

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 4 / 2016

Aufsätze

- Max-Emanuel Geis* Das Bundesverfassungsgericht zur
Akkreditierung **193-202**
- Thomas Würtenberger und Axel Krohn* Abwahl des Rektors einer Hochschule
– Beschluss des VGH Baden-Württemberg
vom 26.2.2016 **203-210**
- Matthias Toepfer* Bringt die „im besten Sinne bürgerliche
Koalition“ auch eine sinnvolle Hochschul-
politik? – Bewertung des Koalitionsvertrages
2016 – 2021 **211-216**
- Tobias Mandler* Drittmittelverwaltung und -befristung im
Verbund zwischen Land, Universität,
Medizinischer Fakultät und Universitäts-
klinikum in Baden-Württemberg **217-228**

Rechtsprechung

- Bundesverwaltungsgericht* Übertragung arbeitschutzrechtlicher Pflichten
Einleitung Max-Emanuel Geis auf Dekane und Professoren – Urteil vom
23. Juni 2016 – BVerwG 2 C 18.15 **229-238**

Buchvorstellung

- Timo Faltus* Stammzellenreprogrammierung – Der recht-
liche Status und die rechtliche Handhabung
sowie die rechtssystematische Bedeutung
reprogrammierter Stammzellen **239-246**

Bericht

- Max Brauner, Nora Lennartz,* Der hohe Preis der Medizin? Bericht der
Jonas Wieschollek und Alexandra Würgau Podiumsdiskussion am 30. Mai 2016
247-250

Ausgegraben

- Hans Mohr* Wissenschaft und Ideologie **251-252**

ISSN 2197-9197

Max-Emanuel Geis

Das Bundesverfassungsgericht zur Akkreditierung*

Übersicht

I. Einleitung

II. Die Entscheidung des BVerfG

1. Der Ausgangsfall

2. Was das Gericht entschieden hat

a) Eingriff in die Freiheit der Lehre (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG)

b) Rechtfertigung des Eingriffs

c) Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage

3. Was das Gericht nicht entschieden hat

a) Zulässigkeit externer Qualitätssicherungsmaßnahmen

b) Keine zwingende Beleihung der Akkreditierungsagenturen

c) Eindeutigkeit des Rechtswegs

4. Einordnung in die „neue Linie“ der Hochschulrechtsprechung

III. „Fernwirkungen“

1. Qualitätssicherung und Hochschulzulassung

2. Forschung mit Drittmitteln aus öffentlichen Kassen und Gesetzesvorbehalt

3. Drittmittelförderung und Rechtsweggarantie

IV. Fazit

I. Einleitung

Ein Paukenschlag: Das Bundesverfassungsgericht hat – von vielen erhofft und in seiner klaren Diktion doch überraschend – in seinem Beschluss vom 17. Februar 2016 (Az: 1 BvL 8/10) die alten Regelungen der §§ 7 I 2, 72 II 6, 72 I Nr. 3 HG NRW a.F. ebenso wie die Neufassung des § 7 I 1, 2 HG NRW für mit dem Grundgesetz nicht vereinbar erklärt. Unter dem Strich bedeutet das: Das Akkreditierungsverfahren von Studiengängen, das im Zug des Bolognaprozesses eingeführt worden war, ist in seiner derzeitigen Form verfassungswidrig. Dies führ-

te sogleich zu harschen Reaktionen: Viele, die schon von Anbeginn Kritik am aufwändigen und für die Hochschulen kostspieligen Akkreditierungsverfahren geübt hatten, forderten umgehend die völlige Abschaffung:¹ Die Qualität von Studiengängen könnten schließlich die betreibenden Hochschulen kraft langjähriger Erfahrungen am besten beurteilen; zumindest die vorherrschende Programmakkreditierung (Akkreditierung einzelner Studiengänge) sei nicht nur überflüssig, sondern habe auch in Gestalt der durchweg als gemeinnützig auftretenden Akkreditierungsagenturen zu durchaus einträglichen Geschäftsmodellen geführt.² Außerdem stamme das Instrument der Akkreditierung aus dem völlig anders strukturierten US-Hochschulsystem: Da dort das gesamte Studiensystem typischerweise privatrechtlich konstruiert ist, diene das Verfahren der Akkreditierung der Zertifizierung durch ein – ebenfalls privatrechtliches – System der Qualitätssicherung.³ Insoweit unterscheidet bzw. unterschied sich freilich das kontinentaleuropäische System ganz grundlegend, da die Qualitätssicherung ursprünglich durch die ministerielle Genehmigung von Studiengängen, also öffentlich-rechtlich, erfolgte. Dazu treten inhaltliche Einwände: Das Akkreditierungssystem könne nicht notwendig eine objektive und neutrale Begutachtung garantieren, da sich die Akkreditierungsagenturen selbst finanzieren müssten. Dadurch entstünden gegenseitige Abhängigkeiten; Gegenstrategien der Einrichtungen könnten im Endeffekt zum Einfluss der Klienten auf die Agenturen führen.⁴ In der Neuen Politischen Ökonomie ist dieses Phänomen der „Agency Capture“ seit langem bekannt.⁵ Die unreflektierte Übernahme in das deutsche Hochschulsystem sei daher verfehlt.

* Für vielfältige Hilfe bei der Erstellung dieses Beitrags – auch über Staatsgrenzen hinweg – danke ich Herrn Dipl.jur. Dominik Meier, Herrn cand.jur. Markus Schwyer und Frau stud. jur. Alexandra Lörinczy.

1 Etwa die von Julian Nida-Rümelin initiierte Petition „Heidelberger Aufruf gegen die Akkreditierung von Studiengängen“, <https://www.change.org/p/an-die-wissenschaftsminister-und-die-landtagsaller-bundeslaender-heidelberger-aufruf-gegen-die-akkreditierung-von-studiengaengen> (12.9.2016). Dem hat sich auch der Deutsche Juristische Fakultätentag angeschlossen (Meldung in: FuL 2016, S. 567).

2 Vgl. etwa Lege, Die Akkreditierung von Studiengängen, JZ 2005, 698 (702).

3 Quapp, Akkreditierung – ein Angriff auf die Freiheit der Lehre, WissR 43 (2010), S. 346 (347); Immer, Rechtsprobleme der Akkreditierung von Studiengängen, 2013, S. 45 ff.

4 Heitsch, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen der Akkreditierung von Studiengängen, DÖV 2007, 770 (774).

5 Etwa bei Laffont/Tirole, The Politics of Government Decision-Making: A Theory of Regulatory Capture, in: The Quarterly Journal of Economics, Vol. 106, No. 4 (1991), 1089 ff. mwN.

II. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

1. Der Ausgangsfall

Aber zurück zum konkreten Fall: Die beklagte Akkreditierungsagentur hatte einer privaten Fachhochschule die Programmakkreditierung von zwei Studiengängen versagt. Nach dem im Ausgangsverfahren geltenden Recht Nordrhein-Westfalens⁶ bedurften Hochschulen, die nicht in der Trägerschaft des Landes stehen, einer staatlichen Anerkennung (§ 72 HG NRW a.F.). Nur mit einer solchen Anerkennung wurden private Hochschulen für den Studienabschluss, das Prüfungs- und Graduierungsrecht gleichgestellt (§ 73 I, II HG NW a.F.) und konnten die Bezeichnung „Hochschule“ führen (§ 75 I HG NRW a.F.). Voraussetzung für die Anerkennung war gemäß § 72 I Nr. 3 HG NRW a.F. eine Mehrzahl erfolgreich akkreditierter Studiengänge. Die Akkreditierungen erfolgten gem. § 72 II 6 HG NRW a.F. „nach den geltenden Regelungen“ durch Agenturen, die ihrerseits durch den nach dem nordrhein-westfälischen Gesetz über den Akkreditierungsrat (AkkRatG) errichteten Akkreditierungsrat akkreditiert worden sind. Die beiden Hochschulen sahen sich dadurch in ihrem Grundrecht auf Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) verletzt. Das Bundesverfassungsgericht gab ihnen im Wesentlichen Recht. Dass Hochschulen als juristische Personen (auch private) Träger dieses Grundrechts sein können, ist seit langem allgemeine Meinung. Neu ist dagegen der Umstand, dass der Beschwerdegegenstand nicht die rechtsverbindliche Zulassungsentscheidung war (diese liegt in der staatliche Anerkennung), sondern die Akkreditierungsentscheidung, die lediglich eine Vorstufe im Verfahren darstellt.⁷ Das ist ein Unterschied zur Akkreditierung von Studiengängen an staatlichen Hochschulen, bei denen keine gesonderte Anerkennung mehr erfolgt.

2. Was das Gericht entschieden hat

a) Eingriff in die Freiheit der Lehre (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG)

Als Abwehrrecht schützt Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG Hochschullehrende, Hochschulen, Fakultäten und Fachbereiche im staatlichen und im privaten Bereich. Daher kön-

nen sich auch Privathochschulen und ihr Lehrpersonal auf die Wissenschaftsfreiheit berufen. Durch den Anerkennungstatbestand der §§ 72 II 6, 72 I Nr. 3 HG NRW a.F. war die erfolgreiche Akkreditierung von der Mehrzahl der Studiengänge notwendig, um als Hochschule staatlich anerkannt zu werden. Das Betreiben eines Studienangebots ohne diese Anerkennung stellt eine Ordnungswidrigkeit nach § 75 III HG NRW a.F. dar. Ebenso kann eine Anerkennung gem. § 72 III 2 HG NRW a.F. aufgehoben werden, wenn es an der Akkreditierung von Studiengängen fehlt oder diese wegfällt. Zwar akkreditierten privatrechtlich organisierte, „staatsferne“ Vereine; jedoch erzwingt der Gesetzgeber durch das Normengeflecht eine Akkreditierung de facto durch öffentliche Fernwirkung, da ohne selbige ein Studienbetrieb schlechthin unmöglich ist.⁸ Dadurch wird in das Recht der Hochschule über Inhalt, Ablauf und methodischen Ansatz des Studiengangs und der Lehrveranstaltungen zu bestimmen, eingegriffen. Hinzu kommt die massive finanzielle Belastung der Hochschulen: Die Zahlungen der Hochschulen für einen Akkreditierungsvorgang an die Agenturen beträgt 10.000 € bis 15.000 € pro Studiengang.⁹ Notabene erblickt das Gericht bereits in der Verweigerung der Akkreditierung den Eingriff, auch wenn er bei privatrechtlichen Hochschulen im Grunde nur ein vorbereitender Akt der Entscheidung über die Anerkennung bzw. Nichtanerkennung ist.¹⁰

b) Rechtfertigung des Eingriffs

Eingriffe in die vorbehaltlos gewährleistete Wissenschaftsfreiheit können zur Verfolgung eines Zieles mit Verfassungsrang gerechtfertigt sein. Das Bundesverfassungsgericht nennt zwei mögliche verfassungsimmanente Schranken: Das Hochschulstudium steht in engem Zusammenhang mit dem Recht der freien Berufswahl der Studierenden nach Art. 12 Abs. 1 GG, da die Ausbildung in der Regel die Vorstufe einer Berufsaufnahme ist.¹¹

Als zweites Ziel nennt das Bundesverfassungsgericht die Qualitätssicherung in der Lehre. Diese Schranke folgt letztlich aus den subjektiven Rechten der Fakultäten aus Art. 5 Abs. 3 GG. Dies ist insofern stimmig, weil

6 Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen i.d.F. vom 31.10.2006, HG NRW a.F.

7 Merschmann, Die Rechtsnatur der Akkreditierung von Studiengängen, NVwZ 2011, 847.

8 Einhellige Meinung, vgl. Heitsch (Fn. 4), DÖV 2007, 770 (771); Quapp, Akkreditierung: Ein Abgesang auf die Wissenschaftsfreiheit? DÖV 2011, 68; Quapp (Fn. 3), WissR 43 (2010), S. 346 (349); Lege (Fn. 2), JZ 2005, 698 (702).

9 Vgl. Bayerischer Oberster Rechnungshof, Jahresbericht 2012, S. 93; Landesrechnungshof Brandenburg, Jahresbericht 2011, S. 174 ff.; Wissenschaftsrat, Empfehlungen zur Akkreditierung als Instru-

ment der Qualitätssicherung, Drs. 2259-12 vom 25.5.2012, S. 33, 143.

10 Heitsch, Rechtsnatur der Akkreditierungsentscheidungen / Prozessuale Fragen, WissR 42 (2009), S. 136 (144 f.); Lege (Fn. 2), JZ 2005, 698 (702); Immer (Fn. 3), S. 168, 247 ff.

11 Wiederum seit der NC-Entscheidung (BVerfG, Urt. 18.7.1972 – 1 BvL 32/70 und 25/71 = BVerfGE 33, 303 ff.) einhellige Meinung, vgl. Quapp (Fn. 8), DÖV 2011, 68 (72); Quapp (Fn. 3), WissR 43 (2010), S. 346 (355); Lege (Fn. 2), JZ 2005, 698 (705); Immer (Fn. 3), S. 401 ff.

eine objektiv-rechtliche Konstruktion (z.B. als Verpflichtung des Staates, die Qualität des Studiums zu garantieren) durchaus fragwürdig gewesen wäre. Nach wie vor gilt die eiserne Doktrin, dass objektive Grundrechtsseiten ursprünglich entwickelt worden sind, um die subjektiven Grundrechtsseiten zu stärken und zu „umhegen“, nicht aber, um jene als verfassungsimmanente Schranken zu begrenzen.

c) Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage

Ein Eingriff bedarf jedoch einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage, insbesondere auch bei der Konkretisierung verfassungsimmanenter Schranken: Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹² ist geklärt, dass Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot den Gesetzgeber dazu verpflichten, die insoweit für die Grundrechtsverwirklichung wesentlichen Regelungen selbst zu treffen.¹³ Mit anderen Worten: Die Herstellung praktischer Konkordanz ist nicht primär dem Einzelfall vorbehalten (im konkreten Fall: nicht einer normativ nicht gebundenen autonomen Einzelfallentscheidung der eingesetzten Gutachterkommission). Wie weit der Gesetzgeber die für den fraglichen Lebensbereich erforderlichen Leitlinien selbst bestimmen muss, richtet sich maßgeblich danach, inwieweit Freiheitsgrundrechte kollidieren und deren jeweilige Grenzen fließend und nur schwer auszumachen sind. Hier ist der Gesetzgeber verpflichtet, die verfassungsimmanenten Schranken der widerstreitenden Freiheitsgarantien jedenfalls so weit selbst zu bestimmen, wie sie für die Ausübung dieser Freiheitsrechte wesentlich sind.¹⁴

Im vorliegenden Fall bedeutet dies freilich einen legislatorischen Drahtseilakt: Einerseits darf der Gesetzgeber zur Qualitätssicherung der Lehre nicht selbst detaillierte Vorgaben zu Lehrinhalten treffen, denn das würde die grundrechtlich geschützte Eigenrationalität der Wissenschaft missachten. Andererseits muss er sich schützend vor die Ausbildungsfreiheit der Studierenden stellen, um das erwähnte Qualitätsniveau zu gewährleisten. Aus diesem Grunde muss der Gesetzgeber unabdingbar mindestens regeln, wer die Qualitätskontrolle zu organisieren habe und wie das Verfahren dazu auszugestalten sei. Er muss insofern ein Gesamtgefüge schaffen, in dem

Entscheidungsbefugnisse und Mitwirkungsrechte, Einflussnahme, Information und Kontrolle so ausgestaltet sind, dass Gefahren für die Freiheit der Lehre so umfassend wie möglich vermieden werden. Zur Vermeidung wissenschaftsinadäquater Steuerungspotentiale ist daher eine „angemessene Beteiligung“ der Wissenschaft – insbesondere bei der Festlegung der Bewertungskriterien einer Akkreditierung – unabdingbar. Das gilt erst recht, wenn die Bewertungskriterien für Akkreditierungen hochschulextern festgesetzt werden, da damit ein erhöhtes Risiko der Vernachlässigung wissenschaftsadäquater Belange einhergeht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Kriterien in den verschiedenen Disziplinen unterschiedlich sein können und gegebenenfalls auch sein müssen. Das bedeutet allerdings auch, dass eine externe Akkreditierungspflicht grundsätzlich verfassungsrechtlich zulässig sein kann, wenn sie diese Kautelen befolgt.

Diese erforderliche gesetzliche Regelung wird nicht schon durch die Übereinkunft zur Europäisierung des Hochschulraums („Bologna-Erklärung“) ersetzt: Zum einen steht der Europäischen Union keine Harmonisierungskompetenz für die Lehre an Hochschulen zu; die getroffenen Vereinbarungen stellen lediglich eine Absichtserklärung ohne (rechtliche) Bindungswirkung dar.¹⁵ Zum anderen müssten selbst für die Mitgliedsstaaten verbindliche Bestimmungen (sei es auf europarechtlicher, sei es auf völkerrechtlicher Ebene) erst durch den Gesetzgeber in hinreichendem Maße umgesetzt werden.

Zwar haben die Landesgesetzgeber in ihren neueren Hochschulgesetzen die Pflicht zur Akkreditierung normiert, so etwa in den streitigen Fällen auch Nordrhein-Westfalen in seinem Hochschulfreiheitsgesetz vom 31. Oktober 2006 (GV. NRW. S. 474). Jedoch genügen §§ 72 II 6, 72 I Nr. 3 HG NRW a.F. nach Auffassung des Gerichts nicht den Anforderungen an die Regelungsdichte im Sine der Wesentlichkeitstheorie. So fehlen hinreichende gesetzgeberische Entscheidungen zu den Bewertungskriterien, dem Verfahren und der Organisation der Akkreditierung, vor allem im Hinblick auf eine hinreichende Beteiligung der Wissenschaft an der Erarbeitung dieser Kriterien selbst. Letzteres hätte Bestimmungen über die Zusammensetzung der Gutachtergruppen erfordert, die den „klassischen“ Forderungen des Hoch-

12 BVerfG, Beschl. 27.11.1990 – 1 BvR 402/87 = BVerfGE 83, 130 (142).

13 BVerfG, Beschl. 9.5.1972 – 1 BvR 518/62 u. 308/64 = BVerfGE 33, 125 (158); Beschl. 10.10.1972 – 2 BvL 51/69 = BVerfGE 34, 52 (60); Urt. 6.12.1972 – 1 BvR 230/70 u. 95/71 = BVerfGE 34, 165 (192 f.); Beschl. 22.6.1977 – 1 BvR 799/76 = BVerfGE 45, 400 (417); Beschl. 21.12.1977 – 1 BvL 1/75; 1 BvR 147/75 = BVerfGE 47, 46 (78 f.); Beschl. 8.8.1978 – 2 BvL 8/7 = BVerfGE 49, 89 (127); Beschl. 27.11.1990 – 1 BvR 402/87 = BVerfGE 83, 130 (161).

14 BVerfG, Urt. 5.8.1966 – 1 BvF 1/61 = BVerfGE 20, 150 (157 f.); Beschl. 6.6.1989 – 1 BvR 921/85 = BVerfGE 80, 137 (161).

15 Immer (Fn. 3), S. 49 ff.; Heitsch (Fn. 4), DÖV 2007, 770 (772). Ebenso wenig überzeugt der Verweis auf Art. 23 I 1 Hs. 1 GG in Bezug auf die Staatszielbestimmung, auf ein vereintes Europa hinzuwirken, vgl. Quapp (Fn. 8), DÖV 2011, 68 (71); Quapp (Fn. 3), WissR 43 (2010), S. 346 (349).

schulurteils gerecht werden, also – im Bereich der Lehre – die 50%-Repräsentanz sichern.

§ 72 II 6 HG NRW a.F. verwies lediglich auf „geltende Regelungen“, nach denen akkreditiert werden solle. Dieser Blankettverweis ermöglichte es Betroffenen jedoch nicht, die Intensität des Eingriffs in ihre Grundrechte vorherzusehen. Die Gesetzesbegründung ist insoweit wenig ergiebig: Es wird „insbesondere“ – gleichwohl pauschal – auf das nordrhein-westfälische Akkreditierungsstiftungsgesetz (AkkStiftG), die das Akkreditierungswesen betreffende Vereinbarungen und Beschlüsse der Kulturministerkonferenz, die Beschlüsse des Akkreditierungsrates und sonstige auf der Grundlage des AkkStiftG ergangene Regelungen sowie landesspezifische Vorgaben verwiesen, die über die Stiftung Bindungswirkung für die Agenturen entfalten sollten.¹⁶ Im nordrhein-westfälischen Landeshochschulrecht fanden sich für die Akkreditierung allerdings keine weiteren Vorgaben; nicht einmal auf das AkkStiftG wurde verwiesen.¹⁷ Das hätte allerdings auch nicht ausgereicht, da das AkkStiftG das Verfahren, die Rechtsnatur und die Rechtswirkungen der Akkreditierungsentscheidungen weitgehend ungeklärt lässt.

Des Weiteren übernimmt das Gericht den im Schrifttum geäußerten Vorwurf, dass das nordrhein-westfälische Akkreditierungsstiftungsgesetz in den anderen Bundesländern nicht lediglich durch Beschlüsse der KMK, also eine exekutive Verweisung, für anwendbar erklärt werden könne.¹⁸ Korrekter Weg wäre – nachdem das Hochschulrahmengesetz (HRG) als einheitliche Regelungsplattform seit der Föderalismusreform I (2006) nicht mehr zur Verfügung stand – also ein Länderstaatsvertrag mit entsprechenden Folgeregelungen in den Landeshochschulgesetzen gewesen.¹⁹

3. Was das Gericht nicht entschieden hat

a) Zulässigkeit externer Qualitätssicherungsmaßnahmen

Um es noch einmal deutlich zu machen: Das Bundesverfassungsgericht hat sich gerade nicht generell gegen

Maßnahmen der externen Qualitätssicherung ausgesprochen.²⁰ Im Gegenteil dienen Maßnahmen zur Qualitätssicherung der wissenschaftlichen Standards in der Lehre dazu, dass Hochschulen ihren Aufgaben gerecht werden können.²¹ Dabei sei aber sicher zu stellen, dass die Vertreter der Wissenschaft – also die Hochschullehrer/innen – maßgeblichen Einfluss auf die Definition der qualitätsbestimmenden Kriterien innehätten. Es dürfe also keine Dominanz staatlichen oder gar gesellschaftlichen Einflusses geben. Diejenige Institution, die letztlich für die Aufstellung der bestimmenden Qualitätskriterien zuständig sei – das ist konkret der Akkreditierungsrat – muss infolgedessen mindestens zur Hälfte von Hochschullehrer/innen besetzt sein. Mag auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dem Gesetzgeber über die letzten Jahrzehnte eine weitgehende Gestaltungsbefugnis zugebilligt haben, an den seinerzeit im „Hochschulurteil“ entwickelten Kriterien²² hält das Gericht eisern fest und passt diese zeitgemäß an das gewandelte Bologna-System an. Diese Konstante sollte der Hochschulpolitik als *Rocher de bronze* stets vor Augen stehen, wenn sie aus parteipolitischen resp. ideologischen Beweggründen bei der Gremienzusammensetzung immer wieder pseudodemokratische Anwendungen à la Drittel- oder Viertelparität forciert.

b) Keine zwingende Beleihung der Akkreditierungsagenturen

Auch hat das Gericht nicht gefordert, dass die Agenturen zwingend Beliehene sein müssten. Über diese Problematik hatte sich immerhin die wohl zentrale juristische Kontroverse im Schrifttum entfaltet: Nach einer Meinung seien die Akkreditierungsagenturen als rein private Akteure einzustufen; es handle sich um eine materielle Privatisierung des gesamten Akkreditierungswesens.²³ Die (überwiegende) Gegenauffassung sieht in der Akkreditierungsentscheidung als Genehmigungssurrogat der Sache nach eine hoheitliche Tätigkeit; damit müsse in der Akkreditierung der privatrechtlich organisierten Agenturen durch den Akkreditierungsrat eine (erforder-

16 Vgl. LT-Drs. 14/2063 S. 141 f., 170.

17 Im neuen § 7a HG NRW wird auf das AkkStiftG verwiesen; jedoch sind die dort genannten Regelungen nicht ausreichend.

18 BVerfG, Beschl. 17.2.2016 – 1 BvL 8/10 = NVwZ 2016, 675 (679 f.).

19 Heitsch (Fn. 4), DÖV 2007, 770 (773); Brinktrine, Akkreditierungsverfahren und -modelle nach Maßgabe des Hochschulrechts der Länder, WissR 42 (2009), S. 164 (168 ff.); Quapp (Fn. 8), DÖV 2011, 68 (72).

20 BVerfG, Beschl. 17.2.2016 – 1 BvL 8/10B = NVwZ 2016, 675 (678 f.).

21 BVerfG, Beschl. 17.2.2016 – 1 BvL 8/10B = NVwZ 2016, 675 (677 f.).

22 BVerfG, Urt. 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 u. 325/72 = BVerfGE 35, 79 (113 ff.).

23 Erichsen, Institutionelle Verankerung und Rechtsrahmen der Akkreditierung, in: Bretschneider/Wildt, Handbuch Akkreditierung von Studiengängen, 2005, S. 112 (118); Pautsch, Rechtsfragen der Akkreditierung; WissR 38 (2005), S. 200 (215).

liche) Beleihung gesehen werden. Nach dieser Auffassung liegt „nur“ eine Organisationsprivatisierung vor.²⁴

Die erstere Ansicht folgt letztlich dem von der neuen deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft favorisierten Modell der „regulierten Selbstregulierung“, das versucht, gesellschaftliche Gestaltungskraft für den öffentlichen Bereich nutzbar zu machen.²⁵ Dieses Modell, das prominent vor allem im Wirtschaftsbereich propagiert wurde,²⁶ erinnert sehr stark an den Gedanken der Selbstlegitimation autopoietischer Systeme (im Sinne Niklas Luhmanns²⁷) zurück. Freilich setzt es sich damit auch den klassischen Kritikpunkten aus: Die Implementation autopoietischer Systeme in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben kann zu einem signifikanten Defizit an demokratischer Legitimation führen, zumal dann, wenn die staatlichen Aufsichts Kompetenzen gegenüber den Agenturen und die Kontrolle ihrer Tätigkeit gesetzlich nicht definiert sind. Gerade der sich inhaltlich zurücknehmende „Gewährleistungsstaat“ kann auf das Erfordernis einer wirkungsvollen Aufsicht²⁸ nicht verzichten. Dies gilt wegen der Verantwortung des Staates für das Funktionieren einer freien Wissenschaft nicht nur bei einer öffentlich-rechtlichen Verselbständigung (à la „Stiftungsuniversität“), sondern erst recht bei der Verlagerung auf private Akteure.

In der ursprünglichen Fassung hatte der Gesetzgeber des nordrhein-westfälischen Akkreditierungsgesetzes – dem damaligen Privatisierungs-Hype entsprechend – wohl eine privatrechtliche Konstruktion vor Augen.²⁹ Nach dem Zweck der Konstruktion sollte das ursprünglich öffentlich-rechtliche Regime des Studiensystems im Sinne einer größeren Autonomie der Hochschulen aus der (fachaufsichtlichen) Abhängigkeit der Ministerien herausgelöst und einem selbstregulativen Prozess unterworfen werden. Dies spricht für ein Modell der echten Aufgabenprivatisierung, bei dem sich der Staat ganz aus

der Aufgabenerfüllung auf die sog. Gewährleistungsverantwortung zurückzieht.³⁰ Maßstab der Gewährleistungsaufsicht ist, ob auch durch die Privatisierung die Sicherung der Effektivität der Gemeinwohlaufgaben gewährleistet wird und die Rechte Dritter ausreichend gewahrt sind.³¹

Zwar hatte sich der nordrhein-westfälische Gesetzgeber während des anhängigen Verfahrens am 1. Oktober 2014 doch für eine Beleihungslösung entschieden (§ 72a HG NRW), was das Gericht auch zur Kenntnis genommen hat. Doch sieht es offenbar auch eine rein privatrechtliche Konstruktion als verfassungsrechtlich zulässig an, solange die entsprechenden Aufsichtsrechte des Staates gewahrt sind. Dies entspricht der verbreiteten Doktrin vom Rückzug des (handelnden) Staates zum Gewährleistungsstaat.³² Die Zurückhaltung der Entscheidung in diesem Punkt verwundert allerdings nicht wirklich, hatten sich doch aktive und ehemalige Bundesverfassungsrichter in der jüngeren Vergangenheit literarisch für das Konzept der „regulierten Selbstregulierung“ stark gemacht.³³

Damit bleibt auch für die anderen Bundesländer offen, welches Konzept sie verwirklichen wollen. In einem *obiter dictum* stellt das Gericht ja fest, dass eine exekutive Verweisung anderer Länder auf AkkStiftG den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genüge. Da das nordrhein-westfälische AkkStiftG nur ein Gesetz auf Landesebene sei, könne es nicht das Akkreditierungswesen für ganz Deutschland regeln. Damit besteht entweder die bereits erwähnte Möglichkeit einer staatsvertraglichen Lösung, aber auch die Option für länderspezifische „Insellösungen“. Die letztere Möglichkeit würde aber in der Praxis zu heillosen Verwirrungen führen: Da die bestehenden Agenturen ja länderübergreifend tätig sind, wäre es denkbar, dass sie in einem Bundesland als Beliehene auftreten, im Nachbarland als Private.

24 So die wohl h.M., vgl. etwa *Lege* (Fn. 2), JZ 2005, 698 (702); *Mann/Immer*, Rechtsprobleme der Akkreditierung von Studiengängen, RdJB, 2007, 334 (342 ff.); *Heitsch* (Fn. 4), DÖV 2007, 770 (778); *ders.* (Fn. 10), WissR 42 (2009), S. 136 (138 f., 143); *Wilhelm*, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen der Akkreditierung, 2009, S. 182 ff.; *Merschmann*, Die Rechtsnatur der Akkreditierung von Studiengängen, NvWZ 2011, 847 (848). Ebenso die erstinstanzliche Rechtsprechung (vor der Gesetzesänderung in NRW) VG Minden, Beschl. 30.7.2009 – 2 K 1291/08, Rn. 1-3; VG Arnsberg, Beschl. 16.4.2010 – 12 K 2689/08, Rn. 121 ff., das den Fall dem BVerfG vorgelegt hatte.

25 Als Standardwerk fungiert *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 3 Bde., 2. Aufl. 2012.

26 Vgl. dazu *Schmidt-Preuß/di Fabio*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), S. 160 ff., 235 ff.

27 Grdl. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 192.

28 BVerwGE 135 (297 ff.). Dazu auch *Gärditz*, WissR, 43 (2010),

220 (228 f.); *Geis/Krausnick*, in: Härtel (Hrsg.), Handbuch des Föderalismus, Bd. III (2012), § 63 Rn. 47.

29 LT-Drs. NRW 13/6182, S. 12; dem folgend (nur) *Pautsch* (Fn. 23), WissR 38 (2005), S. 200 ff.; *Biesback*, Zertifizierung und Akkreditierung. Das Zusammenwirken staatlicher und nichtstaatlicher Akteure in gestuften Prüfungssystemen, 2008, passim.

30 *Voßkuhle*, Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben, VVDStRL 62 (2003); S. 266 (285); *Krausnick*, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, 2011; *Schmidt am Busch*, Gewährleistungsaufsicht zur Sicherstellung privater Aufgabenerledigung, Die Verwaltung 49 (2016), S. 205 (207 ff.).

31 *Schmidt am Busch* (Fn. 30), Die Verwaltung 49 (2016), S. 215 (220 ff.).

32 Zentral *Krausnick* (Fn. 30), passim.

33 Allen voran *Hoffmann-Riem*, Regulating Media, 1996, S. 326; ebenso *Voßkuhle*, Regulierte Selbstregulierung – Zur Karriere eines Schlüsselbegriffs, DV, Beiheft 4 (2001), S. 197 f.; *Eifert*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Fn. 25), Bd. 1, § 19 Rn. 54.

c) Eindeutigkeit des Rechtswegs

Das Problem liegt indes auf einer anderen Ebene: In der ursprünglichen Fassung des Gesetzes war ungeachtet der Begründung VAGe geblieben, ob die Akkreditierungsentscheidung öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur sei. Die Rechtsstellung der Agenturen sei jedoch für die Bestimmung des Rechtswegs maßgeblich. Im ersteren Fall wäre gegen ein negatives Votum der Akkreditierungsagentur mit einer Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 S. 2 VwGO, gegebenenfalls auch mit einer Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO, vorzugehen.³⁴ Handelte es sich dagegen um eine privatrechtliche Konstruktion, wäre gegen ein negatives Votum der Akkreditierungsagentur mit einer zivilrechtlichen Leistungsklage zum Landgericht vorzugehen. Diese Variante wäre gegenüber der ersteren deutlich mühsamer: Zum einen trägt im Parteienprozess die Hochschule nach dem Beibringungsgrundsatz (§ 282 ZPO) die formelle Beweislast für die Voraussetzungen einer positiven Akkreditierungsentscheidung; da diese als Votum einer unabhängigen Sachverständigenkommission unter die Kategorie Beurteilungsspielraum fällt, dürfte die Beweisführung schwierig werden. Zum anderen wird im Zivilverfahren der Streitwert regelmäßig deutlich höher ausfallen, was in Verbindung mit der Anwaltpflicht vor dem nach §§ 71 Abs. 1, 23 Zf. 1 GVG dann zuständigen Landgericht ein wesentlich höheres Kostenrisiko für die Hochschule bedeutet. Bei einer öffentlich-rechtlichen Lösung verschafft der Untersuchungsgrundsatz dem Kläger eine deutlich bessere Stellung. Durch die unklare rechtliche Konstruktion entsteht nach Auffassung des BVerfG für die betroffenen Hochschulen eine unzumutbare Ungewissheit (und ein zusätzliches Kostenrisiko nach § 17b Abs. 2 Satz 2 GVG), welcher Rechtsweg im Falle einer negativen Entscheidung einzuschlagen sei.³⁵

Es fällt auf, dass das Gericht das Erfordernis des klaren Rechtswegs nicht auf Art. 19 Abs. 4 GG stützt, was – als Element des effektiven Rechtsschutzes – durchaus denkbar gewesen wäre. Vielmehr moniert es ein Defizit am Maßstab der Wesentlichkeitstheorie.³⁶

4. Einordnung in die „neue Linie“ der Hochschulrechtsprechung

Die Entscheidung des BVerfG schreibt inhaltlich die „neue Linie“ fort, die das Gericht seit etwa 2010 verfolgt. Einerseits hat das Gericht seit jeher betont, dass dem Gesetzgeber organisatorisch ein weitgehender Gestaltungsspielraum zukomme. Weder die subjektive noch die objektive Wissenschaftsfreiheit stünden Ansätzen des Hochschulgesetzgebers entgegen, neue Organisationsstrukturen zu erproben und einzuführen. Dazu gehörten die Verschiebungen in den Organkompetenzen,³⁷ dazu gehörte die grundsätzliche Zulässigkeit von Leistungszulagen in der W-Besoldung³⁸ als Ausprägung des New Public Management,³⁹ und dazu gehört jetzt auch die Verlagerung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben auf die Akkreditierungsagenturen als private Akteure.⁴⁰

Gleichwohl wird ungeachtet der Offenheit für neue Ansätze organisatorischer und personeller Steuerung deutlich, dass das Gericht sein Augenmerk wieder stärker auf die Wahrung (bzw. Restauration) der akademischen Selbstverwaltung in der Nachfolge des bereits erwähnten „Hochschulurteils“ von 1973⁴¹ richtet. Hatte man nach dem „ersten“ Brandenburg-Urteil von 2004⁴² schon befürchtet, dass die seinerzeit aufgestellten Postulate im Strudel der Ökonomisierung und des Managementdenkens verschlungen würden, so hat das Gericht durch den Akkord des Hamburger Dekansbeschlusses von 2010,⁴³ des Beschlusses zur Medizinischen Hochschule Hannover von 2014,⁴⁴ des BTU-Beschlusses von 2015⁴⁵ und eben des jetzigen Beschlusses zur Akkreditierung eine bemerkenswerte Renaissance der Mitwirkungsrechte der Hochschullehrer herbeigeführt. Dabei wurde die ursprünglich höchst abstrakt formulierte Gefahr eines strukturellen Eingriffs in die Wissenschaftsfreiheit als Grenze der legislatorischen Gestaltungsbezugnis eindrucksvoll konkretisiert.

Der Gesetzgeber hatte die Normierung inhaltlicher und verfahrensbezogener Anforderungen an die Akkreditierung faktisch aus der Hand gegeben, ohne wesentli-

34 Einzelheiten bei *Heitsch* (Fn. 10), *WissR* 42 (2009), S. 136 ff.

35 *Heitsch* (Fn. 10), *WissR* 42 (2009), S. 136 (144); *Brinktrine* (Fn. 19), *WissR* 42 (2009), S. 164 (168 ff.).

36 BVerfG, *Beschl.* 17.2.2016 – 1 BvL 8/10B = *NVwZ* 2016, 675 (680).

37 Zu dieser Entwicklung *Geis*, (Fn. 28), § 100, Rn. 57; *ders.*, Die Entwicklung des Hochschulrechts 2008–2012, *Die Verwaltung* 45 (2012), S. 525 (530 f.).

38 BVerfG, *Urt.* 14.2.2012 – 2 BvL 4/10 = *BVerfGE* 130, 263 ff.

39 Dazu *Voßkuhle*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Fn. 25), Bd. 3, § 43 Rn. 61 mwN. in Fn. 112.

40 *Heitsch* (Fn. 4), *DÖV* 2007, 770 (776).

41 BVerfG, *Urt.* 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 u. 325/72 = *BVerfGE* 35, 79 ff.; siehe auch oben II.3.a.

42 BVerfG, *Beschl.* 26.10.2004 – 1 BvR 911, 927, 928/00 = *BVerfGE* 111, 333 ff.

43 BVerfG, *Beschl.* 20.7.2010 – 1 BvR 748/06 = *BVerfGE* 127, 87 ff.; Anm. von *Gärditz*, *JZ* 2011, 314 ff.

44 BVerfG, *Beschl.* 24.6.2014 – 1 BvR 3217/07 = *BVerfGE* 136, 338 ff. (nach dem Beschwerdeführer auch „*Haubitz-Beschluss*“ genannt).

