

Kapitalmarkt und kollektiver Rechtsschutz - Symposium in Gedenken an Andreas Tilp -

2023

ISBN 978-3-406-78824-6

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition.
Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage
C.H.BECK und Franz Vahlen.
beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit:

über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

„Nu mal so: die von @welt zitierten #Kinggreen (AfD SV) und #Kießling dienen durch die Bank immer vielen #Querdenkern als Zitatgeber in den an uns Parlamentarier gerichteten Massenmails.“

Die Kritik in Form eines kleinen Shitstorms folgte auf dem Fuße. Zusammenfassend äußerte sich dann der Bayreuther Verfassungsrechtskollege *Stephan Rixen* am 20. Januar 2021 im „Verfassungsblog“⁷ pointiert und sagte unter der Überschrift: „Heribert Hirte und die Wissenschaft. Wer künftig als Sachverständige_r [sic!] im Deutschen Bundestag auftritt, sollte auf der Hut sein.“

„Schon in tatsächlicher Hinsicht ist an diesem Tweet einiges falsch: „Nu mal so“ meint, wie die Bezüge zu anderen Tweets verdeutlichen, offenbar „Nur mal so“, beim schnellen Tippen auf der Handy-Tastatur geht schon mal ein Buchstabe verloren [da hat er recht⁸]. Mit „Kinggreen“ ist der Regensburger Verfassungsrechtler Thorsten Kingreen gemeint. Er wird in diesem Tweet wahrheitswidrig als von der AfD benannter Sachverständiger gebrandmarkt („AfD SV“), obgleich er von der FDP benannt worden war [auch da hat er recht: ich hatte, wohl basierend auf den Inhalten seiner Äußerungen, eine falsche Zuordnung zugerufen bekommen]. In den Sog des Verdachts, AfD-nah zu sein, gerät auch Andrea Kießling, Verfassungsrechtlerin aus Bochum, obwohl die Grünen sie als Sachverständige benannt hatten. Weiter weg von der AfD als die beiden kann man nicht sein [darauf werden wir zu sprechen kommen müssen].

Beiden wird zum Vorwurf gemacht, dass sie „Querdenkern“ als „Zitatgeber“ dienen. D.h., der stellvertretende Vorsitzende des Rechtsausschusses, selbst Jura-Professor, macht einer honorigen Fachkollegin und einem honorigen Fachkollegen zum Vorwurf, dass sich „Querdenker“

⁷ *Rixen*, Heribert Hirte und die Wissenschaft. Wer künftig als Sachverständiger im Deutschen Bundestag auftritt, sollte auf der Hut sein, <https://verfassungsblog.de/heribert-hirte-und-die-wissenschaft/>.

⁸ Hierzu, und zu weiteren Er widerungen, bereits *Hirte*, Auch Sachverständige tragen Verantwortung für die Gesellschaft und sind Teil der politischen Willensbildung. Meine Antwort auf den Beitrag „Heribert Hirte und die Wissenschaft“ von Stephan Rixen (Verfassungsblog vom 23 January 2021), verfassungsblog.de/auch-sachverstandige-tragen-verantwortung-fur-die-gesellschaft-und-sind-teil-der-politischen-willensbildung/.

ihrer Argumente bedienen. Was gleich schon mal die Frage aufwirft, woran man „Querdenker“ erkennt. Das sind in Hirtes Logik offenbar all die, die auch mit verfassungsrechtlichen Argumenten Kritik an regulatorischen Maßnahmen in der Pandemie-Bewältigung äußern, wobei erschwerend ins Gewicht zu fallen scheint, dass die Kritik indirekt politisch Verantwortliche betrifft, die der Regierungskoalition angehören. Hirte meint das ernst, was eigentlich kaum vorstellbar ist, denn er vertritt damit nicht nur einen völlig verdrehten Ansatz von öffentlicher Kritik, sondern verkennt auch die Rolle, die wissenschaftliche Politikberatung dabei spielt. Sein ehemaliger Fraktionskollege Ruprecht Polenz, auch er Jurist, würzt das Ganze noch mit einer Prise antiprofessoralen Ressentiments, wenn er in einem Kommentar zu Hirtes Tweet meint, man müsse „halt nicht über jedes Stöckchen“ springen, „das ein Professor dem Parlament hinhält“. Bis zu Gerhard Schröders berüchtigtem, gegen Paul Kirchhof gerichteten Professoren-Bashing („der Professor aus Heidelberg“) ist es da nicht mehr weit, und das hat im akademischen Betrieb niemand vergessen.“

