

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahrgang 2018

ISSN 2197-9197

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahrgang 2018

Herausgeber

Professor Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch und

Professor Dr. Thomas Würtenberger,

Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht der Universität Freiburg,

Dr. Cornelia Feldmann, Rechtsanwältin in Freiburg

in Verbindung mit

Dr. Nikolaus Blum, Oberkirchenrat, Leiter des Landesamtes der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern *Priv. Doz. Dr. Christian Picker, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München*

Professor Dr. Michael Fehling, LL.M., Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit Rechtsvergleichung, Bucerius Law School Hamburg *Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München*

Professor Dr. Max Emanuel Geis, Forschungsstelle für Wissenschafts- und Hochschulrecht, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg *Dr. Sarah Tarantino, Regierungspräsidium Freiburg*

Ministerialrat Prof. Dr. Volker M. Haug, Institut für Volkswirtschaftslehre und Recht, Universität Stuttgart *Professor Dr. Silja Vöneky, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsethik an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Mitglied des Deutschen Ethikrates*

Prof. Dr. Alexander Kurz, Mitglied des Vorstands der Fraunhofer Gesellschaft *Dr. Gerhard Werner, Rechtsanwalt in Freiburg*

Hartmut Maier, Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Münster *Dr. Frank Wertheimer, Rechtsanwalt in Lahr/Schwarzwald*

ISSN 2197-9197

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Impressum

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

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

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

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

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2018

Aufsätze

- I. Nike Schultheiß* Aufenthaltsrechte von drittstaatsangehörigen-Wissenschaftlern **3-18**
- II. Eva Barlösius/Nadja Bielezki* Der Wissensgesellschaft auf der Spur – das Leibniz Forschungszentrum Wissenschaft und Gesellschaft (LCSS) **19-22**
- III. Laura Wegmann* Befristete Erhöhung oder Verringerung der Arbeitszeit im Geltungsbereich des WissZeitVG **23-28**
- IV. Carsten Morgenroth* Replik auf Unger, OdW 2017, 273 (282ff.) **29-32**
- V. Peter Hommelhoff* Für eine wissenschaftsadäquate Kooperationsform – eine Heranführung **47-50**
- VI. Wolfram Eberbach* Eine Rechtsform für Wissenschaftskooperationen – Ausgangspunkte und Grundlagen **51-68**
- VII. Christian Haringa* Zwischen Völkerrecht und Frascati: Praktische Aspekte der Ausgestaltung internationaler Kooperationen am Deutschen Elektronen-Synchrotron (DESY) **69-74**
- VIII. Florian Schulz* Berichterstattung zur Diskussion im Anschluss an den Vortrag von Christian Haringa **75-76**

ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2018

Aufsätze

- IX. Max-Emanuel Geis* Forschungsk Kooperationen: Öffentliches oder Zivilrecht? – Positionsbestimmungen und Regelungszuständigkeiten **77-84**
- X. Johannes Lappe* Berichterstattung zur Diskussion im Anschluss an den Vortrag von Herrn Prof. Geis **85-86**
- XI. Stefan J. Geibel* Rechtsform und Zurechnungen zwischen Transparenz und Abschirmwirkung der Wissenschafts- und Forschungsk Kooperationen **87-96**
- XII. Johannes Lappe* Berichterstattung zur Diskussion im Anschluss an den Vortrag von Herrn Prof. Geibel **97-98**
- XIII. Florian Möslein* Privatrechtliche Regelungsfragen der wissenschaftlichen Kooperationsform: Angebot des Gesetzgebers oder selbstgestaltetes Recht **99-112**
- XIV. Pius O. Dolze* Berichterstattung zur Diskussion im Anschluss an den Vortrag von Prof. Dr. Florian-Möslein **113-114**
- XV. Christoph Kumpan* Die Governance einer Forschungsk Kooperationsgesellschaft – Struktur, Kompetenzen und Verfahren **115-124**

ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2018

Aufsätze

- XVI. *Lennart Göbel* Diskussionsbericht zum Vortrag von Prof. Dr. Christoph Kumpan **125-128**
- XVII. *Bernhard Ulrici* Geistiges Eigentum in Forschungsverbänden **129-158**
- XVIII. *Lennart Göbel* Diskussionsbericht zum Vortrag von Dr. Bernhard Ulrici **159-160**
- XIX. *Angela Kalous* Vernetztes Arbeiten und Personalzuordnung **161-168**
- XX. *Pius O. Dolzer/Johannes Lappe* Podiumsdiskussion zum Thema: „Wissenschaftliche Kooperationsform: Ein Gesetzgebungsprojekt?“ **169-172**
- XXI. *Matthias Bode* Zwischen Realität und Utopie: Die „Numerus clausus III“-Entscheidung des BVerfG **173-190**
- XXII. *Georg Sandberger* Zurück zur Professorenmehrheit – Anmerkungen zum Gesetz zur Weiterentwicklung des Hochschulrechts vom 13. März 2018 **191-200**
- XXIII. *Tobias Mandler/Laura Wegmann* Der Befristungsgrund gem. § 14 Abs. 2 TzBfG im Anwendungsbereich des WissZeitVG **201-212**

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2018

Aufsätze

- XXIV. *Arne Pautsch* Die Nichtzurechnung der Amtsmitglieder im Senat zur Hochschullehrergruppe – Zu Geltung und Grenzen des demokratischen Repräsentationsprinzips in der Hochschulselbstverwaltung **213-222**
- XXV. *Elke Luise Barnstedt* Die Verantwortung der Hochschulen für den wissenschaftlichen Nachwuchs **223-238**
- XXVI. *Jürgen Heß* 250. Geburtstag von Wilhelm von Humboldt Eine Ikonografie mit alternativfaktischer Einfärbung **239-242**
- XXVII. *Lothar Zechlin* Institutionelle Akkreditierung von Privathochschulen und Wissenschaftsfreiheit **253-262**
- XXVIII. *Manfred Löwisch/Andreas Schubert* Beschränkung befristeter Arbeitsverträge nach dem Koalitionsvertrag: Auswirkungen auf Hochschulen und Forschungseinrichtungen **263-274**
- XXIX. *Josef Franz Lindner* Das NC-Urteil des BVerfG vom 19.12.2017 aus grundrechtsdogmatischer Sicht **275-280**
- XXX. *Josef Pfeilschifter* Das NC-Urteil des BVerfG vom 19.12.2017 aus Sicht der universitären Ausbildung **281-284**

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2018

Aufsätze

- XXXI. *Louisa Specht* Die neue Schrankenregelung für Text und Data Mining und ihre Bedeutung für die Wissenschaft **285-290**
- XXXII. *Stefan Danz* Zur Offenlegung von Gutachternamen im Wissenschaftsbereich **291-300**
- XXXIII. *Frank Wertheimer* Forschungszulagen für Hochschullehrer – wer entscheidet? **301-304**

Anmerkungen zur Rechtsprechung

- I. *Frank Wertheimer* Rückforderung von Berufungs-Leistungsbezügen bei vorzeitigem Hochschulwechsel – BayVGH, Urt. vom 18.8.2017, 3 BV 16.132 **243-250**

Buchvorstellung

- I. *René Angelstein* Soziale Ungleichheit im Kontext des Hochschulqualifikations- und -verteilungsrechts an deutschen Hochschulen **33-38**
- II. *Tobias Mandler/Markus Meißner* Rezension Ulber/Preis: Kommentar zum Wissenschaftszeitvertragsgesetz **39-40**

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2018

Buchvostellung

- III. Evelina Will* Kommentierungen zum Wissenschaftszeitvertragsgesetz (WissZeitVG) – Ein aktueller Überblick **41-42**

Berichte

- I. Manfred Löwisch* Streit um die Zweitveröffentlichungspflicht geht zum Bundesverfassungsgericht **43-44**
- II. Evelina Will* Der Brexit und die Forschung in der EU – Ein Update anlässlich des Weißbuchs der britischen Regierung vom 12. Juli 2018 **305-306**

Ausgegraben

- I. Andreas Heldrich* Vanitas vanitatum und die Hochschulreform **45-46**
- II. Gerhard Kaiser* Vorlesung ja oder nein? **251-252**
- III. Friedrich Paulsen* Die drei Grundtypen der Universitäten in historischer Perspektive **307-308**

Grußwort des Rektors der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Fünf Jahre OdW

Ein Forum für Recht von Wissenschaft, Forschung und Lehre in seiner ganzen Breite in Form einer online-Zeitschrift, die kostenfrei und öffentlich zugänglich ist – das war auf Initiative der Freiburger Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht die Gründungsidee der Freiburger Herausgeber, Prof. Dr. Dr. h.c. *Manfred Löwisch*, Prof. Dr. *Thomas Würtenberger* und Rechtsanwältin Dr. *Cornelia Feldmann*, als sie die ‚Ordnung der Wissenschaft‘ vor fünf Jahren nach dem Open Access-Prinzip ins Leben riefen.

Seitdem erfreut sich die Zeitschrift als Pionier auf dem deutschen Markt der rechtswissenschaftlichen Zeitschriften einer weiten Verbreitung und einem immer größer werdenden Kreis an Lesern und Abonnenten. Dazu zählen nicht nur Mitglieder der Wissenschaftsforschung, sondern auch zahlreiche Beschäftigte der Hochschul- und Wissenschaftsverwaltung.

Ihren großen Erfolg verdankt die OdW dabei nicht nur ihrem einzigartigen interdisziplinären Profil, wonach die gestellten wissenschaftsrelevanten Fragen unter rechtswissenschaftlichen, politikwissenschaftlichen und philosophischen Gesichtspunkten fächerübergreifend diskutiert werden. Als Online-Zeitschrift greift sie auch auf eindrucksvolle Weise neueste Entwicklungen und

Geschehnisse rasch auf, stellt sie zur Diskussion, macht aktuelle Rechtsfälle und Gerichtsentscheidungen einer breiten Öffentlichkeit verständlich.

Die bisherigen inhaltlichen Schwerpunkte umfassten die Reform der Hochschulorganisation, die Akkreditierungsverfahren, Open Access, Formen wissenschaftlicher Kooperation, das Wissenschaftszeitvertragsrecht, das Prüfungsrecht oder die Zulassung zum Studium sowie ein Sonderheft zur biosicherheitsrelevanten Forschung – um nur einige zu nennen. Man darf also gespannt sein, welche weiteren Themen in den kommenden Jahren zu lesen sein werden.

Den Herausgebern und der Redaktion der ‚Ordnung der Wissenschaft‘ möchte ich an dieser Stelle zum Jubiläum dieser erfolgreichen Internetzeitschrift zu Grundsatzzfragen von Wissenschaftsrecht und Wissenschaftspolitik ganz herzlich gratulieren und alles Gute für eine erfolgreiche Weiterführung wünschen, sowie den Leserinnen und Lesern dieser Ausgabe viel Freude bei der Lektüre.

Prof. Dr. Dr. h.c. Hans-Jochen Schiewer
Rektor der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

Nike Schultheiß

Aufenthaltsrechte von drittstaatsangehörigen Wissenschaftlern

- I. Einleitung
- II. Allgemeine Voraussetzungen
- III. Aufenthaltserlaubnis zur Forschung (§ 20 AufenthG)
 - 1. Allgemeines
 - 2. Verhältnis zu anderen Aufenthaltstiteln
 - 3. Voraussetzungen
 - 4. Umfang
 - 5. Geltungsdauer
 - 6. Verlängerung und Arbeitsplatzsuche
 - 7. Mobilität in andere EU-Mitgliedstaaten
- IV. Aufenthaltserlaubnis für mobile Forscher (§ 20b AufenthG)
- V. Kurzfristige Mobilität von Forschern (§ 20a AufenthG)
- VI. Blaue Karte EU (§19a AufenthG)
 - 1. Allgemeines
 - 2. Anwendungsbereich
 - 3. Voraussetzungen
 - 4. Geltungsdauer
 - 5. Mobilität in andere EU-Mitgliedstaaten
- VII. Aufenthaltserlaubnis zur Erwerbstätigkeit (§ 18 AufenthG)
 - 1. Allgemeines
 - 2. Voraussetzungen
 - 3. Anwendungsbereich neben § 20 AufenthG
- VIII. Aufenthaltserlaubnis zur selbständigen Tätigkeit (§ 21 AufenthG)
 - 1. Allgemeines
 - 2. Absolventen deutscher Hochschulen, Wissenschaftler und Forscher
- IX. Aufenthaltserlaubnis zum Studium (§ 16 AufenthG)
 - 1. Allgemeines
 - 2. Voraussetzungen
 - 3. Verhältnis zu anderen Aufenthaltstiteln
 - 4. Geltungsdauer
 - 5. Verlängerung und Zweckwechsel
 - 6. Mobilität in andere EU-Mitgliedstaaten

- 7. Aufenthaltserlaubnis zu Studienzwecken außerhalb der REST-Richtlinie
- X. Kurzfristige Mobilität von Studenten (§ 16a AufenthG)
- XI. Familiennachzug
- XII. Niederlassungserlaubnis
 - 1. Allgemeines
 - 2. Niederlassungserlaubnis für besonders Hochqualifizierte (§ 19 AufenthG)
 - a) Allgemeines
 - b) Anwendungsbereich neben 20 AufenthG
 - c) Voraussetzungen
 - d) Ermessen
- XIII. Zusammenfassung und Bewertung

I. Einleitung

Der Beitrag befasst sich mit den verschiedenen Möglichkeiten für drittstaatsangehörige Wissenschaftler, sich zum Zweck der Erwerbstätigkeit oder des Studiums rechtmäßig in Deutschland aufzuhalten. Drittstaatsangehörige sind Personen, die nicht Staatsangehörige eines Mitgliedsstaats der Europäischen Union sind (vgl. Art. 1 Schengener Durchführungsübereinkommen).

Aufenthaltsmöglichkeiten für drittstaatsangehörige Wissenschaftler richten sich nach dem Aufenthaltsgesetz (AufenthG), das je nach Tätigkeit der Wissenschaftler verschiedene Aufenthaltstitel vorsieht.¹

Ein besonderer Fokus des Beitrags liegt auf den Neuerungen des AufenthG durch die Richtlinie 2016/801/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2016 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zu Forschungs- oder Studienzwecken, zur Absolvierung eines Praktikums, zur Teilnahme an einem Freiwilligendienst, Schüleraustauschprogrammen oder Bildungsvorhaben und zur Ausübung einer Aupair-Tätigkeit (sog. REST-Richtlinie²). Die REST-Richtlinie ersetzt die bisherige Studenten-Richtlinie³ und

1 Neben den im Beitrag erläuterten Aufenthaltstiteln haben Drittstaatsangehörige die Möglichkeit einen Aufenthaltstitel zur Ausübung eines Praktikums (§ 18 Abs. 3 AufenthG o. § 17b AufenthG) oder zur Arbeitsplatzsuche (§ 18c AufenthG) zu erhalten. Führungskräfte, Spezialisten oder Trainees können sich zudem im Wege eines unternehmensinternen Transfers im Bundesgebiet aufhalten (§§ 19b-d AufenthG). Letztere Regelungen fußen auf der Umsetzung der Richtlinie 2014/66/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen im Rahmen eines unternehmensinternen Transfers (ICT-Richtlinie).

Im Folgenden soll hierauf nicht eingegangen werden.

2 Die REST-Richtlinie ist am 22. Mai 2016 in Kraft getreten. Mit dem am 01. August 2017 in Kraft getretenen Gesetz zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union zur Arbeitsmigration wurde die Richtlinie in nationales Recht umgesetzt.

3 Richtlinie 2004/114/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 über die Bedingungen für die Zulassung von Drittstaatsangehörigen zur Absolvierung eines Studiums oder zur Teilnahme an einem Schüleraustausch, einer unbezahlten Ausbildungsmaßnahme oder einem Freiwilligendienst.

Forscher-Richtlinie.⁴ Sie verfolgt das Ziel, die bestehenden Rechtsvorschriften für diese Gruppen zu vereinfachen und in einem Rechtsakt zusammenzufassen.⁵

II. Allgemeine Voraussetzungen

Um in das Bundesgebiet rechtmäßig einreisen und sich darin aufhalten zu dürfen, bedürfen Drittstaatsangehörige grundsätzlich einer Erlaubnis, die in Form eines Aufenthaltstitels erteilt wird (§ 4 AufenthG).

Für die Einreise und den Aufenthalt zur Erwerbstätigkeit ist für Drittstaatsangehörige grundsätzlich die Erteilung eines nationalen Visums durch die zuständige Auslandsvertretung erforderlich, das grundsätzlich keiner Zustimmung der für den vorgesehenen Aufenthaltsort zuständigen Ausländerbehörde bedarf, wenn der Ausländer sich zuvor noch nicht mit einem nationalen Visum in Deutschland aufgehalten hat (§§ 6 Abs. 3, 71 Abs. 2 AufenthG, 31 Abs. 1 Nr. 1 AufenthV). Bei Studenten, Forschern, die eine Aufnahmevereinbarung mit einer vom Bundesamt für Migration und Flüchtlinge anerkannten Forschungseinrichtung abgeschlossen haben, sowie in bestimmten Fällen bei Wissenschaftlern, ist generell keine Zustimmung der Ausländerbehörde erforderlich (§ 34 AufenthV). Staatsangehörige von Australien, Israel, Japan, Kanada, der Republik Korea, von Neuseeland und der Vereinigten Staaten von Amerika können visumfrei in das Bundesgebiet einreisen und den erforderlichen Aufenthaltstitel nach der Einreise im Inland einholen (§ 41 AufenthV).

Nach der Einreise muss bei der örtlich zuständigen Ausländerbehörde eine Aufenthaltserlaubnis beantragt werden. Die Aufenthaltserlaubnis ist ein befristeter Aufenthaltstitel, der für unterschiedliche Aufenthaltszwecke erteilt wird (§ 7 AufenthG).

Bei der Erteilung und Verlängerung aller Aufenthaltstitel müssen stets die allgemeinen Voraussetzungen nach § 5 AufenthG vorliegen, sofern nicht ausnahmsweise hiervon abgesehen werden kann. Hierzu gehören die Sicherung des Lebensunterhaltes, die Klärung der Identität und Staatsangehörigkeit des Ausländers, das Nichtbestehen eines Ausweisungsinteresses, die Erfüllung der Passpflicht und die Einreise mit dem erforderlichen Visum. Unterlagen und Angaben müssen grundsätzlich in deutscher Sprache vorgelegt werden (§ 23 LVwVfG).

4 Richtlinie 2005/71/EG des Rates vom 12. Oktober 2005 über ein besonderes Zulassungsverfahren für Drittstaatsangehörige zum Zwecke der wissenschaftlichen Forschung.

5 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 2 der REST-Richtlinie.

6 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 8 der REST-Richtlinie.

7 Fehrenbacher, HTK-AuslR, Stand: 20.04.2012, § 20 AufenthG, zu Abs. 1 Rn. 3.

III. Aufenthaltserlaubnis zur Forschung (§ 20 AufenthG)

1. Allgemeines

§ 20 AufenthG sieht einen Aufenthaltstitel zur Forschung vor und wurde im Rahmen der Umsetzung der REST-Richtlinie neu gefasst. Er dient der Umsetzung von Artikel 8 der REST-Richtlinie, dessen Zweck es ist, die allgemeine Wettbewerbsfähigkeit der Union zu stärken sowie einen offenen Arbeitsmarkt für Forscher zu schaffen, in dem diese sich frei bewegen und wissenschaftliche Erkenntnisse und Technologien ungehindert zirkulieren können.⁶ Die Regelung des § 20 AufenthG bietet Forschern einen erleichterten Zugang, da die Ausländerbehörde bzw. Auslandsvertretung nach Vorlage einer wirksamen Aufnahmevereinbarung nur noch die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen prüft.⁷ Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 20 AufenthG kommt insbesondere an Forscher, Assistenten, wissenschaftliche Mitarbeiter, Gastwissenschaftler und Postdoktoranden, die ein Forschungsvorhaben durchführen, in Betracht.

2. Verhältnis zu anderen Aufenthaltstiteln

Ausländer, die im Besitz einer Blauen Karte EU sind (siehe dazu VI.), kann keine Aufenthaltserlaubnis für Forscher nach § 20 AufenthG erteilt werden (§ 20 Abs. 6 Nr. 8 AufenthG). Art. 2g der REST-Richtlinie sieht vor, dass Drittstaatsangehörige vom Anwendungsbereich der Richtlinie (und damit auch des § 20 AufenthG) ausgeschlossen sind, wenn sie als hochqualifizierte Arbeitnehmer im Sinne der Hochqualifizierten-Richtlinie zugelassen werden. Daher haben Ausländer bei der Ersterteilung ein Wahlrecht, ob sie eine Blaue Karte EU oder eine Aufenthaltserlaubnis für Forscher beantragen. Die Blaue Karte EU bietet Mobilitätsrechte innerhalb und außerhalb der Europäischen Union und hat den Vorteil, dass schneller eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden kann (siehe VI. 5. und XII. 1.). Die Aufenthaltserlaubnis nach § 20 AufenthG bietet dagegen die Vorteile der kurzfristigen Mobilität sowie die Möglichkeit, im Anschluss an den Abschluss des Forschungsvorhabens einen Aufenthaltstitel zu Zwecken der Arbeitssuche zu erhalten (siehe III. 6. und V.).⁸

8 Vgl. S. 20 f. der Anwendungshinweise des Bundesministeriums des Innern zu Gesetz und Verordnung zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union zur Arbeitsmigration vom 14. Juli 2017, M3-12201/2#14.

Ausländer, die einen Antrag auf Zuerkennung internationalen Schutzes (Flüchtlingseigenschaft oder subsidiärer Schutzstatus) gestellt haben oder denen internationaler Schutz gewährt wurde, sind ebenfalls vom Anwendungsbereich ausgeschlossen (§ 20 Abs. 6 Nr. 1 AufenthG). Einem Ausländer, der in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union als international Schutzberechtigter anerkannt wurde, kann allerdings eine Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Forschung erteilt werden, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 erfüllt sind und er sich mindestens zwei Jahre nach Erteilung der Schutzberechtigung in diesem Mitgliedstaat aufgehalten hat (§ 20 Abs. 8 AufenthG). Auch Ausländer, die von einer Forschungseinrichtung in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union an eine deutsche Forschungseinrichtung als Arbeitnehmer entsandt werden oder im Besitz einer Erlaubnis zum Daueraufenthalt - EU sind, können keine Aufenthaltserlaubnis nach § 20 AufenthG erhalten (§ 20 Abs. 6 Nr. 5 und 6 AufenthG).

Zudem sind Ausländer, deren Forschungstätigkeit Bestandteil eines Promotionsstudiums ist, vom Anwendungsbereich ausgeschlossen (§ 20 Abs. 6 Nr. 4 AufenthG). Doktoranden, die Forschungstätigkeiten im Zusammenhang mit ihrer Dissertation durchführen, gelten als Studenten und fallen in den Anwendungsbereich des § 16 AufenthG (siehe IX.). Doktoranden können aber in den Anwendungsbereich des § 20 AufenthG fallen, wenn sie auch die Rechtsstellung eines Forschers besitzen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Dissertation im Rahmen einer Forschungstätigkeit, für die eine Aufnahmevereinbarung wirksam abgeschlossen wurde, erstellt wird.

3. Voraussetzungen

Nach § 20 Abs. 1 AufenthG wird einem Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis nach der REST-Richtlinie zum Zweck der Forschung erteilt, wenn er eine wirksame Aufnahmevereinbarung oder einen entsprechenden Vertrag zur Durchführung eines Forschungsvorhabens mit einer Forschungseinrichtung abgeschlossen hat. Inhalt und Voraussetzungen der Aufnahmevereinbarung sind in § 38f Aufenthaltsverordnung (AufenthV) festgelegt. Wurde die Vereinbarung oder der Vertrag mit einer anerkannten Forschungseinrichtung abgeschlossen, ist die Aufenthaltserlaubnis innerhalb von 60 Tagen nach Antragstellung zu erteilen (§ 20 Abs. 1 S. 2 AufenthG).

Forscher sind nach Artikel 3 Nr. 2 der REST-Richtlinie Drittstaatsangehörige, die über einen Doktorgrad oder einen geeigneten Hochschulabschluss, der diesem Drittstaatsangehörigen den Zugang zu Doktoratsprogrammen ermöglicht, verfügen und von einer Forschungseinrichtung ausgewählt und in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zugelassen werden, um eine Forschungstätigkeit, für die normalerweise ein solcher Abschluss erforderlich ist, auszuüben. Forschung ist jede systematisch betriebene schöpferische und rechtlich zulässige Tätigkeit, die den Zweck verfolgt, den Wissensstand zu erweitern, einschließlich der Erkenntnisse über den Menschen, die Kultur und die Gesellschaft, oder solches Wissen einzusetzen, um neue Anwendungsmöglichkeiten zu finden (§ 38a Abs. 1 S. 2 AufenthV). Forschung umfasst hierbei Grundlagenforschung, angewandte Forschung sowie experimentelle Entwicklung.⁹

Die Einrichtung muss entweder vom Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) anerkannt sein oder Forschung betreiben. Die Voraussetzungen für die Anerkennung sind in § 38a AufenthV geregelt. Staatliche oder staatlich anerkannte Hochschulen oder andere Forschungseinrichtungen, deren Tätigkeit überwiegend aus öffentlichen Mitteln finanziert wird, gelten seit der Gesetzesänderung als anerkannte Forschungseinrichtungen (§ 38a Abs. 4a AufenthV). Da diese bereits andere Anerkennungsverfahren durchlaufen haben, müssen sie nicht als Forschungseinrichtungen nach §§ 38 a ff. AufenthV anerkannt werden.¹⁰ Eine Liste der anerkannten Forschungseinrichtungen kann auf der Homepage des BAMF abgerufen werden.¹¹

Die Forschungseinrichtung muss sich schriftlich zur Übernahme der Kosten verpflichtet haben, die öffentlichen Stellen bis zu sechs Monate nach der Beendigung der Aufnahmevereinbarung für den Lebensunterhalt des Ausländers während eines unerlaubten Aufenthalts in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder seine Abschiebung entstehen. Hiervon soll abgesehen werden, wenn die Tätigkeit der Forschungseinrichtung überwiegend aus öffentlichen Mitteln finanziert wird bzw. kann abgesehen werden, wenn an dem Forschungsvorhaben ein besonderes öffentliches Interesse besteht (§ 20 Abs. 2 AufenthG). Bei öffentlichen Hochschulen wird von der Verpflichtung demnach in der Regel abgesehen.

9 Vgl. S. 21 der Anwendungshinweise des Bundesministeriums des Innern zu Gesetz und Verordnung zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union zur Arbeitsmigration vom 14. Juli 2017, M3-12201/2#14.

10 Begründung zu Artikel 1 Nr. 5c des Verordnungsentwurfs zu § 38a AufenthV, BR-Drs. 359/17 S. 42.

11 http://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Downloads/Infothek/Forschung/ListenAnerkennungsverfahren/001-liste-der-erkennung_xls.html?nn=1367088 (27.11.2017).

Die Aufenthaltserlaubnis darf nicht erteilt werden, wenn die aufnehmende Forschungseinrichtung hauptsächlich zu dem Zweck gegründet wurde, die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern zu erleichtern. Darüber hinaus kann die Ausländerbehörde die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis bei der Erfüllung verschiedener Insolvenztatbestände im Ermessenswege versagen (§ 20c Abs. 1 und 2 AufenthG).

4. Umfang

Die Aufenthaltserlaubnis berechtigt zur Aufnahme der Forschungstätigkeit bei der Forschungseinrichtung und zur Aufnahme von Tätigkeiten in der Lehre. Änderungen des Forschungsvorhabens während des Aufenthalts führen nicht zum Wegfall dieser Berechtigung (§ 20 Abs. 5 AufenthG). Der Aufenthaltstitel berechtigt zur Aufnahme der Erwerbstätigkeit für die in der Aufnahmevereinbarung bezeichnete Forschungstätigkeit sowie zur unbeschränkten Lehrtätigkeit. Er ist nicht an die Durchführung eines spezifischen Forschungsvorhabens gebunden. Eine Änderung der Zielrichtung oder des Forschungsansatzes führt nicht zum Verlust der Aufenthaltserlaubnis, sofern die zugrunde liegende Tätigkeit dem in der Forscherrichtlinie definierten Begriff der Forschung weiterhin entspricht.¹²

5. Geltungsdauer

Die Aufenthaltserlaubnis wird für mindestens ein Jahr erteilt. Nimmt der Ausländer an einem Unions- oder multilateralen Programm mit Mobilitätsmaßnahmen teil, so wird die Aufenthaltserlaubnis für mindestens zwei Jahre erteilt. Wenn das Forschungsvorhaben in einem kürzeren Zeitraum durchgeführt wird, wird die Aufenthaltserlaubnis abweichend hiervon auf die Dauer des Forschungsvorhabens befristet, im Falle der Teilnahme an einem Unions- oder multilateralen Programm auf mindestens ein Jahr (§ 20 Abs. 4 AufenthG).

Die Aufenthaltserlaubnis kann widerrufen werden, wenn die Forschungseinrichtung, mit der der Ausländer eine Aufnahmevereinbarung abgeschlossen hat, ihre Anerkennung verliert, wenn er an einer Handlung beteiligt war, die zum Verlust der Anerkennung geführt hat, der Ausländer keine Forschung mehr betreibt oder betreiben darf oder wenn er nicht mehr die Erteilungsvoraussetzungen des § 20 AufenthG erfüllt (§ 52 Abs. 4 AufenthG).

6. Verlängerung und Arbeitsplatzsuche

Nach Abschluss der Forschungstätigkeit wird die Aufenthaltserlaubnis zwingend um bis zu neun Monate zur

Suche einer der Qualifikation des Forschers entsprechenden Erwerbstätigkeit verlängert, sofern der Abschluss von der aufnehmenden Einrichtung bestätigt wurde und diese Erwerbstätigkeit nach den Bestimmungen der §§ 18, 19, 19a, 20 und 21 AufenthG von einem Ausländer aufgenommen werden darf. Während dieses Zeitraums berechtigt die Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit (§ 20 Abs. 7 AufenthG).

Im Übrigen richtet sich die Verlängerung nach den allgemeinen Vorschriften. Nach § 8 AufenthG finden auf die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis dieselben Vorschriften Anwendung wie auf die Erteilung. Die Aufenthaltserlaubnis wird daher verlängert, wenn die Voraussetzungen weiter vorliegen. Dies entspricht der Vorgabe von Art. 18 Abs. 1 S. 2 der REST-Richtlinie, nach der der Aufenthaltstitel verlängert wird, wenn keine Entziehungs- oder Versagungsgründe nach Art. 21 der Richtlinie vorliegen.

7. Mobilität in andere EU-Mitgliedstaaten

Der Aufenthaltstitel berechtigt dazu, für einen gewissen Zeitraum in einer Einrichtung in einem anderen EU-Mitgliedstaat¹³ zu forschen (sog. Mobilität, Art. 28 REST-Richtlinie). Die Modalitäten sind in den jeweiligen Gesetzen der anderen EU-Mitgliedstaaten geregelt.

IV. Kurzfristige Mobilität von Forschern (§ 20a AufenthG)

Artikel 28 und 31 der REST-Richtlinie enthalten Regelungen über die (kurzfristige) Mobilität von Forschern und Studenten. Verfügen diese über einen gültigen Aufenthaltstitel eines Mitgliedstaates, können sie sich ohne die Erteilung eines weiteren Aufenthaltstitels in einem zweiten Mitgliedstaat für einen bestimmten Zeitraum zum Zweck der Forschung oder des Studiums aufhalten. Die Mitgliedstaaten haben die Möglichkeit, ein Mitteilungsverfahren für die kurzfristige Mobilität einzuführen, wovon hat der deutsche Gesetzgeber Gebrauch gemacht hat (§§ 16a, 20a AufenthG).

Besitzen Ausländer bereits einen Aufenthaltstitel eines anderen EU-Mitgliedstaates zu Zwecken der Forschung, der im Anwendungsbereich der REST-Richtlinie erteilt wurde, und möchten einen Teil ihres Forschungsvorhabens für die Dauer von bis zu 180 Tagen innerhalb eines Zeitraums von 360 Tagen in Deutschland durchführen, benötigen sie keine nationale Aufenthaltserlaubnis. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die aufnehmende Forschungseinrichtung dem BAMF unter

¹² BT-Drs. 16/2088 S. 10 f.

¹³ Das Vereinigte Königreich, Irland und Dänemark sind jedoch

nicht zur Anwendung der Richtlinie verpflichtet, vgl. Erwägungsgründe 65 und 66 der REST-Richtlinie.

Vorlage verschiedener Nachweise mitgeteilt hat, dass der Ausländer beabsichtigt, einen Teil seiner Forschungstätigkeit im Bundesgebiet durchzuführen (§ 20a Abs. 1 AufenthG). Das BAMF prüft lediglich die Vollständigkeit der Unterlagen und leitet sie an die örtlich zuständige Ausländerbehörde weiter. Innerhalb von 30 Tagen nach Zugang der vollständigen Mitteilung muss die Ausländerbehörde entscheiden, ob Ablehnungsgründe, wie z.B. die Erfüllung verschiedener Insolvenztatbestände oder gefälschte Unterlagen vorliegen oder ob die aufnehmende Forschungseinrichtung hauptsächlich zu dem Zweck gegründet wurde, die Einreise zum Zweck der Forschung zu erleichtern. Nach Ablauf der Frist kann eine Ablehnung nur erfolgen, wenn ein Ausweisungsinteresse besteht (§ 20c Abs. 3 S. 2 und 3 AufenthG).

Das BAMF stellt dem Ausländer eine Bescheinigung über die Berechtigung zur Einreise und zum Aufenthalt zum Zweck der Forschung im Rahmen der kurzfristigen Mobilität aus.

Teilt der Ausländer parallel zur Antragstellung in dem anderen Mitgliedstaat mit, dass er beabsichtigt, einen Teil seiner Forschungstätigkeit in Deutschland durchzuführen und legt die entsprechenden Unterlagen vor, kann er nach Ablauf der 30-Tages-Frist und Erteilung des Aufenthaltstitels des anderen EU-Mitgliedstaats jederzeit einreisen und sich im Bundesgebiet zum Zweck der Forschung aufhalten (§ 20a Abs. 2 S. 1 AufenthG). Erfolgt die Mitteilung zu einem späteren Zeitpunkt, kann der Ausländer nach Zugang der Mitteilung jederzeit einreisen und sich im Bundesgebiet zum Zweck der Forschung aufhalten, sofern der Aufenthaltstitel des anderen EU-Mitgliedstaats gültig ist (§ 20a Abs. 2 S. 2 AufenthG). Werden die Einreise und der Aufenthalt nach § 20c Absatz 3 AufenthG abgelehnt, muss der Ausländer die Forschungsstätigkeit unverzüglich einstellen (§ 20a Abs. 5 S. 1 AufenthG).

V. Aufenthaltserlaubnis für mobile Forscher (§ 20b AufenthG)

Besitzen Ausländer bereits einen Aufenthaltstitel eines anderen EU-Mitgliedstaates zu Zwecken der Forschung, der im Anwendungsbereich der REST-Richtlinie erteilt wurde, und möchten einen Teil ihres Forschungsvorhabens für die Dauer von mehr als 180 Tagen und höchstens einem Jahr in Deutschland durchführen, kommt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 20b AufenthG in Betracht. Neben dem gültigen Aufenthaltstitel

ist hierfür die Vorlage der Aufnahmevereinbarung oder des Vertrages, die oder der mit der aufnehmenden Forschungseinrichtung im Bundesgebiet geschlossen wurde, sowie eine Kopie des anerkannten und gültigen Passes oder Passersatzes erforderlich. Die Aufenthaltserlaubnis berechtigt zur Aufnahme der Forschungstätigkeit bei der Forschungseinrichtung und zur Aufnahme von Tätigkeiten in der Lehre (§§ 20b Abs. 3, 20 Abs. 5 AufenthG). Liegen die Voraussetzungen vor, besteht auf die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis ein Rechtsanspruch.

§ 20b Abs. 2 AufenthG sieht eine Erlaubnisfiktion vor. Wenn der Antrag auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis mindestens 30 Tage vor Beginn des Aufenthalts im Bundesgebiet gestellt wird und der Aufenthaltstitel des anderen Mitgliedstaats weiterhin gültig ist, gelten der Aufenthalt und die Beschäftigung im Bundesgebiet ab der Einreise für bis zu 180 Tage innerhalb eines Zeitraums von 360 Tagen als erlaubt.

Im Übrigen gelten die gleichen Ablehnungs- und Wiedereinreisegründe wie bei der Aufenthaltserlaubnis für Forscher nach § 20 AufenthG (siehe III. 3. und III. 5.). Schließlich wird nach Abschluss der Forschungstätigkeit die Aufenthaltserlaubnis ebenfalls zwingend um bis zu neun Monate zur Suche einer der Qualifikation des Forschers entsprechenden Erwerbstätigkeit verlängert (§§ 20b Abs. 5, 20 Abs. 7 AufenthG).

VI. Blaue Karte EU (§ 19a AufenthG)

1. Allgemeines

In Umsetzung der Hochqualifizierten-Richtlinie¹⁴ wurde am 01.08.2012 mit § 19a AufenthG die Blaue Karte EU als neuer Aufenthaltstitel eingeführt. Die Blaue Karte EU dient dem Zweck, einem Fachkräftemangel entgegenzuwirken und hochqualifizierten Drittstaatsangehörigen den Aufenthalt in der Europäischen Union zu ermöglichen. Die Blaue Karte EU ist ein befristeter Aufenthaltstitel zur Ausübung einer Beschäftigung für qualifizierte Fachkräfte mit Weiterwanderungsmöglichkeit in einen weiteren EU-Mitgliedstaat.

Die Blaue Karte EU richtet sich an Hochqualifizierte und nicht speziell an Wissenschaftler. Da Ausländer, die sowohl die Voraussetzungen des § 20 AufenthG als auch des § 19a AufenthG erfüllen, bei der Ersterteilung ein Wahlrecht haben, ob sie eine Blaue Karte EU oder eine Aufenthaltserlaubnis für Forscher beantragen (III. 2.), werden im Folgenden die Voraussetzungen dargestellt. Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 19a Auf-

14 Richtlinie 2009/50/EG des Rates vom 25. Mai 2009 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung;

näher hierzu *Kuczynski/Solka*, Die Hochqualifiziertenrichtlinie, ZAR 2009, 219.

enthG kommt insbesondere an Wissenschaftler in Betracht, die die im Folgenden aufgeführten Mindestgehälter erfüllen.

2. Anwendungsbereich

§ 19a Abs. 5 AufenthG führt verschiedene Personengruppen auf, die vom Anwendungsbereich der Blauen Karte EU ausgeschlossen sind.

3. Voraussetzungen

Einem Ausländer wird zum Zweck einer seiner Qualifikation angemessenen Beschäftigung eine Blaue Karte EU erteilt, wenn er einen deutschen, einen anerkannten ausländischen oder einen einem deutschen Hochschulabschluss vergleichbaren ausländischen Hochschulabschluss besitzt und die Bundesagentur für Arbeit nach § 39 AufenthG zugestimmt hat oder durch Rechtsverordnung nach § 42 AufenthG oder zwischenstaatliche Vereinbarung bestimmt ist, dass die Blaue Karte EU ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit erteilt werden kann.

Zudem muss er einen Arbeitsvertrag oder ein verbindliches Arbeitsplatzangebot mit einem bestimmten Mindestgehalt vorlegen (§§ 19a, 18 Abs. 5 AufenthG). Die Mindestgehälter sind in § 2 Beschäftigungsverordnung (BeschV) geregelt, orientieren sich an der Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung und ändern sich jährlich. 2017 beträgt das jährliche Mindestbruttogehalt 50.800 Euro. Wird diese Mindestgehaltsgrenze erfüllt, bedarf die Erteilung der Blauen Karte EU nicht der Zustimmung durch die Bundesagentur für Arbeit (§ 2 Abs. 1 Nr. 2a BeschV). Für Mangelberufe (Naturwissenschaftler, Mathematiker, Ingenieure, Ärzte und IT-Fachkräfte) wird eine Gehaltsgrenze von 39.624 Euro brutto zu Grunde gelegt.¹⁵ Verfügt der Ausländer über einen inländischen Hochschulabschluss bedarf die Erteilung der Blauen Karte EU auch in Mangelberufen mit der geringeren Gehaltsgrenze nicht der Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit (§ 2 Abs. 1 Nr. 2b BeschV). Informationen zur Bewertung ausländischer Hochschulabschlüsse sowie zu ihrer Vergleichbarkeit mit deutschen Hochschulabschlüssen sind über die Datenbank ANABIN zugänglich.¹⁶ Erfüllt ein Ausländer die Voraussetzungen der §§ 19a und 5 AufenthG hat er einen Rechtsanspruch auf die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis.

4. Geltungsdauer

Die Blaue Karte EU wird bei erstmaliger Erteilung auf höchstens vier Jahre befristet. Beträgt die Dauer des

Arbeitsvertrags weniger als vier Jahre, wird die Blaue Karte EU für die Dauer des Arbeitsvertrags zuzüglich dreier Monate ausgestellt oder verlängert (§ 19a Abs. 3 AufenthG).

5. Mobilität

Grundsätzlich erlöschen Aufenthaltstitel, wenn der Ausländer aus dem Bundesgebiet ausgereist und nicht innerhalb von sechs Monaten oder einer von der Ausländerbehörde bestimmten längeren Frist wieder eingereist ist (§ 51 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG). Inhaber einer Blauen Karte EU und ihre Familienangehörigen können sich aber bis zu zwölf aufeinander folgende Monate im Nicht-EU-Ausland aufhalten, ohne dass ihre Aufenthaltserlaubnis erlischt (§ 51 Abs. 10 AufenthG).

Wer seit mindestens 18 Monaten eine Blaue Karte EU eines anderen Mitgliedstaates der EU besitzt, kann visumfrei in einen anderen Mitgliedstaat einreisen und innerhalb eines Monats eine Blaue Karte EU für diesen Mitgliedstaat beantragen (§ 39 S. 1 Nr. 7 AufenthV).¹⁷

VII. Aufenthaltserlaubnis zur Erwerbstätigkeit (§ 18 AufenthG)

1. Allgemeines

Die Zulassung ausländischer Beschäftigter orientiert sich an den Erfordernissen des Wirtschaftsstandortes Deutschland unter Berücksichtigung der Situation am Arbeitsmarkt und der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit (§ 18 Abs. 1 AufenthG). Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 18 Abs. 4 AufenthG zum Zwecke der Beschäftigung kommt insbesondere an wissenschaftliche Mitarbeiter, Gastwissenschaftler und Gastprofessoren in Betracht.

2. Voraussetzungen

Einem Ausländer kann ein Aufenthaltstitel zur Ausübung einer Beschäftigung erteilt werden, wenn die Bundesagentur für Arbeit nach § 39 AufenthG zugestimmt hat oder durch Rechtsverordnung nach § 42 AufenthG oder zwischenstaatliche Vereinbarung bestimmt ist, dass die Ausübung der Beschäftigung ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zulässig ist (§ 18 Abs. 2 AufenthG). Ein Aufenthaltstitel zur Ausübung einer Beschäftigung, die eine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzt, darf nur für eine Beschäftigung in einer Berufsgruppe erteilt werden, die durch Rechtsverordnung nach § 42 AufenthG zugelassen worden ist (§ 18 Abs. 4 AufenthG). Zudem muss ein konkretes Arbeits-

¹⁵ Bundesministeriums des Innern, Bekanntmachung zu § 2 Absatz 4 der Beschäftigungsverordnung über die Mindestgehälter für die Blaue Karte EU vom 09. Dezember 2016 im Bundesanzeiger,

BAnz AT 23.12.2016 B4.

¹⁶ www.anabin.kmk.org (27.11.2017).

¹⁷ Vgl. Art. 18 und 19 der Hochqualifizierten-Richtlinie.

platzangebot vorliegen und eine Berufsausübungserlaubnis, soweit diese vorgeschrieben ist, erteilt oder ihre Erteilung zugesagt worden sein (§ 18 Abs. 5 AufenthG). Eine qualifizierte Berufsausbildung liegt vor, wenn die Ausbildungsdauer mindestens zwei Jahre beträgt (§ 6 Abs. 1 S. 2 BeschV).

Die Erteilung dieses Aufenthaltstitels kommt insbesondere an Ausländer in Betracht, die sich zu reinen Lehrtätigkeiten in Deutschland aufhalten möchten. Zwar berechtigt die Aufenthaltserlaubnis für Forscher nach § 20 Abs. 5 AufenthG zur Aufnahme der Forschungstätigkeit und zur Aufnahme von Tätigkeiten in der Lehre. § 20 Abs. 1 AufenthG setzt aber eine wirksame Aufnahmevereinbarung oder einen entsprechenden Vertrag zur Durchführung eines Forschungsvorhabens voraus. Hierfür ist nicht ausreichend, dass lediglich Lehrtätigkeiten ausgeübt werden sollen.¹⁸

In zahlreichen Fällen wird vom Zustimmungserfordernis der Arbeitsverwaltung nach § 39 AufenthG abgesehen. In diesen Fällen entscheidet die Ausländerbehörde bei Vorliegen der allgemeinen und besonderen Erteilungsvoraussetzungen im Ermessen über die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis. Für bestimmte Beschäftigungen in den Gebieten Wissenschaft, Forschung, Entwicklung und Lehre ist keine Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit erforderlich. Dies soll gewährleisten, dass Deutschland als Technologie- und Wissensstandort seine globale Spitzenposition behält.¹⁹

Nach § 5 BeschV bedarf die Erteilung eines Aufenthaltstitels an folgende Personengruppen keiner Zustimmung durch die Bundesagentur für Arbeit: wissenschaftliches Personal von Hochschulen und von Forschungs- und Entwicklungseinrichtungen, das nicht bereits in den Anwendungsbereich der §§ 20 und 20b des Aufenthaltsgesetzes fällt (Nr. 1). Hierzu zählen beispielsweise Tutoren und wissenschaftliche Hilfskräfte mit Hochschulabschluss. Bei wissenschaftlichen Hilfskräften ohne Hochschulabschluss und studentischen Hilfs- und Aushilfskräften ist die Zustimmungsfreiheit nur dann gegeben, wenn sie überwiegend wissenschaftliche Hilfstätigkeiten verrichten. Laboranten und Interviewer sind keine wissenschaftlichen Hilfskräfte und unterliegen der Zustimmungspflicht. Ausländische Ärzte, die als wissenschaftliche Mitarbeiter in Universitätskliniken beschäftigt sind und gleichzeitig auch in der Krankenversorgung einge-

setzt werden, sind nur dann zustimmungsfrei, wenn die wissenschaftliche Tätigkeit überwiegt, d. h. die Tätigkeit in der Krankenversorgung weniger als 50 % beträgt. Zustimmungsfrei sind zudem Gastwissenschaftler an einer Hochschule oder an einer öffentlich-rechtlichen oder überwiegend aus öffentlichen Mitteln finanzierten oder als öffentliches Unternehmen in privater Rechtsform geführten Forschungseinrichtung, die nicht bereits in den Anwendungsbereich der §§ 20 und 20b des Aufenthaltsgesetzes fallen (Nr. 2). Dasselbe gilt für Ingenieure und Techniker als technische Mitarbeiter in deren Forschungsteam (Nr. 3).

Weiterhin bedarf die Erteilung eines Aufenthaltstitels an Lehrkräfte öffentlicher Schulen oder staatlich genehmigter privater Ersatzschulen oder anerkannter privater Ergänzungsschulen oder an Lehrkräfte zur Sprachvermittlung an Hochschulen keiner Zustimmung. Lehrkräfte sind Lehrpersonen, die eine pädagogische Hochschulausbildung absolviert haben sowie Fremdsprachenassistenten, die eine befristete Beschäftigung als sogenannte Lehrassistenten für fremdsprachlichen Unterricht an deutschen Schulen ausüben.²⁰ Ebenso kann für eine Vortragstätigkeit von besonderem wissenschaftlichen Wert eine Aufenthaltserlaubnis ohne Zustimmung der Arbeitsverwaltung erteilt werden. Die Tätigkeit darf drei Monate innerhalb eines Zeitraums von zwölf Monaten nicht übersteigen (§ 22 Nr. 1 BeschV).

Für Beschäftigungen, die eine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzen, kann in begründeten Einzelfällen auch ohne Zuordnung zu einer in der Beschäftigungsverordnung geregelten Kategorie eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn an der Beschäftigung ein öffentliches, insbesondere ein regionales, wirtschaftliches oder arbeitsmarktpolitisches Interesse besteht (§ 8 Abs. 4 S. 2 AufenthG). Im Übrigen ist eine Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit nach § 39 AufenthG erforderlich.

3. Anwendungsbereich neben § 20 AufenthG

Es stellt sich die Frage, ob Ausländern, die als Forscher in den Anwendungsbereich der REST-Richtlinie fallen, auch eine Aufenthaltserlaubnis nach § 18 AufenthG erteilt werden kann. Das Bundesministerium des Innern und das Bundesministerium für Arbeit und Soziales sind der Ansicht, dass dies nach der neuen Rechtslage ausgeschlossen ist.²¹ Dies ergebe sich aus Art. 2 und 4

18 Hailbronner, Ausländerrecht, 101. Aktualisierung Mai 2017, § 20 AufenthG, Rn. 41.

19 Werner in Offer/Mävers, BeschV, 1. Auflage 2016, § 5 Rn. 3.

20 Fachliche Weisung 201606018 der Bundesagentur für Arbeit vom 20.06.2016, abrufbar unter [https://www3.arbeitsagentur.de/web/wcm/idc/groups/public/documents/webdatei/mdaw/mtc2/~edi\\$/egov-content443255.pdf?_ba.sid=EGOV-CONTENT443258](https://www3.arbeitsagentur.de/web/wcm/idc/groups/public/documents/webdatei/mdaw/mtc2/~edi$/egov-content443255.pdf?_ba.sid=EGOV-CONTENT443258); Werner in Offer/Mävers, BeschV, 1. Auflage 2016, § 5 S. 50 f.; Fehrenbacher, HTK-AusR, Stand: 18.08.2017, § 5 BeschV, zu Nr. 1 bis 5.

