eingeschränkt wird. Eine Einschränkung kann sich entweder bereits aus dem Übertragungsakt selbst oder aber erst aus dem späteren Gebrauchmachen von den übertragenen exekutiven oder judikativen Hoheitsrechten ergeben. Welche Anforderungen im Einzelnen erfüllt sein müssen, um Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Anwendung des Art. 70 Abs. 4 Satz 2 BV zu vermeiden, bedarf hier keiner Vertiefung.

[48]

b) Auslegungsbedürftig ist ferner, auf welche Aufgaben der Staatsregierung sich die in Art. 70 Abs. 4 Satz 2 BV vorgesehene Bindungswirkung erstrecken kann.

[49]

Es ist dort von den „verfassungsmäßigen“ Aufgaben der Staatsregierung die Rede, sodass es zunächst naheliegt, diese als von der Bayerischen Verfassung zugewiesene Funktionen zu interpretieren. Der Regelungszweck des Art. 70 Abs. 4 Satz 2 BV liegt zwar in erster Linie darin, einer Aushöhlung der Stellung des Landesparlaments entgegenzutreten. Dieses auf den Freistaat Bayern bezogene Ziel lässt sich aber nur realisieren, wenn durch die Anwendung der Regelung darüber hinaus auf die Rechtsbereiche des Bundes und der Europäischen Union eingewirkt wird. Die Bindungswirkung kann daher alle diesbezüglichen Aufgaben der Staatsregierung auf Landes-, Bundes- und Unionsebene erfassen. In europäischer Hinsicht gilt dies beispielsweise für Beratungen im Ausschuss der Regionen (vgl. Art. 13 Abs. 4 EUV; Art. 300, 305 bis 307 AEUV; Beschluss 2014/930/EU des Rates vom 16. Dezember 2014 über die Zusammensetzung des Ausschusses der Regionen; Beschluss (EU) 2015/116 des Rates vom 26. Januar 2015 zur Ernennung der Mitglieder und Stellvertreter des Ausschusses der Regionen). Innerstaatlich soll sich die Bindungswirkung – so das zentrale Anliegen der zugrunde liegenden Verfassungsänderung – insbesondere auf das Abstimmungsverhalten der Vertreter der Staatsregierung im Bundesrat (vgl. Art. 50 ff. GG) erstrecken dürfen (LT-Drs.

16/15140 S. 3, 7). Nach Auffassung des verfassungsändernden Gesetzgebers ist diese strikte Bindung der Staatsregierung angezeigt, da es sich im Fall der Übertragung von Gesetzgebungszuständigkeiten auf die Europäische Union um einen endgültigen Verlust eigener Rechte des Landtags handelt. Mit diesem Inhalt soll eine Bindung der Staatsregierung grundsätzlich auch im Wege der Volksgesetzgebung möglich sein (LT-Drs. 16/15140 S. 7; Brechmann in Meder/ Brechmann, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 70 Rn. 35; a. A. Holzner, Verfassung des Freistaates Bayern, 2014, Art. 70 Rn. 35).

[50]

c) Einer Klärung bedarf zudem die Frage, im Hinblick auf welche Gesetzgebungsverfahren des Bundes eine gesetzliche Weisung der Staatsregierung für die Abstimmung im Bundesrat in Betracht kommt.

[51]

aa) Die Bayerische Verfassung bekennt sich in Art. 3 a Satz 1 BV ausdrücklich zu einem geeinten Europa, das demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen sowie dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist, die Eigenständigkeit der Regionen wahrt und deren Mitwirkung an den europäischen Entscheidungen sichert. Die Entscheidung über die Art und Weise der Beteiligung Deutschlands an der Europäischen Union fällt jedoch in die ausschließliche Zuständigkeit des Bundes (Wollenschläger in Meder/Brechmann, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 3 a Rn. 9; Lindner in Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, 2009, Art. 3 a Rn. 1, 12). Zur Verwirklichung eines vereinten Europas kann der Bund nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG Hoheitsrechte auf die Europäische Union übertragen; diese Befugnis erstreckt sich auch auf Hoheitsrechte der Länder (Streinz in Sachs, GG, Art. 23 Rn. 57 mit Verweis auf Art. 23 Abs. 5 Satz 2 und Abs. 6 Satz 1 GG; Uerpmann-Witzack in v. Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 23 Rn. 37; Scholz in Maunz/Dürig, GG, Art. 23 Rn. 64). Die Übertragung von Hoheitsrechten sowohl des Bundes als auch der Länder erfolgt durch Gesetz, das der Zustimmung des Bundesrats bedarf. Die Bedeutung des Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG liegt in der Normierung, dass ein bloßes völkerrechtliches Vertragsgesetz gemäß Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG keine hoheitsrechtsübertragende Wirkung haben kann, dass dazu vielmehr mit besonderer verfassungsunmittelbarer Erlaubnis ein spezielles Integrationsgesetz erforderlich ist, das ausnahmslos der Zustimmung des Bundesrats bedarf (vgl. BVerfGE 123, 267/355; Kempfen in