Ich will an dieser Stelle nicht die vielen Einzelheiten der dadurch angestoßenen Diskussion aufgreifen: Zur Rolle von Twitter (einschließlich der Unmöglichkeit einer Fehlerkorrektur), zur selektiven Berichterstattung der Tagespresse über solche Sachverständigenanhörungen (die der eigentliche Grund für meinen eigenen Tweet war). Viel sagen könnte man auch zu dem Hinweis auf *Paul Kirchhof*, der bekanntlich aus dem Bundesverfassungsgericht in die Politik wechseln wollte, und dessen gescheiterter Versuch mir bei meinem ersten Wahlkampf gelegentlich – und bekanntlich erfolglos – entgegengehalten wurde: „Wer betreibt hier eigentlich Professoren-Bashing?“ – müsste man eigentlich fragen. Ansprechen möchte ich, dass mir – in meiner damaligen Funktion als Politiker – eine Attacke auf die wissenschaftliche Unabhängigkeit unterstellt wurde, ohne dass die Kritiker – wie *Rixen* – selbst die eigene Verantwortung als Wissenschaftler für gesellschaftliche Prozesse hinterfragten.⁹

Plakativ wurde Rixens Beitrag vom Verfassungsblog auf Twitter mit den Hashtags #Wissenschaftsfreiheit, #Bundestag, #Rechtsausschuss beworben. Aber Gegenstand der Auseinander-

⁹ Im Anschluss an meine „Antwort“ im Verfassungsblog (Fn. 8).

setzung war eigentlich eine *Sachverständigenanhörung* im Deutschen Bundestag.¹⁰

Rixen lobte seinerzeit zu Recht die Sachverständigenanhörungen in den Ausschüssen des Deutschen Bundestages als „kluge Übung, die Wissenschaft in die parlamentarische Beratung politisch brisanter Themen einzubinden“. Ein Blick in die Rechtsgrundlagen dieser Anhörungen in § 70 GOBT ist aber auch hier hilfreich. Denn dort wird deutlich, dass das Recht zur Beteiligung von Sachverständigen *ein den Fraktionen zustehendes Recht* ist, das *im Umfang ihrer Stärke* besteht – was einerseits als Parteilichkeit angesehen werden mag, andererseits aber auch klarmacht, welcher politischen Richtung ein Sachverständiger nahestehen dürfte. Jeder mag daraus für die Ausgangsfrage, in der – ganz bewusst – „Sachverständige“ und „Sachverstand“ nebeneinandergesetzt wurden, seine eigenen Schlussfolgerungen ziehen.

Gerade mit Blick auf die noch im Detail anzusprechenden Fragen des Nebentätigkeitsrechts (unten III.1.) ist zudem der Hinweis wichtig, dass bei parlamentarischen Sachverständigenanhörungen zwischen (echten) Sachverständigen und Interessenvertretern sehr genau unterschieden wird, schon wegen der bei reinen Interessenvertretern nicht erstattbaren Auslagen (also insbesondere der Reisekosten; siehe § 70 Abs. 1 GOBT einerseits, § 70 Abs. 7 GOBT andererseits). (Bundes-)Richter gehören zudem – ebenso wie andere Bundesbedienstete – aus gutem Grund (Gewaltenteilung) in der Regel nicht zum Kreis der Sachverständigen.¹¹

¹⁰ Konkret ging es (was hier aber nicht von Bedeutung ist) um eine Anhörung im Gesundheitsausschuss, für die der Rechtsausschuss nur mitberatend zuständig war. Die „Federführung“ durch ein Ministerium (siehe hierzu § 9 GOBReg) bestimmt auch – jedenfalls im Normalfall (vgl. hierzu § 80 GOBT) – die Federführung im korrespondierenden Ausschuss des Deutschen Bundestages. Das führt – wiederum im Normalfall – dazu, dass dessen Position die maßgebliche Stimme in den weiteren Beratungen auch im Deutschen Bundestag ist, hier also nicht die des Rechtsausschusses.