21 Begründung zu Artikel 2 Nr. 1a des Verordnungsentwurfs zu § 5 BeschV, BR-Drs. 359/17, S. 36; S. 20 Ziffer 2.0.2 der Anwendungshinweise des Bundesministeriums des Innern zu Gesetz und Verordnung zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union zur Arbeitsmigration vom 14. Juli 2017, M3-12201/2#14; von Dießl, Neue Regelungen zur regulären Migration – das Gesetz zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der EU zur Arbeitsmigration im Überblick, ZAR 2017, 251 (254).

sowie Erwägungsgrund 29 der REST-Richtlinie. Artikel 2 der REST-Richtlinie definiert den Personenkreis, auf den die Richtlinie Anwendung findet. Nach Artikel 4 Abs. 2 der REST-Richtlinie hindert die Richtlinie die Mitgliedstaaten nicht daran, in Bezug auf die Artikel 10 Abs. 2a und Artikel 18, 22, 23, 24, 25, 26, 34 und 35 günstigere Bestimmungen für Drittstaatsangehörige, auf die diese Richtlinie Anwendung findet, beizubehalten oder einzuführen. Nach Erwägungsgrund 29 der REST-Richtlinie „berührt diese Richtlinie nicht das Recht der Mitgliedstaaten, Drittstaatsangehörigen, die nicht unter diese Richtlinie fallen, andere als durch diese Richtlinie geregelte Aufenthaltstitel zu Studien- oder Forschungszwecken oder zur Teilnahme an einem Praktikum auszustellen“. Das bedeute im Umkehrschluss, dass Personen, die unter die Definition des Forschers fallen, nur noch ein Aufenthaltstitel zum Zweck der Forschung erteilt werden kann.

Zwingend erscheint das nicht. Ein Vorrang des Aufenthaltstitels des § 20 AufenthG vor § 18 AufenthG lässt sich dem nationalen Aufenthaltsgesetz nicht entnehmen. Auch die Fassung des § 21 Abs. 2a AufenthG legt nahe, dass § 20 AufenthG die Anwendung von § 18 AufenthG nicht ausschließt. § 21 Abs. 2a AufenthG sieht die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Selbständigkeit an Forscher oder Wissenschaftler vor, die eine Aufenthaltserlaubnis nach § 18 oder § 20 AufenthG besitzen. Die Formulierung belegt, dass sowohl Forscher als auch Wissenschaftler eine Aufenthaltserlaubnis nach § 18 AufenthG besitzen können.

Auch Erwägungsgrund 29 rechtfertigt diesen Umkehrschluss nicht. Der Erwägungsgrund trifft lediglich eine Aussage darüber, dass den nationalen Mitgliedstaaten die Möglichkeit verbleibt, Ausländern, die nicht unter die Richtlinie fallen, nationale Aufenthaltstitel zu Forschungszwecken zu erteilen. Eine Aussage, ob Ausländer, die gerade in den Anwendungsbereich fallen, auch andere Aufenthaltstitel erhalten können, wird gerade nicht getroffen.²²

Die Neufassung des Artikels 4 der REST-Richtlinie sowie ein Vergleich mit der Hochqualifizierten-Richtlinie sprechen jedoch für die Auffassung der Bundesministerien. Nach Artikel 4 Abs. 3 der vorherigen Forscher-Richtlinie 2005/71/EG hinderte die Richtlinie die Mitgliedstaaten nicht daran, günstigere Bestimmungen für die Personen, auf die sie Anwendung findet, beizubehalten oder einzuführen. Die REST-Richtlinie erlaubt günstigere Bestimmungen hingegen nur noch für bestimmte Vorschriften (z.B. Gültigkeitsdauer des Aufenthaltstitels,

Lehrtätigkeit, Arbeitssuche). Die Aussage, dass nur für bestimmte Bestimmungen der Richtlinie günstigere nationale Regelungen getroffen werden dürfen, bedeutet im Umkehrschluss, dass von den übrigen Bestimmungen nicht abgewichen werden darf. Nach Artikel 3 Abs. 4 der Hochqualifizierten-Richtlinie bleibt das Recht der Mitgliedstaaten unberührt, für jeden Beschäftigungszweck andere Aufenthaltstitel als eine Blaue Karte EU auszustellen. Eine vergleichbare Regelung findet sich in der REST-Richtlinie nicht.

Forscher genießen zwar viele Vorteile gegenüber Arbeitnehmern mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 18 AufenthG wie Privilegien beim Familiennachzug, Mobilitätsrechte und die Möglichkeit, im Anschluss an den Abschluss des Forschungsvorhabens einen Aufenthaltstitel zu Zwecken der Arbeitssuche zu erhalten. Drittstaatsangehörige mit einem Aufenthaltstitel nach § 18 AufenthG, die einen Abschluss einer Hochschule in Deutschland besitzen, können aber bereits nach einer zweijährigen Wartezeit eine Niederlassungserlaubnis erhalten (siehe XII. 1.). Diese Möglichkeit bleibt Forschern verwehrt. Hier hätte es der Gesetzgeber in der Hand, durch eine Änderung des § 18b AufenthG auch Forschern mit einem deutschen Hochschulabschluss den schnelleren Zugang zur Niederlassungserlaubnis zu gewähren. Da die REST-Richtlinie günstigere Bestimmungen bezüglich der Gültigkeitsdauer des Aufenthaltstitels zulässt, stünde sie einer solchen Gesetzesänderung nicht entgegen.

VIII. Aufenthaltserlaubnis zur selbständigen Tätigkeit (§ 21 AufenthG)

1. Allgemeines

§ 21 AufenthG regelt die Zuwanderung von Ausländern, um im Bundesgebiet eine selbstständige Arbeit auszuüben. § 21 AufenthG ist nicht anwendbar, wenn einem Ausländer bereits von Gesetzes wegen das Ausüben einer Erwerbstätigkeit und damit auch eine selbstständige Tätigkeit erlaubt ist, z.B. bei anerkannten Schutzberechtigten (§§ 25 Abs. 1 S. 4, 25 Abs. 2 S. 2 AufenthG). Die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis steht im Ermessen der Ausländerbehörde. Eine Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer selbständigen Tätigkeit kann auch erteilt werden, wenn völkerrechtliche Vergünstigungen auf der Grundlage der Gegenseitigkeit bestehen (§ 21 Abs. 2 AufenthG). § 21 Abs. 1 AufenthG gilt sowohl für Ausländer, die im Ausland bereits ein Unternehmen betreiben und nach Deutschland übersiedeln wollen, als auch für Existenzgründer im Inland.²³ Die Aufenthaltserlaubnis wird für

22 Im Ergebnis so auch *Hailbronner*, Ausländerrecht, 101. Aktualisierung Mai 2017, § 20 AufenthG, Rn. 10j.

23 *Breidenbach* in BeckOK-Ausländerrecht, 14. Edition Stand 01.11.2016, § 21 AufenthG, Rn. 3.

längstens drei Jahre befristet (§ 21 Abs. 3 AufenthG). Die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 21 Abs. 1 AufenthG kommt an selbständige Wissenschaftler in Betracht.

Eine gesetzliche Definition der selbständigen Tätigkeit existiert nicht, so dass sich der Anwendungsbereich des § 21 AufenthG aus der Abgrenzung zur nichtselbständigen Beschäftigung ergibt. Nach §§ 2 Abs. 2 AufenthG, 7 Abs. 1 SGB IV ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgewalters. Eine selbständige Tätigkeit ist geprägt durch eine unabhängige Stellung gegenüber den Auftraggebern, eine selbständige Organisation sowie durch Eigenverantwortlichkeit hinsichtlich der Tätigkeit und deren Ergebnissen.²⁴

Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 21 Abs. 1 AufenthG setzt voraus, dass ein wirtschaftliches Interesse oder ein regionales Bedürfnis besteht (Nr. 1), die Tätigkeit positive Auswirkungen auf die Wirtschaft erwarten lässt (Nr. 2) und die Finanzierung der Umsetzung durch Eigenkapital oder durch eine Kreditzusage gesichert ist (Nr. 3). Die Beurteilung der Voraussetzungen richtet sich insbesondere nach der Tragfähigkeit der zu Grunde liegenden Geschäftsidee, den unternehmerischen Erfahrungen des Ausländers, der Höhe des Kapitaleinsatzes, den Auswirkungen auf die Beschäftigungs- und Ausbildungssituation und dem Beitrag für Innovation und Forschung. Bei der Prüfung muss die Ausländerbehörde die für den Ort der geplanten Tätigkeit fachkundigen Körperschaften, die zuständigen Gewerbebehörden, die öffentlich-rechtlichen Berufsvertretungen und die für die Berufszulassung zuständigen Behörden beteiligen (§ 21 Abs. 1 S. 2 und 3 AufenthG). Freiberuflern kann abweichend von diesen Voraussetzungen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden (§ 21 Abs. 5 AufenthG).

Ausländern, die älter als 45 Jahre sind, soll die Aufenthaltserlaubnis nur erteilt werden, wenn sie über eine angemessene Altersversorgung verfügen (§ 21 Abs. 3 AufenthG).

2. Absolventen deutscher Hochschulen, Wissenschaftler und Forscher

Ausländer, die ihr Studium an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule oder vergleichbaren Ausbildungseinrichtung im Bundesgebiet erfolgreich abgeschlossen haben oder als Forscher oder Wissenschaftler eine Aufenthaltserlaubnis nach § 18 oder § 20 AufenthG besitzen, können unter erleichterten Voraus-

setzungen eine Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer selbständigen Tätigkeit erhalten. Die Voraussetzungen des § 21 Abs. 1 AufenthG müssen nicht erfüllt sein, die beabsichtigte selbständige Tätigkeit muss lediglich einen Zusammenhang mit den in der Hochschulausbildung erworbenen Kenntnissen oder der Tätigkeit als Forscher oder Wissenschaftler erkennen lassen (§ 21 Abs. 2a AufenthG). Die Vorschrift verfolgt das Ziel, den Übergang zur selbständigen Erwerbstätigkeit zu erleichtern, damit hier ausgebildete Hochqualifizierte in Deutschland verbleiben und nicht ins Ausland abwandern.²⁵ § 21 Abs. 2a AufenthG setzt einen Wechsel des Aufenthaltstitels von § 18 AufenthG bzw. § 20 AufenthG zu § 21 AufenthG voraus. Dies ergibt sich aus einem Umkehrschluss aus § 21 Abs. 6 AufenthG, der die Fälle regelt, in denen einem Ausländer, dem eine Aufenthaltserlaubnis zu einem anderen Zweck erteilt wird, unter Beibehaltung dieses Aufenthaltzwecks die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit erlaubt werden kann.²⁶

Es stellt sich die Frage, welche Aufenthaltserlaubnis einem selbständigen Forscher erteilt werden kann. Die Aufenthaltserlaubnis nach § 20 AufenthG berechtigt zur Aufnahme der Forschungstätigkeit bei der in der Aufnahmevereinbarung bezeichneten Forschungseinrichtung und zur Aufnahme von Tätigkeiten in der Lehre. Es besteht Einigkeit dahingehend, dass die Tätigkeiten in der Lehre selbständig ausgeübt werden können.²⁷ Fraglich ist aber, ob die Forschungstätigkeit sowohl unselbständig als auch selbständig ausgeübt werden kann. Teilweise wird vorgebracht, dass die Aufnahmevereinbarung einen Arbeitsvertrag beinhalte.²⁸

Weder der REST-Richtlinie noch § 38 f AufenthV, der Inhalt und Voraussetzungen der Aufnahmevereinbarung oder des entsprechenden Vertrages regelt, ist zu entnehmen, dass die Forschungstätigkeit nur aufgrund eines Arbeitsverhältnisses ausgeübt werden kann.²⁹ Vielmehr spricht § 38 f Abs. 1 Nr. 3 AufenthG, der sich an Art. 10 Abs. 3a der REST-Richtlinie orientiert, nur von den Angaben zum wesentlichen Inhalt des Rechtsverhältnisses, das zwischen der Forschungseinrichtung und dem Ausländer begründet werden soll, wenn ihm eine Aufenthaltserlaubnis nach § 20 AufenthG erteilt wird. Die Verwendung des Begriffs des Rechtsverhältnisses zeigt, dass vielmehr nicht zwingend ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vorliegen muss. Nummer 20.1.1.4 der allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum AufenthG re-

24 Breidenbach in Kluth/Hund/Maaßen, Zuwanderungsrecht, 2. Auflage 2017, § 21 AufenthG, Rn. 318.

25 Fehrenbacher, HTK-AuslR, Stand: 09.12.2014, § 21 AufenthG, zu 2a.

26 Hailbronner, Ausländerrecht, 80. Aktualisierung Februar 2013, § 21 AufenthG, Rn. 17h.

27 Huber, Aufenthaltsgesetz, 2. Auflage 2016, § 21 Rn. 10; Nr. 20.6.2

der allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum AufenthG (AufenthG-VwV).

28 Sußmann in Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 11. Auflage 2016, § 21 AufenthG, Rn. 10.

29 Vgl. insofern zur alten Rechtslage auch Hofmann, Ausländerrecht, 2. Auflage 2016, § 21 AufenthG, Rn 11.

gelt, dass die Aufnahmevereinbarung Angaben zum wesentlichen Inhalt des Rechtsverhältnisses zwischen der Forschungseinrichtung und dem drittstaatsangehörigen Forscher und, insbesondere in den Fällen, in denen der Forschungstätigkeit ein Beschäftigungsverhältnis zugrunde liegt, zum Umfang seiner Tätigkeit sowie zu Gehalt, Urlaub, Arbeitszeit und Versicherung, enthalten muss. Die Formulierung bedeutet, dass daher auch andere Rechtsverhältnisse außerhalb eines Beschäftigungsverhältnisses denkbar sind. Daher kann auch einem Forscher, der als Selbständiger Forschung betreibt, eine Aufenthaltserlaubnis nach § 20 AufenthG erteilt werden, sofern er dessen Voraussetzungen erfüllt. Denkbar wäre beispielsweise eine Forschungstätigkeit für mehrere Forschungseinrichtungen. Im Übrigen kann eine selbständige Erwerbstätigkeit neben der Forschungstätigkeit außerhalb der Lehre unter erleichterten Voraussetzungen nach § 21 Absatz 6 AufenthG erlaubt werden.

IX. Aufenthaltserlaubnis zum Studium (§ 16 AufenthG)

1. Allgemeines

Mit der Neufassung des § 16 AufenthG wird Art. 11 der REST-Richtlinie umgesetzt. Art. 11 der REST-Richtlinie verfolgt das Ziel, die Bedingungen für Einreise, Aufenthalt und Mobilität der Studenten innerhalb der EU zu verbessern.³⁰

Ausländer haben seit dem 01.08.2017 einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zweck des Vollzeitstudiums an einer staatlichen Hochschule, an einer staatlich anerkannten Hochschule oder an einer vergleichbaren Ausbildungseinrichtung, wenn sie von der Ausbildungseinrichtung zugelassen worden sind (§ 16 Abs. 1 AufenthG).

2. Voraussetzungen

Der Ausländer muss von der Ausbildungseinrichtung zugelassen worden sein. Der Aufenthaltswitz des Studiums umfasst auch studienvorbereitende Maßnahmen und das Absolvieren eines Pflichtpraktikums. Zu den studienvorbereitenden Maßnahmen zählen der Besuch eines studienvorbereitenden Sprachkurses, wenn der Ausländer zu einem Vollzeitstudium zugelassen worden ist und die Zulassung an den Besuch eines studienvorbereitenden Sprachkurses gebunden ist sowie der Besuch eines Studienkollegs oder einer vergleichbaren Einrichtung, wenn die Annahme zu einem Studienkolleg oder

einer vergleichbaren Einrichtung nachgewiesen ist (§ 16 Abs. 1 AufenthG).

Der Begriff des Studiums umfasst alle mit der jeweiligen Fachrichtung üblicherweise verbundenen Ausbildungsphasen wie Praktika, Postgraduiertenstudien und die Promotion.³¹

Wenn Sprachkenntnisse weder bei der Zulassungsentscheidung geprüft worden sind noch durch die studienvorbereitende Maßnahme erworben werden sollen, muss ein Nachweis hinreichender Kenntnisse der Ausbildungssprache (Niveau A 2 des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens für Sprachen) erbracht werden (§§ 16 Abs. 1, 2 Abs. 10 AufenthG). Die Aufenthaltserlaubnis berechtigt zur Ausübung studentischer Nebentätigkeiten sowie einer Beschäftigung, die insgesamt 120 Tage oder 240 halbe Tage im Jahr nicht überschreiten darf. Während des Aufenthalts zu studienvorbereitenden Maßnahmen im ersten Jahr des Aufenthalts dürfen diese Tätigkeiten nur in der Ferienzeit ausgeübt werden (§ 16 Abs. 3 AufenthG).

Bei der Aufenthaltserlaubnis zum Zweck des Studiums gelten die gleichen Ablehnungs- und Widerrufsgründe wie bei der Aufenthaltserlaubnis für Forscher nach § 20 AufenthG (siehe III. 3. und III. 5.). Bevor die Aufenthaltserlaubnis allerdings aus Gründen, die in der Verantwortung der Ausbildungseinrichtung liegen und die der Ausländer nicht zu vertreten hat, zurückgenommen, widerrufen oder gemäß § 7 Abs. 2 S. 2 AufenthG nachträglich befristet wird, ist dem Ausländer die Möglichkeit zu gewähren, die Zulassung bei einer anderen Ausbildungseinrichtung zu beantragen (§ 16 Abs. 8 AufenthG).

3. Verhältnis zu anderen Aufenthaltstiteln

Ausländern, die im Besitz einer Blauen Karte EU oder einer Erlaubnis zum Daueraufenthalt- EU sind, kann keine Aufenthaltserlaubnis nach § 16 AufenthG erteilt werden (§§ 16 Abs. 11, 20 Abs. 6 Nr. 6 und 8 AufenthG). Auch Ausländer, die einen Antrag auf Zuerkennung internationalen Schutzes (Flüchtlingseigenschaft oder subsidiärer Schutzstatus) gestellt haben oder denen internationaler Schutz gewährt wurde, sind vom Anwendungsbereich ausgeschlossen (§§ 16 Abs. 11, 20 Abs. 6 Nr. 1 AufenthG). Besitzen Ausländer allerdings aufgrund der Zuerkennung internationalen Schutzes in Deutschland eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 2 AufenthG, können sie mit dieser Aufenthaltserlaubnis ein Studium in Deutschland aufnehmen. Einem Ausländer, der in

³⁰ Vgl. Erwägungsgründe Nr. 14 f. der REST-Richtlinie.

³¹ *Christ* in BeckOK-Ausländerrecht, Kluth/Heusch, 14. Edition, Stand: 01.05.2017, § 16 AufenthG, Rn. 4.

einem Mitgliedstaat der Europäischen Union internationalen Schutz im Sinne der Richtlinie 2011/95/EU genießt, kann eine Aufenthaltserlaubnis zum Zweck des Studiums erteilt werden, wenn er in einem anderen EU-Mitgliedstaat ein Studium begonnen hat und einen Teil dieses Studiums in Deutschland, z.B. im Rahmen eines Austauschprogrammes, durchführen möchte (§ 16 Abs. 9 AufenthG).

4. Geltungsdauer

Die Geltungsdauer der Aufenthaltserlaubnis beträgt bei der Ersterteilung und bei der Verlängerung mindestens ein Jahr und soll zwei Jahre nicht überschreiten. Wenn der Ausländer an einem Unions- oder multilateralen Programm mit Mobilitätsmaßnahmen teilnimmt oder wenn für ihn eine Vereinbarung zwischen zwei oder mehr Hochschuleinrichtungen gilt, beträgt die Geltungsdauer mindestens zwei Jahre. Dauert das Studium weniger als zwei Jahre, so wird die Aufenthaltserlaubnis nur für die Dauer des Studiums erteilt (§ 16 Abs. 2 AufenthG).

5. Verlängerung und Zweckwechsel

Die Aufenthaltserlaubnis wird verlängert, wenn der Aufenthaltswitzweck noch nicht erreicht ist und in einem angemessenen Zeitraum noch erreicht werden kann (§ 16 Abs. 2 S. 4 AufenthG).

Nach erfolgreichem Abschluss des Studiums wird die Aufenthaltserlaubnis bis zu 18 Monate zur Suche einer diesem Abschluss angemessenen Erwerbstätigkeit verlängert, sofern diese Erwerbstätigkeit nach den Bestimmungen der §§ 18, 19, 19a, 20 und 21 AufenthG von einem Ausländer aufgenommen werden darf. Die Aufenthaltserlaubnis berechtigt während dieses Zeitraums zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit (§ 16 Abs. 5 AufenthG). Wird das Studium erfolgreich abgeschlossen, darf die Aufenthaltserlaubnis zudem zu einem anderen Aufenthaltswitzweck, z.B. zur Ausübung einer Beschäftigung, erteilt oder verlängert werden (§ 16 Abs. 4 S. 1 AufenthG). Wird das Studium ohne Abschluss beendet, kann die Aufenthaltserlaubnis seit der Gesetzesänderung zum Zwecke einer Berufsausbildung in einem Mangelberuf verlängert werden (§§ 16 Abs. 4 S. 2, 39 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AufenthG). Die Bundesagentur für Arbeit hat festgestellt, dass für bestimmte Berufe die Besetzung offener Stellen mit ausländischen Bewerbern arbeitsmarkt- und integrationspolitisch verantwortbar ist, die in der sog. Positivliste veröffentlicht sind.³² Bei einem Studienabbruch ist ein Zweckwechsel zudem möglich, wenn

ein gesetzlicher Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zu einem anderen Aufenthaltswitzweck besteht. Während des Studiums kann in der Regel nur dann eine Aufenthaltserlaubnis zu einem anderen Zweck erteilt werden, wenn hierauf ein gesetzlicher Anspruch (z.B. zum Ehegattennachzug) besteht (§ 16 Abs. 4 AufenthG).

6. Mobilität in andere EU-Mitgliedstaaten

Auf Grundlage dieses Aufenthaltstitels besteht die Möglichkeit, für einen gewissen Zeitraum einen Teil des Studiums in einem anderen EU-Mitgliedstaat zu absolvieren (sog. Mobilität, Art. 31 REST-Richtlinie). Die Modalitäten sind in den jeweiligen Gesetzen der anderen EU-Mitgliedstaaten geregelt.

7. Aufenthaltserlaubnis zu Studienzwecken außerhalb der REST-Richtlinie

Nach § 16 Abs. 6 und 7 AufenthG können für weitere Aufenthaltswitzwecke Aufenthaltserlaubnisse erteilt werden, die nicht in den Anwendungsbereich der REST-Richtlinie fallen. Auf ihre Erteilung besteht kein Rechtsanspruch, sondern die Ausländerbehörde entscheidet nach Ermessen. Es kann eine Aufenthaltserlaubnis für die bedingte Zulassung der Hochschule, für ein Teilzeitstudium, einen studienvorbereitenden Sprachkurs oder ein studienvorbereitendes Praktikum ohne Hochschulzulassung (§ 16 Abs. 6 AufenthG) sowie eine Studienbewerbung erteilt werden. Der Aufenthalt als Studienbewerber darf höchstens neun Monate betragen. Die Aufenthaltserlaubnis berechtigt in diesem Fall nicht zur Ausübung einer Beschäftigung und studentischer Nebentätigkeiten (§ 16 Abs. 7 AufenthG). Mit einem Aufenthaltstitel zur Studienbewerbung ist ein Zweckwechsel nur im Falle eines gesetzlichen Anspruchs und nicht zu Zwecken der Berufsausbildung möglich, da § 16 Abs. 7 S. 4 AufenthG nur auf § 16 Abs. 4 S. 3 AufenthG verweist.

X. Kurzfristige Mobilität von Studenten (§ 16a AufenthG)

Besitzen Ausländer bereits einen Aufenthaltstitel eines anderen EU-Mitgliedstaates zu Zwecken des Studiums, der im Anwendungsbereich der REST-Richtlinie erteilt wurde, und möchten einen Teil ihres Studiums für die Dauer von bis zu 360 Tagen in Deutschland durchführen, benötigen sie keine nationale Aufenthaltserlaubnis. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die aufnehmende

32 [https://www3.arbeitsagentur.de/web/content/DE/Buergerinnen-UndBuerger/ArbeitundBeruf/ArbeitsJobsuche/ArbeitsinDeutsch-](https://www3.arbeitsagentur.de/web/content/DE/Buergerinnen-UndBuerger/ArbeitundBeruf/ArbeitsJobsuche/ArbeitsinDeutschland/Arbeitsmarktzulassung/Detail/index.htm?dfContentId=L6019022DSTBAI779131)

[land/Arbeitsmarktzulassung/Detail/index.htm?dfContentId=L6019022DSTBAI779131](https://www3.arbeitsagentur.de/web/content/DE/Buergerinnen-UndBuerger/ArbeitundBeruf/ArbeitsJobsuche/ArbeitsinDeutschland/Arbeitsmarktzulassung/Detail/index.htm?dfContentId=L6019022DSTBAI779131) (27.11.2017).

Forschungseinrichtung im Bundesgebiet dem BAMF unter Vorlage verschiedener Nachweise mitgeteilt hat, dass der Ausländer beabsichtigt, einen Teil seines Studiums im Bundesgebiet durchzuführen. Es müssen u.a. der Aufenthaltstitel, die Zulassung der aufnehmenden Einrichtung, eine Passkopie und Nachweise zur Sicherung des Lebensunterhaltes vorgelegt werden (§ 16a Abs. 1 AufenthG). Der Ablauf des Mitteilungsverfahrens sowie die Ablehnungsgründe entsprechen denen der kurzfristigen Mobilität der Forscher (siehe V.). Unabhängig davon, ob der Ausländer seine Einreiseabsicht zum Zeitpunkt der Beantragung der Aufenthaltserlaubnis in einem anderen EU-Mitgliedstaat oder erst später bekannt gibt, darf er – im Gegensatz zum Forscher – erst in das Bundesgebiet einreisen, wenn die 30-Tages-Frist zur Ablehnung abgelaufen ist (§ 16a Abs. 2 S. 1 und 2 AufenthG). Dieser Unterschied zwischen Forschern und Studenten beruht auf Art. 28 Abs. 4 und 31 Abs. 4 der REST-Richtlinie. Sachliche Gründe weshalb hier differenziert wird, sind jedoch nicht ersichtlich.

Der Ausländer ist zur Ausübung einer Beschäftigung, die insgesamt ein Drittel der Aufenthaltsdauer nicht überschreiten darf, sowie zur Ausübung studentischer Nebentätigkeiten berechtigt (§ 16a Abs. 2 S. 3 AufenthG).

XI. Familiennachzug (§§ 27 ff. AufenthG)

Familienangehörigen von Ausländern kann eine Aufenthaltserlaubnis zur Herstellung und Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet erteilt werden. Für den Familiennachzug gelten die allgemeinen Vorschriften der §§ 27 ff. und 5, 2 AufenthG. Hiernach wird grundsätzlich vorausgesetzt, dass der Lebensunterhalt der Familie gesichert wird und ausreichender Wohnraum zur Verfügung steht. Insbesondere Ehegatten und minderjährige ledige Kinder von Ausländern mit einer Aufenthaltserlaubnis für Forscher (§ 20 AufenthG), mobile Forscher (§ 20b AufenthG), einer Blauen Karte EU (§ 19a AufenthG) oder einer Niederlassungserlaubnis haben bei Erfüllung der Voraussetzungen einen sofortigen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen (§§ 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 a, c und g, 32 Abs. 1 AufenthG). Im Übrigen ist ein Ehegattennachzug grundsätzlich nur zulässig, wenn der Drittstaatsangehörige seit zwei Jahren im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis ist und eine Verfestigung des Aufenthaltsrechtes nicht ausgeschlossen ist (§ 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 3d AufenthG). Auf den Nachweis von einfachen Sprachkenntnissen der Ehegatten wird in vielen Fällen verzichtet (§ 30 Abs. 1 S. 3 Nr. 5, 7 und 8 AufenthG).

Ehegatten und minderjährige ledige Kinder von mobilen Forschern mit einer Aufenthaltserlaubnis aus einem anderen EU-Mitgliedstaat (§ 20a AufenthG) dürfen

sich ohne eigenen Aufenthaltstitel im Bundesgebiet aufhalten, wenn nachgewiesen wird, dass sich der Ehegatte bzw. das Kind in dem anderen EU-Mitgliedstaat rechtmäßig als Angehöriger des Ausländers aufgehalten hat. Außerdem müssen entsprechende Nachweise wie der Aufenthaltstitel des Ausländers, eine Passkopie und Nachweise zur Sicherung des Lebensunterhaltes vorgelegt werden und es dürfen keine Ablehnungsgründe nach § 20c AufenthG gegeben sein (§§ 30 Abs. 5, 32 Abs. 5, 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 3 und 4 AufenthG).

Zu mobilen Studenten (§ 16a AufenthG), die keine nationale Aufenthaltserlaubnis besitzen, ist kein Familiennachzug vorgesehen.

XII. Niederlassungserlaubnis (§ 9 AufenthG)

1. Allgemeines

Grundsätzlich ist Ausländern ein unbefristeter Aufenthaltstitel in Form einer Niederlassungserlaubnis zu erteilen, wenn sie seit fünf Jahren eine Aufenthaltserlaubnis besitzen und die übrigen Voraussetzungen (z.B. Sicherung des Lebensunterhaltes, ausreichende Sprachkenntnisse, bestimmte Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung) erfüllt sind (§ 9 AufenthG). Hochschulabsolventen, die ihren Abschluss an einer Hochschule in Deutschland erworben haben und eine ihrem Abschluss angemessene Erwerbstätigkeit ausüben und seit zwei Jahren eine Aufenthaltserlaubnis nach den §§ 18, 18a, 19a oder § 21 AufenthG besitzen, haben unter bestimmten erleichterten Voraussetzungen einen Anspruch auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis (§ 18b AufenthG). Ebenso haben Inhaber einer Blauen Karte EU, die mindestens 21 Monate eine hochqualifizierte Beschäftigung ausgeübt haben, unter erleichterten Voraussetzungen einen Anspruch auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis (§ 19a Abs. 6 AufenthG). Ausländer, die im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis für Selbständige sind, kann nach drei Jahren abweichend von § 9 Abs. 2 AufenthG eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden, wenn der Ausländer die geplante Tätigkeit erfolgreich verwirklicht hat und der Lebensunterhalt des Ausländers und seiner mit ihm in familiärer Gemeinschaft lebenden Angehörigen, denen er Unterhalt zu leisten hat, durch ausreichende Einkünfte gesichert ist, 21 Abs. 4 AufenthG.

2. Niederlassungserlaubnis für besonders Hochqualifizierte (§ 19 AufenthG)

a) Allgemeines

Einem hoch qualifizierten Ausländer kann in besonderen Fällen eine unbefristete Niederlassungserlaubnis

erteilt werden, ohne dass zuvor eine befristete Aufenthaltserlaubnis erteilt wurde. § 19 AufenthG soll besonders hochqualifizierten ausländischen Arbeitskräften eine verlässliche und dauerhafte Aufenthaltsperspektive in Deutschland eröffnen und den Wissenschafts- und Forschungsstandort Deutschland stärken und fördern, auch um auf eine Reduzierung des Fachkräftebedarfs in Deutschland hinzuwirken.³³ Hochqualifizierte Forscher können eine Aufenthaltserlaubnis nach § 20 AufenthG erhalten. Besonders Hochqualifizierte im Sinne dieser Vorschrift zeichnen sich dagegen durch darüber hinausgehende Qualifikationen oder Berufserfahrung aus. Als Anreiz für diese Personen in Deutschland tätig zu werden, erhalten sie sofort eine Niederlassungserlaubnis.³⁴

b) Anwendungsbereich neben 20 AufenthG

Ausländern, die als Forscher in den Anwendungsbereich der REST-Richtlinie fallen, kann keine Niederlassungserlaubnis nach § 19 AufenthG erteilt werden (siehe VII. 3.). Die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 19 AufenthG kommt insbesondere an Lehrstuhlinhaber oder Wissenschaftler, die nicht zu Forschungszwecken einreisen möchten, in Betracht.

c) Voraussetzungen

Für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 19 AufenthG ist erforderlich, dass die Bundesagentur für Arbeit nach § 39 AufenthG zugestimmt hat oder durch Rechtsverordnung nach § 42 AufenthG oder zwischenstaatliche Vereinbarung bestimmt ist, dass eine Zustimmung nicht erforderlich ist. Zudem muss die Annahme gerechtfertigt sein, dass die Integration in die Lebensverhältnisse der Bundesrepublik Deutschland und die Sicherung des Lebensunterhalts ohne staatliche Hilfe gewährleistet sind (§ 19 Abs. 1 AufenthG). Dies setzt eine Prognose der Behörde voraus, dass der Ausländer sich in den rechtlichen und gesellschaftlichen Verhältnissen in Deutschland zukünftig ohne Probleme zurechtfindet. Bei der Prognoseentscheidung sind vorhandene Deutschkenntnisse, Voraufenthalte im Inland, Ausbildung und Berufserfahrung zu berücksichtigen.³⁵ Die Niederlassungserlaubnis darf nur erteilt werden, wenn

ein konkretes Arbeitsplatzangebot vorliegt und eine Berufsausübungserlaubnis, soweit diese vorgeschrieben ist, erteilt wurde oder ihre Erteilung zugesagt ist (§ 18 Abs. 5 AufenthG). Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 BeschV ist keine Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit erforderlich.

Der Ausländer muss hoch qualifiziert sein. Die Vorschrift zielt auf Spitzenkräfte der Wirtschaft, Wissenschaft und Forschung mit einer herausragenden beruflichen Qualifikation.³⁶ Als Regelbeispiele werden Wissenschaftler mit besonderen fachlichen Kenntnissen und Lehrpersonen oder wissenschaftliche Mitarbeiter in herausgehobener Funktion aufgeführt (§ 19 Abs. 2 AufenthG). Bis zur Einführung der Blauen Karte EU waren auch Spezialisten und leitende Angestellte mit besonderer Berufserfahrung und einem Mindestgehalt erfasst (§ 18 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG a.F.). Besondere fachliche Kenntnisse liegen bei Wissenschaftlern vor, die überdurchschnittliche Fachkenntnisse besitzen und demnach über eine besondere Qualifikation oder über Kenntnisse von herausragender Bedeutung in einem speziellen Fachgebiet verfügen.³⁷ Das besondere Niveau kann anhand der Laufbahn oder von erfolgreichen Projekten, Forschungsvorhaben oder Veröffentlichungen festgestellt werden.³⁸ Lehrpersonen befinden sich in einer herausgehobenen Funktion, wenn sie z.B. als Lehrstuhlinhaber oder Institutsdirektor eingesetzt sind. Wissenschaftliche Mitarbeiter müssen eigenständig und verantwortlich wissenschaftliche Projekt- oder Arbeitsgruppen bzw. Abteilungen leiten.³⁹ Hochqualifiziert iSv § 19 Abs. 1 S. 1 AufenthG ist über diese Regelbeispiele hinaus, wer aufgrund seiner Aus- oder Vorbildung herausragende Leistungen erbringt oder erwarten lässt.⁴⁰

Die Voraussetzung „in besonderen Fällen“ erfordert, dass es sich nicht um den Normalfall des Bedarfs an einer qualifizierten Arbeitskraft handeln darf, sondern bei der zu besetzenden Stelle besondere Umstände vorliegen müssen, die eine Zulassung rechtfertigen.⁴¹ Ob ein besonderer Fall vorliegt, unterliegt der vollen richterlichen Überprüfung.⁴² Das ohnehin schwer einzugrenzende Tatbestandsmerkmal des „besonderen Falls“ ist nicht zu eng auszulegen.⁴³ Es ist gegeben, wenn am Aufenthalt des Ausländers ein besonderes wirtschaftliches oder ge-

33 Breidenbach in BeckOK-Ausländerrecht, Kluth/Heusch, 14. Edition, Stand: 01.11.2016, § 19 AufenthG, Einleitung.

34 Sußmann in Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 11. Auflage 2016, § 19 AufenthG, Rn. 3.

35 Breidenbach in BeckOK-Ausländerrecht, Kluth/Heusch, 14. Edition, Stand: 01.11.2016, § 19 AufenthG, Rn. 6.

36 Sußmann in Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 11. Auflage 2016, § 19 AufenthG, Einleitung.

37 Vgl. Nr. 19.2.1 AufenthG-VwV.

38 Sußmann in Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 11. Auflage

2016, § 19 AufenthG, Rn. 9.

39 Vgl. Nr. 19.2.2 AufenthG-VwV.

40 Stiegeler in Hofmann, Ausländerrecht, 2. Auflage 2016, § 19 AufenthG, Rn. 7.

41 Sußmann in Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 11. Auflage 2016, § 19 AufenthG, Rn. 12.

42 Göbel-Zimmermann/Huber in Huber, Aufenthaltsgesetz, 2. Auflage 2016, § 19 AufenthG, Rn. 6.

43 VGH Baden-Württemberg, 27.06.2007, 13 S 1663/06, VBIBW 2008, 110.

sellschaftliches Interesse besteht.⁴⁴ Besondere Umstände können z.B. darin bestehen, dass die Stelle trotz mehrfacher Ausschreibung nicht anderweitig besetzt werden konnte.⁴⁵

d) Ermessen

Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen vor, steht die Erteilung der Niederlassungserlaubnis im Ermessen der Ausländerbehörde. Bei der Ermessensausübung hat diese einerseits den Ausnahmecharakter der Vorschrift und andererseits das gestiegene öffentliche Interesse an ausländischen Hochqualifizierten zu beachten.⁴⁶

XIII. Zusammenfassung und Bewertung

Für drittstaatsangehörige Wissenschaftler bestehen verschiedene Einreise- und Aufenthaltsrechte in Deutschland. Diese richten sich nach dem Status des Wissenschaftlers bzw. seiner angestrebten Tätigkeit. Danach ergibt sich folgendes Bild:

(Promotions-)Studenten haben einen Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 16 Abs. 1 AufenthG und genießen Mobilitätsrechte innerhalb der Europäischen Union. Nach erfolgreichem Abschluss des Studiums wird die Aufenthaltserlaubnis zur Arbeitsplatzsuche verlängert und berechtigt während dieses Zeitraums zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit.

Ausländer, die ein Forschungsvorhaben durchführen, haben einen Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 20 Abs. 1 AufenthG. Diese Aufenthaltserlaubnis bietet einige Vorteile gegenüber anderen Aufenthaltstiteln: sie berechtigt den Ausländer dazu, einen Teil seines Forschungsvorhabens ohne Erteilung eines weiteren Aufenthaltstitels in einem anderen Mitgliedstaat durchzuführen. Die Aufenthaltserlaubnis wird nach Abschluss der Forschungstätigkeit zur Arbeitsplatzsuche verlängert und berechtigt während dieses Zeitraums zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit. Zudem bietet sie Erleichterungen beim Familiennachzug. Auch muss die Forschungsvereinbarung nicht mehr mit einer anerkannten Einrichtung abgeschlossen werden, sondern es ist ausreichend, wenn die Einrichtung Forschung betreibt.

Hochqualifizierte Drittstaatsangehörige können zum Zwecke der Beschäftigung eine Blaue Karte EU erhalten. Diese bietet einen schnelleren Zugang zu einer Niederlassungserlaubnis, Mobilitätsrechte innerhalb und au-

ßerhalb der Europäischen Union und Erleichterungen beim Familiennachzug. Alternativ kann eine Aufenthaltserlaubnis nach § 18 AufenthG erteilt werden. Absolventen deutscher Hochschulen, die seit zwei Jahren eine Aufenthaltserlaubnis nach § 18 AufenthG besitzen, haben ebenfalls einen schnelleren Zugang zu einer Niederlassungserlaubnis. Besonders hochqualifizierte Ausländer können dagegen sofort eine Niederlassungserlaubnis nach § 19 AufenthG erhalten.

Zum Zwecke einer selbständigen Tätigkeit können Drittstaatsangehörige eine Aufenthaltserlaubnis nach § 21 AufenthG erhalten. Absolventen deutscher Hochschulen, Wissenschaftler und Forscher können unter erleichterten Voraussetzungen eine Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer selbständigen Tätigkeit erhalten.

Insgesamt unterliegen die Einreise- und Aufenthaltsmöglichkeiten für drittstaatsangehörige Wissenschaftler relativ geringen Beschränkungen. Die Zugangswege für Drittstaatsangehörige zum deutschen Hochschulsystem sind grundsätzlich sehr liberal. Akademiker genießen deutliche Erleichterungen und Vorteile gegenüber anderen Drittstaatsangehörigen, die zur Erwerbsmigration einreisen möchten.

In den letzten Jahren gab es deutliche Verbesserungen der rechtlichen Rahmenbedingungen für den Aufenthalt von akademischen Drittstaatsangehörigen zur Erwerbstätigkeit in Deutschland. In Umsetzung der Hochqualifizierten-Richtlinie wurde die Blaue Karte EU als neuer Aufenthaltstitel eingeführt. Ebenso bewirkte die REST-Richtlinie einige Neuerungen und Erleichterungen für Studenten und Forscher. Staatliche oder staatlich anerkannte Hochschulen sowie überwiegend aus öffentlichen Mitteln finanzierte Forschungseinrichtungen gelten kraft Gesetzes als anerkannte Forschungseinrichtungen. Es besteht nun ein Anspruch auf die Erteilung eines Aufenthaltstitels zum Zweck des Vollzeitstudiums, wenn alle Voraussetzungen erfüllt werden. Forscher und Studenten haben einen Anspruch auf Verlängerung ihrer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Arbeitsplatzsuche und genießen weitergehende innereuropäische Mobilitätsrechte.

Die Umsetzung der REST-Richtlinie dient also dem Ziel, hochqualifizierten Drittstaatsangehörigen die Zuwanderung zur Ausübung einer Beschäftigung oder eines Studiums zu erleichtern und kann daher zu einer Steigerung der Attraktivität des Wirtschaftsstandortes Deutschland für hochqualifizierte Drittstaatsangehörige beitragen.

44 Stiegeler in Hofmann, Ausländerrecht, 2. Auflage 2016, § 19 AufenthG, Rn. 6.

45 VGH Baden-Württemberg, 27.06.2007, 13 S 1663/06, VBlBW 2008, 110.

46 Göbel-Zimmermann/Huber in Huber, Aufenthaltsgesetz, 2. Auflage 2016, § 19 Rn. 7.

47 Quelle: Ausländerzentralregister (27.11.2017).

Neben Erleichterungen hat die Vielzahl an Gesetzesänderungen allerdings auch zur Unübersichtlichkeit der Regelungen geführt. Es gibt eine Vielzahl an Zulassungstatbeständen, die zum Teil für dieselben Personengruppen gelten. Es stellt sich die Frage, ob die Vorschriften für Hochqualifizierte zu einer zentralen Regelung gebündelt werden könnten, deren Voraussetzungen klar gefasst werden.

Dass die Liberalisierung des Aufenthaltsrechts für Forscher, Wissenschaftler und Hochqualifizierte angezeigt war, ergibt sich auch aus den bisherigen Zulassungszahlen: Zum Stichtag 31.07.2017 hielten sich nur 1.063 Drittstaatsangehörige mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 20 Abs. 1 AufenthG und 2.668 Ausländer mit einer Niederlassungserlaubnis nach § 19 AufenthG in Deutschland auf. Hingegen waren 81.492 Drittstaatsangehörige im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach 18 Abs. 4 AufenthG, 36.970 im Besitz einer Blauen Karte EU (§ 19a Abs. 1 AufenthG) und 3.630 im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis für eine selbständige Tätigkeit (§ 21 Abs. 1, 2 und 2a).⁴⁷ Diese Zahlen spiegeln die jüngsten Gesetzesänderungen noch nicht wieder.

Der Hauptgrund für die geringe Anzahl an Ausländern mit einer Niederlassungserlaubnis nach § 19 AufenthG dürften deren hohe Voraussetzungen sein.⁴⁸ Die weiterhin grundsätzlich geforderte Kostenübernahmeerklärung der Forschungseinrichtung mag noch immer ein Hindernis für die Erteilung von Aufenthaltserlaubnis nach § 20 AufenthG darstellen. Es ist zu erwarten, dass aufgrund der nunmehr vorgesehenen Erleichterungen und Vorteile in § 20 AufenthG mehr Drittstaatenangehörige von diesem Titel Gebrauch machen. Allerdings dürften sich viele Wissenschaftler, die neben den Voraussetzungen des § 20 AufenthG auch die Voraussetzungen der Blauen Karte EU erfüllen, aufgrund der längeren Geltungsdauer und des schnelleren Zugangs zu einer unbefristeten Niederlassungserlaubnis auch weiterhin häufig für die Blaue Karte EU entscheiden.⁴⁹

Insofern ist die Reform zwar zu begrüßen, geht jedoch möglicherweise in einigen Punkten nicht weit genug. Die Zugangszahlen zum Stichtag 31.10.2017 weisen nur geringe Änderungen zu den Zugangszahlen vor den Gesetzesänderungen auf: Zum Stichtag 31.10.2017 hielten sich weiterhin nur 1.399 Drittstaatsangehörige mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 20 Abs. 1 AufenthG und

2.633 Ausländer mit einer Niederlassungserlaubnis nach § 19 AufenthG in Deutschland auf. Hingegen waren 85.769 Drittstaatsangehörige im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach 18 Abs. 4 AufenthG, 39.299 im Besitz einer Blauen Karte EU (§ 19a Abs. 1 AufenthG) und 3.722 im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis für eine selbständige Tätigkeit (§ 21 Abs. 1, 2 und 2a).⁵⁰ Um zukunftsfähig zu bleiben, ist es für die Bundesrepublik Deutschland unerlässlich, für möglichst viele Wissenschaftler, Forscher und Hochqualifizierte attraktiv zu sein. Das gilt umso mehr angesichts der rasant fortschreitenden Technologisierung und Digitalisierung der gesamten Wirtschaft. Um dieser Herausforderung zu begegnen, wird Deutschland weiterhin stark auf den Zuzug ausländischer Wissenschaftler, Forscher und Hochqualifizierter angewiesen sein. Darüber hinaus ist es im Hinblick auf einen attraktiven Forschungs- und Technologiestandort unerlässlich, sich intensiv am interkulturellen Forschungs- und Wissenschaftsaustausch zu beteiligen. Deshalb sollten die Hürden für den Aufenthalt bzw. die Niederlassung von Wissenschaftlern, Forschern und Hochqualifizierten möglichst gering sein und die genannten Hürden bzw. Einschränkungen weiter reduziert werden.

Angesetzt werden könnte dabei bei den Möglichkeiten, eine unbefristete Niederlassungserlaubnis zu erhalten. Diese könnten erweitert werden, um die Attraktivität Deutschlands für hochqualifizierte Drittstaatsangehörige zu erhöhen. Auch drittstaatsangehörigen Forschern mit einem deutschen Hochschulabschluss sollte der schnellere Zugang zur Niederlassungserlaubnis gewährt werden (entsprechend Ausländern mit einer Aufenthaltstitel nach den §§ 18, 18a, 19a oder § 21 AufenthG). Schließlich könnten die hohen Voraussetzungen des § 19 AufenthG abgesenkt und die Vorschrift z.B. wieder auf Spezialisten und leitende Angestellte angewandt werden.

Das Aufenthaltsrecht für Wissenschaftler, Forscher und Hochqualifizierte ist daher zwar nach der Gesetzesnovelle insgesamt als positiv zu bewerten. Die geringen Zahlen aus der Praxis weisen jedoch darauf hin, dass die Anforderungen in vereinzelt Punkten in der Vergangenheit zu hoch waren oder die mit den Aufenthaltstiteln verbundenen Einschränkungen diese teilweise unattraktiv machten. Einige der bisherigen Hindernisse bestehen auch nach der Novelle fort. Es bleibt abzuwarten, wie sich die Zahlen insgesamt entwickeln werden. Es ist

48 Vgl. *Sußmann* in Bergmann/Dienelt, *Ausländerrecht*, 11. Auflage 2016, § 19 AufenthG, Rn. 4; Breidenbach in BeckOK-Ausländerrecht, Kluth/Heusch, 14. Edition, Stand: 01.11.2016, § 19 AufenthG, Einleitung.

49 Vgl. auch Jahresbericht des Beirats für Forschungsmigration 2015, S. 10, abrufbar unter <http://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/>

DE/Downloads/Infothek/Forschung/BeiratForschungsmigration/jb8-beirat-forschungsmigration.pdf?__blob=publicationFile (27.11.2017).

50 Quelle: Ausländerzentralregister (27.11.2017).

jedoch denkbar, dass weitere Anpassungen erforderlich werden. Auch hinsichtlich der Übersichtlichkeit der gesetzlichen Regelungen besteht noch Optimierungspotential, insbesondere da sich immer wieder deutliche Überschneidungen zwischen den einzelnen Aufenthaltstiteln offenbaren.

Nike Schultheiß ist Referentin im Ausländerrecht am Ministerium für Inneres, Digitalisierung und Migration Baden-Württemberg. Der Beitrag gibt ausschließlich ihre persönliche Auffassung wider.

Eva Barlösius und Nadja Bieletzki

Der Wissensgesellschaft auf der Spur – das Leibniz Forschungszentrum Wissenschaft und Gesellschaft (LCSS)

Im April 2016 wurde an der Leibniz Universität Hannover (LUH) das Leibniz Forschungszentrum Wissenschaft und Gesellschaft gegründet, das unter dem englischen Namen Leibniz Center for Science and Society (LCSS) firmiert.¹ Das LCSS betreibt theoriegeleitete, grundlagenorientierte und empirisch fundierte Wissenschafts- und Hochschulforschung und fokussiert insbesondere die Wechselwirkungen von Wissenschaft und Gesellschaft.