45 BVerfG, *Beschl.* 12.5.2015 – 1 BvR 1501/13, 1 BvR 1682/1 = *BVerfGE* 139, 148 ff.

che Entscheidungen selbst zu treffen. Dabei wurden dem Akkreditierungsrat wesentliche Entscheidungen überlassen, was den Agenturen wiederum weitreichende Spielräume eröffnete. Ungeachtet der letztlich verfolgten Konstruktion der Akkreditierung war die notwendige und hinreichende Beteiligung der Wissenschaft im mehrstufigen Verfahren nicht gesichert. Insbesondere ist die hinreichende Beteiligung der Wissenschaft selbst an der Akkreditierung bislang nicht gesichert: Nach § 7 Abs. 2 AkkStiftG gehören dem Akkreditierungsrat vier Mitglieder für die Hochschulen und zwei Studierende an, die von der Hochschulrektorenkonferenz benannt werden. Doch ist weder gesichert, dass hier wie auch in den Agenturen tatsächlich die Wissenschaft – und nicht etwa die Hochschulleitungen – vertreten sind. Auch ist nicht gesichert, dass die Wissenschaft im Akkreditierungsrat eine maßgebliche Stimme hat, denn dessen Mitglieder werden nach § 7 Abs. 2 Satz 2 AkkStiftG einvernehmlich von der Hochschulrektorenkonferenz und der Kultusministerkonferenz bestellt; damit verfügt die staatliche Verwaltung über eine Vetoposition, die an keinerlei Voraussetzungen gebunden ist. Durch die weitere Besetzung des Akkreditierungsrates aus den Ländern und aus der Berufspraxis, aus den für das Dienst- und Tarifrecht zuständigen Landesministerien und aus den Agenturen (§ 7 II 1 Nr. 2, 3, 6 AkkStiftG) sind nur Interessen außerhalb der Wissenschaft vertreten. Das AkkStiftG schafft so kein Gesamtgefüge, das der Wissenschaftsfreiheit hinreichend Rechnung trägt.

Nach der roten Linie des BVerfG müssen die entscheidungsbefugten Gremien – sowohl Akkreditierungsrat als auch die Agenturen – pluralistisch und nicht zuletzt mit Hochschulvertretern besetzt sein, um eine zumal gegenüber früheren Verfahren verbesserte Prüfung durch die „scientific community“ zu ermöglichen. Einer mehrheitlichen Beteiligung der Hochschullehrer bedarf es dabei allerdings nicht: Akkreditierung steht als Aufgabe des Kondominalbereichs in gleichberechtigter Verantwortung von Ländern und Hochschulen; das Verfahren soll allgemeine und übergreifend gültige Mindeststandards prüfen. Entscheidungen zu konkreten Einzelheiten der Lehre an einer bestimmten Hochschule dürfen die Akkreditierungsgremien ohnehin nicht treffen, weil auch die darin vertretenen Wissenschaftler jedenfalls nicht der aktuell betroffenen Einrichtung angehören. Damit ist die im Hochschulurteil von 1973 bestimmte 50 %-Quote notwendig, aber auch hinreichend.

III. „Fernwirkungen“

1. Qualitätssicherung und Hochschulzulassung

Jenseits der direkten Auswirkungen auf das Akkreditierungssystem kommt der Entscheidung erhebliche Bedeutung in anderen Rechtsgebieten zu. So ist die Aussage des Beschlusses, dass der Qualitätssicherung in der Lehre der Rang einer verfassungsimmanenten Schranke zukomme, von geradezu revolutionärer Bedeutung. Wörtlich heißt es: „Maßnahmen, zur Qualitätssicherung der wissenschaftlichen Lehre, die wissenschaftlichen Standards genügen, dienen dazu, dass die Hochschulen ihren Aufgaben gerecht werden. Damit kommen sie im Übrigen auch der durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1c GG gewährleisteten Freiheit von Forschung und Lehre zugute (vgl. BVerfGE 96, 205 <214>).“⁴⁶

Damit schleift das Bundesverfassungsgericht genau genommen seine eigenen alten Prämissen, die es seinerzeit in der legendären Numerus-Clausus-Entscheidung⁴⁷ aufgestellt hatte. Jene behandelte nämlich die Frage der Hochschulzulassung so gut wie *ausschließlich* als Problem der Ausbildungsfreiheit (Art. 12 GG) und sah in Studienzugangsbeschränkungen ausschließlich gesetzliche Schranken. Gemeinsam entstand daraus – insbesondere durch die konkretisierende verwaltungsgerichtliche Judikatur – das berühmte-berühmte Gebot völliger Kapazitätserschöpfung.⁴⁸ Auf dessen Grundlage etablierte sich nicht nur das Hochschulkapazitätsrecht als einer der wohl speziellsten Bereiche des besonderen Verwaltungsrechts und mathematisch durch den alles dominierenden cNW-Wert aufgeladen; es wurde auch zur Gelddruckanlage für Anwaltskanzleien, die sich auf das lukrative „Einklagen“ eines (vornehmlich medizinischen oder zahnmedizinischen) Studienplatzes spezialisierten. Eine verfassungsimmanente Schranke der Qualitätssicherung wurde in der damaligen Judikatur nicht nur nicht anerkannt, sondern geradezu – im Sinne des damaligen sozialliberalen Zeitgeistes und seiner Forderung eines allgemeinen Rechts auf Bildung – für unzulässig erklärt. Signifikanten Ausdruck fand diese Ideologie im z.T. bis heute irrlichternden „Verbot der Qualitätspflege“, das einer Beschränkung von Studienplatzkapazitäten zugunsten einer qualitätsorientierten Ausbildung entgegen gehalten wurde.⁴⁹

46 BVerfG, Beschl. 17.2.2016 – 1 BvL 8/10B = NVwZ 2016, 675 (677 f.).

47 BVerfG, Urt. 18.7.1972 – 1 BvL 32/70 u. 25/71 = BVerfGE 33, 303 ff.

48 Dazu ausf. Geis, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum „Recht auf Bildung“ in den Jahren 1972-1977, WissR, Beiheft 18 (2007), S. 9 (16); Nettesheim, Grund und Grenzen

der Wissenschaftsfreiheit, DVBl. 2005, 1072 (1076); krit. schon Salzwedel, WissR, Beiheft 5 (1978), S. 235 (246).

49 Insb. BVerwG, Urt. 18.9.1981 sub II 5a – 7 N 1/79; Urt. 18.5.1982 – 7 C 15/80 sub II 1; OVG Hamburg NVwZ 1983, 361, Weniger kompromisslos noch BVerwG, Urt. 8.2.1980 – 7 C 93/77 = BVerwGE 60, 25 (45) sowie BVerfG, Beschl. 6.11.1975 – 1 BvR 358/75 = BVerfGE 40, 352 (354).

Mit der expliziten Anerkennung der Qualitätssicherung als verfassungsimmanenter Schranke im vorliegenden Beschluss ist das herkömmliche System der Hochschulzulassung in seiner Starrheit nicht mehr zu halten. Denn es bedarf nun der Herstellung praktischer Konkordanz⁵⁰ zwischen den beiden nun als gleichrangig anerkannten Rechtsgütern. Dies schließt es aus, dem Rechtsgut der Ausbildungsfreiheit einen uneingeschränkten Vorrang einzuräumen, wie es das geltende Recht tut. Vielmehr müssen besondere Qualitätsansätze wie z.B. Kleingruppenunterricht entsprechend ihrer didaktischen Notwendigkeit anerkannt werden. Dies muss insbesondere für die Studiengänge nach dem Bologna-Modell gelten, das sich definitiv auf die Notwendigkeit der Qualitätssicherung beruft.⁵¹ Sicher ist dabei der Eigenart der Studienfächer Rechnung zu tragen. Ein starr kapazitätsorientiertes Denken, das die Studiengänge über die Grenzen des didaktisch Vertretbaren hin „vollstopft“, erweist sich allerdings damit als überholt.

2. Forschung mit Drittmitteln aus öffentlichen Kassen und Gesetzesvorbehalt

Eine weitere Fernwirkung ergibt sich im Bereich der Drittmittelforschung. Für die Bedingungen des Einwerbens von Drittmitteln gibt es keine gesetzlichen Grundlagen. Dies gilt auch dann, wenn diese letztlich aus öffentlichen Kassen stammen, wie es bei den in kompetitiven Verfahren vergebenen DFG-Drittmitteln oder EU-Forschungsgeldern typischerweise der Fall ist. Zwar gilt bei finanziellen Subventionen grundsätzlich nicht das Erfordernis einer gesetzlichen Regelung, da es sich um leistende Verwaltung handelt, und der Vorbehalt des Gesetzes in der deutschen Dogmatik herkömmlicherweise nur für die eingreifende Verwaltung gilt.⁵² Dem wird jedoch wohl zu Recht entgegen gehalten, dass auch im Bereich der Leistungsverwaltung dann eine formelle gesetzliche Regelung existieren müsse, wenn die Leis-

tung grundrechtsrelevant sei.⁵³ Nun scheint gerade dies seit dem Inkrafttreten der W-Besoldung der Fall zu sein, bei der u.a. die Höhe eingeworbener Drittmittel zur einer Bedingung für die Gewähr leistungsbezogener Gehaltsbestandteile („besondere Leistungsbezüge“) wird.⁵⁴ Dies tangiert das Erfordernis der durch Art. 33 Abs. 5 GG geschützten „amtsangemessenen Alimentation“ jedenfalls dann, wenn das abgesenkte Grundgehalt allein unangemessen ist.⁵⁵ Zwar haben die Landesgesetzgeber nach der insoweit wegweisenden Entscheidung des BVerfG die Grundgehälter (unterschiedlich) angehoben, doch heißt dies nicht automatisch, dass die neuen Sätze flächendeckend mit Art.33 Abs. 5 GG vereinbar sind.⁵⁶

Das Bundesverfassungsgericht hatte schon in der W-Besoldungsentscheidung hervorgehoben, dass die Unmöglichkeit einer klaren Quantifizierbarkeit der amtsangemessenen Besoldungshöhe prozeduraler Sicherungen bedürfe.⁵⁷ Die prozeduralen Anforderungen an den Gesetzgeber kompensierten die Schwierigkeit, das verfassungsrechtlich gebotene Besoldungsniveau anhand materieller Kriterien zu bestimmen.

Mit dieser Lage ist die Akkreditierungssituation durchaus vergleichbar: Auch hier geht es um die Unmöglichkeit punktgenauer Feststellungen, und auch hier hat der Gesetzgeber daher die wesentlichen prozeduralen Sicherungen zu treffen. Freilich ist dieser Gedanke nicht eben neu: Auch hier fungiert wohl *Niklas Luhmann* mit seinem Prinzip der „Legitimation durch Verfahren“ als Ahnherr;⁵⁸ auch existieren seit geraumer Zeit bekannte Regelungsbeispiele.⁵⁹ Um so wichtiger ist es, dass die prozeduralen Sicherungen durch den Gesetzgeber jeweils in hinreichender Dichte auch statuiert werden.

3. Drittmittelförderung und Rechtsweggarantie

Die Gewähr bzw. Nichtgewähr der vorgenannten Leistungsbezüge erfolgt durch einen Verwaltungsakt der

50 Grdl. immer noch *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 72.

51 Bologna Declaration 1999, S. 4; *Kulturministerkonferenz*, Bestandsaufnahme und Perspektiven der Umsetzung des Bologna-Prozesses (2011), S. 4, zu finden auf www.kmk.org (13.09.2016).

52 Vgl. BVerfG, Beschl. 23.6.1981 – 2 BvL 14/79 = BVerfGE 58, 45 (48 ff.); Beschl. 9.3.1994 – 1 Bv4R 682, 712/88 = 90, 112 (126); zum Streitstand statt vieler *Maurer*, Staatsrecht I, 6. Auflage 2010, § 8 Rn. 22.

53 Gegen eine starre Typologie auch *Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2004, Bd. 2, § 26 Rn. 63 ff.

54 So geht bspw. Art. 71 Abs. 1 S. 2 BayBesG von der Berücksichtigung der Einwerbung von Drittmitteln bei der Gewährung von besonderen Leistungsbezügen aus.

55 BVerfG, Urt. 14.2.2012 – 2 BvL 4/10 = BVerfGE 130, 263 (302 f.).

56 *Geis*, in: GKÖD, Bd. III, K § 32 BBesG, Rn. 26 ff. (erscheint demnächst).

57 BVerfG, Urt. 14. 2. 2012 – 2 BvL 4/10 = BVerfGE 130, 263 (301 f.), unter Verweis auf BVerfGE 125, 175 (226).

58 *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1969.

59 Stellvertretend seien hier nur die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien nach § 19 JuSchG vom 31.10.2008 (BGBl. I 2730), (vormals Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften), oder die im Anschluss an StGH BW, Urt. vom 10.05.1999 – GR 2/97 = VBIBW 1999, 294 ff. installierte Gemeinsame Finanzkommission genannt (§ 34 FAG BW); zu letzterer auch *Geis*, „Political question doctrine“ im Recht des kommunalen Finanzausgleichs?, in: *Geis/Lorenz* (Hrsg.), Staat – Kirche – Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer, 2001, S. 79 (90).

Hochschulleitung;⁶⁰ sie steht in deren (pflichtgemäßem) Ermessen (es sei denn, in einer Zielvereinbarung sind konkrete Zahlen genannt, dann besteht sogar ein einklagbarer Anspruch) und muss demnach nach Art.19 Abs. 4 GG jedenfalls in den Grenzen des § 114 VwGO (gegebenenfalls analog) gerichtlich überprüfbar sein. Das bedeutet allerdings auch, dass eine Versagung, die auf eine Ablehnung beantragter Drittmittel gestützt wird, gerichtlich kontrollierbar sein muss. Überträgt man die Aussagen der Akkreditierungsentscheidung auf diese Konstellation, dann muss sich die Kontrolle auch auf die vorgelagerten Entscheidungen des privatrechtlich verfassten Zuwendungsgebers (also z.B. der DFG) erstrecken. Anderenfalls bestünde ein quasi rechtsfreier Raum, der mit Art. 19 Abs. 4 GG nicht vereinbar wäre. Denkt man dies fort, so führt dies freilich zu erheblichen Verwerfungen im deutschen Forschungsförderungssystem. So müsste in einem Verwaltungsprozess auf die gutachterlichen Äußerungen der beteiligten Sachverständigen im Wege der Akteneinsicht zugegriffen werden können. Speziell im Falle der DFG wäre das Dogma einer Anonymisierung der Gutachtenäußerungen nicht mehr zu halten, da ja mögliche Befangenheit oder Ausschlussgründe, wie sie die DFG selbst aufgestellt hat,⁶¹ überprüft werden können müsste. Auch bedarf es zumindest rudimentärer formalgesetzlicher Regelungen, welche Kriterien für die Gewährung ausschlaggebend sind. Fraglich ist, ob § 33 Abs. 3 BBesG (bzw. die entsprechenden Ländergesetze und die hierzu erlassenen Rechtsverordnungen ausreichend sind. Immerhin werden auch dort Aussagen über die Relevanz der Qualität von Forschung und Lehre getroffen, ohne dass auf der Ebene des Gesetzes die Beteiligung der Wissenschaft auch nur rudimentär thematisiert wird.

Noch deutlicher wird dies, wenn man eine direkte Grundrechtsbindung von Förderorganisationen wie der DFG bejaht. Für diese – in der Hochschul- und Wissenschaftspraxis freilich strikt tabuisierte – Prämisse spricht, dass die Zwischenschaltung von Privatrechtssubjekten nichts daran ändert, dass die Verteilung von Haushaltsmitteln eine öffentliche Aufgabe des Staates bleibt.⁶² Nach dem Akkreditierungsbeschluss kommt es letztlich auf die Frage, ob die DFG oder ähnliche Geldgeber, aus verfassungsrechtlichen Gründen als Beliehene fungieren (müssten), gar nicht mehr primär an. Das Procedere der Entscheidungen und die Kriterien aber auch in diesem

Fall vom Gesetzgeber zumindest im Wesentlichen zu regeln. Mittelfristig wird man also um ein „Drittmittelgesetz“ kaum herkommen.

Völlig ungeklärt ist schließlich, welche Fernwirkungen der Akkreditierungsbeschluss auf die Akkreditierung nichtstaatlicher Hochschulen durch den Wissenschaftsrat⁶³ und auf die Förderungsmechanismen des Art.91b GG insgesamt haben könnte, die sich ebenfalls weitgehend im gesetzefreien Raum bewegen. Zumindest bei der Schließung von Forschungsinstituten auf Grund einer negativen Evaluierung verlangt der Schutz der Wissenschaftsfreiheit nach der Logik des Bundesverfassungsgerichts gesetzliche Mindestregelungen und die Möglichkeit, einen Rechtsweg zu beschreiten. Diese Fragen sind allerdings so komplex, dass sie den hier gegebenen Raum bei weitem sprengen würden. Es muss daher mit dem Problemaufriss sein Bewenden haben.

IV. Fazit

Insgesamt zeigt die Entscheidung die ganze Ambivalenz des Akkreditierungssystems auf. Positiv ist sicherlich festzuhalten, dass der Gedanke der Qualitätssicherung durch eine turnusmäßige Überprüfung gestärkt worden ist. Die Einbeziehung unabhängiger, fachlich einschlägiger Gutachter ist mutmaßlich effektiver als die einmalige Vorabgenehmigung durch eine ministeriale Stelle (meist nur eine sachbearbeitende Person). Dadurch kann Qualitätsschwankungen besser begegnet werden, aber auch der sinnvolle Zuschnitt von Studienangeboten optimiert werden. Keiner Selbstverwaltung schadet ein externer Blick – jeder, der im akademischen Bereich schon einmal mit nicht immer zu leugnenden verfilzten Strukturen konfrontiert worden ist, wird dies bestätigen. Insofern gilt nichts anderes als im Parallellfall der Evaluation von Forschungsleistungen.

Allein die Entscheidung für das Verfahren der Akkreditierung löst jedoch kein Detailproblem. In erster Linie geht es dabei um die Bewertungskriterien. Das Gericht hat völlig zu Recht moniert, dass die Wissenschaft dabei hinreichend beteiligt werden muss, sieht also die Lösung – wie so oft – in einer prozeduralen Lösung. Freilich führt dies zu einem erheblichen Regelungsaufwand. Im Ergebnis wird jeder Landesgesetzgeber ein Akkreditierungsgesetz erlassen bzw. entsprechende Regelungen in das eigene Hochschulgesetz einfügen müs-

60 Über die Rechtsnatur kann man sich im Hinblick auf die Frage der Außenwirkung streiten, inhaltlich ändert sich dadurch nichts.

61 DFG-Hinweise 10.201 – 4/10, zu finden unter http://www.dfg.de/formulare/10_201/10_201_de.pdf (13.09.2016).

62 Vgl. Hillgruber in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Stand 2009, Art. 1 Rn. 69; wohl auch schon Deutsch, Ombudsgremien und

Wissenschaftsfreiheit, ZRP 2003, 159 (161). A.A. – aber nach der Akkreditierungsentscheidung kaum noch haltbar – LG Bonn, Urteil vom 19.08.2009 – 2 O 3/09, BeckRS 2010, 156.

63 Dazu jetzt Otting/Ziegler, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Akkreditierung im Hochschulwesen, NVwZ 2016, 1064 (1067 f.).

sen, wobei die jeweilige politische Mehrheit im Lande auch gewichten kann (z.B. den Gender-Faktor). Ob das gegenüber der früheren Rechtslage einen Fortschritt bedeutet, mag man selber beurteilen. Teurer bleibt es für die Hochschulen allemal. Einen gewissen Königsweg für die Zukunft mag die Umstellung von der Programm- zur Systemakkreditierung bedeuten. Inwieweit dies von den Agenturen mitvollzogen werden wird, denen ja dadurch ein Einbruch im Geschäft droht, sei hier dahin gestellt. Es bleibt jedoch das schale Gefühl, dass das System seinerzeit doch mit heißer Nadel eingeführt worden ist und erst durch mehrfache Reparaturgesetze und -novellen einigermaßen auf den rechtsstaatlichen erforderlichen

Standard gebracht werden kann. Dass sich ein solches Trial-and-Error-Vorgehen (nicht nur) in der Hochschulgesetzgebung immer mehr breit macht, ist allerdings nicht das, was man unter der Kunst „guter Gesetzgebung“⁶⁴ verstehen sollte.

Max-Emanuel Geis ist Direktor der Forschungsstelle für Wissenschafts- und Hochschulrecht, Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Bayerisches Staats- und Verwaltungsrecht, Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Öffentliches Recht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen Nürnberg.

64 Zitelmann, *Kunst der Gesetzgebung* (1904), insb. S. 31 ff., 43 ff. (abrufbar unter [http://reader.digitale-sammlungen.de/de/fsl/object\)display/bsbl11127276_0004.html](http://reader.digitale-sammlungen.de/de/fsl/object)display/bsbl11127276_0004.html)); Merten, „Gute“ Gesetzgebung als Verfassungspflicht oder Verfahrenslast?, DÖV 2015, 349 sowie Nachweise bei Höfling/Engels in Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, 2014, § 34 Fn. 76, 115.

Thomas Würtenberger* und Axel Krohn

Abwahl des Rektors einer Hochschule

– Beschluss des VGH Baden-Württemberg vom 26.2.2016

Der Beschluss des VGH Baden-Württemberg vom 26.2.2016¹ befasst sich mit hochschulrechtlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit der vorzeitigen Beendigung des Amtes eines hauptamtlichen Rektoratsmitgliedes. Im Folgenden wird nicht allein die Entscheidung zum im baden-württembergischen Landeshochschulgesetz geregelten Abwahlverfahren vorgestellt. Es werden auch die das Abwahlverfahren regelnden Parallelvorschriften anderer Landeshochschulgesetze ebenso wie die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen und Rahmenbedingungen des Abwahlverfahrens berücksichtigt.

I. Überblick über die Abwahlregelungen in den einzelnen Bundesländern

In Baden-Württemberg ist die Amtszeit des Rektors bzw. Präsidenten² einer Hochschule auf sechs bis acht Jahre³ begrenzt (vgl. § 17 Abs. 2 LHG BW⁴). Sofern keine unmittelbare Wiederernennung oder Bestellung erfolgt, endet die Amtszeit durch Zeitablauf oder Ruhestand. Die Hochschulgesetze der anderen Bundesländer sehen im Grundsatz ebenfalls ein Amtsverhältnis des Rektors auf Zeit vor.⁵

Daneben regeln die einzelnen Hochschulgesetze auch die Möglichkeit einer vorzeitigen Beendigung des Amtes eines Rektors, in Baden-Württemberg etwa in § 18 Abs. 5 LHG. Voraussetzung einer Abwahl ist ein wechselseitiges Einvernehmen von Hochschulrat, Senat und Wissenschaftsministerium⁶ (Abs. 5 S. 1). Jedem der

Beteiligten steht dabei ein Vorschlagsrecht zu (S. 2), wobei die anderen beiden zur wirksamen Abwahl ihre Zustimmung erklären müssen (S. 3). Die Beschlüsse in den Gremien Hochschulrat und Senat bedürfen dabei jeweils einer Mehrheit von zwei Dritteln ihrer Mitglieder (S. 4). Auch wenn der Gesetzeswortlaut dies nicht erwähnt, wird vielfach das Vorliegen eines wichtigen Grundes als weitere Voraussetzung (unter Verweis auf das Rechtsstaatsprinzip) für die vorzeitige Abwahl gefordert.⁷ In Anlehnung an § 84 Abs. 3 AktG, der den Fall einer Abberufung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft regelt, sollen grobe Pflichtverletzungen, die Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Amtsführung oder der Verlust des Vertrauens in die Amtsführung durch das hauptamtliche Rektoratsmitglied zu den wichtigen Gründen zählen.⁸ Im Folgenden ist auf diese Voraussetzung noch näher einzugehen.

Die Abwahlverfahren in den anderen Bundesländern unterscheiden sich von dem in Baden-Württemberg nicht unerheblich. Diskrepanzen bestehen im Hinblick auf die Verfahrensbeteiligten (und ihr Initiativrecht) und die erforderlichen Quoren in den Hochschulgremien:

Die unmittelbare Beteiligung des Wissenschaftsministeriums am Abwahlverfahren ist nur in Baden-Württemberg vorgesehen. Die Bundesländer Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Sachsen und Thüringen sehen ein Zusammenwirken von Senat und Hochschulrat vor.⁹ In Berlin, Bremen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein genügt eine

* Prof. Dr. Thomas Würtenberger war Prozessvertreter der im Verfahren vor dem VGH Baden-Württemberg beigeladenen Hochschule.

1 VGH BW, Beschluss vom 26.2. 2016, Az 9 S 2445/15.

2 Der Vereinfachung halber wird im Folgenden stets von dem *Rektor* einer Hochschule gesprochen, auch wenn die Hochschulgesetze anderer Bundesländer den Leiter einer Hochschule anders bezeichnen. Außerdem sind die folgenden Ausführungen auf den Rektor bezogen, die Abwahl weiterer hauptamtlicher Rektoratsmitglieder wird nicht weiter vertieft.

3 Die Grundordnungen der Hochschulen legen die Amtszeit konkret fest.

4 Landeshochschulgesetz BW vom 1.1.2005, GBl. S. 1, in der Fassung vom 1.4.2014, GBl. S. 1, 10, im Folgenden als „LHG“ zitiert.

5 Vgl. z.B. Bayern (Amtszeit des Präsidenten einer Hochschule „nach Maßgabe der Grundordnung bis zu sechs Jahren“ – vgl.

Art. 21 Abs. 2 S. 2 BayHSchG) oder Hamburg (feste Amtszeit des Präsidenten von sechs Jahren – vgl. § 80 Abs. 3 S. 1 HmbHG).

6 Vollständiger Name: Ministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst Baden-Württemberg.

7 *Sandberger*, Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg, 2. Auflage 2015, § 18 Rn. 3; Amtl. Begr. LT-Drucks. 15/4684, S. 187.

8 So die Amtl. Begr. LT-Drs. 13/3640, S. 193; vgl. *Sandberger*, aaO, § 18 Rn. 3.

9 § 80 Abs. 4 HambHG; § 39 Abs. 7 HSchG HE; § 40 NHG; § 17 Abs. 4 HG NRW (die *Hochschulwahlversammlung* setzt sich gem. § 22a Abs. 1 HG NRW aus Mitgliedern von Senat und Hochschulrat zusammen); § 80 Abs. 4 HochSchG R-P; § 82 Abs. 8 iVm. § 81a Abs. 1 SächsHSFG (in Sachsen ist der „erweiterte Senat“ für die Abwahl zuständig; zu dessen Zusammensetzung vgl. § 81a Abs. 1 SächsHSFG); § 31 Abs. 5 ThürHG.

Mehrheitsentscheidung im Senat, in Bayern im Hochschulrat.¹⁰ Das Hochschulgesetz des Landes Brandenburg¹¹ weist das Abwahlverfahren dem „zuständigen Organ der Hochschule“ zu; eine Festlegung erfolgt in deren Grundordnung.¹² Das Hochschulgesetz des Landes Mecklenburg-Vorpommern verlangt ein Zusammenwirken von Senat und dem sog. Konzil.¹³

Von den Bundesländern, in denen eine Entscheidung des Senats bzw. des Hochschulrates oder eines von der Grundordnung bestimmten Gremiums zur Abwahl des Rektors ausreicht, verlangen Brandenburg, Bremen, Berlin und Bayern das Erreichen einer Mehrheit von zwei Drittel der Gremienmitglieder; in Schleswig-Holstein muss dagegen eine Dreiviertelmehrheit, in Nordrhein-Westfalen eine Fünftelmehrheit¹⁴ erreicht werden. Das Hochschulgesetz des Landes Sachsen-Anhalt sieht die Abwahl durch ein „konstruktives Misstrauensvotum“ vor.¹⁵ Hier muss eine einfache Mehrheit der Mitglieder des Senates die Abwahl mit der Neuwahl des Rektors verbinden.

Auch in den Hochschulgesetzen, die ein Zusammenwirken zweier Hochschulgremien verlangen, bietet sich im Hinblick auf die zu erreichenden Quoren kein einheitliches Bild. Hamburg, Niedersachsen und Rheinland-Pfalz verlangen je eine Mehrheit von Dreiviertel der Mitglieder des Senats, wobei die Entscheidung in Niedersachsen an eine „Bestätigung“ des Hochschulrates, in Rheinland-Pfalz an eine Zustimmung des Hochschulrates mit einfacher Mehrheit seiner Mitglieder und in Hamburg an eine Bestätigung durch den Hochschulrat mit einem Quorum von Dreiviertel seiner Mitglieder geknüpft ist. In Hessen und Sachsen genügt schon eine Zweidrittelmehrheit der Mitglieder des Senats, wobei das hessische Hochschulgesetz einen Antrag des Hochschulrates auf Abwahl oder dessen Zustimmung zur Abwahl fordert, während in Sachsen eine Bestätigung durch Mehrheitsentscheidung genügt.¹⁶

In den meisten Bundesländern muss die Initiative zur vorzeitigen Beendigung des Rektorenamtes vom Senat der Hochschule ausgehen. Anders ist dies in folgenden Hochschulgesetzen geregelt: In Bayern trifft der Hochschulrat, dem Senatsmitglieder angehören, die Abwahl-

entscheidung. In Thüringen liegt das Initiativrecht beim Hochschulrat, der mit einer Mehrheit von drei Viertel seiner Mitglieder über die Abwahl votieren muss. Diese Entscheidung bedarf der Bestätigung des Senats der Hochschule, wobei ebenfalls eine Mehrheit von Dreiviertel der Senatsmitglieder dafür stimmen muss. In Nordrhein-Westfalen erfolgt die Abwahl durch ein einziges Gremium, der sog. Hochschulwahlversammlung. Diese setzt sich aus sämtlichen Mitgliedern von Senat und Hochschulrat zusammen.¹⁷ Ein Rektoratsmitglied kann durch die Hochschulwahlversammlung mit einer Mehrheit von fünf Achteln ihrer Mitglieder abgewählt werden.

Diese Übersicht zeigt, dass das Abwahlverfahren in Baden-Württemberg keinem der anderen Bundesländer auch nur annähernd gleicht. Hervor sticht zum einen, dass das baden-württembergische Hochschulgesetz eine Beteiligung des Wissenschaftsministeriums vorsieht. Zum anderen, dass sowohl Senat, als auch Hochschulrat und Ministerium das Recht haben, die Initiative für ein Abwahlverfahren zu ergreifen. In der Gesetzesbegründung der im Jahr 2014 novellierten Regelung heißt es hierzu: „Das Zusammenwirken der Beteiligten und die erforderlichen Mehrheitsverhältnisse schützen die Amtsinhaberinnen beziehungsweise Amtsinhaber vor willkürlichen Entscheidungen bezüglich der vorzeitigen Beendigung ihrer Amtszeit“.¹⁸

Ob die im Überblick dargestellten Abwahlregelungen jeweils den vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätzen entsprechen, erscheint fraglich. Denn nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts stößt es auf erhebliche Bedenken, wenn die abstimmenden Wissenschaftler allein nicht in der Lage sind, das geforderte 2/3- oder 3/4-Quorum im für die Abwahl zuständigen Gremium zu erreichen und zudem ein wichtiger Grund für die Abwahlentscheidung vorliegen muss. Allerdings gilt diese vom Bundesverfassungsgericht eingeforderte Entscheidungsmöglichkeit der Wissenschaftler wohl nur unter besonderen Voraussetzungen. Zu diesen zählt insbesondere eine starke Stellung des Rektorats gegenüber dem Senat. Soweit dem Senat weit reichende Beschlusskompetenzen zustehen, bedarf es bei Abwahlentschei-

10 Art. 21 Abs. 3 BayHG; §§ 52 Abs. 3, 53 Abs. 3 BerlHG (Abwahl durch Konzil); § 83 Abs. 3 BremHG; § 69 Abs. 7 S. 5 HSG LSA (das Gesetz verlangt ein *konstruktives Misstrauensvotum*; dieses erfolgt im Senat); § 23 Abs. 8 HSG S-H.

11 § 65 Abs. 4 S. 1 BbgHG; weitere Modalitäten des Abwahlverfahrens in § 65 Abs. 4 S. 2 ff. BbgHG.

12 Vgl. § 64 Abs. 2 Nr. 3 BbgHG.

13 § 82 Abs. 5 LHG M-V; zur Zusammensetzung des *Konzils* siehe §§ 80 Abs. 2, 52 Abs. 2 LHG M-V.

14 § 17 Abs. 4 HG NRW.

15 § 69 Abs. 7 S. 5 HSG LSA.

16 § 82 Abs. 8 S. 2 SächsHSFG.

17 Vgl. § 22a Abs. 1 HG NRW.

18 LT-Drs. 15/4684, S. 187.

dungen keiner besonderen Mehrheit der Wissenschaftler.¹⁹ Ob dies der Fall ist, lässt sich nur mit Blick auf die Regelungen der Hochschulleitung in den einzelnen Bundesländern beurteilen.²⁰ Über eine maßgebliche Beteiligung des Hochschulrates oder anderer universitärer Gremien an einer Abwahlentscheidung ist vom Bundesverfassungsgericht noch nicht abschließend entschieden worden.

II. Die Entscheidung des VGH Baden-Württemberg²¹

Ende 2011 wurde die Antragstellerin vom Hochschulrat einer Hochschule zur Rektorin für die Dauer von sechs Jahren gewählt. Seit Beginn des Jahres 2014 kam es zu heftigen Auseinandersetzungen zwischen der Rektorin und den Hochschulgremien sowie auch innerhalb des Rektorates. Dabei wurde innerhalb der Hochschule heftige Kritik am Führungsstil der Rektorin geübt. Im September 2014 berief das Wissenschaftsministerium unter Verweis auf seine Aufsichtsrechte aus § 68 Abs. 1 LHG eine dreiköpfige Kommission, deren Aufgabe es sein sollte, die aktuelle und zukünftige Funktions- und Aktionsfähigkeit der Hochschule zu analysieren und Empfehlungen zur Überwindung der bestehenden Vertrauens- und Führungskrise vorzulegen. Im Kern stellte der Kommissionsbericht fest, dass bei gleichbleibenden Bedingungen die Funktionsfähigkeit der Hochschule „perspektivisch gefährdet“ und zur Bewältigung der Krise eine personelle Veränderung erforderlich sei. Im Januar 2015 beriet der Hochschulrat in nichtöffentlicher Sitzung über die Abwahl der Antragstellerin. Der Beschluss erfolgte nach Herstellung der (Hochschul-) Öffentlichkeit in geheimer Abstimmung. In der anschließenden Sitzung des Senats fand die Beratung wiederum in nichtöffentlicher Sitzung statt, nach Herstellung der (Hochschul-) Öffentlichkeit wurde geheim abgestimmt. In beiden Gremien wurde das für die Abwahl erforderliche Quorum erreicht.

Im Februar 2015 erging eine Verfügung des Wissenschaftsministeriums, die unter Anordnung sofortiger Vollziehung die Feststellung enthielt, dass das Amt der Antragstellerin als Rektorin nach Herstellung des Einvernehmens nach § 18 Abs. 5 S. 3 LHG beendet worden

sei. Gegen diesen Bescheid wehrte sich die Antragstellerin im einstweiligen Rechtsschutz. Das VG Stuttgart gab dem Antrag statt, während der VGH Baden-Württemberg auf Beschwerde des Landes den Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz zurückwies. Die äußerst umfangreich begründete Entscheidung des VGH Baden-Württemberg hat eine Reihe von Rechtsfragen geklärt, die über das baden-württembergische Hochschulrecht hinaus von Bedeutung sind:

1. Statthaftigkeit des Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO

Die Ausführungen des Gerichts zur Statthaftigkeit des Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO setzen sich unter anderem mit der Verwaltungsaktsqualität des Schreibens des Wissenschaftsministeriums vom Februar 2015 auseinander.²² Bei einer flüchtigen Betrachtung erschließt sich diese nicht. Denn die Rechtsfolge der vorzeitigen Beendigung des Amtes als Rektorin trat nach § 18 Abs. 5 S. 3 LHG bereits qua Gesetzes ein.²³ Hiernach ist das Amt eines hauptamtlichen Rektoratsmitglieds beendet, wenn Hochschulrat, Senat und Wissenschaftsministerium dem Antrag eines Beteiligten auf vorzeitige Beendigung des Amtes eines hauptamtlichen Rektoratsmitglieds zustimmen. Da schon das Gesetz die regelnde Wirkung ausspricht, bleibt für die regelnde Wirkung durch einen Verwaltungsakt an sich kein Raum.

Gleichwohl wurde durch das ministerielle Schreiben eine verbindliche Feststellung über die vorzeitige Beendigung des Amtes getroffen. Denn die „Regelung“ bei einem feststellenden Verwaltungsakt liegt in der Konkretisierung der gesetzlich schon vorgesehenen Rechtsfolge.²⁴ Die Abgrenzung des feststellenden Verwaltungsaktes von dem schlichten Hinweis auf die Rechtslage oder der bloßen Mitteilung bzw. Auskunft ohne Regelungscharakter gestaltet sich im Einzelfall allerdings schwierig, da auch der feststellende Verwaltungsakt per Definition lediglich eine bestehende Rechtslage in rechtsverbindlicher Weise feststellt.²⁵ In erster Linie hängt die Einordnung von einer genauen Analyse der Gesetzeslage sowie der von der Behörde gewählten Formulierung ab.²⁶ Im Falle von Statusänderungen, die sich unmittelbar kraft Gesetz vollziehen, kann ein feststellender Verwaltungsakt aus Gründen der *Rechtssicherheit* ergehen.²⁷

19 BVerfG, Beschluss vom 24. 6. 2014, 1 BvR 3217/07 Rn. 95; in BVerfG, Beschluss vom 26. 10. 2004, 1 BvR 911/00, 927/00, 928/00 Rn. 188 wurde die Abwahlmöglichkeit einer 2/3 Mehrheit von Senatsmitgliedern für verfassungskonform erachtet; Vgl. zu dieser wenig einheitlichen Rechtsprechung *Würtenberger*, Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der Hochschulleitung im Landeshochschulgesetz von Baden-Württemberg, OdW 2016, S. 1, 15.

20 Für Baden-Württemberg vgl. *Würtenberger*, aaO.

21 VGH BW, Beschluss vom 26.2.2016, Az 9 S 2445/15.

22 Vgl. VGH BW Az 9 S 2445/15, juris Rn. 4 ff.

23 So VGH BW Az 9 S 2445/15, juris Rn. 4.

24 VGH BW Az 9 S 2445/15, juris Rn. 5 f.

25 Vgl. *Pietzcker*, in: Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, 29. EL Oktober 2015, § 42 Abs. 1 VwGO, Rn. 26.

26 Vgl. *Pietzcker*, aaO, Rn. 26.

27 Vgl. *Pietzcker*, aaO, Rn. 27.

Der VGH Baden-Württemberg neigt daher dazu, zumindest bei Statusänderungen im grundrechtsrelevanten Bereich, mit der Annahme eines feststellenden Verwaltungsaktes großzügig zu verfahren.²⁸ Da eine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung einer Klage auch bei feststellenden Verwaltungsakten in Betracht kommt, war der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO statthaft.

2. Öffentlichkeit der Beschlussfassungen in Hochschulrat und Senat

Im Kern behandelt die Gerichtsentscheidung die Rechtmäßigkeit des Abwahlverfahrens nach § 18 Abs. 5 LHG. Der VGH Baden-Württemberg prüft dabei die *Wirksamkeit des Vorschlags des Hochschulrates zur vorzeitigen Beendigung des Amtes der Antragstellerin* und die *Wirksamkeit der Zustimmung des Senats der Hochschule*. Abweichend von der Rechtsauffassung des erstinstanzlichen Verwaltungsgerichts wird eine Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes bei den Beschlüssen der beiden Hochschulgremien abgelehnt.