v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 59 Rn. 44). In seinem Anwendungsbereich verdrängt Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG als *lex specialis* die Regelung des Art. 24 Abs. 1 GG, wonach der Bund durch Gesetz Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen kann (Streinz in Sachs, GG, Art. 23 Rn. 9).

[52]

bb) Mit der Formulierung „Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union“ knüpft Art. 70 Abs. 4 Satz 2 BV bewusst (vgl. LT-Drs. 16/15140 S. 2) an die Regelung des Art. 23 GG an, der die spezielle Ermächtigung zur Mitwirkung an der europäischen Integration und zur Entwicklung einer als Staatenbund konzipierten Europäischen Union enthält. Dem Landesgesetzgeber soll dann – und nur dann – eine unmittelbare Beteiligung durch gesetzliche Weisung gegenüber der Staatsregierung für die Abstimmung im Bundesrat ermöglicht werden, wenn die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union durch ein Bundesgesetz im Sinn des Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG das Gesetzgebungsrecht des Landtags betrifft; Eingriffe in die Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers sollen auf eine breite demokratische Legitimation gestützt, der Landesgesetzgeber dadurch an der Integrationsverantwortung beteiligt werden (vgl. LT-Drs. 16/15140 S. 2, 3 und 7). Dies setzt voraus, dass die Abstimmung im Bundesrat ein Gesetzesvorhaben betrifft, das ausdrücklich auf die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union durch ein Gesetz nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG gerichtet ist. Außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG kann auch Art. 70 Abs. 4 Satz 2 BV weder unmittelbare noch entsprechende Anwendung finden. Insbesondere kann das Weisungsrecht des Landesgesetzgebers nicht auf die Abstimmung über Gesetzesvorhaben ausgedehnt werden, die auf die Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen nach Art. 24 Abs. 1 GG gerichtet sind.

[53]

2. Ob es mit dem Grundgesetz vereinbar ist, die Bindungswirkung des Art. 70 Abs. 4 Satz 2 BV auf das Abstimmungsverhalten der Staatsregierung im Bundesrat zu erstrecken, erscheint zweifelhaft, bedarf aber keiner abschließenden Erörterung.

[54]

a) Der Bundesrat ist ein Verfassungsorgan des Bundes. Nach Art. 50 GG wirken die Länder durch den Bundesrat bei der Gesetzgebung und Verwaltung des Bundes und in Angelegenheiten der Europäischen Union mit. Der

Bundesrat besteht gemäß Art. 51 Abs. 1 GG aus Mitgliedern der Landesregierungen. Der Verfassungsgeber des Grundgesetzes hat sich damit für die Ausgestaltung des Bundesrats als Kammer der Landesregierungen und gegen ein auf dem Gedanken der Repräsentanz des Landesstaatsvolks beruhendes Senatssystem entschieden. Aus dieser Konzeption hat das Bundesverfassungsgericht gefolgert, dass das Landesparlament oder das Landesvolk zu einem Hineinwirken in die Entscheidungen des Bundesrats nicht befugt sei; eine Instruktion der Mitglieder der Landesregierung im Bundesrat durch das Landesvolk sei nach der Struktur des Bundesrats ausgeschlossen (BVerfG vom 30.7.1958 BVerfGE 8, 104/120 f.).