Das LCSS ist eine zentrale und somit fakultätsübergreifende Einrichtung der LUH, an der maßgeblich fünf Disziplinen beteiligt sind: Soziologie, Wirtschaftswissenschaften, Philosophie, Politikwissenschaften und Rechtswissenschaften. Darüber hinaus sind die zwei Professuren „Wissenschaft und Gesellschaft“ und „Methodologie der Hochschul- und Wissenschaftsforschung“ direkt am LCSS angesiedelt. Das LCSS ist ein Forschungszentrum mit eigener Geschäftsstelle und eigenen Organisationsstrukturen und unabhängig von den Instituten und Fakultäten, aus denen die beteiligten Mitglieder stammen. Unter den Mitgliedern des LCSS ist das Deutsche Zentrum für Hochschul- und Wissenschaftsforschung (DZHW) mit seiner wissenschaftlichen Geschäftsführung zentral repräsentiert. Ein wissenschaftlicher Beirat berät das LCSS und wirkt an Förderentscheidungen mit. Für die ersten fünf Jahre wird das LCSS durch Mittel aus dem Volkswagen-Vorab gefördert und stellt damit ein profilbildendes Projekt nicht nur für die LUH, sondern auch für das Land Niedersachsen dar.

I. Der Weg zum LCSS

Die Gründung des LCSS bildet den vorerst letzten Schritt, Hannover als maßgeblichen Standort der Wissenschafts- und Hochschulforschung in Deutschland zu etablieren. Auf dem Weg dorthin gab es verschiedene strukturelle Veränderungen der hannöverschen, aber auch der bundesweiten Hochschul- und Wissenschaftsforschungs-Landschaft. Der Prozess erstreckte sich insgesamt über mehrere Jahre. Zwei Entwicklungen waren

zentral: einerseits die Evaluation der deutschen Hochschul- und Wissenschaftsforschung durch den Wissenschaftsrat (WR 2014)² und andererseits die Veränderungen am Standort Hannover, sowohl an der Leibniz Universität als auch bei der ehemaligen HIS GmbH.

Auf Seiten der LUH war mit der Umbenennung des Philosophischen Seminars in das Institut für Philosophie, welches mit einem starken Fokus auf die Wissenschaftsphilosophie neu gegründet wurde, ein erster sichtbarer Schritt unternommen worden, ein spezifisches Profil im Bereich der Wissenschaftsforschung auszubilden. Nach der Einführung des Masterstudiengangs *Wissenschaftsphilosophie* folgte in Kooperation mit der Universität Bielefeld nur wenige Jahre später die erfolgreiche Einwerbung des DFG-Graduiertenkollegs 2073: *Die Integration von theoretischer und praktischer Wissenschaftsphilosophie*. Ein weiterer Schritt seitens der LUH war die Neuausrichtung des Instituts für Soziologie in Richtung Hochschul- und Wissenschaftsforschung und damit verbunden die Schaffung neuer Professuren wie bspw. die für Bildungssoziologie mit einem Schwerpunkt auf den tertiären Bildungsprozessen. Auch hier entstand ein Masterstudiengang, der interdisziplinäre *MA Wissenschaft und Gesellschaft*,³ bei dem in der Lehre die Soziologie, die Politik-, Rechts-, und Wirtschaftswissenschaft sowie die Philosophie umfangreich beteiligt sind. Dies führte zu einem aus heutiger Sicht wichtigen Integrationsprozess. Einerseits wurden neben der Philosophie und der Soziologie weitere Disziplinen und Fakultäten an der LUH in das Forschungsfeld der Hochschul- und Wissenschaftsforschung eingebunden. Andererseits hat der *MA Wissenschaft und Gesellschaft* dazu beigetragen, die LUH und die damalige HIS GmbH (heute: DZHW) enger zusammenzuführen, denn der Studiengang wurde gemeinsam geplant und wird nun in enger Kooperation zwischen LUH und DZHW durchgeführt.

Vor zwei Jahren hat die LUH das Thema Hochschul- und Wissenschaftsforschung zentral aufgegriffen und *Wissenschaftsreflexion* zu einem ihrer vier Profilschwerpunkte erklärt und damit deutlich sichtbar bekundet,

1 Das LCSS finden Sie unter folgender Adresse: <https://www.lcss.uni-hannover.de/>.

2 Wissenschaftsrat (2014): Institutionelle Perspektiven der empirischen Wissenschafts- und Hochschulforschung in Deutschland,

Positionspapier, Drs. 3821-14. Berlin.

3 Nähere Informationen zum Master *Wissenschaft und Gesellschaft* siehe unter <https://www.wisges.uni-hannover.de/>.

welche Bedeutung dieses Forschungs- und Lehrgebiet an der LUH hat.

Die Gründung des Deutschen Zentrums für Hochschul- und Wissenschaftsforschung (DZHW) aus der ehemaligen HIS GmbH heraus war ein weiterer wichtiger Schritt, um Hannover zum zentralen Standort der Hochschul- und Wissenschaftsforschung zu machen. Der Wissenschaftsrat hatte in seiner *Stellungnahme zum HIS-Institut für Hochschulforschung (HIS-HF)* von 2013⁴ empfohlen, dieses Institut forschungsorientierter aufzustellen, es stärker mit der akademischen Hochschul- und Wissenschaftsforschung zu vernetzen, die Abteilungsleitungen mit gemeinsam mit den Universitäten berufenen Professorinnen und Professoren zu besetzen, aber auch weiterhin Politikberatung für Bund und Länder durchzuführen. In seinem ein Jahr später vorgelegten Positionspapier *Institutionelle Perspektiven der empirischen Wissenschafts- und Hochschulforschung in Deutschland*⁵ hat der Wissenschaftsrat (WR) diese Empfehlungen weiter präzisiert und die Zusammenführung des HIS-Instituts für Hochschulforschung mit dem *Institut für Forschungsinformation und Qualitätssicherung (IFQ)* nahegelegt. Die Zusammenführung wurde 2016 mit der Gründung des DZHW realisiert. Gegenüber der LUH sprach der WR die Erwartung aus, sich aktiv und dauerhaft für Wissenschafts- und Hochschulforschung zu engagieren und zu diesem Zweck eine zum DZHW komplementäre Forschungseinrichtung aufzubauen: Dies ist nun das LCSS.

II. Forschung am LCSS

Wie die kurze Gründungsgeschichte des LCSS bereits andeutet, finden hier verschiedene Entwicklungen und Ideen zusammen. Insbesondere die in den Papieren des WR geäußerten Empfehlungen fielen bei den Mitgliedern des LCSS auf fruchtbaren Boden. Neben der Anregung, ein neues Forschungszentrum komplementär zum DZHW aufzustellen, hatte der WR in seinem Positionspapier weitere Hinweise dafür gegeben, welche Forschungsprogrammatische sich eine solche universitäre Einrichtung geben sollte. So bemängelte er insbesondere, dass es der deutschen Wissenschafts- und Hochschulforschung an spezifischer Theoriebildung fehle und zudem mehr Wert auf die Methodenentwicklung zu legen sei. Diese Kritik haben die Mitglieder des LCSS aufgegriffen

und die Forschungsprogrammatische des LCSS dementsprechend ausgerichtet.

Die große theoretische Herausforderung, die die Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler im LCSS gemeinsam angehen wollen, ist es, eine systematische Beschreibung des Übergangs von der wohlfahrtsstaatlichen Industriegesellschaft zur globalisierten Wissensgesellschaft zu erarbeiten. Wenn wissenschaftliches Wissen und wissenschaftliche Expertise von beinahe allen sozialen Feldern wie Politik, Wirtschaft, Kunst und Kultur, Erziehung usw. immer mehr genutzt werden, dann hängt nicht nur die Nutzung, sondern auch der Nutzen ganz wesentlich davon ab, dass die Akteurinnen und Akteure dieser Felder zunehmend akademisch (aus)gebildet sind. Denn wissenschaftliche Kenntnisse und Fähigkeiten sind nicht nur nötig, um wissenschaftliches Wissen zu produzieren, sondern auch, um es zu verstehen und praktisch anzuwenden. Hierfür wurde die Professur für *Wissenschaft und Gesellschaft* am LCSS eingerichtet. Die große methodologische Herausforderung besteht darin, Begriffe, Kategorien und Klassifikationen zu entwickeln, mit denen sich die veränderte gesellschaftliche Position von Wissenschaft und Hochschule angemessen empirisch erfassen lässt. Dies ist das zentrale Forschungsfeld der Professur für *Methodologie der Hochschul- und Wissenschaftsforschung* des LCSS. Die Bedeutsamkeit dieser Professur lässt sich womöglich an Beispielen besser verdeutlichen: Was heißt Bildungsaufstieg, wenn beinahe 40 % einer Alterskohorte eine Hochschule besuchen, ein akademischer Abschluss also quasi zum Normalstandard⁶ geworden ist? Welche Begriffe sind geeignet, die Verflechtung von Wissenschaft und Wirtschaft zu beschreiben, wenn klar ist, dass Worte wie Wissenstransfer⁷ unpassend geworden sind?

Diese großen forschungsprogrammatischen Linien sind – theoretisch wie auch methodologisch – auf zwei Dinge ganz wesentlich angewiesen: auf Interdisziplinarität und auf die Überwindung der Trennung von Hochschul- und Wissenschaftsforschung. Interdisziplinarität ist für die Forschungsprogrammatische des LCSS kennzeichnend, denn keine Frage mit Bezügen zur Hochschul- und Wissenschaftsforschung kann aus einer einzelnen disziplinären Perspektive heraus beantwortet werden. Die globalisierte Wissenschaftsgesellschaft, so die aktuelle Forschung, stellt einen ähnlichen Epochenbruch dar wie jenen von der Agrar- zur Industriegesell-

4 Wissenschaftsrat (2013): *Stellungnahme zum HIS-Institut für Hochschulforschung (HIS-HF)*, Hannover, Drs. 2848-13. Berlin.

5 Wissenschaftsrat (2014), siehe Fn. 2.

6 Schofer, Evan/Meyer, John W. (2005): *The Worldwide Expansion of Higher Education in the Twentieth Century*. In: *American Socio-*

logical Review, Vol. 70, 898-920.

7 Mayntz, Renate/Neidhardt, Friedhelm/Weingart, Peter/Wengert, Ulrich (Hg.) (2015): *Wissensproduktion und Wissenstransfer*. Bielefeld: transcript.

schaft. Eine solchermaßen umfassende Dynamik kann nicht aus der Perspektive von einigen wenigen Disziplinen erfasst und schon gar nicht erklärt werden.

Die Zusammenführung von Wissenschafts- und Hochschulforschung ist für das LCSS eine unumgängliche Notwendigkeit. Die Trennung in zwei vermeintlich unabhängige Forschungsgebiete, die sich auf sämtlichen Ebenen wissenschaftlicher Institutionen und Organisationen etabliert hat, ist eher hinderlich denn hilfreich, um zu verstehen, was die Wissensgesellschaft charakterisiert und welche Prozesse und Dynamiken ablaufen. Gewiss gibt es Themenbereiche der Hochschul- wie der Wissenschaftsforschung, bei denen keine direkte Interdependenz zwischen Wissenschaft und Hochschule besteht, aber will man die Hauptkennzeichen der Wissensgesellschaft erfassen, dann wird man nicht umhin kommen, die Perspektiven der Hochschul- und Wissenschaftsforschung zusammenzubringen.

Das u.a. daraus resultierende Forschungsprogramm des LCSS umfasst vier Forschungsachsen, die eine Systematisierung der vielfältigen Wechselwirkungen zwischen Wissenschaft und Gesellschaft vornehmen: 1. Epistemologie, 2. Legitimation und Normativität, 3. Funktionale Differenzierung und 4. Soziale Differenzierung. Es handelt sich hierbei zunächst um eine heuristische Systematisierung, die sich von generalisierten theoretischen Annahmen über Gegenwartsgesellschaften herleitet. Die erste Forschungsachse „Epistemologie“ ist auf die Art und Weise der wissenschaftlichen Erkenntnisgewinnung konzentriert. Im Mittelpunkt steht die Frage nach den Bedingungen und Kontexten der Wissensgenerierung, ob und wie diese auf die Unabhängigkeit von Wissenschaft wirken. Die zweite Forschungsachse „Legitimation und Normativität“ begründet sich einerseits daraus, dass die Wechselwirkungen zwischen Wissenschaft und Gesellschaft und die interne Ausgestaltung des wissenschaftlichen Feldes nach Erklärung und Rechtfertigung verlangen. Andererseits ergibt sie sich daraus, dass wissenschaftliches Wissen, insbesondere wissenschaftliche Expertise, von anderen sozialen Feldern – vor allem der Politik – zur Argumentation und zur Legitimation von Entscheidungen genutzt wird. Die dritte Forschungsachse „Funktionale Differenzierung“ impliziert, dass Gegenwartsgesellschaften funktional differenziert sind und das Verhältnis von Wissenschaft zu sozialen Feldern wie auch zur Gesellschaft durch funktionale Differenzierung charakterisiert ist. Hier steht die Frage im Zentrum, wie sich das Spannungsverhältnis von Autonomie und Heteronomie für Wissenschaft und Gesellschaft gestaltet. Die

vierte Forschungsachse „Soziale Differenzierung“ drückt aus, dass neben funktionalen auch sozialstrukturelle Differenzierungsprozesse wirksam sind, und zwar ebenfalls im Verhältnis zu anderen sozialen Feldern und zur Gesamtgesellschaft wie auch innerhalb der Wissenschaft. In der Forschung zu dieser Achse ist von besonderem Interesse, wie und an welchen sozialen Differenzierungsprozessen Hochschule und Wissenschaft beteiligt sind.

Die Ausrichtung an diesen Forschungsachsen bedarf besonderer Anreize und Strukturen, wofür das LCSS eine interne Forschungsförderung bereitstellt: die Brückenprojekte. Die Brückenprojekte dienen der Realisierung der geschilderten Forschungsprogrammatik und werden aus dem LCSS-eigenen Etat finanziert. Idealerweise dienen sie der Anschubfinanzierung für größere Drittmittelanträge, der Beforschung innovativer Fragestellungen, aber in jedem Fall der weiteren Integration der LCSS-Forscherinnen und -Forscher auf der Ebene konkreter Projekte. Brückenprojekte können von den Mitgliedern des LCSS in Kooperation mit anderen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern beantragt werden. Die Antragstellung ist entlang der Idee des LCSS an verschiedene Voraussetzungen geknüpft: Die geplante Forschung muss interdisziplinär angelegt sein, systematisch Verbindungen zwischen Wissenschaft und Hochschule untersuchen und sich thematisch einer der vier Forschungsachsen zuordnen lassen. Gegenwärtig werden am LCSS drei Brückenprojekte bearbeitet, drei weitere starten im Jahr 2018.⁸

III. Graduiertenschule Wissenschaft und Gesellschaft

Die Ausbildung von qualifiziertem wissenschaftlichen Nachwuchs ist dem LCSS ebenfalls ein wichtiges Anliegen, weshalb am LCSS eine eigene Graduiertenschule, die gemeinsam mit dem DZHW durchgeführt wird, beheimatet ist.⁹ Die interdisziplinäre Aufstellung und die theoriegeleitete und grundlagenorientierte Forschung des LCSS, die enge Zusammenarbeit mit dem DZHW, das über einen überaus großen „Datenschatz“ zur Hochschul- und Wissenschaftsforschung verfügt, sind ideale Voraussetzungen für eine erfolgreiche und originelle Promotion. Die Doktorandinnen und Doktoranden des LCSS haben verschiedene disziplinäre Hintergründe und sind also selbst eine interdisziplinäre Gruppe von jungen Hochschul- und Wissenschaftsforscherinnen und -forschern.

Neben den Stipendiatinnen und Stipendiaten der LCSS-Graduiertenschule können auch Doktorandinnen

8 Hier finden sich Kurzbeschreibungen der Brückenprojekte: <https://www.lcss.uni-hannover.de/brueckenprojekte.html>.

9 Nähere Informationen siehe unter <https://www.lcss.uni-hannover.de/graduiertenschule.html>.

und Doktoranden der LUH als Mitglieder der Graduiertenschule aufgenommen werden, wenn deren Thema zur Forschungsprogrammatik des LCSS passt.

Im Lehrprogramm, an dem sich alle am LCSS vertretenen Disziplinen beteiligen, werden die Doktorandinnen und Doktoranden in die verschiedenen disziplinären Forschungsperspektiven, Theorien und Methoden zu den Wechselwirkungen zwischen Wissenschaft und Gesellschaft und zur Bedeutung der Hochschulbildung in den Gegenwartsgesellschaften eingeführt.

Das LCSS besteht nunmehr anderthalb Jahre, die wichtigsten Strukturen sind aufgebaut, die Brückenpro-

jekte führen zu einer Integration der Disziplinen, zusätzliche Drittmittel sind eingeworben und die Kooperation mit dem DZHW entwickelt sich sehr gut. Weitere größere Projekte sind in Planung.

Eva Barlösius leitet gegenwärtig das LCSS, sie hat eine Professur für Makrosoziologie. Ihre Arbeitsschwerpunkte sind Wissenschafts- und Hochschulforschung sowie Ungleichheits- und Kultursoziologie.

Nadja Bieletzki ist Koordinatorin des LCSS. Sie hat über „The Power of Collegiality – a qualitative analysis of university presidents’ leadership“ promoviert.

Laura Wegmann

Befristete Erhöhung oder Verringerung der Arbeitszeit im Geltungsbereich des WissZeitVG

I. Einführung

Aktuelle wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklungen stellen die herkömmlichen Arbeitsstrukturen in Frage. Als taugliches Mittel zum Ausgleich der veränderten Bedürfnisse der Vertragspartner hat sich die befristete Erhöhung oder Verringerung der Arbeitszeit erwiesen. Rechtlich unbeanstandet bleibt die Befristung der Vertragsbedingung, wenn sie eindeutig auf einen sachlichen Grund – wie etwa die Wahrnehmung von Elternzeit, die Kompensation eines krankheitsbedingt ausfallenden Arbeitnehmers oder die Abdeckung eines projektbedingten personellen Mehrbedarfs – gestützt werden kann.

Im Hochschulbereich gibt es hingegen Situationen, in denen unklar ist, ob für die Befristungsabrede ein Sachgrund besteht. Denkbar sind Fälle, in denen die Arbeitszeit eines dem WissZeitVG unterfallenden Mitarbeiters in erheblichem Umfang befristet reduziert wird, um diesem für die Dauer der Befristung die Teilnahme an einem für sein Forschungshaben relevantem externen Projekt zu ermöglichen oder ihm mehr freie Zeit zur Beendigung seiner in der Endphase befindlichen Promotion zu gewähren. Weiterhin in Betracht kommt die befristete Erhöhung der Arbeitszeit eines Mitarbeiters zur Wahrnehmung einer neu geschaffenen Lehrtätigkeit oder die kurzweilige Aufstockung des Arbeitszeitvolumens zur Einführung und Wartung eines für die Laborpraxis notwendigen technischen Geräts.

In diesen Fällen ist zu entscheiden, ob sich die Zulässigkeit der Befristung nach Maßgabe der in § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG vorgesehenen Angemessenheitskontrolle richtet, oder ob für derartige Abreden der Geltungsbereich der §§ 307ff. BGB eröffnet ist. Ersteres wird von der Rechtsprechung abgelehnt. Nach ihr regelt das WissZeitVG den Abschluss von Arbeitsverträgen für eine bestimmte Zeit mit wissenschaftlichem und künstlerischem Personal. Auf die Befristung einzelner Vertragsbedingungen eines nach dem WissZeitVG beschäftigten Mitarbeiters findet das WissZeitVG weder direkt noch analog Anwendung.¹ Die Rechtsprechung schließt ersichtlich an die zu § 14 TzBfG ergangene Rechtspre-

chung des BAG an, die die Anwendung dieser Vorschrift auf Änderungen der Arbeitsbedingungen ablehnt.² Damit bleibt der zweite Weg. Seine Untersuchung ist Anliegen der nachstehenden Ausführungen. Dazu wird zunächst die Befristungspraxis von Vertragsbedingungen außerhalb des Geltungsbereichs des WissZeitVG dargestellt (II.). Anschließend wird untersucht, inwieweit die daraus folgenden Grundsätze auf Befristungsabreden im Hochschulbereich übertragen werden können (III.). Die gefundenen Maßstäbe werden sodann auf praktische Fälle der Erhöhung oder Verringerung angewandt (IV.). Schließlich werden die Ergebnisse in einem Fazit zusammengefasst (V.).

Erhöhungen oder Verringerungen der Arbeitszeit von Wissenschaftlern können nach Maßgabe der PersVG (bei privaten Hochschulen und Forschungseinrichtungen nach Maßgabe des BetrVG) der Mitbestimmung oder Mitwirkung des Personalrats oder Betriebsrats unterliegen. Auf diesen Problembereich wird hier nicht eingegangen.

II. Befristungsabreden außerhalb des WissZeitVG

Außerhalb des Geltungsbereichs des WissZeitVG wird die Vertragsinhaltskontrolle seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Schuldrechtsmodernisierung am 1. Januar 2002 auf Vertragsbestimmungen angewandt, wenn es sich bei den Befristungsabreden um Allgemeine Geschäftsbedingungen iSd § 305 BGB handelt und die Befristung eine kontrollfähige Abrede nach § 307 Abs. 3 BGB darstellt.³

1. Abgrenzung zur Individualabrede

Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen vor, wenn die Vertragsbestimmungen nicht im Einzelnen ausgehandelt wurden. Ausgehandelt sind die Vertragsbestimmungen, wenn der den Geschäftsbedingungen immanente gesetzesfremde Kerngehalt der maßgeblichen Vertragsklausel zwischen den Vertragsparteien ernsthaft zur Disposition gestellt wird.⁴ In Bezug auf ausgehandelte Vertragsklauseln wird eine reine Rechtskontrolle unter Berücksichtigung der §§ 138, 242 BGB durchgeführt.⁵

1 LAG Hamm v. 2.7.2015 – 18 Sa 517/15, juris.

2 BAG v. 15.12.2011 – 7 AZR 394/10, EzA § 14 TzBfG Nr. 83.

3 Zur Rechtslage vor dem 1. Januar 2002 BAG v. 12.12.1984 – 7 AZR 204/83, juris; MüKoBGB/Hesse, 17. Aufl. 2016, § 14 TzBfG Rdn. 17.

4 LAG DdF v. 6.9.2016 – 9 Sa 1385/15, juris; AR/Löwisch, Kommentar zum gesamten Arbeitsrecht, 9. Aufl. 2017, § 305 BGB Rdn. 2.

5 ErfK/Preis, Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2018, § 310 Rdn. 24.

Bei einer Befristung einzelner Vertragsbedingungen im bestehenden Arbeitsverhältnis liegt es nicht fern, von einer Individualabrede auszugehen. Denn der Arbeitnehmer im bestehenden Arbeitsverhältnis ist nicht derselben Zwangslage ausgesetzt wie der Arbeitnehmer, der seine Einstellung forciert. Für den eingestellten Mitarbeiter besteht vielmehr die Möglichkeit, die nachträgliche Vereinbarung der Teilbefristung abzulehnen und das Arbeitsverhältnis zu den bisherigen Konditionen fortzuführen.

Allerdings ist auch bei nachträglichen Teilbefristungen die strukturelle Verhandlungsstärke zwischen den Vertragsparteien nicht schlechterdings ausgeglichen. Allein die rechtlich zulässige Handhabe der Ablehnung des arbeitgeberseitigen Änderungsangebots kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass für den Arbeitnehmer damit die Gefahr einer Änderungskündigung und jedenfalls einer Verschlechterung des Betriebsklimas verbunden ist. Je nachdem, wie die aktuelle Beschäftigungslage ausgestaltet ist, wird er dahingehend von einer Ablehnung des Änderungsangebots in der Praxis absehen.⁶ Insofern gelten diese Abreden nicht als „ausgehandelt“ iSd § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB.

Eine Individualabrede könnte hingegen erwogen werden, soweit der Arbeitnehmer die treibende Kraft der nachträglichen Arbeitszeitveränderung ist. Initiiert der Arbeitnehmer die nachträgliche Modifizierung der Arbeitszeit, so besteht gerade nicht die Gefahr, dass die Vertragsgestaltungsfreiheit aufgrund der faktischen Überlegenheit des Arbeitgebers einseitig zu Lasten des Arbeitnehmers ausgenutzt wird.⁷ Der Vertragsmechanismus funktioniert in diesem Falle mit der Folge, dass der Schutz des AGB-Rechts grundsätzlich entbehrlich ist. Allerdings darf sich das Merkmal des „Aushandelns“ nicht auf die Untersuchung beschränken, ob der Schutzzweck des AGB-Rechts die Kontrolle am Maßstab des § 307 BGB erfordert. Eine derartige Vorgehensweise würde auf eine Anwendung des Gesetzeszwecks und nicht auf eine Anwendung der Norm hinauslaufen.⁸ Auch bei nachträglichen Teilbefristungen ist die Vertragsbedingung nur dann ausgehandelt, wenn der Arbeitnehmer ausdrücklich die Befristung der Vertragsbedingung fordert. Allein der Wunsch nach einer Erhöhung oder Verringerung der Arbeitszeit genügt in der

Regel nicht.⁹ Nur ausnahmsweise kann ein solcher Wunsch ein Aushandeln begründen wenn feststeht, dass der Arbeitnehmer die Befristung der Bestimmung auch dann vereinbart hätte, wenn ihm der Vertragspartner die fristlose Abrede in Aussicht gestellt hätte.¹⁰ Abgesehen von dieser Ausnahme ist die Vereinbarung der Befristungsabrede nicht individuell „ausgehandelt“ iSd § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB.

2. Kontrollfähigkeit der Teilbefristung

Aus § 307 Abs. 3 BGB ergibt sich, dass die uneingeschränkte Inhaltskontrolle nur dann vorgenommen werden kann, wenn die Befristungsabrede eine kontrollfähige Abrede darstellt. Der gerichtlichen Kontrolle entzogen sind Leistungsbeschreibungen, die Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung festlegen.¹¹ Wie das BAG standardmäßig betont ist Gegenstand der Inhaltskontrolle nicht der Umfang der befristeten Arbeitszeiterhöhung und damit der Kernbestand der Hauptleistungspflicht, sondern lediglich deren zeitliche Einschränkung durch die Befristung. Die Befristung der Vertragsbedingung als solche ist als rechtlich neutrales Mittel hingegen weder angemessen noch unangemessen.¹² Die Angemessenheit derselben kann nur beurteilt werden, wenn der Umfang der Arbeitszeiterhöhung in die nach § 307 BGB vorzunehmende Abwägung eingestellt wird. Ähnlich verfährt nunmehr das BAG unter Berufung darauf, dass andernfalls Wertungswidersprüche zum TzBfG generiert würden.¹³ Die Teilbefristung ist daher unwirksam, wenn sie den Arbeitnehmer bei Abwägung der schützenswerten Interessen beider Vertragsteile unangemessen benachteiligt.

3. „Vorformulierung“

Ob die vorformulierte Vertragsbedingung zur einmaligen oder mehrmaligen Verwendung bestimmt ist, ist nicht entscheidend, da der Arbeitsvertrag einen Verbrauchervertrag iSd § 310 Abs. 3 BGB darstellt, auf den § 307 BGB Anwendung findet.¹⁴

4. Verhältnis zum TzBfG

Die nach § 307 BGB auszurichtende Inhaltskontrolle wird hinsichtlich der Überprüfung der Befristungsabrede auch nicht durch die Regelungen der §§ 14ff.

6 Däubler/Bonin/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2014, S. 264; Maschmann, RdA 2005, 212 (219).

7 Lunk/Leder, NZA 2008, 504 (505).

8 Däubler/Bonin/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2014, S. 79.

9 ArbG Stuttgart v. 15.08.2012 – 22 Ca 471/12, BeckRS 2014, 69081.

10 Vgl. Maschmann, RdA 2005, 212 (219).

11 BAG v. 27.7.2005 – 7 AZR 486/04, EzA § 307 BGB 2002 Nr. 5.

12 Däubler/Bonin/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2014, S. 267.

13 BAG v. 15.12.2011 – 7 AZR 294/10, NZA 2012, 674 (677); Vgl. Däubler/Bonin/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2014, S. 266 f.

14 Vgl. BAG v. 8.8.2007 – 7 AZR 855/06, EzA § 14 TzBfG Nr. 42.

15 BAG v. 10.12.2014 – 7 AZR 1009/12, EzA § 307 BGB 2002 Nr. 67.

TzBfG verdrängt.¹⁵ Die §§ 14ff. TzBfG finden weder direkt¹⁶ noch analog Anwendung.¹⁷ Trotz der nunmehr anerkannten Verdrängungswirkung der § 305ff. BGB gegenüber den Vorschriften des TzBfG bleiben dessen Wertungen nicht gänzlich unbeachtet.¹⁸ Sind Umstände gegeben, die im Einzelfall zu einer Befristung des Arbeitsverhältnisses führen können, so erlangen diese Gründe jedenfalls Bedeutung, wenn es um die Befristung einzelner Vertragsbedingungen geht.¹⁹ Besteht ein Sachgrund, so indiziert dieser regelmäßig die Angemessenheit der Befristungsabrede. Ein strengerer Prüfungsmaßstab wird angelegt, wenn die Arbeitszeit befristet in erheblichem Umfang erhöht wird. In diesem Fall ist die Arbeitszeitaufstockung nur dann nicht unangemessen, wenn Umstände vorliegen, die die Befristung des gesamten Vertrages rechtfertigen könnten.²⁰ Keine Anwendung findet der qualifizierte Prüfungsmaßstab auf die befristete Verringerung der Arbeitszeit in erheblichem Umfang. Dies wird damit begründet, dass bei der befristeten Arbeitszeitverringerung das finanzielle Auskommen – anders als bei der erheblichen Arbeitszeitaufstockung – nicht gefährdet wird. Denn nach Ablauf der Befristung erhöht sich die Arbeitszeit und infolgedessen auch die Vergütung ipso iure zum ursprünglich vereinbarten Umfang. Eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers ist nur ausnahmsweise gegeben, wenn der aus § 8 TzBfG resultierende Anspruch beschränkt wird.²¹ Im Übrigen hat das Bestehen eines Sachgrundes für die Angemessenheit einer befristeten erheblichen Arbeitszeitverringerung nur Indizwirkung.

III. Übertragung des Kontrollmaßstabes auf das WissZeitVG

1. Anwendungsbereich §§ 307ff. BGB

Anwendbar ist der Kontrollmaßstab der §§ 307ff. BGB nur dann, wenn die Befristungsabrede nicht individuell vereinbart und damit ausgehandelt iSd § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB ist. Auch im Hochschulbereich ist notwendig, dass der Verwender die Vertragsbestimmung – in Gestalt der Befristungsabrede – ernsthaft zur Diskussion stellt. Ein gesteigertes Interesse des Mitarbeiters an einer Erhöhung oder Verringerung

der Arbeitszeit ist nicht ausreichend, da damit nicht der Wunsch nach einer Befristung der Vertragsbedingung einhergeht. Vonnöten ist vielmehr, dass der Mitarbeiter bei einem fristlosen Angebot der Hochschule die Befristung explizit vereinbart hätte. Ob die Hochschule zur Unterbreitung eines entsprechenden Vorschlags bereit war bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls.

2. Übertragung der Rechtsprechung

Sofern der Anwendungsbereich der §§ 307ff. BGB für Befristungsabreden im WissZeitVG eröffnet ist, besteht die Möglichkeit die Rechtsprechung zur Verdrängung der §§ 14ff. TzBfG gegenüber der §§ 307ff. BGB zu übertragen. Eine unterschiedslose Anwendung hätte zur Folge, dass Befristungsabreden im Geltungsbereich des nach WissZeitVG befristeten Arbeitsverhältnis regelmäßig angemessen iSd § 307 BGB wären, wenn ein die Befristung des Vertrages rechtfertigender Sachgrund nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG bestünde oder die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG erfüllt wären.²²

Eine differenzierte Handhabung der Übertragung könnte aus Sinn und Zweck des WissZeitVG resultieren. Dem WissZeitVG liegt ausweislich der Gesetzesbegründung die Absicht zu Grunde, durch die privilegierte Zulässigkeit der Befristung von Verträgen eine Fluktuation des wissenschaftlichen Nachwuchses zu generieren und dadurch die Leistungs- und Innovationsfähigkeit der Hochschule zu sichern.²³ Betrachtet man die „Befristung in der Befristung“ als Anreiz zur Mitarbeit in hochschulübergreifenden Projekten, so liegt es nicht fern, auch die Befristung von Vertragsbedingungen stets für zulässig zu erklären. Folge der privilegierten Zulässigkeit wäre, dass diese bei Bestehen eines Befristungs- oder Sachgrundes nach § 2 Abs. 1, 2 WissZeitVG ausnahmslos wirksam und auch bei extrem kurz oder langen Befristungen nicht zu beanstanden wäre. Dagegen spricht, dass dadurch die Vorschriften des WissZeitVG auf die Befristung von Vertragsbedingungen de facto analog angewandt würden. Neben der Angemessenheitskontrolle bzw. der Sachgrundkontrolle nach Maßgabe der § 2 Abs. 1, 2 WissZeitVG bestünde für die Inhaltskontrolle kein eigenständiger Anwendungsbereich mehr.

16 BAG v. 14.1.2004 – 7 AZR 213/03, AP TzBfG § 14 Nr. 8; v. 15.12.2011 – 7 AZR 394/10, EzA § 14 TzBfG Nr. 83; *Sievers*, Kommentar zum TzBfG, 5. Aufl. 2015, § 14 Rdn. 12.

17 Angesichts der breiten Diskussion um die Gefährdung des Bestandsschutzes des Arbeitsverhältnisses kann nicht von einer unbewussten Regelungslücke ausgegangen werden. Wie hier: *Schmidt*, NZA 2012, 760.

18 Krit. in Bezug auf die praktischen Folge der wertungsmäßigen Heranziehung: *Fuhlrott*, NZA 2016, 1000 (1003), der Rechtsunsicherheit bei der Befristungspraxis befürchtet.

19 BAG v. 23.3.2016 – 7 AZR 828/13, EzA § 307 BGB 2002 Nr.

76; v. 7.10.2015 – 7 AZR 945/13, EzA § 307 BGB 2002 Nr. 7; v.

10.12.2014 – 7 AZR 1009/12, EzA § 307 BGB 2002 Nr. 67.

20 *Arnold/Graefl*, Teilzeit- und Befristungsrecht, 4. Aufl. 2016, § 14 TzBfG Rdn. 18.

21 BAG v. 10.12.2014 – 7 AZR 1009/12, EzA § 307 BGB 2002 Nr. 67.

22 Kein Sachgrunderfordernis statuiert das Merkmal „zur Förderung (...) der Qualifizierung“, vgl. BT-Drs. 18/6489 S. 10; *Mandler/Meißner*, OdW 2017, 199 (206).

23 BT-Drs 16/3438 S. 11.

Ein weiteres denkbare Szenario wäre, für Befristungen von Vertragsbedingungen im Geltungsbereich des WissZeitVG niemals einen Sach- bzw. Befristungsgrund zu erfordern mit der Folge, dass Befristungsabreden nur wirksam wären, wenn diese der nachvollziehenden Abwägung nach Maßgabe des § 307 BGB standhielten. Begründen ließe sich das damit, dass insbesondere im Wissenschaftsbereich ein gesteigertes Bedürfnis nach einer Flexibilisierung der Arbeitsbedingungen besteht. Denn weder die Entwicklung des eigenen Qualifizierungsziels noch die weitere Gestaltung des Projektablaufs ist im Voraus planbar. Würde man im Fall einer erheblichen Arbeitszeitaufstockung stets ein Sach- bzw. Befristungsgrund voraussetzen, wäre eine gewisse Bremswirkung in Bezug auf die wissenschaftliche Praxis nicht abzustreiten. Unberücksichtigt bliebe dann allerdings, dass eine erhebliche Arbeitszeitaufstockung für das wissenschaftliche Personal hinsichtlich des finanziellen Auskommens und der Lebensplanung ebenso bedeutsam ist wie für das nichtwissenschaftliche Personal. Für Letzteres gelten die unter II. 4. erörterten, allgemeinen Grundsätze. Eine Ungleichbehandlung beider Gruppen wäre nur gerechtfertigt, wenn die in Art. 5 Abs. 3 GG gewährleistete Wissenschaftsfreiheit die Notwendigkeit eines Sachgrundes entbehrlich machen würde. Allerdings dient das Sonderbefristungsrecht des WissZeitVG gerade der Wahrnehmung der Wissenschaftsfreiheit. Dass dieselbe einerseits die Vertragsbefristung im Interesse einer Nachwuchs- und Qualifikationsförderung zulässt, andererseits der Bindung der Befristungsabrede an Sach- bzw. Befristungsgründe nach Maßgabe des WissZeitVG entgegensteht ist nicht erkennbar. Vielmehr ermöglicht die durch Befristungsabreden erfolgte Umverteilung des dem Institut zur Verfügung stehenden Arbeitszeitbudgets auf die angestellten Mitarbeiter eine Intensivierung einzelner Projekte und eine Ausnutzung der individuellen Leistungsfähigkeit. Das vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG erfasste Kernziel des WissZeitVG – die Aufrechterhaltung der Innovationsfähigkeit der Hochschule – wird durch die Befristung der Vertragsbedingung gefördert.

Vorzugswürdig ist insofern, die Rechtsprechung zur Verdrängung der §§ 14ff. TzBfG gegenüber der §§ 307ff. BGB unter Berücksichtigung der dem WissZeitVG immanenten Wertungen zu übertragen.²⁴

3. Zitiergebot

Unterwirft man nun eine Vertragsbestimmung im Geltungsbereich des WissZeitVG der Inhaltskontrolle, so stellt sich die Frage, wie sich das in § 2 Abs. 4 Wiss-

ZeitVG vorgesehene Zitiergebot auf die Angemessenheitskontrolle auswirkt. Schon außerhalb des Anwendungsbereichs des WissZeitVG lässt das BAG das Vorliegen eines objektiven Rechtfertigungsgrundes für die Angemessenheit der Befristungsabrede genügen.²⁵ Ursache hierfür sind die im Rahmen der Angemessenheitskontrolle heranzuziehenden Wertungen des TzBfG.²⁶ Da das TzBfG eine Niederschrift des Befristungsgrundes nicht erfordert, soll auch bei Vornahme der Inhaltskontrolle die Angabe des Befristungsgrundes entbehrlich sein.

Nichts anderes gilt bei Befristungsabreden im WissZeitVG. Zwar ist in § 2 Abs. 4 Satz 1 WissZeitVG ein Zitiergebot verankert. Bezugspunkt der Regelung ist allerdings das Vertragswerk als Ganzes und nicht die einzelne Vertragsbestimmung. Das Festhalten am Zitiergebot wäre bei der Änderung von Vertragsbedingungen letztlich auch reiner Formalismus. Dem Sinn und Zweck des Zitiergebots – der Schaffung von Rechtssicherheit – wird schon bei der Niederschrift der Befristungsabrede des Ausgangsvertrages entsprochen. Eine darüber hinausgehende Notwendigkeit nach einem Verweis iSd § 2 Abs. 4 WissZeitVG kann sich nur ausnahmsweise dann ergeben, wenn durch die Befristungsabrede zugleich die Befristungsdauer des Hauptvertrages modifiziert wird. Im Übrigen ist die Wahrung des Zitiergebots bei der befristeten Änderung der Arbeitszeit entbehrlich.

IV. Die Arbeitszeitveränderung unter Berücksichtigung der Wertungen des WissZeitVG

1. Arbeitszeiterhöhung

Wird die Arbeitszeit eines wissenschaftlichen Mitarbeiters befristet erhöht, damit dieser eine institutseigenen zugeteilte Lehrtätigkeit wahrnehmen kann, stellt die Aufstockung regelmäßig dann keine unangemessene Benachteiligung iSd § 307 Abs. 1 BGB dar, wenn Umstände vorliegen, die auch die Befristung des Vertrages als solches rechtfertigen würden. Zu ermitteln ist demnach, ob die befristete Erhöhung der angestrebten Qualifizierung nach Maßgabe des § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG angemessen ist. Regelmäßig angemessene Zeiträume gibt es für die Befristung von Vertragsbedingungen nicht. Ob die befristete Modifizierung der Arbeitszeit der angestrebten Qualifizierung angemessen ist, entscheidet sich vielmehr nach den auf die Angemessenheit der Befristungsdauer anzulegenden Darlegungs- und Beweislastregeln.²⁷ So hat die Hochschule in den Fällen, in denen die befristete

²⁴ So LAG Hamm v. 2.7.2015 – 18 Sa 517/15, juris.

²⁵ BAG v. 15.12.2011 – 7 AZR 394/10, EzA § 14 TzBfG Nr. 83. So auch *Willemsen/Jansen*, RdA 2010, 1.

²⁶ S. Fn 15.

²⁷ *Mandler/Meißner*, OdW 2017, 199 (202).

Veränderung der Arbeitszeit nicht auf Wunsch des Mitarbeiters erfolgt darzulegen, wieso die befristete Erhöhung der Arbeitszeit im fraglichen Zeitraum notwendig ist, um dem Ziel der Förderung der wissenschaftlichen Qualifizierung des Mitarbeiters gerecht zu werden.²⁸ Nur durch diese Auferlegung der Beweislast kann gewährleistet werden, dass die Befristung der Arbeitszeit nicht dazu instrumentalisiert wird Mitarbeiter von vornherein mit einer niedrigen Stundenanzahl einzustellen um auf etwaige Mehrbelastungen mit befristeten Arbeitszeiterhöhungen zu reagieren. Besteht aus Sicht des Mitarbeiters eine Notwendigkeit der Arbeitszeiterhöhung, so kann die Unangemessenheit der Befristungsabrede durch die Hochschule ohne weiteres widerlegt werden. So auch im Falle des Mitarbeiters, der eine Erhöhung der Arbeitszeit zur Übernahme einer Lehrtätigkeit wünscht.

Die Übernahme einer Lehrtätigkeit dient der wissenschaftlichen Qualifizierung nach Maßgabe des § 2 Abs. 1 WissZeitVG insoweit, als dass sich der Lehrende zum Ziel setzt, die eigenen Erkenntnisse im Rahmen einer kritisch-reflexiven Auseinandersetzung zu hinterfragen und fortzuentwickeln. Liegt diese Zielsetzung der Lehrtätigkeit zu Grunde, so könnte selbst die Befristung des Vertrages als solche gerechtfertigt werden, so dass die Befristungsabrede nicht unangemessen ist. Berücksichtigt werden muss, dass zur Vermeidung der Unangemessenheit zwingend auf einen Befristungs- bzw. Sachgrund nach Maßgabe des WissZeitVG zurückgegriffen werden muss, wenn die Arbeitszeitaufstockung erheblich ist.

2. Arbeitszeitreduktion

Wird die Arbeitszeit eines wissenschaftlichen Mitarbeiters in erheblichem Umfang befristet reduziert, damit dieser an einem hochschulübergreifenden Projekt teilhaben kann, so ist offen, nach welchem Maßstab sich die Befristungsabrede bemisst. Überträgt man die Rechtsprechung zur Befristung von Vertragsbedingungen außerhalb des Anwendungsbereichs des WissZeitVG, so bedarf es selbst bei der erheblichen Arbeitszeitreduktion keines Befristungs- bzw. Sachgrundes nach Maßgabe des § 2 Abs. 1, 2 WissZeitVG. Eine Übertragung dieser Position auf die befristete Arbeitszeitverringerung im Geltungsbereich des WissZeitVG ist nicht überzeugend. Zwar wird durch die befristete Verringerung der Arbeitszeit auch im Hochschulbereich gesichert, dass die Mitarbeiter nach

Ablauf der Befristung zur ursprünglich vereinbarten Arbeitszeit beschäftigt sind und folglich die Vergütung wieder den vor Abschluss der Befristungsabrede geltenden Umfang annimmt. Der Rückgriff auf die Wertungen des WissZeitVG ist aber notwendig, um den insbesondere im Hochschulbereich angesiedelten mit der Arbeitszeitverringerung einhergehenden Erschwernissen Rechnung zu tragen. So hat die Arbeitszeitverringerung zur Folge, dass dem Mitarbeiter während des Befristungszeitraums der Zugang zu wissenschaftlichen Ressourcen nur begrenzt offen steht.²⁹ Zu den wissenschaftlichen Ressourcen gehören die den Hochschulen vorbehaltenen Erkenntnismittel wie Literatur oder technisches Equipment. Daneben führt die Beschränkung der Arbeitszeit aber auch dazu, dass der Mitarbeiter sich nicht mehr im gewohnten Umfang mit dem verbliebenen wissenschaftlichen Personal austauschen kann. Der Austausch trägt dazu bei, die bisher erzielten Erkenntnisse einer breiten Diskussion zuzuführen und aus dieser Erörterung Erkenntnisse für die Erreichung des eigenen angestrebten Qualifizierungsziels zu generieren. Die Begrenzung der Zugänglichkeit der wissenschaftlichen Ressourcen durch die Befristung der Arbeitszeit ist insofern ein nicht zu vernachlässigender Umstand. Überzeugender ist daher, bei der befristeten Arbeitszeitverringerung im Wissenschaftsbereich wie bei der befristeten Arbeitszeiterhöhung zu verfahren. Wird die Arbeitszeit in erheblichem Umfang von mindestens 25 % für einen bestimmten Zeitraum reduziert, so ist die Verringerung nur dann nicht unangemessen, wenn auch der Vertrag als solcher befristet werden dürfte.

V. Fazit

Die „Befristung in der Befristung“ richtet sich nach dem Kontrollmaßstab der §§ 307ff. BGB, sofern die Abrede nicht ausnahmsweise „ausgehandelt“ iSd § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB ist. Verdrängt werden durch die §§ 307ff BGB die Vorschriften des WissZeitVG. Trotz der grundsätzlichen Verdrängung werden die Wertungen des WissZeitVG bei Vornahme der Inhaltskontrolle berücksichtigt. Empfehlenswert ist aber, auch bei der Befristung von Vertragsbedingungen zu untersuchen, ob ein Befristungs- oder Sachgrund besteht. Ist dies der Fall, kann er in die Vertragsklausel aufgenommen werden (S. Beispielsklausel unter VI.). Nicht notwendig ist bei der

28 Meinel/Heydn/Herms/Meinel, Kommentar zum TzBfG, 5. Aufl. 2015, § 14 TzBfG Rdn. 36; BeckOK ArbR/Bayreuther, Stand 01.09.2017, § 14 TzBfG Rdn. 23.

29 AR/Löwisch, Kommentar zum gesamten Arbeitsrecht, 9. Aufl. 2017, § 1 WissZeitVG Rdn. 11.1.

„Befristung in der Befristung“ die Wahrung des Zitiergebotes.

des folgenden Grundes: _____ (Befristungsgrund nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG/Sachgrund nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG).

VI. Beispielsklausel

Der vereinbarte Beschäftigungsumfang wird ab dem ... bis zum... um $\frac{1}{4}$ der jeweiligen durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit eines entsprechenden Vollbeschäftigten erhöht/verringert und zwar wegen Vorliegen

Laura Wegmann ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Forschungsstelle für Hochschul Arbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch.

Carsten Morgenroth

Replik auf Unger, OdW 2017, 273 (282 ff.)

In OdW 2017, 273 (282 ff.) hat sich *Benjamin Unger* ausführlich mit meinen Gedanken zum Überdenkungsverfahren (nachfolgend ÜV) in OdW 2017, 13 ff. auseinandergesetzt. Ich möchte hierauf wie folgt erwidern.

I.

Die umfängliche Befassung von *Unger* mit diesem Thema liegt genau in meinem Interesse, das ÜV noch stärker in das Bewusstsein der Akteure in den Hochschulen zu heben. Insofern gebührt *Unger* dafür zunächst Dank und Anerkennung, und seine Abhandlung hat mich auch persönlich gefreut.

Sodann sei der geschätzte Leser darauf hingewiesen, dass sein gedanklicher Fokus in einem entscheidenden Aspekt nicht meinem entspricht, so dass sich unsere Analysen eher ergänzen als widersprechen. Denn während *Unger* seinen Schwerpunkt bei den juristischen Staatsprüfungen setzt, wo es bundesweit flächendeckend detaillierte Regelungen zum ÜV gibt, hatte ich versucht, das Thema grundlegend für die vielen Modulprüfungen fruchtbar zu machen, zu denen es in den Hochschulen derzeit gerade noch keine oder nur sehr vereinzelte Regelungen gibt. Sehr schön ist dies für mich erkennbar, wenn *Unger* eine Behandlung des ÜV im Rahmen des Widerspruchsverfahrens damit begründet, es bestünden hierfür weit überwiegend Regelungen in diese Richtung (OdW 2017, 285). Er induziert damit die zutreffende theoretische Anbindung aus der praktischen Handhabe, während ich – gewissermaßen umgekehrt – versuche, aus rechtstheoretischen Strukturen eine mögliche praktische Lösung abzuleiten. Ich kann mich den Ausführungen von *Unger* für den Bereich der juristischen Staatsprüfungen insoweit ohne Weiteres anschließen, ohne dass dadurch jedoch meine Gedankenführung für die Modulprüfungen an Hochschulen berührt wäre. Damit ist hoffentlich gleichzeitig auch geklärt, dass ich einer Einbettung des ÜV in das Widerspruchsverfahren nicht „allgemein entgegentrete“ (*Unger*, a.a.O.), sondern eben nur für den Bereich der Modulprüfungen.