Die erstinstanzliche Entscheidung²⁹ war zu der Ansicht gelangt, dass die Hochschulgremien zwar grundsätzlich gem. § 10 Abs. 4 S. 1 LHG nicht öffentlich tagen würden, aber ein Ausnahmefall gem. § 10 Abs. 4 S. 1 iVm § 19 Abs. 1 S. 2 iVm § 18 Abs. 5 LHG vorläge.³⁰ Nach dieser Ausnahme seien unter anderem Wahlen bzw. Beschlüsse über die vorzeitige Beendigung des Amtes der hauptamtlichen Rektoratsmitglieder, vergleichbar dem Prinzip öffentlicher Verhandlung im Kommunalrecht, dem Öffentlichkeitsgrundsatz unterworfen. Da Hochschulrat und Senat lediglich die Abstimmungen, nicht aber die vorangehende Beratung (hochschul-) öffentlich durchgeführt hatten, seien die Beschlüsse jeweils formell rechtswidrig und damit nichtig gewesen.

Demgegenüber differenziert der VGH Baden-Württemberg klarer zwischen der Beratung und der Abstimmung selbst. Mit Blick auf *die Beratung im Hochschulrat* verwies das Gericht zunächst auf § 20 Abs. 6 S. 1 LHG, wonach dieser grundsätzlich nicht öffentlich tagt.³¹ Gesetzliche Ausnahme seien die „Angelegenheiten“ nach § 20 Abs. 1 S. 4 Nr. 1 und 11 LHG. Abs. 1 S. 4 Nr. 1 LHG verweist auf die „Angelegenheit“ der Mitwirkung nach § 18 Abs. 5 LHG. Ob damit aber nur die Abstimmung über die Abwahl an sich oder auch die vorgeschalteten

Beratungen im Beisein der Öffentlichkeit stattzufinden hätten, sei dem Gesetz nicht eindeutig zu entnehmen. Bei der gebotenen Auslegung der Vorschrift zieht das Gericht *gesetzsystematisch* vor allem einen Vergleich zu den anderen Fällen, in denen das LHG die Öffentlichkeit der Sitzungen des Hochschulrates anordnet: Zum einen sei das öffentliche Tagen gem. § 20 Abs. 6 S. 1 LHG auf sehr wenige Ausnahmefälle beschränkt, was schon für sich im Gegenschluss eine enge Auslegung nahelege. Zum anderen sei der einzige *vergleichbare andere normierte Ausnahmefall* der der *Wahl der hauptamtlichen Rektoratsmitglieder* gemeinsam mit dem Senat nach Maßgabe von § 18 Abs. 1 bis 3 LHG. Gem. § 18 Abs. 2 S. 2 LHG umfasse der Ablauf der Wahl lediglich die drei möglichen Wahlgänge, nicht aber die Beratung im Vorfeld der Wahl. Übertragen auf den kehrseitigen Fall der *vorzeitigen Beendigung des Amtes eines hauptamtlichen Rektoratsmitglieds* soll nach Ansicht des Gerichts nichts anderes gelten.

Zudem streiten nach Ansicht des VGH Baden-Württemberg auch *teleologische Aspekte* für eine Rechtmäßigkeit der nicht öffentlichen Beratung des Hochschulrates: Zwar bestünde ein grundsätzlich hoch zu gewichtiges Interesse der Hochschulöffentlichkeit, über die Diskussion der vorzeitigen Beendigung des Amtes des hauptamtlichen Rektoratsmitglieds informiert zu sein. Dennoch müsse dieses Informationsbedürfnis gegenüber dem verfassungsrechtlich gebotenen Persönlichkeitsschutz des Betroffenen sowie dem Interesse an Funktionsfähigkeit und Reputation der Hochschule, welches bei einer hochschulöffentlichen Erörterung von äußerst sensiblen Interna Schaden nehmen könne, zurücktreten.³² Bei der Würdigung der Parallelproblematik der *nichtöffentlichen Beratung im Senat* der Hochschule hat das Gericht entsprechend auf die Ausführungen zur nichtöffentlichen Beratung im Hochschulrat verwiesen.³³

Der Auffassung des Gerichts ist zuzustimmen. Zu bedenken wird allerdings gegeben, ob die Entscheidung des Gesetzgebers für ein weitgehend nichtöffentlich stattfindendes Rektoralwahlverfahren sachgerecht ist. Denn es gibt gute Gründe dafür, das gesamte Rektoralwahlverfahren (hochschul-)öffentlich stattfinden zu lassen: Bei der Wahl des Rektors geht es schließlich im Kern um die *allgemeine Ausrichtung der Hochschulpolitik*, über die in (hochschul-) öffentlicher Sitzung verhandelt werden sollte. Im Fall der

28 VGH BW Az 9 S 2445/15, juris Rn. 5; vgl. VGH BW NVwZ 1985, 593 (Entscheidung zum vorläufigen Rechtsschutz gegen eine Schulentlassung); im Ansatz auch Pietzcker, aaO, Rn. 27; zum Teil anders OVG Thüringen BeckRS 2015, 41413 unter II. 2.

29 VG Stuttgart, Beschluss vom 10. November 2015, Az 10 K 3628/15.

30 Zum Folgenden VG Stuttgart Az 10 K 3628/15, juris Rn. 33 ff.

31 Zum Folgenden VGH BW Az 9 S 2445/15, juris Rn. 30 ff.

32 VGH BW Az 9 S 2445/15, juris Rn. 37.

33 VGH BW Az 9 S 2445/15, juris Rn. 56.

vorzeitigen Beendigung des Amtes des Rektors dagegen geht es in der Regel um *persönliche Verfehlungen und/oder mangelnde Führungsqualitäten* des Rektors, die zu einem Vertrauensverlust innerhalb der Hochschule geführt haben. Es ist offensichtlich, dass die *Öffentlichkeit einer Rektorwahl* durch andere gewichtige rechtliche Gesichtspunkte bestimmt wird, als es bei der vorzeitigen Abwahl der Fall ist. Daher kann lediglich bei den Beratungen im Zusammenhang mit der Abwahlentscheidung das Persönlichkeitsinteresse des Amtsträgers und auch das Öffentlichkeitsbild der Hochschule die für eine Sitzungsöffentlichkeit streitenden Gründe – wie das Gericht überzeugend ausgeführt hat – überwiegen.

3. „Wichtiger Grund“ bei der Abwahlentscheidung

Obwohl nicht ausdrücklich normiert, ging der Gesetzgeber vom *Vorliegen eines „wichtigen“ Grundes* als Prämisse einer wirksamen Abwahl der betroffenen Person gem. § 18 Abs. 5 LHG aus.³⁴ In seiner Entscheidung lies der VGH Baden-Württemberg offen, ob von einem wichtigen Grund bereits deshalb ausgegangen werden müsse, weil die zur vorzeitigen Beendigung des Amtes der Rektorin erforderlichen Mehrheiten von je zwei Dritteln der Mitglieder von Hochschulrat und Senat erreicht wurden oder ob darüber hinaus auch eine Sachprüfung stattzufinden habe.³⁵ Dabei betonte er den weiten Entscheidungsspielraum der Gremienmitglieder und die spiegelbildlich nur *eingeschränkt bestehende Möglichkeit gerichtlicher Überprüfbarkeit* ihrer Beschlüsse. Diese gerichtliche Kontrolle beschränke sich darauf, dass keine missbräuchlichen Zwecke durch die Abwahl verfolgt wurden. Diesen Entscheidungsspielraum hätten Hochschulrat und Senat im zu beurteilenden Verfahren nicht überschritten.³⁶

In sehr vergleichbarer Weise hat das OVG Lüneburg ebenfalls im Zusammenhang mit der Abwahl eines Rektors entschieden, dass angesichts des von § 40 S. 1 NHG geforderten Quorums von drei Viertel der Mitglieder des Senats der Hochschule regelmäßig der Vertrauensverlust zum Leitungsorgan indiziert sei.³⁷ Die „Berechtigung“ des *Vertrauensverlustes* – also die Frage, ob die dem Vertrauensverlust zugrunde liegenden Vorbehalte bzw. Vorfälle zutreffend sind – unterlägen damit grundsätzlich nicht der Nachprüfung durch das Gericht.³⁸ Le-

diglich eine Nachprüfung der Entscheidung anhand des Maßstabs einer *allgemeinen Willkürkontrolle*, also anhand der Frage, ob der Vertrauensverlust nur „vorgeschoben“ war, sei möglich.³⁹

Diese Spruchpraxis kann sich nicht auf entsprechende Passagen im Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zum Niedersächsischen Hochschulgesetz berufen⁴⁰: „Es ist verfassungsrechtlich zulässig und zum Schutz der Betroffenen auch geboten, eine Entlassungsentscheidung an sachliche Kriterien zu binden. Die Bindung der Entlassung an einen wichtigen Grund muss angesichts des hier sehr hoch angesetzten Quorums jedoch zur Wahrung der Wissenschaftsfreiheit so verstanden werden, dass dieser Grund gegeben ist, wenn die erforderliche Mehrheit im Vertretungsorgan für die Abbestellung votiert; dieses weist dann grundsätzlich darauf hin, dass ein Leitungsorgan das Vertrauen der Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler verloren hat“.

Dies leitet das Bundesverfassungsgericht aus Art. 5 Abs. 3 GG her, der in seiner objektiven Ausprägung eine das Verhältnis von Wissenschaft und Forschung zum Staat regelnde, *wertentscheidende Grundsatznorm* ist. Im Hinblick auf die Hochschulorganisation bedeutet dies, dass sich die Wissenschaftsfreiheit in einem organisatorischen Gesamtgefüge entfalten muss, „in dem Entscheidungsbefugnisse und Mitwirkungsrechte, Einflussnahme, Information und Kontrolle durch die wissenschaftlich Tätigen so beschaffen sind, dass Gefahren für die Freiheit von Forschung und Lehre vermieden werden“.⁴¹ Ein zentrales und effektives Einfluss- und Kontrollinstrument der in einer Hochschule tätigen Wissenschaftler ist ihr *Recht zur Bestellung und zur Abberufung von Rektor und Prorektoren*.⁴²

Dabei gilt folgende vom Bundesverfassungsgericht entwickelte „Je-desto“-Formel: Je stärker der Gesetzgeber das Leitungsorgan Rektorat mit Kompetenzen ausstattet, desto stärker muss er im Gegenzug die Mitwirkungs- und Kontrollrechte der kollegialen Organe, also insbesondere des Senats, ausgestalten, damit Gefahren für die Freiheit von Forschung und Lehre vermieden werden.⁴³ Nach dieser Formel gilt folgerichtig, dass mit einem wachsenden Ausmaß und Gewicht der dem Rektorat zustehenden Kompetenz auch das Bedürfnis für den Senat als dem demokratisch legitimierten Vertre-

34 Amtl. Begr. LT-Drs. 13/3640, S. 193.

35 VGH BW Az 9 S 2445/15, juris Rn. 78.

36 Vgl. hierzu VGH BW Az 9 S 2445/15, juris Rn. 77.

37 OVG Lüneburg, Beschluss vom 2.9.2014 Az 5 ME 104/14, juris Rn. 40.

38 OVG Lüneburg, aaO Rn. 40; ähnlich OVG Thüringen BeckRS 2015, 41413 unter II. 2a.

39 OVG Lüneburg, aaO Rn. 40.

40 BVerfG 1 BvR 3217/07 Rn. 95.

41 BVerfG BvR 1501/13, 1682/13 Rn. 68.

42 Nach der Rechtsprechung des BVerfG verlangt die von Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Wissenschaftsfreiheit, dass sich die Hochschule im Wege der Abberufung von ihren Leitungsorganen trennen kann – vgl. BVerfG 1 BvR 3217/07, Rn. 60, zuvor bereits BVerfG 1 BvR 748/06, Rn. 122 ff. (für den Bereich des Fakultätsrates).

43 Vgl. BVerfG 1 BvR 748/06 Rn. 95.

tungsorgan der Hochschule steigt, sich *selbstbestimmt* von einzelnen Leitungsorganen, etwa der Rektorin oder dem Rektor, zu trennen.⁴⁴ Die demokratisch gewählten Hochschulgremien müssen also selbstbestimmt darüber entscheiden können, ob der Vertrauensverlust eines Leitungsorganes ein solches Ausmaß angenommen hat, dass in der Hochschule keine wissenschaftsadäquaten Entscheidungen mehr getroffen werden können.

Diese Rechtsprechung lässt sich auf die Regelung in § 18 Abs. 5 S. 4 LHG übertragen. Zwar verlangt die baden-württembergische Regelung „nur“ das Erreichen eines Zwei-Drittel-Mehrheit, anstatt wie in Niedersachsen einer Drei-Viertel-Mehrheit, im Senat. Diese Entscheidung des Gesetzgebers ist sachgerecht, weil in zwei Leitungsgremien, nämlich im Hochschulrat und im Senat, eine Zwei-Drittel-Mehrheit erforderlich ist. Wo die einzelnen Hochschulgesetze ihre Quoren ziehen, bleibt, genauso wie die Frage, welche Hochschulgremien am Verfahren sonst beteiligt sind, der Einschätzung des Gesetzgebers überlassen.

Zweifelhaft erscheint, ob die von der Rechtsprechung befürwortete reine *Willkür-* und *Missbrauchskontrolle* überhaupt praktische Relevanz erlangen können. Es ist kaum eine Konstellation vorstellbar, in der eine mit hohem gesetzlichem Quorum getroffene Entscheidung von Hochschulgremien insgesamt als willkürlich oder missbräuchlich angesehen werden kann. Einer Suche nach Willkürgründen steht entgegen, dass bei (Ab-)Wahlentscheidungen die Motivierung der Abstimmenden nicht feststellbar ist und von ihnen mit hochschulpolitischem Sachverstand entschieden wird. Dies gilt umso mehr für jene Hochschulorgane, denen – schon nach dem gesetzlichen Leitbild – am Wohl der Hochschule gelegen ist. Letzten Endes sind von hochschulpolitischem Sachverstand legitimierte Wahlentscheidungen nicht justitiabel. Wegen des den Hochschulgremien von Art. 5 Abs. 3 GG eingeräumten weiten Entscheidungsspielraums findet eine gerichtliche Willkür- oder Missbrauchskontrolle jedenfalls bei einer Abwahl mit hohem gesetzlichem Quorum nicht statt.

4. Bei Abwahlentscheidungen keine Anwendbarkeit der Befangenheitsvorschriften

In diese Richtung zielen auch die Überlegungen des VGH Baden-Württemberg zur Befangenheit von Mitgliedern des Abwahlgremiums⁴⁵: Einige Mitglieder des Senats der Hochschule befanden sich in offenem Streit

mit der abgewählten Rektorin, was an sich zu deren Befangenheit hätte führen müssen. Sehr formal argumentierend meint der VGH Baden-Württemberg, das LHG enthalte keine Befangenheitsvorschriften, so dass ein Ausschluss einzelner Senatsmitglieder von der Abwahlentscheidung einer rechtlichen Grundlage entbehre.⁴⁶ Diese Regelungslücke könne auch nicht durch eine (entsprechende) Anwendung der §§ 20, 21 LVwVfG ausgefüllt werden. Denn die Abwahl sei „ein von demokratischen Grundsätzen geprägtes Verfahren, vergleichbar einem Misstrauensvotum“.⁴⁷ Diese vorrangig politische Legitimation der Abwahlentscheidung wird damit weiter bekräftigt, dass das hohe Quorum der Abwahlentscheidung die Besorgnis der Befangenheit einzelner Senatsmitglieder zerstreuen würde.

5. Obiter dictum zur Einsetzung ministerieller Kommissionen

Offen lassen konnte der VGH Baden-Württemberg, ob die Einsetzung der dreiköpfigen Kommission durch das Ministerium zur Klärung der aktuellen und künftigen Funktions- und Gestaltungsfähigkeit der Hochschule rechtlich zulässig war. Das Gericht meldete im Rahmen eines obiter dictum allerdings deutliche Bedenken an. Da die Klärung der Rechtmäßigkeit der Einsetzung von Kommissionen für die Frage nach der Ausgestaltung und Wahrnehmung ministerieller Handlungsmöglichkeiten von Bedeutung ist, wird hierauf näher eingegangen.

Die zentrale Frage ist: Wie ist die Einsetzung einer ministeriellen Kommission rechtlich einzuordnen? Im zu entscheidenden Fall hatte die Tätigkeit der ministeriellen Kommission eine recherchierende und beratende, aber keine sanktionierende Zielrichtung: Ihre Aufgabe war es (lediglich), die derzeitige und künftige Funktions- und Gestaltungsfähigkeit der Hochschule zu begutachten. Durchaus vergleichbar sind andere Kommissionen, die zur Aufgabe haben, Fehlverhalten im Forschungsbereich aufzuklären.

Für die Tätigkeit von Kommissionen, in denen Personen außerhalb des Ministeriums Sitz und Stimme haben, bedarf es einer *gesetzlichen Grundlage*. Denn es werden Aufgaben öffentlicher Verwaltung auf Private übertragen, was nach dem organisationsrechtlichen bzw. institutionellen Gesetzesvorbehalt einer Regelung durch Rechtssatz bedarf. Dies ist dann der Fall, wenn sich die Kommission nicht allein internen Beratungsfunktionen zu widmen hat, sondern durch Befragung Dritter außer-

44 Vertiefend zur „Je-dešto“-Formel vgl. *Würtenberger*, OdW Heft 3 (2016), S. 3 f., 16 f.

45 VGH BW Az 9 S 2445/15, juris Rn. 62 ff.

46 VGH BW Az 9 S 2445/15, juris Rn. 64.

47 VGH BW, aaO.

halb des engeren Verwaltungsbereichs tätig wird.⁴⁸ Die erforderliche gesetzliche Grundlage findet sich in § 68 Abs. 1 S. 3 LHG. Die Vorschrift des § 68 Abs. 1 LHG, die das Ministerium berechtigt, sich über Angelegenheiten der Hochschule zu unterrichten und weitere Informationsrechte – auch unter Hinzuziehung von Sachverständigen (S. 3) – wahrzunehmen, steht im Zusammenhang mit der in § 67 LHG geregelten Aufsicht über die Hochschulen.

Im Zusammenhang mit der Abwahl eines Rektoratsmitglieds folgt die Befugnis des Ministeriums zur Information und zur prospektiven Analyse der Funktionsfähigkeit der Hochschulleitung aus seiner Beteiligung am Verfahren nach Art. 18 Abs. 5 LHG. In der Gesetzesbegründung wurde hierzu ausgeführt, dass „das Zusammenwirken der Beteiligten (...) die Amtsinhaberinnen beziehungsweise Amtsinhaber vor willkürlichen Entscheidungen bezüglich der vorzeitigen Beendigung ihrer Amtszeit (schützt)“.⁴⁹ Dieser vom Gesetzgeber geäußerte, an sich aber, wie dargelegt, fern liegende Schutzgedanke legitimiert eine eigene Informationsbeschaffungsbefugnis des Ministeriums, die sich im sachlichen Zusammenhang mit dem Abwahlverfahren nach § 18 Abs. 5 LHG bewegt.

Dies führt zu der weiteren Frage, ob jenseits der Ermächtigungsgrundlage zu sachverständiger Beratung die vom Ministerium eingesetzte Kommission mit besonderen Investigationsrechten *beliehen* werden musste. Allgemein anerkannt ist, dass eine Beleihung die Übertragung der Befugnisse durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes fordert.⁵⁰ Eine derartige Rechtsgrundlage findet sich nicht in § 68 Abs. 1 S. 3 LHG, worauf der VGH Baden-Württemberg mit Recht hingewiesen hat.⁵¹

Entgegen der mit Rechtsprechungshinweisen nur oberflächlich begründeten Ansicht des VGH Baden-Württemberg ist äußerst zweifelhaft, ob es für die Kommissionsarbeit überhaupt einer Beleihung bedurfte. Eine Beleihung ist – in Abgrenzung zu einer bloßen Indienstnahme Privater – dann notwendig, wenn eingeschaltete natürliche oder juristische Personen des Privatrechts hoheitliche Befugnisse

wahrnehmen.⁵² Die Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse umfasst die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben unter der Befugnis, diese *selbstständig* in den Handlungsformen des Öffentlichen Rechts, ggf. *zwangsweise*, im eigenen Namen durchzusetzen.⁵³ Für die Beleihung ist insbesondere typisch, dass hoheitlicher Zwang ausgeübt werden kann oder die Befugnis zum Erlass von Verwaltungsakten übertragen wird. Hiervon abzugrenzen sind Hilfspersonen, „deren sich der Staat oder ein anderer Träger öffentlicher Verwaltung bei der Erfüllung seiner Aufgaben bedient, ohne Hoheitsgewalt zu übertragen“.⁵⁴ Im Unterschied zum *Beliehenen* sind derartige Hilfspersonen als *Verwaltungshelfer* in den Verwaltungsvollzug der Behörde eingebunden. Die Zuständigkeit und Verantwortung für die bloße Verwaltungshilfe bleibt bei der Verwaltungsbehörde.⁵⁵ Dass derartige Hilfspersonen nicht gegen Grundrechte verstoßen, ist von der öffentlichen Hand zu überwachen.

Anders als vom VGH Baden-Württemberg angenommen ist die vom Wissenschaftsministerium eingesetzte Kommission als Verwaltungshelferin tätig geworden. Sie hatte lediglich die Aufgabe, bei einer ministeriellen Entscheidung mitzuwirken, aber *keinerlei eigene Entscheidungsbefugnisse*. Sie hat mit ihrem Bericht die Entscheidung des Wissenschaftsministeriums auch nicht in eine bestimmte Richtung gelenkt oder gar präjudiziert.⁵⁶ Sie hat zwar mit ihrem Bericht einen Entscheidungsvorschlag verbunden, das Wissenschaftsministerium hat jedoch seine Entscheidung nicht von diesem Entscheidungsvorschlag abhängig gemacht. Es suchte vielmehr lediglich nach weiteren Informationen, als es ohnehin hatte, um die Abwahlentscheidung von Hochschulrat und Senat nachvollziehen und sodann rechtlich bestätigen zu können.

Gleichwohl bleibt zu klären, ob die Befragung einzelner Personen zu den Konflikten im Rektorat mit dem gebotenen Grundrechtsschutz im Einklang steht. Ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung lässt sich damit begründen, dass die Kommission bei Dritten Informationen über die Tätigkeit von Rektorats-

48 Tettinger, Die Beauftragten, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 111 Rn. 54; Brohm, Sachverständige Beratung des Staates, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 1987, § 36.

49 LT-Drs. 15/4684, S. 187.

50 Vgl. BVerwG, Beschluss vom 17.11.2015 – 9 B 21.15 – Rn. 13.

51 VGH BW Az 9 S 2445/15, juris Rn. 83.

52 So die herrschende Rechtsstellungs- oder Befugnistheorie; vgl. Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider/Bier, aaO, § 40 VwGO, Rn. 275; BeckOK VwGO/Reimer, § 40 VwGO Rn. 49 (Verleihung der Verwaltungsaktsbefugnis als typischem Fall der Beleihung); ähnlich bereits Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 15 ff. (Beleihung nur bei Übertragung von hoheitlichen Kompetenzen im eigenen Namen).

53 Vgl. Ehlers/Schneider, aaO, § 40 VwGO, Rn. 275.

54 Riefner, Grundrechtsadressaten, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Deutsches Staatsrecht, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 197 Rn. 19.

55 Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 59; Schoch/Schneider/Bier/Ehlers/Schneider, VwGO, § 40 Rn. 289; Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 1 VwVfG Rn. 134; BGHZ NJW 2005, 286, 287 (keine Beleihung, sondern Verwaltungshilfe, wenn keine Verwaltungsaktsbefugnis übertragen wurde und die Letztentscheidungskompetenz bei der Verwaltungsbehörde verbleibt).

56 Zu derartigen Grenzziehungen vgl. Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 1 VwVfG Rn. 134 mwN.

mitgliedern erhoben hat. Für eine derartige staatliche Ausforschung der persönlichen Lebenswelt bedarf es einer gesetzlichen Grundlage. So dürfen etwa im Polizeirecht bei Dritten personenbezogene Daten nur erhoben werden, wenn die Erhebung beim Betroffenen die Wahrnehmung polizeilicher Aufgaben gefährden würde.⁵⁷ Diese polizeirechtliche Parallele trifft aber nicht die hier diskutierte hochschulrechtliche Konstellation. Denn das Wissenschaftsministerium war im Rahmen seiner rechts- und dienstaufsichtlichen Informationsbefugnisse berechtigt, sich durch Befragung Beteiligter eine hinreichende Informationsgrundlage für seine Entscheidung zu schaffen. Wie im Bereich der Kommunalaufsicht⁵⁸ regelt § 68 Abs. 1 LHG ein umfassendes Informationsrecht des Ministeriums gegenüber seinen Universitäten. Zu diesen umfassenden Informationsrechten gehören insbesondere eine Besichtigung von Hochschuleinrichtungen sowie die Vorlage von Berichten und Akten. Hierzu gehört zudem, mit einzelnen Mitgliedern der Hochschule Gespräche über Fragen zu führen, die Anlass zu rechts- oder dienstaufsichtlichen Maßnahmen geben können. Dass das Verhalten einzelner Personen auch zum Gegenstand dieser Gespräche gemacht werden kann, ist naheliegend. Und dass den Gesprächspartnern Verschwiegenheit zugesagt wird, ist durch den Auftrag zur umfassenden und effizienten Informationsbeschaffung gedeckt. Im Ergebnis werden damit mögliche Rechte auf informationelle Selbstbestimmung durch informationelle Maßnahmen im Rahmen der Rechts- und Dienstaufsicht begrenzt.⁵⁹

Konsequenz ist: Die vom Wissenschaftsministerium eingesetzte Kommission hat als dessen verlängerter Arm dessen rechts- und fachaufsichtliche Informationsrechte wahrgenommen. Einer Beleiung bedurfte es nicht. Auch wurden durch die Befragungen und die Berichterstattung durch die Kommission keine Grundrechte der Betroffenen verletzt, da die gesetzliche Regelung der Aufsichtsmaßnahmen entsprechende Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht gestattet.

III. Fazit

Im Reigen der unterschiedlichen landesrechtlichen Regelungen zur vorzeitigen Beendigung des Amtes hauptamtlicher Rektoratsmitglieder einer Hochschule nimmt das im baden-württembergischen Hochschulge-

setz geregelte Modell eine Sonderstellung ein: zum einen ist eine Beteiligung des Wissenschaftsministeriums vorgesehen, zum anderen steht Senat, Hochschulrat und Wissenschaftsministerium ein Initiativrecht im Abwahlverfahren zu. Die hier besprochene Entscheidung des VGH Baden-Württemberg klärt einige für die Praxis relevanten Detailfragen im baden-württembergischen Abwahlverfahren. Das Gericht schafft Klarheit, dass die Beratung der Hochschulorgane im Zusammenhang mit der vorzeitigen Beendigung des Amtes des Rektors einer Hochschule unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfindet. Ob dem ungeschriebenen Erfordernis eines „wichtigen Grundes“ zur Abwahl eines Rektors bereits dann Rechnung getragen ist, wenn die erforderlichen Mehrheiten im Senat und im Hochschulrat erreicht wurden, oder ob das Gericht in eine darüber hinausgehende Sachprüfung einzutreten hat, konnte in der Entscheidung offen gelassen werden. Hier spricht im Lichte des Art. 5 Abs. 3 GG viel dafür, dass das Erreichen der hohen Quoren in den Vertretungsorganen der Hochschule grundsätzlich einen Vertrauensverlust zum Leitungsorgan und damit einen wichtigen Grund indiziert. Eine Nachprüfung der geheim erfolgenden Abwahlentscheidung durch die Gerichte anhand einer allgemeinen Willkürkontrolle erscheint zudem faktisch nicht möglich, sodass auch aus diesem Grund eine gerichtliche Kontrolle von Abwahlentscheidungen bei hohen Quoren in den relevanten Hochschulorganen ausscheidet.

In einem obiter dictum streifte der VGH Baden-Württemberg auch die Frage der rechtlichen Zulässigkeit einer vom Ministerium eingesetzten Expertenkommission zur Mitwirkung an der Klärung der Funktions- und Aktionsfähigkeit der Hochschule. Sofern der Kommission lediglich die Funktion eines sachverständigen Beratungsgremiums zufällt, ist dies von den Informationsrechten des Ministeriums nach § 68 Abs. 1 LHG umfasst. Einer Beleiung der Kommission bedarf es, anders als vom VGH Baden-Württemberg angenommen, in diesem Fall nicht.

Thomas Würtenberger ist Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und Leiter der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschulrechtsrecht. Referendar Axel Krohn ist wissenschaftlicher Mitarbeiter ebendort.

57 § 19 Abs. 1 S. 2 PolG BW; *Würtenberger/Heckmann*, Polizeirecht in BW, 6. Aufl. 2005 Rn. 564 f.

58 Zu den kommunalaufsichtlichen Informationsrechten: *Geis*, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2011, § 24 Rn.17; *Brüning*, Kommunalverfassung, in: *Ehlers/Fehling/Pünder* (Hg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 3. Aufl. 2013, § 64 Rn. 91.

59 So ist, um nochmals eine Parallele zum Polizeirecht zu ziehen, eine polizeiliche Vertrauensperson, die Informationen über dritte Personen liefert, nicht mit Hoheitsaufgaben beliehen, sondern agiert als Verwaltungshelfer (BVerwG NVwZ-RR 2010, 682, 683).

Matthias Toepfer

Bringt die „im besten Sinne bürgerliche Koalition“¹ auch eine sinnvolle Hochschulpolitik?

Bewertung des Koalitionsvertrages 2016 – 2021

I. Einleitung

Baden-Württemberg als drittgrößte Wirtschaftsregion in Deutschland² und als Innovationsstandort Nr. 1 in Europa³ ist in ganz besonderer Weise davon abhängig, dass in der Hochschulpolitik die Weichen richtig gestellt sind für die zukunftsfähige Sicherung der akademisch ausgebildeten Fachkräftebasis und der Innovationsfähigkeit.

Stellt der zwischen BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN und der CDU vereinbarte und mit einer breiten parlamentarischen Mehrheit unterlegte Koalitionsvertrag die Weichen in der Hochschulpolitik richtig? Oder sind die richtigen Weichenstellungen ausgeblieben, weil zwei Partner zueinander finden mussten, die ursprünglich mit vollkommen anderen Koalitionsvorstellungen in die Landtagswahl gegangen sind?

Aus Sicht der Arbeitgeber Baden-Württemberg erfolgt vorliegend die Bewertung des Koalitionsvertrags zu ausgewählten Aspekten im Bereich Hochschulpolitik.

II. Hochschulfinanzierung sichern

Mit dem Hochschulfinanzierungsvertrag „Perspektive 2020“ hat Baden-Württemberg die Hochschulfinanzierung verbessert, indem unsichere Programmmittel sukzessive in die Grundfinanzierung umgewandelt werden. Dies war ein wichtiger Meilenstein.

Diese mittelfristige Sicherung des baden-württembergischen Wissenschaftssystems muss verstetigt und den Hochschulen am Wissenschafts- und Innovationsstandort Baden-Württemberg eine langfristige Planungsperspektive gegeben werden. Das Bekenntnis der Koalition, erneut einen langfristigen Hochschulfinanzierungsvertrag abzuschließen,⁴ wird daher durch die Arbeitgeber Baden-Württemberg ausdrücklich begrüßt.

Vor dem Hintergrund des strukturellen Defizits im Landeshaushalt, der zutreffend vereinbarten strukturel-

len Einsparungen sowie einer Schuldenbremse in der Landesverfassung sei bereits an dieser Stelle daran erinnert, dass Investitionen in den Hochschulbereich Investitionen in die Zukunft darstellen, die das Land voranbringen. Bildungsinvestitionen sind für den Staat gut angelegtes Geld. Die Rendite, die der Staat für seine Bildungsinvestitionen erhält, liegt nach Berechnungen des Zentrums für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW) pro Studierenden bei 5,7 %.⁵

Dass beim Abschluss des erneut langfristigen Hochschulfinanzierungsvertrags den Hochschulen für Angewandte Wissenschaften (HAW) und der Dualen Hochschule Baden-Württemberg (DHBW) eine nachhaltige Finanzierung besonders für den Aufbau von Studienplätzen zugesichert werden sollen,⁶ überzeugt. Nachdem durch den Hochschulfinanzierungsvertrag „Perspektive 2020“ für die Universitäten sichergestellt wurde, dass deren Studienplätze bis spätestens 2019 über die erhöhte Grundfinanzierung langfristig abgesichert sind, erscheint es sachgerecht, nun auch die Finanzierung der HAW und DHBW anzupassen.

Aus Sicht der Arbeitgeber Baden-Württemberg ist eine langfristige Kopplung der Mittelvergabe an transparente Leistungs- und Qualitätskriterien der richtige Weg. So können die Hochschulen in Baden-Württemberg auch bei ansteigender Zahl an Studienanfängern eine qualitätsgesicherte Ausbildung ermöglichen und im internationalen wissenschaftlichen und technologischen Wettbewerb ihre Spitzenstellungen verteidigen. Wünschenswert wäre es daher gewesen, wenn der Koalitionsvertrag die bereits im aktuellen Hochschulfinanzierungsvertrag vereinbarte Verpflichtung zur Entwicklung eines Kennziffersystems zur Messung der zentralen Leistungsdimensionen der Hochschulen⁷ im Koalitionsvertrag fortgeschrieben und dadurch politisch weiter aufgewertet hätte.

1 Ministerpräsident *Kretschmann*, Regierungserklärung vom 1. Juni 2016, S. 3. Abrufbar unter: https://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/PDF/160601_Regierungserklaerung_Kretschmann_Protokollversion.pdf (16.8.2016).

2 Statistisches Bundesamt: Bruttoinlandsprodukt nach Bundesländern 2015. Abrufbar unter: http://www.statistik-portal.de/Statistik-Portal/de_jb27_jahrtab65.a5p (16.8.2016).

3 *Einwiller*, Innovationsindex 2014: Baden-Württemberg im europä-

ischen Vergleich, In: Statistisches Monatsheft Baden-Württemberg 1/2015, S. 18.

4 Vgl. S. 38 Koalitionsvertrag.

5 *Pfeiffer/Stichmoth*, Fiskalische und individuelle Bildungsrenditen – aktuelle Befunde für Deutschland, In: ZEW Discussion Paper No. 15-010, S. 17.

6 Vgl. S. 38 Koalitionsvertrag.

7 Vgl. S. 2 Hochschulfinanzierungsvertrag 2016 -2020.

Das klare Bekenntnis zur Fortschreibung der Exzellenzinitiative und deren Absicherung durch Landeshaushaltsmittel⁸ ⁹ ist zu begrüßen. Die nunmehr beschlossene Exzellenzstrategie bietet die Chance, dass Baden-Württemberg das erfolgreichste Bundesland im Bund-Länder-Programm zur Förderung der Spitzenforschung an Universitäten bleibt. Die Reduktion auf nunmehr zwei Förderlinien (Exzellenzcluster, Exzellenzuniversitäten) bei Verzicht auf die Fortführung der Graduiertenschulen ist zu begrüßen, da sich strukturierte Promotionsprogramme hinreichend etabliert haben. Die projektbezogene Förderung von Forschungsfeldern durch Exzellenzcluster kann einen wichtigen Beitrag zur Profilschärfung von Universitäten im internationalen Wettbewerb leisten. Die für Universitäten mit Exzellenzcluster zudem vorgesehene Universitätspauschale zur Stärkung ihrer Governance hat das Potenzial, positiv auch auf die institutionellen Rahmenbedingungen und Landeshochschulgesetze einzuwirken. Dass sich als Exzellenzuniversität nur bewerben kann, wer mindestens zwei Exzellenzcluster eingeworben hat, stellt eine Herausforderung dar. Durch den kleineren Zuschnitt der Cluster bietet sich aber auch kleineren Hochschulen die reale Möglichkeit, eine Spitzenförderung zu erhalten. Die vorgesehene dauerhafte Förderung von elf Exzellenzuniversitäten bzw. Universitätsverbänden in einem Wettbewerbsverfahren ist zu begrüßen. Die zwischenzeitlich diskutierte Beschränkung auf bundesweit drei bis fünf Förderfälle hätte dem bewährten dezentralen Aufbau der deutschen Universitätslandschaft klar widersprochen.

Der Ausschluss der Einführung allgemeiner Studiengebühren durch die Koalitionäre¹⁰ überzeugt hingegen nicht. Bei der Entwicklung eines dauerhaft tragfähigen Gesamtkonzepts der Hochschulfinanzierung halten die Arbeitgeber Baden-Württemberg weiterhin eine sozialverträgliche, nachgelagerte Beteiligung der Studierenden an den Kosten des Studiums für unverzichtbar. Der damit verstärkte Wettbewerb der Bildungseinrichtungen würde sich zudem positiv auf das Dienstleistungsverständnis der Hochschulen gegenüber den Studierenden auswirken und zu einer Verbesserung der Qualität in der Lehre führen. Statt sich mit einem Kompletterverzicht auf sozialverträglich gestaltete Studiengebühren Handlungsoptionen in der Hochschulpolitik zu verbauen, sollte von

der Politik lieber ernsthaft die Frage diskutiert werden, ob zumindest auch das „Draufsatteln“ eines Masters nach einem bereits berufsqualifizierenden Bachelor wirklich Aufgabe des Steuerzahlers sein sollte.

III. Hochschulautonomie richtig verstehen

Hochschulautonomie ist nicht nur Satzungsautonomie. Die Hochschulen brauchen vielmehr Handlungsfreiheit, Flexibilität und Planungssicherheit. Nur so können die Hochschulen ihren umfangreichen Aufgaben in einem Umfeld wachsenden Wettbewerbs gerecht werden.

Baden-Württemberg zählt zu den Bundesländern mit nur mittlerer Autonomieausprägung.¹¹ Insofern enttäuscht es, dass sich die Koalition nach dem Wortlaut des Koalitionsvertrags nur zur Sicherung der Freiräume einer eigenverantwortlichen Hochschule bekennt,¹² sich jedoch nicht explizit die Ausweitung der Hochschulautonomie zur Aufgabe gemacht hat.

Aus Sicht der Arbeitgeber Baden-Württemberg können die mit der öffentlichen Finanzierung der Hochschulen verbundenen berechtigten Länderinteressen über mehrjährige Zielvereinbarungen und Hochschulverträge hinreichend gesichert werden. Die Hochschulen müssen unabhängig von politischer Einflussnahme in das Tagesgeschäft sein und sollten nicht mit Überbürokratisierung gelähmt werden.

Die Hochschulen brauchen entscheidungsfähige und transparente Governance-Strukturen mit starken und kompetenten Hochschulräten für die Profilbildung. Mit der Novellierung des Landeshochschulgesetzes 2014 wurde die Besetzung der Hochschulräte durch die strukturelle Stimmenmehrheit des Wissenschaftsministeriums in den Findungskommissionen und durch Proporzvorgaben¹³ tendenziell aber geschwächt. Es enttäuscht daher, dass sich die Koalitionsparteien im vorliegenden Koalitionsvertrag nicht auf eine Evaluierung und Korrektur der Besetzungsregelungen bei den Hochschulräten einigen konnte, sondern dieses Thema nicht abgebildet haben in der Vereinbarung.