[55]

Die Gesetzesbegründung zu Art. 70 Abs. 4 BV (LT-Drs. 16/15140 S. 7) verweist demgegenüber auf die ständig zunehmende Aushöhlung von landesrechtlichen Gesetzgebungskompetenzen zugunsten der Europäischen Union; an dieser Entwicklung würden die eigentlich Betroffenen, nämlich die Landesparlamente, verfassungsrechtlich nicht oder nur unzureichend beteiligt. Das Recht zur strikten Bindung der Staatsregierung nach Art. 70 Abs. 4 Satz 2 BV sei angezeigt, weil es um den endgültigen Verlust eigener Rechte des Landtags gehe. Zugleich könne durch diese Mitwirkung der Integrationsverantwortung der Parlamente für die weitere Entwicklung der Europäischen Union Rechnung getragen werden, die das Bundesverfassungsgericht in seiner neueren Rechtsprechung (vgl. BVerfGE 123, 267/356) im Hinblick auf den fortschreitenden europäischen Integrationsprozess eingefordert habe (Papier, ZParl 2010, 903/907 f.; vgl. zum Meinungsstand Brechmann in Meder/Brechmann, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 70 Rn. 42 m. w. N. in Fn. 84).

[56]

Dem wird in der verfassungsrechtlichen Literatur mit beachtlichen Gründen entgegengehalten, Zusammensetzung, Rechtsstellung und Verfahren des Bundesrats als Verfassungsorgan des Bundes seien im Grundgesetz abschließend normiert. Mit der dort festgelegten exekutivischen Prägung des Bundesrats sei eine Weisungsbefugnis eines anderen (Landes-)Verfassungsorgans – hier des Landtags oder des Landesvolks als Gesetzgeber – gegenüber den Mitgliedern der Landesregierung im Bundesrat nicht vereinbar. Das Bundesverfassungsgericht habe deshalb jegliche rechtliche Einflussnahme der Landesparlamente auf das Abstimmungsverhalten der Landesregierungen im Bundesrat als grundgesetzwidrig

bezeichnet. An der Grundlage dieser bereits auf das Jahr 1958 zurückgehenden Rechtsprechung habe sich nichts geändert (Möstl in Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, Vorbemerkungen B Rn. 6; Koriath in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, Art. 51 Rn. 25; Bauer in Dreier, GG, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 51 Rn. 26; Linck, DVBl 1974, 861/862 f.; vgl. zum Meinungsstand Brechmann in Meder/Brechmann, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 70 Rn. 41 m. w. N. in Fn. 81 f.).

[57]

b) Für die vom Verfassungsgerichtshof zu treffende Entscheidung über die Zulassung des Volksbegehrens „Nein zu CETA!“ bedarf es keiner abschließenden Klärung der Frage, ob die in Art. 70 Abs. 4 Satz 2 BV angelegte Bindung des Abstimmungsverhaltens im Bundesrat durch Landesgesetz mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

[58]

Zwar erstreckt sich die Vorlagepflicht zur Prüfung der Vereinbarkeit von Landesrecht mit Bundesrecht nach Art. 100 Abs. 1 GG auf die Landesverfassungsgerichte und gilt auch im Hinblick auf die Landesverfassungen (vgl. BVerfG vom 29.1.1974 BVerfGE 36, 342/356). Daher käme grundsätzlich eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht in Betracht, wenn der Verfassungsgerichtshof – nach Prüfung der Möglichkeit einer grundgesetzkonformen Auslegung – der Überzeugung wäre, eine Norm der von ihm als Prüfungsmaßstab anzuwendenden Bayerischen Verfassung sei mit dem Grundgesetz nicht vereinbar. Dies würde jedoch voraussetzen, dass sich der Ausgang des Vorlageverfahrens beim Bundesverfassungsgericht auf die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs auswirken würde, also entscheidungserheblich wäre (vgl. § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG). Der Verfassungsgerichtshof müsste im Fall der Ungültigkeit des Art. 70 Abs. 4 Satz 2 BV zu einem anderen Ergebnis des vorliegend zu entscheidenden Verfahrens gelangen als im Fall der Gültigkeit der infrage gestellten Verfassungsbestimmung (BVerfG vom 25.10.1960 BVerfGE 11, 330/334 f.; vom 12.5.1992 BVerfGE 86, 71/76 f.; vom 28.5.2008 BVerfGE 121, 233/237 f.). Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, da das Volksbegehren „Nein zu CETA!“ unabhängig von dieser Frage aus den folgenden Gründen nicht zugelassen werden kann.