Soweit schließlich verschiedene Auffassungen zu Einzelfragen bestehen, so sei der Leser durch diese Zeilen in seiner Entscheidungsfindung unbeeinflusst. Was die Berechtigung von Fotokopien angeht, fühle ich mich von den einschlägigen juristischen Quellen eher bestä-

tigt (s. etwa Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 8. Aufl., 2014, § 29 Rn. 84 m.w.N.). Was die Behandlung vertretbarer Fragen im ÜV angeht (*Morgenroth*, OdW 2017, 20), räume ich dagegen ein, etwas missverständlich formuliert zu haben – die Frage der Vertretbarkeit einer Lösung unterliegt zwar nicht der eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung, ist jedoch als Frage mit unmittelbarem Einfluss auf die Bewertung der Leistung selbstverständlich im Rahmen des ÜV behandelbar (s. auch BVerwG NVwZ 1996, 681).

II.

Ein Aspekt sei in meiner Replik jedoch nochmals besonders aufgegriffen. *Unger* bezeichnet diesen Aspekt auch als den Leitgedanken seiner Kritik an meinen Äußerungen (OdW 2017, 283): gehört das ÜV strukturell dem Leistungsbewertungsverfahren (Auffassung *Morgenroth*) oder dem Rechtsschutz (Auffassung *Unger*) an? Dieser Aspekt ist unabhängig von einer Einbindung in Staats- oder Modulprüfungen zu betrachten, deshalb sei er hier nochmals etwas ausführlicher dargelegt.

Dieser Aspekt ist in der Tat rechtlich binär fundiert, hat doch das BVerwG 1993 in seinem Leiturteil zum ÜV (BVerwG NVwZ 1993, 681 ff.) formuliert: „Das verwaltungsinterne Kontrollverfahren ... erfüllt damit – in Ergänzung des gerichtlichen Rechtsschutzes – eine Komplementärfunktion für die Durchsetzung der Berufsfreiheit.“ (BVerwG, a.a.O., S. 683). Mit der Kontrolle einer Ausgangsbewertung und einer ggf. erfolgenden Anpassung der Entscheidung lassen sich in der Tat auch wesentliche Elemente des Rechtsschutzes im ÜV finden. Aus meiner Sicht sprechen dennoch die besseren Gründe dafür, das ÜV dem Leistungsbewertungsverfahren und nicht dem Rechtsschutz zuzuordnen.

1.

Zunächst ist Rechtsschutz im Sinne des – für das ÜV ja wesentlichen – Grundrechts aus Art. 19 IV GG ausschließlich gerichtlicher Rechtsschutz. Eine Parallele zum gerichtlichen Rechtsschutz verbietet sich jedoch für das ÜV auf den ersten Blick. Denn im ÜV muss der gleiche Prüfer überdenken (Selbstkontrolle), während die Natur der richterlichen Tätigkeit diejenige einer nichtbeteiligten, sachlich und inhaltlich unabhängigen Person

darstellt (*Sachs*, in: *Sachs*, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl., 2014, Art. 97 Rn. 1 m.w.N.), was das Prinzip der Fremdkontrolle offenbart.

2.

Obwohl Art. 19 IV GG auch auf das vorgelagerte Verwaltungsverfahren ausstrahlt, etwa, indem es Form- oder Fristanforderungen stellt oder ein Vorverfahren etabliert (*Detterbeck*, in: *Sachs*, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl., 2014, Art. 19 Rn. 139, 143 a), und damit das nachgelagerte Gerichtsverfahren sichert, lassen sich aus Art. 19 IV GG keine Vorgaben für eigenständige Verwaltungsverfahren wie das ÜV ableiten. Auch dieser Aspekt spricht dafür, dass es sich beim ÜV nicht um ein Rechtsschutzäquivalent handelt. Insoweit hat das BVerwG treffend formuliert: in „Ergänzung“ des gerichtlichen Rechtsschutzes, aber eben nicht in „Ausgestaltung“ oder „Fortführung“ des gerichtlichen Rechtsschutzes. „Durchsetzung der Berufsfreiheit“ im Sinne des BVerwG, also „Sicherung der Berufsfreiheit durch Verfahren“, durchzieht stattdessen das gesamte Leistungsbewertungsverfahren (s. *Morgenroth*, OdW 2017, 13 ff., *ders.* Hochschulstudienrecht und Hochschulprüfungsrecht, 2017, S. 95 f., 125 f.).

3.

Man könnte das ÜV sicherlich in die gedankliche Umgebung zu Verwaltungsverfahren bringen, welche eine Rechtsschutz(ergänzungs)funktion aufweisen.

So ist es zwar nicht die Regel, aber durchaus denkbar, ein Widerspruchsverfahren einstufig durchzuführen (*Kopp/Schenke*, VwGO, Kommentar, 23. Aufl., 2017, § 72 Rn. 1). Selbst dann könnte aber noch der auch dem Widerspruchsverfahren innewohnende Gedanke der Fremdkontrolle dagegen sprechen (s. *Morgenroth*, OdW 2017, 21).

Strukturell lässt sich das ÜV auch mit Verfahren des informellen Rechtsschutzes, etwa der Gegenvorstellung, verbinden, wo ebenfalls die Behörde der Ausgangsentscheidung unter Angabe von Einwendungen und deren Begründung erneut um Entscheidung ersucht wird. Auch hier besteht jedoch ein fundamentaler Unterschied: denn während es bei der Gegenvorstellung gerade keinen Anspruch auf eine neue Bewertung gibt (BFH, Beschl. v. 13.10.2005, Az. IV S 10/05), hat der Prüfling im Rahmen des ÜV einen Anspruch auf Neubewertung (*Niehues/Fischer/Jeremias*, Prüfungsrecht, 6. Aufl., 2015, Rn. 790).

In all diesen Fragen fällt die Zuordnung jedoch nicht leicht bzw. ist mit inhaltlichen Hürden behaftet. Auch dies lässt deshalb meines Erachtens nicht auf eine über-

wiegende Überzeugungskraft der Zuordnung zum Rechtsschutz schließen.

4.

Eine Zuordnung der ÜV zum Leistungsbewertungsverfahren ist schließlich auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil bereits eine Entscheidung gefallen ist, die nicht mehr abänderbar wäre. Denn der Hochschule steht die Befugnis, ihre Entscheidung zu verändern, auch jenseits von Rücknahme und Widerruf zu. Die Abänderungskompetenz folgt aus einer analogen Anwendung von § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO (*Kraft*, BayVBl. 1995, 519 (520) unter Verweis auf das BVerwG). Dies ist vor dem Hintergrund konsequent, dass das ÜV nach der Rechtsprechung des BVerwG (*BVerwG* NVwZ 1993, 681 ff.) auch außerhalb des Widerspruchsverfahrens verankert werden kann – so oder so muss es eine Abänderungsbefugnis geben. Die Hochschule ist deshalb befugt, ihre Mitteilung der Prüfungsbewertung, sei sie nun Verwaltungsakt oder nicht (s. *Morgenroth* NVwZ 2014, 32 ff., zu neuen Entwicklungen bei bestandenen Prüfungsnoten *Morgenroth* NVwZ 2017, 1430), nach der Neubewertung infolge des ÜV neu bekannt zu geben. Auch aus diesen eher verfahrenstechnischen Gründen heraus ist eine Zuordnung des ÜV zum Rechtsschutz nicht geboten.

5.

Die von *Unger* angeführten Argumente scheinen mir diesen Gedankengang nicht überzeugend entkräften zu können.

Richtig ist zwar (sein Argument Nr. 1, s. OdW 2017, 282), dass das ÜV den fehlenden Rechtsschutz kompensiert. Dies kann jedoch auf vielerlei Art und Weise geschehen, hier etwa durch eine Verlängerung des Leistungsbewertungsverfahrens oder auch durch ein eigenes (informelles?) Rechtsschutzverfahren. Aus der Funktion (Kompensation für fehlenden Rechtsschutz) jedoch unmittelbar auf die Struktur zu schließen (es wird kompensierender Rechtsschutz geleistet, s. S. 282 rechts oben) ist vor diesem Hintergrund weder inhaltlich schlüssig noch definitorisch geboten. Im Gegenteil: *Unger* selbst sieht die entscheidende Tätigkeit des Prüfers als die „Überdenkung seiner prüfungsspezifischen Wertungen“ an (a.a.O.). Seine eigene Argumentation ist deshalb zwar im Ausgangspunkt richtig, aber inhaltlich sogar unschlüssig oder bestenfalls missverständlich und deshalb auch nicht folgerichtig bzgl. ihres Ergebnisses.

Auch sein zweites Argument lässt hinreichende Schlüssigkeit und damit Überzeugungskraft nicht aufkommen: das ÜV sei deshalb zwingend ein Rechtsschutzverfahren, weil nicht vollständige gerichtliche

Überprüfbarkeit der Prüfungsbewertungen vorliege. Auch in anderen Fällen besteht jedoch das Phänomen eingeschränkter gerichtlicher Überprüfbarkeit, z.B. bei Planungsentscheidungen von Baubehörden, ohne dass deshalb jedoch die planende Tätigkeit der Behörden zu einer Rechtsschutzfähigkeit würde. Im Gegenteil: dies ist und bleibt Verwaltungstätigkeit, und dort sogar ohne weitere Verfahrenskompensation.

Ungers drittes Argument setzt das – inkonsistente – erste Argument fort und ist schon deshalb mit besonderer Vorsicht zu betrachten: die Ursache für das ÜV sei die gebotene kompensatorische Rechtsschutzgewährung, die Neubewertung sei nur dessen Folge. Wie gesehen, ist das ÜV nicht kompensatorische Rechtsschutzgewährung, sondern primär effektive Gewährleistung der Berufsfreiheit des Studierenden durch Verfahren. Deshalb kann die angenommene Ursache-Wirkung-Kombination und damit das gesamte Argument auch nicht greifen.

Auch sein letztes Argument spricht für mich eher gegen als für eine Einbindung beim Rechtsschutz: Das ÜV reiche inhaltlich nur so weit, wie der Prüfling Einwände dagegen erhebt. Gerade das indiziert jedoch auch stärker eine Zuordnung zum Bewertungsverfahren als zum Rechtsschutz. Denn es gibt diverse Ausgestaltungen von Rechtsschutz. Im Zivilrechtsschutz ergeht die Entscheidung – parallel zum ÜV – in den Grenzen des Parteivorrings. Im Strafprozess dagegen wird von Amts wegen ermittelt, eine Begrenzung der Entscheidung auf den von den Parteien vorgebrachten Prozessstoff besteht – anders als im ÜV – gerade nicht. Da im Verwaltungsrecht ebenfalls eine Ermittlung von Amts wegen erfolgt (wenn auch etwas eingeschränkt, s. § 86 VwGO), spricht eben dieses Argument, auf das ÜV gemünzt, eher gegen den Rechtsschutz. Dagegen wird die Bewertung nur punktuell und nur im Rahmen dessen angepasst, was der Prüfling vorbringt – eine Zuordnung zum Leistungsbe-

wertungsverfahren wird durch *Ungers* Argument deshalb nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern tendenziell sogar durch ihn selbst indiziert.

6.

Im Ergebnis sprechen für mich die besseren Gründe dafür, das ÜV der Leistungsbewertung zuzuordnen. Eine parallele Behandlung in einem Widerspruchsverfahren ist dadurch nicht ausgeschlossen.

III.

Als Folge dieser Argumentation ist das ÜV auch nicht zwingend in ein Widerspruchsverfahren einzubetten, wie es *Unger* aus seiner Schilderung der Praxis heraus suggeriert. Im Gegenteil, das *BVerwG* hatte dies in seinem Leiturteil ausdrücklich offen gelassen (s. auch *BVerwG* 1993, 681 ff., Leitsatz Nr. 4).

IV.

Insgesamt wünsche ich mir mehr konstruktive und fundierte Äußerungen zum ÜV wie die von *Unger*, damit das Verfahren (endlich) denjenigen Platz in Bewusstsein und Praxis der Hochschulen einnimmt, der ihm zusteht. Immerhin handelt es sich um eine höchstrichterliche verfassungsrechtliche Vorgabe, deren Einrichtung nun auch nicht weniger als 26 Jahre her ist. Da die Implementierung des ÜV im Bereich der Staatsprüfungen – wie *Unger* überzeugend zeigt – weitgehend abgeschlossen ist, steht nun an, die Transformation in den Bereich der Modulprüfungen stärker voranzubringen.

Carsten Morgenroth ist Justiziar und Vertreter des Kanzlers der Ernst-Abbe-Hochschule Jena sowie Referent und Fachautor zum Hochschulprüfungsrecht.

René Angelstein

Soziale Ungleichheit im Kontext des Hochschulqualifikations- und -verteilungsrechts an deutschen Hochschulen¹

Im nachfolgenden Aufsatz wird die Dissertation „Recht und Hochschulbegriff – Das juristische Feld und soziale Ungleichheiten im Prozess des Hochschulzugangs“ vorgestellt. Die Dissertation wurde an der TU Dresden erstellt und ist 2017 im Springer Verlag erschienen.

I. Einführung

Die interdisziplinäre Dissertation fokussiert die Fragestellung nach der Chancengleichheit respektive der sozialen Ungleichheit in den Partizipationsmöglichkeiten an einer Hochschulausbildung² an staatlichen Hochschulen in Deutschland.³ Dafür werden nicht die bereits in der Bildungsforschung umfangreich nachgewiesenen Ungleichheiten bspw. hinsichtlich des Geschlechts, der Religion oder des Migrationshintergrundes im Kontext des Hochschulzugangs thematisiert,⁴ sondern es wird eine Fokussierung ausschließlich auf die Effekte sozialer Herkunft vorgenom-

men. Dass ein enger Zusammenhang „zwischen sozialer Herkunft und der Chance, ein Hochschulstudium aufzunehmen“, besteht, ist in der bildungssoziologischen Forschung ebenfalls vielfach belegt.⁵ Jedoch zirkuliert der Schwerpunkt der Untersuchung nicht um den individuellen, sondern um den institutionellen Pol der Fragestellung. Dafür hat der Autor eine Fundierung auf den Prozesscharakter⁶ vorgenommen und den Prozess der Zulassung als ein Subfeld definiert.⁷

In diesem Kontext wird auch die Frage virulent, was soziale Ungleichheit ist. So existiert „keine allgemeingültige Definition des Begriffs der sozialen Ungleichheit respektive der Bildungsungleichheit.“⁸ Vielmehr scheint das Verständnis der Begrifflichkeit oder des Konzepts abhängig bspw. vom theoretischen bzw. disziplinären Ansatz oder auch vom Zeitpunkt der Beobachtung. Ein Minimalkonsens kann in der ungleichen Distribution von Lebenschancen⁹ und bezogen auf die Bildungsun-

1 Die begriffliche Unterscheidung zwischen Qualifikations- und Verteilungsrecht geht auf *Linder* zurück. Siehe hierzu u. a. *Lindner, J. F.* (2011), Rechtsfragen des Studiums, in: M. Hartmer und H. Detmer, Hochschulrecht (S. 519-587), Heidelberg: Müller, S. 519 ff.
2 Hierunter werden die die grundständigen wie auch die postgradualen Ausbildungsangebote der Hochschulen subsumiert.
3 Dabei ist es wichtig, herauszustellen, dass es einen Hochschulbegriff im engeren Sinn nicht gibt. Zwar flottieren verschiedene formelle Begriffsbestimmungen, ohne dabei jedoch eine abschließende Definition zu geben. Vielmehr verlegen sich etwa das Hochschulrahmengesetz wie auch die Landeshochschulgesetze darauf, es bei einer Enumeration zu belassen. Siehe hierzu u. a. *Walter, H.* (2008), in: Hailbronner, Kay und Max Emanuel Geis, Hochschulrecht in Bund und Ländern (S. 1-15). Heidelberg: Müller, S. 13 Rn. 17; *Schürmeier, C.* (2012), Rechtskonformes E-Government in der Hochschule (Bd. 21), Halle an der Saale: Univ.-Verl. Halle-Wittenberg, S. 30 oder auch *Thieme, W.* (2004), Deutsches Hochschulrecht (3. Ausgabe), Köln, München [u.a.]: Heymann, S. 50 Rn. 70.
4 Siehe dazu u. a. *Hadjar, Andreas* und *Sandra Hupka-Brunner* (2013), Überschneidungen von Bildungsungleichheiten nach Geschlecht und Migrationshintergrund, in: A. Hadjar, Geschlecht, Migrationshintergrund und Bildungserfolg (S. 7-35), Weinheim: Beltz Juventa, S. 7; *Jungbauer-Gans, M.* (2009), Kulturelles und soziales Kapital als Übergangsressourcen. Theoretische Diskussion und empirische Befunde, in: *Übergang Schule - Hochschule* (S. 119-131), LIT, S. 119 oder auch *Hradil, S. & Schiener, J.* (2005), Soziale Ungleichheit in Deutschland (8. Aufl.), Opladen: Leske + Budrich, S. 160 ff.

5 *Wolter, A.* (2008), Die Öffnung der Hochschule als Ziel der akademischen Begabtenförderung, in: B. M. Kehm, & U. Teichler, Hochschule im Wandel (S. 119-135), Frankfurt: Campus Verlag, S. 123; Siehe dazu auch *Maaz, K.* (2006), Soziale Herkunft und Hochschulzugang, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
6 Um die institutionellen Mechanismen, welche auf der Grundlage des bestehenden Rechts realisiert werden und Auswirkung auf die Partizipationsmöglichkeiten haben, erfassen zu können, sind neben dem Recht auch die Geschäftsprozesse und hochschulinternen Abläufe wichtig für das Verständnis des Phänomens. Eine Fokussierung der Betrachtung des Hochschulzugangs einzig aus der Perspektive eines subjektiv-öffentlichen Rechts wird daher vom Autor bewusst negiert und eine Betonung des Prozesscharakters vorgenommen. Dies betrifft nicht nur die kumulativen Effekte über die verschiedenen Übergangsschwellen im deutschen Bildungssystem, sondern auch im kleineren im Prozess des Eintritts in eine Hochschule respektive des Übertritts in einen weiteren Ausbildungsgang der in Rede stehenden Institution.
7 Zum Begriff des Subfeldes siehe *Angelstein, R.* (2017), Recht und Hochschulbegriff - Das juristische Feld und soziale Ungleichheiten im Prozess des Hochschulzugangs, Springer VS: Wiesbaden, S. 28 Fn. 33.
8 Ebenda, S. 25. Siehe hierzu auch *Becker, R.* (2011), Entstehung und Reproduktion dauerhafter Bildungsungleichheiten, in: R. Becker, Lehrbuch der Bildungssoziologie (2., überarbeitete und erweiterte Auflage), (S. 87-138), Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften, S. 87.
9 Vgl. dazu *Burzan, N.* (2011), Soziale Ungleichheit (4. Auflage), Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 7.

gleichheit auf Grund leistungsfremder Merkmale gesehen werden.¹⁰ In der Dissertation wird darüber hinaus die Differenzierung zwischen dem rechtlichen Begriff der Diskriminierung und dem sozialwissenschaftlichen Konzept der sozialen Ungleichheit betont. „Zwar können die Bedeutungskerne beider Begriffe ineinander fallen, jedoch ist der rechtliche Diskriminierungsbegriff enger gefasst und in seiner formalen Ausprägung können nur Sachverhalte erfasst werden, welche auch eine Diskriminierung im Rechtssinn darstellen. Der Begriff der sozialen Ungleichheit geht darüber hinaus.“¹¹ Mit ihm gelingt es den Sozialwissenschaften, Ungleichbehandlungen in den Blick zu bekommen, die keine Diskriminierungen im Rechtssinn darstellen. Gerade diese stillen und subtilen Mechanismen, über welche im Bildungssystem respektive im Hochschulzugang soziale Ungleichheiten, im vorliegenden Fall über das Rechtsfeld, hergestellt und reproduziert werden, sind Gegenstand der Analyse. Welche Kodifizierungen wirken sich auf die Wahrung der Chancengleichheit aus und wie lassen sich die Mechanismen erklären? Für die weitere Betrachtung wird in der Dissertation die gesellschaftstheoretische und rechtssoziologische Reflexion von Pierre Bourdieu herangezogen. Diese erlaubt dem Autor die verschiedenen Lebensbereiche respektive Felder in ihren unterschiedlichen Konstellationen ins Verhältnis zu setzen. Die erkenntnisleitende Fragestellung übertragen auf die Terminologie Bourdieus lautet dann: „Wie lassen sich unter bestimmten Feldkonstellationen (Recht/Wissenschaft/Bildung) die unterschiedlichen Habitus ins Verhältnis respektive in Relation zueinander setzen und wie wirken sich, im zeitlichen Verlauf, diese Konstellationen und Kämpfe auf die Feldstrukturen und die Habitus aus?“¹²

Im Zentrum der Betrachtung stehen daher die Analyse des Prozesses des Hochschulzugangs über das Rechts- und das Bildungsfeld in Deutschland. Dafür werden die einzelnen Feldakteure und die bestehenden Regelungen, Kräfteverhältnisse und Genese der o. g. Felder im Kontext des Erkenntniszieles untersucht. Eine zentrale These dabei ist,¹³ „dass das gegenwärtige Hochschulzugangs- und Hochschulzulassungsrecht bestehen-

de soziale Ungleichheiten von Bildungschancen zwischen den gesellschaftlichen Klassen respektive den Sozialschichten im Prozess des Hochschulzugangs, wenn nicht verstärkt, so doch diese zumindest sedimentiert. Dabei ist der Zusammenhang von Recht und Bildungsungleichheit im Kontext des Prozesses des Hochschulzugangs kein linearer, sondern situationsabhängig.“¹⁴

Entsprechend und in chronologischer Reihenfolge der thematischen Einbettung soll auch der nachfolgende Text gegliedert werden:

II. Die Idee der Universität

III. P. Bourdieu

IV. Akteure im juristischen Feld

V. Das Qualifikations- und Verteilungsrecht

VI. Koinzidenz

VII. Fazit

II. Die Idee der Universität

Im ersten Gliederungspunkt der Dissertation wird über die Genese der Universität die Entstehung des Subfeldes des Hochschulzugangs herausgearbeitet. Dabei werden die verschiedenen Arche- oder Gründungstypen von Universitäten, hier: Paris, Bologna und Neapel, und deren unterschiedliche Entstehungsverfahren nachgezeichnet. Besonderer Augenmerk kommt dabei neben der Frage zur Bildungspartizipation der gesellschaftlichen Gruppen bzw. Klassen u. a. dem Verhältnis von Universität und Staat zu. Im Kontext der Bildungspartizipation der gesellschaftlichen Gruppen bzw. Klassen wird deutlich, dass Regelungen respektive Kodifizierungen „zum Hochschulzugangs- und zulassungsrecht, historisch gesehen, erst spät vorlagen.“¹⁵ Genauer, darf behauptet werden, dass es bis in die sechziger Jahre des 20. Jahrhunderts hinein kaum Hochschulgesetzgebung gab. Während für das Hochschulzugangsrecht die Kodifizierungen in Preußen zwischen 1788 bis 1840 und der damit einhergehenden Implementierung des Abiturs für Deutschland maßgeblich sind,¹⁶ muss für das Hoch-

10 Vgl. dazu u. a. Hadjar, Andreas und Sandra Hupka-Brunner (2013), Überschneidungen von Bildungsungleichheiten nach Geschlecht und Migrationshintergrund, in: A. Hadjar, Geschlecht, Migrationshintergrund und Bildungserfolg (S. 7–35), Weinheim: Beltz Juventa, S. 7 oder auch Becker, R. (2011), Entstehung und Reproduktion dauerhafter Bildungsungleichheiten, in: R. Becker, Lehrbuch der Bildungssoziologie (2., überarbeitete und erweiterte Auflage), (S. 87–138), Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften, S. 87 ff.

11 Angelstein, R. (2017), Recht und Hochschulbegriff – Das juristische Feld und soziale Ungleichheiten im Prozess des Hochschulzugangs, Springer VS: Wiesbaden, S. 25

12 Ebenda S. 27

13 Der Autor formuliert drei Hauptthesen, beschränkt sich für den vorliegenden Aufsatz jedoch auf die erste These (Kernthese). Siehe dazu Ebenda, S. 30 ff.

14 Ebenda, S. 30

15 Ebenda, S. 81

16 Ausführlich hierzu Angelstein, R. (2017), Recht und Hochschulbegriff – Das juristische Feld und soziale Ungleichheiten im Prozess des Hochschulzugangs, Springer VS: Wiesbaden, S. 57 ff. sowie S. 350 ff.

schulzulassungsrecht und damit für die finale Kristallisation des Subfeldes des Hochschulzugangs direkt auf das erste NC-Urteil des Bundesverfassungsgerichtes im Jahre 1972 verwiesen werden. Zuvor gab es kaum gesetzliche Regelungen zur Hochschulzulassung.¹⁷ In nuce lässt sich herausstellen, dass „die wesentlichen Attribute des gegenwärtigen Hochschulzugangs- und Hochschulzulassungsrechts ad interim vom Bundesverfassungsgericht im Jahr 1972 und nicht vom Gesetzgeber gesetzt worden war.“¹⁸ Zentral sind hier die Urteile vom 18.7.1972, 1. Numerus-clausus-Urteil des BVerfG¹⁹ und vom 8.2.1977, dem sog. 2. Numerus-clausus-Urteil des BVerfG,²⁰ zu nennen.²¹ So sind es insbesondere die im ersten Numerus-clausus-Urteil artikulierten Grundsätze des Bundesverfassungsgerichtes, welche den am 20.10.1972 geschlossenen Staatsvertrag, die Vergabe-(VergabeVO) und die Kapazitätsverordnung (KapVO) sowie das im Januar 1976 in Kraft getretene Hochschulrahmengesetz (HRG) maßgeblich prägen. Bis zu diesem Zeitpunkt wurden alle relevanten Regelungen zum Hochschulzugangs- und Hochschulzulassungsrecht wesentlich „über das Satzungsrecht der Hochschulen erlassen,²² weshalb mit dem Erlass der vorgenannten Ordnungen und Gesetze überhaupt erst von einer mehr oder weniger bundeseinheitlichen Rechtslage gesprochen werden kann respektive diese geschaffen wurde.“²³ Dies gilt auch für das Hochschulrecht im Allgemeinen.

Bezüglich der verschiedene Effekte hinsichtlich der klassenspezifischen Partizipationsmöglichkeiten an einer Hochschulausbildung, kann aus der historischen Perspektive festgehalten werden, dass bereits vor der Setzung und Kodifizierung entsprechender rechtlicher Regelungen im Hochschulzugangs- und zulassungsrecht

soziale Ungleichheiten durch die Forschung belegt werden können, es jedoch „mit der Einführung etwa des Abiturs in Preußen, eine Verstärkung der Effekte, insbesondere in Abhängigkeit vom ökonomischen Kapital der Herkunftsfamilie, virulent“ wurden.²⁴

III. P. Bourdieu

Mit der Fundierung der Dissertation auf das theoretische Instrumentarium *Bourdieu*s respektive dessen „analytischen Baukasten“²⁵ wird auch eine wesentliche Entscheidung für einen differenzierungstheoretischen Ansatz getroffen.²⁶ Gesellschaft lässt sich so als eine Summe aller in ihr beobachtbarer Felder oder Systeme beschreiben. Während *Bourdieu* als Klassiker der Soziologie gilt, steht im krassen Gegensatz hierzu seine „Rezeption im Kontext der deutschen Rechtssoziologie, in der er aktuell kaum bekannt ist respektive nur wenig beachtet wird.“²⁷ *Bourdieu*s Bildungs- und Rechtssoziologie wird daher im Verlauf der Arbeit entfaltet und auf das Erkenntnisinteresse der Dissertation übertragen. Wesentlich sind dabei die Rolle und Funktion, welche das Recht für die Etablierung der bestehenden Ordnung einnimmt, aber auch wie es zur Legitimierung und Träger neuer aufsteigender Gruppen werden kann. Generell abstrakt kommt dem Feld des Rechts bei Bourdieu „eine herrschafts- bzw. machtpolitische Dimension (zu) (...), wie auch eine innere oder kognitive Dimension, welche insbesondere in konflikt- und risikoreichen Situationen zum Tragen kommt, um etwa soziale Praktiken zu disziplinieren und zu normieren.“²⁸ Auf das Erkenntnisziel übertragen, lässt sich unter Einbeziehung der Differenzierungstheorie von Pierre Bourdieu das Problem der

17 Siehe dazu *Bahro, H. und H. Berlin* (2003), Das Hochschulzulassungsrecht in der Bundesrepublik Deutschland (4. Ausgabe), Köln: Heymanns, S. 4.

18 Vgl. dazu Wissenschaftsrat (2004), Empfehlungen zur Reform des Hochschulzugangs, Köln, S. 72 oder auch *Bahro, H. und H. Berlin* (2003), Das Hochschulzulassungsrecht in der Bundesrepublik Deutschland (4. Ausgabe), Köln: Heymanns, S. 2.

19 BVerfGE 33, 303.

20 BVerfGE 43, 291.

21 *Angelstein, R.* (2017), Recht und Hochschulbegriff - Das juristische Feld und soziale Ungleichheiten im Prozess des Hochschulzugangs, Springer VS: Wiesbaden, S. 75.

22 Vgl. dazu *Hödl, E.* (2002), Hochschulzugang in Europa, Wien: Böhlau, S. 63.

23 *Angelstein, R.* (2017), Recht und Hochschulbegriff - Das juristische Feld und soziale Ungleichheiten im Prozess des Hochschulzugangs, Springer VS: Wiesbaden, S. 76. Vgl. dazu *Ackermann, N.* (2007), Das heutige Kapazitätsrecht - Bremse der Weiterentwicklung der Hochschulen? Recht der Jugend und des Bildungswesens (RdJB), (3/2007), (S. 354-365), S. 355 oder auch *Geis, M.-E.* (2007), Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum „Recht auf Bildung“ in den Jahren 1972-1977, in: P. u. Hommelhoff. Tübingen: Mohr Siebeck, S. 9.

24 *Angelstein, R.* (2017), Recht und Hochschulbegriff - Das juristische Feld und soziale Ungleichheiten im Prozess des Hochschulzugangs, Springer VS: Wiesbaden, S. 81.

25 *Müller, H.-P.* (2014), Pierre Bourdieu, Berlin: Suhrkamp, S. 88.

26 *Schimank* behauptet etwa, dass: „sich bei einer Explikation der Ungleichheitsperspektive, (diese sich) erst in Verbindung mit einer differenzierungstheoretischen Perspektive (...) und einer kulturtheoretischen Perspektive wichtige Themen der Hochschulforschung neu aufzuschlüsseln vermag.“ *Schimank, U.* (2015), S. 7; URL: https://www.uni-kassel.de/einrichtungen/fileadmin/datas/einrichtungen/incher/PDFs/Alle_updates/GfHf_2015_Vortrag_Schimank.pdf (abgerufen 24.11.2017).

27 *Angelstein, R.* (2017), Recht und Hochschulbegriff - Das juristische Feld und soziale Ungleichheiten im Prozess des Hochschulzugangs, Springer VS: Wiesbaden, S. 86. Siehe hierzu auch u. a. *Conradin-Triaca, P.* (2014), Pierre Bourdieu Rechtssoziologie, Berlin: Duncker & Humblot, S. 127 oder auch S. 438 sowie *Wrase, M.* (2010), Recht und soziale Praxis - Überlegungen für eine soziologische Rechtstheorie, in: M. Cottier, Wie wirkt Recht? (S. 113-145), Baden-Baden: Nomos, S. 115.

28 *Angelstein, R.* (2017), Recht und Hochschulbegriff - Das juristische Feld und soziale Ungleichheiten im Prozess des Hochschulzugangs, Springer VS: Wiesbaden, S. 173.

sozialen Ungleichheit bei der Partizipation einer Hochschulausbildung dann wie folgt beschreiben. So sind für einen Hochschulzugang die formalen Bedingungen für alle gleich. Jedoch sind die Akteure im gesellschaftlichen Raum mit dem dafür notwendigen Kapital²⁹ unterschiedlich ausgestattet, was nach der Bildungssoziologie Bourdieus keine Frage der Fähigkeiten, sondern, stark vereinfacht, der familiären Sozialisation ist. „Es kann somit mit Bourdieu festgehalten werden, dass das Bildungssystem soziale Ungleichheit sedimentiert und reproduziert, indem es die ungleich verfügbaren Kapitalausstattungen der Akteure ignoriert und über eine formale Gleichbehandlung selektiert.“³⁰ Damit geraten insbesondere die institutionelle Seite der Selektionsmechanismen, genauer, die für den Hochschulzugang bzw. die Hochschulzulassung spezifischen Zugangs- und Zulassungslogiken in den Fokus der Betrachtung.³¹

IV. Akteure im juristischen Feld

Die Fragestellung um die Akteure im juristischen Feld wird in der Arbeit unter der Fokussierung des Erkenntnisziels betrachtet,³² weshalb zu den klassischen Protagonisten wie Gesetzgeber, Richter, Rechtsanwälte, die Hochschulverwaltung (inklusive des wissenschaftlichen Personals, welches an den Auswahlverfahren im Kontext des Zugangs- und Zulassungsrechts mitwirken) sowie die Studienplatzbewerber auch die Akteure, welche das

Subfeld maßgeblich mitprägen, wie bspw. die Hochschulrektorenkonferenz (HRK), der Wissenschaftsrat (WR) oder die Ständige Konferenz der Kultusminister der Länder (KMK), mit berücksichtigt werden. Die wesentlichen Akteure im Subfeld des Hochschulzugangs sind damit benannt und werden dann im Verlauf der Dissertation auf ihre Bedeutung für die Kodifizierung und deren Umsetzung im Kontext des Hochschulzugangs- und Hochschulzulassungsrechts beleuchtet. Aber auch Fragen der Feldhomologie, der Feldhierarchie oder der Mobilisierung von Recht werden erörtert. Bereits an dieser Stelle der Dissertation wird deutlich, dass Möglichkeiten der Kapitaltransformationen oder entsprechende Kompensationsstrategien bspw. über das ökonomische Kapital von Relevanz sein dürften.

V. Das Qualifikations- und Verteilungsrecht

Im Abschnitt über das Qualifikations- und Verteilungsrecht werden die bestehenden Regelungen im genannten Kontext von der Europa- und Völkerrechtsebene (dies inkludiert auch den Bologna-Prozess)³³ bis zur Hochschulebene betrachtet. Während die EU nur „schwache“ Kompetenzen in den in Rede stehenden Phänomenen hat, sind die Auswirkungen des Bologna-Prozesses dazu im Verhältnis sehr weitreichend und dies, obwohl die Ziele und Handlungsfelder des Bologna-Prozesses geradezu „diametral zu den deutschen Gegebenheiten im Kontext

29 Bourdieu unterscheidet vier verschiedene Kapitalgrundsorten: das ökonomische Kapital, das kulturelle Kapital, das soziale Kapital sowie das symbolische Kapital. „Dennoch kann mit Bourdieu davon ausgegangen werden, dass es so viele Kapitalsorten wie Felder gibt.“ Ebenda, S. 91. Dabei sind die Verfügbarkeit, die Zusammensetzung und mögliche Karriere wie auch die Konvertierungsmöglichkeiten der verschiedenen Kapitalsorten von Bedeutung.

30 Ebenda, S. 175.

31 Es lassen sich bezüglich der Selektionsmechanismen im Kontext der sozialen Ungleichheit wesentlich zwei Dimensionen bzw. Seiten herausarbeiten, nämlich die Sozialisationsseite und die institutionelle Seite. Beide Momente können sich gegenseitig bedingen oder im Fall der Selbsteliminierung im Bildungssystem sogar zusammenfallen. Vertiefend hierzu u. a. Kupfer, A. (2011), Bildungssoziologie, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 167 oder auch Angelstein, R. (2017), Recht und Hochschulbegriff - Das juristische Feld und soziale Ungleichheiten im Prozess des Hochschulzugangs, Springer VS: Wiesbaden, S. 176.

32 Dabei und dies soll an dieser Stelle noch einmal betont werden, zirkuliert die Fragestellung um die Grundproblematik „wie unter bestimmten Feldkonstellationen die unterschiedlichen Habitus sich ins Verhältnis respektive in Relationen setzen und sich diese Konstellationen und Kämpfe im zeitlichen Verlauf auf die Feldstrukturen und die Habitus auswirken.“ Ebenda, S. 179. Des Weiteren betrifft die Betrachtung der Feldkonstellationen nicht nur die innere Struktur eines Feldes oder Subfeldes, sondern auch die Kämpfe und Konstellationen zwischen den Feldern. Aus dieser Perspektive werden die Akteure in den Feldern gleichzeitig zu „Gegner und Komplizen.“ Conradin-Triaca, P. (2014), Pierre

Bourdieu's Rechtssoziologie, Berlin: Duncker & Humblot, S. 66. Unter dieser Fokussierung können bspw. auch Fragen zur Umsetzung des Bologna-Prozesses neu beleuchtet werden. Wie werden bspw. Anforderungen aus dem Feld der Politik im Bildungsfeld gebrochen und in feldeigene Formen übersetzt? Siehe ausführlich hierzu Angelstein, R. (2017), Recht und Hochschulbegriff - Das juristische Feld und soziale Ungleichheiten im Prozess des Hochschulzugangs, Springer VS: Wiesbaden, S. 244 ff. Dies ist eo ipso auch eine zentrale Fragestellung für den Hochschulzugang und das Verhältnis zwischen dem Bildungsfeld und dem Feld des Rechts.

33 An dieser Stelle ist es dem Autor wichtig, eine Differenzierung zwischen den Begriffen Bologna-Erklärung und Bologna-Prozess einzuführen. So ist zwischen Bologna-Erklärung und Bologna-Prozess zu unterscheiden. Denn während die Bologna-Erklärung ein Dokument darstellt, welches am 19. Juni 1999 von 29 europäischen Staaten unterzeichnet wurde, wird unter dem Begriff des Bologna-Prozesses ein „Projekt“ bzw. ein „politischer Vorgang“ verstanden, welcher „zur Harmonisierung der Studienstrukturen in Europa“ beitragen soll. Winter, M. (2007), Editorial, in: M. Winter, Reform des Studiensystems (S. 6–9), Wittenberg: HoF, S. 6. Unter diesem Prozess werden dann auch die „Vorgängerkonferenzen“ und „Nachfolgekongresse“ subsumiert. Ausführlich hierzu Angelstein, R. (2017), Recht und Hochschulbegriff - Das juristische Feld und soziale Ungleichheiten im Prozess des Hochschulzugangs, Springer VS: Wiesbaden, S. 244 ff.

34 Ebenda, S. 244.

35 Lindner, J. F. (2011), Rechtsfragen des Studiums, in: M. Hartmer und H. Detmer, Hochschulrecht (S. 519–587), Heidelberg: Müller, S. 529 Rn. 36.

des Hochschulrechts bzw. des Hochschulzugangs verlaufen.³⁴ Lindner argumentiert des Weiteren, dass „die politischen Absichtserklärungen, die weder im Rahmen des Legitimationsgefüges der EU noch im nationalen Rahmen grundsätzlich demokratische Legitimation erfahren (...)“, dennoch, „jedenfalls in Deutschland, ein intensives, politisches zunächst nicht grundsätzlich hinterfragtes, quasi-normatives „Eigenleben“ entfaltet.“³⁵ Besonderer Bedeutung kommt dem Bundesverfassungsgericht und der Verfassung, aber auch den Regelungen auf der Bundesebene zu.³⁶ Während die bereits eingangs genannten Urteile zum NC auf Grund ihrer herausragenden Bedeutung für die Hochschulgesetzgebung keiner weiteren Erwähnung bedürfen, ist beispielsweise das 7. Gesetz zur Änderung des Hochschulrahmengesetzes vom 28. August 2004 mit seinen Kodifizierungen zur Quotierung der Studienplätze³⁷ kaum in den engeren Blickpunkt der Betrachtung gerückt. Hier werden jedoch Kodifizierungen vorgenommen, die das Studienplatzvergabeverfahren noch anfälliger für unterschiedliche Störgrößen im Kontext der sozialen Ungleichheit werden lassen. Aber auch die Regelungen auf Landesebene sind spätestens nach der sogenannten „Föderalismusreform“ im Jahr 2006, Gegenstand des 52. Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. August 2006 (BGBl I S. 2034), als essenziell zu bezeichnen, da mit der Überführung der Kompetenztitel der „Rahmengesetzgebung“ (Art. 75 GG) auch Änderungen bezüglich der konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 72 GG zu verzeichnen sind und in der Folge die Gesetzgebungskompetenz für den Hochschulzugang ausschließlich bei den Ländern liegt und bei der Hochschulzulassung eine konkurrierende Gesetzgebung zwischen Bund und Ländern. „Im Hochschulrecht wird der Großteil der Regelungsbefugnisse aus der bisherigen Rahmenkompetenz auf die Länder übertragen; die konkurrierende Gesetzgebung erfasst künftig nur die »Hochschulzulassung und die Hochschulabschlüsse.«“³⁸

Neben der Betrachtung und Analyse der verschiedenen Regelungen zum Hochschulzugangs- und Hochschulzulassungsrecht werden die bestehenden statistischen Erhebungen von Bund und Ländern, wie auch der Hochschulforschungsinstitute sowie singulären Erhebungen zu dem in Rede stehenden Erkenntnisziel zur weiteren Interpretation herangezogen. Dabei wird deutlich, dass die bereits bei der Dokumentenanalyse bzw. Skizzierung der rechtlichen Rahmensetzung abgeleiteten

respektive vermuteten Mechanismen sich auch über das statistische Datenmaterial betätigen lassen.

VI. Koinzidenz

Der in der Dissertation überschriebene Abschnitt: „Koinzidenz oder von der losen Konvergenz von Recht und sozialer Ungleichheit im Prozess des Hochschulzugangs“ stellt nicht nur das Zusammentreffen von verschiedenen Ereignissen im betrachteten Kontext heraus, sondern darüber hinaus, dass zwar kein fester, so doch aber ein loser verbundener Zusammenhang, indem verschiedene Mechanismen auf institutioneller Ebene zusammentreffen können, besteht. Hier werden alle wesentlichen Erkenntnisse der Arbeit zusammengetragen und in einer Synopse interpretiert. Dabei werden u. a. die Genese des Subfeldes des Hochschulzugangs oder auch die Kämpfe im (Sub-)Feld und zwischen den Feldern, etwa am Beispiel des Bologna-Prozesses, genauer, der aktuell diametralen Entwicklungen zwischen den „stark durch das Preußische Recht geprägten Hochschulrecht und dem Bologna-Prozess“³⁹ erörtert. Darüber hinaus werden wesentliche Selektionsmechanismen, welche aus der Analyse des positiven Rechts resultieren, herausgearbeitet und in intendierte und nicht-intendierte Mechanismen unterschieden. Beide Selektionsmechanismen stellen analytisch getroffene Differenzmarkierungen dar, deren Grenzen faktisch fließend sein können.

Bei den nicht-intendierten Selektionsmechanismen differenziert der Autor zwischen: einer neuen Unübersichtlichkeit im Hochschulzugangs- und -zulassungsrecht, den Kompensationsstrategien des ökonomischen Kapitals, den möglichen Habitushomologien in Auswahlverfahren sowie dem Bedeutungswandel der Hochschulzugangsberechtigung. Die intendierten Selektionsmechanismen werden entlang der juristischen Unterscheidung zwischen Zugangsrecht, Zulassungsrecht und den Regelungen des Rechtsschutzes entfaltet.

VII. Fazit

Im Ergebnis der Arbeit sieht der Autor seine Kernthese bestätigt und kommt zum Schluss, dass „aktuell über die verschiedenen rechtlichen Regelungen Selektionsmechanismen installiert (wurden), welche bestehende Ungleichheiten zumindest sedimentieren.“⁴⁰

36 Hierzu ist auch der Staatsvertrag über die Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung für Hochschulzulassung zu zählen.

37 Besondere Bedeutung kommt hier der Quote zu, nach der 60 % der Studienplätze nach Abzug der Vorabquoten in den Auswahlverfahren der Hochschulen vergeben werden können.

38 BT- Drs. 16/813, S. 14

39 Angelstein, R. (2017), Recht und Hochschulbegriff – Das juristische Feld und soziale Ungleichheiten im Prozess des Hochschulzugangs, Springer VS: Wiesbaden, S. 462

40 Ebenda, S. 513

Der Autor möchte daher den Aufsatz in Analogie zur vorgestellten Dissertation mit den Worten *Bourdieu*s schließen:

„Tatsächlich erlangt nicht jeder Zugang zum Kreislauf der fruchtbaren Tauschgeschäfte, die für die Angleichung der Normen an die Wirklichkeit sorgen: für die Notabeln gereichen sowohl die Vorschriften als auch deren Übertretung zum Gewinn; für das gemeine Volk der »Untertanen« und »Verwalteten«, die nicht über all die

Ressourcen verfügen, die es braucht, um in den Genuss der Ausnahmen von der Regel zu kommen, die sich den Privilegierten bieten, heißt es weiterhin »Vorschrift ist Vorschrift« und, in mehr als einem Fall, »das strengste Recht ist das größte Unrecht.«⁴¹

René Angelstein war wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Rostock und TU-Ilmenau und ist seit 2007 Dezernent für Akademische Angelegenheiten der Hochschule Merseburg.

41 *Bourdieu, P.* (2006), Das Recht und die Umgehung des Rechts, in: M. Florian, & F. Hillebrandt, Pierre Bourdieu: Neue Perspektiven für die Soziologie der Wirtschaft (S. 19-42). Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 33 f.

Tobias Mandler/Markus Meißner

Rezension Preis/Ulber: Kommentar zum Wissenschaftszeitvertragsgesetz

Ulrich Preis / Daniel Ulber, Kommentar zum Wissenschaftszeitvertragsgesetz, 2. Auflage, München 2017, Luchterhand Verlag, 588 Seiten, ISBN: 978-3-472-08957-5, EUR 59,-

Der Wissenschaftsbereich ist zur Erhaltung seiner Leistungs- und Funktionsfähigkeit auf befristete Arbeitsverhältnisse in besonderer Weise angewiesen. Auch das Bundesverfassungsgericht sieht eine ständige Fluktuation als erforderlich an, um einen laufenden Zustrom junger Wissenschaftler und neuer Ideen zu gewährleisten, ohne den die Forschung erstarren würde. Seit 2007 sind die besonderen Regelungen für befristete Arbeitsverhältnisse im Wissenschaftsbereich im Wissenschaftszeitvertragsgesetz (WissZeitVG) geregelt.

Das WissZeitVG wurde im vergangenen Jahr umfassend novelliert.¹ Ziel der Novelle war es vor allem unangemessen kurze Befristungen im Wissenschaftsbereich zu unterbinden, ohne hierdurch aber die grundsätzlich erforderliche Flexibilität und Dynamik bei der Befristung von Arbeitsverhältnissen in der Wissenschaft insgesamt in Frage zu stellen. Angestrebt wurde vielmehr ein angemessener Ausgleich zwischen den Interessen der Wissenschaftler an einem längerfristig planbaren Karrierewege und der Notwendigkeit einer personal- und betriebsmittelbezogenen Vorausplanung der Hochschulen, Universitätsklinika und außeruniversitären Forschungseinrichtungen durch flexibel bestimmbare Befristungsdauern. Ausdruck dieses Ausgleichs ist das nunmehr normierte Angemessenheitskriterium innerhalb der sachgrundlosen Befristungen nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG.² Mit diesen Änderungen gingen unter anderem gesetzliche Neugestaltungen für die Drittmittelbefristung, die Befristung von Nicht-Wissenschaftlern im Drittmittelbereich, Ergänzungen der einseitigen Verlängerungsoption in § 2 Abs. 5 WissZeitVG sowie ein neuer Befristungstatbestand für wissenschaftliche und künstlerische Hilfstätigkeiten (§ 6 WissZeitVG n.F.) einher.³ Aus diesen Neuerungen folgen für die Hochschulen, Universitätsklinika, außeruniversitären Forschungs-

einrichtungen und schließlich auch für die künftig angeforderten Gerichte, zahlreiche praktische Fragestellungen, die sich allein mit der Lektüre des neuen Gesetzestextes nicht lösen lassen, sondern stets im Hinblick auf die bisherigen Entwicklungen reflektiert und bewertet werden müssen; eine Aufgabe die aufgrund der Besonderheiten des Hochschulbefristungsrechts schnell zu einer gewissen Ratlosigkeit führen. Dieser Aufgabe haben sich Ulrich Preis und Daniel Ulber in der jetzt 2. Auflage des Kommentars zum Wissenschaftszeitvertragsgesetzes in ganz vorzüglicher Art und Weise angenommen:

- Dem neu im Gesetzestext eingefügten Qualifizierungserfordernis in § 2 Abs. 1 Sätze 1 und 2 WissZeitVG sind an prominenter Stelle 9 Randnummern gewidmet. Dabei wird im Anschluss an die bis dahin begründeten Ansichten richtigerweise festgestellt, dass es sich nicht um ein selbständig zu prüfendes Tatbestandsmerkmal handelt (Rn 8).

- Die Dauer der vereinbarten Befristung muss nach dem neuen § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG so bemessen sein, dass sie der angestrebten Qualifizierung angemessen ist. Die Autoren weisen auf Anwendungsschwierigkeiten hin (Rn 28) und setzen sich dann intensiv in insgesamt 16 Randnummern mit der Bestimmung einer angemessenen Qualifizierungsdauer auseinander. Die Annahme der Autoren, die angemessene Vertragsdauer könne nur einzelfallbezogen ermittelt werden (Rn 29), führt dabei gerade zu den von ihnen konstatierten Anwendungsschwierigkeiten. Zustimmend äußern sich die Autoren zu Vorschlägen aus der Literatur, eine Mindestbefristungsdauer von einem Jahr oder sechs Monaten als regelmäßig angemessen zu erachten (Rn 36). Hier wäre zumindest eine tiefergreifende Auseinandersetzung anhand des Ziels der Novellierung wünschenswert gewesen. Die vorgeschlagenen Mindestbefristungsdauern liegen unter der durchschnittlichen Befristungsdauer im Wissenschaftsbereich, die den Gesetzgeber zu seinen Änderungen veranlasst haben.