Auch die ausdrückliche Erwartungshaltung der Koalition an die Hochschulen, den Anteil an Professorinnen signifikant zu erhöhen¹⁴ und damit implizit eine fächerübergreifende Quote anzustreben, steht nicht in Übereinstimmung mit unserem Verständnis einer Hoch-

8 Vgl. S. 38 Koalitionsvertrag.

9 Vgl. Kap. I ID 10 Nebenabreden zum Koalitionsvertrag, Abrufbar unter: <https://www.gruene-bw.de/app/uploads/2016/07/Nebenabreden.pdf> (16.8.2016).

10 Vgl. S. 42 Koalitionsvertrag.

11 Dohmen/Krempkow, Hochschulautonomie im Ländervergleich

(Kurzfassung), S. 26. Abrufbar unter: http://www.kas.de/wf/doc/kas_42287-544-1-30.pdf?150819130654 (16.8.2016).

12 Vgl. Koalitionsvertrag S. 37.

13 Vgl. § 20 Abs. 4 LHG.

14 Vgl. S. 39 Koalitionsvertrag.

schulautonomie. Denn insbesondere in Bereichen, in denen naturwissenschaftlich-technische Qualifikationen erforderlich sind, fehlt es oftmals an einer ausreichenden Zahl von Bewerberinnen. Mehr Frauen für MINT zu begeistern ist auch für die Arbeitgeber Baden-Württemberg ein wichtiges Anliegen. Politische Vorgaben an die Hochschulen halten wir aber nicht für den richtigen Weg.

Vielmehr sollte die Hochschulautonomie gestärkt werden durch eine Beschränkung gesetzlicher Vorgaben auf das wirklich notwendige Maß. Die vereinbarte Evaluierung des in der vergangenen Legislaturperiode verabschiedeten Partizipations- und Integrationsgesetzes¹⁵ bietet hierzu eine Chance. Dem durch die Hochschulen zu tragenden administrativen und finanziellen Aufwand für die Einrichtung sowie für eine qualitätsgesicherte Arbeit eigener Antidiskriminierungsstellen steht nach unserer Ansicht kein erkennbar erhöhter Nutzen gegenüber. Die durch das Land unterstützten lokalen und regionalen Antidiskriminierungsnetzwerke halten wir weiterhin für vollkommen ausreichend, um von Diskriminierung betroffenen Personen kompetente Unterstützung zu geben. Die Hochschulen sollten daher wieder entlastet werden.

Auch ist zu hoffen, dass die vereinbarte ergebnisoffene Evaluierung des Landespersonalvertretungsgesetzes (LPVG)¹⁶ tatsächlich dazu genutzt wird, den gestiegenen Aufwand auch für die Hochschulen infolge der durch die Novellierung des LPVG in 2013 erhöhten Freistellungsstaffeln sowie ausgeweiteter Informations- sowie Beteiligungsrechte der Personalräte kritisch zu hinterfragen.

Dass eine Task Force „Bürokratieabbau und Strategiefähigkeit“ unter maßgeblicher Beteiligung von Angehörigen der Hochschulverwaltungen und -leitungen zeitnah eingesetzt werden soll,¹⁷ begrüßen wir.

IV. Innovationspartnerschaften ausbauen

Baden-Württemberg investiert rund 4,8 % seines Bruttoinlandsprodukts (BIP) in Forschung und Entwicklung (FuE) und verfügt damit über die höchste FuE-Aktivität aller Bundesländer.¹⁸ Der Südwesten übertrifft damit aktuell deutlich die im Rahmen der Europa -2020-Strategie gesetzten Zielmarke, 3% des BIP für FuE aufzuwenden.¹⁹

Hierauf sollte sich die Politik aber nicht ausruhen, denn Baden-Württemberg bleibt bei der Messung der Innovationsdynamik innerhalb des Innovationsindex 2014 deutlich hinter der europäischen Spitze zurück.²⁰

Um die hohe FuE-Aktivität am Wirtschaft- und Innovationsstandort Baden-Württemberg langfristig zu sichern, bedarf es der richtigen Rahmenbedingungen für funktionierende und vertrauensvolle Kooperationen zwischen Hochschulen und Unternehmen. Die 2014 ins Landeshochschulgesetz eingeführte Transparenzklausel²¹ erhöht den bürokratischen Aufwand für Hochschulen und Drittmittelgeber hingegen deutlich. Die Transparenz der Forschungsprojekte für alle Statusgruppen einer Hochschule entspricht nicht den Bedürfnissen der Unternehmen, die ihre Forschung verständlicherweise nicht gegenüber Mitbewerbern öffentlich machen wollen. Es enttäuscht daher, dass im Koalitionsvertrag keine kritische Evaluierung der Transparenzklausel sondern lediglich eine Anpassung an die Standards des vom Wissenschaftsrat beschlossenen Kerndatensatz Forschung vereinbart wurde.²² Die Arbeitgeber Baden-Württemberg halten weiterhin eine kritische Evaluierung der Transparenzklausel für zwingend. Spätestens, wenn ein Rückgang der eingeworbenen Mittel aus Auftragsforschung festzustellen ist, muss die Transparenzklausel korrigiert werden.

Baden-Württemberg mit seiner hohen FuE-Intensität hat ein herausragendes Interesse daran, dass endlich eine steuerliche Forschungsförderung in Deutschland durchgesetzt wird. Für die Sicherung der Innovationsfähigkeit auch im internationalen Wettbewerb halten die Arbeitgeber Baden-Württemberg eine steuerliche Forschungsförderung in Form einer Steuergutschrift in Höhe von 10 % der Aufwendungen für Forschung und Entwicklung für notwendig. Damit würde Deutschland endlich seinen Standortnachteil in dieser Frage gegenüber beinahe allen großen Industrienationen abbauen.

Die Arbeitgeber Baden-Württemberg begrüßen es daher ausdrücklich, dass sich die Koalitionsparteien darauf verpflichtet haben, sich auf Bundesebene für die Einführung einer steuerlichen Forschungsförderung einzusetzen.²³ Dass diese Forschungsförderung vor allem auf kleine und mittlere Unternehmen fokussieren soll,²⁴ halten wir aber für eine nicht sachgerechte Einengung.

15 Vgl. S. 128 Koalitionsvertrag.

16 Vgl. S. 69 Koalitionsvertrag.

17 Vgl. S. 37 Koalitionsvertrag.

18 Bundesbericht Forschung und Innovation 2016, Ergänzungsband III Forschungs- und Innovationspolitik der Länder, S. 8.

19 Ziele der Strategie 2020. Abrufbar unter: http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/targets_de.pdf (16.8.2016).

20 *Einwiller*, Innovationsindex 2014: Baden-Württemberg im europäischen Vergleich, In: Statistisches Monatsheft Baden-Württemberg 1/2015, S. 24.

21 Vgl. § 41 a LHG.

22 Vgl. S. 40 Koalitionsvertrag.

23 Vgl. S. 38 Koalitionsvertrag.

24 Vgl. S. 14 Koalitionsvertrag.

Sowohl der aktuelle Gesetzesentwurf der GRÜNEN-Bundestagsfraktion zur steuerlichen Forschungsförderung²⁵ als auch die Entschließung des Bundesrats zur Einführung einer steuerlichen Förderung von Forschung und Entwicklung²⁶ gehen mit ihrer Fokussierung auf kleine und mittelständische Unternehmen nicht weit genug. Denn nach der Wissenschaftsstatistik des Stifterverbands tragen gerade die Unternehmen mit 500 und mehr Beschäftigten den ganz wesentlichen Teil der FuE-Aufwendungen; in 2014 betrug deren Anteil an den gesamten FuE-Aufwendungen der Wirtschaft mehr als 87 %.²⁷

Wir halten daher bei allen gesetzgeberischen Initiativen zur steuerlichen Forschungsförderung eine Erweiterung über kleine und mittelständische Unternehmen hinaus für notwendig. Anknüpfungspunkt für eine Forschungsförderung sollte die Forschungstätigkeit und nicht die Unternehmensgröße sein.

Die in der aktuellen Entschließung des Bundesrats zudem vorgesehene Beschränkung, dass nur Personalaufwendungen als Bemessungsgrundlage für die steuerliche Forschungsförderung herangezogen werden, halten wir auch im internationalen Vergleich nicht für sachgerecht. Um die Innovationsfähigkeit zu halten und zu unterstützen, sollten die tatsächlichen Aufwendungen der Forschung, und somit auch die Sachaufwendungen, in die steuerliche Forschungsförderung einbezogen werden. Hierauf sollte die neue Landesregierung dringend hinwirken.

V. Zu Unternehmensgründungen ermutigen

Im internationalen Vergleich wagen in Deutschland noch zu wenige Menschen den Weg in die unternehmerische Selbstständigkeit. Im Global Innovation Index 2016 rangiert Deutschland bei der Dichte an Neugründungen lediglich auf Platz 60, was klar als Schwäche im internationalen Innovationswettbewerb qualifiziert wird.²⁸

Zur Sicherung von Innovation, Wohlstand und Beschäftigung in Baden-Württemberg ist es daher enorm wichtig, dass die an den Hochschulen entstehenden Ideen und Forschungsergebnisse schnell in die Praxis überführt und wirtschaftlich verwertet werden.

Die durch die Koalitionsparteien vereinbarte Stärkung der Gründerkultur an den Hochschulen und die

Förderung von Ausgründungen aus Hochschulen und Universitäten²⁹ begrüßen die Arbeitgeber Baden-Württemberg ausdrücklich.

Wir brauchen eine lebendige Gründungskultur an den Hochschulen. Die Lehre muss unternehmerisches Denken vermitteln, Mut machen für die Selbstständigkeit und jungen Menschen das notwendige Rüstzeug mitgeben, um ihr eigenes Unternehmen zu gründen.

Dass sich jüngst über 90 Prozent der Hochschulen an einer Ausschreibung des Landes zur Förderung der Gründungskultur an Hochschulen beteiligt haben,³⁰ zeigt beeindruckend, dass die Hochschulen die wichtige Aufgabe der Vermittlung von Gründergeist, Technologietransfer und Ausgründungen kraftvoll gestalten wollen. Nach Ansicht der Arbeitgeber Baden-Württemberg sollte die Landesregierung die Vereinbarung im Koalitionsvertrag schnell mit weiterem Leben füllen und nach einer erfolgreichen Evaluierung dieser Ausschreibungsrunde das Förderprogramm verstetigen und ausbauen.

VI. Hochschulen für die Digitalisierung ertüchtigen

Als ganz wesentliches Handlungsfeld bestimmen die Koalitionsparteien zutreffend die Digitalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft. Für das Innovationsland Baden-Württemberg ist es von zentraler Bedeutung, die Chancen der Digitalisierung zu nutzen.³¹ Um diese Chancen der Digitalisierung bestmöglich nutzen zu können, bedarf es entsprechender Impulse auch in der Bildungspolitik. Die im Koalitionsvertrag vereinbarte umfassende, hochschulübergreifende Digitalisierungsoffensive³² begrüßen die Arbeitgeber Baden-Württemberg daher ausdrücklich.

Denn der digitale Wandel muss noch breiter an den Hochschulen ankommen. Die Hochschulen müssen dabei unterstützt werden, Didaktik, Curricula und Lehrorganisation weiterzuentwickeln, damit Studierende bestmöglich für eine Erwerbstätigkeit in der Wirtschaft 4.0 ausgebildet werden.

Die durch die Koalitionsparteien den Hochschulen zugesagte Unterstützung bei der Digitalisierung muss nach Ansicht der Arbeitgeber Baden-Württemberg zwingend auch verlässliche Finanzierungsstrukturen enthalten. Der aktuell sehr hohe Anteil an externer Projektfinanzierung bei Digitalisierungsprojekten an Hochschulen steht ei-

25 BT-Drs. 18/7872.

26 BR-Drs. 227/16.

27 Vgl. Tabelle 2 FuE-Aufwendungen und FuE-Personal, nach Branchen, In: Forschung und Entwicklung in der Wirtschaft 2014, Abrufbar unter: https://www.stifterverband.org/facts_forschung_und_entwicklung_2014 (16.8.2016).

28 The Global Innovation Index 2016, S. 370. Abrufbar unter: <https://www.globalinnovationindex.org/gii-2016-report> (16.8.2016).

29 Vgl. S. 41 Koalitionsvertrag.

30 Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst Baden-Württemberg, Pressemitteilung Nr. 65 / 2016, Abrufbar unter: https://mwk.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-mwk/intern/dateien/Anlagen_PM/2016/065_PM_Gr%C3%BCndungskultur.pdf (16.8.2016).

31 Vgl. S. 13 Koalitionsvertrag.

32 Vgl. S. 37 Koalitionsvertrag.

ner nachhaltigen Verankerung von digitalen Medien in Studium und Lehre entgegen, da oftmals Inselprojekte entstehen, die weder in die strategische Hochschulentwicklung eingebettet sind noch diese vorantreiben.³³

Die Arbeitgeber Baden-Württemberg sehen insbesondere die Ingenieurwissenschaften als Schlüsselbereich bei der Gestaltung der Digitalisierung an den Hochschulen. Daher erwarten wir nun eine kraftvolle Entwicklung von Maßnahmen zur Stärkung der Ingenieurwissenschaften basierend auf den vorliegenden Handlungsempfehlungen der unabhängigen Expertenkommission Ingenieurwissenschaften@BW2025.³⁴ Insbesondere eine weitere Verbesserung der interdisziplinären Ausrichtung der Ingenieurwissenschaften bei gleichzeitiger Sicherung der fachlichen Tiefe würde Baden-Württemberg im internationalen Wettbewerb stärken.

VII. Fazit

Eine sinnvolle Ausgestaltung der Hochschulpolitik ist für Baden-Württemberg als eine der hochschulreichsten und forschungsintensivsten Regionen Europas von ganz besonderer Bedeutung.

Der Koalitionsvertrag 2016 – 2021 stellt aus Sicht der Arbeitgeber Baden-Württemberg die Weichen in der Hochschulfinanzierung richtig. Wenn man sich nicht einer politischen Diskussion sozialverträglicher Studien-

gebühren entzogen hätte, wäre dies eine durchaus runde Sache.

Die Stärkung der Gründerkultur, die Förderung von Ausgründungen sowie die Digitalisierungsoffensive an Hochschulen sind wichtige politische Impulssetzungen im Koalitionsvertrag, welche durch die Arbeitgeber Baden-Württemberg begrüßt werden.

Verbesserungsbedarf sehen die Arbeitgeber Baden-Württemberg bei der weiteren Stärkung der Hochschulautonomie, insbesondere durch eine Evaluierung und Anpassung der Besetzungsregelungen für Hochschulräte sowie der Transparenzklausel.

Bei der steuerlichen Forschungsförderung muss die Landesregierung auf Bundesebene klar Position beziehen gegen eine aktuell diskutierte unsachgemäße Verengung der Förderung auf kleine und mittlere Unternehmen.

In der Gesamtschau stellt der Koalitionsvertrag ein tragfähiges Gerüst für eine erfolgreiche Hochschul- und Forschungspolitik am Wirtschafts- und Innovationsstandort Baden-Württemberg dar.

Matthias Toepfer ist Referatsleiter Hochschulpolitik und Politischer Dialog bei der Landesvereinigung Baden-Württembergischer Arbeitgeberverbände e. V. (Arbeitgeber Baden-Württemberg).

33 Hochschulforum Digitalisierung, Arbeitspapier Nr. 4, S. 15, Abrufbar unter: https://hochschulforumdigitalisierung.de/sites/default/files/dateien/HFD-Thesenpapier_Sep2015.pdf (16.8.2016).

34 Abschlussbericht Expertenkommission Ingenieurwissenschaften@BW2025, Abrufbar unter: https://mwk.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-mwk/intern/dateien/Anlagen_PM/2015/132_PM_Anlage_Abschlussbericht_Expertenkommission_Ingenieurwissenschaften@BW2025_.pdf (16.8.2016).

Tobias Mandler

Drittmittelverwaltung und -befristung im Verbund zwischen Land, Universität, Medizinischer Fakultät und Universitätsklinikum in Baden-Württemberg

Drittmittel sind aus dem Alltag von Universitäten, Universitätsklinikum und außeruniversitären Forschungseinrichtungen bekanntermaßen nicht mehr wegzudenken. So decken die Hochschulen Baden-Württembergs jährlich etwa ein Viertel ihrer Ausgaben durch die stetig wachsenden Drittmittelinwerbungen.¹ Im Bereich der baden-württembergischen Hochschulmedizin werden so allein über 300 Millionen Euro jährlich eingeworben.²

Hinsichtlich der Verwaltung dieser Mittel und der Befristung von Beschäftigungsverhältnissen auf diese, ergeben sich allerdings immer wieder Fragen, die auf das in Baden-Württemberg und anderen Bundesländern vorherrschende Kooperationsmodell, und den damit zwingenden Verbund zwischen Land, Universität, Medizinischer Fakultät und Universitätsklinikum, zurückzuführen sind.³ Hier exemplarisch anhand des baden-württembergischen Modells Klarheit zu schaffen, ist Ziel der folgenden Ausführungen.

Hierzu werden, im Anschluss an eine zusammenfassende Darstellung des Verbunds (I.), die Problemlagen für Drittmittelverwaltung (II.) und Drittmittelbefristung (III.) erläutert.

I. Verbund zwischen Land, Universität, Medizinischer Fakultät und Universitätsklinikum

1. Verbund

Die Medizinische Fakultät existiert in Baden-Württemberg im notwendigen Verbund zwischen Land, Universität und Universitätsklinikum.⁴ Einerseits steht sie für Forschung und Lehre in der Hochschulmedizin und ist daher der Universität zugehörig, § 27 LHG. Andererseits bedeutet Forschung und Lehre in der Medizin aber immer auch Krankenversorgung, denn beide Bereiche sind – zumindest in grundgesetzlicher Dimension – untrennbar miteinander verbunden.⁵

Die erforderliche Krankenversorgung gewährleistet hierbei das jeweils rechtlich verselbstständigte Universitätsklinikum in enger Zusammenarbeit und Abstimmung mit der Medizinischen Fakultät, § 4 Abs. 1, 7 Abs. 1 Satz 1 UKG, § 27 Abs. 1 Satz 1 LHG. Zwischen diesen gilt ein allgemeines Kooperationsgebot, das insbesondere durch die wechselseitige Teilnahme in den jeweiligen Leitungsstrukturen und im Rahmen gesetzlich vorgesehener Abstimmungsprozesse sichtbar wird.⁶

1 <https://www.statistik-bw.de/Presse/Pressemitteilungen/2015156.pm>, abgerufen am 9.9.2016.

2 <http://mwk.baden-wuerttemberg.de/de/hochschulen-studium/hochschulmedizin/>, abgerufen am 9.9.2016.

3 In Abgrenzung zum Kooperationsmodell, welches vor allem in Baden-Württemberg praktiziert wird, existiert auch das sog. *Integrationsmodell*, das sich etwa in Hamburg, Niedersachsen und Rheinland-Pfalz findet. Hierzu ausführlich *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen zur Struktur der Hochschulmedizin – Aufgaben, Organisation, Finanzierung, 1999, S. 22 ff.; *Becker*, Das Recht der Hochschulmedizin, 2005, S. 121 ff.; 223 ff.; *Sandberger* in Handbuch des Wissenschaftsrechts, 2. Aufl. 1996, Bd. 1 S. 938 ff.; *Sandberger*, Rechtsfragen der Organisationsreform der Hochschulmedizin, 1966 (passim).

4 Zur Entwicklung *Sandberger* in FS Dieter Leuzen, 2003, S. 450 ff.

5 BVerfG, Beschluss vom 24.6.2014 – 1 BvR 3217/07 = BVerfGE 136, 338 ff.; BVerfG, Beschluss vom 8.4.1981 – 1 BvR 608/79 = BVerfGE 57, 70 ff.; *Becker*, Das Recht der Hochschulmedizin, 2005, S. 61 ff.; die Ebenentrennung ist insbesondere vor dem Hintergrund bestehender *Formwahlfreiheit* bedeutsam. So kann die schrankenlose Wissenschaftsfreiheit auch im zivilen Gewand geschützt werden. Bedeutung erlangt dies

insbesondere bei Kooperations- und Chefarztverträgen im sog. *Kombinationsmodell*. Dies gilt auch für die Verpflichtung nach § 4 Abs. 1 Satz 5 UKG, die auch insoweit keine Formbindung vorsieht; vgl dazu BVerwG, Beschluss vom 27.3.2013 – 6 B 50/12, juris Tz. 7; VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 2.8.2012 – 9 S 2752/11; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 15.10.2010 – 9 S 1935/10; KMK Beschluss vom 19.11.1999 S. 31 ff.; *Sandberger* in Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 2. Aufl., S. 420 Rn. 212 f., 3. Aufl. 2017, S. 530 Rn. 309; *Sandberger* in Haug, Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg S. 407 Rn. 1205; *Löwisch/Wertheimer/Meißner*, Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 3. Aufl. 2017, S. 631 Rn. 256; *Landesrechnungshof BW*, Denkschrift 2010, Beitrag Nr. 25; *Becker*, Das Recht der Hochschulmedizin, 2005, S. 260 ff.; *Lechler*, Professor und Klinik in Organisations- und Rechtsfragen der Medizinischen Einrichtungen unter Berücksichtigung der neuen Landeshochschulgesetze, 1984, S. 37 ff.

6 Vgl. *Becker*, Das Recht der Hochschulmedizin, 2005, S. 223 ff.; BeckOK Hochschulr BW/Hagmann, 1. Ed. 1.7.2016, LHG § 27 Rn. 4, 12.

Daneben wird das wissenschaftliche Personal der Universitätsklinik traditionell in Vertretung der medizinischen Fakultät als Landesbeschäftigte angestellt und gemäß dem zumeist zivilen Dienstverhältnis verpflichtet, im Universitätsklinikum Aufgaben der Krankenversorgung und sonstige Aufgaben auf dem Gebiet des öffentlichen Gesundheitswesens und der Schulen für nichtärztliche medizinische Berufe zu erfüllen, §§ 11 Abs. 1, 52 Abs. 1 Satz 2, 53 Abs. 1 LHG.⁷ Hierbei handelt es sich um eine erlaubnisfreie gesetzliche Personalstellung,⁸ die insoweit insbesondere Auswirkungen auf personalvertretungsrechtliche⁹ und befristungsrechtliche¹⁰ Fragen hat. Gleichzeitig führt diese Konstellation letztlich aber auch dazu, dass das gesamte ärztliche Personal der Universitätsklinik als Landesbeschäftigte der medizinischen Fakultät – und damit der Universität – angehört ist. Es gelten damit vor allem auch der TV-Ä bzw. TV-L und die Lehrverpflichtungsverordnung, § 1, 7 LVVO.¹¹

Bedingt durch dieses personelle Zusammenspiel hat die medizinische Fakultät in der Regel den weit größten Anteil an Wissenschaftlern innerhalb der Universität und ist über das Universitätsklinikum letztlich stärker auch an Leistungsstrukturen gebunden. Die Universitätskliniken haben sich gerade in Baden-Württemberg zu überregional wettbewerbsfähigen, teilweise auch beherrschenden Unternehmen mit vielen tausend Mitarbeitern entwickelt und sind so notwendigerweise stärker von einem unternehmerischen Leistungs- und Effizienzdenken bestimmt. An dieser Entwicklung nimmt auch die Medizinische Fakultät teil, denn verfügbare Mittel der Klinik bedeuten insbesondere bei einem Bezug zur Krankenversorgung die Chance für wissenschaftliche Forschung und Lehre.

Diese wirtschaftliche Gesamtkonstruktion erkennt auch das Hochschulrecht an. So trägt das LHG Baden-Württemberg den Notwendigkeiten autonomer Leitungs- und -finanzregularien durch eine *Sonderrolle der Medizinischen Fakultät* Rechnung, indem diese von zahlreichen Bindungen gegenüber der Universität befreit, aber auf die Abstimmung mit dem Universitätsklinikum verpflichtet wird. Aus diesem Grund findet sich zwi-

schen den jeweiligen Akteuren ein komplexes System gegenseitiger Bindungen und Kompetenzen, aus dem letztlich der Verbund folgt.

2. Medizinische Fakultät und Universitätsklinikum

Die Verbindung zwischen Medizinischer Fakultät und Universitätsklinikum ist in § 27 LHG und § 4, 7 UKG geregelt. Danach erfüllt die Medizinische Fakultät ihre Aufgaben in enger Zusammenarbeit mit dem Universitätsklinikum, § 27 Abs. 1 Satz 1 LHG. Das Universitätsklinikum arbeitet daneben eng mit der Universität zusammen und trifft Entscheidungen, die sich auf Forschung und Lehre auswirken, im Benehmen mit der Medizinischen Fakultät, § 7 Abs. 1 Satz 1 UKG, wobei insbesondere auch die Verbindung der Krankenversorgung mit Forschung und Lehre gewährleistet wird, § 4 Abs. 1 Satz 2 UKG.

Sichergestellt wird diese Verzahnung bereits durch *wechselseitige Repräsentation*¹² in jeweiligen Leitungsorganen. Der Dekan der Medizinischen Fakultät gehört gem. § 10 Abs. 2 UKG dem Vorstand des Universitätsklinikums neben dem Leitenden Ärztlichen Direktor, dem Stellvertretenden Leitenden Ärztliche Direktor, dem Kaufmännischen Direktor und dem Pflegedirektor an. Daneben ist ein von der Universität benannter hauptberuflicher Professor der Universität zwingendes Aufsichtsratsmitglied des Universitätsklinikums, § 9 Abs. 3 Nr. 2 UKG. Gleichzeitig sind aber auch der Leitende Ärztliche Direktor und der Kaufmännische Direktor – dieser mit beratender Stimme – zwingende Angehörige des Dekanats der Medizinischen Fakultät, § 27 Abs. 3 Nrn. 2, 3 LHG, sodass bereits im Vorfeld bedeutsamer Entscheidungen der erforderliche wechselseitige Informationsaustausch und schließlich auch die Berücksichtigung der jeweiligen Interessen sichergestellt ist.

Das Verhältnis zwischen Fakultät und Universitätsklinikum geht jedoch über eine bloße wechselseitige Repräsentation hinaus. Diese ist vielmehr nur notwendiger Mechanismus für die Wahrnehmung exklusiver Beteiligungsrechte. Denn werden Entscheidungen getroffen, die Auswirkungen auf den jeweils anderen Bereich haben – seien diese auch nur mittelbar –, so bedarf es des

7 Dazu auch *Becker*, Das Recht der Hochschulmedizin, 2005, S. 248 f.

8 Vgl. *Löwisch/Domisch*, BB 2012 S. 1408 ff.; *Sandberger* in Haug, Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2009, S. 407 Rn. 1204; *Mandler*, MedR 2015 S. 502; *Sandberger* in FS Dieter Leuzen, 2003, S. 458.

9 LT-Drs. 12/1740 S. 48: „Das wissenschaftliche Personal übt Ämter aus, über die nur die Universität verfügt und die auch nicht am Universitätsklinikum geschaffen werden können (Professor,

Hochschuldozent, Oberassistent, wissenschaftlicher Assistent, wissenschaftlicher Mitarbeiter in der Laufbahn des Akademischen Rates). Entsprechendes gilt, wenn die Funktionen im Angestelltenverhältnis ausgeübt werden (vgl. auch die Begründung zu § 12 UKG)“.

10 §§ 1, 4 WissZeitVG.

11 GBl. 1996, 43.

12 Vgl. Prinzip der Repräsentation.

Benehmens oder sogar des *Einvernehmens*¹³ des jeweils anderen, § 27 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 aE. LHG, § 7 Abs. 1 UKG. Hieraus resultiert letztlich eine noch engere Verzahnung, die über ein allgemeines Gebot der partnerschaftlichen Zusammenarbeit hinaus, *echte Sperrrechte* begründet und damit eine gewichtige Einschränkung der Selbstständig- und Unabhängigkeit bedeutet.

Die Bedeutung dieser Verzahnung unterstreicht insbesondere auch § 4 Abs. 3 UKG. Danach obliegt die *Personal- und Wirtschaftsverwaltung* der Medizinischen Fakultät dem Universitätsklinikum. Hierzu bereitet das Universitätsklinikum insoweit auch die Entscheidungen der Organe der Medizinischen Fakultät vor und vollzieht diese in Weisung des Dekans, den es regelmäßig und anlassbezogen unterrichtet. Bezugspunkt für die Landes- und Anstaltsbeschäftigten der Medizinischen Fakultät¹⁴ ist damit zuvorderst der Dekan, der insoweit die Universität verdrängt.¹⁵ Die einseitige Weisungsbefugnis des Dekans wird jedoch vielfach dadurch eingeschränkt, dass – neben der erforderlichen fakultätsinternen Abstimmung – gerade auch personelle Maßnahmen Einfluss auf die Krankenversorgung üben und dadurch Beteiligungsrechte des Universitätsklinikums ausgelöst werden, bspw. § 11 Abs. 4 LHG.¹⁶ Entsprechend beschränkt sind daher auch einseitige personelle Maßnahmen des Klinikums. Gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 UKG bedarf es bspw. des Einvernehmens der Medizinischen Fakultät bei der Errichtung, Aufhebung und Veränderung von Abteilungen, der Bestellung und Abberufung von Abtei-

lungsleitern sowie den allgemeinen Regelungen der Organisation des Universitätsklinikums.

3. Medizinische Fakultät und Universität

Eine andere Prägung weist das Verhältnis zwischen Medizinischer Fakultät und Universität auf. Muss die Verbindung zwischen Fakultät und Universitätsklinik gesetzlich erst begründet werden, so wird die natürliche Bindung der Fakultät an die Universität in Teilen zurückgedrängt, ohne dabei jedoch die Eingliederung an sich in Frage zu stellen.

Der Medizinischen Fakultät kommt aufgrund ihrer Größe, Komplexität, ihres Finanzvolumens und nicht zuletzt auch aufgrund des Abstimmungsbedarfs mit dem Universitätsklinikum eine *Sonderrolle* innerhalb der Fakultäten¹⁷ zu.¹⁸ Hierzu wird die Unabhängigkeit der Fakultät gegenüber Rektorat und Hochschulrat insbesondere in Bereichen betont, die außerhalb akademischer Bindungen stehen.¹⁹ So unterliegt die Medizinische Fakultät gerade in finanzieller Hinsicht eigenen abweichenden Regelungen.²⁰ Sie ist gem. § 27 Abs. 2 Satz 1 LHG wie ein Landesbetrieb zu führen und hat einen eigenen Wirtschaftsplan²¹ aufzustellen, § 26 LHO.²² Die Trennung des Fakultätsbudgets erfolgt damit sowohl gegenüber der Universität als auch der Universitätsklinik.²³ In Haushaltsangelegenheiten können Beschlüsse der Universität ferner nur mit Zustimmung des Dekans gefasst werden, § 27 Abs. 2 Satz 3 LHG, und die interne Mittelverteilung obliegt schließlich allein der Fakultät.²⁴

13 Des Einvernehmens bedürfen insbesondere Entscheidungen, die sich unmittelbar auf Forschung und Lehre auswirken, vgl. *Sandberger* in *Hartmer/Detmer*, Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, S. 410 Rn. 180, 3. Aufl. 2017, S. 518 Rn. 251 ff.

14 Siehe unter I. 1.

15 Vgl. unten I. 3.; *Sandberger* in *Hartmer/Detmer*, Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, S. 413 Rn. 189, 3. Aufl. 2017, 521 Rn. 263; *Sandberger*, Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg, 2015, UKG § 4 Rn. 4.

16 „Akademische und sonstige Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die Aufgaben im Universitätsklinikum erfüllen sollen, werden im Einvernehmen mit dem Universitätsklinikum eingestellt“.

17 Zu diesen siehe *Classen*, Die Zukunft der Fakultät als Grundeinheit der Universität, OdW 2014 S. 215 ff.

18 Vgl. LT-Drs. 12/1740 S. 28 f.; LT-Drs. 13/3640 S. 200: „Die Größe, aber auch die Komplexität der Aufgabenstellung der Medizinischen Fakultäten, insbesondere die enge Verflechtung der Aufgaben von Krankenversorgung, Forschung, Lehre und Weiterbildung sowie die notwendige Abstimmung mit dem jeweiligen Universitätsklinikum, erfordern Sonderregelungen für die Medizinischen Fakultäten. § 27 trägt dieser besonderen Situation der Medizinischen Fakultäten innerhalb der Gesamtuniversität Rechnung, indem die bisherigen Regelungen von §§ 25 a bis d UG in § 27 zusammengefasst sind.“; vgl. *Sandberger* in *Hartmer/Detmer*, Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, S. 405 Rn. 162 ff., 3. Aufl. 2017, S. 512 Rn. 222 ff.

19 LT-Drs. 12/1740 S. 28 f.

20 Siehe dazu etwa *Becker*, Das Recht der Hochschulmedizin, 2005, S. 277 ff.

21 VV.1.3 zu § 26 LHO: „Der Wirtschaftsplan besteht aus dem Erfolgsplan und dem Finanzplan.“; VV 1.3.1.: „Im Erfolgsplan sind die im Wirtschaftsjahr voraussichtlich anfallenden Gewinndeckungen und Erträge im Sinne einer handelsrechtlichen Gewinn- und Verlustrechnung darzustellen.“; VV.1.3.2.: „Im Finanzplan sind der vorgesehene Finanzierungsbedarf (z.B. Vermögensmehrungen, Fehlbeträge, Rücklagenbildungen, Ablieferung an den Haushalt) und die zur Finanzierung vorgesehenen Deckungsmittel (z.B. Vermögensveräußerungen, Überschüsse, Auflösungen von Rücklagen, Zuführungen aus dem Haushalt) darzustellen“; § 74 Abs. 1 LHO iVm. HGB.

22 VV.1.1 zu § 26 LHO: „Landesbetriebe sind rechtlich unselbständige, haushaltsmäßig gesondert geführte Teile der unmittelbaren Landesverwaltung, deren Aufgabenstellung über die reine Vermögensverwaltung hinausgeht und die bei ihrer Aufgabenerledigung - entsprechend einer Ausrichtung auf erwerbswirtschaftliche Zwecke eine angemessene Gewinnerzielung verfolgen oder - entsprechend einer Ausrichtung auf eine marktwirtschaftliche Bedarfsdeckung möglichst hohe Kostendeckungsbeiträge anstreben“.

23 *Sandberger* in *Haug*, Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2009, S. 405 Rn. 119; *Sandberger* in *FS Dieter Leuzen*, 2003, S. 456 f.

24 *Sandberger* in *Haug*, Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2009, S. 406 Rn. 119, vgl. auch zur Fachaufsicht nach § 67 Abs. 2 LHG, *Umbach* in *Haug*, Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2009, S. 106 ff. Rn. 483 ff.

Entsprechend muss gerade in finanzwirtschaftlichen Bereichen aber auch die Allzuständigkeit des Rektorats nach § 16 Abs. 3 LHG zurückstehen, weshalb § 16 Abs. 4 LHG lediglich die Notwendigkeit zur Billigung für den Haushaltsvoranschlag und Wirtschaftsplan, den Jahresabschluss, den Struktur- und Entwicklungsplan einschließlich der Planung der baulichen Entwicklung, der Grundsätze für die Verteilung und Verwendung des Zuschusses des Landes für Lehre und Forschung sowie für die Ausstattungspläne, die Grundstücks- und Raumverteilung, soweit auch andere Fakultäten betroffen sind, sowie den Abschluss von Vereinbarungen gem. § 7 Abs. 2 UKG vorsieht. Hierdurch werden bestehende Entscheidungskompetenzen auf eine bloße Kontrollfunktion zurückgedrängt.²⁵

Selbiges gilt für die Befugnisse nach § 16 Abs. 3 Satz 2 Nrn. 11-14 LHG, die nach § 16 Abs. 3 Satz 4, 5 LHG nur im Einvernehmen mit dem Dekan der Medizinischen Fakultät getroffen werden können, soweit diese betroffen ist und nicht bereits eine gänzliche Übertragung auf die Fakultät vorgenommen wurde.

Daneben wird der Fakultät zu den allgemeinen Befugnissen nach § 23 Abs. 3 Satz 6 LHG „zusätzlich“ Allzuständigkeit nach § 27 Abs. 4 LHG verliehen.²⁶ Einschränkende Festlegungen, etwa des Rektorats oder Hochschulrats, die für andere Fakultäten nach § 23 Abs. 3 Satz 6 LHG den Rahmen setzen, gelten hier nicht. § 27 Abs. 4 LHG ist insoweit *lex specialis* zu § 23 LHG,

wie insbesondere durch die Inbezugnahme nur der „Aufgaben“ deutlich wird. Das Gesetz formuliert insoweit Abweichendes.²⁷ Anderes wäre zudem auch deshalb nicht zu realisieren, weil dann bei Entscheidungen, die Auswirkungen auf die Krankenversorgung entfalten, die Beteiligungsrechte des Klinikums nach § 27 LHG bzw. § 7 UKG umgangen würden.

Aufgrund der engen Verflechtung der Krankenversorgung in den Universitätskliniken mit dem medizinisch-wissenschaftlichen Gesamtbereich der Universität darf die Beteiligung der Gesamtuniversität aber dennoch nicht vollständig zurücktreten. Sie wird daher partiell bspw. über § 16 Abs. 4 LHG oder § 20 LHG sichergestellt²⁸ und zeigt sich vor allem auch im Rahmen von Koordinations- und Kooperationsmöglichkeiten, die der sachgerechten organisatorischen Verzahnung der Funktionsbereiche des Klinikums und der Universität Rechnung tragen.²⁹

So sieht etwa § 7 Abs. 2 UKG eine Beteiligung der Universität am Abschluss von Vereinbarungen über die Zusammenarbeit mit der Universität oder die Ziele der Struktur- und Entwicklungsplanung – einschließlich der baulichen Entwicklung – sowie für das Zusammenwirken der Verwaltung der Universität und der Verwaltung des Universitätsklinikums vor. Hier ist das Dekanat der Medizinischen Fakultät nach § 27 Abs. 4 Nr. 6 LHG lediglich zur Stellungnahme, der Rektor nur zur Billigung berechtigt, § 16 Abs. 4 Nr. 6 LHG. Das ist mit Blick auf

25 BeckOK HochschulR Baden-Württemberg/Hagmann, 1. Ed. 1.7.2016, LHG § 16 Rn. 32; Sandberger, Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg, 2015, LHG § 16 Rn. 5; Sandberger in FS Dieter Leuzen, 2003, S. 455.