[59]

3. Das mit dem Volksbegehren angestrebte Gesetz zur Bindung der Staatsregierung bei der Abstimmung über das Zustimmungsgesetz zu CETA im Bundesrat kann schon deshalb nicht auf Art. 70 Abs. 4 Satz 2 BV gestützt

werden, weil insoweit ein auf die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union gerichtetes Verfahren auf Erlass eines Bundesgesetzes, das nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG der Zustimmung des Bundesrats bedarf, weder eingeleitet ist noch eine solche Einleitung unmittelbar bevorsteht.

[60]

a) Eine gesetzliche Weisung gegenüber der Staatsregierung für die Abstimmung im Bundesrat kommt – ihre grundgesetzliche Zulässigkeit unterstellt – nach Art. 70 Abs. 4 Satz 2 BV nur in Betracht, wenn das Verfahren der Bundesgesetzgebung auf die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG gerichtet ist (vgl. oben 1. C).

[61]

Inhaltlich steht insoweit allerdings weder dem Landesgesetzgeber noch dem Verfassungsgerichtshof ein Prüfungs- und Entscheidungsrecht zu. Denn im föderativ gestalteten Bundesstaat des Grundgesetzes stehen die Verfassungsbereiche des Bundes und der Länder grundsätzlich selbständig nebeneinander (BVerfG vom 15.10.1997 BVerfGE 96, 345/368). Für Fragen im Zusammenhang mit der dem Verfassungsraum des Bundes zuzuordnenden Bundesgesetzgebung kommt es entscheidend darauf an, welche Haltung die Gesetzgebungsorgane des Bundes dazu einnehmen. Maßgeblich ist also allein, wie diese das zur Abstimmung gestellte Gesetzesvorhaben bewerten. Führen sie ein Gesetzgebungsverfahren nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG durch, ist – unter den weiteren Voraussetzungen des Art. 70 Abs. 4 Satz 2 BV – Raum für eine Bindung der Staatsregierung durch Landesgesetz. Eine solche gesetzliche Weisung scheidet indes aus, wenn sie von einem anderen Fall der Zustimmungspflichtigkeit ausgehen, etwa von einem Zustimmungserfordernis nach Art. 84 Abs. 1 Sätze 5 und 6 GG, wie im Fall des Entwurfs eines Gesetzes zu dem Freihandelsabkommen vom 6. Oktober 2010 zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Korea andererseits (vgl. BT-Drs. 17/10758 S. 8). Etwaige Meinungsverschiedenheiten über das Erfordernis eines Gesetzes nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG sind gegebenenfalls vom Bundesverfassungsgericht nach Maßgabe der Normen des Grundgesetzes und des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes zu entscheiden. Eine Kompetenz des bayerischen Gesetzgebers oder des Verfassungsgerichtshofs zur Beurteilung dieser Frage im Zusammenhang mit der Anwendung des Art. 70 Abs. 4 Satz 2 BV ist nicht eröffnet. Da nämlich auf Landesebene nicht verbindlich über das Erfordernis ei-

nes Gesetzes nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG entschieden werden kann, bliebe die Bewertung durch ein Landesorgan zwangsläufig mit dem Risiko behaftet, dass sie sich bundesrechtlich als unzutreffend erweist. Eine solche Einschätzung ohne Letztentscheidungskompetenz kann nicht Grundlage für eine bindende Weisung durch Gesetz nach Art. 70 Abs. 4 Satz 2 BV mit der entsprechenden rechtlichen wie faktischen Auswirkung auf ein Gesetzgebungsverfahren des Bundes sein. Sie würde zudem voraussetzen, dass der Verfassungsgerichtshof in einer Vielzahl von bundes-, europa- und völkerrechtlichen Fragen Stellung bezieht, die teilweise umstritten und von den hierfür zuständigen Organen noch nicht abschließend geklärt sind; dies gehört nicht zu den Aufgaben eines Landesverfassungsgerichts (vgl. VerFGH vom 16.12.2010 VerFGHE 63, 220/226).