¹¹ Siehe dazu bereits *Hirte* in Festschrift für Kayser (2019), S. 351, 364 sowie *Ritzel/Bücker/Schreiner*, Handbuch für die Parlamentarische Praxis, Stand: Dezember 2018, § 70 GOBT: „I. Zu Abs. 1: 1. [...] a) [...] bb) Auch Bundesbedienstete kommen laut Auslegungsentscheidung 15/4 vom

Die Abgeordneten sind dabei im Übrigen durchaus in der Lage zu erkennen, ob oder wann „sachverständige“ Stellungnahmen (zu) einseitig sind. Dafür sorgen nicht nur die von allen Fraktionen – also auch den Oppositionsfraktionen – benannten Sachverständigen selbst, sondern vor allem auch die Öffentlichkeit der Anhörungen (§ 70 Abs. 1 GOBT), die in der Regel eine entsprechende Berichterstattung jedenfalls in der Fachpresse nach sich zieht. In der CDU/CSU-Fraktion, die bislang aufgrund ihrer Fraktionsstärke mehrere Sachverständige benennen konnte, wurde die Interessenpluralität oft auch dadurch deutlich gemacht, dass Sachverständige verschiedener „Lager“ eingeladen wurden.¹²

Vorsorglich sollte aber auch erinnert werden: Der Deutsche Bundestag ist Parlament, nicht Universität, und – um ein Wort des früheren Bundestagspräsidenten *Schäuble* aufzugreifen – wer Rederecht im Parlament haben will, sollte für den Deutschen

11.12.2003 zu § 70 grundsätzlich nicht als Anhörpersonen in Frage, ausgenommen werden ausdrücklich nur die Bereiche Forschung und Lehre. Mit Blick auf die Bundesbediensteten wird zugleich darauf verwiesen, dass der Ausschuss die Expertise dieser Berufsgruppe im Regelfall in regulären Beratungssitzungen einbeziehen kann. Wie auch im Falle von Mitgliedern der Bundesregierung und des Bundesrates kommt jedoch in „berechtigten Ausnahmefällen“ eine Einladung in Betracht. [...].

Der Auslegungsentscheidung ist die Auffassung des Geschäftsordnungsausschusses zu entnehmen, dass Anhörungen grundsätzlich der Gewinnung und Nutzung „externen“ Sachverständigen dienen, während die Einbeziehung des Sachverständigen von Ministerialbeamten und Bediensteten anderer Behörden im Wege der Teilnahme an regulären Beratungssitzungen der Ausschüsse erfolgen soll. Der Geschäftsordnungsausschuss hat sich weiter davon leiten lassen, dass anderenfalls die grundsätzliche Nichtzulassung von Mitgliedern der Bundesregierung als Anhörpersonen (s.o. unter aa) durch Einladung hoher Ministerialbeamter unterlaufen werden könnte, und im Übrigen der Gefahr des Eindrucks von Befangenheit sowie von Loyalitätskonflikten bei Anhörpersonen vorbeugen wollen. Die Ausnahme für den Bereich „Forschung und Lehre“ stellt klar, dass z.B. Professoren auch weiterhin als Anhörpersonen benannt werden können.“

¹² So bereits *Hirte*, Wer „setzt das Recht“ im Gesellschaftsrecht? Unabhängigkeitsfragen bei Stakeholdern im Gesetzgebungsprozess, in *Festschrift für Thomas Heidel* (2021), S. 57, 62 f.

Bundestag kandidieren. Das gilt – so habe ich damals gesagt – auch für Staatsrechtler, und als früherer Abgeordneter kann ich nur hinzufügen: Es ist ein mühsamer Weg.

Was jedoch die Sachverständigen anbelangt: Sie sind (anders als Interessenvertreter) ehrenamtlich tätig, aber sie sind auch nicht zur Teilnahme an einer öffentlichen Anhörung verpflichtet. Aber die Anhörungen sind öffentlich! Und das heißt, sie können live verfolgt werden, und über alles, was gesagt wurde, wird ein – öffentlich zugängliches – Wortprotokoll geführt.