26 LT-Drs. 13/3640 S. 200; „Absatz 4 regelt die besonderen Zuständigkeiten des Fakultätsvorstands der Medizinischen Fakultäten und entspricht weitgehend der bisherigen Regelung in § 25 c Abs. 1 Satz 9 UG. Die Vielzahl und Komplexität der bei Angelegenheiten der Medizinischen Fakultät in Abstimmung mit dem Universitätsklinikum zu treffenden Entscheidungen erfordern eine umfassende Entscheidungskompetenz des Fakultätsvorstands, wie sie in Absatz 4 vorgesehen ist. Soweit für einzelne Entscheidungen eine gesamtuniversitäre Verantwortung erforderlich ist, ist die Einbindung des Vorstandes der Universität und des Aufsichtsrats der Universität vorgesehen (vgl. §§ 16 Abs. 4, 20 Abs. 1 Satz 3). Mit der Formulierung „zusätzlich“ wird klargestellt, dass der Aufgabenkatalog insoweit erweitert wird, es aber im Übrigen bei den Aufgaben des Fakultätsvorstands nach § 23 Abs. 3 Satz 6 verbleibt.“; LT-Drs. 15/4684 S. 198: „Die intensiv gelebte Kooperation zwischen Medizinischer Fakultät und Universitätsklinikum, bei der das Universitätsklinikum auch die Personal- und Wirtschaftsverwaltung für die Medizinische Fakultät übernimmt, führt in vielen Bereichen zu einem untrennbaren Zusammenhang der jeweiligen standortbezogenen gesamten Universitätsmedizin. Um eine diesbezügliche einheitliche Jahresabschlussprüfung von Universitätsklinikum und Medizinischer Fakultät zu gewährleisten, ist es sinnvoll, beide Beteiligte von ein und demselben Wirtschaftsprüfungsternehmen prüfen zu lassen. Vor diesem Hintergrund soll die Zuständigkeit für die Bestellung der Jahresabschlussprüferin oder

des Jahresabschlussprüfers für die Medizinische Fakultät auf den Aufsichtsrat des jeweiligen Universitätsklinikums übertragen werden. Der Zuständigkeit der Universität für ihre Medizinische Fakultät wird dadurch Rechnung getragen, dass die Bestellung nur mit Zustimmung des Hochschulrats der Universität erfolgen kann. Das diesbezügliche Abstimmungserfordernis ist ebenso Ausdruck der gelebten Kooperation zwischen Universitätsklinikum und Universität im Bereich der Universitätsmedizin.“ Vgl. auch § 20 Abs. 1 Satz 3 Nr. 6 HS 2 LHG.

27 Vgl. Sandberger, Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg, 2015, LHG § 27 Rn. 4; Sandberger in Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, S. 391 Rn. 96, 3. Aufl. 2017, S. 496 Rn. 147; LT-Drs. 12/1740 S. 26 ff.; BeckOK HochschulR Baden-Württemberg/Hagmann, 1. Ed. 1.7.2016, LHG § 27 Rn. 1, 7.

28 LT-Drs. 13/3640 S. 200; LT-Drs. 15/4684 S. 198.

29 Vgl. StGH Baden-Württemberg, Urteil vom 24.11.1973 – Gesch Reg 1/73 = DÖV 1974, 632 ff.: „3. Die Krankenversorgung als solche innerhalb der Universitätskliniken und die sonstigen der Universität auf dem Gebiet des öffentlichen Gesundheitswesens obliegenden Aufgaben gehören nicht zum Kernbereich der akademischen Selbstverwaltung. Insoweit ist Fachaufsicht und Weisungsbefugnis des Kultusministeriums verfassungsrechtlich unbedenklich. 4. Der engen Verflechtung der Krankenversorgung in den Universitätskliniken und dem medizinisch-wissenschaftlichen Gesamtbereich der Universität muß jedoch durch geeignete Koordinationsmöglichkeiten und Kooperationsmöglichkeiten beider Funktionsbereiche und durch sachgerechte organisatorische Verzahnungen Rechnung getragen werden.“; Sandberger in Handbuch des Wissenschaftsrechts, 2. Aufl. 1996, Bd. 1 S. 942 f.

die Zustimmungsnötigkeit des Hochschulrates nach § 20 Abs. 1 Nr. 4 LHG und der Zustimmung des Wissenschaftsministeriums gem. § 7 Abs. 2 Satz 2 HS 2 UKG im Lichte des Verbunds auch stimmig. Freilich ändern die Zustimmungsbefugnisse nichts daran, dass nur die Universität als Vertragspartner des Universitätsklinikums und nicht die Medizinische Fakultät zeichnungs-berechtigt sein kann.³⁰ Dies stellt das Gesetz bereits mit der Bezeichnung „Universität“ außer Zweifel.

Differenziert betrachtet werden muss demgegenüber die Verteilung der Kompetenzen in *Personalangelegenheiten*. Nach § 27 Abs. 4 Nr. 1 LHG ist die Medizinische Fakultät zusätzlich zu den Aufgaben nach § 23 Abs. 3 Satz 6 LHG unter anderem für „Entscheidungen über die Verwendung und Zuweisung der Stellen und Mittel nach den Grundsätzen des § 13 Abs. 2 LHG“ zuständig. Dies umfasst dem Grunde nach sämtliche individualrechtlichen Personalmaßnahmen und trägt der Vielzahl und Komplexität der bei Angelegenheiten der Medizinischen Fakultät in Abstimmung mit dem Universitätsklinikum zu treffenden Entscheidungen Rechnung; denn gerade in Personalfragen wird der enge Abstimmungsbedarf mit dem Universitätsklinikum akut. Es wird insoweit unmittelbar sowohl auf Forschung, Lehre und Krankenversorgung eingewirkt, vgl. auch *e contrario* § 7 Abs. 1 Satz 2 UKG.³¹ Der Medizinischen Fakultät wird daher insoweit eine umfassende Entscheidungskompetenz durch das LHG insbesondere gegenüber dem Rektorat zugestanden.³² Hieraus folgt, dass der Medizinischen Fakultät nicht nur das Vorschlagsrecht für die Einstellung von Beschäftigten nach § 11 Abs. 3 LHG im Grundsatz³³ zusteht, sondern ihr der Personalvorgang insgesamt zugeordnet ist.

Die Dienstaufsicht über die akademischen Beschäftigten und sonstigen Mitarbeiter in der Fakultät und am Universitätsklinikum führt aus diesem Grund auch der – zur Delegation berechtigte – Dekan, § 24 Abs. 2 Satz 2, 53 LHG. Dienstvorgesetzter ist demgegenüber bei Zuordnung zu einem Hochschullehrer dieser, ansonsten der Dekan, § 52 Abs. 5 Satz 1, 2 LHG. Dies bestätigt auch § 4 Abs. 3 UKG, nach dem das Universitätsklinikum zwar die Personal- und Wirtschaftsverwaltung der Medizinischen Fakultät obliegt, die *Personalhoheit* aber bei der Medizinischen Fakultät verbleibt und das Universitätsklinikum insoweit den Weisungen des – vollziehenden – Dekans unterliegt.³⁴

Diesen Regelungen sind im Grundsatz auch Beschäftigte der *Vorklinik* unterstellt. Sie sind organisatorisch der Medizinischen Fakultät zuzuordnen und werden daher von der Universitätsklinik gem. § 4 Abs. 3 UKG verwaltet. Einer gesonderten vertraglichen Vereinbarung zwischen Universität und Universitätsklinikum bedarf es daher nach neuerer Gesetzeslage nicht mehr.

Eine Einflussnahme – insbesondere des Rektorats – ist darüber hinaus gegenüber den Beschäftigten nur dort denkbar, wo eine Zuordnung zur Medizinischen Fakultät ausgeschlossen ist; etwa bei Reinigungs- oder Wartungspersonal der Gesamtuniversität. Aus diesem Grund ist die Medizinische Fakultät in Personalfragen weithin nicht an die Vorgaben des Rektorats oder Eigenheiten der Universität gebunden und kann deshalb – in Abstimmung mit dem Universitätsklinikum – auch eigene Vorgaben entwickeln.³⁵ Gleichfalls besteht kein Zustimmungserfordernis für die Umsetzung von Personalmaß-

30 A.A. wohl BeckOK HochschulR Baden-Württemberg/Hagmann, 1. Ed. 1.7.2016, LHG § 16 Rn. 32.

31 LT-Drs. 12/1740 S. 28 ff.; LT-Drs. 13/3640 S. 245.

32 Sandberger in Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, S. 391 Rn. 96, 3. Aufl., S. 496 Rn. 147; LT-Drs. 12/1740 S. 26 ff.; LT-Drs. 13/3640, S. 200; LT-Drs. 12/1740 S. 28 ff.: „In Betracht gezogen kann daher nur, daß die für die Zusammenarbeit mit dem Klinikum maßgeblichen Kompetenzen im Bereich von Forschung und Lehre bei der Fakultät in einer Weise konzentriert und geordnet werden, daß der überwiegende Teil der Abstimmungs- und Entscheidungsbedürfnisse unkompliziert und schnell abgedeckt werden kann. Um diesen Anforderungen zu genügen, ist ein Entscheidungsorgan der Fakultät erforderlich, das für Forschung und Lehre über Kompetenzen verfügt, die weitgehend denen des Klinikumsvorstands für die Krankenversorgung entsprechen. Daher sieht die Gesetzesnovelle die Einrichtung eines Fakultätsvorstands vor, der eine umfassende Leitungskompetenz besitzt und grundsätzlich über alle Angelegenheiten der Medizinischen Fakultät entscheidet, die das Gesetz nicht ausdrücklich anderen Organen der Fakultät oder der Universität zuweist ... (S. 37). Die verwaltungsmäßige Umsetzung der Entscheidungen des Fakultätsvorstands wird im Bereich der klinischen Medizin gemäß § 4 Abs. 3 Satz 1 UKG Aufgabe der Personal- und Wirtschaftsverwaltung des Universitätsklinikums sein“.

33 Nach § 11 Abs. 3 Satz 2, 3 LHG besteht ein Vorschlagsrecht des Projektleiters bei drittmittelfinanzierten Stellen.

34 LT-Drs. 13/3640, S. 245 zu § 4 UKG: „Die bisherige Regelung in Absatz 3 wird insoweit modifiziert, als künftig die Personal- und Wirtschaftsverwaltung für den gesamten Bereich der Medizinischen Fakultät auf das Universitätsklinikum übertragen wird. Gleichzeitig wird klargestellt, dass das Universitätsklinikum durch die Übernahme der Personal- und Wirtschaftsverwaltung keine eigene Entscheidungskompetenz hat, sondern insoweit den Weisungen des Dekans unterliegt. Mit dieser Aufgabenübertragung erhält das Universitätsklinikum keine Personalhoheit, sondern es hat lediglich die Entscheidungen der Organe der Fakultät zu vollziehen. Die Klinikverwaltung hat außerdem zu berücksichtigen, dass weiterhin die Personalvertretung, Schwerbehindertenvertretung und die Frauenvertreterin der Universität zuständig sind.“; vgl. auch Sandberger in Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, S. 413 Rn. 189, 3. Aufl. 2017, S. 496 Rn. 147; Sandberger, Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg, 2015, UKG § 4 Rn. 4.

35 Diesem Punkt kommt etwa in Bezug auf Leitlinien zur Befristung wissenschaftlichen Personals zur Ausformung der „Angemessenheit“ in § 2 Abs. 1 WissZeitVG aktuelle Bedeutung zu.

nahmen, *e contrario* § 16 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 4 LHG und § 27 Abs. 4 LHG „insbesondere“.

Anderes gilt indes für *Beamte* der Medizinischen Fakultät. Nach § 11 Abs. 5 Satz 1 LHG ist Dienstvorgesetzter der *Hochschullehrer* der Wissenschaftsminister, bzw. bei Delegation³⁶ der Rektor, der wiederum stets Dienstvorgesetzter der *nicht-professoralen Beamten* nach § 11 Abs. 5 Satz 4 LHG ist. Aus diesem Grund ist für die nicht-professoralen Beamten der Rektor auch für Ernennungen, Beförderungen und Entlassungen sowie sonstige das materielle Beamtenverhältnis betreffende Maßnahmen im Außenverhältnis weiterhin allein zuständig.³⁷ Allerdings gilt diese Befugnis nicht für das *Innenverhältnis*, dessen Ausgestaltung wiederum der Medizinischen Fakultät nach § 27 Abs. 4 Nr. 1 LHG untersteht. Der Rektor kann aus diesem Grund vorgeschlagene Maßnahmen nur umsetzen oder deren Umsetzung verweigern. Der Anspruch der Medizinischen Fakultät auf Zustimmung wird insoweit aus dem Innenverhältnis zur Universität aus einer allgemeinen Kooperationspflicht folgen müssen,³⁸ der das Recht zur Verweigerung nur dann gewährt, wenn die Maßnahme erhebliche Nachteile für die Universität bedeuten würde oder diese rechtswidrig wäre. So sind bspw. Leistungszusagen und Ernennungen von nicht-professoralen Beamten immer dann umzusetzen, wenn sich diese im Rahmen gesetzlicher Regelungen halten und für die Universität keine Nachteile bedeuten.

4. Medizinische Fakultät und Beliehene

Ein Verbund besteht zudem zwischen Land, Medizinischer Fakultät und Beliehenen. Nach § 4 Abs. 5 UKG kann das Wissenschaftsministerium Dritte mit der Wahrnehmung der hoheitlichen Aufgaben und Befugnisse einer Universitätsklinik nach § 4 Abs. 1, 3 UKG beleihen, um Partnerschaften mit Privaten zu intensivieren und damit die Wettbewerbsfähigkeit der Universitätsklinik in Bezug auf die Krankenversorgung unmit-

telbar zu steigern und zumindest mittelbar auch Forschung und Lehre zu begünstigen.³⁹

Die Beleihung erfolgt durch Verwaltungsakt auf der Grundlage einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung zwischen dem Universitätsklinikum, der Universität und dem Dritten, die der Zustimmung des Wissenschaftsministeriums im Einvernehmen mit dem Wissenschaftsausschuss des Landtages bedarf. Die Vereinbarung enthält dazu insbesondere Regelungen zu Gegenstand, Umfang und Dauer der Beleihung, zur Sicherung der sachgerechten Erfüllung der Pflichten nach § 4 Abs. 1, 3 UKG und zur Sicherung eines angemessenen Einflusses des Universitätsklinikums und der Universität auf die Wahrnehmung der Aufgaben und Befugnisse, die Gegenstand der Beleihung sind. Daneben sind Regelungen zur Finanzierung der Erfüllung der Aufgaben des Beliehenen, zur Abwicklung für den Fall der Beendigung der Beleihung und zur Haftungsfreistellung des Universitätsklinikums, der Universität und des Landes für den Fall, dass diese aus einem Tun oder Unterlassen des Dritten in seiner Eigenschaft als Beliehener oder aus der Verwendung von auf die Universität oder das Universitätsklinikum hinweisenden Bezeichnungen für sich oder seine Einrichtungen einzeln oder gesamtschuldnerisch in Anspruch genommen werden, enthalten.⁴⁰

Der Umfang der Beleihung ist hier entscheidend für das Verhältnis zwischen Medizinischer Fakultät und Drittem. Je nach Gestaltung können deshalb Unterschiede bestehen. Letztlich muss sich eine Aufgabenübernahme aber innerhalb der Aufgaben eines Universitätsklinikums bewegen. Dies schließt neben der Krankenversorgung auch die Möglichkeit zur Übernahme von Ausbildungskapazitäten ein.⁴¹

Darüber hinaus gehen mit einer Beleihung aber auch die Pflichten eines Universitätsklinikums einher, die gerade die Gewährleistung und Sicherstellung von Forschung und Lehre gebieten, § 4 Abs. 1, 5 UKG. Daneben folgt aus der Beleihung im Grundsatz auch die *Übernah-*

36 Siehe insbesondere § 4 Nr. 11 des Gesetzes über die Ernennung der Richter und Beamten des Landes (ErnG): „den Universitäten für die Beamten des höheren Dienstes bis einschließlich der Besoldungsgruppe A 14, A 15 für das Amt eines Akademischen Direktors, A 16 für das Amt eines Leitenden Akademischen Direktors, W 3 und C 4 mit Ausnahme der hauptamtlichen Rektoratsmitglieder der Hochschule sowie für die Beamten des mittleren und des gehobenen Dienstes die in § 2 genannten Rechte“.

37 Sandberger in Haug, Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2009, S. 407 Rn. 1204; Sandberger in Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, S. 419 Rn. 211, 3. Aufl. 2017, S. 529 Rn. 305 f.; anders bei Beamten und Arbeitnehmern der Universitätsklinik vgl. §§ 11 Abs. 3, 12 Abs. 3 UKG.

38 Sandberger in Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, S. 409 Rn. 178 f., 3. Aufl. 2017, S. 517 Rn. 247 ff.

39 LT-Drs. 14/6248 S. 23: „Der neu angefügte Absatz 5 ermöglicht es den Universitätsklinik, erfolgreiche Kooperationen mit geeigneten außeruniversitären Einrichtungen der Krankenversorgung in eine besonders enge Form zu überführen. Es werden zukunfts-trächtige Partnerschaften zwischen den öffentlich-rechtlichen Universitätsklinik und privaten Partnern eröffnet, indem diese Partner durch eine Beleihung Aufgaben und Befugnisse einer Universitätsklinik übernehmen und Teil des betreffenden Universitätsklinikums werden. Dies soll auch die Wettbewerbsfähigkeit baden-württembergischer Universitätsklinik steigern“.

40 Vgl. etwa GABl. BW 25.7.2012 S. 638 f.

41 LT-Drs. 14/6248 S. 23.

me der Personal- und Wirtschaftsverwaltung der Medizinischen Fakultät nach § 4 Abs. 3, 5 UKG, sodass der Dritte letztlich in die Rolle eines Universitätsklinikums eintritt und sich als *selbstständiger Teil desselben* – wenn gleich ohne eigene Repräsentation im Dekanat – präsentiert.⁴² Der Dritte tritt insoweit in die hochschulrechtliche Rolle des Universitätsklinikums ein und unterliegt damit auch dessen Regelungen, soweit die Beleihung hierzu keine Abweichungen vorsieht.⁴³ Es ist deshalb auch nicht ausgeschlossen, dass die Personal- und Wirtschaftsverwaltung einheitlich nur durch das Universitätsklinikum wahrgenommen wird.

II. Drittmittelverwaltung

Angesichts des Verbunds zwischen Land, Universität, Medizinischer Fakultät und Universitätsklinikum muss sich in Bezug auf stetig an Bedeutung gewinnenden Drittmittelinwerbungen die Frage stellen, nach welchen gesetzlichen Rahmenbedingungen diese zu verwalten sind und wo die Mittel vorgehalten werden.

1. Verwaltung der Fakultätsdrittmittel

Welche Bestimmungen für die jeweiligen Drittmittel Anwendung finden, ist nach dem Ort zu unterscheiden, an dem die mit den Mitteln finanzierten Forschungsvorhaben durchgeführt werden. Schlüsselvorschrift ist hier § 41 Abs. 2 LHG, der insoweit § 25 HRG landesgesetzlich aufgreift.⁴⁴ Danach sind die Mittel Dritter für Forschungsvorhaben, die „in der Hochschule durchgeführt werden“, nach den § 13 Abs. 6, 7 LHG grundsätzlich auch von der Hochschule zu verwalten, vgl. § 25 Abs. 4 Satz 1 HRG.⁴⁵ Es handelt sich daher zuvorderst um eine örtliche und sachmittelbezogene Anknüpfung, die gerade mit Blick auf den Verbund von Bedeutung ist. So werden durch die von der Medizinischen Fakultät eingeworbenen Drittmittel größtenteils Forschungsvorhaben finanziert, die eben *nicht in der Hochschule*, sondern *am Universitätsklinikum* oder *bei beliebigen Dritten* durchge-

führt werden. Daher sind die Fakultätsmittel differenziert zu betrachten.

Handelt es sich tatsächlich um Forschungsvorhaben, die in der Hochschule, etwa im Bereich der Vorklinik, durchgeführt werden, so gilt für die Verwaltung der Mittel § 41 Abs. 2-5 LHG iVm. § 13 Abs. 6, 7 LHG und die diese konkretisierende *Drittmittelrichtlinie* mitsamt Hinweisen. Danach ist – neben der erforderlichen Anzeige nach § 13 Abs. 6 LHG – der „Vorstand oder die von ihm beauftragte Stelle“ für die Annahme der Drittmittel zuständig. Hier gilt für die Medizinische Fakultät gem. § 27 Abs. 4 Nr. 2 LHG die originäre Zuständigkeit des Dekanats, welches diese wiederum delegieren kann. Die Verwaltung der Mittel übernimmt dann das nach § 4 Abs. 3 UKG insofern weisungsgebundene Universitätsklinikum im Rahmen der Drittmittelrichtlinie. Die Richtlinie ist insoweit Bestandteil der gesetzlichen Auftragsverwaltung und gilt nach Ziff. 1.1. insbesondere auch für „die nach § 4 Abs. 3 UKG von den Universitätsklinikum verwalteten“ Mittel. Annahme- und Verwaltungszuständigkeit fallen daher auseinander.

Nur wenn die Hochschulverwaltung nicht mit den Bedingungen des Geldgebers vereinbar ist, gilt hierzu Abweichendes für an der Hochschule durchgeführte Forschungsvorhaben, § 25 Abs. 4, 5 HRG. Nach § 41 Abs. 3 LHG kann die Hochschule dann die Verwaltung der Mittel auf das Mitglied der Hochschule im Rahmen des sog. *Sonderkontenverfahrens*⁴⁶ übertragen, wodurch dieser die Verfügungsmacht über die Mittel erlangt. Unberührt bleiben aber auch dann die Annahmestimmungen der Drittmittelrichtlinie, da insoweit nur eine Ausnahme von Verwaltung und Verwendung der Mittel gemacht wird.

Werden die Forschungsvorhaben jedoch außerhalb der Hochschule, also am Universitätsklinikum oder bei beliebigen Dritten durchgeführt – was der Regelfall ist –, so kann das Regime der § 41 Abs. 2-5 LHG iVm. § 13 Abs. 6, 7 LHG *nicht* gelten. Es verbleibt hier letztlich eine Regelungslücke.⁴⁷

42 LT-Drs. 14/6248 S. 23: „Mit der Beleihung wird eine solche Einrichtung Teil des Universitätsklinikums. Dies bringt für solche Einrichtungen zahlreiche Vorteile, die mit dem Status als Universitätsklinik verbunden sind, aber auch besondere Pflichten mit sich, die insbesondere in der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung zu regeln sind ... Beteiligt er sich durch Pflichtveranstaltungen im vorklinischen oder klinischen Teil an der Ausbildung, so ist seine Beteiligung kapazitätsrelevant. Die Einbindung Dritter in das System der Universitätsklinik erfolgt jedoch in der Regel zur Verbesserung der Krankenversorgung und nicht in erster Linie, um die Ausbildungskapazitäten auszuweiten. Die Partner der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung haben deshalb zu regeln, ob und in welchem Umfang aus dem Bereich des Beliehenen Kapazitäten für die Ausbildung bereitgestellt werden“.

43 Siehe oben unter I. 2.

44 Vgl. *Stiller*, Das drittmittelfinanzierte Arbeitsverhältnis, 2000, S. 47 ff.; zur Entwicklung siehe auch Sandberger in *Drittmittelforschung und Nebentätigkeit*, 1988, S. 59 ff.

45 Hierzu *Rühr*, Forschung mit Mitteln Dritter: universitäre Forschung im Spannungsfeld zwischen Selbst- und Fremdsteuerung, 2014, S. 341 ff.

46 Vgl. *Rühr*, Forschung mit Mitteln Dritter: universitäre Forschung im Spannungsfeld zwischen Selbst- und Fremdsteuerung, 2014, S. 353 ff.; *Stiller*, Das drittmittelfinanzierte Arbeitsverhältnis, 2000, S. 50 f., 56 ff.; BeckOK HochschulR Baden-Württemberg/*Krausnick*, 1. Ed. 1.7.2016, LHG § 41 Rn. 14.

47 *Rühr*, Forschung mit Mitteln Dritter: universitäre Forschung im Spannungsfeld zwischen Selbst- und Fremdsteuerung, 2014, S. 349.

Diese Lücke füllt § 4 Abs. 3 UKG in Bezug auf die Verwaltung der Mittel, denn zur Wirtschaftsverwaltung der Medizinischen Fakultät gehört zweifellos auch die Verwaltung der Drittmittel. Keine Aussage lässt sich § 4 Abs. 3 UKG aber gegenüber dem konkreten Verwaltungsverfahren entnehmen. So ist davon auszugehen, dass auch hier das Dekanat nach § 27 Abs. 4 Nr. 2 LHG zuständig bleibt⁴⁸ und die Drittmittelrichtlinie Anwendung findet. Anders als bei Mitteln für Forschungsvorhaben, die in der Hochschule durchgeführt werden, sind aber die Verwaltung durch einzelne Hochschulmitglieder oder Dritte im Sonderkontenverfahren *eher zulässig*; denn insoweit macht das Gesetz keine zwingenden Vorgaben. Ebenso kann im sog. *Verwahrkontoverfahren*,⁴⁹ das die Errichtung eines projektbezogenen Kontos zugunsten des Forschers bedeutet, verfahren werden. Dies führt zu einer erheblichen Flexibilisierung und kann so neuen Entwicklungen und Notwendigkeiten – gerade mit Blick auf die Privatwirtschaft – eher gerecht werden. So gilt hier auch das ansonsten bestehende *Splittingverbot*⁵⁰ zwischen Verwaltung und Anstellung nicht. § 41 Abs. 3 LHG, der insoweit eine Zuweisung der Verwaltung nur „*insgesamt*“ zulässt, findet, wie auch § 25 Abs. 4 und Abs. 5 HRG, gerade keine Anwendung. Diesem Aspekt kommt im Verbund insbesondere auch dann Bedeutung zu, wenn Landesbeschäftigte auf Drittmittel des Universitätsklinikums oder beliehener Dritter befristet werden sollen, da hier ein Auseinanderfallen von Mitteln und Anstellung vorliegt.⁵¹

Fällt die Entscheidung allerdings zugunsten einer Vereinnahmung der Mittel durch die Medizinische Fakultät, so werden auch diese vom Universitätsklinikum nach § 4 Abs. 3 UKG nach den dann geltenden Drittmittelrichtlinien verwaltet, da selbige dann unabhängig vom Ort des Forschungsvorhabens Anwendung findet. Dies bestätigt die Zuständigkeit des Dekans bzw. der von dieser beauftragten Stelle nach § 27 Abs. 4 Nr. 2 LHG. Werden Mittel hingegen außerhalb der Fakultät und damit der Drittmittelrichtlinie gehalten, so sind die

§§ 331 ff. StGB⁵² und nunmehr auch des § 299a StGB freilich weiterhin zu beachten.⁵³

2. Verwaltung der Klinikdrittmittel

Anderes gilt wiederum für Drittmittel des Klinikums. Das Klinikum selbst ist – außerhalb der Auftragsverwaltung – nicht an die Vorgaben des LHG oder der Drittmittelrichtlinie gebunden; i.1. DMRL „*Drittmittel der Hochschule*“. Es kann daher in den Grenzen der §§ 5, 6 UKG⁵⁴ – unter besonderer Beachtung der §§ 299a, 331 ff. StGB – mit den Mitteln freier verfahren. Zumindest theoretisch ist daher in diesem Bereich auch das Sonderkonten- oder Verwahrkontoverfahren möglich. Die Klinika sind insoweit zuvorderst selbst gehalten entsprechende Kriterien aufzustellen und einzuhalten. Besteht ein Bezug zu Forschung und Lehre, wie dies typischerweise der Fall sein wird, so sind zudem die Beteiligungsrechte der Medizinischen Fakultät zu beachten.

3. Verwaltung der Drittmittel beliehener Dritter

Analog zur Verwaltung der Klinikmittel, folgen aus dem LHG für die Verwaltung der Eigenmittel beliehener Dritter nach § 4 Abs. 5 UKG keine besonderen Vorgaben oder Bedenken.⁵⁵ Lediglich im Rahmen der Verwaltung der Fakultätsmittel nach § 4 Abs. 3, 5 UKG sind diese Vorgaben entsprechend zu beachten. Auch hier können aber Beteiligungsrechte der Medizinischen Fakultät bestehen.

4. Lokalisierung der Fakultätsdrittmittel

Für gewöhnlich sind die Drittmittel in den Staatshaushalt einzustellen und damit Landesmittel.⁵⁶ Diese Aussage lässt sich auch im Verbund grundsätzlich aufrechterhalten. Zwar ist das Budget der Medizinischen Fakultät gem. § 26 LHO getrennt vom Budget der Hochschule oder des Universitätsklinikums zu verwalten;⁵⁷ dies darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Mittel nur dann keine Landesmittel mehr sind, wenn der Drittmittelgeber diese dem Körperschaftsvermögen ausdrücklich zuweist.⁵⁸ Verwaltungsrecht und sachenrecht-

48 Siehe oben unter I. 3.

49 *Stiller*, Das drittmittelfinanzierte Arbeitsverhältnis, 2000, S. 53 ff.

50 Dazu allgemein *Stiller*, Das drittmittelfinanzierte Arbeitsverhältnis, 2000, S. 48 f. mwN. In § 4 Abs. 3 UKG wird man indes keine Ausnahme sehen können, denn es handelt sich um bloße Auftragsverwaltung und damit letztlich um eine Anerkennung der originären Hochschulzuständigkeit.

51 Siehe unten III. 2., 3.

52 Vgl. dazu etwa *Fürsen*, Drittmittelleinwerbung und -forschung im Spiegel des Strafrechts, 2005 S. 77 ff.; *Becker*, Das Recht der Hochschulmedizin, 2005, S. 290 ff.

53 DMRL zu §§ 13 und 41 LHG vom 16. April 2010 – Az. 0415.2/5/1; siehe auch die Hinweise zu den Verwaltungsvorschriften zur Annahme und Verwendung von Mitteln Dritter.

54 Vgl. *Sandberger*, Das Finanzierungssystem der Universitätsklinien – Bestandsaufnahme und Perspektiven in Organisations- und Rechtsfragen der Medizinischen Einrichtungen unter Berücksichtigung der neuen Landeshochschulgesetze, 1984, S. 37 ff.

55 *Stiller*, Das drittmittelfinanzierte Arbeitsverhältnis, 2000, S. 58.

56 *Stiller*, Das drittmittelfinanzierte Arbeitsverhältnis, 2000, S. 52 f.

57 *Sandberger* in Haug, Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2009, S. 405 Rn. 119; *Sandberger* in FS Dieter Leuzen, 2003, S. 456.

58 Zur Bewirtschaftung dieser Mittel, vgl. *Sandberger*, Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg, 2015, § 14 Rn. 3.

liche Zuordnung sind hier getrennt zu betrachten. Grundsätzlich handelt es sich damit bei Drittmitteln der Medizinischen Fakultät um Mittel des Landes, die sich in Verwaltung durch das Universitätsklinikum oder Dritter befinden. An dieser Zuordnung vermag auch die anhand von § 41 Abs. 2 LHG zu unterscheidende Verwaltung der Mittel nichts zu ändern, da diese Regelung sich insoweit ausdrücklich nur auf die Verwaltung der Mittel bezieht – „zu verwalten“.

Abweichendes gilt aber dann, wenn der Drittmittelgeber die Zugehörigkeit zum Körperschaftsvermögen nach § 14 LHG bestimmt, wobei diese Möglichkeit unabhängig vom Ort der Durchführung der Forschungsvorhaben besteht. Zwar gelten § 13 Abs. 6 aE LHG iVm. § 41 Abs. 2 LHG dann nicht, dies kann aber nur zum Fortfall der Beschränkung für die Zuwendung von Mitteln gelten, die unmittelbar oder mittelbar überwiegend aus Mitteln der öffentlichen Hand stammen.⁵⁹ Wird von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, handelt es sich daher gleichwohl nicht um Vermögen der Fakultät im rechtlichen Sinne. Es bleibt vielmehr dabei, dass die Mittel der allein insoweit rechtsfähigen Hochschule nach § 14 LHG zufließen. Abweichungen ergeben sich aber auch hier, denn die Verwaltung von Mitteln, die der Medizinischen Fakultät durch den Drittmittelgeber so zugewendet werden, fallen in den Wirtschaftsplan dieser⁶⁰ und damit in deren Verwaltungszuständigkeit. Die Verwaltung durch das Rektorat gem. § 14 Abs. 1 LHG bzw. § 16 Abs. 3 Nr. 10 LHG wird insoweit verdrängt, § 27 LHG.

5. Lokalisierung der Drittmittel der Universitätsklinik und Dritter

Keine besonderen Vorgaben gelten wiederum in Bezug auf unmittelbare Drittmittel der Universitätsklinik oder beliebiger Dritter. Diese gehören zum Vermögen des jeweiligen Trägers.

III. Drittmittelbefristung

Insbesondere die Frage, wo die Mittel lokalisiert sind, ist arbeitsrechtlich von Bedeutung. Es zeigt sich, dass im Verbund die Arbeitgeberstellung, die Lokalisierung der Mittel und der Arbeitsort vielfach auseinanderfallen. So werden etwa landesbeschäftigte Wissenschaftler mit Landesmitteln der Fakultät vergütet und am Universi-

tätsklinikum oder bei beliebigen Dritten eingesetzt. Dies verursacht in der Regel auch keine Schwierigkeiten, denn die Frage der Mittellokalisierung ist für die zumeist verwendete sachgrundlose Befristung nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG in Bezug auf die bloße Finanzierung der Stelle unerheblich. Unklarheiten treten aber dann auf, wenn das Drittmittelprojekt selbst den Befristungsgrund begründen soll; sei es als Drittmittelbefristung nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG oder Projektbefristung im Rahmen von § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG.⁶¹ Es muss deshalb danach gefragt werden, wie und ob befristet werden darf, wenn der Ort der Durchführung des Forschungsvorhabens und die Lokalisierung der den Befristungsgrund abgebenden Drittmittel auseinanderfallen. Hierbei ist zwischen Landesbeschäftigten und Anstaltsbeschäftigten sowie zwischen den einzelnen Befristungsgründen zu unterscheiden.

1. Drittmittelbefristete Landesbeschäftigte gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG

Die Lösung dieser Problematik gestaltet sich für die nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG befristeten Landesbeschäftigten einfach. Dieser Befristungsgrund stellt bereits dem Wortlaut nach nicht darauf ab, wer die Mittel konkret innehat, sondern fragt nach der überwiegenden Finanzierung durch Dritte und einer entsprechend projektbezogenen Beschäftigung. Dass es sich bei den Mitteln zumeist um Landesmittel handelt, ist deshalb unschädlich, denn die letztendliche Finanzierung erfolgt stets durch Dritte im Sinne von § 2 Abs. 2 WissZeitVG. Insofern muss § 2 Abs. 2 Satz 1 WissZeitVG dahingehend gelesen werden, dass die Befristung auch zulässig ist, wenn die Beschäftigung überwiegend aus Mitteln Dritter finanziert wird, die unmittelbare oder mittelbare Finanzierung für eine bestimmte Aufgabe und Zeitdauer bewilligt ist und die Mitarbeiter überwiegend entsprechend der Zweckbestimmung dieser Mittel beschäftigt werden. Ob es sich damit bei den Mitteln Dritter wiederum um Landesmittel oder Körperschaftsvermögen nach § 14 LHG handelt, bleibt folglich unerheblich. Entscheidend ist letztlich nur, dass im Ergebnis tatsächlich eine Beschäftigung mit Projektaufgaben – außerhalb eines Rechtsmissbrauchs – im Rahmen der Prognose erfolgt und die Finanzierung unabhängig von ihrer Lokalisierung im Verbund den gesetzlichen Vorgaben entspricht.⁶² Dabei ist es auch unschädlich, wenn die

59 Dass diese Einschränkung nicht gilt, wird indes in der Praxis kaum dazu führen können, dass Gelder unmittelbar dem Körperschaftsvermögen zufließen. Hier ziehen die Vergaberichtlinien Grenzen.

60 Ziff. 3.1. DMRL.

61 Vgl. zur Entwicklung Zimmermann, Befristete Arbeitsverhältnis-

se an Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen bei Drittmittelfinanzierung, 2001, S. 23 ff.

62 Mandler, Rechtsmissbrauch bei Drittmittelbefristungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG, OdW 2015 S. 217 ff.; siehe hierzu nun auch BAG, Urteil vom 8.6.2016 – 7 AZR 259/14.

Mittel vom Land selbst, und damit letztlich vom Vertragsarbeitgeber, stammen. Solange es sich bei den zur Verfügung gestellten Mitteln nicht um Haushaltsmittel handelt, liegt eine Finanzierung durch Dritte im normativen Sinne vor und erlaubt damit eine wirksame Befristung gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG.⁶³

Aus diesem Grund ist es letztlich auch unerheblich, wo die Einstellung des Beschäftigten erfolgt, solange die vorgenannten Voraussetzungen erfüllt sind. Dies deckt sich insbesondere mit § 41 Abs. 3 Satz 1 und 2 LHG. Nach Satz 1 sind aus Mitteln Dritter bezahlte hauptberufliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter an Forschungsvorhaben, die in der Hochschule durchgeführt werden, als Personal der Hochschule – und nicht des Landes – einzustellen, sofern dies mit den Bedingungen des Geldgebers vereinbar ist. Gem. Satz 2 erfolgt die Anstellung zudem durch Privatdienstvertrag zwischen dem Beschäftigten und dem die Mittel verwaltenden Hochschulmitglied,⁶⁴ wenn dies die Bedingungen des Drittmittelgebers verlangen, vgl. § 3 WissZeitVG iVm. § 2 Abs. 2 WissZeitVG.⁶⁵ Das Auseinanderfallen von Mitteln und Befristungsgrund ist daher auch hochschulrechtlich notwendig und insoweit im WissZeitVG und in § 25 HRG verbürgt.

Folglich ist es – im Rahmen der Bedingungen des Geldgebers – auch möglich, dass etwa vom Land beschäftigte Wissenschaftler auf Drittmittel der Universitätsklinik oder beliehener Dritter wirksam befristet werden. Auch insoweit handelt es sich um einen Dritten im Sinne von § 2 Abs. 2 WissZeitVG, sodass ein wirksamer Befristungsgrund gegeben ist und die Zusammenarbeit im Verbund erleichtert wird.

Da es sich um Landesbeschäftigte handelt, liegt die Entscheidung darüber, ob und wie befristet wird gegenüber verwaltenden Universitätsklinikum beim Dekan, der in Grundsatzfragen ggf. eine Entscheidung des Dekanats herbeiführen muss, § 27 Abs. 4 Nr. 1 LHG. Werden die Aufgaben am Klinikum erfüllt, ist zudem dessen

Einvernehmen nach § 11 Abs. 4 LHG erforderlich. Da Verwaltung, d.h. die Umsetzung und der Abschluss des Vertrages, aber ohnehin dem Klinikum nach § 4 Abs. 3 UKG obliegen, wird das erforderliche Einvernehmen regelmäßig im Prozess erzielt. Besteht zudem ein Bezug zur Krankenversorgung sind insbesondere auch die entsprechenden Beteiligungsrechte des Klinikums bei Grundsatzfragen zu beachten, § 27 Abs. 1 LHG; § 11 Abs. 4 LHG regelt lediglich die Einstellung an sich auf individueller Ebene. Entsprechendes gilt für Beliehene Dritte, die hier als „Teil des Klinikums“ ebenfalls Anspruch auf Beteiligung bei der Entscheidungsfindung – auch ohne Repräsentation im Dekanat oder Klinikumsvorstand – haben. Aufgrund der Beleihung muss aber auch § 11 Abs. 4 LHG bei der Einstellung von Landesbeschäftigten entsprechend gelten. Dies ist insbesondere auch deshalb von Bedeutung, weil ein eventuell gebildeter Betriebsrat Anspruch auf Beteiligung⁶⁶ nach § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG iVm. § 99 BetrVG hat.⁶⁷

2. Projektbefristungen gem. § 14 Abs. 1 TzBfG

Weniger klar ist die Situation bei projektbefristeten Landes- oder Anstaltsbeschäftigten nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG, die insbesondere auch durch die Streichung der Befristungsmöglichkeit für nicht-wissenschaftliches Personal in § 2 Abs. 2 WissZeitVG,⁶⁸ aktuell geworden ist. So könnte anzunehmen sein, dass ein unmittelbarer Projektbezug stets auch die Lokalisierung der Mittel beim Arbeitgeber verlangt und damit bei einem Auseinanderfallen eine entsprechende Befristung hindert.