[62]

b) Auf Bundesebene ist im Zusammenhang mit CETA ein Verfahren auf Erlass eines Gesetzes im Sinn von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG zur Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union weder eingeleitet noch steht eine solche Einleitung unmittelbar bevor.

[63]

Nach den Ausführungen des Staatsministeriums des Innern, für Bau und Verkehr wurde der Ratifikationsprozess in den Mitgliedstaaten bislang nicht in Gang gesetzt. Dies werde erst geschehen, wenn das Europäische Parlament dem Abkommen zugestimmt habe; mit seiner Entscheidung sei voraussichtlich im Februar 2017 zu rechnen. Die Bundesregierung beabsichtige, zu gegebener Zeit einen Entwurf zu einem Zustimmungsgesetz nach Art. 59 GG einzubringen (so die Unterrichtung des Bundeskanzleramts an die Bevollmächtigten der Länder beim Bund und die Direktorin des Bundesrats über die am 19. Oktober 2016 beschlossenen Kabinettsvorlagen der Bundesregierung). Noch nicht festgelegt habe sich die Bundesregierung allerdings insoweit, ob das Gesetzgebungsverfahren noch in der laufenden Wahlperiode durchgeführt werden solle und ob das Gesetz auch, wie bei früheren Freihandelsabkommen für erforderlich erachtet, der Zustimmung des Bundesrats bedürfe. Gegenwärtig ist kein Anhaltspunkt dafür ersichtlich, dass die Bundesregierung oder der Bundestag es als Gesetz im Sinn von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG einstufen wird. Das Volksbegehren kann daher unabhängig davon, ob demnächst eine Einbringung des Vertragsgesetzes zu erwarten ist, nicht zugelassen werden.

[64]

Die bloße – theoretische – Möglichkeit, dass ein Zustimmungsgesetz zu dem Abkommen in der Zukunft doch noch im Sinn der Unterstützer des Volksbegehrens bewertet und von den Bundesorganen als nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG zustimmungsbedürftig angesehen werden könnte, vermag eine Zulassung ebenso wenig zu rechtfertigen. Zweck des Art. 70 Abs. 4 Satz 2 BV ist es, die Staatsregierung im Hinblick auf ein konkretes Gesetzgebungsvorhaben des Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG zu binden, nicht aber, landesgesetzgeberische Aktivitäten gleichermaßen auf Vorrat und auf Verdacht hin zu ermöglichen. Dies folgt für die Volksgesetzgebung auch aus der durch das Grundrecht auf Teilhabe an der Staatsgewalt gemäß Art. 7 Abs. 2 BV geschützten Abstimmungsfreiheit. Der Bürger muss auf allen Stufen eines Volksgesetzgebungsverfahrens aus dem Gesetzesentwurf und dessen Begründung die Abstimmungsfrage und deren Bedeutung und Tragweite entnehmen können (VerFGH vom 13.4.2000 VerFGHE 53, 81/105 f.). Hieran fehlt es, wenn sich ein Volksbegehren nach Art. 70 Abs. 4 Satz 2 BV auf ein nicht hinreichend konkretisiertes Gesetzgebungsvorhaben des Bundes bezieht. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die Unterstützerunterschriften für das Volksbegehren bereits ab dem 13. Juli 2016 gesammelt worden sind, also – deutlich – vor Unterzeichnung des bis zuletzt auch inhaltlich verhandelten Abkommens durch die Mitgliedstaaten der Europäischen Union am 28. Oktober 2016 sowie durch die Europäische Union und Kanada am 30. Oktober 2016. Dass die unmittelbare Gesetzgebung durch das Volk naturgemäß einen längeren zeitlichen Vorlauf erfordert, kann nicht von den besonderen Anforderungen des Art. 70 Abs. 4 Satz 2 BV entbinden.

V.

[65]

Das Verfahren ist kostenfrei (Art. 27 Abs. 1 Satz 1 VfGHG).