- Die neue Verlängerung der Höchstbefristungsdauer wegen Behinderung oder schwerwiegender chronischer

1 Erstes Gesetz zur Änderung des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes vom 11. März 2016 (BGBl. I Nr. 12).

2 Vgl. hierzu Mandler/Meißner, OdW 2017, 199 ff.

3 Siehe noch zum Entwurf Mandler/Meißner, OdW 2016, 40; Meißner, Entstehung und Entwicklung des Hochschulbefristungsrechts, 2016, S. 158 ff., 165 ff.; Blum/Vehling, OdW 2015, S. 189-198.

Erkrankung wird praxistauglich und unter Hinweis auf die Chroniker-Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses erläutert.

- Die Streichung der Drittmittelbefristung in § 2 Abs. 2 WissZeitVG für nichtwissenschaftliches Personal wird in einem eigenen Unterpunkt besprochen. Dies hilft dem Anwender, der aufgrund der alten Rechtslage nach Möglichkeiten für die Befristung von nichtwissenschaftlichem Personal sucht.

- Die Neuregelung des Befristungstatbestandes für studentische Hilfskräfte in § 6 WissZeitVG wird in 36 Randnummern eingehend betrachtet und lässt kaum Frage offen.

Die unveränderten Regelungen sind in gewohnter Manier umfassend und praxistauglich kommentiert. Stets berücksichtigen die Autoren aktuelle Rechtsprechung. Bei offenen Fragen setzen sie sich tiefgreifend und zielführend mit den vorhandenen Meinungen auseinander. Für den Anwender erfreulich ist insbesondere, dass immer auch Bezug zum allgemeinen Befristungsrecht und zu landesrechtlichen Besonderheiten genommen wird. So wird im Rahmen von § 1 Abs. 2 beispielsweise ausführlich der Abschluss unbefristeter oder nach Maßgabe des Teilzeit- und Befristungsgesetzes befristeter Arbeitsverträge behandelt (57 Randnummern) und auch bei der Drittmittelbefristung wird noch einmal gesondert auf das Verhältnis zur sachgrundlosen Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG eingegangen.

Ulrich Preis und Daniel Ulber sind für den umfassendsten Kommentar zum Wissenschaftszeitvertragsgesetz⁴ verantwortlich und setzen mit diesem sowohl in Bezug auf Praxistauglichkeit, Verständlichkeit und Me-

thode Standards. Im Vergleich zur ersten Auflage hat sich zudem das Format geändert. Der Leser erhält nun auf 588 Seiten im signalfarbenen Rot ein Werk, das gegenüber seiner Voraufgabe einen mehr als verdoppelten Seitenumfang aufweist. Aufgrund der klaren Gliederungen kann sich der Anwender aber trotz dieser stattlichen Seitenanzahl grundsätzlich schnell orientieren und findet – sei es auch einmal durch Querverweise – zur gewünschten Passage. Schade ist indes, dass sich bei der zentralen Kommentierung des § 2 ab dem Kapitel B. II. 4. die in der Übersicht angegebenen und die tatsächlichen Randnummern immer weiter voneinander entfernen, was die schnelle Suche in der Kommentierung zu § 2 erschwert. Daneben scheint der Umfang des im Anschluss an die Kommentierung stehenden Anhangs recht großzügig bemessen. Angesichts der voranschreitenden Digitalisierung und der vielfachen Verfügbarkeit der aktuellen Textfassungen sollte hier das Potential zur Kürzung geprüft werden.

Ihrem Anspruch, praktische Anwendungsfragen im Sinne einer rechtssicheren Handhabung zu beantworten, werden Ulrich Preis und Daniel Ulber voll und ganz gerecht. Es handelt sich um ein Buch, das sich im Bestand einer jeden Hochschule, Universitätsklinik, außeruniversitären Forschungseinrichtung und arbeitsgerichtlichen Bibliothek finden sollte.

Tobias Mandler ist Rechtsanwalt bei Jones Day in München. Markus Meißner ist Rechtsanwalt im Bereich des Arbeitsrechts bei CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB in Stuttgart.

4 Überblick der Kommentierungen bei *Picker*, OdW 2014, S. 5 f. und *Will*, OdW 2018, 41 f.

Evelina Will

Kommentierungen zum Wissenschaftszeitvertragsgesetz (WissZeitVG) – Ein aktueller Überblick

Das Gesetz über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft (Wissenschaftszeitvertragsgesetz – WissZeitVG) wurde am 18. März 2016 durch das Erste Gesetz zur Änderung des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes modifiziert.¹ Mit der Novelle verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, die Zahl der Befristungen – darunter solche über sehr kurze Zeiträume – zu begrenzen.² Der Gesetzgebungsprozess³ wurde ebenso wie spezifische Fragestellungen⁴ zu einzelnen Vorschriften des WissZeitVG bereits in früheren Nummern dieser Zeitschrift thematisiert.

Wer sich einen Überblick über das WissZeitVG verschaffen möchte, kann sich darüber hinaus aus dem nicht

allzu breiten Fundus an Kommentarliteratur bedienen, der in der anhängenden Übersicht dargestellt wird. Der Novellierung des WissZeitVG Rechnung tragend, beschränkt sich die Übersicht auf Kommentare und Handbücher, die seither neu aufgelegt wurden und die Materie näher behandeln.⁵

Evelina Will ist wissenschaftliche Mitarbeiterin der Forschungsstelle für Hochschularbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch.

Herausgeber	Kommentar	Auflage	Bearbeiter	Umfang
Ahrendt/Koch/Linck/Treber/ Vogelsang	Arbeitsrechts-Handbuch	17. Aufl. (2017)	Koch	387-392
Arnold/Gräfl	Praxiskommentar zum TzBfG und zu angrenzenden Vorschriften	4. Aufl. (2016)	Rambach	618-686
Ascheid/Preis/Schmidt	Kündigungsrecht, Großkommentar zum gesamten Recht der Beendi- gung von Arbeitsverhältnissen	5. Aufl. (2017)	Schmidt	2524-2570 (ohne Anhang)
Boecken/Düwell/Diller/Hanau	Gesamtes Arbeitsrecht, Band 3	1. Aufl. (2016)	Boemke	2315-2342
Boecken/Joussen	Teilzeit- und Befristungsgesetz, Handkommentar	4. Aufl. (2016) ⁶	Joussen	489-512
Däubler/Deinert/Zwanziger	Kündigungsschutzrecht	10. Aufl. (2017)	Nebe	1921-1974
Dornbusch/Fischermeier/ Löwisch	AR, Kommentar zum gesamten Arbeitsrecht	8. Aufl. (2016) ⁷	Löwisch	2481-2490
Etzel et al.	KR, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutz- rechtlichen Vorschriften	11. Aufl. (2016)	Treber	3159-3222
Hartmer/Detmer	Hochschulrecht, Ein Handbuch für die Praxis	3. Aufl. (2016)	Löwisch/Wertheimer	592-616

- 1 Erstes Gesetz zur Änderung des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes vom 11. März 2016, BGBl. I, 442.
- 2 BT-Drucks. 18/6489, 1. Vgl. dazu auch Meißner, Entstehung und Entwicklung des Hochschulbefristungsrechts, OdW 2016, 181 ff., insbesondere 185 f. Monographisch: Meißner, Entstehung und Entwicklung des Hochschulbefristungsrechts, 2016.
- 3 Blum/Vehling, „Alles wird gut?“ – Anmerkungen zur geplanten Novellierung des WissZeitVG, OdW 2015, 189 ff.; Mandler/Meißner, Entwurfsdiskussion WissZeitVG – Möglichkeiten, Einschränkungen, Verbesserungspotential, OdW 2016, 33 ff.
- 4 Mandler, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG, OdW 2014, 221 ff.; Mandler, Rechtsmiss-

- brauch bei Drittmittelbefristungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG, OdW 2015, 216 ff.; Mandler/Meißner, Die Angemessenheit der Befristungsdauer nach § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG, OdW 2017, 199 ff. Bezugnehmend auf eine BAG-Entscheidung jüngeren Datums Mandler/Meißner, Der persönliche Anwendungsbereich des WissZeitVG – Anmerkung zu BAG Urteil vom 29.4.2015 - 7 AZR 519/13, OdW 2016, 126 ff.
- 5 Ein Überblick über Kommentierungen des WissZeitVG findet sich bereits bei Picker, Kommentierungen zum Wissenschaftszeitvertragsgesetz (WissZeitVG) – Ein Überblick, OdW 2014, 35 f.
- 6 Die 5. Auflage dieses Werkes ist für Januar 2018 angekündigt.
- 7 Die 9. Auflage dieses Werkes ist für 2018 angekündigt.

Herausgeber	Kommentar	Auflage	Bearbeiter	Umfang
<i>Müller-Glöge/Preis/Schmidt</i>	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht	18. Aufl. (2018)	Müller-Glöge	2940-2960
<i>Preis/Ulber</i>	AnwaltKommentar Arbeitsrecht (Band 2)	2. Aufl. (2017)	Preis/Ulber	1-277 (ohne Anhang)
<i>Sievers</i>	Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht	5. Aufl. (2016)	Sievers	587-607
<i>Tschöpe</i>	Arbeitsrecht – Handkommentar (HK-ArbR)	10. Aufl. (2017)	Schmalenberg	330-335

Manfred Löwisch

Streit um die Zweitveröffentlichungspflicht geht zum Bundesverfassungsgericht

Nach § 44 Abs. 6 LHG Baden-Württemberg sollen die Hochschulen die Angehörigen ihres wissenschaftlichen Personals durch Satzung verpflichten, das ihnen durch § 38 Abs. 4 UrhG verliehene Recht auf nichtkommerzielle Zweitveröffentlichung nach einer Frist von einem Jahr nach Erstveröffentlichung für wissenschaftliche Beiträge wahrzunehmen, die im Rahmen der Dienstaufgaben entstanden und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen sind. Zu diesem Zweck halten die Hochschulen Repositorien vor, beteiligen sich an solchen oder stellen den Zugang zu geeigneten Repositorien Dritter sicher (§ 28 Abs. 3 LHG).

Die Universität Konstanz ist dieser Aufforderung des Gesetzgebers durch Satzung vom 10.12.2015 nachgekommen. Nach § 2 Abs. 2 dieser Satzung sind die einschlägigen Beiträge zwölf Monate nach der Erstpublikation auf dem hochschuleigenen Repository öffentlich zugänglich zu machen.

Diese Regelung ist alsbald auf den Widerstand der Konstanzer Juristenfakultät gestoßen. Sie hat sich in einem Schreiben des Fachbereichssprechers vom 1. Februar 2016 an den Rektor der Pflicht zur Zweitveröffentlichung verweigert (Das Schreiben ist wiedergegeben in OdW 2016, 135f). Im weiteren Verlauf haben dann hauptamtliche Professoren an den Fachbereichen Rechts- und Literaturwissenschaft der Universität Konstanz im Wege der Normenkontrollklage zum VGH Baden-Württemberg beantragt, die Satzung vom 10.12.2015 für unwirksam zu erklären.

Der VGH ist zu dem Ergebnis gekommen, dass § 44 Abs. 6 LHG gegen die in Art. 71, Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG verankerte Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern verstößt und hat deshalb mit Beschluss vom 26.9.2017 (9 S 2056/16) das Verfahren ausgesetzt und die Entscheidung des BVerfG eingeholt. Nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG habe der Bund die ausschließliche Gesetzgebung über den gewerblichen Rechtsschutz, das Urheber-

recht und das Verlagsrecht. § 44 Abs. 6 LHG treffe aber eine Regelung auf dem Gebiet des Urheberrechts, ohne dass der Landesgesetzgeber dazu gemäß Art. 71 GG ermächtigt worden sei. Der Schwerpunkt der Vorschrift liege nicht auf dem in die Kompetenz der Länder gehörenden Hochschul-, Dienst und Wissenschaftsverbreitungsrecht, sondern auf dem Gebiet des Urheberrechts.

Der VGH beruft sich für diese Auffassung auch auf § 42 Abs. 1 Nr. 1 Arbeitnehmerfindungsgesetz, nach dem an Hochschulen tätige Erfinder berechtigt sind, Dienstleistungen im Rahmen ihrer Lehr- und Forschungstätigkeit zu offenbaren. Diese Vorschrift habe der BGH in seinem Urteil vom 18.9.2007 (X ZR 167/05, BGHZ 173, 356ff) trotz der mit ihr verbundenen dienst- und arbeitsrechtlichen Implikationen zu Recht der Kompetenznorm des Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG zugeordnet, weil ihr Schwerpunkt auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes liege. Entsprechendes gelte hier.

Wiewohl er das für die Gesetzgebungskompetenz nicht als ausschlaggebend ansieht, hebt der VGH hervor, dass § 44 Abs. 6 LHG das gesetzgeberische Konzept des heutigen Urheberrechtsgesetzes „geradezu konterkarriere“. Diesem gehe es darum, die Stellung des Urhebers durch die Zuerkennung des Zweitveröffentlichungsrechts zu stärken, ohne ihm gleichzeitig eine Verpflichtung aufzuerlegen.

Dieser Hinweis des VGH sollte den Landesgesetzgeber veranlassen, über einen Verzicht auf die Zweitveröffentlichungspflicht nachzudenken und so die Entscheidung des BVerfG zu erübrigen. Das gilt umso mehr als das am 1. März 2018 in Kraft tretende Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz an § 38 Abs. 4 UrhG nichts ändert.

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

Andreas Heldrich

*Vanitas vanitatum und die Hochschulreform*¹

Zu Beginn der hochschulpolitischen Auseinandersetzungen des letzten Jahrzehnts wurde einer akademischen Festversammlung Hamburger Professoren ein Transparent mit der Aufschrift entgegengehalten: „Unter den Talaren der Muff von tausend Jahren“. Der anspruchslose Reim ist geradezu zum geflügelten Wort in der Reformdiskussion über die deutsche Hochschule geworden. Er gab einem verbreiteten Unbehagen über die verkrusteten Strukturen unserer Universitäten Ausdruck. Inzwischen ist aus diesem Unbehagen eine Erneuerungsbewegung erwachsen, welche die akademische Landschaft grundlegend verändert hat. Aus der autonomen Gelehrtenrepublik von ehemals ist ein Tummelplatz für politische Planer und mehr und mehr auch ein verlängerter Arm der staatlichen Bürokratie geworden. Die *Humboldtsche* Konzeption der Einheit von Forschung und Lehre hat einem Instrument der Massenausbildung Platz gemacht, in dem „Lernprozesse“ nach dem Vorbild der Grundschule vermittelt werden. Die enge Verklammerung der Universität mit dem Schulsystem im allgemeinen wird auch durch die vollständige Integration der Lehrerbildung sinnfällig zum Ausdruck gebracht. Das Wunschbild einer Gemeinschaft der Lehrenden und Lernenden von einst ist dem Modell der sogenannten Gruppenuniversität gewichen, in dem sich die Blöcke der Professoren, der Assistenten, der Studenten und des nichtwissenschaftlichen Personals aggressionslustig befrieden können. Magnifizenzen haben sich in Präsidenten verwandelt, aus Spektabilitäten sind schlichte Fachbereichssprecher geworden. Und ein Professor, der es wagen sollte, sich außerhalb einer Faschingsveranstaltung im Talar in der Öffentlichkeit zu zeigen, würde vermutlich unverzüglich zur Beobachtung in eine Nervenklinik eingewiesen.

In dieses bis zur Unkenntlichkeit entstellte Panorama der deutschen Universität ragt wie ein Fossil aus längst versunkenen Zeiten in unverwüstlicher Frische der gute alte Doktorhut. Niemand scheint groß danach zu fragen, ob sein Erwerb noch zeitgemäß sei, oder ob es sich bei ihm nicht um eine besonders verabscheuungswürdige Form des Leistungsdruckes handle, die es tragen Professoren gestattet, von den Früchten des Fleißes ihrer Doktoranden ihren wissenschaftlichen Lebensunterhalt zu

bestreiten. Auch die Verfasser des Hamburger Transparents haben inzwischen vermutlich längst promoviert, ohne den Staub des Mittelalters zu scheuen, der auf ihrer Doktorwürde lastet. Ebenso wenig wie Politiker aller Couleur sich in ihrem emsigen Streben nach der Erlangung eines Ehrendokortitels von solchen modischen Erwägungen beirren lassen.

Woraus erklärt sich die ungebrochene Anziehungskraft dieses Reliktes aus den Anfängen des Hochschulwesens? Es ist gewiss nicht der „Hunger nach Wissenschaft“ oder die „innere Rastlosigkeit des Denkens“, die zum „entsagungsvollen Forschen“ treiben, wie es in einem Leitfaden über die Anfertigung rechtswissenschaftlicher Dissertationen heißt (*Egon Schneider*, Die juristische Doktorarbeit, 1964). Sieht man von dem glücklicherweise seltenen Typus des „reinen Gelehrten“ ab, so wird kaum jemand im Verfassen einer Dissertation als solchem so große schöpferische Befriedigung finden, daß der Ertrag die Mühe lohnen könnte.

Und die Mühe ist wahrhaftig immer noch groß. Trotz Graduiertenförderung ist der Entschluß zur Promotion gerade heute nicht selten ein finanzielles und berufliches Risiko. Der damit verbundene Zeitverlust kann sich beim Kampf um die knapper werdenden Stellen unter Umständen verhängnisvoll auswirken. Jedenfalls aber schiebt er die Erlangung einer üppiger dotierten Position auf Jahre hinaus. Hinzu kommt die Mühsal der Arbeit selbst: Die verzweifelte Suche nach einem noch nicht mehrfach bearbeiteten Thema, nach einem der wenigen Äste, die noch nicht unter der Last der akademischen Vorläufer zusammenzubrechen drohen. Sodann der innere Zwang, sich etwas Neues einfallen zu lassen, und sei es auch schlechter als alles bisher schon Geschriebene.

Ich übergehe mit Stillschweigen die prosaischen Genüsse der Arbeit selbst: das Anfertigen von Karteikarten, die man zum rechten Zeitpunkt nicht wiederfindet, die frustrierende Suche nach der einschlägigen Monographie, die in der Seminarbibliothek seit Jahren verschwundene und in der Staatsbibliothek auf Monate ausgeblieben ist, das Frohlocken über das Erscheinen eines neuen wesentlichen Beitrages aus fremder Feder unmittelbar vor der Vollendung der eigenen Arbeit, das endlos erscheinende Warten auf die Erstattung von Erst- und

¹ Anßprache anläßlich der Verleihung der Promotionsurkunden der Münchener Juristischen Fakultät am 11.7.1975.

Zweitgutachten durch den sogenannten Doktorvater und den Korreferenten, die possierlichen Einfälle des Amtsschimmels im Dekanat, die Mühe und Kosten bei der Drucklegung der Dissertation usw.

Wie kommt jemand dazu, sich freiwillig und bei klarem Verstand allen diesen Plagen zu unterziehen, um einen Titel zu erwerben, der im Berufsleben – sieht man einmal von der Hochschullaufbahn ab ohne besonderer Bedeutung ist? Gewiß, bei einem frei praktizierenden Rechtsanwalt mag sich der Doktorgrad unter Umständen in einer Vermehrung des Ansehens bei den Klienten niederschlagen und so die Geschäftstätigkeit ein wenig beleben. Aber für das berufliche Fortkommen in Justiz und Verwaltung ist der Titel praktisch bedeutungslos.

Auch für den in der Wirtschaft tätigen Juristen erleichtert er allenfalls den Start. Wir kommen also nicht umhin, festzustellen, daß es im wesentlichen gesellschaftliche Rücksichten sind, die das Motiv für die meisten Promotionen bilden. Der Titel verleiht dem Träger heute wie eh und je ein erhöhtes Sozialprestige, das sich bei vielfältigen Anlässen bewährt, etwa bei den unmittelbar nach dieser Feierstunde zur Versendung gelangenden Verlobungs- und Heiratsanzeigen. In ihm spiegelt sich ein ferner Widerschein des Glanzes der alten deutschen Universität, der allen Reformbemühungen zum Trotz auch in unserer Gegenwart noch nicht ganz erloschen ist.

Peter Hommelhoff

*Für eine wissenschaftsadäquate Kooperationsform –
eine Heranführung*

I.

Moderne Forschung führt auf den meisten Gebieten erst auf dem Weg über Kooperationen und Forscherverbände, seien diese intra- oder interdisziplinär oder translateral zwischen Grund- und anwendungsbezogener Forschung, zu wesentlichen Ergebnissen oder gar wissenschaftlichen Durchbrüchen. Die Zeiten eines *Theodor Mommsen*, *Robert Bunsen* oder *Gustav Kirchhoff* sind weithin vorbei. Namentlich in den vergangenen Jahren und vorzüglich im Zuge der letzten beiden Phasen der Exzellenzinitiative hat sich das deutsche Wissenschaftssystem insofern weiterentwickelt, als eine verstärkte Zusammenarbeit von Universitäten und außeruniversitären Forschungseinrichtungen der als „Versäulung“ bekannten Problematik entgegen wirken soll und dies auch tatsächlich tut.

Aber trotz der Bedeutung solcher Forschungsk Kooperationen, auch und nicht zuletzt in ihren finanziellen Ausmaßen, fehlt für sie im gesetzten Recht eine wissenschaftsadäquate Organisationsform. Die von den Gesetzgebern bereitgestellten Rechtsformen sind entweder teilweise, wenn nicht gar völlig ungeeignet oder bloße „black boxes“, die der Ausfüllung bedürfen. In der Wissenschaftspraxis sind daher die Administrationen aufgerufen, ein maßgeschneidertes Organisationsstatut für den Einzelfall mühsam und zeitaufwändig zu schaffen und ggf. durchzuverhandeln oder die Kooperation (insbesondere bei translateraler Forschung ausnehmend gefährlich) ohne autonome Rechtsregeln zu lassen; in jedem Fall eine für die an der Kooperation beteiligten Wissenschaftsinstitutionen nicht minder missliche Situation als für die zur Kooperation entschlossenen Forscher, die für administrative Verzögerungen mit Recht nur wenig Verständnis aufbringen.

Vor diesem Hintergrund ist klar: Die Wissenschaft benötigt eine gesetzlich niederlegte und ausgestaltete Rechtsform, die den spezifischen Anforderungen wissenschaftlicher Kooperationen in vollem Umfang und durchgehend gerecht wird. Das ist bereits vorgetragen worden (OdW 2017, 1) und wird in diesem Heft im Beitrag *Eberbach* unter Aufschluss einer Fülle rechtstatsächlichen Materials weiter vertieft. Daher ist die wissenschaftsadäquate Rechtsform als rechtspolitisches Projekt voranzubringen. Das erfordert Aktivitäten in mehreren Richtungen:

Zum ersten sind die verantwortlichen Administratoren in den Wissenschaftsinstitutionen über dies Gesetz-

gebungsprojekt in Kenntnis zu setzen, um sie anzuregen, in dies Projekt ihre Anforderungen, Vorstellungen und Erfahrungen einzubringen – die Kanzler der Universitäten und Hochschulen, die Kaufmännischen Vorstände der außeruniversitären Forschungseinrichtungen und die der Universitätsklinik. Die in der Allianz verbundenen Spitzenstellen der deutschen Wissenschaft sind bereits informiert. Darüber hinaus wird geboten sein, die zur Wissenschaft hin geöffnete Wirtschaft in den rechtspolitischen Diskurs mit einzubeziehen.

Zum zweiten müssen die für die Wissenschaft verantwortlichen Parlamentarier im Bund und auf der Ebene der Länder für das Projekt einer wissenschaftsadäquaten Rechtsform gewonnen werden. Das gilt in gleicher Weise für die zuständigen Ministerialverwaltungen.

Und zum dritten schließlich sind die Rechts- und Organisationswissenschaften für die wissenschaftsadäquate Rechtsform unter zwei Aspekten zu interessieren: auf der einen Seite mit dem Ziel, diese Form in das regulatorische Umfeld des Privat- und des öffentlichen Rechts einzubetten, aber möglichst auch in das der Organisationswissenschaften. Auf der anderen Seite sollten Rechts- und Organisationswissenschaftler dafür gewonnen werden, dem (oder den) Gesetzgeber(n) Vorschläge für die nähere Ausgestaltung der neuen Rechtsform zu unterbreiten. Hierzu möge es in einer späteren Entwicklungsphase zu fruchtbarem Zusammenwirken zwischen Ministerialbürokratie und Wissenschaft kommen.

Diese auf den rechtspolitischen Prozess hin ausgerichteten Aktivitäten auf den Weg zu bringen, war das Ziel des nachfolgend dokumentierten Berliner Symposiums „Plädoyer für eine wissenschaftsadäquate Rechtsform“. An ihm nahmen vor allem Administrations-Repräsentanten aus Universitäten, Universitätsklinik und außeruniversitären Forschungseinrichtungen teil; sie diskutierten mit den aus Wissenschaft und Praxis stammenden Referenten über deren Erkenntnisse und Ideen. Ziel dieses Austausches war es auch zu überprüfen, ob die o.g. Präsentation (OdW 2017, 1) wirklich alle für eine wissenschaftsadäquate Rechtsform relevanten Gesichtspunkte von Gewicht in den Blick genommen hatte. Aus der Wissenschaftspolitik nahm der Obmann der CDU im Bundestagsausschuss für Bildung und Forschung am Symposium teil, während die anderen Parteien vor der Konstituierung des neuen Bundestages noch keine Personen benennen konnten. Ebensowenig war die Ministerialverwaltung für Wissenschaft und Forschung vertreten. Welche Unternehmen und Verbände der Wirtschaft

zur Arbeit am Projekt „Wissenschaftsadäquate Rechtsform“ eingeladen werden sollen, bedarf noch der Klärung.

Die nachfolgend abgedruckten Beiträge sind darauf ausgerichtet, das rechtspolitische Desiderat einer eigenständigen Rechtsform für wissenschaftliche Kooperationen noch stärker zu fundamentieren: einerseits aus dem Blickwinkel der Wissenschaftsadministrationen und der in ihnen angesammelten Erfahrungen, um den Wunsch nach einer neuen wissenschaftsadäquaten Rechtsform in seiner Dringlichkeit seriös zu belegen, und andererseits unter Beteiligung zunächst allein der Rechtswissenschaften in dem Bestreben, das Projekt mit Blick auf die betroffenen Rechtsbereiche in seinen grundlegenden Aspekten erheblich zu vertiefen und abzusichern.

II.

Aus dem Erfahrungsschatz von Wissenschaftsadministrationen und Forschungseinrichtungen hat vor allem *Wolfram Eberbach* mit seinem Beitrag „Eine Rechtsform für Wissenschaftskooperationen – Ausgangspunkte und Grundlagen“ (unten S. 51 ff.) geschöpft. In ihm werden zum einen die Kooperationen anhand von Beispielen aus der Wissenschaftspraxis vorgeführt, nach denen sie als kurz-, mittel- oder langfristige erscheinen, zugleich aber die finanziellen Dimensionen, innerhalb derer solche Kooperationen wirken. Zum anderen leuchtet dieser Beitrag die Herausforderungen aus, die schon mit der Auswahl der für die konkrete Kooperation bestgeeigneten Rechtsform auf dem Boden des geltenden Rechts verbunden sind, erst recht aber mit der Aufgabe, die vielfältigen Fragen, die eine solche Kooperation im Wissenschaftsbereich aufwirft, im Einzelnen gestaltend zu regeln. Einbezogen in diesen Praxisbericht sind ebenfalls die Hilfsmittel, welche Ministerialbürokratien in Form von Leitfäden oder Vertragsmustern bereitstellen; aber auch sie erleichtern die rechtliche Fundamentierung von Wissenschaftskooperationen nicht wirklich – von der verbliebenen Rechtsunsicherheit ganz zu schweigen. Den Preis, der für all' diese Unvollkommenheiten zu entrichten ist, listet *Eberbach* (S. 62) bedrückend eindrucksvoll auf. In trittfesteres Gelände führen dann aber seine vier Grundfragen, anhand derer das Regelwerk für eine Wissenschaftskooperation konzipiert und gestaltet werden sollte. Dies Regelwerk stellt er unter die zutreffende Leitmaxime: Das Recht darf die Wissenschaft nicht behindern, es soll sie fördern.

Zur Notwendigkeit, der Wissenschaft für ihre Kooperationen eine adäquate Rechtsform zur Verfügung zu stellen, äußert sich *Angela Kalous* unter dem besonderen Aspekt des in einer solchen Zusammenarbeit eingesetzten Personals in ihrem Beitrag „Vernetztes Arbeiten und

Personalzuordnung“ und macht damit die Erfahrungen fruchtbar, welche die Autorin in der Ministerialbürokratie gesammelt hat und als Kanzlerin einer großen Universität. Im Rahmen der vielfältigen Kooperationen besteht nach ihrer Beobachtung das Bedürfnis, ja nicht selten die Notwendigkeit, dass Forscherinnen und Forscher einrichtungsübergreifend zusammenarbeiten. Keines der dafür praktizierten Modelle könne als optimal qualifiziert werden. Nach ihrer Erfahrung seien es rechtspraktisch vor allem die Universitäten, deren Interessen dabei unter die Räder gerieten. Deshalb sei wahrhaft die Zeit gekommen, nach einer neuen Kooperationsform Ausschau zu halten, in der die Partner auf Augenhöhe interagieren könnten.

Wissenschaftskooperationen enden nicht an den Landesgrenzen der Bundesrepublik Deutschland, sondern überschreiten in einer Vielzahl von Fällen die Binnengrenzen innerhalb der Europäischen Union, aber auch deren Außengrenzen. Verbünde zwischen Wissenschaftseinrichtungen in Deutschland, den Niederlanden, Frankreich und den USA oder in vergleichbaren Konstellationen finden sich in großer Zahl. Für das Projekt einer wissenschaftsadäquaten Kooperationsform im deutschen Recht ist es deshalb angezeigt, die internationale Perspektive nicht aus den Augen zu verlieren, damit die Arbeiten von Anbeginn gegenüber grenzüberschreitenden Kooperationen ungeachtet des Umstands geöffnet bleiben, dass der (oder die) deutsche(n) Gesetzgeber nicht berufen sind, die Anliegen ausländischer Kooperationspartner mit zu regeln. Trotzdem muss, wer an einem solchen Gesetzgebungsprojekt in Deutschland mitarbeitet, gewisse Vorstellungen von der rechtlichen Fundamentierung grenzüberschreitender Kooperationen haben. Erste hierfür notwendige Informationen liefert der Beitrag „Zwischen Völkerrecht und Frascati“, mit dem *Christian Haringa* beispielhaft über Kooperationen des Deutschen Elektronen-Synchrotrons (DESY) (unten S. 69 ff.) berichtet; in diesem Zusammenhang zugleich über die Charakteristika, die das European Strategy Forum on Research Infrastructures (ESFRI) der Bewertung von Kooperationsformen zugrunde legt. Zu den relevanten Erfolgsfaktoren für die Rechtskonstruktion internationaler Forschungsk Kooperationen zählt der Autor u.a. die Berücksichtigung steuer- und abgabenrechtlicher Regelungen neben den gesellschaftsrechtlichen sowie die für eine angemessene Reputationszurechnung bei den Kooperationspartnern. Denn bei der Reputation gehe es nicht primär um wissenschaftliche Eitelkeit, sondern um Wahrnehmbarkeit, politische Wertschätzung und die öffentliche Förderung in der Zukunft – sämtlich Gegenstand handfester Interessen auch in der Wissenschaft.

III.

Ihren Ausgang müssen alle rechtspolitischen Überlegungen zu einer neuen wissenschaftsadäquaten Rechtsform bei der Frage derer grundlegenden Ausrichtung nehmen: Sollte diese Rechtsform als eine solche des Privatrechts konzipiert werden oder als öffentlich-rechtliche Organisation? Und falls als privatrechtliche, also als Gesellschaft, wäre sie als Personen- oder als Kapitalgesellschaft zu strukturieren? Der dritte Ausrichtungsentscheid für ein solches Gesetzgebungsprojekt muss sich mit der Frage befassen, in welchem Ausmaß der Gesetzgeber für Wissenschaftskooperationen in Gesetzesform Hilfeleistung leisten und in welchem Umfang er auf eigene Regeln der an der Kooperation Beteiligten setzen sollte.

„Öffentliches oder Zivilrecht“ ist Gegenstand des Beitrags, den *Max-Emanuel Geis* (S. 77 ff.) zum Kurs beisteuert, den Forschungsk Kooperationen für ihre Normierung einschlagen sollten. Er rät nach eingehender Analyse der angebotenen Vorlagen von der gängigen Praxis bilateraler Kooperationsverträge wegen derer inhärenten Risiken im Rechtsverkehr ab und plädiert im Ergebnis dafür, die Figur der gemeinnützigen GmbH wissenschaftsadäquat in Richtung auf den Typus einer wissenschaftlichen GmbH fortzuentwickeln. Nach Einschätzung des Autors wäre eine solche Rechtsform in der Lage, die eigentümliche Mischung aus öffentlich-rechtlichen Bindungen und Freiheiten wissenschaftsadäquat abzubilden. Dagegen hält *Geis* die Fortschreibung der Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung für ebensowenig zielführend wie die Kreation öffentlich-rechtlicher Modelle; von diesen rät er sogar dringend ab.

Mit den Strukturvarianten „personen- oder kapitalgesellschaftsrechtlich“ befasst sich ebenfalls *Stefan Geibel* (S. 87 ff.) in seinem Beitrag „Rechtsform und Zurechnung zwischen Transparenz und Abschirmung“; in ihm zeigt der Autor auf, wie sich das personengesellschaftsrechtliche Transparenzprinzip und das Abschirmungsprinzip des Kapitalgesellschaftsrechts jeweils im Steuer-, Beihilfe-, Wettbewerbs-, Arbeitnehmerüberlassungs- und IP-Recht für die Wissenschaftskooperationen auswirken (können). Sein Vorschlag für eine wissenschaftsadäquate Rechtsform läuft auf eine „durchleuchtete Plattform-GmbH“ hinaus, die sich in Tätigkeit und Zweck (ähnlich einer bloßen Innengesellschaft) auf ein forum internum ihrer Kooperationspartner beschränken würde und durch die hindurch die sämtlichen Ergebnisse der Forschungsanwendung zu den Kooperationspartnern geleitet werden könnten.

Vor dem Hintergrund eines konzisen Überblicks über die Regelungsinstrumente im Privatrecht und ihre vielfältigen Ausformungen präsentiert *Florian Möslein* (S. 99 ff.) in seinem Beitrag „Privatrechtliche Regelungsfragen der wissenschaftlichen Kooperationsform: Angebot des Gesetzgebers oder selbstgestaltetes Recht?“ drei Eigenheiten,

die Wissenschaftskooperationen ausmachen und die daher sowohl für die Art und Weise der Regelsetzung als auch für die Auswahl der Regelungsinstrumente bedeutsam sind: die Heterogenität der Kooperationsformen, ihre wissenschaftsspezifische Ungewissheit und ihre Zweckrichtung. Hieraus destilliert *Möslein* zur Regelungsstrategie für eine wissenschaftsadäquate Rechtsform Leitlinien und Leitideen: zur Typizität dieser Form, zu ihrer Flexibilität sowie zu ihrer Transparenz mit Blick auf unterschiedliche Kooperationsziele und die Schwierigkeiten ihrer kontrollierenden Überprüfung.

IV.

Im Zentrum einer normierten Rechtsform für Wissenschaftskooperationen steht deren Organisationsverfassung; mit ihr befasst sich *Christoph Kumpan* (S. 115 ff.) in seinem Beitrag „Die Governance einer Forschungskooperationsgesellschaft-Struktur, Kompetenzen und Verfahren“ näher. Ausgerichtet auf die Prinzipien Forschungsadäquanz, Flexibilität, sachgerechte Verwaltung großer Geldbeträge und langfristig-stabile Zusammenarbeit führt der Autor eine Fülle von Gesichtspunkten zur Leitung wissenschaftlicher Kooperationen, zu ihrer wissenschaftlichen und finanziell-wirtschaftlichen Begleitung und Überwachung, zu den Grundlagenentscheiden in der Kooperationsform sowie zur Beteiligung jener Forscher an, die nicht an der Leitung der Kooperation beteiligt sind. Dem Gesetzgeber werden mit den Gesichtspunkten eine Vielzahl von Anregungen zur Normierung unterbreitet, aber auch zur Abstandnahme von ihr.

V.

Der Wunsch nach einer wissenschaftsadäquaten Kooperationsform wurde von Anbeginn begleitet von dem Verlangen nach Erleichterungen im Steuerrecht, vorzüglich im Bereich der Mehrwertsteuer. Den Gedanken einer „enabling legislation“ treibt *Christian Haringa* ganz nachdrücklich mit seiner Forderung nach einem holistischen Normierungsansatz voran, der neben dem Gesellschaftsrecht auch die Bereiche Steuern und Abgaben abschließend und sonderrechtlich umfasst (S. 73 f.). Dazu zeigt *Stefan Geibel* die Schwierigkeiten auf, denen eine Fortschreibung des Steuerrechts gezielt für Wissenschaftskooperationen begegnen wird (S. 92); nicht weniger herausfordernd, so sein Befund, das durch und durch europäische Beihilfen- und Wettbewerbsrecht (S. 90 ff.) sowie die Arbeitnehmerüberlassung nach deutschem Recht (S. 93).

Wissenschaftskooperationen sind in erster Linie auf Erkenntnisgewinn ausgerichtet, auf Finanzgewinn allenfalls nachgeordnet. Daher kommt dem geistigen Eigen-

tum in Forschungsverbänden, mit dem sich *Bernhard Ulrici* (S. 129 ff.) eingehend befasst, besondere Bedeutung zu. Für die geistigen Leistungen konstatiert er einen erheblichen Koordinierungsbedarf auf drei Ebenen, die über eine eigene Rechtsform für die Kooperation deutlicher sichtbar zwischen Verbund- und Beschäftigungsebene getrennt werden könnten. Nach intensiven Erwägungen gelangt der Autor zum Ergebnis, auf der Verbundebene der Kooperationspartner brauchten deren Interessen nicht gesetzlich koordiniert zu werden. Dagegen erfordert es der Interessenausgleich auf der Beschäftigungsebene nach der Einschätzung *Ulricis*, das Arbeitnehmerfindungsgesetz zu überarbeiten.

VI.

Ziel des nachfolgend dokumentierten Symposions ist ganz vorrangig, den Deutschen Bundestag in dessen anstehender Legislaturperiode für eine rechtspolitische Initiative zu gewinnen. Auf sie konzentriert sich die zum Abschluss referierte Podiumsdiskussion mit dem Bundestagsabgeordneten *Dr. Stefan Kaufmann*. In dieser Diskussion kamen unter anderem die Notwendigkeit einer eigenständigen

Rechtsform für Wissenschaftskooperationen zur Sprache, die Sichtbarkeit wissenschaftlicher Erfolge und ihre Zuordnung, die Risiko- und Haftungsbeschränkung der Kooperationspartner sowie die (verfehlte) Linie der Europäischen Kommission, Wissenschaftspolitik als Teil der Wirtschaftspolitik zu begreifen.

Im Verlaufe der Diskussion sagte *Dr. Kaufmann* – wie zuvor auch der für den Bereich Wissenschaft zuständige Bundestagsabgeordnete *Tankred Schipanski* – die Aufnahme eines Prüfauftrags („must have oder nice to have“) in das CDU/CSU Positionspapier für die anstehenden Koalitionsverhandlungen zu. Dieser Auftrag findet sich nun auch im Koalitionsvertrag (S. 131): „Wir prüfen, ob zur Erleichterung von Forschungsk Kooperationen eine neue Rechtsform für diese Art der Zusammenarbeit eingeführt werden sollte.“

Peter Hommelhoff war Direktor des Instituts für deutsches und europäisches Wirtschafts- und Gesellschaftsrecht der Universität Heidelberg und ihr Rektor, in der Hochschulrektorenkonferenz war er Sprecher der Universitäten.

Wolfram Eberbach

Eine Rechtsform für Wissenschaftskooperationen

– Ausgangspunkte und Grundlagen –

ÜBERSICHT

- I. Einleitung
- II. Befund
 1. *Finanzausstattung für Wissenschaft und Forschung*
 2. *Wissenschaftskooperationen*
 - a) *Kurzfristige und mittelfristige Kooperationen*
 - b) *Langfristige und unbefristete Kooperationen*
 - c) *Gesundheitsforschungszentren – Finanzierung und Rechtsform*
 - d) *Fazit zu 2.*
 3. *Rechtsformen im Angebot*
 - a) *Gesellschaft bürgerlichen Rechts*
 - b) *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*
 - c) *Eingetragener Verein*
 - d) *Stiftung, Partnerschaftsgesellschaft mbH, öffentl.-rechtl. Zweckverband*
 4. *Hilfsmittel zur Rechtsformfindung*
 - a) *Leitfaden*
 - b) *Merkblatt*
 - c) *Mustervereinbarung*
 5. *Recht der EU*
 6. *Fazit zu 3. bis 5.*
- III. *Vorüberlegungen zu einer eigenen Rechtsform*
 1. *Das Bömmel-Prinzip*
 2. *Das Dyson-Prinzip*
- IV. *Back to the roots – Die vier Grundfragen der Wissenschaftskooperation*
 1. *Wer*
 2. *Was*
 3. *Wie*
 4. *Wozu*
- V. *Zur Rechtsform*
 1. *Kongruenz von Forschung und Recht*
 2. *Detailansicht – Der Regelungs-Baukasten*
 - a) *Übersetzung von Forschungsschritten in Regelungskreise*
 - b) *Regelungsbausteine im Angebot*
- VI. *Fazit und Ausblick*

I. Einleitung

Allenthalben Interesse und Zustimmung begegnet die Idee, eine eigene Rechtsform für Wissenschaftskooperationen zu entwickeln: „Ich arbeite viel mit wissenschaftlichen Konsortien, Netzwerken und Clustern, und immer taucht die Frage nach einer geeigneten Rechtsform für die Zusammenschlüsse auf... Insofern ist Ihre Arbeit an einer neuen und besser geeigneten Rechtsform auch für meinen Alltag sehr wichtig und hilfreich“¹ – so lautet ein typischer Zuspruch. Für die Forschung gilt sicherlich der Satz „Wer aufhört, besser werden zu wollen, hört auf, gut zu sein“.² Dies gilt jedoch nicht nur für die Forschung. Es gilt vielmehr genauso für den rechtlichen Rahmen, in welchem diese Forschung stattfindet.

In der Praxis wird der heute zur Verfügung stehende rechtliche Rahmen immer häufiger als nicht passend empfunden: Er behindert Wissenschaft und Forschung, heißt es, anstatt sie zu fördern. Dieser Befund war Ausgangspunkt eines Symposiums des Deutschen Krebsforschungszentrums (DKFZ) in Heidelberg am 12./13. November 2015 unter dem Titel: „Kooperationen in der Wissenschaft als Rechtsproblem“. Governance, Kartell-, Beihilfe-, Steuer- und Vergaberecht waren Themen der Vorträge ebenso wie etwa Arbeitnehmerüberlassung, Arbeitnehmererfindungen und Datenschutz. Allein dies zeigt schon die hohe Komplexität der Materie.

Die allgemeine Meinung der Teilnehmer dieses Symposiums war: Der jetzige Rechtszustand genügt nicht für die immer häufigeren Wissenschaftskooperationen – es muss Abhilfe geschaffen werden. Eine daraufhin in Heidelberg gebildeten *Arbeitsgruppe „Rechtsformalternative de lege ferenda“*³ hat sich zum Ziel gesetzt, eine neue Rechtsform für Wissenschaftskooperationen zu schaffen – ganz im Sinne des auch für das Recht geltenden zitierten Satzes, dass aufhört gut zu sein, wer sich nicht ständig bemüht, besser zu werden. Förderung statt Behinderung der Wissenschaft ist damit das oberste Ziel.

1 Zitat aus dem Schreiben einer Mitarbeiterin eines Leibniz-Instituts.

2 Der Satz wird *Marie von Ebner-Eschenbach* (1830-1916) zugeschrieben – seltsamerweise jedoch auch *Oliver Cromwell* (1599-

1658). Zumindest ergibt sich hieraus seine bleibende Gültigkeit.

3 Ihr gehören an, neben den beiden „Altvorderen“ Prof. Hommelhoff und dem Verfasser: *S. Geibel, J. Lappe, P. Dolzer, H. Beuche, M. Grzeganeck, J. Hoppenau, A. Kalous, S. Deimel.*

II. Befund

Wie in jedem Bereich geht der „Therapie“, der Verbesserung, die Erhebung des Befundes voraus. Bei der rechtlichen Regulierung von Wissenschaft sind dafür zwei Bereiche zu prüfen, getreu dem Satz:

„Eine Beziehung braucht für ihr gutes Gelingen zwei Dinge: genug Geld und gute Regelungen.“

Dies gilt auch für jede Art Kooperation in der Wissenschaft.

1. Finanzausstattung für Wissenschaft und Forschung

Nach mehr Finanzmitteln zu rufen gehört zum Tagesgeschäft jeder Institution – denn auch hier gilt der Satz von der ständigen Verbesserung. Tatsächlich scheint die finanzielle Ausstattung der Wissenschaft in Deutschland jedoch auskömmlich. Insgesamt handelt es sich um einen Milliardenmarkt. Folgende Hinweise mögen dies anschaulich machen:

- 1,9 Mrd. Euro Exzellenzinitiative I, 2005-2011⁴
- 2,7 Mrd. Euro Exzellenzinitiative II, 2012-2017⁵
- 5,43 Mrd. Euro Projektförderung für Forschung und Innovation⁶
- 533 Mio. Euro jährlich von Bund und Ländern für das Exzellenzprogramm für Exzellenzuniversitäten und Exzellenzcluster⁷
- 600 Mio. Euro für 15 Spitzencluster (je bis 40 Mio. Euro)⁸
- 50 Mio. Euro pro Antrag (Geisteswissenschaften 20 Mio.) für die Teilnahme am Wettbewerb „Nationale Roadmap für Forschungsinfrastrukturen“, Ausschreibung August 2015⁹
- 10 Mio. Euro für fünf Verbundprojekte in Mecklenburg-Vorpommern, für die Exzellenzforschung in einem „Masterplan Gesundheitswirtschaft“¹⁰
- Gründung von insgesamt sechs Gesundheitsforschungszentren.¹¹

4 Pressemitteilung des Bundesministeriums für Bildung und Forschung (BMBF): „Die Exzellenzinitiative stärkt die universitäre Spitzenforschung“ (aufgerufen am 03.12.2017).

5 Pressemitteilung des BMBF v. 11.9.2014: „15,3 Milliarden für Bildung und Forschung“; vgl. auch BMBF- Pressemitteilung „Die Exzellenzinitiative stärkt die universitäre Spitzenforschung“, wie Fn. 4.

6 BMBF- Pressemitteilung v. 11.9.2011.

7 BMBF- Pressemitteilung v. 22.4.2016: „Neues Exzellenzprogramm stärkt universitäre Spitzenforschung“.

8 BMBF- Pressemitteilung – ohne Datum: „Der Spitzencluster-Wettbewerb“.

9 BMBF- Pressemitteilung v. 31.8.2015: „Neue Infrastruktur für die Spitzenforschung“.

10 Meldung aerzteblatt.de v. 7.7.2017: „Gesundheitswirtschaft: Zehn Millionen Euro für die Forschung in Mecklenburg-Vorpommern“.

11 BMBF- Pressemitteilung: „Deutsche Zentren für Gesundheitsfor-

Dazu kommen Mittel der EU, etwa:

- 77 Mrd. Euro von 2014-2020 für das EU-Programm „Horizon 2020“¹²
- 1,86 Mrd. Euro bewilligt der Europäische Forschungsrat (ERC) aus dem Etat von „Horizon 2020“ für das Jahr 2018.¹³

Die Länder sind an diesen Programmen in der Regel mit einer gewissen Ko-Finanzierung beteiligt. Jenseits dessen stellen sie für Wissenschaft und Forschung auch eigene nicht unbeträchtliche Mittel zur Verfügung.

2. Wissenschaftskooperationen

Die genannten Mittel werden heute in aller Regel – schon gemäß den Ausschreibungen – vergeben unter der Bedingung, dass die sich bewerbenden Hochschulen, Forschungsinstitute, Universitätsklinik etc. in Kooperationen zusammenfinden. So betont etwa die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) in ihrer Veröffentlichung zu den Sonderforschungsbereichen – dies sind grundsätzlich Forschungseinrichtungen der Hochschulen: „Kooperationen mit außeruniversitären Forschungseinrichtungen sind ausdrücklich erwünscht.“¹⁴ Die Arbeitsgruppe „Wertschöpfungskette“ des Forums Gesundheitsforschung zum Beispiel fordert in ihrer Stellungnahme „Strategie zur Überwindung von Hürden der Wertschöpfungskette in der Gesundheitsforschung“ ein Translationsprogramm aufzulegen „in dem akademische und industrielle Partner früher und systematischer zusammenarbeiten.“¹⁵ Die Arbeitsgruppe „Infrastrukturen in den Lebenswissenschaften“, ebenfalls angesiedelt beim Forum Gesundheitsforschung, schlägt vor, für die „Next-Generation-Sequencing-Technologien“ in Deutschland ein Infrastrukturnetzwerk in Form eines gemeinnützigen Vereins zu etablieren – dessen einzelne Zentren könnten dann auch mit Partnern u.a. aus der Industrie Kooperationen schließen.¹⁶

schung“ (aufgerufen am 03.12.2017); vgl. auch Ärzte Zeitung v. 9.6.2011: „Schavan stellt Gesundheitsforschungszentren vor“.

12 Siehe aerzteblatt.de v. 28.1.2014: „Europa startet neue Forschungsförderung“.

13 Aerzteblatt.de v. 11.8.2017: „Europäischer Forschungsrat verteilt 1,86 Milliarden Euro“.

14 Vgl. DFG – Sonderforschungsbereiche, S. 1 – <http://www.dfg.forderung/programme/koordinierte.programme/sfb/> (aufgerufen am 15.12.2017).