Sachverständige werden damit – natürlich freiwillig – Teil der parlamentarischen Auseinandersetzung und Debatte, und deshalb ist es völlig richtig, ihre Äußerungen einzuordnen, und natürlich auch zu fragen und zu prüfen, was sie andernorts gesagt haben. Insoweit gilt das, was *Rixen* kritisiert („Wer künftig als Sachverständiger im Deutschen Bundestag auftritt, sollte auf der Hut sein“) schon heute: Wer als Sachverständiger im Deutschen Bundestag mitwirkt, wird Teil des öffentlichen politischen Prozesses und der Auseinandersetzung – und das ist in einer auf Transparenz aufbauenden Demokratie auch richtig so. Völlig zutreffend – und für Gesellschaftsrechtler naturgemäß von besonderem Interesse – weist mein geschätzter Kollege *Holger Fleischer* deshalb auch auf die („höchst einflussreiche“) Einflussnahme des Handelsrechtsausschusses des DAV und ihres langjährigen Vorsitzenden *Hoffmann-Becking* auf den Rechtsausschuss hin¹³

Was meine Kritiker demgegenüber in der Sache fordern, ist ein von der Öffentlichkeit geschützter Raum für das Staatsrecht (*pars pro toto* für die Wissenschaft), dort Ideen entwickeln zu dürfen, die Politik kritisieren zu dürfen, selbst aber von öffentlicher Kritik verschont zu bleiben (gerade hier zeigt sich – um es doch nochmals aufzugreifen – die Widersprüchlichkeit des Hinweises auf *Paul Kirchhof*). Das leitet über zu der sozusagen spiegelbildli-

¹³ *Fleischer* NZG 2019, 921, 929 (siehe mittlerweile auch *Fleischer* in Vogt/Fleischer/Kalss (Hrsg.). Protagonisten im Gesellschaftsrecht [2020], S. 1 ff.); dazu bereits *Hirte* in Festschrift für Thomas Heidel (Fn. 12), S. 57, 61.

chen Frage, ob Wissenschaft so von Politik trennbar ist, dass ihr andere und eigene Freiräume – auch gegenüber der Politik – zugestanden werden müssen.

III. Sachverständige in der Wissenschaft

Wer von „Wissenschaft“ spricht, hat vor sich das Bild des (verstaubten?) Professors, der in völliger Unabhängigkeit (aber mit sozusagen selbst gewähltem Gelübde der Armut) Argumente wägt und nach einem langen Denkprozess zur richtigen – und natürlich einzig richtigen – Lösung gelangt.

Nur wenig davon stimmt: Universitätsprofessoren sind durchaus ordentlich bezahlt, auch wenn das Bundesverfassungsgericht hier bekanntlich schon mahnende Worte zu den Untergrenzen gefunden hat. Und auch mit der Unabhängigkeit hat es – schon institutionell – seine Grenzen, wie ich kürzlich ausführlich in einer virtuellen Podiumsdiskussion zur (angeblichen) „Cancel Culture“ erläutert habe.¹⁴

1. Defizite des Nebentätigkeitsrechts

Schauen wir vor diesem Hintergrund vor allem auf das Nebentätigkeitsrecht. Hierzu hat *Fleischer* kürzlich in Bezug auf die (Bundes)Richter den Hinweis gegeben, dass die „ebenso rege wie wertvolle Vortragstätigkeit [der Senatsvorsitzenden] von einem übertriebenen Nebentätigkeitsrecht nicht stranguliert werden sollte“.¹⁵ Hier ist *Fleischer* zuzustimmen, und das nicht nur in Be-

¹⁴ Diskussion mit Bundestagsabgeordneten (auf Einladung des Lehrstuhls für Neueste Geschichte der Julius-Maximilians-Universität Würzburg und des Netzwerks Wissenschaftsfreiheit) „Forschung und Lehre sind frei!?“ 19.7.2021 (abrufbar unter <https://t1p.de/YoutubeWissenschaftsfreiheit>).

¹⁵ *Fleischer* NZG 2019, 921, 923.

zug auf Senatsvorsitzende am Bundesgerichtshof, sondern auf Richter im Allgemeinen. Und so hatte der Unterzeichner schon vor einiger Zeit gefordert, die Möglichkeiten staatlicher Richter zur Wahrnehmung (privater) schiedsrichterlicher Tätigkeit eher zu erweitern.¹⁶ In diesen Zusammenhang gehört auch die schon vor einiger Zeit von *Schulze-Osterloh* betonte Funktion von professoralen Nebentätigkeiten, dadurch Einblick in die – von ihnen zu lehrende (!) – Praxis zu erhalten.¹⁷