In eigener Sache: Über das Konzept der Zeitschrift für Landesverfassungsrecht und Landesverwaltungsrecht

„Es gärt jetzt seit einiger Zeit so sehr in mir an alten und neuen Ideen, an Stoff zu allerhand Abhandlungen, daß ich mit Macht an die Realisierung unseres Planes, der Herausgabe einer juristischen Zeitschrift, denke. Für das gegenwärtige Jahr könnte ich 3 – 4 größere Abhandlungen und manche kleine beisteuern.“ So schrieb es der Rechtswissenschaftler und -reformer *Rudolf von Ihering* an den Vater des modernen Staatsrechts *Carl Friedrich von Gerber* im Jahr 1855.

Zwar mag die Zeit heute weniger revolutionär sein und die Rechtswissenschaft nur in wenigen Bereichen in vergleichbarer Weise auf der Suche nach der eigenen Identität wie damals sich befinden. In einem ganz ähnlichen Drängen nach junger Wissenschaft und frischer Erkenntnis werden sich dennoch die Herausgeber dieser Zeitschrift auch befinden haben, als sie sich vor etwas mehr als einem Jahr dazu durchgerungen haben, eine neue rechtswissenschaftliche Zeitschrift auf den Weg zu bringen – die Zeitschrift für Landesverfassungsrecht und Landesverwaltungsrecht – eine allgemeine Zeitschrift für alle sechzehn deutschen Länder.

Stellvertretend für die Redaktion und die Herausgeber soll, nachdem das Projekt nun erfolgreich angelaufen ist, die Konzeption eine kurze Vorstellung finden. Diese Beschreibung hat nicht das Ziel die Konzeption hermetisch einzurahmen, sondern soll vielmehr die Stoßrichtung verdeutlichen. Antwort findet schließlich die Frage: Was steht hinter der ZLVR?

I. Die Idee

Den Herausgebern ist sehr bewusst, dass die bestehende Vielzahl an Fachzeitschrift eine umfassende Literaturkenntnis zu gewissen Interessenskomplexen zunehmend erschwert. Monat für Monat werden eine Fülle neuer wissenschaftlicher Texte der fachwissenschaftlichen Allgemeinheit zugeführt. Es ist ohne ein Miteinander, eine Zusammenarbeit, die Mithilfe von Hilfskräften oder anderer Unterstützung quasi eine Unmöglichkeit, immer eine allumfassende Literaturkenntnis seines Rechtsgebietes zu haben. Die Menge und die damit einhergehende Kurztaktigkeit mit der neue Beiträge in den Diskurs geworfen werden, ist unbestritten immens.

Diesen zu erkennenden Wandel für den Fortschritt der Wissenschaft zu nutzen ist die Aufgabe der in der Wissenschaft Tätigen – es wird zunehmend die Möglichkeit gebo-

ten, bestehendes Wissen zu konservieren und anderen zugänglich zu machen, den Wissens- und Ideentransfer zu verstärken und draus erneut Fortschritt zu generieren. Und dieser Verantwortung werden die Herausgeber mit ihrem Projekt gerecht. Es liegt dann in der Folge an den Wissenschaftlern selbst, mit der Fülle zurecht zu kommen.

Trotz dieser zu erkennenden Fülle an wissenschaftlicher Literatur scheint es in der Juristerei insgesamt eine ungenmäßige Asymmetrie in der Befassung mit Rechtsgebieten zu geben. Es lässt sich ein Defizit in der Aufmerksamkeit insbesondere für das Verfassungsrecht der Länder sowie deren Verwaltungsrecht feststellen. Dabei sind es doch gerade die Länder, die die Grundlage unseres Bundesstaates darstellen, die den Großteil staatlicher Aufgabenerfüllung übernehmen und die nicht zuletzt im Spagat zwischen europäischer Integration und Kommunalrecht für die Bevölkerung dieses Landes eine vermeintlich größere Nähe, mehr Bezug zu ihrem Alltag und auch mehr Verständlichkeit ihrer Politik bieten.