Allerdings liegt auch hier die Lösung im Befristungsgrund selbst, denn dieser erschöpft sich bei der Projektbefristung darin, dass Aufgaben von begrenzter Dauer bei Vertragsschluss prognostiziert werden können.⁶⁹ Die begrenzte Dauer der Aufgaben leitet sich dabei zwar aus den nur vorübergehend zur Verfügung stehenden Drittmitteln im Rahmen des Projektes ab, führt im Verbund aber nicht dazu, dass Mittel und Aufgaben an einem Ort

63 So richtig LAG Hessen, Urteil vom 5.8.2015 – 2 Sa 1210/14; vgl. auch BAG, Urt. v. 15.1.2003 – 7 AZR 616/01; BAG Urteil vom 15.1.1997 – 7 AZR 158/96; BAG Urteil vom 22.11.1995 – 7 AZR 248/95; BAG Urteil vom 31.1.1990 – 7 AZR 125/89.

64 Dazu *Stiller*, Das drittmittelfinanzierte Arbeitsverhältnis, 2000, S. 164 ff.

65 Dies wird auch im Verwahrungskontoverfahren relevant, da hier die Mittel bei der Fakultät verbleiben.

66 Handelt es sich bei dem Dritten um einen *Tendenzbetrieb* gilt § 118 BetrVG und damit lediglich ein Anhörungsrecht bei der Einstellung von Tendenzträgern, BVerfG, Beschluss vom 6.11.1979 – 1 BvR 81/76 = BVerfGE 52, 283 ff.; zu den Tendenzträger gehören dann insbesondere auch Ärzte, vgl. *Löwisch*, Tendenzschutz im Gesundheitswesen in *Festschrift Wlotzke* S. 382, 389; *Dzida/Hohenstatt*, Tendenzschutz nur gegenüber Tendenzträgern?, NZA 2004 1084, 1086.

67 Vgl. *Löwisch/Mandler*, Beteiligungsrechte des Betriebsrats für im Betrieb tätige Angehörige des öffentlichen Dienstes, BB 2016, 629 ff.

68 Umfassend *Meißner*, Entstehung und Entwicklung des Hochschulbefristungsrechts, 2016 S. 146 ff.; *Blum/Vehling*, „Alles wird gut?“ – Anmerkungen zur geplanten Novellierung des WissZeitVG OdW 2015 S. 194 f.; *Mandler/Meißner*, Entwurfsdiskussion WissZeitVG – Möglichkeiten, Einschränkungen, Verbesserungspotential OdW 2016 S. 42 ff.

69 BAG, Urteil vom 13.2.2013 – 7 AZR 284/11; *Petrovicki*, Projektbefristung von Arbeitsverhältnissen NZA 2006, 411 ff.; *Meinel* in *Meinel/Heyn/Herms TzBfG*, 5. Auflage 2015, § 14 Rn. 92 ff. mwN.

vereint sein müssen. Aus dem Grund ist für die Frage der Befristung auch allein auf den Bestand vorübergehender Aufgaben und den damit verbundenen vorübergehenden Personalbedarf abzustellen. Da die Aufgaben aber selbst losgelöst von der Lokalisierung der Mittel beurteilt werden können, kann auch hier der Verbleib der Mittel letztlich keine Rolle mehr spielen, denn im Hintergrund liegt eine faktische Drittfinanzierung in jedem Fall vor; sei es durch Kostenerstattung oder Kostenverrechnung.

Folglich können auch Nicht-Wissenschaftler bei Universitätsklinik oder beliebigen Dritten eingesetzt und gem. § 14 Abs. 1 TzBfG wirksam auf Drittmittel des Landes oder der Universität befristet werden, sofern nur die Aufgabenerfüllung vorübergehend im Rahmen des hierdurch ermöglichten Projektes erfolgt. Etwaiger Umwege über eine Arbeitnehmerüberlassung, der mit der angekündigten Novelle ohnehin zeitliche Grenzen gesetzt werden sollen, bedarf es daher nicht.

Da es sich bei Nicht-Wissenschaftlern um Anstaltsbeschäftigte des Universitätsklinikums handelt, liegt die

Entscheidung über die Befristung letztlich bei diesem. Bedingt durch die Finanzierung über Landesmittel sowie in Bezug auf Forschung und Lehre, ergeben sich aber auch hier Beteiligungsrechte des Medizinischen Fakultät aus § 7 Abs. 1 UKG.

IV. Fazit

Zwischen Land, Universität, Medizinischer Fakultät, Universitätsklinik und beliebigen Dritten bestehen die unterschiedlichsten Verflechtungen und Verpflichtungen. Diese werden insbesondere bei der Verwaltung von Drittmitteln und Befristung auf Drittmittel akut und zeigen, dass bestimmte Fragen nicht losgelöst anhand der einzelnen Akteure, sondern nur im Verbund dieser sinnvoll betrachtet und gelöst werden können.

Tobias Mandler ist wissenschaftlicher Mitarbeiter der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

Bundesverwaltungsgericht

Übertragung arbeitsschutzrechtlicher Pflichten auf Dekane und Professoren – Urteil vom 23. Juni 2016

– BVerwG 2 C 18.15

Einleitung

Das Urteil des Bundesverwaltungsgericht vom 23. Juni 2016 beendet einen seit über fünf Jahren schwelenden Rechtsstreit, der für Hochschulverwaltungen von erheblicher Bedeutung ist. Die Universität A. hatte – nicht zuletzt durch den zuständigen Versicherungsverband forciert – ein Generalkonzept für den Arbeitsschutz erarbeitet. Dabei wurden allen Professoren und Professorinnen sowie den amtierenden Dekanen und Dekaninnen die Arbeitgeberpflichten nach § 13 Abs. 2 ArbSchG übertragen. Die entsprechenden Verfügungen enthielten eine große Anzahl von weitgehend abstrakt formulierten Überwachungs- und Vorsorgepflichten. Hiergegen erhob der Dekan der Juristischen Fakultät und ein Professor derselben Fakultät Klage mit der Begründung, dass die Vielzahl der Pflichten mit der eigentlichen wissenschaftlichen Tätigkeit massiv kollidiere. Auch sei die Unbestimmtheit der formulierten Pflichten unzumutbar, da bei einem Pflichtenverstoß u.U. strafrechtliche und verwaltungsrechtliche Folgen drohten. Schließlich könne die nach § 13 Abs. 2 ArbSchG erforderliche Fachkunde bei Hochschullehrer nicht einfach „kraft Amtes“ unterstellt werden. In den ersten beiden Instanzen war die Klage als unbegründet abgewiesen worden, wegen der allgemeinen Bedeutung der Rechtsfrage wurde aber jeweils die Berufung und die Revision zugelassen. Dies führte u.a. zu komplizierten verwaltungsprozessualen Fragen, etwa der Zulässigkeit eines vierfachen Klägerwechsels infolge der turnusgemäßen Amtswechsel im Dekanat sowie der Zulässigkeit einer vorbeugenden Feststellungsklage gegen die drohende Pflichtenübertragung nach Amtsantritt. Das Berufungsurteil enthielt sogar das Paradox, zugleich das Rechtsschutzbedürfnis zu verneinen und gleichzeitig die Revision wegen allgemeiner Bedeutung zuzulassen. Das jetzt vorliegende stattgebende Revisionsurteil hat in einer klugen, aber komplizierten Tenorierung den prozessualen Knoten gelöst und die Übertragung nach § 13 Abs. 2 ArbSchG für rechtswidrig erklärt.

Prof. Dr. Max-Emanuel Geis

Leitsätze:

1. Ein Klägerwechsel im Revisionsverfahren ist möglich, um einem zwischenzeitlich eingetretenen Funktionswechsel Rechnung zu tragen (hier: Wahl eines Nachfolgers im Amt des Dekans einer Fakultät).
2. Die vorbeugende Feststellungsklage über streitige Fragen des öffentlichen Rechts ist zulässig, wenn eine behördliche Maßnahme angekündigt ist, die für den Adressaten straf oder ordnungswidrigkeitenrechtliche Folgen haben kann.
3. Revisibel nach § 127 Nr. 2 BRRG sind nur solche Normen des Landesrechts, die materiell einen beamtenrechtlichen Inhalt haben. Dies gilt insbesondere, wenn die Regelung Auswirkungen auf das Statusverhältnis des Beamten entfalten kann.
4. Die Übertragung arbeitsschutzrechtlicher Pflichten nach § 13 Abs. 2 ArbSchG.

I.

Das Revisionsverfahren betrifft die Wahrnehmung der arbeitsschutzrechtlichen Pflichten an einer Universität. Im Streit steht die Frage, ob einem Lehrstuhlinhaber oder dem Dekan einer Fakultät diese Aufgabe für seinen Bereich übertragen werden kann.

Der Kläger zu 2. ist Inhaber des Lehrstuhls für ... an der Universität A.; im Jahr 2009 hatte er überdies das Amt des Dekans der Juristischen Fakultät inne.

Der Kläger zu 1. war während des Berufungsverfahrens, der im Revisionsverfahren in das Verfahren eingetretene Kläger zu 3. ist seit dem 4. November 2015 Dekan der Juristischen Fakultät der Universität A.

Mit Schreiben vom 8. April 2009 übertrug der Präsident der Universität A. dem Kläger zu 2. in seiner Eigenschaft als amtierender Dekan der Juristischen Fakultät „die dem Dienstherrn hinsichtlich des Arbeitsschutzes und der Verhütung von Arbeitsunfällen, Berufskrankheiten und arbeitsbedingten Gesundheitsgefahren obliegenden Pflichten“.

Angesichts schwerwiegender Arbeitsunfälle an deutschen Universitäten sei es erforderlich, die Zuständigkeiten, die sich aus der Funktion des Leiters eines Bereichs ergäben, dezidiert zu definieren. Eine klare Zuständigkeitsverteilung aller Universitätsbereiche sei angezeigt. Zur Erleichterung der Aufgabe sei eine Aufstellung der wichtigsten möglichen Gefährdungen im Bereich des Klägers zu 2. beigefügt. Diese könne jedoch keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben. Sie sei entsprechend der im Bereich tatsächlich auftretenden zusätzlichen Gefährdungen zu ergänzen und auf dem Laufenden zu halten. Für die Beratung in Fragen der Arbeitssicherheit stehe der Sicherheitsingenieur der Universität gerne zur Verfügung.

In einem beigefügten Bestätigungsschreiben sollte der Kläger zu 2. erklären, dass ihm für die Juristische Fakultät eine ganze Reihe im Einzelnen aufgelisteter Pflichten zur Wahrnehmung in eigener Verantwortung übertragen worden sind. Bei manchen Aufgaben, etwa der „Prüfung, ob arbeitsmedizinische Vorsorgeaufwendungen erforderlich sind“, war dabei der Zusatz angebracht: „soweit dies lehrstuhl- und institutsübergreifende Maßnahmen erfordert“.

Ein gleichlautendes Schreiben mit Datum vom 9. April 2009 erhielt der Kläger zu 2. in seiner Funktion als Lehrstuhlinhaber. In dem dortigen Bestätigungsformular sollte er „für den Lehrstuhl ...“ die eigenverantwortliche Übernahme einer Reihe im Einzelnen aufgelisteter Pflichten bestätigen.

Hiergegen wandte sich der Kläger zu 2. mit Schreiben vom 18. Februar 2010. Die Wahrnehmung der Dienstherrnpflichten im Bereich der Arbeitssicherheit gehöre nicht zu den mit dem Amt eines Universitätsprofessors verbundenen Aufgaben. Eine solche Aufgabe könne ohne zugehörige Personal- und Sachausstattung auch nicht versehen werden. Schließlich sei es zweckwidrig und begründe ein Organisationsverschulden der Universitätsleitung, im Interesse der klaren Verantwortungszuweisung eine Vielzahl nicht klar abgegrenzter „Verantwortlichkeitsinseln“ zu schaffen. Den Antrag auf Aufhebung der Übertragung lehnte der Präsident der Universität A. durch Widerspruchsbescheid vom 10. Mai 2010 ab.

Die vom Kläger zu 2. in seiner Funktion als Lehrstuhlinhaber sowie von seinem damaligen Nachfolger im Amt des Dekans vorbeugend gegen eine ihm angekündigte Verfügung erhobenen Klagen hat das Verwaltungsgericht abgewiesen; die hiergegen erhobenen Berufungen hat der Verwaltungsgerichtshof zurückgewiesen. Die vorbeugende Feststellungsklage des amtierenden Dekans sei bereits unzulässig, weil das hierzu erforderliche qualifizierte Rechtsschutzinteresse nicht gegeben

und ihm ein Zuwarten zumutbar sei. Die Klage des Klägers zu 2. sei unbegründet. Die Übertragung der Dienstherrnpflichten im Bereich des Arbeitsschutzes auf einen Lehrstuhlinhaber stelle eine zulässige Ausübung der Organisationsgewalt des Dienstherrn dar. Sie verstoße weder gegen allgemeine beamtenrechtliche Vorschriften noch gegen sonstige Spezialregelungen. Nach dem Bayerischen Hochschulrecht gehöre zu den hauptberuflichen Pflichten eines Professors auch die Mitwirkung an der Verwaltung der Hochschule; dies umfasse auch den Bereich des Arbeitsschutzes. Die Aufgabenübertragung bewirke angesichts des mit ihr verbundenen minimalen Aufwands auch keinen Verstoß gegen die grundgesetzlich gewährleistete Wissenschaftsfreiheit. Bedenken an der erforderlichen Fachkunde des Klägers bestünden nicht. Schließlich sei die angefochtene Verfügung auch hinreichend bestimmt. Soweit der Kläger konkretere Umschreibungen vermisse, ergäben sich diese aus dem hohen Abstraktionsgrad der arbeitsschutzrechtlichen Pflichten und dem Erfordernis einer Anpassung an konkrete Gefährdungslagen. Jedenfalls durch die klarstellenden Äußerungen des Beklagten in der mündlichen Verhandlung habe der Kläger zu 2. ausreichende Gewissheit über den ihm übertragenen Aufgabenbereich gewinnen können.

Mit der bereits vom Verwaltungsgerichtshof wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihr Anliegen weiter. Im Termin zur mündlichen Verhandlung haben die Beteiligten den Rechtsstreit hinsichtlich des aus der Funktion des Dekans ausgeschiedenen Klägers zu 1. in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt. Der Beklagte hat sich mit dem Eintritt des Klägers zu 3. als nunmehr amtierenden Dekan der Juristischen Fakultät der Universität A. in das Verfahren einverstanden erklärt.

Die Kläger beantragen,

1. die Urteile des Bayerischen Verwaltungsgerichts A. vom 20. Dezember 2012 und des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 24. April 2015 aufzuheben, soweit sie den Kläger zu 2. betreffen, und die an den Kläger zu 2. gerichtete Verfügung des Präsidenten der Universität A. vom 9. April 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 10. Mai 2010 aufzuheben,

2. festzustellen, dass eine Übertragung von Arbeitgeberpflichten gemäß § 13 Abs. 2 ArbSchG auf den Kläger zu 3. als derzeit amtierender Dekan der Juristischen Fakultät der Universität A. in der Fassung der an seinen Funktionsvorgänger (den Kläger zu 2.) ergangenen Verfügung des Präsidenten der Universität A. vom 8. April 2009 rechtswidrig wäre.

Der Beklagte hält die Feststellungsklage des Klägers zu 3. zwar für zulässig, die Klagen in der Sache aber aus den im Berufungsurteil ausgeführten Gründen für unbegründet. Er beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

II.

Durch die in der mündlichen Verhandlung abgegebenen Prozessklärungen der Beteiligten ist das in Bezug auf die Rechtsstellung des Dekans der Juristischen Fakultät geführte Verfahren hinsichtlich des Klägers zu 1. beendet und wird durch den Kläger zu 3. fortgeführt (1.). Die zulässige Revision der Kläger zu 2. und 3. ist begründet. Zwar sind die Vorschriften des Bayerischen Hochschulpersonalgesetzes über die Pflichtenstellung von Professoren nicht revisibel und damit auch nicht Maßstab für die revisionsgerichtliche Prüfung der streitgegenständlichen Verfügungen (2.). Die Übertragung von Aufgaben des Arbeitsschutzes auf Professoren ist auch dienstrechtlich nicht grundsätzlich zu beanstanden (3.). Das angefochtene Berufungsurteil verstößt aber gegen § 13 Abs. 2 des Gesetzes über die Durchführung von Maßnahmen des Arbeitsschutzes zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten bei der Arbeit – ArbSchG – vom 7. August 1996 (BGBl. I S. 1246, zuletzt geändert durch Gesetz vom 31. August 2015, BGBl. I S. 1474, 1537) und damit gegen revisibles Bundesrecht (4.).

1. Der Klägerwechsel ist zulässig.

a) Nachdem die Beteiligten den Rechtsstreit hinsichtlich des Klägers zu 1. in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt haben, ist das Verfahren entsprechend § 141 Satz 1, § 125 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 92 Abs. 3 Satz 1 VwGO einzustellen. Die Vorentscheidungen sind insoweit wirkungslos (§ 173 Satz 1 VwGO i. V. m. § 269 Abs. 3 Satz 1 ZPO).

b) Der – einvernehmliche und sachdienliche – Eintritt des Klägers zu 3. in das Verfahren ist zulässig. Zwar sind Klageänderungen im Revisionsverfahren grundsätzlich nicht mehr möglich (§ 142 Abs. 1 Satz 1 VwGO); das gilt auch für die Einbeziehung eines weiteren Klägers in den Prozess (BVerwG, Urteil vom 29. November 1982 – 7 C 34.80 – BVerwGE 66, 266 <267>). Ebenso wie der gesetzliche Parteiwechsel auch im Revisionsverfahren noch berücksichtigt werden kann (vgl. BVerwG, Urteil vom 14. Juni 2001 – 5 C 21.00 – NVwZ 2002, 483 <484> = juris Rn. 12 m.w.N.; zum Zuständigkeitswechsel auch BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 1979 – 7 C 46.78 – BVerwGE 59, 221 <224>), besteht indes auch die Möglichkeit, einer zwischenzeitlich eingetretenen Funktionsnachfolge Rechnung zu

tragen (vgl. BSG, Urteil vom 9. Dezember 1987 10 RKg 5/85 BSGE 62, 269 <270> m.w.N.). Angesichts des jährlichen Personenwechsels im Amt des Dekans der Juristischen Fakultät der hier betroffenen Universität ist eine höchstrichterliche Klärung der streitigen Rechtsfragen über die Pflichtenstellung eines Dekans nur möglich, wenn das eingeleitete Gerichtsverfahren vom jeweiligen Amtsinhaber fortgeführt werden kann. Die Konstellation des Funktionswechsels ist hinsichtlich der mit dem Amt verbundenen Pflichtenstellung daher mit derjenigen des gesetzlichen Parteiwechsels vergleichbar und rechtfertigt eine Berücksichtigung auch im Revisionsverfahren.

c) Das Begehren des neu eingetretenen Klägers zu 3. ist als Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO zulässig.

Die Beteiligten streiten aus konkretem Anlass über Umfang und Inhalt des Rechtsverhältnisses zwischen dem Beklagten und dem Kläger zu 3. in seiner Funktion als Dekan der Juristischen Fakultät. Der Beklagte hat auch im Revisionsverfahren bekräftigt, dass eine Übertragung der arbeitsschutzrechtlichen Dienstherrenpflichten auf den Kläger zu 3., wie in der Verfügung vom 8. April 2009 an seinen Amtsvorgänger geschehen, beabsichtigt ist und im Falle eines Obsiegens im anhängigen Rechtsstreit unmittelbar bevorsteht. Der Kläger zu 3. hat damit ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Klärung der streitigen Fragen.

Allerdings ist der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz grundsätzlich nicht vorbeugend konzipiert. Um den Grundsatz der Gewaltenteilung und das der Verwaltung zugewiesene Handlungsfeld nicht übermäßig und „anlasslos“ zu beeinträchtigen, setzt die den Gerichten übertragene Kontrollfunktion gegen Maßnahmen der Behörden grundsätzlich erst nachgelagert ein. Die Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes erfordert daher regelmäßig den Erlass einer Maßnahme, der nachfolgend Gegenstand gerichtlicher Überprüfung ist. Vorbeugender Rechtsschutz gegen erwartete oder befürchtete Anordnungen der Verwaltung ist daher grundsätzlich unzulässig.

Etwas anderes gilt indes dann, wenn dem Betroffenen ein weiteres Zuwarten, ob und wie die Behörde tätig wird, nicht zugemutet werden kann und daher ein schutzwürdiges Interesse an einer alsbaldigen gerichtlichen Klärung besteht. Eine derartige Ausnahmekonstellation liegt insbesondere bei drohenden Sanktionen vor, die – wie hier in § 25 Abs. 1 Nr. 2a und § 26 Nr. 2 ArbSchG – an verwaltungsrechtliche Vorfragen anknüpfen. Denn es ist nicht zumutbar, die Klärung verwaltungsrechtlicher Zweifelsfragen „von der Anklagebank herab“ führen zu müssen. Der Kläger hat ein schutzwürdiges Interesse daran, den Verwaltungsrechtsweg als sachnä-

here und „fachspezifischere“ Rechtsschutzform einzuschlagen, wenn ihm wegen verwaltungsrechtlicher Fragen ein Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren droht (vgl. BVerfG, Beschluss vom 7. April 2003 1 BvR 2129/02 – NVwZ 2003, 856 <857>). Es ist weder sinnvoll noch zumutbar, dem Bürger in einem derartigen Schwebezustand die Möglichkeit der verbindlichen Klärung streitiger Fragen des öffentlichen Rechts zu verwehren.

Im Übrigen ist angesichts der hier durch den kurzen Rhythmus der Amtszeiten regelmäßig drohenden Erledigung andernfalls Hauptsacherechtsschutz faktisch nicht zu erreichen. Der Verweis auf den vorläufigen Rechtsschutz gewährleistet nicht die von allen Beteiligten angestrebte Klärung der streitigen Rechtsfragen und stellt damit keinen hinreichend effektiven Rechtsschutz dar.

2. Die Vorschriften des Landeshochschulrechts, nach denen zur hauptberuflichen Aufgabe eines Professors an bayerischen Universitäten auch die Mitwirkung an der Verwaltung der Hochschule gehört, sind nicht revisibel; dem Revisionsverfahren ist daher die vom Berufungsgericht insoweit für zutreffend erachtete Auslegung zugrunde zu legen.

a) Nach § 191 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 127 Nr. 2 BRRG kann die Revision gegen das Urteil eines Oberverwaltungsgerichts über eine Klage aus dem Beamtenverhältnis außer auf die Verletzung von Bundesrecht darauf gestützt werden, dass das angefochtene Urteil auf der Verletzung von Landesrecht beruht.

Die in § 127 Nr. 2 BRRG angeordnete Ausdehnung des Prüfungsumfangs im Revisionsverfahren ist vom Wortlaut her weit gefasst und enthält keine ausdrückliche Beschränkung auf spezifisch beamtenrechtliche Vorschriften. Das einengende Verständnis, wonach „unter Landesrecht im Sinne des § 127 Nr. 2 BRRG nur Landesbeamtenrecht zu verstehen ist“, entspricht aber ständiger Rechtsprechung (BVerwG, Urteil vom 23. April 1970 – 2 C 43.68 – BVerwGE 35, 182 <185>). Das Bundesverwaltungsgericht hat die Erweiterung des Prüfungsumfangs in Revisionsverfahren aus dem Beamtenverhältnis stets in Zusammenhang mit der BeamtenrechtsRahmengesetzgebungsbefugnis des Bundes (Art. 75 Abs. 1 Nr. 1 GGa.F.) gesehen. Durch § 127 Nr. 2 BRRG soll danach „die Einheitlichkeit der Anwendung und der Fortentwicklung des gesamten im Bundesgebiet geltenden Beamtenrechts gewährleistet werden, wie sie auf dem Gebiete der Gesetzgebung durch die Beamtenrechts-Rahmengesetzgebung des Bundes angestrebt wird“ (BVerwG, Urteil vom 23. April 1970 – 2 C 43.68 BVerwGE 35, 182 <186>). Die Revisibilität ist demnach nur auf solche Gegenstände erweitert, „die entweder einen unmittelbaren Zusammenhang mit dem allgemeinen Beamtenrahmenrecht des Bundes (Art. 75 Nr. 1 GG) haben

oder doch zu dem System dieses Rahmenrechts, also zum eigentlichen Beamtenrecht gehören“ (BVerwG, Urteil vom 17. Januar 1962 – 6 C 60.60 – BVerwGE 13, 303 <304 f.>; zusammenfassend Beschluss vom 7. Juli 2005 – 2 B 96.04 Buchholz 230 § 127 BRRG Nr. 61 S. 1 f. = juris Rn. 6 m.w.N.). Hintergrund für die Erweiterung des Prüfungsumfangs der Revision in Klagen aus dem Beamtenverhältnis war demnach das „Bundesinteresse an Rechtseinheit“ für die Sachgebiete des Art. 75 GG (vgl. BVerfG, Beschluss vom 2. Februar 1960 2 BvF 5/58 – BVerfGE 10, 285 <296>). Dieses haben die Länder auch bei der Gestaltung ihres eigenen Landesbeamtenrechts zu beachten (BVerwG, Urteil vom 27. Februar 2003 – 2 C 10.02 – BVerwGE 118, 10 <12>).

Der Grund für die – auf dem Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG beruhende – bundesgesetzliche Anordnung der Revisibilität des Landesbeamtenrechts ist durch die Aufhebung der Rahmen-Gesetzgebungsbefugnis des Bundes für das Beamtenrecht und die damit einhergehende Reföderalisierung der Gesetzgebungsbefugnisse im Bereich des Beamtenrechts nicht entfallen. Durch die in Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG für das Beamtenstatusrecht nunmehr unmittelbar angeordnete Gesetzgebungsbefugnis des Bundes besteht auch weiterhin ein Bedürfnis nach einheitlicher Anwendung bundesgesetzlicher Vorgaben im Bereich des Beamtenrechts. Dementsprechend ist § 127 Nr. 2 BRRG im Rahmen der Dienstrechtsneuordnung auch nicht aufgehoben worden (vgl. § 63 Abs. 3 Satz 2 BeamStG). Das Landesbeamtenrecht ist damit „unverändert“ revisibel (BVerwG, Urteil vom 29. April 2010 – 2 C 77.08 – BVerwGE 137, 30 <31>).

Die Landesnorm im Sinne des § 127 Nr. 2 BRRG muss damit einen beamtenrechtlichen Inhalt haben. Nicht entscheidend ist dagegen, ob es sich ausdrücklich um eine Norm des Landesbeamtengesetzes handelt oder die Regelung in anderen Gesetzen enthalten ist. Es kommt vielmehr allein darauf an, ob die Norm einen beamtenrechtlichen Inhalt hat und deshalb materiell dem Beamtenrecht zuzuordnen ist (BVerwG, Urteil vom 23. April 1998 – 2 C 19.97 – BVerwGE 106, 324 <327> für kommunalrechtliche Regelungen; Beschluss vom 20. Dezember 2010 – 2 B 39.10 – ZTR 2011, 196 = juris Rn. 5 für Vorschriften der Landesgleichstellungsgesetze; Urteil vom 26. Januar 2012 – 2 C 7.11 – Buchholz 237.95 § 208 SHLBG Nr. 1 Rn. 19 für personalvertretungsrechtliche Bestimmungen sowie Beschluss vom 10. Oktober 2013 – 2 B 61.13 juris Rn. 1 für eine Norm des Schulgesetzes).

Materiell beamtenrechtlicher Natur ist eine Regelung nicht bereits dann, wenn sie Auswirkungen auf Beamte entfaltet – selbst wenn diese zwangsläufig eintreten und die Norm regelmäßig oder sogar zwingend Beamte be-

trifft (BVerwG, Beschluss vom 7. Juli 2005 – 2 B 96.04 – Buchholz 230 § 127 BRRG Nr. 61 S. 1 = juris Rn. 6 zur Dienstaufsicht über den Datenschutzbeauftragten, der nach dem maßgeblichen Landesrecht immer im Beamtenverhältnis zu beschäftigen war). Beamtenrechtlich ist eine Regelung vielmehr erst, wenn ihr Regelungsgegenstand in einem sachlichen Zusammenhang mit den Besonderheiten des Beamtenverhältnisses steht und sich auf einen beamtenrechtlichen Kontext bezieht (BVerwG, Urteil vom 1. Dezember 1982 – 2 C 59.81 – BVerwGE 66, 291 <292>; Beschluss vom 7. Juli 2005 – 2 B 96.04 – Buchholz 230 § 127 BRRG Nr. 61 S. 3 = juris Rn. 10). Dies gilt insbesondere, wenn die Regelung Auswirkungen auf das Statusverhältnis des Beamten hat.

Die Annahme scheidet daher aus, wenn die getroffene Anordnung organisatorischen Charakter hat und den spezifischen Erfordernissen eines anderen Rechtsgebiets geschuldet ist. Nicht zum revisiblen Beamtenrecht gehören deshalb Vorschriften zur Dienstaufsicht über den Datenschutzbeauftragten (BVerwG, Beschluss vom 7. Juli 2005 – 2 B 96.04 – Buchholz 230 § 127 BRRG Nr. 61 S. 3 = juris Rn. 10), über die Schulferienregelung (BVerwG, Beschluss vom 27. Mai 1992 NB 2.92 – Buchholz 232 § 72 BBG Nr. 36 S. 10 = juris Rn. 5) oder die Verpflichtung zur Gewährung eines Parkplatzes auf dem Schulgelände für Lehrer (BVerwG, Urteil vom 30. September 1986 – 2 C 30.83 Buchholz 237.0 § 98 LBG BadenWürttemberg Nr. 1 S. 2 = juris Rn. 10), Bestimmungen zur Passivlegitimation bestimmter Behörden (BVerwG, Beschluss vom 13. Februar 1985 – 2 C 20.83 – Buchholz 310 § 134 VwGO Nr. 28 S. 13 = juris Rn. 2) oder allgemeine personalvertretungsrechtliche Regelungen, die sich nicht „spezifisch“ auf beamtenrechtliche Maßnahmen beziehen und die Frage regeln, ob und in welcher Weise die Personalvertretung an beamtenrechtlichen Maßnahmen zu beteiligen ist (vgl. BVerwG, Beschluss vom 23. Mai 1986 2 B 131.85 – Buchholz 238.31 § 36 BaWüPersVG Nr. 2 S. 1 f., = juris Rn. 2 für das Nachrücken von Ersatzmitgliedern; Urteil vom 28. August 1986 2 C 67.85 – Buchholz 237.5 § 42 LBG Hessen Nr. 5 S. 8 f. = juris Rn. 16 für die Frage, durch wen sich der Dienststellenleiter bei der Einleitung des Mitbestimmungsverfahrens vertreten lassen kann; Urteil vom 12. März 1987 2 C 39.85 – Buchholz 237.6 § 39 NdsLBG Nr. 4 S. 2 f. = juris Rn. 18 für die Form der Begründung eines entsprechenden Antrags; Urteile vom 24. November 1983 – 2 C 9.82 – BVerwGE 68, 189 <194> und vom 9. Mai 1985 2 C 23.83 – Buchholz 238.31 § 77 PersVG BW Nr. 1 S. 3 = juris Rn. 10 für den Zeitpunkt der Anhörung der Personalvertretung; Urteil vom 24. November 1983 2 C 28.82 – Buchholz 237.6 § 39 LBG Nieder-

sachsen Nr. 2 S. 7 f. = juris Rn. 16 für die Frage, durch wen die Erklärungen der Personalvertretung gegenüber der Dienststelle abzugeben sind).

b) Eine derartig beamtenrechtliche Norm im materiellen Sinne stellt Art. 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 des Gesetzes über die Rechtsverhältnisse der Hochschullehrer und Hochschullehrerinnen sowie des weiteren wissenschaftlichen und künstlerischen Personals an den Hochschulen – BayHSchPG – vom 23. Mai 2006 (GVBl. S. 230, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. Juli 2014, GVBl. S. 286), wonach zu den hauptberuflichen Aufgaben eines Professors auch die Mitwirkung an der Verwaltung der Hochschule gehört, nicht dar.

Zwar betrifft die Vorschrift überwiegend Beamte, weil Professoren in der Regel verbeamtet werden (vgl. Art. 8 Abs. 1 Satz 1 BayHSchPG). Die Anordnung hat auch einen beamtenrechtlichen Aussagegehalt, weil sie den Aufgabenbereich beamteter Professoren ausgestaltet und präzisiert.

Die Regelung steht aber maßgeblich in einem sachlichen Zusammenhang mit den Besonderheiten des Hochschulrechts und ist den dort vorzufindenden spezifischen Erfordernissen von Wissenschaft und Lehre geschuldet. Sie stellt hierfür klar, in welchem Umfang Professoren über den in Art. 5 Abs. 3 GG geregelten Bereich hinaus zur Aufgabenwahrnehmung verpflichtet sind und herangezogen werden können. In ihrem Schwerpunkt steht die Anordnung in Art. 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 BayHSchPG damit in einem hochschulrechtlichen Kontext. Auslegung und Anwendung richten sich nicht nach spezifisch beamtenrechtlichen Fragestellungen oder Erwägungen, sondern in Ansehung ihres hochschulrechtlichen Regelungszusammenhangs.

c) Entgegen dem Vorbringen der Revision folgt anderes auch nicht daraus, dass Art. 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 BayHSchPG eine unveränderte Übernahme der rahmenrechtlichen Vorschrift aus § 43 Abs. 1 Satz 2 HRG a.F. in das Landesrecht darstelle.

Ungeachtet der Frage, ob hieraus auch in Ansehung der zwischenzeitlichen Regelungskompetenz des Landes eine Revisibilität folgen könnte (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 13. Mai 1987 – 7 B 72.87 – Buchholz 402.43 § 12 MRRG Nr. 1 S. 1 und vom 10. September 1996 BN 1.99 – Buchholz 406.401 § 14 BNatSchG Nr. 1 S. 1 = juris Rn. 3), liegen die behaupteten Voraussetzungen nicht vor. Denn die in Bezug genommene Vorschrift des Hochschulrahmengesetzes ist durch das Gesetz zur Änderung dienst- und arbeitsrechtlicher Vorschriften im Hochschulbereich vom 27. Dezember 2004 (BGBl. I S. 3835) mit Wirkung vom 31. Dezember 2004 geändert worden. Einen Satz

2 – in dem die Bezugnahme zur „Verwaltung“ der Hochschule enthalten war – gab es im Zeitpunkt des Erlasses von Art. 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 BayHSchPG danach nicht mehr.

Mit der Novellierung von § 43 HRG hat der Bundesgesetzgeber ausdrücklich eine Regelung der Landesgesetzgeber in eigener Zuständigkeit beabsichtigt. In der Entwurfsbegründung ist hierzu ausgeführt (BTDrs. 15/4132 S. 14): „§ 43 enthält keine abschließende Regelung der dienstlichen Aufgaben der Hochschullehrer. Die insoweit bislang in § 43 enthaltenen näheren Bestimmungen, die zur Verdeutlichung des Rahmencharakters des HRG entfallen, bleiben in Zukunft dem Landesgesetzgeber überlassen.“

Der bayerische Landesgesetzgeber hat mit Art. 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 BayHSchPG also nicht eine rahmenrechtliche Vorschrift des Bundes inhaltsgleich übernommen, sondern von der bereits damals bestehenden Befugnis zur landesrechtlichen Ausgestaltung des vom Bundesgesetzgeber vorgegebenen Rahmens Gebrauch gemacht. Art. 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 BayHSchPG war damit bereits im Erlasszeitpunkt nichtrevisibles Landesrecht und ist dies auch geblieben.

d) Der erkennende Senat hat Art. 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 BayHSchPG daher in der vom Verwaltungsgerichtshof für zutreffend erachteten Auslegung zugrunde zu legen.

Danach umfasst die Mitwirkung an der Verwaltung der Hochschule nicht nur die akademische Selbstverwaltung, sondern auch die allgemeine Universitätsverwaltung. Zu den hauptberuflichen Aufgaben von Professoren an bayerischen Hochschulen gehört somit auch die Mitwirkung im Bereich des Arbeitsschutzes (VGH München, Urteil vom 24. April 20153 BV 13.834, juris Rn. 73). Das spezifische Dienstrecht der bayerischen Professoren steht der Aufgabenübertragung danach nicht entgegen.

3. Die vom Berufungsgericht für möglich gehaltene Inpflichtnahme von Professoren auf dienstrechtlichem Wege ist nicht zu beanstanden. Über die Einrichtung und Ausgestaltung von Dienstposten entscheidet der Dienstherr innerhalb des von Verfassung und Parlament vorgegebenen Rahmens aufgrund der ihm zukommenden Organisationsgewalt nach seinen Bedürfnissen. Wie er seine Stellen zuschneidet und welche Zuständigkeiten er ihnen im Einzelnen zuweist, fällt in sein Organisationsmessen (BVerwG, Beschluss vom 20. Juni 2013 – 2 VR 1.13 – BVerwGE 147, 20 Rn. 25). Ebenso wie die Umsetzung eines Beamten auf einen anderen Dienstposten grundsätzlich auf jeden sachlichen organisations- oder personalwirtschaftlichen Grund gestützt werden kann (BVerwG, Urteil vom 19. November 2015 – 2 A 6.13 – ZBR 2016, 162 Rn. 18), steht dem Dienstherrn auch die Veränderung des Aufgabenbereichs eines Beamten zu, solange die verbleibende Beschäftigung amtsangemes-

sen ist (BVerwG, Beschluss vom 26. November 2004 – 2 B 72.04 – Buchholz 235 § 9 BDO Nr. 41 Rn. 5). Der Dienstherr kann einem Beamten daher auch weitere Aufgaben aus dem Bereich des Arbeitsschutzes übertragen, soweit hiergegen nicht im Einzelfall besondere sachliche oder persönliche Gründe sprechen.

Derartige Hinderungsgründe aus der Amtsstellung eines Professors bestehen nach der für das Revisionsgericht bindenden Auslegung des bayerischen Hochschulrechts gerade nicht. Konkrete Einschränkungen aus den Erfordernissen der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG) sind angesichts des geringen Umfangs der Verpflichtungen ebenfalls nicht zu entnehmen. Generell ist eine Einschränkung auf gesetzlicher Grundlage zum Schutz anderer verfassungsrechtlich geschützter Rechtspositionen, wie etwa der Funktionsfähigkeit der Hochschule oder dem Schutz anderer Grundrechtsträger zwar möglich (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 3. September 20141 BvR 3048/13 u.a. NVwZ 2015, 432 Rn. 10 m.w.N.). Hierzu wird das Amt des Hochschullehrers gesetzlich durch § 43 HRG und die entsprechenden Vorschriften des Landesrechts ausgestaltet und sein konkretes Dienstverhältnis präzisiert (vgl. BVerfG, Beschluss vom 13. April 2010 1 BvR 216/07 – BVerfGE 126, 1 <25 f.>).