15 Vgl. S. 3 und 4 des genannten Papiers. Es wurde dem BMBF am 09.05.2017 übergeben. Der zugleich vorgeschlagene Translationsfonds solle jährlich über ein Budget von 60 Mio. Euro verfügen. Fundstelle: <http://www.gesundheitsforschung-bmbf.de/de/6587.php>.

16 Siehe S. 2 der Empfehlung. Das Papier wurde dem BMBF am 16.11.2016 übergeben. Fundstelle: <http://www.gesundheitsforschung-bmbf.de/de/6613.php>.

Die Zeiten des eigenbrödlerisch-genialen Forschers, der allein „im stillen Kämmerlein“, mag dies auch in einem Patentamt liegen¹⁷ – oder in einem hochtechnischen Labor – die Welträtsel erforscht, gehören nach Überzeugung der *scientific community* der Vergangenheit an. Heute ist die Strategie: Bündelung von Fähigkeiten und Kenntnissen, Kombination verschiedener Spezialisierungen zu einer neuen, stärkeren Einheit, Erzielung von wissenschaftlichem Mehrwert durch den Austausch in der Kooperation – von Modeworten wie „Disruption“¹⁸ und „Agilität“¹⁹ ganz zu schweigen. Sie sind die Motivation von Regierungen und anderen Förderern, in nicht unerheblichem Umfang in Wissenschaft und Forschung zu investieren.

Jedoch auch ohne diesen ministeriellen oder administrativen „Schubs“ in Richtung Zusammenarbeit, findet heute Forschung regelmäßig statt auf der Grundlage von zwischen zwei oder mehr Partnern vereinbarten Kooperationen.²⁰

a) Kurzfristige und mittelfristige Kooperationen

Eine Definition von „kurzfristig“ ist bezüglich Wissenschaftskooperationen schwierig. Denn es ist die Frage, was das „Maß der Dinge“ ist. Abstrakt gibt es sicher kurz-, mittel- und langfristige Projekte. Man muss sich jedoch von der Vorstellung lösen, dass „kurzfristig“ etwa den Zeitraum von ein paar Wochen meint. Vielmehr ist in Wissenschaft und Forschung ein anderes Grundmaß anzulegen. Forschungsergebnisse zu erzielen ist in der Regel ein längerer Prozess, mitunter auch von nicht vorhersagbarer Dauer.

Diese Einschränkung vorausgeschickt, ist die *Anzahl* kurzfristiger Wissenschaftskooperationen nicht benennbar. Sie finden zum Beispiel vor Ort statt, zwischen einer Hochschule und einem außeruniversitären Forschungsinstitut, oder zwischen zwei oder mehreren Instituten, die sich für ein begrenztes Projekt zusammenfinden. Auch die Kooperation einer Universitätsklinik mit ei-

nem Unternehmen der forschenden Arzneimittelhersteller kann man eventuell im Einzelfall hierzu zählen, weil zumindest die einzelne Arzneimittelprüfung zeitlich limitiert ist. Dagegen fallen Rahmenverträge über wiederholte Arzneimittelprüfungen zumindest nicht unter die Rubrik „kurzfristig“.

Schon in diesem Bereich kurzfristiger oder auch mittelfristiger Kooperationen können sich sehr unterschiedliche rechtliche Fragestellungen ergeben – von der jeweils angemessenen und zweckmäßigen Governance bis zum Auftritt gegenüber Dritten und Haftungsfragen.

aa) So gibt es etwa Verträge, bei denen es nicht um einen gemeinsamen Auftritt gegenüber Dritten geht – hier wird also keine gesellschaftsähnliche neue, gemeinsame Struktur von zwei oder mehreren Trägern geschaffen. Vielmehr handelt es sich um gegenseitige Vereinbarungen etwa über eine Auftragsforschung, ein F&E-Projekt. Hier steht der *gegenseitige Leistungsaustausch* im Vordergrund – in der Regel eine Forschungsarbeit, bei der der Auftraggeber die Forschung finanziert oder das Endprodukt gegen Bezahlung abnimmt.

Regelungsbedürftig können jedoch auch schon bei kürzeren Kooperationen etwa sein:

- Definition, was ein „Arbeitsergebnis“ ist;
- Zuordnung von schutzfähigen und nichtschutzfähigen sowie von urheberrechtlich geschützten und nicht geschützten Arbeitsergebnissen, inklusive Nutzungsrechten der jeweiligen Gegenseite;
- Option des Auftraggebers, jene Rechte exklusiv zu übernehmen (Lizensierung), die nicht auf die Forschungsarbeit von Mitarbeitern seines Auftragnehmers zurückgehen... u.ä.

Weiterhin können erforderlich sein Abreden über die gegenseitige Mitwirkung, über Vertraulichkeit sowie über Haftungsfragen.

17 In seiner Zeit am Eidgenössischen Patentamt in Bern entstand *Albert Einsteins* spezielle Relativitätstheorie. Siehe z.B. *Jürgen Neffe*: Einstein – eine Biographie, 6. Aufl., 2005, S. 141 ff.

18 Disruption meint eine Innovation, die z.B. eine bestehende Technologie, ein bestehendes Produkt oder eine bestehende Dienstleistung vollständig verdrängt - siehe nur *Horx*, Der Mythos Disruption, <http://www.zukunftsinstitut.de/artikel/innovation-und-neugier/mythos-disruption/> (aufgerufen am 29.12.2017).

19 Agilität wird z.T. als „höchste Form der Anpassungsfähigkeit“ bezeichnet. Agilität als Management-Methode wurde zwar zunächst in der Wirtschaft propagiert, ist jedoch auch in der Wissenschaft anwendbar. Sie bedeutet die Fähigkeit, in einer kompetitiven, durch ständigen Wechsel gekennzeichneten Umgebung schnell reagieren zu können. Die ständigen weltweiten Neuerungen in Wissenschaft und Forschung erfordern insoweit von jedem

Forschungsinstitut etc. „agil“ darauf zu reagieren. Der neue Begriff bezeichnet also in etwa das, was man früher mit „Innovationsfreude und Anpassungsfähigkeit“ bezeichnete. Zur Agilität siehe z.B. *Fischer*, Direktor am Institut für Personalforschung, Hochschule Pforzheim: http://www.haufe.de/personal/hr-management/agilitaet/definition-agilitaet-als-hoechste-form-der-anpassungsfahigkeit_80_378520.html; (abgerufen 31.12.2017); vgl. ferner Wikipedia: [http://wikipedia.org/wiki/Agilität_\(Management\)](http://wikipedia.org/wiki/Agilität_(Management)) (aufgerufen 31.12.2017).

20 Den nachfolgend beschriebenen Kooperationsvereinbarungen liegen – anonymisierte – Verträge zugrunde, die dem Verfasser von verschiedenen Forschungseinrichtungen und forschenden Unternehmen zur Verfügung gestellt wurden. Ihnen sei an dieser Stelle ausdrücklich gedankt für die darin liegende Unterstützung des Projekts „Eine Rechtsform für Wissenschaftskooperationen“.

Solche auf Leistungsaustausch gerichteten Verträge können Einzelverträge für ein bestimmtes Projekt sein. Ein Beispiel hierfür ist wohl die Kooperation des Pharma-Unternehmens *Sanofi* mit dem Fraunhofer-Institut für Bioressourcen in *Gießen* zur Antibiotika-Forschung.²¹

Eine andere Variante ist in erster Linie auf die *Weiterleitung von Fördergeldern* an einzelne Beteiligte gerichtet, sowie darauf, deren Arbeiten zu koordinieren und am Ende „einzusammeln.“

Ein weiterer Fall ist der Vertrag über ein einzelnes Vorhaben, jedoch innerhalb eines *Rahmenvertrages*, der darauf gerichtet ist, wiederholt solche Zusammenarbeiten zu ermöglichen. Als Beispiel hierfür kommen etwa Rahmenverträge von Pharma-Unternehmen mit medizinischen Hochschuleinrichtungen in Betracht über Projekte der klinischen Forschung – die Komplexität solcher Verträge, die zudem den Bestimmungen des Arzneimittelgesetzes gerecht werden müssen, ist besonders hoch. Sie können außer den zentralen Regelungen noch mehrere Anlagen umfassen, etwa besondere Vereinbarungen über die Vertraulichkeit sowie die Überleitung von Rechten am Arbeitsergebnis von Hochschulangehörigen, die nicht dem Anwendungsbereich des Arbeitnehmererfindungsgesetzes unterfallen. Ferner können sie diesem Rahmenvertrag zugeordnete Einzelverträge umfassen über die Durchführung einer konkreten klinischen Prüfung.

bb) Kurz- und mittelfristige Kooperationen können – statt auf gegenseitigen Austausch – auch auf *Zusammenwirkung* gerichtet sein. Typisch hierfür ist etwa ein Kooperationsvertrag im Rahmen eines vom BMBF und/oder anderer Seite geförderten Verbundprojekts. Ein solches Verbundprojekt einer mittelfristigen Kooperation ist zum Beispiel die gemeinsame Erforschung von Resistenzen beim Pankreaskarzinom durch die Universitätsklinikum Bochum, Frankfurt/a.M., Göttingen, Ulm und Würzburg.²² Bei solchen Verbundprojekten sind z.B.

- Arbeitsprogramme aufeinander abzustimmen,
- Teilaufgaben zuzuordnen,
- der Informationsaustausch zu regeln, um optimal gemeinsam arbeiten zu können,
- der Umgang mit Dritten festzulegen,
- Verantwortlichkeiten abzugrenzen für Durchführung und Abrechnung der jeweils übernommenen Teilaufgaben,
- ein Projektkoordinator zu bestimmen,

- Schadensvorsorge zu treffen für den Fall, dass bei einem oder mehreren Partnern Schwierigkeiten auftauchen... etc.

Auch hier sind zudem Regelungen bezüglich der Arbeitsergebnisse sowie von Finanzierungs- und Haftungsfragen zu finden.

Von den sonst üblichen gesellschaftsrechtlich geprägten Zusammenschlüssen unterscheiden sich solche Kooperationen jedoch durch die in der Regel jeweils starken Eigeninteressen der einzelnen Beteiligten. Die „Gemeinsamkeit“ ist damit sehr eingeschränkt. Diese Dominanz und Unabhängigkeit der Mitglieder gegenüber der gemeinsamen Kooperation ist erst recht groß, wenn ein Mitglied parallel mehrere Kooperationen mit verschiedenen Projektpartnern betreibt.

Schon diese wenigen Beispiele verdeutlichen, dass „kleine“ (und erst recht mittlere) Kooperationen zumindest was den Regelungsbedarf betrifft meistens nicht tatsächlich klein sind.

b) Langfristige und unbefristete Kooperationen

Langfristige und unbefristete Kooperationen gibt es in verschiedenen Formen.

aa) Von großem Gewicht sind die Sonderforschungsbereiche. Sie werden von der DFG selbst als „langfristig, auf die Dauer von bis zu zwölf Jahren angelegt“ bezeichnet.²³ Ein Beispiel ist etwa der Sonderbereich zu Immunreaktionen nach Stammzelltransplantationen.²⁴ An ihm beteiligt sind die Universitäten Regensburg, Erlangen-Nürnberg und Würzburg; sie erhalten von 2018 bis 2021 insgesamt 14 Millionen Euro.²⁵

Auch Verbundprojekte zählen hierzu – sie sind in der Regel schon thematisch auf längere Dauer ausgerichtet. Ein Beispiel ist der von der DFG geförderte Verbund der Universitäten des Saarlandes und der Rheinisch-Westfälischen Technischen Hochschule Aachen „Mechanism of Cardiovascular Complications in Chronic Kidney Disease“ – ein Verbund mit 19 Teilprojekten, dem bis 2021 etwa acht Millionen Euro zur Verfügung stehen.²⁶

bb) Als besonders gewichtige Beispiele für *unbefristete* Kooperationen sind die Deutschen Gesundheitsforschungszentren (hierzu näher unten c)), einschließlich dem Deutschen Konsortium für translati-

21 Siehe den Bericht der FAZ v. 26.08.2017, S. 22: Der Kampf gegen die Keime.

22 Siehe aezzteblatt.de v. 13.09.2017: Neues Verbundprojekt will Resistenzen bei Pankreaskarzinom erforschen.

23 Siehe DFG, wie Fn. 14.

24 Der Titel dieses Sonderforschungsbereichs lautet „Modulation der Transplantat-gegen-Wirt- und Transplantat-gegen-Leukämie-

Immunreaktionen nach allogener hämatopoetischer Stammzelltransplantation“.

25 Vgl. aezzteblatt.de v. 14.12.2017: „Neuer Sonderforschungsbereich zu Immunreaktionen nach Stammzelltransplantation“.

26 Siehe aezzteblatt.de v. 18.12.2017: „Forschungsverbund befasst sich mit Nieren- und Herz-Kreislauf-Erkrankungen“.

onale Krebsforschung (DKTK), zu nennen.

Eine weitere zeitlich nicht begrenzte Forschungs-kooperation ist etwa das Nationale Centrum für Tumorerkrankungen (NCT). In ihm arbeiten das Deutsche Krebsforschungszentrum (Heidelberg), das Universitätsklinikum Heidelberg, die Medizinische Fakultät der Universität Heidelberg sowie die Stiftung Deutsche Krebshilfe zusammen. Einen Hinweis auf die Rechtsform dieser Kooperation ist den Angaben im Internet nicht zu entnehmen.

Ein anderes Beispiel ist das Helmholtz-Institut HI-TRON. Es erforscht in Kooperation mit dem DKFZ und dem Forschungsinstitut für Translationale Onkologie an der Universitätsmedizin Mainz Möglichkeiten der personalisierten Immuntherapie bei Krebs. Für diese Kooperation wurde als Rechtsform die gemeinnützige GmbH (gGmbH) gewählt.²⁷

c) Gesundheitsforschungszentren – Finanzierung und Rechtsform

Die Gesundheitsforschungszentren umfassen die Bereiche Herz-Kreislauf-Erkrankungen, Infektionen, Lungenerkrankungen, Diabetes, Neurodegenerative Erkrankungen sowie Krebs. Einbezogen sind bei den Zentren für Herz-Kreislauf, Krebs, Infektionen und Lunge ca. 100 Beteiligte an insgesamt rund 80 Standorten. Hinzukommen etwa weitere 20 Beteiligte an 14 Standorten bei Neurodegenerativen Erkrankungen und Diabetes.

aa) Eine Besonderheit der Gesundheitsforschungszentren resultiert aus ihrer Finanzierung: Die gewünschte Finanzbeteiligung von 90 % durch Bund und Länder ist bisher nur für die Grundfinanzierung von Helmholtz-Zentren vorgesehen. Es musste daher ein Weg gefunden werden, der es erlaubte, diese besondere Finanzierung auf Gesundheitsforschungszentren zu übertragen. Die Lösung war: dass an jedem Gesundheitsforschungszentrum mindestens ein Helmholtz-Institut beteiligt ist – es ist der zentrale, förderrechtlich zulässige Geldempfänger und damit zugleich die „Geldverteilungsmaschine“ zur Weiterleitung anteiliger Beträge an die anderen Beteiligten des Gesamtzentrums.

Durch diese förderungsrechtlich bedingte Konstruktion ergaben sich jedoch gerade rechtlich erhebliche Probleme bezüglich der Rechtsform dieser Forschungs-Konglomerate. Die Beteiligten fürchteten zudem, dass das „Geldzentrum Helmholtz“ auch zum Machtzentrum werden würde – und die anderen Beteiligten gleichsam zu dessen „Hintersassen“.

Es mussten daher für eine gedeihliche Zusammenarbeit für zwei Bereiche angemessene Regelungen gefunden werden:

- Der Geldfluss war so festzulegen, dass „Machtgelüste“ im Zaum gehalten und damit Abhängigkeitsängste beseitigt wurden.
- Die rechtliche Verfassung, die Governance, sollte geeignet sein, eine Zusammenarbeit aller Beteiligten „auf Augenhöhe“ zu gewährleisten.

Bezüglich der finanziellen Regelungen gab es für die Beteiligten wenige Vorgaben. Die wesentliche Hürde war durch die Einschaltung der Helmholtz-Zentren genommen worden, alles andere konnte man weitestgehend „unter sich“ vereinbaren.

bb) Auch als Beispiel für die Regelungsschwierigkeiten nach geltendem Recht stehen hier die sechs Deutschen Gesundheitsforschungszentren.²⁸ Schnell stieß man an die Grenzen des „*numerus clausus*“ gesellschaftsrechtlicher Regelungen. Die Beteiligten konnten sich nicht einfach ein rechtliches Gewand schneiden, das optimal passte. Vielmehr mussten sie – wie in einer Kleiderkammer – vorlieb nehmen „mit dem, was da ist“. Allenfalls konnte man sich bemühen, was nicht passt passend zu machen – so gut es halt geht. Hier zeigte sich ganz grundsätzlich, dass das geltende Recht den modernen Anforderungen von Kooperationen in Wissenschaft und Forschung nicht genügt.

Die rechtliche Verfassung wurde für die Krebsforschung schließlich wie folgt konstruiert: Das „DKTK“ (Stiftung Deutsches Konsortium für translationale Krebsforschung) ist eine nicht-rechtsfähige Stiftung öffentlichen Rechts in der Verwaltung der rechtsfähigen Stiftung öffentlichen Rechts „Deutsches Krebsforschungszentrum“, Heidelberg.²⁹ Dieses Gesundheitsforschungszentrum hat acht Standorte: außer Heidelberg noch Berlin, Essen, Frankfurt/Main, München, Dresden, Freiburg und Tübingen. Die in dem Regelwerk enthaltenen Bestimmungen umfassen drei Regelungsebenen: Satzung, Ausführungsvereinbarungen und Vereinbarungen zu Standort-Spezifika.

Die anderen Deutschen Forschungszentren sind entweder als Verein verfasst, so bei den Zentren für Infektionsforschung, Lungenforschung und Herz-Kreislauf-Forschung.³⁰ Oder sie folgen dem sog. Außenstellenmo-

27 Pressemitteilung der Johannes Gutenberg-Universität Mainz v. 01.03.2017.

28 Zur Rechtsform und Organisationsstruktur siehe Wissenschaftsrat: Empfehlungen zur Weiterentwicklung der Deutschen Zentren für Gesundheitsforschung, 14.7.2017, S. 17 ff.

29 Wissenschaftsrat, wie Fn. 28, S. 27. Der zugrundeliegende Vertrag datiert vom 30.4.2012.

30 Wissenschaftsrat, wie Fn. 28, S. 17 f. Die Gründungsverträge sind datiert mit 14.11.2011 (Lunge), 12.12.2011 (Herz-Kreislauf) und 27.6.2012 (Infektion).

dell:³¹ Bei ihm ist ein Helmholtz-Zentrum das Kernzentrum, es gründet an jedem beteiligten Standort eine Außenstelle, die mit den lokalen Partnern kooperiert. Dieses Modell wählte das Gesundheitsforschungszentrum für Diabetes – nachdem es zunächst als Verein gegründet worden war; genau genommen ist es jedoch eine *Mischung* von Vereins- und Außenstellenmodell.³²

Diese langfristigen oder unbefristeten großen Forschungseinheiten zeichnen sich außer durch ihre unterschiedliche, nicht feststehende Rechtsform vor allem auch aus durch die große Zahl ihrer Einzelvereinbarungen. Auf den genannten *drei Regelungsebenen* (Satzung, generelle Vereinbarungen, Standortspezifika) wurden insgesamt über 20 Einzelvereinbarungen getroffen, etwa: Aufgabenzuweisung an Mitglieder- bzw. Gesellschafterversammlung; Geschäftsordnung für den Vorstand sowie für den Geschäftsführer/Administrativen Leiter; Vereinbarung zum Sprecher; Organisationsvereinbarung; Beitragsvereinbarung; Kommission der Zuwendungsgeber; Wissenschaftlicher Beirat – aber auch Leitlinien für die strategische Planung von Forschungsaktivitäten; Vereinbarung über eingebrachte Gegenstände und über die Nutzung der Infrastruktur durch Mitarbeiter und andere Partner; Vereinbarung über die Harmonisierung der IT-Struktur; und schließlich Vereinbarungen zu geistigem Eigentum, Erfindungen und Schutzrechten.

Es ist notwendig, sich diese Komplexität vor Augen zu führen – sie verdeutlicht, welche Pirouetten zu drehen dem Recht hier abverlangt wird.

d) Fazit zu 2.

Die Liste der Beispiele ließe sich nahezu beliebig verlängern. Sie belegen indes alle: Dass heute erfolgreiche Wissenschaft und Forschung fast nur noch in Kooperationen erfolgt und möglich ist. Ebenso zeigen sie, dass die Übergänge von kurz- bis mittel- bis langfristig fließend sind – kurzfristige Kooperationen dürften die seltene Ausnahme sein. Dies gilt zu allererst in allen *Naturwissenschaften*. Es gilt jedoch oft auch für *geisteswissenschaftliche Forschung*, etwa der Jahre dauernden Edition an verschiedenen Orten gelagerter Schriften eines großen Philosophen oder Schriftstellers, wie sie von der *Union der deutschen Akademien der Wissenschaften* koordiniert und gefördert wird. Das Akademieprogramm umfasst derzeit

144 Projekte mit einem Fördervolumen von insgesamt 64,8 Mio. Euro.³³

3. Rechtsformen im Angebot

Die Vorgaben insbesondere des BMBF zur Governance sind in der Regel minimal. So heißt es etwa im „Leitfaden zur Konzepterstellung für die Nationale Roadmap für Forschungsinfrastrukturen“ unter *Ziff. 5.2.3 Governance* lediglich, es müsse eine „aufgabenadäquate und übergreifende Governance“ vorhanden sein.³⁴ Dazu wird in einem kurzen Absatz ausgeführt: „Dazu gehört die Darstellung der grundsätzlichen Unternehmensführung und Lenkungsform.“ Die Art und Arbeitsweise der vorgesehenen Lenkungsgremien wie z.B. wissenschaftliche Beiräte, Aufsichtsräte, die Gestaltung des Direktoriums und der Geschäftsführung seien wesentliche Bestandteile der Governance. Der Interpretation des Anwenders überlassen bleibt das weitere Erfordernis, bei der Verteilung auf mehrere Standorte gelte zusätzlich, „dass der Mehrwert einer funktional integrierten und damit als Einheit zu bewertenden Forschungsinfrastruktur mit gemeinsamen Standards (hinsichtlich Daten und Methoden) gegeben sein muss“.

In einer Veröffentlichung zur Bewertung der Roadmap-Anträge heißt es ergänzend: „Zu den grundlegenden Gestaltungselementen eines Governance-Konzepts gehören u.a. die Festlegung der Trägerschaft der Forschungsinfrastruktur, die damit verbundenen Standortentscheidungen sowie auch die Gestaltung der Zugangsmodalitäten der Nutzung der Forschungsinfrastruktur.“³⁵

Vorgaben zur rechtlichen Konstruktion gibt es demnach nicht. Dies lässt den Antragstellern zum Roadmap-Prozess einerseits – positiv - freie Hand. Es überlässt sie andererseits der „Qual der Wahl“, sich bezüglich der Rechtsform aus dem Angebot des geltenden Rechts zu bedienen.

Als Folge herrschen hier, wie auch sonst bei der Gründung von Wissenschaftskooperationen, in der rechtlichen Realität Formenvielfalt und Uneinheitlichkeit: Die Kooperationen nehmen sich, was zu passen scheint – und sich dann meistens doch als nicht passend erweist.³⁶

a) Gesellschaft des bürgerlichen Rechts

Die Beteiligten können erwägen, eine *Gesellschaft des bürgerlichen Rechts* (GbR, BGB-Gesellschaft) zu grün-

31 Wissenschaftsrat, wie Fn. 28, S. 18.

32 Wissenschaftsrat, wie Fn. 28, S. 19.

33 Siehe die Angaben unter <http://www.akademieunion.de/>

34 BMBF, „Leitfaden zur Konzepterstellung für die nationale Roadmap für Forschungsinfrastrukturen“, Bonn, August 2017, S. 15.

35 BMBF, „Der Nationale Roadmap-Prozess für Forschungsinfrastrukturen – Investitionen für die Forschung von morgen“, Bonn, Januar 2016, S. 9.

36 Siehe hierzu auch *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, Eine Kooperationsform für die Wissenschaft, *OdW* 2017, 1, insbes. 4 ff.

den, §§ 705 ff. BGB. Sie kommt allerdings nicht in Betracht, wenn es um den Austausch von Leistungen geht,³⁷ also etwa bei Auftragsforschung. Vielmehr setzt sie als wichtigstes Merkmal, wie zum Beispiel Verbundprojekte, die Verfolgung eines *gemeinsamen Zwecks* voraus.³⁸ Für die GbR spricht dann allerdings zweierlei: In der Festlegung, welchen Zweck sie verfolgen wollen, sind die Beteiligten grundsätzlich frei - gemeinsam Wissenschaft und Forschung zu betreiben kann ein solcher Zweck sein. Zudem sind viele ihrer Regelungen abdingbar.³⁹ Ferner können die Beteiligten frei regeln, wer welche Beiträge leistet und in welcher Form.⁴⁰ Nach der gesetzlichen Konzeption der GbR tritt der einzelne Gesellschafter nach außen im eigenen Namen auf, das bedeutet: Schließt er einen Vertrag, ist allein er, nicht die GbR der Schuldner. Die Haftungsrealität weicht hiervon jedoch inzwischen ab:

Kooperationen sind oft verbunden mit *gemeinsamen* Anschaffungen – dies können etwa teure Geräte sein zur gemeinsamen Nutzung, bis hin zu Kauf oder Errichtung von Gebäuden. In aller Regel soll und will nicht nur der handelnde Gesellschafter die Rechte aus dem Vertrag erwerben. Insoweit ist es positiv, dass die Rechtsprechung anerkennt, die GbR könne selbst Träger von Rechten und Pflichten sein.⁴¹

Allerdings ergibt sich daraus nicht, dass *nur* die Gesellschaft mit ihrem Vermögen haftet. Durch die Rechtsprechung wurde die GbR vielmehr dahingehend verändert, dass sie zur „Außen-GbR“ wird:⁴² Es haften alle Gesellschafter auch uneingeschränkt persönlich. Dies liegt jedoch keineswegs im Interesse der einzelnen Gesellschafter, sie wollen nicht einstehen müssen für Probleme und Fehler, die bei einem ihrer Mitgesellschafter auftreten – wer den Bremszylinder entwickelt, will nicht für womöglich große Schäden einstehen müssen, die eine unausgereifte Elektronik verursacht; ein Pharma-Unternehmen möchte nicht Entschädigungen zahlen an Teilnehmer einer Arzneimittelprüfung, wenn die Schäden durch im Krankenhaus verursachte Verunreinigungen entstanden sind. Genau dies wäre jedoch nach der Rechtsprechung bei der GbR der Fall. Um dieser missliebigen Haftung zu entgehen, genügt allerdings nicht die Klausel im Gesellschaftsvertrag „Wir sind keine BGB-Gesell-

schaft“.⁴³ Durch eine solche „Rechtsverweigerungsklausel“ ist das Recht nicht zu beeindrucken.

Es gibt also gute Gründe für Wissenschaftskooperationen, die GbR als Rechtsform zu meiden.

b) Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Suchen Kooperationswillige eine Rechtsform ohne persönliche Haftung, könnten sie an die *Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)* denken. Ihr Vorteil liegt darin, dass nach § 13 Abs. 2 GmbHG den Gläubigern nicht die einzelnen Gesellschafter, sondern nur das Gesellschaftsvermögen haftet. Als eigene Rechtsperson kann die Gesellschaft Rechte erwerben, § 13 Abs. 1 GmbHG – als Wissenschaftskooperation also etwa an technischen Ausstattungen und an Gebäuden, die dann im Eigentum der Gesellschaft stehen. Ihrer vielfältigen Einsetzbarkeit wegen wird die GmbH plastisch als „Allzweckmöbel“ bezeichnet.⁴⁴ Tatsächlich ist auch bei ihr, wie bei der GbR, die Zwecksetzung weitestgehend frei⁴⁵ – in § 3 GmbHG sind nur wenige Inhalte für den Vertrag zwingend vorgeschrieben – insofern ist diese Gesellschaftsform für wissenschaftliche Kooperationen grundsätzlich geeignet.

Indessen ist die GmbH, obwohl sie grundsätzlich auch für wissenschaftliche Zwecke gewählt werden kann,⁴⁶ trotzdem nur selten für eine Wissenschaftskooperation eine gute Wahl. Ihre Gründung ist aufwendig (erforderliches Grundkapital, notarielle Beglaubigung des Vertrages, Eintragung ins Handelsregister etc.), zudem passen viele Vorschriften des GmbH-Gesetzes nicht. So sieht z.B. § 15 Abs. 1 GmbHG die Übertragbarkeit von Geschäftsanteilen vor – die Anteile sind veräußerlich und vererblich. Es passt jedoch schon von der Idee her grundsätzlich nicht zu einer wissenschaftlichen Kooperation, dass einer der Beteiligten seinen Anteil an der Gesellschaft veräußert. Zwar sieht § 15 Abs. 5 GmbHG vor, dass im Gesellschaftsvertrag Bedingungen aufgestellt werden können für eine Veräußerung, ebenso, dass die Veräußerung an die Genehmigung der Mitgesellschafter gebunden werden kann.

So mag (mit einiger Mühe) theoretisch vorstellbar sein, dass diese Genehmigung erteilt würde, wenn das

37 *Ostermaier/Vogt/Vogt*, Gesellschaftsrecht – die richtige Unternehmensform finden, 2017, S. 17.

38 *Sprau*, in: Palandt, BGB, 75. Aufl. 2016, § 705, Rn. 1 und 20.

39 Zu den abdingbaren Vorschriften siehe *Sprau*, wie Fn. 38, Rn. 2.

40 Vgl. nur *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., 2015, Rn. 41 f.

41 *Ostermaier/Vogt/Vogt*, wie Fn. 37, S. 26.

42 BGHZ 146, 341 ff. = NJW 2001, 1056 ff.; BGH NJW 2014, 1007; siehe hierzu *Westermann*, in: Erman, BGB, Band I, 14. Aufl., 2017, vor § 705, Rn. 17; ferner *Sprau*, wie Fn. 38, Rn. 24.; vgl. im Kontext von Wissenschaftskooperationen *Lappe*, Kooperati-

onen wissenschaftlicher Einrichtungen, im Erscheinen, passim, S. 167 ff.

43 Eine solche Klausel ist dem Verfasser bei den ihm vorliegenden Verträgen sinngemäß begegnet. Siehe auch *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, wie Fn. 36, OdW 2017. 1, 2 mit Fn. 6.

44 *Lutter/Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff GmbHG*, 19. Aufl., 2016, Einl. Rn. 6.

45 *Fleischer*, in: *MünchKomm-GmbHG*; 2. Aufl., 2015, § 1 Rn. 17.

46 Vgl. *Schäfer*, in: *Gesellschaftsrecht*, 3. Aufl., 2016, § 1 GmbHG, Rn. 9 ff., 17.

ausscheidende Institut, die Hochschule oder das Unternehmen einen adäquaten Ersatzgesellschafter beibrächte. Der Genehmigungsvorbehalt kann jedoch nicht beliebig „scharf“ sein, denn er ist begrenzt durch die Eigentumsgarantie nach Artikel 14 Grundgesetz: Ein Gesellschaftsanteil stellt einen Vermögenswert dar, Veräußerungsbedingungen, die *de facto* zu einem „Veräußerungsverbot“ führten, wären daher nicht zulässig. Es würde sonst bedeuten, dass der betroffene Gesellschafter letztlich gezwungen wäre, in der Gesellschaft zu bleiben. Zumindest müsste ihm das Recht auf Austritt aus der Gesellschaft zugestanden⁴⁷ und eine Regelung getroffen werden bezüglich des Wertes seines Anteils, der dann von der Gesellschaft erworben würde. Da der Anteil bei Wissenschaftskooperationen auch etwa Veröffentlichungsrechte, Anteile Lizenzen etc. umfassen kann, dürfte den Wert dieses abzugelenden Anteils zu bestimmen schnell im Konflikt enden.

Hält man sich die Vorschriften des GmbH-Gesetzes insgesamt vor Augen, wird deutlich: Sie sind weit überwiegend Finanzfragen gewidmet: Sie reichen von der Bewertung von Sacheinlagen, der Regelung von Ersatzansprüchen, der Übertragung von Anteilen, bis zu Verzugszinsen, der Versteigerung von Geschäftsanteilen, Nachschusspflichten etc. Gerade auch das Rechtsinstitut der Haftungsbeschränkung zeigt, dass die GmbH grundsätzlich für die Teilnahme im *Wirtschaftsverkehr* konzipiert ist.⁴⁸ Jenseits der eigentlich offenen Zwecksetzung, ist die Tätigkeit der GmbH grundsätzlich auf *finanziellen Gewinn* gerichtet⁴⁹ – die der Wissenschaftskooperation dagegen auf *Wissensgewinn*.

Dementsprechend findet die GmbH ihre rechtliche Grundlage in Artikel 2 Abs. 1 GG, der allgemeinen Handlungsfreiheit. Wissenschaftskooperationen sind dagegen in Artikel 5 Abs. 3 GG, der besonderen Garantie für Wissenschaft und Forschung fundiert.⁵⁰

Eine Änderung des GmbH-Gesetzes wäre demnach im Rahmen von Artikel 2 Abs.1 GG grundsätzlich möglich – die das GmbH-Gesetz tragende Handlungsfreiheit, ebenso die in Artikel 12 Abs. 1 GG begründete, hier ebenfalls berührte Berufsfreiheit, unterliegen dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt. Die gleiche Gesetzesänderung könnte jedoch im gegebenen Fall für eine Wissenschaftskooperation, die die Form einer GmbH gewählt hat, womöglich in deren durch Artikel 5 Abs. 3 GG ge-

schützten Bereich eingreifen, indem etwa ihre Forschung erschwert oder unmöglich würde.

Solche Konstellationen – sie mögen nicht der Normalfall sein – zeigen auf, dass die Notwendigkeit für Wissenschaftskooperationen, sich aus dem vorhandenen Arsenal von Rechtsformen zu bedienen, ganz grundsätzlich unerwartete Probleme generieren kann. Dies spricht klar dafür, Wissenschaft und Forschung eine eigene Rechtsform zur Verfügung zu stellen – eine Rechtsform, die sie unabhängig macht von Regelungen anderer Zielrichtung und die ihren speziellen Bedürfnissen Rechnung trägt.

Jenseits dessen gibt es weitere Gründe, warum die GmbH in der Wissenschaft eher selten zum Zug kommt. Der wohl wichtigste ist: Die GmbH ist eine eigene Rechtsperson, sie verfolgt ihre eigenen Zwecke. Sie löst sich damit notwendig tendenziell von anderweitigen Interessen der Gesellschafter wie eventueller Träger. Schon die – vom Gesetz vorgeschriebene⁵¹ – Notwendigkeit, einen *eigenen Namen* zu wählen, bringt sie in Distanz zu ihren „Urhebern“. Damit stehen die Ergebnisse der GmbH – im Fall der Wissenschaftskooperation: vor allem Forschungsergebnisse – nicht automatisch den einzelnen Gesellschaftern, sondern der GmbH selbst zu. Gerade die Gesellschafter – etwa eine Universität, eine Klinik, ein Forschungsinstitut – wollen jedoch diese Ergebnisse nutzen. Es bedarf daher wieder ausgeklügelter Regelungen, wie dies zu gewährleisten ist. Und selbst dadurch wird das „Problem der Eitelkeit“ nicht gelöst: dass die Träger ungern hinter ihrer GmbH verschwinden. Sie wollen selbst als die „relevanten Akteure“ erkennbar sein.⁵²

c) Eingetragener Verein

Der *eingetragene Verein* („e.V.“), §§ 55 ff. BGB, hat wie die GmbH den Vorteil, eine eigene Rechtspersönlichkeit zu sein.⁵³ Er kann daher Eigentum erwerben, Verpflichtungen eingehen etc. Zugunsten des Vereins als Rechtsform für Wissenschaftskooperationen spricht – außer der auf das Vereinsvermögen beschränkten Haftung – seine Struktur: Der Verein hat einen Vorstand, der ihn gerichtlich und außergerichtlich vertritt, § 26 Abs. 1 BGB. Daneben besteht als oberstes Beschlussorgan die Mitgliederversammlung, § 32 BGB. Insoweit ist bereits, ebenfalls wie bei der GmbH,⁵⁴ in Grundzügen eine

47 Löbbe, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, 2. Aufl., 2013/14, § 15, Rn. 4; Saenger, wie Fn. 40, Rn. 759.

48 Grzinotz, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bnd 3, GmbH, 4. Aufl., 2012, Rn. 36.

49 Michalski, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl., 2010, Systematische Darstellung, 1 Überblick über das GmbH-Recht, Rn. 193.

50 Eberbach, Gesucht: Rechtsform für Wissenschaftskooperationen,

NJW 2016, S. 17.

51 Siehe § 3 Abs.1 Nr. 1 GmbHG.

52 Siehe hierzu ausführlicher Eberbach/Hommelhoff/Lappe, wie Fn. 36, OdW 2017, 1, 4f.

53 Saenger, wie Fn. 40, Rn. 442.

54 Vgl. Eberbach/Hommelhoff/Lappe, wie Fn. 36, OdW 2017, 1, 4.

Governance-Struktur vorhanden. Wie oben dargestellt,⁵⁵ haben einige der Gesundheitsforschungszentren diese Rechtsform gewählt.

Dennoch können solche Zusammenschlüsse allenfalls als – untechnisch formuliert – „sehr untypische Vereine“ bezeichnet werden. Der Verein ist von seiner Idee her unabhängig vom Wechsel seiner Mitglieder.⁵⁶ Solange die Mitgliedschaft besteht, ist sie (u.a.) nicht übertragbar, § 38 BGB. Im Gegensatz zu der grundsätzlichen Mitgliederunabhängigkeit des Vereins, ist bei Wissenschaftskooperationen gerade das einzelne Mitglied – das konkrete Institut, die konkrete Universitätsklinik etc. – von überragender Bedeutung. Die Mitglieder tun sich zusammen ausschließlich aus dem Grund, weil sie in ihren speziellen Forschungsvorhaben zueinander passen, sich sinnvoll ergänzen. Umgekehrt als es dem Idealbild des Vereins entspräche, ist hier kein Mitglied beliebig austauschbar.

Dies wird gerade bei den Gesundheitsforschungszentren schon deutlich an der – meist in § 2 der Vereinssatzung – enthaltenen Aufzählung der Aufgaben des Vereins. Rund zehn Punkte werden hier aufgelistet, von der Steuerung und Koordinierung gemeinsam finanzierter Forschungsaktivitäten über den Auf- und Ausbau von Forschungseinrichtungen sowie der Entwicklung von Konzepten der Nachwuchsförderung, bis hin zum Aufbau einer gemeinsamen Öffentlichkeitsarbeit des Vereins, von strategischen Allianzen. Ein anderes passfähiges Mitglied als die Gründungsmitglieder zu finden ist hier eine „anspruchsvolle“ Aufgabe.

Dennoch können laut der zitierten Satzung grundsätzlich weitere Mitglieder aufgenommen werden. Als Mitglieder kommen im genannten Beispiel in Betracht: juristische Personen des Zivil- und des öffentlichen Rechts, ebenso rechtsfähige Organisationen des Völkerrechts, in bestimmten Fällen auch natürliche Personen. Voraussetzung jeder Mitgliedschaft ist jedoch die Beteiligung an gemeinsam finanzierten Forschungsaktivitäten an einem der beteiligten Standorte. Damit sind Einschränkungen benannt, die wohl nur sehr wenigen die Möglichkeit lassen, Mitglied des als Verein verfassten Gesundheitsforschungszentrums zu werden.

Dass zudem nicht der Verein im Vordergrund stehen soll, sondern tatsächlich die dahinterstehenden Träger – die als Mitglieder fungieren – zeigt in der genannten Satzung deutlich die Aufgabenstellung der Mitgliederversammlung (MV): Nach der üblichen Einleitung, die MV

stelle die Richtlinien für die Arbeit des Vereins auf und entscheide über Fragen von grundsätzlicher Bedeutung, werden diese grundsätzlich bedeutsamen Fragen ausbuchstabiert mit einer (nicht abschließenden!) Aufzählung von 15 Unterpunkten.

Dem Vorstand wird hiermit ein Korsett verpasst, das ihm wenig Luft zum Atmen lässt. Dem korrespondiert, dass die Aufgaben, die dem Vorstand zugeschrieben werden, im Wesentlichen nur vorsehen, Vorschläge der MV *ausführen* und seinerseits *Vorschläge unterbreiten* zu dürfen. Eine starke, weil mitgliederunabhängige Vereinsführung, die den Verein prägen könnte – man denke an große Sportvereine oder als Verein organisierte Verbände der Wirtschaft – ist nicht vorgesehen. Prägendes Organ ist vielmehr bis ins Detail die Mitgliederversammlung.

Auf der Suche nach einer für Wissenschaftskooperationen passenden Rechtsform wird der Verein damit passend gemacht, wo er eigentlich nicht passt. Dieses Vorgehen ist jedes Mal erneut nicht nur mit enormem Arbeitsaufwand verbunden. Es führt außerdem zuerst zum Frust der Wissenschaftsverwaltungen, die solche Konstruktionen ersinnen müssen, und dann zum Frust der Wissenschaftler, die damit leben müssen. Eine Lösung des Rechtsformproblems ist dies nicht.

d) Stiftung, Partnerschaftsgesellschaft mbH, öffentl.-rechtl. Zweckverband

Weitere Rechtsformen seien hier, weil nur am Rande in Betracht zu ziehen, kürzer abgehandelt.

aa) Die *Stiftung* kommt nur in seltenen Fällen in Frage.⁵⁷ Dies liegt zum einen darin begründet, dass sie – anders als Wissenschaftskooperationen – gekennzeichnet ist durch das „Fehlen jeden mitgliedschaftlichen Elements“.⁵⁸ Die Stiftung steht grundsätzlich unter sog. „Ewigkeitsgarantie“: Nach § 87 Abs. 1 BGB ist sie im Wesentlichen nur auflösbar, wenn der Stiftungszweck nicht mehr erreicht werden kann.⁵⁹ Wie dargestellt, ist dagegen die weit überwiegende Zahl der Wissenschaftskooperationen zeitlich, wenn auch evtl. auf etliche Jahre, begrenzt. Zudem ist das „Stiftungsgeschäft“, die Gründung der Stiftung (§ 81 BGB), formal umständlich: Es muss ein zur dauerhaften Zweckerfüllung bestimmtes Vermögen bereitgestellt werden, und die Stiftung muss *nach Landesrecht* von der jeweils zuständigen Behörde anerkannt werden.⁶⁰ Erfahrungsgemäß nimmt dies viel Zeit in Anspruch. Bei einer länderübergreifenden Stiftung bedarf es zudem zunächst der Einigung, welches

55 Siehe oben II.3.b).

56 Ellenberger, in: Palandt, BGB, 75. Aufl., 2016, Einf. v. § 21, Rn. 14.

57 Oben II.2.c) wurde hierfür als Beispiel das DKTK genannt.

58 v. Campenhausen/Stumpf, in: v. Campenhausen/Richter, Stiftungsrechtshandbuch, 4. Aufl., 2014, § 1, Rn. 5.

59 Saenger, wie Fn. 40, Rn. 477.

60 „Das Nebeneinander von Bundes- und Landesrecht ist kennzeichnend für das Stiftungsrecht“, v. Campenhausen/Stumpf, wie Fn. 58, Rn. 8.

Landesrecht überhaupt zur Anwendung kommen soll. Schließlich kann die Stiftungsaufsicht, der die Stiftung unterliegt, auch wenn sie eine reine Rechtsaufsicht ist, zu Problemen und Umständlichkeiten führen. Die Stiftung kommt damit als Lösung des hier behandelten Rechtsformproblems in aller Regel nicht in Betracht.

bb) Die Partnerschaftsgesellschaft, zumal in ihrer Form als *Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung*,⁶¹ enthält Regelungen, die hier interessieren könnten. Dies betrifft insbesondere den neuen Absatz 4 zu § 8 PartGG. Danach wird die Haftung der Partnerschaft bei fehlerhafter Berufsausübung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt. Voraussetzung ist, dass eine entsprechende Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen wurde.⁶² Eine ähnliche Haftungserleichterung wäre auch im Rahmen einer eigenen Rechtsform für Wissenschaftskooperationen denkbar.

Die Partnerschaftsgesellschaft ist jedoch nach § 1 Abs. 1 PartGG nur zugänglich den Angehörigen Freier Berufe. Hierzu zählen zwar laut § 1 Abs. 2 PartGG u.a. auch Wissenschaftler – jedoch nur, wenn sie „Dienstleistungen höherer Art“ erbringen „im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit“. Auf Wissenschaftler trifft dies typischerweise zu etwa bei der Erstellung von Gutachten o.ä. Der Weg in die Partnerschaftsgesellschaft mbH ist der Wissenschaftskooperation daher schon aus Rechtsgründen versperrt.

cc) Zu denken ist auch an den *öffentlich-rechtlichen* Zweckverband.⁶³ Schon die Bezeichnung enthält jedoch die Limitierung: Ein Zweckverband käme a priori nur infrage, wenn alle beteiligten Forschungseinrichtungen ihrerseits dem öffentlichen Recht unterlägen. Dies mag etwa bei einer Kooperation unter Hochschulen grundsätzlich der Fall sein. Aber schon hier gibt es Ausnahmen, wenn etwa eine als Stiftung konzipierte Hochschule beteiligt werden soll. Ebenso käme der Zweckverband sofort an seine Grenzen, wenn nach einiger Zeit zum Beispiel auch eine außeruniversitäre Forschungseinrichtung aufgenommen werden sollte. Der *öffentlich-rechtliche* Vertrag steht für die ganze außeruniversitäre Forschung nicht zur Verfügung.

Selbst wenn alle Beteiligten öffentlich-rechtlich organisiert sind, ergeben sich weitere Erschwernisse, wenn

nicht sogar Hinderungsgründe, aus den Restriktionen des öffentlichen Haushaltsrechts, das hier anwendbar wäre. Sie führen etwa beim Zweckverband durch eine Nachschusspflicht (in Form an den Verband zu leistender Umlagen) de facto zu einer unbegrenzten Haftung. Aus all diesen Gründen ergibt sich damit aus dem öffentlich-rechtlichen Vertrag keine allgemeine Problemlösung für Wissenschaftskooperationen.

Für die alternativ vorstellbare *Anstalt des öffentlichen Rechts* (AöR) bedarf es zur Errichtung eines Gesetzes. Das öffentliche Recht erweist sich damit insgesamt nicht als geeignet für Kooperationen.⁶⁴

4. Hilfsmittel zur Rechtsformfindung

Wer Unterstützung sucht, um für seine Kooperation die richtige Rechtsform zu finden, dem werden verschiedene Handreichungen geboten.

a) Leitfaden

Die Antragsteller für die Ausschreibung der „Nationalen Roadmap für Forschungsinfrastrukturen“ zum Beispiel können den „Leitfaden zur Konzepterstellung“⁶⁵ zur Hand nehmen. Dort sind jedoch unter der einschlägigen Empfehlung „5.2.3 Governance“ nur wenige allgemeine Angaben enthalten. Das Thema „Rechtsform“ wird nicht erwähnt.

b) Merkblatt

Eine andere Fundstelle ist der Vordruck 0110, „Merkblatt für Antragsteller/ Zuwendungsempfänger zur Zusammenarbeit der Partner von Verbundprojekten“. Es ist zu finden im sog. BMBF-Formularschrank⁶⁶ und wortgleich etwa im BMWi-Formularschrank.⁶⁷ Das Merkblatt umfasst etwas über drei Seiten. Es beschreibt unter anderem, was ein Verbundprojekt ist und welche Informationen für eine Förderentscheidung vorliegen müssen – Angaben zur Rechtsform zählen nicht dazu. Sodann heißt es ausdrücklich: „Einzelheiten der Zusammenarbeit regeln die Partner durch eine schriftliche Kooperationsvereinbarung, für die kein Vertragsmuster vorgegeben und die dem BMBF oder dem von ihm beauftragten Projektträger (PT) nur auf ausdrücklichen Wunsch vorzulegen ist“.

61 Gesetz zur Einführung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung und zur Änderung des Berufsrechts der Rechtsanwälte, Patentanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, v. 15.7.2013, BGBl. I, S. 2386.

62 Die Mindestversicherungssumme beträgt nach dem neu eingefügten § 51a Abs.2 der ebenfalls geänderten Bundesrechtsanwaltsordnung mindestens 2,5 Millionen Euro für jeden Versicherungsfall.

63 Siehe zum Zweckverband etwa *Dittmann*, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger, Besonderes Verwaltungsrecht, Bnd II, 2. Aufl.,

2000, § 18, Rn. 41 ff.

64 Zum Ganzen siehe genauer *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, wie Fn. 36, OdW 2017, 1,3 – auch zum Folgenden.

65 BMBF, Leitfaden..., wie Fn. 34.

66 Fundort: Formularschrank BMBF, Rubrik Allgemeine Vordrucke und Vorlagen für Berichte, Vordruck 0110 (aufgerufen am 29.12.2017).

67 Formularschrank BMWi, Rubrik Allgemeine Vordrucke und Vorlagen für Berichte, Vordruck 0110 (aufgerufen am 29.12.2017).