Eine entsprechende auf die Gesamtheit der Länderebene bezogene juristische Betrachtung fehlt jedoch zumeist. Man vergegenwärtige sich zum Beispiel, dass Entscheidungen von Landesverfassungsgerichten häufig nicht über den entsprechenden regionalen Rahmen hinaus an Aufmerksamkeit gewinnen können, obwohl diverse Länder in großen Teilen ähnliche Regelungen treffen – eine über das einzelne Land hinaus gegebene Relevanz daher häufig nicht zu verneinen ist. Darüber hinaus beeinflusst das Landesrecht vielfältig die alltägliche Lebenswelt und dies in vielen Bereichen, in denen man sich dieser Beeinflussung auch gar nicht unbedingt bewusst ist – man denke nur einmal an die Auswirkungen des Kommunalrechts oder die Bereiche des Kulturrechts. Daneben gibt es selbstverständlich auch das Tafelsilber der Länder; Rechtsgebiete mit denen die Länder regelmäßig im Fokus der Öffentlichkeit stehen: Schul-, Hochschul- oder Polizeirecht.

Dieses neue Periodikum hat entsprechend seinen Fokus auf einen Teilbereich des Öffentlichen Rechts, sowohl auf das Landesverwaltungsrecht als auch auf das Landesverfassungsrecht gesetzt und bearbeitet einerseits aktuelle juristische Problemlagen und publiziert andererseits auch eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit diesem Themenbereich. Es soll den Teilgebieten des Landesrechts ein Platz angeboten werden, jedoch wichtiger auch für Auseinandersetzungen in allgemeiner sowie vergleichender Art zwischen den sechzehn Ländern. Neben den thematischen Abhandlungen und den kurzen Beiträgen werden in jedem

Quartal auch ausgewählte interessante Lösungen der Gerichte auf Landesebene vorgestellt.

II. Das Konzept

Neben einer tragfähigen inhaltlichen Ausrichtung bedarf es auch einer tragfähigen organisatorischen Umsetzung. Die Herausgeber haben dazu im Juni 2016 die *Erfurter Gesellschaft für deutsches Landesrecht* gegründet, deren einzige obligatorische Aufgabe die regelmäßige Herausgabe der ZLVR ist. Zugleich ist sie, die das institutionelle Fundament bildet, aber auch der Pflege der Landesrechtswissenschaft verschrieben, der Verstärkung der Auseinandersetzung mit dem Landesrecht in seiner in Deutschland verschieden auftretenden Ausprägung. Die enge Verzahnung von Gesellschaft und Zeitschrift kommt auch in der Parallelität der Besetzung der zentralen Positionen zum Ausdruck: Verantwortliche Gesellschafter sind die beiden Herausgeber der Zeitschrift. Sie haben mithin die Aufgabe langfristig die inhaltliche Ausrichtung von Gesellschaft und Zeitschrift zu wahren.

Das Autorenfeld der ZLVR wird derzeit hauptsächlich von rechtswissenschaftlich ausgebildeten und ambitionierten Nachwuchswissenschaftlern und Praktikern gestellt, die dem Landesrecht auf sehr verschiedene Weise verbunden sind. Dieses Feld bildet die Basis, die in den kommenden Jahren zu verstärken und auszubauen ist. Es konnten nach dem erfolgreichen Projektstart zudem erste Zusagen von etablierten Wissenschaftlern gewonnen werden. Um den Inhalt der Zeitschrift weiter zu bereichern, sind sämtliche Wissenschaftler aufgerufen, Beiträge einzureichen, ganz gleich ob sie sich als Wissenschaftler noch in der höheren Ausbildungsphase befinden und ob sie ausgebildete Rechtswissenschaftler sind oder sich zu den anverwandten Wissenschaften zuordnen, beispielsweise zu den Verwaltungs-, Sozial- oder Wirtschaftswissenschaften.

Ein Wesenszug der Zeitschrift ist, dass sie von Idealismus aller Projektpartner getragen und zugleich auch auf diesen notwendig angewiesen ist. Steckt normalerweise hinter Zeitschriften ein enormer finanzieller Aufwand, was beispielsweise an den Preisen für die Abonnements und an den Autorenhonoraren zu erkennen ist, geht die ZLVR einen anderen Weg. Alle Projektpartner sind der Sache des Landesrechts und ebenso der freien Wissenschaft verschrieben. Die Mitarbeit an der Herausgabe der Zeitschrift hat keinerlei materielle bzw. finanzielle Ambitionen im Zusammenhang mit der Zeitschrift und der Gesellschaft. Es werden keine Aufwandsentschädigung, Autorenhonorare oder ähnliches ausbezahlt, die Mitarbeit an der Redaktion der Zeitschrift läuft ebenso ehrenamtlich, wie jegliche andere Zuarbeit.