Diesen Weg hat der Beklagte vorliegend indes nicht beschritten, sondern eine Aufgabenübertragung nach § 13 Abs. 2 ArbSchG erlassen.

4. Die für eine derartige Beauftragung erforderlichen Voraussetzungen aus § 13 Abs. 2 ArbSchG liegen nicht vor. Durch das gewählte Übertragungssystem ist weder die hinreichende Fachkunde der Inpflichtgenommenen sichergestellt noch weist der Übertragungsakt die erforderliche Bestimmtheit auf.

a) Die von der Revision erhobenen Bedenken gegen eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für den Arbeitsschutz der Landesbeamten teilt der Senat indes nicht.

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes folgt aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG, der den Arbeitsschutz ausdrücklich benennt. Mit dem Arbeitsschutz ist eine Querschnittsmaterie in Bezug genommen, deren Regelung notwendigerweise auch andere Kompetenztitel berührt. Regelungen zum Schutz gegen Gefahren am Arbeitsplatz finden auch dann eine Grundlage in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG, wenn sie in andere Bereiche ausgreifen. Vorschriften zum Schutz der nicht rauchenden Beschäftigten etwa können auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG gestützt werden, auch wenn dies für den Regelungsbereich an sich – den Nichtraucherschutz der Bevölkerung insgesamt (und damit etwa auch der Gaststättenbesucher) – nicht möglich ist (vgl. BVerfG, Urteil vom 30. Juli 2008 1 BvR 3262/07 u.a. – BVerfGE 121, 317 <347>; hierzu auch *Degenhart*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 74 Rn. 54).

Auch der allgemeine Arbeitsschutz von Beamten kann damit auf der Grundlage von Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG geregelt werden. Anderes gilt nur dort, wo die öffentlichrechtlichen Bindungen eine gesonderte Behandlung erfordern und damit die generellen Vorgaben des Arbeitsschutzes im Sinne einer Spezialregelung überlagern (vgl. BVerwG, Urteil vom 13. März 1964 – 7 C 87.60 – BVerwGE 18, 135 <137 f>; ähnlich auch BVerfG, Beschluss vom 27. März 1979 2/BvL 2/77 – BVerfGE 51, 43 <56>). Im Bereich des hier relevanten allgemeinen Arbeitsschutzes ist dies nicht der Fall.

b) Das vom Beklagten an der Universität A. gewählte Übertragungsmodell stellt aber eine hinreichende Fachkunde der beauftragten Personen nicht sicher.

aa) Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG ist der Arbeitgeber zu bestimmten Arbeitsschutzmaßnahmen verpflichtet. Arbeitgeber in diesem Sinne sind auch juristische Personen, die Beamte beschäftigen (§ 2 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 Nr. 4 ArbSchG). Arbeitsschutzrechtlicher Arbeitgeber der Universität A. ist damit unmittelbar der Freistaat Bayern als Dienstherr der dort beschäftigten Beamten (vgl. Art. 2 Abs. 4 BayHSchPG). Nach § 13 Abs. 1 Nr. 2 ArbSchG ist neben dem Arbeitgeber auch das vertretungsberechtigte Organ einer juristischen Person für die Pflichtenerfüllung verantwortlich. Adressat der Pflichtenstellung aus dem Arbeitsschutzgesetz für eine Universität ist damit auch deren Präsident (Art. 11 Abs. 1 Satz 1 und Art. 21 Abs. 7 des Bayerischen Hochschulgesetzes – BayHSchG – vom 23. Mai 2006, GVBl. S. 245, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. Juli 2014, GVBl. S. 286).

Eine entsprechende Pflichtenbegründung gilt nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 ArbSchG auch für Personen, die mit der Leitung eines Unternehmens oder eines Betriebs beauftragt sind. Für den Bereich des öffentlichen Dienstes gelten dabei Dienststellen als Betriebe in diesem Sinn (§ 2 Abs. 5 Satz 1 ArbSchG). Dienststellen sind die einzelnen Behörden oder Verwaltungsstellen (§ 2 Abs. 5 Satz 2 ArbSchG). Im Bereich der Universität ergibt sich hieraus folglich keine weitere Verantwortlichkeit. Insbesondere können die Lehrstühle und Fakultäten nicht als eigener Betrieb betrachtet werden.

Die arbeitsschutzrechtliche Inpflichtnahme eines Hochschullehrers oder Dekans kann daher nur durch eine gewillkürte Übertragung begründet werden. Als Rechtsgrundlage hierfür kommt allein § 13 Abs. 2 ArbSchG in Betracht. Danach kann der Arbeitgeber zuverlässige und fachkundige Personen schriftlich damit beauftragen, ihm obliegende Aufgaben nach diesem Gesetz in eigener Verantwortung wahrzunehmen.

bb) Rechtsfolge und Zweck der arbeitsschutzrechtlichen Verantwortung nach § 13 ArbSchG ist allein die

Festlegung der Adressaten für aufsichtsbehördliche Maßnahmen und deren Absicherung durch Ordnungswidrigkeiten und Straftatbestände (vgl. *Steffek*, in: Kollmer/Klindt, Arbeitsschutzgesetz, 2. Aufl. 2011, § 13 Rn. 2 und 10; *Wilrich*, NZA 2015, 1433 <1436>).

Während vor Inkrafttreten des § 13 ArbSchG Anordnungen der Aufsichtsbehörden nur gegenüber dem Arbeitgeber erlassen werden konnten und hierfür im Einzelfall festgestellt werden musste, welcher Rechtsträger für den betroffenen Betrieb und die dort Beschäftigten verantwortlich ist, erlaubt die eigenständige Verantwortlichkeit nunmehr eine unmittelbare Inanspruchnahme der Personen, die den Arbeitsprozess bestimmen und die arbeitsschutzrechtlichen Vorgaben konkret wahrnehmen. Die Vorschrift dient damit „einem effektiven betrieblichen Arbeitsschutz, in dem sie es den Behörden ermöglicht, gegenüber diesen Personen Anordnungen zur Erfüllung der öffentlichrechtlichen Arbeitsschutzvorschriften vor Ort treffen zu können“ (BTDrs. 13/3540 S. 19).

Nach § 22 Abs. 3 Satz 1 ArbSchG kann die zuständige Behörde im Einzelfall anordnen, welche Maßnahmen der Arbeitgeber „und die verantwortlichen Personen“ zu treffen haben. Der Vollzug derartiger Anordnungen ist nach § 25 Abs. 1 Nr. 2a) ArbSchG bußgeldbewehrt und im Falle der beharrlichen Wiederholung mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bedroht (§ 26 Nr. 1 ArbSchG).

Bezugspunkt der Verantwortlichkeitsbestimmungen in § 13 ArbSchG ist die Frage, wer für die Aufsichtsbehörden „greifbar“ ist und als Adressat behördlicher Anordnungen in Betracht kommt. Die konstitutive Beauftragung nach § 13 Abs. 2 ArbSchG nimmt regelmäßig den betrieblichen Arbeitsschutzbeauftragten in Bezug (vgl. *Steffek*, in: Kollmer/Klindt, Arbeitsschutzgesetz, 2. Aufl. 2011, § 13 Rn. 49; zur Benennung eines Beauftragten auch Art. 7 Abs. 1 der „Rahmen“ Richtlinie 89/391/EWG). Werden mehrere Personen mit der Wahrnehmung arbeitsschutzrechtlicher Pflichten beauftragt, setzt die „geeignete Organisation“, für die der Arbeitgeber nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG zu sorgen hat, jedenfalls voraus, dass die jeweiligen Zuständigkeitsbereiche klar voneinander abgegrenzt sind (vgl. *Steffek*, in: Kollmer/Klindt, Arbeitsschutzgesetz, 2. Aufl. 2011, § 13 Rn. 75).

cc) Voraussetzung für eine Beauftragung nach § 13 Abs. 2 ArbSchG ist, dass es sich beim Übertragungsadressaten um eine zuverlässige und fachkundige Person handelt.

Die gewillkürte Pflichtenstellung nach § 13 Abs. 2 ArbSchG folgt daher einem anderen Modell als die gesetzliche Verpflichtung nach § 13 Abs. 1 ArbSchG. Während die gesetzliche Pflichtenbegründung aus § 13 Abs. 1 ArbSchG – unabhängig vom Vorliegen einer entsprechenden Fachkunde – eine Inpflichtnahme ausschließ-

lich aufgrund der innerbetrieblichen Leitungsfunktion begründet, knüpft § 13 Abs. 2 ArbSchG gerade nicht an eine ohnehin bestehende Leitungs- oder Führungsfunktion an. Die Verpflichtung folgt nicht aus dieser Stellung, sondern aus dem konstitutiven Übertragungsakt des Arbeitgebers.

Um den Zweck der arbeitsschutzrechtlichen Pflichten gewährleisten zu können, darf der Arbeitgeber aber nur solche Personen beauftragen, die in der Lage sind, Gefährdungen für die Sicherheit und die Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit (§ 1 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG) erkennen und verhüten zu können. Deshalb ist eine „Fachkunde“ in § 13 Abs. 2 ArbSchG ausdrücklich benannt und vorausgesetzt. Verfügt die beauftragte Person nicht über die erforderliche Kenntnis, um die aus den Arbeitsabläufen resultierenden Gefahren erkennen und bewältigen zu können, wird der gesetzliche Schutzzweck verfehlt und der jeweilige Aufgabenbereich faktisch von einer wirksamen Aufsicht ausgenommen. Aus Zweck und Wortlaut der Vorschrift folgt daher auch, dass die erforderliche Fachkunde bereits im Zeitpunkt der Beauftragung vorliegen muss.

Umgekehrt soll das Erfordernis einer entsprechenden Fachkunde auch den beauftragten Arbeitnehmer vor einer unsachlichen Pflichtenbegründung bewahren. Nur wenn die beauftragte Person über „die erforderlichen Fähigkeiten und Mittel“ verfügt, kann sie die Schutzmaßnahmen zur Gefahrverhütung tatsächlich übernehmen (vgl. Art. 7 Abs. 5 Spiegelstrich 1 der „Rahmen“-Richtlinie 89/391/EWG).

Welche Anforderungen an die erforderliche Fachkunde der beauftragten Person zu stellen sind, ist in § 13 Abs. 2 ArbSchG nicht normiert. Angesichts der unterschiedlichen Regelungsstruktur kann hierfür – entgegen dem Vorbringen des Beklagten – nicht auf die (fehlende) Fachkunde der nach § 13 Abs. 1 ArbSchG Verpflichteten zurückgegriffen werden. Bezugspunkt müssen vielmehr die dem Beauftragten übertragenen Aufgaben sein. Hierfür muss ausreichende Fachkunde vorhanden sein. Der Maßstab muss daher auf die Art der Tätigkeit bezogen werden (vgl. § 5 Abs. 2 Satz 1 ArbSchG), die den Aufgabenbereich des Beauftragten (vgl. § 13 Abs. 1 Nr. 5 ArbSchG) kennzeichnen.

Für den Inhaber eines juristischen Lehrstuhls und den Dekan der Juristischen Fakultät sind demnach vornehmlich die klassischen Gefährdungslagen eines Büro und Bildschirmarbeitsplatzes in den Blick zu nehmen. Die Anforderungen an die hierzu erforderliche Fachkunde dürfen nicht überspannt werden. Insoweit erscheint dem Senat nicht ausgeschlossen, dass mit den Ausführungen in der Anleitung zur Gefährdungsbeurteilung und einer auf den jeweiligen Bereich bezogenen

Unterweisung durch den betrieblichen Arbeitsschutzbeauftragten oder einen externen Sachverständigen ausreichend Fachkunde vermittelt werden kann.

Dergestalt ist vorliegend indes nicht verfahren worden. Die Bezugnahme auf eine von dem Inpflichtgenommenen selbst erstellte Gefährdungsbeurteilung genügt zur Vermittlung ausreichender Fachkunde nicht. Dies gilt hier überdies deshalb, weil die Übertragungsverfügung die dort in Bezug genommene Gefährdungsbeurteilung ausdrücklich als nicht abschließend bezeichnet. Entsprechendes gilt für den in der mündlichen Verhandlung vorgetragenen Verweis auf den typischen Werdegang eines Professors oder den pauschalen Vortrag des Beklagten, dass man die Fachkunde der eigenen Professoren geprüft habe und einschätzen könne.

Das flächendeckend für alle Lehrstuhlinhaber und Dekane praktizierte Übertragungsverfahren an der Universität A. wird der Voraussetzung hinreichender Fachkunde in § 13 Abs. 2 ArbSchG daher nicht gerecht.

c) Insbesondere aber sind die vom Kläger zu 2. angegriffene Beauftragung vom 9. April 2009 und die vom Kläger zu 3. in Bezug genommene Übertragung an seinen Amtsvorgänger vom 8. April 2009 nicht hinreichend bestimmt.

aa) Angesichts der mit ihr verbundenen Rechtsfolgen (vgl. zur strafbegründenden Wirkung der Pflichtenübertragung Schorn, BB 2010, 1345 <1346>) muss die Beauftragung nach § 13 Abs. 2 ArbSchG ausdrücklich „schriftlich“ erfolgen. Dieses Schriftformerfordernis „dient der rechtlichen Absicherung sowohl des Arbeitgebers als auch der beauftragten Person“ (BT Drs. 13/3540 S. 19). Damit kein Zweifel über die Beauftragung und ihren Inhalt bestehen kann, muss der Umfang der begründeten Pflichten hinreichend präzise niedergelegt werden. Die vom Berufungsgericht für möglich gehaltene Berücksichtigung der „klarstellenden Äußerungen des Beklagten in der mündlichen Verhandlung“ ist daher nicht möglich. Wie problematisch derartige wäre, hat der Streit über die Auslegung der vor dem Verwaltungsgerichtshof gemachten Angaben in den Schriftsätzen des Revisionsverfahrens exemplarisch deutlich gemacht.

bb) Der eigentliche Verfügungstext indes ist völlig offen, weil hier nicht einmal auf den jeweiligen Zuständigkeitsbereich Bezug genommen wird. Dementsprechend ist die Formulierung bei den Lehrstuhlinhabern und den Dekanen auch identisch.

Für die Auslegung des Inhalts der Verfügungen ist aber auf die beigelegten Bestätigungsformulare sowie die bereits erwähnten Gefährdungsbeurteilungen zurückzugreifen. Die angeforderte Erklärung steht erkennbar in unmittelbarem Zusammenhang mit der in Bezug genommenen Übertragung und präzisiert die dem Kläger übertragenen Aufgaben.

Auch die in den Bestätigungsformularen und in den Gefährdungsbeurteilungen enthaltenen Konkretisierungen erfüllen indes nicht die Anforderungen des Bestimmtheitsgebots. Dies gilt insbesondere für den in allen Verfügungen gleich abgefassten Anfangsteil, nach dem etwa eine Pflicht übertragen wurde, in eigener Verantwortung „Einrichtungen zu schaffen und zu erhalten“. Es bleibt für den Adressaten völlig unklar, welche konkrete Verpflichtung sich hieraus ergeben soll. Unklar erscheint beispielsweise auch, welche konkreten Anforderungen damit verbunden sein sollen, dass der Kläger zu 2. zu prüfen hat, ob arbeitsmedizinische Vorsorgeaufwendungen erforderlich sind.

Die derartig weitgefassten Formulierungen stehen nicht nur in Widerspruch zu dem gesetzlichen Aufgabenkreis und Schutzzweck des Arbeitsschutzgesetzes. Für eine derartige weitgehende Pflichtenstellung wäre vielmehr auch eine spezifische Fachkunde erforderlich, die nicht durch eine bloße Einweisung im Rahmen der Ermittlung von arbeitsplatzspezifischen Gefährdungslagen vermittelt werden könnte. Zutreffend hat die Revision darauf verwiesen, dass es widersprüchlich erschiene, bei der Prüfung der erforderlichen Fachkunde nur auf allgemeine Anforderungen abzustellen, den Pflichtenkatalog dann aber spezifisch und umfassend auszulegen.

Eine hinreichend bestimmte Konkretisierung der arbeitsschutzrechtlichen Verpflichtungen erfolgt auch nicht durch die sog. Gefährdungsbeurteilungen. Diese enthalten im Wesentlichen nur eine vom Verfügungsadressaten selbst vorgenommene Beschreibung des Status Quo. Allenfalls aus dem im Vordruck enthaltenen Kategorien lässt sich entnehmen, auf welche Gegenstände das Augenmerk zu richten ist. Im Hinblick auf darüber hinausgehende und künftig womöglich entstehende Gefahrenquellen enthält der Vordruck jedoch keine Hilfestellung. Nach dem Inhalt der angefochtenen Verfügung ist der Vordruck zur Gefährdungsbeurteilung aber gerade nicht abschließend (s.o.).

Keinerlei Abgrenzung erfolgt schließlich hinsichtlich der Frage, wie der Pflichtenumfang des Klägers zu 2. von demjenigen der anderen Beauftragten abzugrenzen ist. Einziger Bezugspunkt hierfür ist die einleitende Formulierung, in der auf den jeweiligen Lehrstuhl Bezug genommen wird. Inwieweit aber für diesen Lehrstuhl eigenständige Betriebsanweisungen, arbeitsmedizinische Untersuchungen oder Einrichtungen erforderlich sind oder dies etwa im Rahmen der Fakultät oder der gesamten Universität erfolgen kann oder soll, bleibt völlig offen.

Dies gilt namentlich im Verhältnis und in Abgrenzung zur angestrebten Verantwortlichkeit des Dekans. In der an den Kläger zu 1. gerichteten Verfügung vom 8. April 2009, die der Beklagte nach seiner Ankündigung inhaltsgleich gegen den Kläger zu 3. als nunmehrigen Funktionsnachfolger im Amt des Dekans der Juristischen Fakultät zu erlassen beabsichtigt, soll der Dekan für gewisse Aufgaben (nur) zuständig sein, „soweit dies lehrstuhl und institutionsübergreifende Maßnahmen erfordert“. Wann dieses „Erfordernis“ vorliegt, bleibt unbestimmt.

Die Aufgabenübertragung in Gestalt der Verfügungen des Präsidenten der Universität A. vom 8. und 9. April 2009 ist daher in formaler Hinsicht zu unbestimmt und materiell unverhältnismäßig weit abgefasst.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO und – hinsichtlich des Klägers zu 1. – auf § 161 Abs. 2 VwGO.

Max-Emanuel Geis ist Direktor der Forschungsstelle für Wissenschafts- und Hochschulrecht, Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Bayerisches Staats- und Verwaltungsrecht, Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Öffentliches Recht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen Nürnberg.

Timo Faltus
*Stammzellenreprogrammierung
Der rechtliche Status und die rechtliche
Handhabung sowie die rechtssystematische
Bedeutung reprogrammierter Stammzellen*

Die Dissertation „Stammzellenreprogrammierung – Der rechtliche Status und die rechtliche Handhabung sowie die rechtssystematische Bedeutung reprogrammierter Stammzellen“ wurde an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg in Kooperation mit dem Translationszentrum für Regenerative Medizin (TRM Leipzig) der Universität Leipzig erstellt. Betreut wurde die Arbeit von Prof. Dr. iur. Winfried Kluth.

I. Einführung und Fragestellung

Die rechtswissenschaftlichen Standpunkte zur Regulierung der Stammzellenforschung sowie zum Rechtsrahmen der medizinischen Anwendung von Stammzellen haben sich in den letzten Jahren vor allem vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Beurteilung der Statusfragen hinsichtlich humaner Embryonen festgefahen. Für künftige einvernehmliche Lösungen der strittigen Fragen müsste entweder eine Seite ihre Position in wesentlichen Teilen aufgeben oder es müssten seitens der naturwissenschaftlich-medizinischen Forschung wesentlich neue Erkenntnisse vorliegen, die beispielsweise den Ausstieg aus der Forschung mit und der Anwendung von embryonalen Stammzellen ermöglichen würde. Solche grundlegend neuen Argumente scheinen sich seit den Jahren 2006/2007 mit der Entdeckung der steuerbaren Erzeugbarkeit von reprogrammierten pluripotenten Stammzellen durch das Verfahren der Stammzellenreprogrammierung ergeben zu haben. Die im Rahmen der Reprogrammierung entstehenden Zellen werden als iPS oder iPSC sowie vor allem als iPS-Zellen¹ bezeichnet. iPS-Zellen könnten gegebenenfalls für die Argumentation zum Ausstieg aus der Forschung mit humanen embryonalen Stammzellen von Bedeutung sein, da sich mit der Verfügbarkeit von iPS-Zellen möglicherweise eine Alternative zur verbrauch-

enden Embryonenforschung im Rahmen der Gewinnung embryonaler Stammzellen ergeben hat. Mit der Entdeckung der iPS-Zellen hat die Stammzellenforschung unerwartet und schnell einen grundlegend neuen Aspekt in die Diskussion über den rechtlichen Umgang vor allem mit humanen embryonalen Stammzellen eingebracht. Gegenstand der folgenden Untersuchung sind somit die Fragen der Zulässigkeit der artifiziellen Erzeugung sowie der Handhabung von reprogrammierten Stammzellen in Forschung und Therapie und die Bedeutung der reprogrammierten Stammzellen für die Rechtsanwendung und die weitere Gesetzgebung im Stammzellenbereich.

II. Naturwissenschaftlich-medizinische Grundlagen und Entwicklungsperspektiven

1. Klassifikationssysteme der Stammzellenforschung und Stammzellenmedizin

Stammzellen kommen natürlicherweise in Pflanzen, Tieren und Menschen vor.² Im Gegensatz zu den anderen Zellen eines Lebewesens haben Stammzellen jedoch keine spezielle Funktion wie beispielsweise im menschlichen Körper Herz-, Leber- oder Hautzellen. Stattdessen können sich Stammzellen im Unterschied zu den anderen spezialisierten Zellen unbegrenzt teilen, sich anschließend zu einem speziellen Zelltyp entwickeln und somit verlorene oder beschädigte Zellen wie auch sich selbst ersetzen. Dadurch beteiligen sich Stammzellen natürlicherweise an Wachstums- und Regenerationsprozessen in Pflanzen, Tieren und Menschen.³ Ohne Stammzellen können diese Prozesse nicht ablaufen. In Bezug auf den Menschen waren Forschung und medizinische Anwendung bislang auf diese natürlicherweise vorkommenden Stammzellen angewiesen. Dies hat sich mit der mittlerweile möglichen steuerbaren Erzeugung

1 Die Abkürzung „iPSC“ geht auf die zunächst im Englischen verwendete Bezeichnung “induced pluripotent stem cells” zurück. Die Abkürzung „iPSC“ unterscheidet sich somit von der Abkürzung „IPS“ für „idiopathisches Parkinson-Syndrom.“

2 Im Folgenden stehen die Ausführungen zu den humanen Stammzellen im Vordergrund. Die Dissertation hat jedoch auch die Gewinnung und Verwendung tierlicher (reprogrammierter) Stammzellen untersucht.

3 *Alberts et al.*: Molekularbiologie der Zelle, 5. Aufl. 2011, S. 1619 ff., Kap. 23; *Campbell*: Biologie, 10. Aufl. 2016, S. 488, Kap. 18.4.3, S. 548 f., Kap. 20.3.3, S. 1002 ff., Kap. 35.1.3; *Müller/Hassel*: Entwicklungsbiologie und Reproduktionsbiologie des Menschen und bedeutender Modellorganismen, 5. Aufl. 2012, S. 457 ff., Kap. 18.

von Stammzellen, den iPS-Zellen, aus spezialisierten Körperzellen geändert. Die Vielzahl der verschiedenen Arten von Stammzellen wird nach deren Herkunft und Entwicklungsfähigkeiten eingeteilt. Pluripotente Stammzellen können sich in alle Zelltypen des Organismus spezialisieren, von dem sie abstammen, bzw. in vitro künstlich in alle diese Zelltypen verwandelt werden. Allerdings können sich pluripotente Stammzellen im Gegensatz zu totipotenten Stammzellen nicht mehr zu einem ganzen Lebewesen entwickeln. Pluripotenz und Totipotenz beschreiben damit eine Klassifikation nach Entwicklungsfähigkeit, die nicht zu verwechseln ist mit der Klassifikation nach der Herkunft der Zellen, die mit den Begriffen „embryonal“ und „adult“ erfolgt. Die beiden Klassifikationen waren bis zu Entdeckung der iPS-Zellen eindeutig miteinander verbunden. Bislang galt, dass pluripotente Stammzellen nur in frühen Embryonen innerhalb weniger Tage nach der Befruchtung vorliegen und aus diesen Embryonen in der Regel unter Zerstörung des Embryos gewonnen und in Kultur genommen werden konnten.⁴ Diese Stammzellen werden daher auch als (humane)⁵ embryonale Stammzellen bezeichnet. Damit auch nach der Geburt und im Körper des erwachsenen Menschen Heilungsprozesse nach Verletzungen sowie die natürlicherweise ablaufende Regeneration stattfinden können, befinden sich lebenslang auch in den verschiedenen Geweben Stammzellen. Allerdings haben diese, als adulte Stammzellen bezeichnete Stammzellen, keine pluripotente Entwicklungsfähigkeit, sondern sind in ihrer Entwicklungsfähigkeit im Vergleich zu embryonalen Stammzellen wesentlich eingeschränkter. In der Regel können sich adulte Stammzellen nur in einen oder wenige verschiedene spezialisierte Zelltypen entwickeln; meist in solche Zelltypen, die sich in der Umgebung der betreffenden adulten Stammzelle befinden. Bei systematischer Betrachtung handelt es sich damit trotz der pluripotenten oder zumindest pluripotenzähnlichen Entwicklungsfähigkeit von iPS-Zellen um adulte Stammzellen, da sie aus Zellen des geborenen Menschen abgeleitet werden.

2. Entdeckung der artifiziellen Erzeugbarkeit von pluripotenten Stammzellen

Die natürlicherweise nicht vorkommende Umwandlung von spezialisierten Körperzellen zu pluripotenten Stammzellen, oder überhaupt zu Stammzellen, die zumindest ähnliche Eigenschaften wie embryonale Stammzellen haben, gelang erstmals im Jahre 2006 mit Hautzellen der Maus.⁶ Lediglich ein Jahr später konnte das Verfahren auch mit humanen Zellen durchgeführt werden.⁷ Schon im Jahre 2014 wurde in Japan die erste klinische Studie unter Verwendung dieser künstlich erzeugten Stammzellen begonnen. Für die Entwicklung des Verfahrens zur Erzeugung der iPS-Zellen hat der japanische Stammzellforscher Shin'ya Yamanaka im Jahre 2012 den Nobelpreis für Medizin erhalten. Nur zehn Jahre nach der Entdeckung der iPS-Technologie sind iPS-Zellen nicht mehr aus der Erforschung und Entwicklung zellulärer Krankheitsmodelle und neuer Testsysteme für Medikamente wegzudenken. Zudem wird iPS-Zellen für die Entwicklung neuer Therapien für zell- und gewebsdegenerative Erkrankungen wie Diabetes, Gelenksarthrosen oder Morbus Parkinson, deren Anzahl wegen der Altersbezogenheit dieser Erkrankungen und der Effekte des demographischen Wandels zunehmen wird, ein therapeutisches Potenzial zugesprochen.⁸ Das therapeutische Konzept beruht dabei darauf, dass spezialisierte Zellen von einem geborenen Menschen biopsiert werden, dann mit den Verfahren der Stammzellenreprogrammierung zu iPS-Zellen umgewandelt werden und schließlich entweder als Stammzellen verabreicht werden, um die Selbstheilung im Körper des Patienten zu unterstützen. Anderenfalls sollen die iPS-Zellen erst in vitro zu bestimmten Zelltypen⁹ oder sogar zu ganzen Geweben differenziert und erst dann therapeutisch transplantiert werden.¹⁰

3. Entwicklungstendenzen

Bislang haben iPS-Zellen zumindest ähnliche Eigenschaften wie die natürlicherweise vorkommenden huma-

4 In Deutschland ist diese Gewinnung aufgrund von § 2 Abs. 1 ESchG verboten, Wissenschaftler sind hier auf die Verwendung von nach den Vorschriften des Stammzellgesetzes aus dem Ausland nach Deutschland eingeführten Stammzellen beschränkt.

5 Grundsätzlich gilt das auch für tierliche Stammzellen.

6 Takahashi/Yamanaka, *Cell* 2006, 663 ff.

7 Park et al., *Nature* 2008, 141 ff.; Takahashi et al., *Cell* 2007, 861 ff.; Yu et al., *Science* 2007, 1917 ff.

8 Angelos/Kaufman, *Current Opinion in Organ Transplantation* 2015, 663 ff.; Spitalieri et al., *World Journal of Stem Cells* 2016, 118 ff.

9 Es gibt zwar auch die Technik der sogenannten "Transdifferenzierung" bei der ein spezialisierter Zelltyp direkt und ohne Zwischenstadium der Stammzelle in einen anderen Zelltyp umgewandelt wird. Das Verfahren ist bislang jedoch noch nicht so erfolgreich wie die Nutzung der iPS-Technologie.

10 Zum aktuellen Entwicklungsstand der iPS-Technik: Neofytou et al., *Journal of Clinical Investigation* 2015, 2551 ff.; Sayed et al., *Journal of the American College of Cardiology* 2016, 2162 ff.

nen embryonalen Stammzellen, zuweilen wird sogar davon ausgegangen, dass es keine wesentlichen Unterschiede zwischen beiden Zelltypen gebe.¹¹ Die weitere Angleichung bis hin zur Identität beider Zelltypen ist momentan einer der Forschungsschwerpunkte der Stammzellenreprogrammierung. Aus naturwissenschaftlich-medizinischer Sicht können iPS-Zellen jedenfalls bislang nicht den Bedarf an humanen embryonalen Stammzellen ersetzen, da schon die embryonalen Stammzellen als Zelltyp nicht in der Form erforscht sind, dass man alles über sie wüsste. Wenn man aber embryonale Stammzellen mit reprogrammierten Stammzellen ersetzen will, dann muss man zunächst zumindest alles Wesentliche über embryonale Stammzellen wissen. Zudem wird an der künstlichen Erzeugung von totipotenten Zellen geforscht, also an der Umwandlung einer beliebigen Körperzelle in eine Zelle, die sich dann wie eine befruchtete Eizelle verhält und sich bei Vorliegen der dafür erforderlichen Umgebungsbedingungen bis hin zu einem geburtsfähigen Menschen entwickeln könnte. Es würde sich dabei um einen Fall des Klonens handeln, da der dabei entstehende Mensch genetisch identisch wäre mit dem Menschen, von dem die Zelle entnommen worden war. Bislang ist die Umsetzung dieses Schritts technisch nicht möglich.¹² Es wird jedoch auch an indirekten Wegen der Totipotenzzeugung geforscht, mit der sich die bisher bestehenden technischen Hindernisse bei der Umwandlung von Einzelzellen in den totipotenten Zustand umgehen lassen sollen. In diesem Zusammenhang ist es im Tiermodell und teilweise beim Menschen bereits gelungen, aus iPS-Zellen sekundär Keimzellen, also Ei- und Samenzelle zu erzeugen. Würde man daher aus den iPS-Zellen ein und derselben Person sowohl Ei- als auch Samenzellen ableiten, was technisch prinzipiell möglich ist, und diese beiden Zellen dann wie bei der geschlechtlichen Fortpflanzung miteinander verschmelzen, dann stammte der dabei entstehende Mensch nur von der Person ab, von dem die iPS-Zellen gewonnen worden waren. Dennoch ist fraglich, ob es sich dabei auch um einen Klon handeln würde, weil der der dabei entstehende Mensch aufgrund der diesem Verfahren zugrundeliegenden naturwissenschaftlichen Gegebenheiten genetisch nicht mit dem ursprünglichen Zellspender übereinstimmen muss.¹³

III. Rechtsstatus und Verkehrsfähigkeit

1. Natürliche und künstlich erzeugte Totipotenz

a) Verfassungsrechtliche Ebene

Die herrschende Meinung leitet aus dem Grundgesetz (noch) ab, dass die Rechtssubjektivität im Rahmen der menschlichen Entwicklung spätestens mit der Verschmelzung der genetischen Information von Ei- und Samenzelle bei der Befruchtung beginnt und somit mit der Totipotenz dieser Entität verbunden ist. Nach dieser Ansicht ist ein früher menschlicher Embryo Rechtsträger mit eigenen, auch grundgesetzlich abgesicherten Rechten in erster Linie mit dem Schutz seiner Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG und dem Schutz seiner körperlichen Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Diese Ansicht wird hier nicht geteilt. Stattdessen sollte unter Bezugnahme auf das Hirntodkriterium spiegelbildlich für den Beginn der Rechtssubjektivität auf die Ausbildung erster neuronaler Strukturen in der sich entwickelnden totipotenten Entität abgestellt werden, und das unabhängig davon, ob diese Entität sexuell oder asexuell entstanden ist. Die Notwendigkeit für diese rechtliche Gleichbehandlung ergibt sich schon aus dem gleichen moralischen Status, den alle humane Totipotenzentitäten haben. Auch alle geborenen Menschen, die aus Totipotenzentitäten hervorgegangen sind, haben den gleichen moralischen Status.

b) Einfachgesetzliche Ebene

Bislang werden totipotente Humanzellen oder Zellmehrheiten in vitro einfachgesetzlich nach dem Embryonenschutzgesetz nur dann gegen zerstörerische, allgemein sie verzwecklichende Verwendungen geschützt, wenn sie aus der geschlechtlichen Verschmelzung von Ei- und Samenzellen entstanden sind. Das geht darauf zurück, dass die Embryodefinition des § 8 Abs. 1 ESchG nur auf solche Embryonen anwendbar ist. Da das Embryonenschutzgesetz Nebenstrafrecht darstellt, ist eine Ausdehnung des Embryobegriffs auch auf asexuell entstandene Embryonen im Wege der Analogie aufgrund von Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB ausgeschlossen. Folglich wäre – unabhängig von der (noch) fehlenden technischen Umsetzbarkeit – gegenwärtig die Herstellung,

11 Übersichten zum Meinungsstand: *Choi et al.*, Nature Biotechnology 2015, 1173 ff.; *Müller-Röber et al.*: Dritter Gentechnologiebericht. Analyse einer Hochtechnologie; (2015), S. 33; *Tesar*, Stem Cell Reports 2016, 163 (164); *Yamada/Byrne/Egli*, Current Opinion in Genetics & Development 2015, 29 (33).

12 Siehe zum Verfahren: *Condic*, Stem Cells and Development 2014, 796 ff.

13 Das geht auf die Art und Weise der Keimzellenentstehung, allgemein und auch bei iPS-Zellen, sowie speziell auf die Aufteilung der Chromosomen dabei zurück. S. dazu *Faltus*: Stammzellenreprogrammierung; (2016), Kap. 2.1.3.2, S. 92 ff.

Zerstörung oder sonstig Verwendung von humanen Totipotenzentitäten durch die Verfahren der Stammzellenreprogrammierung zulässig. In Anbetracht der verfassungsrechtlichen Vorgaben, wonach alle Totipotenzentitäten spätestens mit dem Auftreten erster neuronaler Strukturen und unabhängig von der Art und Weise ihrer Entstehung zu schützen sind, ist der Gesetzgeber aufgerufen, die Vorschriften des Embryonenschutzrechts entsprechend zu ändern.

2. Natürliche und künstlich erzeugte Pluripotenz: iPS-Zellen und künstlich erzeugte Keimzellen

Körperbestandteile, die dauerhaft vom Körper getrennt werden wie zum Beispiel Zellen, die für die Reprogrammierungsforschung *in vitro* genutzt werden sollen, haben nach herrschender und zuzustimmender Ansicht Sacheigenschaft im Sinne des Zivil- und Strafrechts.¹⁴ Daher sind solche Körperbestandteile eigentumsfähig und verkehrsfähig. Dadurch lassen sich im Bereich der Grundlagenforschung dauerhaft vom Körper getrennte Bestandteile auch kommerziell handeln und unterliegen hinsichtlich des Eigentumsübergangs den allgemeinen Vorschriften des Zivilrechts. Spätestens mit der erneuten Eingliederung von zuvor abgetrennten Körperbestandteile in einen menschlichen Körper erübrigen sich Fragen der Sacheigenschaft bzw. Verfügungsberechtigung dieser Substanzen wieder, weil der Mensch als Rechtssubjekt nicht Objekt von Eigentumsrechten Dritter sein kann. Somit sind auch iPS-Zellen zivil- und sachenrechtlich jedenfalls in der Zeit, in der sie nicht in einen menschlichen Körper eingliedert sind, als Sachen anzusehen. Dass diese Zellen eine pluripotente Entwicklungsfähigkeit haben, steht dem nicht entgegen, weil insoweit Einigkeit besteht, dass allenfalls totipotente Entitäten eigene Rechte haben können; wobei aber streitig ist, ab wann diese Rechtsträgerschaft im Rahmen der Individualentwicklung beginnen sollte. Schließlich werden die für die Reprogrammierung benötigten Zellen im Unterschied zur Zellgewinnung bei humanen embryonalen Stammzellen nicht durch Verzwecklichung eines Rechtssubjekts, namentlich des Zellspenders gewonnen. In der Regel wird sich die Biopsie als medizinischer Eingriff darstellen, der nach Aufklärung und Einwilligung des Zellspenders rechtmäßig ist. Daher ist auch die therapeutische Verwendung von iPS-Zellen bzw. der aus

iPS-Zellen abgeleiteten Therapeutika nicht mit dem ethischen und rechtlichen Diskurs, der im Zusammenhang mit der Gewinnung und Verwendung humaner embryonaler Stammzellen entstanden ist, verbunden. Bei der Beurteilung der Rechtsfragen iPS-basierter Therapeutika stehen daher weniger ethische und/oder rechtliche Statusfragen in Bezug auf den Zellspender und/oder das Therapeutikum¹⁵ als vielmehr (verwaltungsrechtliche) Fragen der Arzneimittelforschung, -herstellung und -zulassung im Raum. Letztlich gilt dies auch für künstlich erzeugte Keimzellen, da auch diese jeweils für sich genommen keine totipotenten Eigenschaften haben. Hinsichtlich der therapeutischen Verwendung von iPS-Zellen und den daraus abgeleiteten Therapeutika sind im Unterschied zur Grundlagenforschung verschiedene Handels- und Kommerzialisierungsverbote zu beachten. So ist es nach §§ 1a Nr. 4, 17 Abs. 1 TPG verboten, mit Geweben und Zellen, die einer Heilbehandlung eines anderen zu dienen bestimmt sind, Handel zu treiben. Zusätzlich kann Art. 3 Abs. 2 lit. c) GRC zu berücksichtigen sein, wonach es verboten ist, den menschlichen Körper und Teile davon als solche zur Erzielung von Gewinnen zu nutzen. Diese unionale Vorgabe entfaltet im Therapiebereich Bedeutung, da das Arzneimittelrecht in der Europäischen Union zum einen durch verschiedene Richtlinien und Verordnungen harmonisiert ist und weil zum anderen unionale Behörden selbst tätig werden, sodass der Anwendungsbereich der Grundrechtecharta nach Art. 51 Abs. 1 GRC in diesen Konstellationen eröffnet ist.