Die entsprechenden Überlegungen gelten, wie schon an anderer Stelle erwähnt,¹⁸ selbstverständlich auch für „die Professoren“, gerade in ihrer hier zu diskutierenden Rolle als Sachverständige. Die dort angestellten Überlegungen können daher hier aufgegriffen werden. Denn die für Richter angestellten Überlegungen müssen für Wissenschaftler erst recht gelten. Schließlich geht es dabei auch darum, den aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG folgenden besonderen verfassungsrechtlichen Schutz, den wissenschaftliche Meinungsäußerungen genießen und der auch ein Grund für die besondere beamtenrechtliche Rechtsstellung von Professoren ist, zu legitimieren. Insoweit ist es auffällig, dass für die Vereinigten Staaten, wo – wie auch *Fleischer* und der Autor dieses Beitrags – ein großer Teil der deutschen Gesellschaftsrechtsprofessoren studiert hat, von *Fleischer* der für das deutsche Gesellschaftsrecht charakteristische Diskurs zwischen Rechtswissenschaft und Justiz nicht festgestellt werden kann. Vielmehr nehme dort die „Entfremdung zwischen Spruchpraxis und Wissenschaft unverändert zu. Eingebettete Forschung, die sich innerhalb des gesetzlichen Bezugsrahmens bewegt, [sei] dort inzwischen eine randständige Erscheinung“.¹⁹ Könnte dies, so ist man geneigt, ketzerisch zu fragen, vielleicht damit zusammenhängen, dass in den Vereinigten Staaten schon lange höhere Ansprüche an

¹⁶ *Hirte*, Editorial: Staatliche Richter als Schiedsrichter, NJW 2015, Heft 5.

¹⁷ *Schulze-Osterloh*, Rechtsberatung durch Professoren in der Rechtswissenschaft, in Festschrift für Karlheinz Quack zum 65. Geburtstag (1991), S. 743 ff.

¹⁸ *Hirte* in Festschrift für Thomas Heidel (Fn. 12), S. 57, 74.

¹⁹ *Fleischer* NZG 2019, 921, 924.

die Transparenz von Dritteinflüssen bei wissenschaftlichen Veröffentlichungen gestellt werden?²⁰

Zu diskutieren ist deshalb auch, welche Anforderungen an die Unabhängigkeit (rechts-)wissenschaftlicher Zeitschriften zu stellen sind, wenn und soweit sie mit dem Anspruch auftreten, den Meinungsbildungsprozess des Gesetzgebers im Vorfeld zu beeinflussen²¹ (was im Übrigen spannende Parallelfragen zur möglichen Übernahme von Twitter aufweist). Deshalb ist *Fleischer* zuzustimmen, wenn er „alle institutionell Verantwortlichen [auffordert], den gesellschaftsrechtlichen Meinungsmarkt im Interesse des wissenschaftlichen Wettbewerbs offenzuhalten, die Vielfalt von Problemzugängen zu fördern, Außenseitermeinungen ernst zu nehmen und allfällige Zutrittsbarrieren zu Archivzeitschriften oder Fachveranstaltungen für Querdenker abzusenken.“²² Nur auf diese Weise kann sichergestellt sein, dass sie im Gesetzgebungsprozess eine andere Aufmerksamkeit genießen als beispielsweise Stellungnahmen von Verbänden.

In der parlamentarischen Praxis werden diese Überlegungen vor allem insoweit eine Rolle spielen (müssen), als im Rahmen von Sachverständigenanhörungen das Vorliegen unsachlicher Dritteinflüsse auch und gerade bei Sachverständigen (Professoren) zu prüfen sein wird.

Allerdings erfasst die von *Fleischer* – in Bezug auf Richter – wiedergegebene und durch eine entsprechende Kleine Anfrage aus den Reihen der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN²³ im Jahr 2016 angestoßene und inzwischen auch von den Linken

²⁰ Siehe dazu bereits die Nachweise bei *Hirte* in Festschrift für Thomas Heidel (Fn. 12), S. 57, 69 Fn. 55.

²¹ Angedeutet bereits bei *Hirte* in Festschrift für Seibert (2019), S. 345, 351.

²² *Fleischer* NZG 2019, 921, 926.

²³ Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Katja Keul, Dr. Gerhard Schick, Luise Amtsberg, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksache 18/10435 – („Nebentätigkeiten von Bundesrichterinnen und Bundesrichtern in den Jahren 2010 bis 2016“), BT-Drucks. 18/10781.