Entsprechend des Credo der freien Wissenschaft ist das Publikationsmodell ausgestaltet. Die Zeitschrift erscheint

einmal im Quartal, jeweils zur Mitte. Der Hauptverbreitungsweg ist die Online-Publikation. Seit dem zweiten Heft, der Ausgabe 1/2017, erfolgt diese Online-Publikation umgehend nach dem offiziellen Erscheinen der Printausgabe der ZLVR. Sie ist für jeden ohne weitere Verifizierung frei und kostenlos zugänglich – ein Beitrag zur wissenschaftlichen Barrierefreiheit. Dennoch stehen Herausgeber und Redaktion weiter zu ihrem Bekenntnis der Erhaltung der Printversionen von Periodika. Daher wird jede Ausgabe der ZLVR als Printversion ausgewählten Bibliotheken in Deutschland kostenlos zur Verfügung gestellt. Das Abonnentenfeld erstreckt sich bereits jetzt über weite Teile Deutschlands. Auch haben darüber hinaus alle anderen Organisationen und Wissenschaftler grundsätzlich die Möglichkeit eine Printversion der Zeitschrift zu erhalten.

Um dieses Print-Angebot auf Dauer zu garantieren ist die Gesellschaft auf finanzielle Zuwendungen, auf Spenden angewiesen. So sind alle Abonnenten der Printversion gebeten, freiwillig einen an den Druckkosten orientierten Obolus zu spenden. Dieses Modell garantiert die freie Zugänglichkeit der Zeitschrift ohne Ausnahme und bietet Liebhabern klassischer gedruckter Zeitschriften doch die Möglichkeit, die ZLVR in hochwertiger Papierform zu erhalten.

III. Ausblick

Die Starphase der Gründung einer neuen juristischen Zeitschrift ist erfolgreich geglückt. Die Aufnahme der Zeitschrift in die deutschen Bibliothekskataloge zeigt ein reges Interesse, Fachbibliotheken stellen Anfragen und positive Rückmeldungen über die Qualität der Zeitschrift erhalten wir aus den Fachkreisen. Nach dieser Anfangsphase gilt es nun, die Zeitschrift auf konsolidierten Bahnen fortzuführen. Dazu sind jederzeit solche Köpfe zur inhaltlichen und organisatorischen Mitarbeit willkommen, die sich dem Landesrecht in irgendeiner Weise verbunden fühlen, die einen entsprechenden Idealismus mitbringen und die mit uns diesem spannenden Bereich des Öffentlichen Rechts mehr Aufmerksamkeit zukommen lassen wollen.

Zu Anpassungen der Konzeption und Organisationsstruktur kann und wird es immer wieder kommen, ebenso werden sich die Personenkreise hinter solchen Projekten kontinuierlich verändern. Das Anliegen, sich einmal im Rahmen eines Periodikums um das Gewöhnliche und eben nicht Extraordinäre zu kümmern, wird bleiben und so werden wir uns Heft für Heft dem Landesrecht widmen.

Die Herausgeber und die Redaktion

Impressum

Herausgeber und Verantwortliche für die Ausgabe:

Erfurter Gesellschaft für deutsches Landesrecht GbR

Postfach 80 07 06

99033 Erfurt

Homepage: zlv.de

Email: redaktion@zlv.de

Verantwortliche Herausgeber: Hannes Berger, Lukas C. Gundling.

Die Zeitschrift erscheint quartalsweise im Selbstverlag und ist im Sinne einer freien Wissenschaft kostenlos und jederzeit online zugänglich.

Eine Printversion der Zeitschrift für Landesverfassungsrecht und Landesverwaltungsrecht ist ausschließlich gegen Spende bestellbar.

Spende je Einzelheft: 10,--€

Spende je Jahrgang: 38,50€

Bestellungen sind unter www.zlv.de oder postalisch möglich.

Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck nur mit Erlaubnis der Herausgeber.

Autor_innen senden Manuskripte unter redaktion@zlv.de ein. Manuskripte müssen den Anforderungen der Autorenhinweisen entsprechen.