Als allgemeine Hinweise sind zu finden: „Aus der Kooperationsvereinbarung muss ersichtlich sein, dass kein Leistungsaustausch im Sinne eines Auftragsverhältnisses vorliegt.“ Die Vereinbarung solle eine ausgewogene Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen im Hinblick auf die Benutzung und Verwertung von Wissen und Ergebnissen unter den Verbundpartnern. Hierfür werden Maßgaben und Vorschläge, insbesondere auch zu Schutzrechten, aufgelistet. Empfehlungen zur Rechtsform für die Vereinbarung enthält das Merkblatt nicht.

c) Mustervereinbarung

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) hat eine „Mustervereinbarung für Forschungs- und Entwicklungskooperationen“ vorgelegt.⁶⁸ Im Vorwort wird hervorgehoben, bei der rechtlichen Ausgestaltung der Auftragsforschung und von Forschungskooperationen bestehe „oftmals insbesondere bei kleineren und mittleren Unternehmen ebenso bei kleineren Hochschulen erheblicher Abstimmungsbedarf.“ Das hohe Maß an Diversität auf Seiten der Forschungseinrichtungen und ebenso der Unternehmen führe zu einer „Vielfalt an Vertragsgestaltungen für Kooperationen mit der Industrie, die häufig bei jeder Verhandlung neue Varianten erfährt.“⁶⁹ Diesen Feststellungen ist zuzustimmen.

Die Mustervereinbarung umfasst insgesamt rund 70 Seiten, dabei werden drei Vertragstypen exemplarisch dargestellt, oft mit Varianten und Anmerkungen. Den Schluss bilden rund 15 Seiten „Vorbemerkung und Fibel“, sie enthalten wichtige Hinweise etwa zu EU-Regelungen sowie zu vielen Einzelfragen. Umfang, Aufbau und Komplexität der Mustervereinbarung, die dem Interessierten viele Anregungen bringen, stehen jedoch einer einfachen Handhabung – sie war das Ziel ihrer Autoren⁷⁰ – entgegen. Zudem bleibt das Problem letztlich fehlender Rechtssicherheit – wie auch bei anderen Mustern etc.⁷¹ – bestehen.

5. Recht der EU

Beim Rundumblick über das Panorama vorhandener Rechtsformen ist auch das Recht der EU nicht zu vergessen. Grenzüberschreitende Kooperationen sind alltäglich. Die Gründung einer „Europäischen Wirtschaftli-

chen Interessenvereinigung (EWIV)“ etwa käme nach dem Recht der EU⁷² zur Durchführung gemeinsamer Forschungsvorhaben grundsätzlich in Betracht. Tatsächlich empfiehlt sich eine solche Rechtsform jedoch nicht, da die Gesellschafter nach Artikel 24 Abs. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 unbeschränkt als Gesamtschuldner haften. Zudem besteht gemäß Artikel 21, Abs. 2 der Verordnung eine Nachschusspflicht der Gesellschafter, wenn die EWIV Verluste macht.⁷³

Der „Europäische Verbund für territoriale Zusammenarbeit (EVTZ)“⁷⁴ bringt zwar den Vorteil, eine eigene Rechtspersönlichkeit zu besitzen. Er hat jedoch ganz vorrangig die Erleichterung der *territorialen* Zusammenarbeit im Blick. Mitglieder des EVTZ können demgemäß etwa Gebietskörperschaften der verschiedenen Ebenen sein und öffentliche Unternehmen, ferner „Einrichtungen, die der Vergabeordnung unterliegen (hierzu gehören auch Universitäten)“.⁷⁵ Ein allgemein den Wissenschaftskooperationen zur Verfügung stehendes Vertragsmodell ist der EVTZ daher nicht.

Eine weitere Rechtsform der Zusammenarbeit auf europäischer Ebene hat die europäische Kommission – unterstützt durch das 2002 gegründete „Europäische Strategieforum für Forschungsinfrastrukturen (ESFRI)“ – geschaffen: Eine Rechtsform für Forschungsinfrastrukturen: „ERIC – European Research Infrastructure Consortium“. Mit dieser Rechtsform soll der ESFRI Roadmap-Prozess unterstützt werden. Die dahinter stehende Idee ist, dass auch die Mitgliedstaaten der Europäischen Union jeweils Fahrpläne für Forschungsinfrastrukturen entwickeln für Forschungsbereiche, die für die Europäische Union als besonders bedeutsam angesehen werden.⁷⁶ Die neue spezifische Rechtsform kommt damit nur bei der Teilnahme am Infrastrukturprozess zwischen den Mitgliedstaaten zur Anwendung.

Es gibt damit, soweit ersichtlich, auf europäischer Ebene bisher keine allgemeine Rechtsform, die generell für Wissenschaftskooperationen geeignet ist. Auch unter diesem Aspekt erscheint es sinnvoll, zunächst im nationalen Recht eine solche Rechtsform zu schaffen. Ein wei-

68 Dieser „Leitfaden für die Zusammenarbeit zwischen Wissenschaft und Wirtschaft“ ist inzwischen im Juli 2017 in Berlin in 3. Auflage erschienen.

69 BMWi, Mustervereinbarung für Forschungs- und Entwicklungskooperationen, Berlin, 3. Aufl., 2017, Vorwort, S. 1 und 3.

70 Vgl. BMWi, Mustervereinbarung wie Fn. 69, Vorwort, S. 3.

71 Siehe zu weiteren Mustern, Leitfäden usw. Eberbach/Hommelhoff/Lappe, wie Fn. 36, OdW 2017, 1 mit Fn. 3.

72 Sie ist geregelt in der Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 des Rates vom 25. Juli 1985, ABl. Nr. L 199/1 v. 31.07.1985. Siehe hierzu das EWIV-Ausführungsgesetz v. 14.04.1988, BGBl. I, S. 514, zuletzt geändert durch Artikel 16 des Gesetzes v. 23.10.2008 (BGBl. I, S. 2006).

73 Ostermaier/Vogt/Vogt, wie Fn. 37, S. 77 ff.

74 Vgl. VO (EG) 1083/2006, v. 11.07.2006, ABl. Nr. L 210/79, v. 31.07.2006; geändert durch VO (EU) 1302/2013, v. 17.12.2013, ABl. Nr. L 347/303 v. 20.12.2013.

75 Zum Ganzen vgl. Blaurock/Henninghausen, Der Verbund territorialer Zusammenarbeit (EVTZ) als Rahmen universitärer Kooperationen, OdW 2016, 73, insbes. 74, m.w.N.

76 Siehe zu dieser Rechtsform und ihrem Hintergrund: Europäische Kommission - Forschung und Innovation – Forschungsinfrastrukturen: http://ec.europa.eu/research/infrastructures/index_en.cfm?pg=eric; ferner: ESFRI – Europäisches Strategieforum für Forschungsinfrastrukturen: <http://www.euburo.de/infra-esfri.htm>; siehe auch: http://ec.europa.eu/research/infrastructures/index_en.cfm?pg=esfri-national-roadmaps (aufgerufen alle am 06.12.2017).

terer Schritt könnte dann sein, dieses Modell adäquat im Recht der EU abzubilden.

6. Fazit zu 3. bis 5.

Keine Rechtsform „aus dem Bestand“ passt für die Vielfalt der Wissenschaftskooperationen. Leitfäden und Merkblätter sind teils zu umfangreich und kompliziert, teils zu unspezifisch. In der Praxis wird daher bei den Rechtsformen was nicht passt, passend gemacht. Der Preis dafür:

- Eine „Maßanfertigung“ für jeden Vertrag ist nötig.
- Die Haftungsbegrenzung ist schwierig.
- Die Rechtssicherheit ist meist fraglich.
- Die Sichtbarkeit der Kooperationsträger ist oft nicht erreichbar.
- Das Vertrauen wird strapaziert, bevor die Kooperation begonnen hat.

Viele Verträge unterschiedlicher Kooperationen, von unbefristeten bis zu Vereinbarungen für einzelne Vorhaben, die der Verfasser ausgewertet hat, bestätigen: Die Verträge sind kompliziert, sie sind aufwendig und sie enthalten „Angstklauseln“ für die verschiedensten Eventualitäten. Dieser Befund wird bestätigt durch Gespräche mit Leitenden Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen etwa von Kliniken, Forschungsinstituten, Hochschulen und Unternehmen – beklagt werden insbesondere der Zeitaufwand, die dennoch verbleibende rechtliche Unsicherheit und die durch die Vertragsentwicklung verursachte Frustration der Beteiligten.

III. Vorüberlegungen zu einer eigenen Rechtsform

Der Suche nach einer neuen Rechtsform kann man verschiedene Leitsprüche voranstellen. Etwa: „Um klar zu sehen, genügt oft ein Wechsel der Blickrichtung“⁷⁷ – das stimmt, jedoch nur „oft“, es kann ebenso die Blickwendung von Nacht in Nebel bedeuten. Einen anderen Ansatz bringt die in vielen Wirtschafts- aber auch Wissenschaftsbereichen hochgelobte sog. *Disruption*, sehr allgemein formuliert: die Verdrängung des Vorhandenen durch ganz Neues.⁷⁸ Das Recht verträgt jedoch kei-

ne Brüche, es ist nach *Zippelius* „weitgehend durch die natürlichen und sozialen Verhältnisse bestimmt...“, die es ordnet oder an die seine Ordnung anknüpft... Es wird unrichtig, wenn es sich zu den Tatsachen in Widerspruch setzt“.⁷⁹

Will man diesen Widerspruch zwischen Tatsachen und Recht vermeiden, ist es probat, das Projekt in zwei Schritten anzugehen, zunächst unter Anwendung des „*Bömmel-Prinzips*“, und sodann des „*Dyson-Prinzips*“. Dies bedeutet:

- Aus der Forschung ihre *einfachsten Wirkmechanismen* zu destillieren (*Bömmel-Prinzip*).
- Eine neue Rechtsform zu finden, die zu jeder Art Wissenschaftskooperation passt (*Dyson-Prinzip*).

1. Das Bömmel-Prinzip

Das „*Bömmel-Prinzip*“ bezieht sich auf das Buch „Die Feuerzangenbowle“ von *Heinrich Spoerl*.⁸⁰ Der dort auftretende niederrheinische Lehrer Bömmel, der seinen Schülern erklären soll, was eine Dampfmaschine ist, geht die Darstellung gleichsam „fundamental“ an. Er beginnt dafür mit der legendär gewordenen Formulierung „Also wat is en Dampfmaschin? Da stelle mer uns janz dumm.“ Dieses „Sich-dumm-stellen“⁸¹ bedeutet nichts anderes, als vorurteilsfrei einen Gegenstand oder ebenso soziale, politische, wirtschaftliche usw. Verhältnisse, und so auch die Forschung, unter die Lupe zu nehmen.

Im Vordergrund steht daher zunächst die *Erkundung der Fakten*. In diesem ersten Schritt ist die Realität, sind die *sozialen Verhältnisse der Forschung* von ihren Grundlagen her zu betrachten. Denn sie müssen von der gesuchten neuen Rechtsform berücksichtigt und gefördert werden. Das „*Bömmel-Prinzip*“ bedeutet dabei, sich nicht von der Komplexität irritieren zu lassen, sondern zunächst die Einzelheiten in den Blick zu nehmen. Aus ihnen ergeben sich ihr Zusammenwirken und damit die Bedingungen ihres Funktionierens.

2. Das Dyson-Prinzip

Im zweiten Schritt ist das Konzept zu entwickeln, wie das Recht – im Sinne von *Zippelius* – die zuvor analysierten sozialen Verhältnisse optimal ordnen kann. Hier kommt

77 Das Zitat wird dem Schriftsteller *Antoine de Saint-Exupéry* zugeschrieben – im Internet findet man die verschiedensten Unternehmen etc., die das Zitat zu ihrem Leitspruch gewählt haben, z.B. die Ratingagentur ASSEKURATA, Jens Jannasch Business Coaching, die Seite „Gutzitiert“ etc.

78 Siehe nur den Zukunftsforscher *Matthias Horx*: Der Mythos Disruption; siehe auch oben Fn. 18. <http://www.zukunftsinstitut.de/artikel/innovation-und-neugier/der-mythos-disruption/>

79 *Zippelius*, Das Wesen des Rechts, München, 2. Aufl., 1969, S. 53 und 60. Ähnlich *Grzinotz*, wie Fn. 48, Rn. 1.

80 *Heinrich Spoerl*, Die Feuerzangenbowle, 1933, Ausgabe Piper, 5. Aufl., 2016, S. 35.

81 Die angelsächsische Variante des Bömmel-Prinzips lautet „KISS – Keep it simple, stupid“ – sie hat jedoch bei weitem nicht den Charme des alten Vorbildes; zudem ist es unhöflich, den Gesprächspartner als „stupid“ zu bezeichnen.

das „Dyson-Prinzip“ zum Zug: Der Engländer *James Dyson*⁸² hatte sich vorgenommen, den Staubsauger neu zu erfinden: ohne die unhygienischen Staubbeutel, die mit zunehmender Füllung zu einer immer geringeren Saugleistung führen. Dafür legte er gleichsam alle bekannten Lösungen beiseite – er fing ganz von vorn an, um zur Erreichung eines bestimmten Zwecks etwas Neues zu schaffen. Dies gelang.

Entsprechend soll hier nicht im Vordergrund stehen, wie man Vorhandenes (bestehende Rechtsformen) vielleicht „zurechtbiegen“ könnte. Vielmehr ist das Ziel, ohne Nebenblick auf's Vorhandene eine neue Rechtsform zu entwickeln, deren Maß allein Wissenschaft und Forschung sind. Wenn dabei am Ende der eine oder andere Aspekt bestehenden Rechtsformen ähnlich ist oder gleicht, wäre dies ein guter Beleg, dass diese Regelung nun tatsächlich für Forschung erforderlich ist. Nicht anders war es beim Dyson-Staubsauger, der schlussendlich eine revolutionäre Technik bot, jedoch trotzdem wie andere Geräte Bürsten für den Boden benötigt und einen Griff, um ihn zu halten. Auf dem Weg dorthin gab es jedoch keine Vorfestlegungen, in seiner dann gefundenen Gestalt war er optimal für die Erfüllung seiner Aufgabe. Eine entsprechend optimale Rechtsform für Wissenschaftskooperationen zu finden, stellt wohl kein geringeres Ziel dar.

IV. Back to the roots – Die vier Grundfragen der Wissenschaftskooperation

In Anwendung des *Bömmel-Prinzips* ist es sinnvoll, sich auf die vier praktischen Grundfragen zu besinnen, die sich jede geplante Kooperation in der Wissenschaft stellen und beantworten muss:

wer – was – wie – wozu (das Ziel).

Diese vier Fragen erzwingen, die vielfältige, ja zum Teil wildwüchsige Forschungsrealität auf ihren Kern zu reduzieren. Dieser Kern ist es, der die Forschungswelt zusammenhält. Analog hierzu muss eine Rechtsform für Wissenschaftskooperationen gestaltet werden:

- Sie muss die vier Grundfragen ins Recht übersetzen.
- Sie muss dafür einen Regelungskern definieren aus nur wenigen rechtlichen „Bauteilen“, die bei *allen* Kooperationen unerlässlich sind.
- Sie muss zusätzlich in ihrem „Regelungs-Baukasten“ jedoch *dispositive* Vorschriften enthalten für die vielfältigen Zusatzvereinbarungen.

Jeder der vier Schritte „wer-was-wie-wozu“ verweist jeweils schon auf den nächsten Schritt, ist untrennbar mit ihm verbunden – und jeder dieser Schritte ist fehleranfällig.

1. Wer

Der Ausgangspunkt jeder Forschungsk Kooperation ist die *Benennung der Beteiligten*. Später können, wenn dies gewollt ist, weitere Beteiligte dazukommen oder vorhandene ausscheiden. Die „Gründer“ der Kooperation müssen jedoch eindeutig feststehen.

Die erste Frage, *Wer* – wer sich an einer Forschungsk Kooperation beteiligt – verweist allerdings notwendig sogleich auf die Frage nach dem *Was*: Welche Forschung, in welchem Gebiet, soll in Angriff genommen werden. Die oben zitierten Kooperationen haben stets ein bestimmtes Forschungsfeld im Blick, seien es etwa Lungenerkrankungen, Infektionen o.ä. Aus diesem gemeinsamen Interesse folgt die Vorstellung, welcher Partner einen ergänzen, zu einem passen könnte.

Wie wichtig schon diese erste Grundüberlegung nach den richtigen Forschungspartnern ist, zeigt sich etwa an sog. Beutegemeinschaften: Außer der Vorstellung, gemeinsam größere Chancen zu haben, um etwa Fördermittel „abgreifen“ zu können, fehlt ein valides Forschungsvorhaben. Damit besteht wenig Aussicht auf Bestand oder gar bedeutsame Forschungsergebnisse. Den falschen Partner auszuwählen kann auch zum Beispiel dazu führen, dass die Verwertung einer Erfindung blockiert wird: So hat etwa ein am Weltmarkt führendes Unternehmen womöglich kein akutes Interesse, eine revolutionäre technische Fortentwicklung seines Produkts herauszubringen, weil das Unternehmen mit der bisherigen Version noch große Umsätze macht – eine Neueinführung jedoch mit hohem Aufwand verbunden ist. Die Wahl falscher Partner ist daher der erste Stolperstein für eine gelingende Kooperation.

2. Was

Für jede Wissenschaftskooperation ist die genaue *Beschreibung des Vorhabens* unerlässlich. Eine unklare Beschreibung, *was* gemacht werden, in welche Richtung sich die Forschung bewegen soll, ist konfliktbehaftet. Daher gehört es zum Kernbereich der Kooperation, dieses „Was“ gemeinsam und übereinstimmend zu definieren.

Was sich nach einer Selbstverständlichkeit anhört, wird in der Realität oft genug außer Acht gelassen. Bei

82 Nicht Maßstab sein sollen hier natürlich die 5.127 Versuche, die Dyson für seine Erfindung benötigte – vgl. den Bericht in FAZ v. 12.03.2012, Beruf und Chance: Der König der Fehlschläge.

Start-ups⁸³ etwa ist mitunter der Drang nach vorn größer als der Plan, wohin – sie vertrauen darauf, das „learning by doing“ werde schon für Klarheit sorgen. Bis dahin kann jedoch viel Geld verbrannt oder das ganze Projekt gescheitert sein.

Die Frage, *was* die Partner gemeinsam machen wollen, verbindet sich alsbald mit der Frage: „Und *wie?*“. Tatsächlich ist eine der größten Gefahren bei einzelnen Kooperations-Partnern sowie bei der Kooperation insgesamt, sich zu verzetteln, vom „Was“ keine kohärente Vorstellung zu haben – und so das Ziel, das am Ende der Fragen stehende „Wozu“, aus den Augen zu verlieren.

3. Wie

Eine Kooperation, die sich auf einen Forschungsinhalt festgelegt hat, muss notwendig auch festlegen, *wie* sie die *Aufgaben angehen* will. Dazu mag gehören zu vereinbaren, welcher Partner für welche Teilbereiche des Projekts zuständig ist – also die Aufgabenteilung. Auch andere organisatorische Festlegungen sind zu treffen, etwa Abstimmungswege sowie Berichts- und Informationspflichten.

Das „Wie“ ist letztlich ausschlaggebend für den Erfolg der Kooperation. Unzulängliche Organisation, unklare Zuständigkeiten, mangelnde Kommunikation – es liegen viele Fußangeln auf dem Weg. Ein wesentlicher, vielleicht der wichtigste „Kalenderspruch“ lautet deshalb hier: „*Wichtig ist für Was und Wie – eine gute Strategie!*“⁸⁴

Wie man eine Aufgabe in Angriff nimmt, hängt wiederum ganz wesentlich ab vom „Wozu“ – vom schlussendlichen Ziel der Kooperation. Die „gute Strategie“ ist dabei der Leitfaden zum Ziel.

4. Wozu

Im „Wozu“ liegt das definierte Ziel. Das übergeordnete und erstrangige Ziel jeder Forschung ist der *Wissensgewinn*. Neues Wissen gewinnen zu wollen, ist der grundlegende Unterschied zu den primär auf wirtschaftlichen Gewinn gerichteten Gesellschaftsformen.

Das Ziel „verwirklicht“ sich, es „materialisiert“ sich in Erfindungen, Patenten, Entdeckungen etc. Der Wissensgewinn kann damit (und soll meist) sekundär auch „geldwert“ sein.

Wenn

- die richtigen Partner (wer)

- das richtige Projekt (was)
- auf die richtige Weise (wie)

verfolgen, ist dies die beste Gewähr, das Ziel (wozu) zu erreichen.

In der Praxis werden jedoch zu oft diese Grundvoraussetzungen – aus Eile, mangelnder Sorgfalt, Zeitdruck, aus Stress etc. – vernachlässigt. Damit werden Geld, Zeit und Initiative nutzlos vernichtet.

V. Zur Rechtsform

Sind die Grundbedingungen der Forschung analysiert, kann ein „rechtliches Gewand“, eine Rechtsform gesucht werden, die dem Befund entspricht. Als oberste Maxime ist dafür festzuschreiben:

Das Recht darf die Forschung nicht behindern, es soll sie fördern.

1. Kongruenz von Forschung und Recht

Für die Formulierung rechtlicher Regelungen gilt der Grundsatz: „Nur wer genau weiß, was er vermitteln will, kann sich kurz und verständlich ausdrücken.“⁸⁵ Wie wichtig es daher ist, zunächst die Grundbedingungen der Forschung festzustellen, erhellen die sich unmittelbar aus dem elementaren „Wer-was-wie-wozu“ ergebenden Folgerungen für das Recht: Der Kern der Regelungen ist genauso zwingend wie diese vier Fragen. Und diese Regelungen müssen genauso einfach sein – und einfach formuliert sein – wie sie. Diese Regelungen sind gleichsam das Grund-Gesetz aller Wissenschaftskooperationen.

Mit steigender Komplexität der Kooperation steigen auch Komplexität und Umfang des Regelungsbedarfs – das zeigen die einschlägigen Verträge. Für die *juristische Sprache* dieser Regelungen darf dies jedoch nicht gelten. Ihre Kennzeichen müssen stattdessen sein Einfachheit, Prägnanz, Gliederung und Ordnung auf allen drei Ebenen: Wortwahl, Satzbau und Textaufbau.⁸⁶

Nicht jede Kooperation benötigt jedoch jede Regelung. Das Rechtskonstrukt, das es zu bilden gilt, gleicht damit dem Bau eines Multifunktionshauses: Jede Partei will darin leben, sie hat daher einen unverzichtbaren Grundbedarf, wie Wohnfläche, Wände, Decke, Licht, Sanitäreinrichtung u.ä.; jedoch hat jede Partei darüber hin-

83 Der Verfasser konnte beruflich jahrelang in der bm-t beteiligungsmanagement thüringen gmbh entsprechende Erfahrungen sammeln bei Auswahl – und ggfls. Begleitung der Umsetzung – hoffnungsfroher Ideen für neue Produkte und Dienstleistungen, die sich aufmachten, den Markt zu erobern.

84 Wie sehr eine gute Strategie fehlen kann, wie unbedingt erforderlich sie jedoch ist, kann der Verfasser aus eigenem Miterleben bestätigen.

Dies gilt gleichermaßen für ein derzeit begleitetes Start-up im Medienbereich wie im Bereich der etablierten Forschung.

85 So das Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, 3. Aufl., Teil B, 1, 1.1 Juristische Fachsprache. Fundstelle: http://hdr.bmj.de/page_b.1.html (aufgerufen 04.11.2017).

86 Handbuch der Rechtsförmlichkeit, wie Fn. 85, Teil B, Rdnr. 53.

aus unterschiedliche Anforderungen, ein Atelier der Künstler, mehr Zimmer die Großfamilie, einen Fahrradkeller der Gesundheitsbewusste etc.

Um im Sinne des „Dyson-Prinzips“⁸⁷ im Bild zu bleiben: Ein „rechtlicher Neubau“ ist einer „Altbau-Sanierung“, um das Gebäude für Kooperationen bewohnbar zu machen, in jedem Fall vorzuziehen. Denn ein altes Haus ist nicht beliebig änderbar: Tragende Mauern sind zu beachten, gewünschte Raumgrößen sind daher oft nicht möglich, die Fassadengliederung setzt Grenzen, der Keller ist feucht... Selbst eine Grundsanierung, obwohl sie mit hohen Kosten verbunden ist, erzwingt allenthalben Kompromisse. Im Recht – und hier endet der Vergleich mit einem Bauwerk – gibt es keinen Grund, solche Kompromisse hinzunehmen etwa wegen der schönen Barockfassade.

Das Maß für das Recht ergibt sich allein aus dem zu regelnden Problem,⁸⁸ ihm muss es „an-gemessen“ sein.⁸⁹

Das neue rechtliche Gebäude, das *Gesamtregelwerk* für Wissenschaftskooperationen, muss dementsprechend

- die vier Grundfragen der Forschung (wenn auch nicht wörtlich) *ins Recht übersetzen*,
- eine „*rechtliche Grundversorgung*“ zwingenden Rechts vorsehen,
- darüber hinaus *rechtliche* Optionen anbieten, die je nach Kooperation benötigt werden – oder nicht.

Als Lösung folgt hieraus konsequent ein „*Baukastenprinzip*“ für kleine bis zu großen, von kurzfristigen bis zu unbefristeten Kooperationen.

Es könnte indessen infrage gestellt werden, ob eine so variable Baukasten-Rechtsform „für Klein bis Groß“ überhaupt möglich sei. Es ist jedoch durchaus vorstellbar, und es gibt Referenz-Projekte in anderen Bereichen. Dem rechtlichen Baukasten-System liegt dasselbe Prinzip zugrunde, wie man es zum Beispiel in der Technik findet: So kann etwa ein Kolben-Motor als Hilfsmotor mit nur einem kleinen Kolben ein Fahrrad antreiben - und als riesige Maschine mit vielen Kolben einen Öltanker. Ähnlich verhält es sich mit der neuen „eAchse“ von *Bosch*: Dieser in seiner Bauweise stets gleiche kompakte elektrische Antrieb ist skalierbar für Fahrzeuge verschiedenster Größe, vom Kleinwa-

gen über den Transporter bis zum Sportauto.⁹⁰ Es spricht nichts dagegen, dieses Grundprinzip, ein solches Baukasten-System, auch im Recht zu verwenden.

2. Detailansicht – Der Regelungs-Baukasten

Die Kernaussage, das Recht dürfe die Forschung nicht behindern, ist die *Maxime* – das vorrangige Ziel des Wissensgewinns die Präambel der Kooperationsregelung.

So könnte die Präambel in einem „Gesetz zur Regelung von Wissenschaftskooperationen“ zum Beispiel lauten:

„§1 Präambel: *Das vorrangige Ziel jeder Wissenschaftskooperation ist der Wissensgewinn. Alle Vereinbarungen, Regelungen und Maßnahmen der Kooperationspartner sind auf dieses Ziel auszurichten. Dies schließt die Vereinbarung weiterer Ziele nicht aus.*“

Stets unter Beachtung dieses Vorspruchs müssten sodann die konkreten Gesetzesregelungen folgen und die einzelnen Schritte der Forschung mit dem Recht in Deckung bringen.

a) Übersetzung der Forschungsschritte in Regelungskreise

Aus den vier Grund-Schritten der Forschung ergibt sich für deren Regelung ebenfalls eine Reduktion aufs Wesentliche, auf den Kern dessen, „was Recht sein soll“. Die Kongruenz zwischen Recht und Forschung bedeutet jedoch nicht, dass in einem „Gesetz zur Regelung von Wissenschaftskooperationen“ den vier Forschungsschritten einfach analog vier Regelungen gegenüberstünden. Wesentlich ist vielmehr, dass diese vier Schritte im Recht angemessen und zutreffend *abgebildet* sind. Ein Gesetz, dass die Realität der Forschung ignoriert, hätte kaum Aussicht, befolgt zu werden.⁹¹ Andererseits kann es auch nicht lediglich „die Wirklichkeit abschreiben“. Ein Gesetz muss vielmehr zusätzlich allgemeinen rechtlichen Kategorien gerecht werden. So ist beispielsweise *Haftung* keine grundlegende Kategorie der Forschung, sehr wohl aber ein ganz wesentliches Element des Lebens in einer Gesellschaft, die die Unverletzlichkeit von Rechtsgütern schützen muss.

87 Oben III.2.

88 „Das Problem sucht sich seine Lösung“ wäre eine andere Formulierung für das Dyson-Prinzip.

89 Dem steht nicht entgegen, dass über die Frage, ob eine neue rechtliche Regelung das neue - oder neu vermessene - Problem adäquat löst, trefflich gestritten werden kann. Auch kann dieses neue Recht nach einer Anzahl von Jahren „alt aussehen“ – wie der Verfasser es erlebt hat bei den seinerzeit ohne Vorbild neuen Gesetzesvorhaben Embryonenschutzgesetz, Gentechnikrecht,

ähnlich beim SED-Unrechtsbereinigungsrecht.

90 Bosch Mobility Solutions: Auf der Überholspur: Bosch verhilft der Elektromobilität zum schnellen Durchbruch <http://www.bosch-mobility-solutions.de/de/highlights/antriebssysteme-und-elektrifizierte-mobilität/elektromobilität/> (aufgerufen am 29.12.2017); siehe auch Preuß, FAZ v. 23/08/2017: Bosch rollt die Autobrache mit neuem Elektroantrieb auf; WELT N24 – PS WELT v. 31.08.2017: Bosch E-Achse.

91 Siehe *Zippelius*, wie Fn. 79, S. 60.

Bei dieser „Übersetzung“ ins Recht finden sich die Forschungsschritte inkorporiert in drei Regelungskreise. Diese drei Bereiche sind:

- *Wissensgewinn* (hier sind „wer“ und „wozu“ zu finden, die Teilnehmer und ihr Ziel)
- *gute wissenschaftliche Governance* (ihr zentraler Inhalt ist das „Was“ und „Wie“; hierher zählen Forschungsbereich, Aufteilung der Beiträge und Zusammenarbeit)
- *Schutz Dritter, Transparenz* (dies betrifft die oben angesprochenen Fragen der Haftung).

b) Regelungsbausteine im Angebot

Für alle drei Bereiche sind, je nach Umfang und Bedarf der Kooperation, im „Baukasten“ weitere *rechtlich vorformulierte Regelungen* vorrätig zu halten, etwa:

- *Wissensgewinn*: 1) eigene Rechtspersönlichkeit, d.h. Rechtsfähigkeit; 2) Eigentum an Vermögen und Finanzmitteln; 3) Zuordnung von Ergebnissen der Forschung; 4) Nutzung der Ergebnisse durch die Kooperation und ihre Träger; 5) Arbeitgeber- und Dienstherreneigenschaft; 6) Augenhöhe mit den Trägereinrichtungen; ... etc.
- *Gute wissenschaftliche Governance*:⁹² 1) Leitung der Kooperation durch Wissenschaftler (dies dokumentiert das vorrangige Ziel des Wissensgewinns); 2) Leitung zugleich Repräsentanten der Trägereinrichtungen; 3) Kaufmännischer Vorstand; 4) Trägerversammlung für Grundentscheidungen und Entgegennahme Jahresbericht (vergleichbar einer Mitgliederversammlung); 5) Wissenschaftlicher Beirat, keine Entscheidungskompetenz; 6) Forscherversammlung zum Schutz ihrer Rechte gem. Artikel 5 Abs. 3 GG; ...etc.⁹³
- *Schutz Dritter, Transparenz*: 1) Haftung beschränkt, wie Partnerschaftsgesellschaft mbH; 2) Haftpflichtversicherung zur Absicherung Dritter; 3) Freistellung der Forscher von persönlicher Haftung (unmittelbar oder entspr. § 839 BGB/Artikel 34 GG); ...etc.

In einem weiteren „Baukasten-Segment“ sind etwa dispositive Regelungen vorzusehen für:

- Organisationsvereinbarung

92 Zu den Grundtatbeständen der Governance vgl. v. Werder, in: Hommelhoff/Hobt/v. Werder, Handbuch Corporate Governance, 2003, S. 3 ff.

93 Zu einzelnen Fragen der Governance-Strukturen bei Wissenschaftskooperationen – Leitung, Trägerversammlung, Überwachung und Begleitung, Forscherversammlung und Ablauforga-

- Vereinbarung zum Sprecher der Kooperation
- Beitragsvereinbarung
- Publikationsvereinbarung
- Vereinbarung zur Vereinheitlichung der IT-Struktur
- Verteilung eingeworbener Drittmittel
- ... etc.

Es bleibt den Teilnehmern der Kooperation unbenommen, sich statt der im Gesetz enthaltenen dispositiven Regelungen zu bedienen, eigene Vereinbarungen zu entwerfen. Stets wird jedoch gegenüber der gesetzlich vorgeschlagenen Regelung abzuwägen sein, ob es sich lohnt, für das eigene Konstrukt Zeit und Geld aufzuwenden und die dafür stets fehlende Rechtssicherheit in Kauf zu nehmen.

Alles in Allem: Regelungen, die ihren Sinn nur „mit subtiler Sachkenntnis, außerordentlichen methodischen Fähigkeiten und einer gewissen Lust zum Lösen von Denksport-Aufgaben“ erschließen,⁹⁴ können Forschung und Recht nicht zusammenführen. Der Anspruch ist stattdessen, die gesetzlichen Vorschriften sprachlich richtig und möglichst für jeden verständlich zu fassen.⁹⁵

VI. Fazit und Ausblick

Wissenschaftskooperationen bewegen sich heute, je nach Blickwinkel, im rechtsfreien oder im rechtlich überfüllten Raum: rechtsfrei, weil das vorhandene Recht keine spezifische Regelung für solche Kooperationen vorsieht; überfüllt, weil die Kooperationen herumirren zwischen vielerlei Gestaltungsmöglichkeiten, von denen jedoch keine zu ihrem spezifischen Inhalt passt.

Das hier – in Ansätzen – beschriebene Projekt einer „eigenen Rechtsform für Wissenschaftskooperationen“ will Abhilfe schaffen. Es legt die elementaren Schritte, wie Wissenschaft und Forschung vorgehen, zugrunde. Denn das Recht muss seinem Gegenstand angemessen, an dessen Maß gemessen und ausgerichtet sein.

Die oberste Maxime der Regelung von Wissenschaftskooperationen ist: Das Recht darf die Wissenschaft nicht behindern, es soll sie fördern. *Zwingendes* Recht kommt daher nur dort in Betracht, wo es die sachnotwendig zwingenden vier Schritte „wer-was-wie-wozu“ nachvollzieht, die jede Wissenschaft und Forschung gehen muss.

Darüber hinaus ist *zwingendes* Recht nur dort notwendig, wo es der Schutz Dritter erfordert, insbesondere

nisation – siehe Eberbach/Hommelhoff/Lappe, wie Fn. 36, OdW 2017, 1, 5 ff.

94 Österreichisches Verfassungsgericht, zitiert vom Bundesfinanzhof im Vorlagebeschluss vom 06.09.2006 – XI R 26/04, vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit, wie Fn. 85, Rn. 54 (mit Fn. 20).

95 Handbuch der Rechtsförmlichkeit, wie Fn. 85, Rn. 54.

bei der Frage der *Haftung*. Denn die Freiheit von Wissenschaft und Forschung, findet ihre Grenze an den fundamentalen Rechtsgütern anderer, wie Leben, Gesundheit und Eigentum.

Jenseits dieser Grundlagen ist das die Wissenschaftsfreiheit am besten fördernde Rechtsmodell ein „Regelungs-Baukasten“. Er enthält neben den wenigen zwingenden Vorschriften Rechts-Bausteine zur freibleibenden Verwendung durch die Kooperationen.

Diese Rechtsform für Wissenschaftskooperationen erfüllt drei wesentliche Bedingungen:

- Sie dient der Forschung, indem sie den *Wissensgewinn* fördert.
- Das Baukasten-System ermöglicht eine *einfache Handhabung*.
- Sie bietet durch ein eigenes Gesetz *Rechtssicherheit*.

Die Arbeitsgruppe „*Rechtsformalternativen de lege ferenda*“⁹⁶ wirbt bisher für dieses Projekt mit Fachgesprä-

chen, der Vorstellung bei den großen Wissenschaftsorganisationen, Veröffentlichungen, Gesprächen mit Abgeordneten des Deutschen Bundestages sowie dem Symposium vom 5./6. Oktober 2017 in Berlin. Weitere Aktivitäten werden folgen. Das Ziel ist, den Gesetzgeber für das Projekt einer eigenen Rechtsform für Wissenschaftskooperationen zu gewinnen. Gemäß dem Auftrag aus Artikel 5 Abs. 3 GG fördert die Politik Wissenschaft und Forschung. Fördermittel für die mühsame Konstruktion von Kooperationsverträge zu verschwenden, passt dazu nicht. Die bessere Alternative ist die vorgeschlagene eigene Rechtsform für Wissenschaftskooperationen.

Wolfram Eberbach, Ministerialdirigent a.D., war Honorarprofessor an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, Abt.-Leiter in Thüringen in den Ministerien für Justiz, für Finanzen und zuletzt für die Bereiche Hochschulen, Wissenschaft und Forschung im Thüringer Kultusministerium sowie Kuratoriumsvorsitzender von drei Forschungseinrichtungen.

96 Siehe oben Fn. 3.

Christian Harringa

*Zwischen Völkerrecht und Frascati: Praktische Aspekte der Ausgestaltung internationaler Kooperationen am Deutschen Elektronen-Synchrotron (DESY)**

ÜBERSICHT

I. Einleitung

II. Das DESY und seine Kooperationen am Beispiel von HERA, European XFEL und CTA

1. HERA

2. European XFEL

3. Cherenkov Telescope Array (CTA)

III. Bewertung von Kooperationsformen am Beispiel der von der ESFRI ausgewählten Charakteristika

IV. Thesen zu den Erfolgsfaktoren bei der Organisation internationaler Forschungseinrichtungen

I. Einleitung

Der weit überwiegende Teil aktueller Forschungsvorhaben ist international. Forschungsergebnisse werden international veröffentlicht und bewertet, Forschungsteams sind multinational und jedenfalls in Europa werden auch Ressourcen für größere Projekte in immer stärkerem Maße international vergeben. Die Frage, wie diese internationale Zusammenarbeit von Forschern in geeignete Organisationsformen gegossen werden kann, nimmt damit ebenfalls eine wachsende Bedeutung ein.

Dabei ist die einhergehende Verrechtlichung des Themas den agierenden Wissenschaftlern und zum Teil auch den sie beschäftigenden Institutionen vielfach nicht bewusst. Dort wo sie es ist, werden Regelungsansprüche aus den beteiligten Rechtssystemen vielfach als ein lästiges Beiwerk empfunden, welches Zeit kostet, die für die eigentliche Forschung fehlt und Anforderungen manifestiert, denen sich die Forschung glaubte entziehen zu können. Früher waren Forschungsvorhaben durch Absprachen hochintelligenter und einander gut bekannter Akteure geföhlt um ein vielfaches einfacher. Heutige Konstrukte aus den verschiedensten nationalen und internationalen Rechtsgebieten, die für eine moderne Forschungskoopeation wie etwa den im September dieses

Jahres eingeweihten europäischen Röntgenlaser European XFEL nötig sind, werden dagegen als äußerst komplex empfunden.

Der unlängst unternommene Anlauf,¹ aufbauend auf den Instituten des deutschen Gesellschaftsrechts eine für wissenschaftliche Kooperationen besonders geeignete Kooperationsform zu entwickeln, kann hier sehr hilfreiche Dienste leisten. Dies gilt in besonderem Maße, wenn die Initiative von der Möglichkeit Gebrauch macht, eine umfassende Lösung unter Einschluss nicht nur von gesellschafts-, sondern auch von haftungs- und insbesondere steuerrechtlichen Fragestellungen zu entwickeln. In welcher Form diese Kooperationen künftig normiert und standardisiert werden können, bzw. welcher Katalog erprobter Rechtskonstrukte hierfür sinnvoll wäre, wird in den weiteren Beiträgen dieses Heftes beleuchtet.

Im Zentrum des hier verschriftlichten Symposiumsbeitrags geht es darum, einige Beispiele aus der erprobten Kooperationspraxis einer seit mehreren Jahrzehnten international agierenden Forschungseinrichtung aufzuzeigen. Im Anschluss werden diese Beispiele gemäß den vom European Strategy Forum on Research Infrastructures (ESFRI) der EU gewählten Charakteristika² eingeordnet. Die vom ESFRI gewählten Charakteristika werden dabei um jene ergänzt, die sich in der Praxis des DESY als besonders wesentlich für die Erfolgsaussichten einer Kooperation erwiesen haben. Schließlich werden dann, gestützt auf die praktische Erfahrung am DESY, Thesen zu erfolgskritischen Organisationscharakteristika von Forschungskoopeationen entwickelt, die bei der vorgesehenen rechtlichen Abbildung künftiger wissenschaftlicher Kooperationsformen Orientierung bieten können.

II. Das DESY und seine Kooperationen am Beispiel von HERA, European XFEL und CTA

Das DESY baut und betreibt seit 1959 in Hamburg als Stiftung des Bürgerlichen Rechts Teilchenbeschleuniger,

* Schriftliche Version eines Vortrags gehalten anlässlich des Symposiums „Forschungskoopeationen Plädoyer für eine wissenschaftsadäquate Rechtsform“ am 6. Oktober 2017 in Berlin. Die in diesem Aufsatz geäußerten Ansichten sind die des Autors und geben nicht notwendigerweise die offizielle Meinung des DESY wieder.

1 Vgl. Wolfram Eberbach, Peter Hommelhoff, Johannes Lappe: Eine Kooperationsform für die Wissenschaft, Ordnung der Wissenschaft 1/2017, S. 1ff.

2 Report of the Workshop on the Legal forms of research infrastructures of pan-European interests, Brussels 23 March 2006.

die der Erforschung der Materie in maximaler zeitlicher und räumlicher Auflösung dienen. Seit 1992 hat DESY einen zweiten Standort in Zeuthen bei Berlin, der sich vor allem der Astroteilchenphysik widmet. Mit heute mehr als 2.300 Beschäftigten und einem Jahresetat von mehr als 350 Mio. € zählt das DESY zu den größten Beschleunigerzentren weltweit. Mehr als 3.000 Gastforscher arbeiten jährlich für einige Zeit am DESY, mehr als 1.000 Kooperationen wurden zwischen dem DESY und Forschungspartnern im In- und Ausland geschlossen.³ DESY ist Gründungsmitglied der Helmholtz-Gemeinschaft.

Für die Zwecke dieser Darstellung werden drei wesentliche Kooperationsprojekte gewählt, die DESY in den vergangenen Jahrzehnten geprägt haben bzw. im Fall von CTA künftig tun werden. Allen drei Projekten ist gemein, dass es sich um internationale Kooperationen mit einer größeren Zahl von Teilnehmern und einem Budget im drei- bis vierstelligen Millionen-Euro-Bereich handelt. Die Projekte, die hier in ihrer physikalisch-naturwissenschaftlichen Konzeption nur im Ansatz beschrieben werden können, dienen als Beispiele für verschiedene organisatorische Herausforderungen, an denen sich Vorschläge für die rechtliche Verfasstheit von Forschungsk Kooperationen messen lassen müssen. Ihre Darstellung beschränkt sich daher an dieser Stelle im Wesentlichen auf organisatorische Rahmendaten.

1. HERA

Die der Untersuchung der inneren Proton-Struktur gewidmete *Hadron-Elektron-Ring-Anlage* HERA ist mit einem Umfang von 6.336 Metern die größte Beschleunigeranlage, die DESY je errichtet hat. In dieser Anlage werden Teilchen beschleunigt und an vorbestimmten Punkten zur Kollision gebraucht. Aus den zerberstenden sub-atomaren Teilchen lassen sich dann durch aufwendige Detektoren unter Einsatz riesiger Rechenkapazitäten Rückschlüsse auf die Teilchenstruktur ziehen. Der Bau der unterirdischen Anlage begann 1984. Die ersten Experimente konnten 1992 ihren Messbetrieb beginnen. Herausragender wissenschaftlicher Erfolg der Anlage war die Entdeckung des Gluons. HERA war bis Ende Juni 2007 in Betrieb.

Zwölf Länder mit mehr als 40 Forschungsinstituten waren am Bau der mehr als 1 Milliarde Mark teuren Anlage beteiligt, rund 77 % der Kosten wurden von Deutschland getragen. Interessant ist das seither insbesondere im Bereich der damals federführenden Teilchenphysik im-

mer wieder höchgelobte sog. „HERA-Modell“.⁴ Dieses Modell beschreibt die Organisation von Planung, Bau und Betrieb einer Forschungsinfrastruktur von hoher Komplexität und enormem Ressourcenbedarf im Rahmen einer Gemeinschaft interessierter Forschungseinrichtungen, die sich ohne eine eigene ausdrückliche rechtliche Organisation rund um einen zentralen „Organisator“ – in diesem Falle DESY – aufstellt. Konkret bestand die Kollaboration im Wesentlichen aus Sachbeiträgen in Form von Komponenten der Gesamtanlage, über deren Notwendigkeit man sich in Form eines rechtlich nicht bindenden Konzepts zwischen DESY und den übrigen Beteiligten verständigt hatte. Zur Lieferung dieser In-Kind-Beiträge in der erforderlichen Spezifikation hatten sich die Beteiligten bilateral gegenüber DESY verpflichtet. Auf diese Weise war die Beschaffung signifikanter Ressourcen einschließlich deren Umwandlung in entsprechend bepreiste Sachbeiträge den internationalen Partnern überlassen. Finanzielle Direktbeiträge wurden weitgehend vermieden.

Im Betrieb der Anlage lagen die Verantwortung für den Beschleuniger und die gesamte Administration bei DESY. Die Verantwortung für die Experimente einschließlich der zugehörigen Detektorkomponenten wurde vom jeweiligen Partnerinstitut bzw. der für die einzelnen Experimente vereinbarten Kooperation mehrerer Institute übernommen. Die erforderlichen Abstimmungen erfolgten im Rahmen der regelmäßig stattfindenden Treffen der beitragenden Länder, in der auch die Finanzplanung für die kommenden Jahre vorgenommen wurde. Hilfreich für diese Kooperation war die Tatsache, dass sie sich innerhalb der Community der Teilchenphysiker konstituierte, die langjährige Erfahrungen mit ähnlichen, wenn auch im Umfang kleineren Projekten hatte.

In der Rückschau wird das nunmehr seit mehr als zehn Jahren nicht mehr betriebene Modell, dessen Datenauswertung gleichwohl noch immer andauert, von Seiten aller Beteiligten als ein großer Erfolg gewertet. Dies gilt insbesondere für die scheinbar kaum wahrnehmbare Natur der Organisation im Sinne einer insbesondere in der Teilchenphysik erprobten Kooperation zahlreicher Akteure, die sich primär um ein wissenschaftliches Konzept für eine zentrale Anlage organisieren.

2. European XFEL

Der Linearbeschleuniger European X-Ray Free Electron Laser XFEL ist die hellste Lichtquelle der Welt. In Betrieb seit September 2017, dient die Anlage u. a. dazu, molekulare Prozesse mit bis zu 27.000 Bildern pro Sekunde zu

³ Vgl. Ehrlich Lohman und Paul Söding, Von schnellen Teilchen und hellem Licht, 50 Jahre Deutsches Elektronen Synchrotron,

Weinheim 2009.

⁴ Lohman und Söding a.a.O. S. 124 ff.

analysieren. Damit sind dreidimensionale Aufnahmen chemischer und biologischer Prozesse möglich, die völlig neue wissenschaftliche Potentiale in vielen Gebieten erschließen.

DESY hat mit dem Projekt FLASH die technologischen Voraussetzungen für die Elektronenlasertechnologie geschaffen und ist für die ursprüngliche Konzeption des Gesamtprojekts sowie als Konsortialführer für Bau und Betrieb des Beschleunigers, der auf dem DESY-Gelände in Hamburg-Bahrenfeld seinen Anfang nimmt, verantwortlich.

Rechtliche Grundlage des Projekts ist eine völkerrechtliche Übereinkunft,⁵ auf deren Basis eine von 11 Gesellschaftern gehaltene deutsche GmbH – die European XFEL GmbH – gegründet wurde. Größter Gesellschafter ist mit rund 58 % die Bundesrepublik Deutschland, für die DESY die Gesellschafterrolle innehat, zweitgrößter Gesellschafter die Russische Föderation mit rund 27 % der Anteile. Die mit den russischen Anteilen verknüpfte Finanzierungszusage in Höhe von mehr als 250 Mio. € wurde als wichtiger Durchbruch für den Beginn der Realisierung gesehen.⁶ Derzeit neun weitere europäische Partner folgen mit Anteilen von 3 % und weniger.

Die European XFEL GmbH ist verantwortlich für den Betrieb der Experimente, welche rund drei Kilometer von DESY entfernt im schleswig-holsteinischen Schenefeld stattfinden. Die GmbH ist zudem Vertragspartner für die mit den Partnern einschließlich Deutschland vereinbarten In-Kind-Beiträge. Die Baukosten betragen mehr als 1,5 Mrd.€.

Die strategische Leitung der European XFEL GmbH erfolgt durch den sog. XFEL-Council, in dem die Gesellschafter zusammenkommen. Im Übrigen liegt die Leitung bei der Geschäftsführung der GmbH.

Administrative und rechtliche Herausforderungen des Projekts ergeben sich immer wieder aus der als sog. „Cömpany-Lösung“ benannten rechtlichen Selbstständigkeit. Während diese Selbstständigkeit im Sinne einer transparenten und von DESY als Hauptgesellschafter unabhängigen Organisationsform geschätzt wird, ergeben sich gleichzeitig eine Reihe von Schwierigkeiten gegenüber dem zuvor geschilderten HERA-Modell. Beispiele sind etwa Umsatzsteuertatbestände für die von DESY erbrachten Leistungen. Hier ist derzeit zu klären, inwieweit das zwischen den zuständigen Steuerverwaltungen und den einzelnen Zentren der Helmholtz-Gemein-

schaft vereinbarte sog. Frascati-Modell⁷ auch auf die European XFEL GmbH Anwendung findet. Weitere Herausforderungen ergeben sich etwa bei der Personalüberlassung zwischen DESY und der GmbH und nicht zuletzt bei der Zurechnung der erwarteten wissenschaftlichen Erfolge und der daraus resultierenden Reputation.