IV. Rechtsrahmen der Grundlagenforschung an und mit reprogrammierten Stammzellen

1. iPS-Zellen

Es existieren keine Vorschriften, die speziell auf die Forschung mit iPS-Zellen zugeschnitten sind. Insoweit ist aber zu prüfen, inwieweit das Embryonenschutzgesetz und das Stammzellgesetz die Forschung mit humanen iPS-Zellen erfassen. Sowohl Embryonenschutzgesetz als auch Stammzellgesetz beziehen sich unter anderem auch auf Stammzellen, beide Gesetze erfassen jedoch die Forschung mit und Anwendung von iPS-Zellen nicht. Das Embryonenschutzgesetz erfasst nur geschlechtlich gezeugte Embryonen, andere aus ihnen abgetrennte toti-

14 Für Körpersubstanzen allgemein: *Breithaupt*: Rechte an Körpersubstanzen und deren Auswirkungen auf die Forschung mit abgetrennten Körpersubstanzen; (2012), S. 189; *Ellenberger*, in: Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, 75. Aufl. 2016, § 90, Rn. 3; *Stresemann*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, § 90 BGB, Rn. 26. So auch schon:

Klusemann: Das Recht des Menschen an seinem Körper; (1907), S. 1, 33.

15 S. dazu: *Faltus*, MedR 2016, 250 ff. (Zur fehlenden Genehmigungsfähigkeit von Therapeutika auf Grundlage humaner embryonaler Stammzellen).

potente Zellen sowie natürlicherweise entstehende Keimzellen. iPS-Zellen sind aber nicht totipotent und werden auch nicht aus Embryonen im Sinne des Embryonenschutzgesetzes gewonnen, sondern aus unpotenten¹⁶ Körperzellen. Das Stammzellgesetz erfasst zwar pluripotente Stammzellen, die Anwendung des Stammzellgesetzes setzt aber gemäß §§ 2, 3 Nrn. 2, 4 StZG voraus, dass die betreffenden Stammzellen aus einem menschlichen Embryo, allgemein einer (mehrzelligen) totipotenten Entität stammen. Gerade das trifft auf iPS-Zellen nicht zu, da iPS-Zellen aus Zellen eines geborenen Menschen gewonnen werden. Für die Forschungsarbeiten zur Erzeugung von iPS-Zellen und deren weiteren Verwendung sind im Bereich der Grundlagenforschung, ohne Anwendung am Menschen, zumindest die Vorschriften des Gentechnikgesetzes zu berücksichtigen, sofern die Erzeugung von und/oder die weitere Verwendung der iPS-Zellen mit dem Einsatz gentechnologischer Verfahren (§ 3 Nr. 2 GenTG) und der Erzeugung von gentechnisch veränderten Organismen (§ 3 Nr. 3 GenTG) im Sinne des Gentechnikgesetzes verbunden sind. Nicht anwendbar ist das Gendiagnostikgesetz, da das Gendiagnostikgesetz gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 GenDG nicht für den Forschungsbereich gilt. Insoweit ist aber an die Anwendbarkeit des allgemeinen Datenschutzrechts zu denken. Sofern die iPS-Technologie derart weiterentwickelt wird, dass sie iPS-Zellen erzeugt, die die gleichen Eigenschaften hätten wie humane embryonale Stammzellen, stellt sich die Frage, welche Auswirkungen dies auf die Einfuhr, die Verwendung, konkret auf die Forschung mit humanen embryonalen Stammzellen haben kann. Für diesen Fall besteht die Möglichkeit, dass die weitere Forschung mit humanen embryonalen Stammzellen in Deutschland (verwaltungsrechtlich) untersagt werden kann, weil nach § 5 Nr. 2 lit. b) StZG Forschungsarbeiten an embryonalen Stammzellen nur durchgeführt werden dürfen, wenn wissenschaftlich begründet dargelegt ist, dass der mit dem Forschungsvorhaben angestrebte wissenschaftliche Erkenntnisgewinn sich voraussichtlich nur mit embryonalen Stammzellen erreichen lässt. Könnten zukünftige iPS-Zellen embryonale Stammzellen technisch ersetzen, würden dadurch die Voraus-

setzungen für die Einfuhr embryonaler Stammzellen nach Deutschland möglicherweise entfallen.

2. Künstlich erzeugte Totipotenz

Unabhängig von den (bisher bestehenden) technischen Hürden bei der künstlichen Erzeugung totipotenter Zellen durch Reprogrammierung ist dieses Verfahren rechtlich zulässig, weil auch in diesen Konstellationen das Embryonenschutzgesetz aus den oben genannten Gründen nicht anwendbar ist und sonstige Verbote nicht vorhanden sind. Daher dürften – die technische Machbarkeit vorausgesetzt – gegenwärtig auch totipotente Zellen erzeugt werden. Zwar wird solchen Entitäten gegenwärtig von der (noch) herrschenden Meinung auf verfassungsrechtlicher Ebene schon mit dem Auftreten der Totipotenz Rechtssubjektivität zugesprochen, sodass diese Entitäten an sich gegen eine Verletzung ihrer Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG und zum Schutz ihrer körperlichen Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG einfachrechtlich geschützt werden müssten, damit der Staat seinerseits ein Verstoß gegen das verfassungsrechtlich verankerte Untermaßverbot vermeidet. Eine Ausdehnung der Vorschriften des Embryonenschutzgesetzes, die nur sexuell entstandene Totipotentitäten erfassen, im Wege der Analogie auch auf mittels Reprogrammierung künstlich asexuell erzeugte Totipotentitäten ist aber ausgeschlossen, da es sich bei den Vorschriften des Embryonenschutzgesetzes um Nebenstrafrecht handelt und strafrechtliche Vorschriften nach Art. 103 Abs. 2 GG nicht zu Lasten eines Täters analog angewendet werden dürfen.

3. Künstlich erzeugte Keimzellen

Die künstliche Erzeugung von Ei- und Samenzellen aus reprogrammierten Stammzellen wird ebenfalls nicht durch das Embryonenschutzgesetz erfasst,¹⁷ weil das Embryonenschutzgesetz das Vorliegen von Ei- und Samenzellen als Keimzellen an einen im Embryonenschutzgesetz beschriebenen empirischen Vorgang knüpft, der bei künstlich erzeugten Keimzellen nicht vorliegt. Nach § 8 Abs. 3 ESchG zählen Ei- und Samenzellen selbst auch als Keimbahnzellen, wobei es sich nur dann

16 „Unpotent“ bedeutet, dass sich eine spezialisierte Körperzelle wie bspw. eine Haut- oder Herzzelle nicht mehr teilt. Sofern eine solche Zelle abstirbt, kann dieser Verlust allenfalls aus einem in dem jeweiligen Gewebe befindlichen Stammzellendepot ausgeglichen werden, in dem sich unipotente Stammzellen befinden, also Stammzellen, bei denen sich die aus der Teilung hervorgehenden Tochterzellen nur noch entweder wieder in eine Stammzelle oder in einen speziellen Zelltyp entwickeln können (Müller/Hassel, Entwicklungsbiologie und Reproduktionsbiologie des Menschen und bedeutender Modellorganismen, 5. Aufl. (2012), Kap. 18.1.3).

17 A.A.: Taupitz, in: Günther/Taupitz/Kaiser: Embryonenschutzgesetz – Juristischer Kommentar mit medizinisch-naturwissenschaftlichen Einführungen, 2. Aufl. 2014, § 8, Rn. 35 (bezüglich Eizellen); Deutscher Ethikrat: Stammzellenforschung – Neue Herausforderungen für das Klonverbot und den Umgang mit künstlich erzeugten Keimzellen? Ad-Hoc-Empfehlung. 15. September 2014, S. 5.

um Ei- und Samenzelle im Sinne des Embryonenschutzgesetzes handelt, wenn diese Keimzellen auch in dem vom Embryonenschutzgesetz genannten Weg entstehen. Demnach liegen Ei- und Samenzelle im Sinne des Embryonenschutzgesetzes nur vor, wenn sie in einer Zelllinie von der befruchteten Eizelle ausgehend hervorgegangen sind. Aus Körperzellen und auch aus iPS-Zellen abgeleitete zelluläre Entitäten, auch wenn sie die gleichen Eigenschaften haben wie natürlich vorkommende Ei- und Samenzellen, stammen jedoch gerade nicht in der vom Embryonenschutzgesetz geforderten Zelllinie von der befruchteten Eizelle ausgehend ab. Eine Ausdehnung der Vorschriften des Embryonenschutzgesetzes auf künstlich erzeugte Keimzellen würde sich daher auch als ein Verstoß gegen das Analogieverbot darstellen.

V. Angewandte pharmazeutische Forschung

Bei Therapeutika auf Grundlage von iPS-Zellen handelt es sich um Arzneimittel für neuartige Therapien (ATMP)¹⁸ gemäß der unionalen ATMP-Verordnung.¹⁹ Für die Gewinnung der zu reprogrammierenden Körperzellen sind die Vorschriften des Arzneimittelgesetzes (§ 20b AMG) und des Transplantationsgesetzes zu beachten, da durch § 1 Abs. 2 S. 1 TPG geregelt ist, dass für die Spende und Entnahme von menschlichen Geweben einschließlich einzelner Zellen zum Zwecke der Übertragung sowie für die Übertragung der Gewebe bzw. Zellen einschließlich der Vorbereitung dieser Maßnahmen das Transplantationsgesetz gilt. In zivilrechtlicher Hinsicht ist bei der Aufklärung § 630c Abs. 2 BGB zu beachten, wobei in Bezug auf iPS-Therapeutika auf das sachenrechtliche Problem des gesetzlichen Eigentumsverlustes bei Ver- und/oder Umarbeitung nach § 950 BGB hingewiesen werden sollte,²⁰ da bei der Umwandlung von Körperzellen zu iPS-Zellen im Rechtsinne eine neue Sache entsteht und somit der Zellspender das Eigentum an seinen ursprünglich gespendeten Zellen, möglicherweise gegen seinen Willen, verlieren kann. Die präklinischen Studien zur Entwicklung neuer iPS-Therapeutika müssen unter Einhaltung der gesetzlich normierten Grundsätze der Guten Laborpraxis (GLP) durchgeführt werden (§ 19a Abs. 1 ChemG bzw. Art. 6 Abs. 1 S. 1 VO 726/2004, Art. 8 Abs. RL 2001/83/EG sowie Anhang I RL 2001/83/EG, Einführung und allgemeine Grundlagen: 9.). Für klinische Studien mit ATMP und damit auch für iPS-basierte Therapeutika gelten

zunächst allgemein die rechtlich normierten GCP-Grundsätze,²¹ zum anderen gemäß Art. 4 Abs. 2 ATMP-VO speziell auf die klinische Prüfung von ATMP zugeschnittene Voraussetzungen. Zudem sind die Voraussetzungen zum Genehmigungserfordernis nach §§ 40 ff. AMG zu beachten. Schließlich ist die künstliche Erzeugung von Ei- und Samenzellen aus iPS-Zellen aus den gleichen Gründen wie im Forschungsbereich auch im Therapiebereich nicht durch das Embryonenschutzgesetz erfasst, sondern nur durch das Arzneimittelrecht, da das Arzneimittelrecht nicht wie das Embryonenschutzgesetz auf die Art und Weise der Entstehung der Keimzellen abstellt, sondern nur auf die „Erscheinung“ Keimzelle.

VI. Patentschutz der Forschungsergebnisse

1. iPS-Zellen

Rechtsfragen nach der Patentfähigkeit stammzellbezogener Erfindungen waren schon Gegenstand zahlreicher Patentstreitsachen. In Bezug auf den patentrechtlichen Schutz von Erfindungen im Zusammenhang mit iPS-Zellen spielen diese Entscheidungen jedoch keine, allenfalls eine indirekte Rolle. Die bisherige Patentrechtsprechung hat in Bezug auf Stammzellen herausgearbeitet, dass solche Erfindungen nicht patentierbar sind, die auf die Verwendung totipotenter Zellen bzw. Zellmehrheiten gründen, wobei sexuell und asexuell entstandene Totipotentitäten gleich behandelt werden. Dies geht darauf zurück, dass innerhalb des Patentrechts totipotente Zellen bzw. Zellmehrheiten als menschliche Embryonen und damit als schützenswerte Rechtssubjekte gesehen werden, die in Übereinstimmung mit den Wertungen des unionalen und deutschen Patentrecht sowie nach den Wertungen des Europäischen Patentübereinkommens nicht für kommerzielle und/oder industrielle Zwecke verwendet werden dürfen. Da iPS-Zellen und die auf ihnen aufbauenden Techniken aber auf unpotente Körperzellen, allenfalls auf lediglich pluripotente Zellen zurückgreifen, sind Erfindungen in Bezug auf iPS-Zellen grundsätzlich patentierbar, wenn dazu die allgemeinen Voraussetzungen für (biotechnologische) Erfindungen nach §§ 1, 1a, 2 PatG bzw. Art. 52, 53 EPÜ vorliegen. Erfindungen hinsichtlich von Keimzellen aus iPS-Zellen könnten allenfalls dann patentrechtlich schützbar sein, wenn ausgeschlossen ist, dass durch die Anwendung dieser künstlich erzeugten Keimzellen eine artifizielle Ver-

18 Akronym für: Advanced Therapy Medicinal Products.

19 S. dazu schon: *Faltus*, MedR 2008, 544, 547.

20 *Wernscheid*, Tissue Engineering – Rechtliche Grenzen und Voraussetzungen, 2012, S. 197 ff. (mwN.).

21 GCP = good clinical practice = Gute klinische Praxis, vgl. auch 16. Erwägungsgrund, Art. 4 Abs. 1 ATMP-VO.

änderung der Keimbahn des Menschen verursacht wird (Art. 53 EPÜ, Regel 28 lit. b) EPÜ-AO bzw. § 2 Abs. 2 Nr. 2 PatG).

2. Verfahren der künstlichen Erzeugung totipotenter Zellen

Sofern sich die Verfahren der künstlichen Totipotenzreprogrammierung realisieren lassen, ist davon auszugehen, dass die betreffenden Verfahren patentrechtlich nicht geschützt werden können. Das geht darauf zurück, dass im Patentrecht – im Unterschied zum Embryonenschutzgesetz – sowohl sexuell als auch asexuell erzeugte humane Totipotenzentitäten als menschliche Embryonen gewertet werden, die weder industriell noch kommerziell verwendet werden dürfen. Da aber schon die patentrechtliche Absicherung einer Erfindung auf den kommerziellen Charakter der betreffenden Erfindung deutet, sind Erfindungen, die sich auf Totipotenzentitäten beziehen, seien sie natürlicherweise oder im Rahmen der artifiziellen Stammzellenreprogrammierung entstanden, nicht patentierbar, da die betreffende Totipotenzentität dadurch kommerzialisiert werden würde.

VII. Fazit und Ausblick

Die interdisziplinäre Untersuchung zur Stammzellenreprogrammierung zeigt, dass die Stammzellenreprogrammierung nicht nur naturwissenschaftlich-medizinisch gesehen ein Paradigmenwechsel ist, sondern auch in rechtlicher Hinsicht grundlegend neue Fragen zum Umgang mit Stammzellen und dem Umgang mit dem Phänomen der Totipotenz erzeugt hat. Die Untersuchung zur rechtlichen Handhabung von iPS-Zellen hat zudem erneut den Bedarf kenntlich gemacht, den Rechtsrahmen zum Umgang mit Embryonen und Stammzellen zu reformieren, da die bestehenden Rege-

lungen in Embryonenschutz- und Stammzellgesetz nicht mehr in der Lage sind, die schon heute bestehenden Fragen von Wissenschaft und Patienten – auch im internationalen Vergleich – adäquat zu regulieren. Extrapoliert man im Rahmen einer Technikfolgenbeurteilung die möglichen künftigen Verfahren der Stammzellenforschung und Stammzellenmedizin, dann wird der schon heute bestehende Reformbedarf in Bezug auf den rechtlichen Umgang mit Embryonen und Stammzellen umso deutlicher. Es ist daher auch schon heute im Rahmen einer proaktiven und evidenzbasierten Technikfolgen- und Folgetechnikeinschätzung angebracht, gegenwärtige Technologien extrapolierend zu betrachten, um damit bei der eventuellen Realisierung der zwar heute noch nicht, aber möglicherweise künftig verfügbaren Folgetechniken Handlungs- und Rechtssicherheit zu haben. Dazu will die vorliegende Untersuchung auch beitragen.

Timo Faltus, Dipl.-Biol., Dipl.-Jur., hat Biologie und Rechtswissenschaften an der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main studiert, war anschließend Stipendiat am Translationszentrum für Regenerative Medizin der Universität Leipzig und wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Prof. Dr. iur. Winfried Kluth an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, wo er 2015 promoviert hat. Für seine Promotion hat der Freundeskreis der Juristischen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg Timo Faltus den Preis für die beste Promotion des Jahres 2015 verliehen.

Timo Faltus, Stammzellenreprogrammierung
- Der rechtliche Status und die rechtliche Handhabung sowie die rechtssystematische Bedeutung reprogrammierter Stammzellen. 961 S., Baden-Baden 2016, gebunden, Nomos Verlag, Band 22 der Schriftenreihe „Recht, Ethik und Ökonomie der Lebenswissenschaften“, 178,- Euro, ISBN 978-3-8487-3192-3.

Max Brauner, Nora Lennartz, Jonas Wieschollek
und Alexandra Würgau
Der hohe Preis der Medizin?
Bericht der Podiumsdiskussion
am 30. Mai 2016

„Der hohe Preis der Medizin? Patentschutz in der Arzneimittelforschung“ – zu einer Podiumsdiskussion zu diesem Thema kam am 30. Mai 2016 an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg ein Expertenplenum zusammen (aus Gründen der Lesbarkeit verwendet der Text lediglich die männliche Form, meint allerdings jegliches Gender). Eingeladen hatte die Fachschaft der rechtswissenschaftlichen Fakultät und die studentische Nichtregierungsorganisation (NRO) *Universities Allied for Essential Medicines* (UAEM). Im Rahmen ihrer Arbeit bei UAEM setzen sich Studierende verschiedener Fachrichtungen weltweit für einen gerechteren Zugang aller Menschen zu den Ergebnissen öffentlich finanzierter biomedizinischer Forschung ein. Außerdem plädieren sie für einen stärkeren Forschungsfokus auf armutsassoziierte und vernachlässigte Krankheiten.

I. Vorstellung der Vortragenden

Ein bis auf den letzten Platz und sogar die Stufen besetzter Hörsaal begrüßte an diesem Montag vier Experten aus unterschiedlichen Bereichen:

Herr Professor Dr. Haedicke studierte Jura, doziert seit 2003 an der Universität Freiburg, wurde 2005 zum Professor ernannt und ist aktuell Inhaber des Lehrstuhls für Geistiges Eigentum. Gleichzeitig arbeitet er als Richter am Oberlandesgericht Düsseldorf, im auf Patentrecht spezialisierten zweiten Zivilsenat. Außerdem ist er Autor des 2011 veröffentlichten Buches „Patente und Piraten“.

Herr Dr. Immler studierte Biochemie und arbeitet seit 1999 in verschiedenen Positionen bei der Bayer AG – hier zuerst im Labor, anschließend in der Patent- und Lizenzabteilung. Nach einer Weiterbildung zum europäischen Patentanwalt arbeitet er nun als Leiter der Patentabteilung Pharma.

Frau Berner-Rodoreda studierte Ethnologie und Afrikanwissenschaften und arbeitet seit mehr als 20 Jahren in verschiedenen Positionen als Beraterin für das evangelische Hilfswerk *Brot für die Welt*. Sie ist außerdem Vorstandsmitglied im Trägerverein des *Aktionsbündnis gegen AIDS*, Mitglied des *Ecumenical Pharmaceutical Network* und der HIV-Strategiegruppe der *Ecumenical Advocacy Alliance*.

Herr Professor Dr. Mertelsmann ist Arzt und Wissenschaftler mit langjähriger klinischer und wissenschaftlicher Erfahrung im Bereich der Hämato-Onkologie und Stammzellforschung. Vor seiner Emeritierung im Jahr 2012 war er zuletzt Professor und ärztlicher Direktor der Klinik für Innere Medizin I der Universität Freiburg. Zusätzlich ist er Redakteur mehrerer traditioneller Fachzeitschriften, Gründer eines frei zugänglichen eJournals, eines Biotechnologieunternehmens und des *Comprehensive Cancer Center* Freiburg und selbst Anmelder mehrerer Patente.

Moderiert wurde die Diskussion von Max Brauner, Mitglied der Berliner Lokalgruppe von UAEM und ehemaligem Vorstandsmitglied von UAEM Europe e.V.

II. Zusammenfassung der Input-Vorträge

Zu Beginn der Veranstaltung hielten alle vier Teilnehmenden je einen kurzen Input-Vortrag. Herr Prof. Haedicke erklärte zu Beginn einige Grundbegriffe des Patentrechts und die dahinterstehende Rationale, also die „Stärkung des Innovationswettbewerbs durch Beschränkung des Imitationswettbewerbs.“ Dadurch entstehe ein Interessenkonflikt zwischen Erfinder, Mitbewerber und der Allgemeinheit. Der Erfinder habe ein Interesse an möglichst umfangreichen Patentschutz, der Mitbewerber hingegen an möglichst geringem Patentschutz, während die Allgemeinheit eine ambivalente Haltung einnehme. Sie fordere nämlich einerseits Innovationen, möchte andererseits aber auch einen möglichst günstigen Zugang zu diesen erhalten. Der Ausgleich zwischen diesen divergierenden Interessen sei Hauptzweck des Patentrechts und Sorge immer wieder für gesellschaftliche Debatten. Zum Ende seines Vortrags veranschaulichte Prof. Haedicke die Thematik am Beispiel der Tragödie der „Gemeindewiese“, wonach sowohl zu geringer als auch zu umfassender Schutz von Ressourcen der Allgemeinheit schade.

Herr Dr. Immler begann seinen Vortrag mit einem kurzen Überblick über die Gliederung der Bayer AG, ihr Selbstverständnis als „Erfinderunternehmen“ und den Ablauf der klinischen Entwicklungsphasen eines Medikaments. Forschung und Entwicklung eines neuen

Wirkstoffs würden nicht unbedingt eine Milliarde Euro kosten, aber nur ein Bruchteil der Wirkstoffkandidaten schaffe es überhaupt zur Marktreife. Daher müssten die insgesamt anfallenden Forschungskosten durch einige wenige Produkte refinanziert werden. Da pharmazeutische Innovationen wie Medikamente oder Diagnostika so leicht zu kopieren seien, würden Patente einen wichtigen Grundpfeiler des Geschäftsmodells der pharmazeutischen Industrie und gleichzeitig eine wichtige Informationsquelle über den aktuellen Stand der Wissenschaft darstellen. Auch Patentanmeldung und -management seien aufwendig, da für jedes Land andere Gesetze gelten und Patente in jedem Land einzeln angemeldet werden müssten. Insgesamt, erklärte Dr. Immler, seien Patente als Schutz für technische Entwicklungen ein sehr erfolgreiches System.

Frau Berner-Rodoreda schilderte zu Beginn ihres Beitrags anhand zweier Medikamente exemplarisch die Probleme mit dem momentanen Patentsystem. In den letzten Jahren habe es enorme Fortschritte in der HIV-Behandlung gegeben, dies auch im globalen Süden. Erreicht sei dieser Fortschritt aber nur durch Öffentlichkeitskampagnen und verstärkten Druck der Betroffenen geworden, was die Möglichkeit zur Herstellung preisgünstiger Generika eröffnet habe. Solche Generika könnten jedoch erst nach Ablauf des Patentschutzes produziert werden. Heute stünden viele neuere HIV-Medikamente weiterhin unter Patentschutz und seien somit für viele Betroffene nicht verfügbar, weil diese sich sie nicht leisten könnten. Als zweites Beispiel führte sie Sofosbuvir (Handelsname *Sovaldi*) an, ein Medikament zur Behandlung von Hepatitis C. Preise für eine Behandlung würden im internationalen Vergleich enorm schwanken, von mehreren zehntausend bis zu einigen hundert Euro. Wiederum sei dieses Medikament für viele Menschen unerschwinglich – und dies, obwohl Hersteller und Patentbesitzer Gilead den Wirkstoff nicht selbst entwickelt, sondern für 11 Milliarden USDollar einem universitären SpinOff abgekauft und damit dann bereits innerhalb eines Jahres über 18 Milliarden USDollar Umsatz gemacht habe. Als Beispiel für unterschiedliche nationale Strategien im Umgang mit Patenten wählte Frau Berner-Rodoreda zum einen Südafrika, das „Paradies für Patente“. Dortige Gesetze ermöglichten es, nahezu jede Erfindung patentieren zu lassen, sodass viele Medikamente zu sehr hohen Preisen verkauft würden. Als Gegenbeispiel nannte sie Indien, welches zwar bereits seit dem 19. Jahrhundert ein Patentgesetz habe, dieses aber sehr streng auslege, sodass nur wirklich innovative Medikamente einen Patentschutz zuerkannt bekämen. Dies habe es Indien ermöglicht, viele Medikamente zu günstigen Preisen herzustellen und damit sowohl die eigene Bevölkerung

zu versorgen als auch eine starke pharmazeutische Industrie aufzubauen.

Herr Prof. Mertelsmann vertrat in seinem kurzen Vortrag vier Thesen. Erstens sei das Patentsystem in der Vergangenheit erfolgreich darin gewesen, wissenschaftlichen Fortschritt zu fördern. Zweitens habe es in den letzten Jahren eine gewaltige Änderung in der pharmazeutischen Landschaft gegeben. Die Preise neuer Medikamente, besonders im Bereich der Onkologie, seien durch die realen Kosten von Forschung und Entwicklung nicht mehr gerechtfertigt. Ein zu großer Teil des Umsatzes der pharmazeutischen Industrie würde für Marketing aufgewendet werden. Drittens würden Originalhersteller, besonders auch nach Ablauf des Patentschutzes, über verschiedene Maßnahmen eine Monopolisierung des Marktes herstellen, wodurch die preissenkende Wirkung des freien Marktes ausgehebelt werde. Viertens ging er auf das sogenannte „Problem der letzten Meile“ ein, gemäß dessen es nicht genügt, Medikamente theoretisch bezahlbar und verfügbar zu machen, sondern außerdem nötig ist, diese vor Ort unter teils sehr schwierigen Bedingungen zum Betroffenen zu bringen. Ein möglicher Lösungsansatz sei der von Thomas Pogge entwickelte *Health Impact Fund*. Dieser sieht vor, dass der Nutzen neuer Medikamente erst evaluiert wird und die Vergütung dann entsprechend dem Nutzen höher oder niedriger ausfällt.

III. Diskussion

Zu Beginn der Diskussion wurde Prof. Haedicke vom Moderator gebeten, auf die Geschichte von Patenten auf pharmazeutische Produkte einzugehen. Hierzu meinte dieser, dass lange Zeit nur Verfahren, nicht aber Erzeugnisse geschützt worden seien. Erst in neuerer Zeit habe sich die Idee des Stoffschutzes durchsetzen können. Wichtige Fragen im Zusammenhang mit dem momentanen absoluten Stoffschutz seien, ob dieser noch mit der ursprünglich zu schützenden Leistung korreliert und ob die Industrie auch mit weniger Schutz forschen könnte.

Frau Berner-Rodoreda wurde gebeten, näher auf das TRIPS-Abkommen einzugehen. Das *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* („Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums“, kurz TRIPS) sei 1995 als Gründungsdokument der Welthandelsorganisation (WTO) von allen ihren Mitgliedern verabschiedet worden und schreibe Mindeststandards für den Schutz von geistigen Eigentum vor, so Berner-Rodoreda. Allerdings sehe es auch flexible Instrumente vor, die Staaten nutzen könnten, um die Gesundheitsversorgung ihrer Bevölkerung nicht aufgrund geistiger Eigentumsrechte einschränken zu müssen. Das wichtigste Ins-

trument dieser Art seien sogenannte „Zwangslizenzen“, mit denen ein Staat für den eigenen Gebrauch ein Patent zeitlich begrenzt außer Kraft setzen könne, um das Medikament günstiger herzustellen. Beispielsweise bemühten sich die USA während der Anthrax-Gefahr 2001, das Medikament Ciprofloxacin (Handelsname Ciprobay) über eine solche Zwangslizenz herstellen zu lassen. Lobbyarbeit von Seiten der pharmazeutischen Industrie und ein verbessertes Angebot von Seiten des Herstellers hätten die Ausstellung einer Zwangslizenz aber letztendlich verhindert. Darauf erwiderte Dr. Immler, dass die Industrie die Preise nicht mehr selbst festlege, sondern sie mit Staaten und Versicherungen aushandle, wobei letztlich der Wert für den Patienten und die Gesellschaft Maßstab für die Preisgestaltung ist und sein sollte. Gut geführte Verhandlungen könnten, was den Preis angeht, zu besseren Ergebnissen führen als Zwangslizenzen, ohne dabei das Patentsystem zu unterminieren. Forschende Arzneimittelhersteller hätten auch kein Interesse an einer allzu laxen Patentvergabe, sondern würden klare Regeln in diesem Bereich ebenfalls begrüßen, weil sie nicht nur als Patentinhaber auftreten, sondern natürlich auch von Patienten Dritter betroffen sein können. Zuletzt ging er auf den Vorwurf des sogenannten „Evergreening“ ein, womit die Praxis beschrieben wird, kleine Veränderungen an Medikamenten vorzunehmen, um ein neues Patent auf dieses leicht veränderte Präparat zu erhalten. Dies bezeichnete er als Mythos, da der Schutz der Ursprungsinnovation nicht verlängert werde. Prof. Mertelsmann führte auf Bitten des Moderators aus, dass Erfindungen von Wissenschaftlern sowohl in den USA als auch in Deutschland den Universitäten gehören und diese über die Patentierung entscheiden. Allerdings sei die Frage der Patentierung einer Erfindung nur ein Teilaspekt, eine große Rolle spiele auch die Preisgestaltung. Hier bräuchte es verschiedene Modelle, um allen Seiten gerecht zu werden. Als letztes antwortete Dr. Immler auf die Frage nach der Relevanz von universitären Erfindungen für die Industrie, dass diese in der Tat wichtig seien und industrielle Kooperationen mit öffentlichen Forschungseinrichtungen zunehmen würden.

Die erste Frage aus dem Publikum richtete sich an Dr. Immler. Die ZuhörerIn wollte wissen, wie es um die „second use“-Problematik stehe. Mit „second use“ wird der Versuch einiger Hersteller bezeichnet, bei Ausweitung der Indikation für ein Medikament nach bereits erteilter Zulassung ein erneutes Patent zu beantragen. Hierauf erwiderte Dr. Immler, dass die Ausweitung auf eine weitere Indikation sehr umfangreiche und teure Studien nötig mache und die Durchsetzbarkeit eines solchen Patents gleichzeitig sehr schwierig sei. Doch diese Erweiterungen können für den Patienten sehr wertvoll sein, da

das Medikament bereits als sicher bekannt ist. Prof. Haedicke ergänzte, dass Zweitpatente juristisch durchaus durchsetzbar seien, dies aber von der Beurteilung der Innovation abhängt. Frau Berner-Rodoreda hingegen bezweifelte, dass Patente hier wirklich der Innovationsförderung dienen, und sprach sogenannte „me too“-Präparate an. Viele neue Medikamente hätten keinen oder nur sehr geringen Zusatznutzen im Vergleich zu bereits erhältlichen Therapien und würden keine echten Innovationen darstellen. Zur Unterstützung dieser These führte sie an, dass das unabhängige französische Magazin *Prescrire* in den vergangenen Jahren mehrfach seinen Preis für innovative Medikamente – mangels wirklicher Innovationen – nicht hätte vergeben können. Dem hielt Prof. Mertelsmann entgegen, dass „me too“-Präparate positiv seien, da sie den Wettbewerb fördern und damit die Preise senken würden.

Die Frage, ob der freie Markt für pharmazeutische Produkte mit dem Grundrecht auf Gesundheit vereinbar sei, beantwortete Prof. Mertelsmann dahingehend, dass sämtliche Möglichkeiten der Preissenkung ausprobiert und evaluiert werden müssten. Dr. Immler meinte hierzu, dass diese Frage erst relevant werde, wenn mit dem Ablauf des Patentschutzes ein freier Markt entstanden sei. Allerdings würden auch dann die klassischen Marktgesetze nur sehr beschränkt gelten. Damit beschrieb er den Umstand, dass Patienten keine echten Kunden seien, sondern pharmazeutische Unternehmen ihre Verträge vielmehr mit Regierungen, Versicherungen und Ärzten eingehen würden. Dadurch könnten sich Marktkräfte nur in sehr begrenztem Umfang entfalten. In Deutschland sei vor allem der Wille der Solidargemeinschaft entscheidend, aber in Ländern, in denen Patienten selbst bezahlen würden, müsse die Thematik anders betrachtet werden.

Als nächstes erhielt Dr. Immler die Frage, ob die Vergabe einer nichtexklusiven Lizenz, die die Generikaproduktion in Ländern mit niedrigen und mittleren Einkommen erlaubt, ein Grund sei, um eine Innovation einer Universität nicht weiter zu entwickeln. Hierauf entgegnete er, dass sie das grundsätzlich nicht sei und es auch bereits Kooperationen der *Bill and Melinda Gates Foundation* und der *Drugs for Neglected Diseases initiative* (DNDi) gebe, die ähnliche Regelungen vorsähen. Allerdings müssten sich solche Vereinbarungen natürlich immer auch für die Industrie lohnen.

Prof. Haedicke antwortete auf die Frage nach den rechtlichen Möglichkeiten, die hohen Medikamentenpreise einzudämmen, dass fairen Preisverhandlungen eine wichtige Rolle zukomme. Weiterhin spiele nach Ablauf des Patentschutzes auch das Kartellrecht eine entscheidende Rolle, das in diesem Sektor aber bislang nicht

sehr stark sei. Hierzu ergänzte Prof. Mertelsmann, dass „me too“-Präparate für 50.000 Euro, wie sie durchaus vorkämen, nicht hinnehmbar seien. Dr. Immler sagte, sogenannte „reverse payments“, also Zahlungen von Originalherstellern an Generikahersteller, um diese von der Herstellung eines Generikums abzuhalten, kämen heute kaum noch vor. Weiterhin sei die Gesellschaft auch verantwortlich dafür, dass Krankheiten im globalen Süden stärker erforscht werden. Frau Berner-Rodoreda stimmte dem zu und ergänzte, dass ein „Public Health“-Ansatz in der Forschung eine zentrale Rolle einnehme.

IV. Abschlussstatements

Zum Schluss wurden die Teilnehmenden gebeten, in einem kurzen Statement ein Fazit zu ziehen und auf die Zukunft des Patentsystems einzugehen.

Prof. Haedicke führte aus, dass Patente realistisch einzuschätzen sein sollten. Sie stellten nur ein Teilaspekt des Marktsystems dar. Daneben würde beispielsweise das Kartellrecht eine wichtige Rolle spielen. Es sei nicht möglich, das Patentsystem zu ersetzen. Dort, wo es aber nicht adäquat funktioniere, wie z.B. bei der Forschung an vernachlässigten Krankheiten, müsse verstärkt öffentlich geforscht werden.

Auch Dr. Immler vertrat die Meinung, dass die Abschaffung des Patentsystems nicht der richtige Weg sei. Bei diesen Fragestellungen sei es sehr wichtig, alle Par-

teien einzubeziehen, einen offenen Dialog zu führen und kreative Lösungen zu finden. Dazu zählten neue Anreizmechanismen für Forschung und Entwicklung.

Frau Berner-Rodoreda hielt dagegen, dass das Patentsystem nicht das richtige System sei. Vielmehr brauche es neue Lösungen, auch wenn auch hier noch niemand ein Patentrezept gefunden habe. So habe sie auch am *Health Impact Fund* Kritik auszusetzen. Generell sei aber wichtig, dass Medikamentenpreise nicht von den Unternehmen festgelegt werden dürfen.

Die modernen Krebsmedikamente wären ohne Patente nie erfunden worden, meinte Prof. Mertelsmann. Aber auch er sehe in verstärkter Kooperation den entscheidenden Punkt. Rein öffentliche Forschung und Entwicklung, wie etwa üblich in der DDR, seien nicht erfolgreich. Gleichzeitig müsse der Staat gegen überhöhte Medikamentenpreisen vorgehen. Er zitierte einen Artikel aus dem *New England Journal of Medicine*, demzufolge frühere Bedenken über die pharmakologische Toxizität neuer Medikamente heute abgelöst seien – und zwar durch Bedenken über ihre finanzielle Toxizität.

Max Brauner ist Medizinstudent an der Charité Berlin.
Nora Lennartz ist Medizinstudentin an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Die Autoren Jonas Wieschollek und Alexandra Würzgau studieren Rechtswissenschaft an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

Hans Mohr

*Wissenschaft und Ideologie*¹

Dogmatismus und Ideologie sind genau das Gegenteil von Wissenschaft. Die traditionelle Feindschaft ist deshalb berechtigt. Ideologien behandeln subjektive Überzeugungen als objektive Daten. Die Ideologen nennen demgemäß ihren >>Glauben<< häufig >>Wahrheit<<. Die Objektivierung subjektiver Überzeugungen, die >>Dogmenbildung<<, ist meist begleitet von einem mehr oder minder militanten Fanatismus, der den >>Ungläubigen<< vernichtet, sofern sich dieser nicht >>bekehren<< läßt. Die totalitäre und aggressive Tendenz der Ideologien ist verständlich. Da sie ihre Aussagen nicht überzeugend beweisen können, müssen sie den Menschen zwingen, diese Aussagen zu glauben. Die absolute intellektuelle Freiheit, eine entscheidende Vor-

aussetzung der Wissenschaft, lehnen die Ideologien demgemäß ab.- Die Entideologisierung der politischen Beziehungen, eine dringende Notwendigkeit in der heutigen Welt, kann wahrscheinlich nur mit Hilfe der Wissenschaft erfolgen. In der durch eine mehr oder minder ausgeprägte Dogmenhörigkeit charakterisierten pluralistischen Gesellschaft unserer Zeit scheint die Wissenschaft die einzige gemeinsame Kommunikationsbasis zu sein. Die Sätze und Gesetze der Wissenschaft gelten in China genauso wie bei uns, in Schweden genauso wie in Spanien. Es wäre fatal für unsere Zukunft, wenn die Mehrzahl der Menschen die Struktur und die Bedeutung der Wissenschaft nicht begreifen lernte, sondern im Gestrüpp der Ideologien verhaftet bliebe.

¹ Hans Mohr, *Wissenschaft und menschliche Existenz*, 1967, S. 49.