3. Cherenkov Telescope Array (CTA)

Bei CTA handelt es sich um ein Projekt, das am DESY-Standort in Zeuthen im Bereich der Astroteilchenphysik betrieben wird. Hier geht es um die Errichtung und den Betrieb zweier Observatorien für die Detektion hochenergetischer Gammastrahlen in Chile und auf der Kanareninsel La Palma. Das Projekt befindet sich mit seinen 11 Partnern derzeit noch in der Vorbereitungsphase. Zusagen für das insgesamt rund 400 Mio. € teure Vorhaben liegen aus mehreren europäischen Ländern vor, darunter Deutschland mit rund 19 %. Momentan existiert ein Interim-Rechtsträger in Form einer in Heidelberg beheimateten gGmbH. Der Umzug zum neuen Hauptquartier nach Bologna einerseits und zum Science Data Management Center bei DESY in Zeuthen ist zwischen den Akteuren vereinbart. Mittelfristig wird der Übergang in die noch relativ junge europarechtliche Rechtsform des ERIC⁸ geplant.

Ähnlich der European XFEL GmbH soll der künftige CTA-ERIC eine völker- bzw. gemeinschaftsrechtliche Gründungskonvention erhalten und dann Vertragspartner von In-Kind-Verträgen über zu erbringende Komponenten wie etwa einzelne Teleskope werden. Auch hier ist geplant, dass die deutsche Mitgliedschaft im CTA-ERIC maßgeblich von DESY wahrgenommen wird.

Das CTA-Projekt stößt derzeit auf ähnliche rechtlich-organisatorische Herausforderungen wie die European XFEL GmbH, auch hier gilt es insbesondere steuer- und arbeitsrechtliche Fragen zu klären, die durch den vorgesehenen Umzug von Heidelberg nach Bologna noch einmal komplexer sind. Die Frage der Reputationszurechnung hat eine Rolle gespielt bei der Entscheidung, Hauptquartier und Science Data Management Center an zwei unterschiedlichen Orten unterzubringen, wird der CTA-ERIC unter Einschluss der geplanten Observatorien am Ende an insgesamt vier Standorten innerhalb und außerhalb von Europa beheimatet sein.

5 Convention concerning the Construction and Operation of a European X-Ray Free-Electron Laser Facility, Hamburg 2009.

6 Olof Hallonsten, The Politics of European Collaboration in Big Science, in Mayer et al. The Global Politics of Science and Technology, Berlin 2014.

7 Hierbei geht es um den Umfang der Vorsteuerabzugsfähigkeit,

der auf der Grundlage der Klassifizierungen wissenschaftlicher Tätigkeit nach dem sog. Frascati-Manual der OECD geregelt wird.

8 Verordnung (EG) Nr. 723/2009 des Rates vom 25. Juni 2009 über den gemeinschaftlichen Rechtsrahmen für ein Konsortium für eine europäische Forschungsinfrastruktur (ERIC).

III. Bewertung von Kooperationsformen am Beispiel der von der ESFRI ausgewählten Charakteristika

Die vorangegangenen Beispiele schildern allesamt Forschungsk Kooperationen, die unter maßgeblicher deutscher Beteiligung gemeinsam mit europäischen Partnern betrieben werden. Auch künftig ist davon auszugehen, dass Vorhaben, bei denen eine wissenschaftlich-inhaltliche Kooperation zwischen mehreren europäischen Ländern und ein Finanzbudget im höheren Millionenbereich erforderlich ist, auf der Ebene der EU organisiert werden. Die EU selbst hat diesem Umstand nicht nur 2009 mit der Schaffung des forschungsspezifischen Rechtsträgers ERIC Rechnung getragen, sondern hat aus diesem Grund bereits im Jahr 2002 das European Strategy Forum on Research Infrastructures begründet. Es dient mit seinen Delegierten aus den Mitgliedstaaten der EU als wichtiges Koordinationsinstrument und spielt eine Schlüsselrolle bei der Artikulation von Anforderungen an aktuelle und künftige Forschungsk Kooperationen. In dieser Funktion hat das ESFRI 2006 einen Workshop über rechtliche Formen von Forschungsinfrastrukturen im gesamteuropäischen Interesse, darunter auch European XFEL, vorgenommen.⁹

Angesichts der Bedeutung des europäischen Rechtsraums und nicht zuletzt dem Primat des EU-Rechts für die künftige Rechtsgestaltung von Forschungsk Kooperationen auch in Deutschland macht es Sinn, die Einschätzungen des ESFRI in die Diskussion mit einzubeziehen. Dies gilt umso mehr, als nicht alle der im ESFRI-Report getroffenen Wertungen mit den praktischen Erfahrungen des Jahres 2017 am DESY übereinstimmen.

Das ESFRI nimmt zunächst eine Klassifizierung möglicher Formen der Forschungsk Kooperation nach ihrer Rechtsform, namentlich Völkerrecht, EU-Recht und nationales Recht, vor.

Forschungsk Kooperationen auf der Basis einer völkerrechtlichen Vereinbarung wie etwa beim Conseil Européen pour la Recherche Nucléaire CERN oder dem European Molecular Biology Laboratory EMBL führen regelmäßig¹⁰ zur Gründung einer mit Völkerrechtspersönlichkeit ausgestatteten Rechtsperson. Bei der Begründung einer solchen Kooperation entstehen umfassende Gründungsdokumente hinsichtlich Mission, Funktion und Struktur der Kooperation, hierzu zählt auch eine klare Governance. Mit der Völkerrechtspersönlichkeit sind in der Regel Privilegien im Abgabebereich und zum Teil auch in der Anwendung nationaler aufsichtsrechtlicher Regelungen verknüpft, was

wiederum zu einer umfassenden spezifischen Regelung etwa über ein Finanzstatut führt. Nicht zuletzt werden durch die Gehaltsregelungen nach internationalem Standard einschließlich steuerlicher Befreiungen sehr attraktive Vergütungsregelungen für das international zu rekrutierende Personal ermöglicht.

Diesen vom ESFRI anerkannten Vorteilen steht ein aufwändiger Gründungsprozess einschließlich parlamentarischer Ratifizierungserfordernisse in den Mitgliedstaaten gegenüber,¹¹ gepaart mit einer nur noch teilweise zu beeinflussenden Finanzierungspflicht durch die Mitglieder.

DESY selbst hat als wichtiger deutscher Kooperationspartner bzw. wissenschaftlicher Nutzer des CERN sowie als Standort einer Outstation des in Heidelberg beheimateten EMBL Erfahrungen mit Forschungsk Kooperationen mit Völkerrechtspersönlichkeit gemacht. Dabei lässt sich feststellen, dass ein umfassender und spezifischer Regelungskatalog durchaus vorteilhaft sein kann. Insbesondere klare Regelungen hinsichtlich der Anwendung nationaler Umsatzsteuer- und Zollregelungen sind angesichts einer zunehmenden und politisch gewünschten Durchdringung von klassisch wissenschaftlichen Themen einerseits und Industriekooperationen andererseits von einem nicht zu unterschätzenden Vorteil. Als Gastgeber einer völkerrechtlich verfassten Einrichtung wie dem EMBL hat DESY allerdings auch Erfahrungen gesammelt, die sich aus der Diskussion von Fragen des Völkerrechtsstatus und daraus ggf. resultierender Befreiungen von nationalen Vorschriften ergeben können.

Für das Modell einer europarechtlich fundierten Forschungsk Kooperation bezog sich das ESFR noch vor Einrichtung des ERIC im Jahre 2009 auf das Gemeinsame Unternehmen i.S.v. Art. 187 AEUV (ehem. Art. 171 EGV). Hier werden als Vorteile u. a. klare und transparente spezifische Managementregeln und eine gute Anwendbarkeit für Industriekooperationen benannt.¹²

Am DESY selbst liegen bislang noch keine intensiven Erfahrungen mit europarechtlich begründeten Forschungsk Kooperationen vor, obwohl etwa mit der als ERIC organisierten Europäischen Spallationsquelle ESS in Lund eine wissenschaftliche Zusammenarbeit besteht, die unlängst auch um einen administrativen Austausch ergänzt wurde. Aktuell stellen sich für das ERIC noch Fragen nach der Reichweite einer Umsatzsteuerprivilegierung, namentlich inwieweit diese auch für die Erstellung von In-Kind-Leistungen der Kooperationspartner Anwendung finden kann.

9 ESFRI Report of the Workshop on the Legal forms of research infrastructures of pan-European interests, 23 March 2006, Brussels QUELLE.

10 Mischformen sind gleichwohl denkbar, wenn wie beim European XFEL sich die Mitgliedstaaten auf der Basis einer völkerrechtli-

chen Konvention zur Gründung einer GmbH nach deutschem Recht verpflichten.

11 ESFRI Report, a.a.O., S. 15.

12 SFRI-Report a.a.O. S. 10.

Hinsichtlich der klassischen Rechtsformwahl unter nationalem Recht bezieht sich das ESFRI neben einem vollhaftenden Unternehmen wie der European Synchrotron Radiation Facility ESRF in Form der französischen Société Civile u. a. auch auf die beim European XFEL gewählte Form der GmbH sowie auf die Rechtsform einer Stiftung nach niederländischem Recht, die für die Stiftung Deutsch Niederländische Windkanäle DNW gewählt wurde. Diesen national verfassten Kooperationen attestiert das ESFRI¹³ neben klaren Management- und Buchführungsregeln mit Ausnahme der Stiftung eine gute Anschlussfähigkeit für die Industrie sowie eine im Vergleich zu völkerrechtlichen Lösungen deutlich günstigere Kostenstruktur.

Als deutscher Gesellschafter des European XFEL hat DESY, wie bereits unter II. 2 beschrieben, einen längeren Erfahrungsschatz sowohl als Kooperationspartner wie auch als Anteilseigner sammeln können. Dabei hat sich gezeigt, dass die auf den ersten Blick klare gesellschaftsrechtliche Lösung vielfach überlagert wird von der gelebten Praxis in der international zusammengesetzten Gesellschafterversammlung, dem XFEL-Council. Der Verzicht auf eine umfassende und abschließende (völker-)rechtliche Lösung, auch hinsichtlich von Steuern und Abgaben, stellt die Verwaltung des wissenschaftlich überaus erfolgreichen Projektes immer wieder vor große Herausforderungen. Diese mögen zum Teil aus der Hybrid-Struktur einer auf einer völkerrechtlichen Konvention begründeten Gründung einer deutschen GmbH liegen. Allerdings kann als fraglich gelten, ob eine internationale Kooperation ohne eine solche Konvention einschließlich der geübten Praxis eines Quasi-Erfordernisses einstimmiger Entscheidungen überhaupt denkbar ist.

IV. Thesen zu den Erfolgsfaktoren bei der rechtlichen Organisation internationaler Forschungs-kooperationen

In der Gesamtschau lässt sich aus der Perspektive DESYs konstatieren, dass die Erfolgsaussichten der unterschiedlichen Rechtsformen internationaler Forschungseinrichtungen nicht immer leicht vorherzusehen sind. Das scheinbar regelungsfreie „HERA-Mödel“ findet noch immer großen Anklang unter den beteiligten Wissenschaftlern, dagegen erweisen sich deutlich aufwändigere Rechtskonstrukte wie der European XFEL in der konkreten Anwendung als durchaus anspruchsvoll.

Aus der naturgemäß subjektiven, allerdings über eine Vielzahl von Jahren und Projekten gewachsenen Erfahrung DESYs als Partner bzw. Initiator lassen sich einige

Thesen über relevante Erfolgsfaktoren bei der rechtlichen Konstruktion internationaler Forschungs Kooperationen ableiten:

- Völker- bzw. unionsrechtliche Lösungen sind manchmal nur auf den ersten Blick unangemessen aufwändig.

Die mehr als 60-jährige erfolgreiche Arbeit des CERN ebenso wie die des deutlich jüngeren EMBL zeigen, dass sich individuelle völkerrechtliche Lösungen mit ihren umfassenden Befreiungen in Bereichen aktuell wachsender Komplexität wie Zoll oder Steuern als durchaus praktisch erweisen können und komplexe Gründungsprozesse sich längerfristig als durchaus lohnend erweisen. Dies gilt voraussichtlich auch für das europarechtliche Rechtskonstrukt ERIC, auch wenn hierzu noch keine längeren Praxis existiert und bereits Zweifel an der angemessenen Reichweite der Steuerbefreiung erhoben werden. Wesentlicher Grund hierfür ist der diesen Rechtspersonen immanente und im nächsten Punkt erläuterte holistische Ansatz.

- Rechtsinstitute mit holistischem Ansatz schützen vor aktuellen und künftigen Herausforderungen.

Bei der Wahl eines bestehenden bzw. der Konzeption eines neuen Rechtsrahmens für wissenschaftliche Kooperationen erweisen sich solche Rechtsinstitute als anwendungsfreundlich, die einen Regelungsansatz verfolgen, der neben Aspekten des Gesellschaftsrechts auch die Bereiche Steuern und Abgaben abschließend und sonderrechtlich regeln. Diese Privilegierung ist zwar rechtsdogmatisch unschön und auch nicht sonderlich fantasievoll, gleichwohl sollte bei einem Regelungsgegenstand wie der Forschung, die sich einer stetig wachsenden auch politischen Wertschätzung erfreut, nicht vorschnell darauf verzichtet werden. Wer über die Konzeption von Spezialrechtsformen, maßgeschneidert für die Belange von Forschungs Kooperationen, nachdenkt, findet sich mit einer dezidierten Privilegierung durchaus in guter Gesellschaft. So zeigt sich dieser Grundgedanke doch deutlich etwa in Rechtsgebieten wie dem Europäischen Beihilferecht oder auch der leider z. T. der Vergangenheit angehörenden forschungsfreundlichen Handhabung des Umsatzsteuerrechts.

- „Rechtsfreie“ Konstrukte sind möglich

Komplexe und langjährige Kooperationsprojekte sind, wie im „HERA-Modell“, im Einzelfall auf der Basis einer technischen Verständigung ohne rechtliche Verbindlichkeit möglich. Hinzukommen müssen neben der technisch-inhaltlichen Verständigung eine Reihe von bilateralen Verträgen zwischen einem zentralen Organisator

13 ESFRI-Report a.a.O. S. 7.

und den beitragenden Partnern. Eine solche Kooperation kann nur entstehen, wenn hinreichende wissenschaftspolitische Bereitschaft besteht, sich einem zentralen Organisator mit großem Mitteleinsatz und über einen längeren Zeitraum anzuschließen. Das Fehlen einer rechtlichen Verselbstständigung der Kooperation löst dabei – unter der Voraussetzung einer gedeihlichen Zusammenarbeit der Partner – auch das Problem, dass die eine Kooperation tragenden Partner ggf. in der Wahrnehmung hinter die Kooperation zurücktreten.

■ Kritischer Faktor Reputationszurechnung

Mit Ausnahme des „HERA-Modells“ sind die geschilderten Ansätze allesamt anfällig für den in der Wissenschaft durchaus kritischen Faktor der Reputationszurechnung. Auch bei einer effizienten und hinreichend abschließenden rechtli-

chen Regelung stellt sich doch in vielen Fällen die Frage, ob aus Sicht der beitragenden Partner eine angemessene Zurechnung der zu erwartenden wissenschaftlichen Reputation über die in der Regel längere Dauer der Kooperation sichergestellt ist. Da es hier nicht primär um wissenschaftliche Eitelkeit, sondern um handfeste Interessen an Wahrnehmbarkeit, politischer Wertschätzung und einhergehender Sicherung künftiger öffentlicher Förderung geht, ist dieser Punkt nicht zu vernachlässigen. Dieser Sorge Rechnung zu tragen, erscheint dabei als eine der größten Herausforderungen im Umgang mit aktuellen und künftigen Forschungsk Kooperationen.

Christian Harringa ist Administrativer Direktor am DESY.

Florian Schulz

*Berichterstattung zur Diskussion im Anschluss an
den Vortrag von Christian Harringa, Administrati-
ver Direktor am Deutschen Elektronen-Synchrotron
(DESY)*

Diese Diskussionsrunde hatte das Referat mit dem Titel „Zwischen Völkerrecht und Frascati – Praktische Aspekte der rechtlichen Ausgestaltung internationaler Kooperationen am DESY“ von *Christian Harringa*, Administrativer Direktor am Deutschen Elektronen-Synchrotron (DESY), zum Gegenstand.

Zu Beginn der Diskussion erfolgte der Hinweis, dass bei der Organisation wissenschaftlicher Kooperationen die Komplexität durch den internationalen Faktor noch zusätzlich gesteigert werde. Jedoch amortisiere sich der gesteigerte Gründungsaufwand, je länger das Vorhaben dauere. Am Beispiel HERA dagegen zeige sich, dass die Rechtsdogmatik es nicht in jedem Fall vermag, sich in der Praxis zu bewähren. Denn das Vorgehen bei diesem Großprojekt mit dem Baubeginn 1984, ohne schriftlichen Gründungsvertrag, schlicht unter Vereinbarung der Einhaltung der Regeln „guter wissenschaftlicher Praxis“, bestehe zwar durch seine simple Gründung, enthalte jedoch nur schwer kalkulierbare (Haftungs-)Risiken für den Forschungsbetrieb. Dennoch habe es tadellos funktioniert. Auf die Frage, woran es denn liege, dass heutige Großprojekte in der Forschung im Gegensatz zu HERA deutlich regelungsbedürftiger geworden seien, wurde geantwortet, dass es bei HERA einen Hauptfinanzier gegeben habe. Nach dessen Zusage sei die (finanzielle) Durchführbarkeit des Vorhabens gesichert gewesen, sodass alsbald mit dem Bau begonnen werden konnte. Heutige Großprojekte dagegen würden sich insbesondere durch eine hohe Anzahl an internationalen Kooperationspartnern und einen deutlich gesteigerten finanziellen Aufwand auszeichnen. Hier gelte es, die oftmals divergierenden Interessen der internationalen Partner zunächst in einen Ausgleich zu bringen. Dabei biete sich oftmals ein zweigeteiltes Vorgehen an: In einem ersten Schritt erfolgt eine völkerrechtliche Vorvereinbarung als Vorgründungsvertrag, in dem die politischen Interessen einfließen können und eine Strategie für das Vorhaben festgelegt werden kann. Sodann erfolgt die eigentliche Gründung, wie etwa beim X-Ray Free-Electron Laser Facility (XFEL), als GmbH-Gründung. Nach der Ansicht der Diskutanten ist ein solcher völkerrechtlicher Vorgründungsvertrag geeignet, die eigentliche Gesellschaftsgründung zu vereinfachen und der zu

gründenden Gesellschaft wertvolle Hinweise für den weiteren Verlauf des Gesellschaftslebens zu geben.

Ebenfalls Eingang in die Diskussion fand die steuerrechtliche Komponente. Es wurde die Frage aufgeworfen, wann es sich lohne, durch eine transparente, durchlässige Gestaltung der Kooperation die Umsatzsteuerpflichtigkeit zu vermeiden. Hierbei erfolgte der Hinweis, dass die Beurteilung der Umsatzsteuerpflichtigkeit für die Verantwortlichen in einer Forschungskooperation oftmals problematisch sei. Zwar könne als Maßstab das von der OECF veröffentlichte Frascati-Handbuch herangezogen werden, doch entfalte dies keinerlei Bindungswirkung hinsichtlich einer finanzgerichtlichen Betrachtung. Hinzu komme unter Umständen eine abweichende Beurteilung durch wechselnde Zuständigkeit des Finanzamts infolge eines Umzugs des Vorhabens.

Im Bewusstsein dessen wurde erörtert, ob für internationale Forschungskooperationen die Verwendung einer originär europäischen Rechtsform einen Ausweg aus dieser und anderen Problemlagen bieten könnte. In concreto wurde das europäische Konsortium für eine Forschungsinfrastruktur (ERIC) genannt. Diese Rechtsform wurde durch eine Verordnung am 25. Juni 2009 verabschiedet und trat am 28. August 2009 in Kraft. Kernstück der ERIC ist die Einstufung als internationale Einrichtung im Sinne des Artikel 143 Buchstabe g) und 151 Absatz 1 Buchstabe b) der Mehrwertsteuerrichtlinie, was eine Befreiung von der Mehrwert- bzw. Umsatzsteuer zur Folge hätte. Diese Rechtsform wurde jedoch mit der Anmerkung versehen, dass derzeit ihr gegenüber gerade von behördlicher Seite noch ein gewisses Misstrauen herrsche. Darüber hinaus zeichne sich die ERIC durch ein aufwendiges Gründungsverfahren aus. Ferner gebe es Schwierigkeiten im Funktionsablauf.

Sodann wurde die Diskussion mit der Frage weitergeführt, ob es denn nötig sei, eine neue Rechtsform für kleinere und kleinste Kooperationen zu schaffen, oder ob es vielmehr eine Rechtsform speziell für größere, institutionalisierte Kooperationen geben müsse. Verbunden wurde dies mit dem Hinweis, dass im laufenden Forschungsbetrieb – gerade bei den außeruniversitären Forschungseinrichtungen – vermutlich täglich Kooperationen gegründet werden, ohne dass dies ins Bewusstsein

der Teilnehmer rückt, was unter Umständen – man denke an die (unbewusste) Gründung einer GbR mit der damit verbundenen persönlichen Haftung gemäß § 128 HGB analog – erhebliche Risiken für die beteiligten Forscher mit sich bringen könne. Gerade unter diesem Aspekt sei es sachdienlich, eine Rechtsform zu etablieren, die von Beginn an mit der Kooperation „wachsen“ könne. Hierauf wurde zunächst die große Bedeutung kleinerer Kooperationen betont, die diese schon allein aufgrund ihrer bloßen Anzahl besitzen. Daher sei es angebracht, Organisationsprozesse zu etablieren, die zu einem strukturierteren Ablauf solcher Kooperationen beitragen, etwa durch die Zurverfügungstellung eines

Musterdokuments, das sich mit den grundlegenden Fragen wie der Haftung beschäftigt. Nicht beinhalten solle ein solches Musterdokument dagegen Fragen bezüglich der Governance-Struktur. Entscheidend für eine verbesserte Forschungspraxis sei letztlich das Vorhandensein möglichst leicht handhabbarer Instrumente von Seiten des Gesetzgebers.

Florian Schulz promoviert im Bereich des Gesellschaftsrechts am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Max-Emanuel Geis

Forschungskooperationen: Öffentliches oder Zivilrecht? – Positionsbestimmungen und Regelungszuständigkeiten –¹

ÜBERSICHT

I. Notwendigkeit einer neuen Rechtsform?

II. Öffentlich-rechtliche Anknüpfungen

III. Zivilrechtliche Anknüpfungen

1. Kooperationsverträge

2. Gesellschaftsverträge

3. Modell Partnerschaftsgesellschaftsgesetz?

IV. Fazit

I. Notwendigkeit einer neuen Rechtsform?

Forschungskooperationen haben derzeit hohe Konjunktur. Dafür gibt es endogene und exogene, jedenfalls aber heterogene Gründe. Dabei ist das „Urmodell“, die Kooperation als schlichter Mehrwert einer Kumulation von Forschungsinteressen, nur noch eine unter verschiedenen Beweggründen. Hochschulpolitische Gründe sind mittlerweile ein wesentlicher Faktor geworden. Mehr oder weniger erzwungen ist die Kooperation zwischen medizinischen Fakultäten und Universitätsklinik in den Bundesländern, in denen letztere nach 2006 zu eigenständigen Rechtsträgern (meist Anstalten des öffentlichen Rechts) ausgegliedert wurden (sog. „Kooperationsmodell“ bzw. „Trennungmodell“).² Dagegen verspricht die Einbeziehung außeruniversitärer Forschungseinrichtungen im Rahmen der Exzellenzinitiative der Universitäten als Faktoren eines „starken“ Standorts Wettbewerbsvorteile. In deren dritten Auflage werden zudem Exzellenzcluster in Gestalt von Forschungsverbänden dezidiert begünstigt. Kooperationsdruck entsteht aber im Gegenzug auch für die außeruniversitären Forschungsorgani-

sationen durch die Entscheidungskriterien der gemeinsamen Wissenschaftskonferenz für die Aufnahme in die gemeinsame Bund-Länder-Förderung nach Art. 91b GG sowie verschiedene Empfehlungen des Wissenschaftsrats. So entstanden die Deutschen Zentren für Gesundheitspflege (DZG)³, bei denen die Helmholtz-Gemeinschaft (HHG) eine gewisse Präponderanz ausübt, während die Leibniz-Gemeinschaft (WGL) vor allem auf die Errichtung sog. Wissenschaftscampi zusammen mit örtlichen oder benachbarten Partneruniversitäten setzt.⁴ Damit soll auch der viel kritisierten „Versäulung“ des Wissenschaftssystems begegnet werden.

Freilich sind Forschungskooperationen keine neue Erscheinung: Schon § 2 Abs. 6 HRG verpflichtete die Hochschulen zur Kooperation untereinander sowie mit staatlichen bzw. staatlich geförderten Einrichtungen. Im Bereich der Forschung (die Lehre soll hier einmal ausgeblendet werden) betrifft dies in erster Linie die - bereits erwähnten - außeruniversitären Forschungsinstitute der großen Wissenschaftsorganisationen⁵, jedoch auch die sog. Ressortforschungseinrichtungen des Bundes und der Länder.⁶ Weit verbreitet ist natürlich eine Kooperation von Hochschulen mit privaten Einrichtungen, für die als Paradigma das privatrechtlich verfasste An-Institut stehen mag. Last but not least ist die Zusammenarbeit mit eigenen Forschungsabteilungen großer Industriefirmen zu nennen.⁷ Gerade Kooperationen zwischen Hochschulen und der Industrie spielen seit langer Zeit eine große Rolle, die durch die Implementation des Wettbewerbsprinzips und des Neuen Steuerungsmodells im Hochschulbereich⁸ durch den Zwang zur Drittmittelgenerierung, aber auch die gesetzliche Verpflichtung

1 Vortrag auf dem Symposium „Forschungskooperationen“ am 5./6. 10. 2017 in Berlin. Die Vortragsfassung wurde (bei einigen Ergänzungen) weitgehend beibehalten. Für wertvolle Hilfe bei der Materialsammlung danke ich Frau Anja Neßler, wiss. Mit., sehr herzlich.

2 Übersicht bei Sandberger, in: Geis (Hrsg.), Hochschulrecht in Bund und Ländern. Heidelberger Kommentar, Bd. 3, Hochschulmedizin und Universitätsklinik, Rdn. 262. Vgl. auch Wissenschaftsrat, Allgemeine Empfehlungen zur Universitätsmedizin, 2007, Anlage, S. 47 f.

3 Vgl. dazu Wissenschaftsrat, Empfehlungen zur Weiterentwicklung der Deutschen Zentren der Gesundheitsforschung, 2017, S. 17.

4 Übersicht bei: <https://www.leibniz-gemeinschaft.de/forschung/leibniz-wissenschaftscampi/>.

5 Vgl. Epping, in: Geis (Hrsg.), Hochschulrecht in Bund und Ländern. Heidelberger Kommentar, Bd. 1, § 2 HRG, Rdn. 48 mwN Meusel, Außeruniversitäre Forschung im Wissenschaftsrecht, 2. Aufl. 1999, § 2 Rdn. 13 ff.

6 Informativ Barlösius, Ressortforschungseinrichtungen – Forschung im staatlichen Auftrag, in: Simon/Knie/Hornboßel/Zimmermann (Hrsg.), Handbuch Wissenschaftspolitik, 2. Aufl. 2016, S. 570 ff.

7 Namentlich im Elektro-, Chemie- und Automobilkonzern. Als Beispiel unter vielen sei das Center of Knowledge Interchange (CKI), genannt, das von der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg (FAU) und der Siemens AG getragen wird.

8 Vgl. Geis/Bumke, Universitäten im Wettbewerb, VVDStRL 69 (2010), S. 364 ff., 407 ff.

zum Wissens- und Technologietransfer (vgl. § 2 Abs. 7 HRG) noch forciert worden sind. Auch ist nach langen Jahren der bereits genannten „Versäulung“, also der Auseinanderbewegung der universitären und außeruniversitären Forschung, die (begünstigt durch die im Rahmen der Föderalismusreform 2006 verunglückte – mittlerweile „sanierte“⁹ – Fassung des Art. 91b GG) durch das Wissenschaftsfreiheitsgesetz vom 2.12.2012¹⁰ noch verstärkt worden ist, ein Pendelumschlag hin zur forcierten Zusammenarbeit festzustellen. Allerdings bringt dies wiederum – etwa im Kontext der aktuellen Bedingungen der Exzellenzstrategie – „strategische Vernunftfehen“ (man kann auch sagen: Beutegemeinschaften) mit sich, die im „Konvoi-Modell“ die Hürde der dann erforderlichen drei Exzellenz-Cluster¹¹ zu überwinden trachten (ob dabei immer ein intrinsisches Kooperationsinteresse dahintersteht, sei hier dahingestellt).

Eine kleine Typologie mag die Vielfalt unterschiedlicher Kooperationen verdeutlichen:

- staatliche Hochschulen + private Unternehmen der Industrie und des Gewerbes
- staatliche Universitäten + Universitätskliniken als Anstalten des öffentlichen Rechts (sog. „Trennungsmodell“)¹²
- staatliche Hochschulen + außeruniversitäre Forschungseinrichtungen in öffentlich-rechtlicher Rechtsform (Beispiel: FÖV Speyer, Freiherr-vom Stein-Institut Münster)
- staatliche Hochschulen + außeruniversitäre Forschungseinrichtungen in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft, aber privater Rechtsform (meist als GmbH, z.B. Forschungszentrum Jülich/JARA, oder als gGmbH, z.B. ILS Dortmund)
- staatliche Hochschulen + außeruniversitäre Forschungseinrichtungen in privater Trägerschaft, die aber staatlich finanziert werden (MPG, HHG, WGL, Fraunhofer)
- staatliche Hochschulen + Ressortforschungseinrichtungen (Beispiel: Robert-Koch-Institut, DWD, BAM, BBSR)

Diese Typen können sich auch überlappen und vermischen, zudem sind alle Varianten unter Einbeziehung privater Hochschulen vorstellbar. Die jeweilige Konstellation hat freilich nicht unerhebliche Auswirkungen auf die rechtlichen Rahmenbedingungen: So unterliegen Kooperationen öffentlich-rechtlicher Partner fraglos auch den öffentlich-rechtlichen Bindungen, namentlich dem Haushaltsrecht und dem Personalrecht, den grundrechtlichen Vorgaben und der Rechtsaufsicht. Auch bei Verwendung privater Rechtsformen entfallen nicht alle öffentlich-rechtlichen Pflichten („keine Flucht ins Privatrecht“¹³). In abgeschwächter Form gilt dies auch für privatrechtliche Kooperationspartner, die überwiegend oder laufend aus staatlichen Mitteln finanziert werden (also alle Fälle der gemeinsamen Bund-Länder-Förderung nach Art. 91b GG), insb. hinsichtlich der Haushaltsverantwortlichkeit, vergaberechtlicher Bindungen etc. Im Gegenzug unterliegen Ressortforschungseinrichtungen grundsätzlich einer strikten Ministerialkontrolle, die rein rechtlich nicht eingeschränkt ist und nur durch eine freiwillige ministerielle Zurückhaltung inhaltlich Freiräume gestattet. Rein dogmatisch unterfallen die Ressortforschungsinstitute als Teil des Staates ja nicht dem Schutz der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG; gleichwohl soll ihnen nach den Empfehlungen des Wissenschaftsrates ein gewisser faktischer Autonomiebereich zustehen (die sog. „Vorlauftforschung“), um den Anschluss an den „state of the art“ halten zu können („Autonomiedilemma“)¹⁴, was freilich je nach Sichtweise und Tradition des zuständigen Ressorts sehr unterschiedlich gehandhabt wird. Insofern kann ein koalitionsbedingter Neuzuschnitt eines Ressortwechsels für ein nachgeordnetes Ressortforschungsinstitut üble Folgen haben, wie es 2013 beim BBSR zu beobachten war. Bei Industriekooperationen tritt hingegen das Problem der Gleichzeitigkeit paralleler und gegenläufiger Interessen auf,¹⁵ vor allem hinsichtlich der Publikations- (LOM, Impactfaktor!) und Verwertungsrechte, und der Einbindung der beteiligten hauptamtlichen Forscher (negative Publikationsfreiheit, Altschutzrechte).

9 Neufassung des Art. 91b durch das 60. G. zur Änderung des GG v. 23.12.2014 (BGBl. I, 2438); dazu *Seckelmann*, „Föderalismusreform III im Wissenschaftsbereich? – Zur Ermöglichung weiterer föderaler Kooperation“, NVwZ 2015, 248 (249).

10 BGBl. I, 2457; zul. geändert 31.8.2015 (BGBl. I, 1417, 1495)

11 Vgl. dazu § 4 Abs. 1 Satz 6 der Verwaltungsvereinbarung zwischen Bund und Ländern gemäß Artikel 91b Absatz 1 des Grundgesetzes zur Förderung von Spitzenforschung an Universitäten – „Exzellenzstrategie“ – v. 19.10.2016.

12 Im sog. „Bochumer Modell“ fungieren kirchliche oder kommunale Kliniken als Universitätsklinikum (Bochum, Mannheim, Oldenburg). Der bisher einzige Fall eines UK in rein privater Trägerschaft ist der des UK Gießen/Marburg.

13 So etwa BGH NVwZ 2010, 531, 533 ff.; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 3 Rdn. 26 ff.

14 Vgl. *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen zur Rolle und künftigen Entwicklung der Bundeseinrichtungen mit FuE-Aufgaben, 2007; Empfehlungen zur Profilierung der Einrichtungen mit Ressortforschungsaufgaben des Bundes (Drs. 10295-10), 2010.

15 Eine ausgewogene Lösung versuchen u.a. die „Berliner Vertragsbausteine“ von 2002/2003 oder der aktuelle Musterkooperationsvertrag des BMWi (vgl. Fn. 23).). Als Standardwerk in der Literatur für FuR-Verträge hat sich *Rosenberger/Wündisch* (Hrsg.), Verträge über Forschung und Entwicklung, 3. Aufl. 2017, etabliert. Aus Managementsicht *Hanebuth et al.* (Hrsg.), Forschungsk Kooperationen zwischen Wissenschaft und Praxis, 2015.

Gerade aus Letzterem wird allerdings auch deutlich, dass das Funktionieren einer Kooperation eines sicheren rechtlichen Fundaments bedarf, das die gegenseitigen Rechte und Pflichten hinreichend genau definiert, das eine gemeinsame Willensbildung und dafür erforderliche Organe und deren Kreation vorsieht, das Leistungsstörungen und Haftung¹⁶ im Blick hat u.v.a. So wird schon die Frage, ob und wenn ja welche Pflichten in einem synallagmatischen Verhältnis zueinanderstehen, nicht so einfach zu fixieren sein.

So vielfältig die Kooperationsmodelle indes sind, so uneinheitlich ist auch ihr rechtliches Gewand. Es reicht von „einfachen“, zweiseitigen Kooperationsabkommen bis hin zu komplizierten Schachtelkonstruktionen mit Mantelverträgen und Spezialabreden, von einfachen Vereinsmodellen bis zu (allerdings eher seltenen) hoch ausdifferenzierten Gesellschaftsverträgen.¹⁷ Es überwiegen gleichwohl die ad hoc oder anhand von einfachen Musterverträgen zusammengebastelten Typen. Die dabei verfolgten Kooperationsmodelle werden jedoch den Anforderungen, die das legendäre Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Niedersächsischen Vorschaltgesetz aufgestellt hatte¹⁸ (und seitdem immer wieder bekräftigt wurden) kaum gerecht; namentlich die maßgebliche Beteiligung der Hochschullehrer an Fragen, die unmittelbar die Forschung betreffen, wird in der Vertragsgestaltung (Festlegung von Forschungszielen als Vertragszweck und –inhalte in welchem Verfahren und durch wen?) selten berücksichtigt. Da in vielen der aufgelisteten Kooperationsformen die öffentlich-rechtlichen Partner dominieren, ist zunächst zu klären, ob sich eher öffentlich-rechtliche oder eher privatrechtliche Rechtsformen anbieten; *Eberbach/Hommelhoff/Lappe* haben dies in dieser Zeitschrift bereits vor einem Jahr thematisiert¹⁹ und einen Mindestkatalog von Kriterien aufgestellt, den die Governance einer Kooperation heutzutage erfüllen sollte: Dazu zählt der Primat der wissenschaftlichen Leitung (vor einer kaufmännischen) in Forschungsfragen, weiter eine Aufteilung der Leitung auf Organe der Kooperationspartner (etwa einer Trägerversammlung) und der beteiligten Wissenschaftler/Wissenschaftlerinnen („Forscherversammlung“) sowie die Existenz eines Wissenschaftlichen Beirats. Insgesamt

muss die Vertragsstruktur die Rechte und Vorgaben, die aus Art. 5 Abs. 3 GG folgen, wahren und – entsprechend der Judikatur Bundesverfassungsgerichts zur Organstruktur – eine „strukturelle Gefährdung“ der Wissenschaftsfreiheit verhindern.²⁰

II. Öffentlich-rechtliche Rechtsformen

Der Einsatz öffentlich-rechtlicher Rechtsformen sind dabei deutlich limitiert. Zunächst ist zu unterscheiden, ob sich die Kooperation auf eine Vereinbarung zwischen den Rechtssubjekten besteht, oder ob eine neue juristische Person als eigener Rechtsträger geschaffen werden soll. Handelt es sich im ersteren Fall um öffentlich-rechtliche Vertragspartner, wäre theoretisch ein (koordinationsrechtlicher) öffentlich-rechtlicher Vertrag denkbar.²¹ Dieser bietet allerdings gegenüber einem zivilrechtlichen Vertrag konkret keinerlei Vorteile, zumal bezüglich der inhaltlichen Abwicklung § 62 Abs. 2 VwVfG ohnehin weitgehend auf das BGB verweist.

Beabsichtigt man dagegen – etwa aus Gründen der Rechtsklarheit im Rechtsverkehr – die Schaffung eines neuen Rechtsträgers, kommen im Prinzip nur die Formen des Zweckverbands oder des Kooperationsunternehmens (regelmäßig als Anstalt des öffentlichen Rechts) in Frage. Diese können allerdings nicht ohne weiteres gegründet werden, da sie als Hoheitsträger einer gesetzlichen Grundlage bedürfen. Bislang existieren entsprechende Vorschriften nur im Kommunalrecht²²; eine Analogie ist nicht möglich. Auch eine grundsätzlich denkbare Stiftung des öffentlichen Rechts bedarf einer (landes-) gesetzlichen Grundlage.

Auch inhaltlich ist von öffentlich-rechtlichen Formen abzuraten. So sind die Mitglieder eines Zweckverbands zwar nicht auf juristische Personen des öffentlichen Rechts beschränkt, so dass an der Kooperation auch private Dritte teilnehmen könnten. Zweckverbände unterliegen aber allen öffentlichen Bindungen wie dem Haushaltsrecht, dem Vergaberecht und der Staatsaufsicht (die gesetzlich immerhin ganz oder teilweise auf Rechtsaufsicht beschränkt werden könnte). Größtes Hindernis ist allerdings, dass die Verbandsmitglieder eine unbegrenzte Umlagepflicht trifft (Gewährleistungst

16 Hier tun sich noch weite Forschungsfelder auf, zumal in diesem Bereich so gut wie keine Judikatur vorliegt; *Rosenberger/Wündisch* (Fn. 14), widmen etwa der Gewährleistung gerade eine Seite.

17 Vgl. den DFG-Musterkooperationsvertrag (Nr. 41.026) einerseits, die mehrhundertseitige Konsortialverträge im Fall des privaten UK Gießen-Marburg andererseits, vgl. dazu ausf. Wissenschaftsrat, Stellungnahme zur Entwicklung der universitätsmedizinischen Standorte Gießen und Marburg nach Fusion und Privatisierung der Universitätsklinik, 2010, S. 13.

18 BVerfGE 35, 79 (132 f.).

19 *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, Eine Kooperationsform für die Wissenschaft, *OdW* 2017 (Heft 1), S. 1 ff.; Kurzfassung in: *Forschung und Lehre*, 2017, 126 f.

20 BVerfGE 136, 338 sub II (Rdn. 62).

21 Dazu *Reimer*, Mehrseitige Verwaltungsverträge, *Verwaltungsarchiv* 94 (2003), 543 ff.

22 Vgl. *Geis*, *Kommunalrecht*, 4. Aufl. 2016, § 12 Rdn. 70, § 21 Rdn. 26 ff.

rägerhaftung).²³ Außerdem sind Zweckverbände wegen der föderalen Verwaltungshoheit immer auf ein bestimmtes Landesverwaltungsrecht bezogen, was länderübergreifende Kooperationen deutlich erschwert. Sie müssten sich auf ein Sitzland und das entsprechende Landesrecht²⁴ festlegen, die dann – föderalistisch gebotene – Einbindung anderer Trägerländer führt zu komplizierten und vielleicht sogar inkompatiblen Governancestrukturen. Sind dann z.B. andere Länder oder ihnen nachgeordnete juristische Personen Verbandsmitglieder, unterfielen sie der Staatsaufsicht des Sitzlandes, was zu föderalistischen Unwuchten führen kann, was wiederum einen Verstoß gegen den aus der Bundestreue abgeleiteten Grundsatz länderfreundlichen Verhaltens verstieße.²⁵ Das wohl größte Manko wäre allerdings, dass eine direkte Einbindung von Wissenschaftlern und Wissenschaftlerinnen als den maßgeblichen Repräsentanten der Forschung in Entscheidungsorgane eines Zweckverbands nicht möglich ist, da diese gesetzlich limitiert sind; hier ließe sich lediglich ein beratendes Gremium („Beirat“) konstruieren, was mit dem objektiven Schutz der Wissenschaftsfreiheit gemäß den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts kaum vereinbar wäre.²⁶

Auch bei einer Anstalts- oder Stiftungslösung tauchen diese Probleme vice versa auf. Damit sind öffentliche Rechtsformen für eine Kooperation eher untauglich,²⁷ zumal – wie erwähnt – die gesetzlichen Grundlagen hierfür noch geschaffen werden müssten und wegen der föderalen Verwaltungshoheit für jedes Bundesland gesondert.

III. Zivilrechtliche Rechtsformen

Damit verlagert sich das Augenmerk auf zivilrechtliche Konstruktionen. Auch hier ist zu unterscheiden, ob die Art der beabsichtigten Zusammenarbeit in einem Kooperationsvertrag abgebildet werden kann, oder ob die Kreation eines neuen Rechtsträgers vorzuziehen ist.

1. Kooperationsverträge

Auf den ersten Blick scheint ein klassischer Austauschvertrag die einfachste Lösung zu sein. Dabei wird es sich

regelmäßig um einen untypischen gemischten Vertrag handeln (ohne die einzelnen Pflichten jetzt in die Vertragstypen des BGB einordnen zu wollen). In der Realität existieren viele solche Verträge, die meist durchaus knapp, im Sinne wohlklingender Absichtserklärungen, aber nur beschränkt ausdifferenzierender Vertragskonvolute formuliert sind.²⁸ So liegen auch den sog. „Leibniz-Wissenschaftscampi“ letztlich zwei- oder mehrseitige Kooperationsverträge zugrunde, da eine eigene Rechtspersönlichkeit nicht beabsichtigt ist. Zwar ist diese Konstruktion nicht als solche problematisch, sie kann aber doch deutliche Probleme nach sich ziehen. Zum einen werden Gewährleistungs- und Haftungsfragen entweder durchweg ausgeblendet oder nur rudimentär geregelt²⁹; insoweit wäre dann – durchaus kompliziert – zu entscheiden, welche zivilrechtlichen Normen im Falle eines Falles zur Anwendung kommen – die Frage des Synallagmas wurde bereits erwähnt. Zum zweiten bietet das klassische Zivilrecht typischerweise „bipolare“ Verträge an, die dann zwischen Hochschule und außeruniversitärer Einrichtung geschlossen werden. Die Einbindung der einzelnen Wissenschaftler in das Vertragsverhältnis kann dabei durchaus Probleme aufwerfen, kann dieser doch infolge seines Grundrechts auf (negative) Forschungsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) nicht einfach zu einer konkreten Kooperation verpflichtet werden, weder im Hauptamt noch als Nebenamt. Im Gegenzug kann er auch nicht dienstrechtlich gezwungen werden, „Altschutzrechte“ (d.h. ihm zustehende Patente, die vor der Änderung des § 42 ArbErfG entstanden sind), einzubringen, sei es mit, sei es ohne Vergütung. Auch stellt sich die Frage, ob es dogmatisch sachgerecht ist, den Forscher, der ein Forschungsprojekt in der Sache eigenverantwortlich trägt, gleichwohl als Erfüllungsgelhilfen des Vertragspartners Hochschule i.S. § 278 BGB zu qualifizieren. Einen (seinerzeit) innovativen Versuch, die Forscher in den Vertragskomplex „auf Augenhöhe“ einzubeziehen, und dabei die „negative Forschungsfreiheit“ konsensual zu entschärfen, waren die 2002/2003 für den Bereich von Industriekooperationen entwickelten „Berliner Vertragsbausteine“, die im Kern einen trilateralen Vertrag zwischen Hochschule, Forscher und Kooperationspartner vorsehen.³⁰ Diese regeln zwar die Primär- und Sekundärpflichten relativ ausführlich, enthalten aber

23 Geis (Fn. 20), § 21 Rdn. 34.

24 Ähnliche Beispiele sind der Akkreditierungsrat und die Stiftung für Hochschulzulassung, jeweils als öffentlich-rechtliche Stiftung nach dem Landesrecht Nordrhein-Westfalen.

25 Vgl. zu dieser Problematik Kahl, Die Staatsaufsicht, 2000, S. 524 ff., 553.

26 BVerfGE 35, 79 (132 f.); st.Rspr., zuletzt BVerfGE 141, 143 = NVwZ 2016, 675 – Akkreditierung.

27 Ebenso Eberbach/Hommelhoff/Lappe, OdW 2017, 1 (3 f.)

28 Z.B. der Muster-Kooperationsvertrag der DFG (Nr. 41.026).

29 So regelt zwar der Muster-Kooperationsvertrag der DFG (Nr. 41.026) einen gegenseitigen Haftungsverzicht, nicht jedoch das Problem der Außenhaftung, Regressforderungen an den Partner sind auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit begrenzt (§ 8).

30 Die Erfahrungen hieraus sind eingeflossen in: Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Mustervereinbarungen für Forschungs- und Entwicklungskooperationen, 3. Aufl. 2017; download unter: http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/mustervereinbarung-f-und-e-kooperationen.pdf?__blob=publicationFile&v=12, zul. abgerufen am 2.1.2018.

weder Bestimmungen zu Leistungsstörungen und Haftung, die in einem tri- oder auch multilateralen Vertragsverhältnis höchst diffizil zu bestimmen sind.³¹ Bis heute klafft hier ein nur unzureichend behandeltes dogmatisches Loch.³²

Ein verstecktes, aber höchst kniffliges Problem könnte sich zudem aus der praktischen Durchführung der Forschungsk Kooperation ergeben. Forschungseinrichtungen neigen nicht zu vertiefter juristischer Analyse. So ist es denkbar, dass juristisch zwar ein bi- oder trilateraler Kooperationsvertrag vorliegt, im Rechtsverkehr nach außen aber der Anschein einer handlungsfähigen Einheit vermittelt wird – etwa durch die Verwendung einer „Quasi-Firma“ oder eines für die Kooperation geschaffenen Logos, durch Bestimmungen über gemeinsame Organe, etwa einer Forscherversammlung beider Kooperationspartner, oder durch ein gemeinsames, von nicht näher bestimmbareren Gremien entwickeltes Forschungskonzept (sog. Identitätsausstattung). So wäre es beispielsweise keinesfalls abwegig, hinter einem „Wissenschaftscampus“ eine selbstständige, rechtsfähige Einheit zu vermuten. Mit anderen Worten: Für den Rechtsverkehr entsteht der Rechtsschein der Existenz einer Trägerperson. In diesem Fall kann das grundsätzlich als Internum gedachte zwei- oder mehrseitige Kooperationsverhältnis in eine (unerkannte) Außen-GbR (Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach §§ 705 ff. BGB), „umschlagen“³³ – mit gravierenden Folgen für die Kooperationspartner: Diese haften dann unbeschränkt auch für Verbindlichkeiten des Kooperationspartners (akzessorische Gesellschafterhaftung) nach § 128 HGB analog. Gleichzeitig führt sie dies in ein rechtliches Dilemma: Nach den Vorschriften des Haushaltsrechts (exemplarisch § 65 Abs. 1 Zf. 2, 3 i.V.m. § 105 Abs. 1 BHO, LHO NRW) dürfen sich juristische Personen des öffentlichen Rechts aber nur dann an zivilrechtlichen Gesellschaften beteiligen, wenn der (auch konkludente) Gesellschaftsvertrag eine Haftungsbeschränkung auf das gemeinsame Vermögen vorsieht; auch müssen sie sich angemessene Einwirkungsrechte auf die Gesellschaft, etwa durch Entsendung von Repräsentanten in Geschäftsführungen oder Aufsichtsräten, vorbehalten.³⁴ Beide Erfordernisse würden in einer Außen-GbR unterlaufen.

Damit scheiden rein vertragliche Lösungen jedenfalls dann aus, wenn die Forschungsk Kooperation als Einheit

nach außen, namentlich im Rechtsverkehr, auftreten soll oder zumindest diesen Eindruck erwecken könnte (insb. durch eine institutionalisierte Beteiligung der Forscher, die sich aus allen Kooperationspartner rekrutieren).

2. Gesellschaftsformen

Da mithin reine Kooperationsverträge mit erheblichen Unwägbarkeiten behaftet sind, sind Gesellschaftsformen in den Blick zu nehmen. Dabei scheiden Personengesellschaften wie die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) nach dem Vorstehenden grundsätzlich aus, da sie keine Haftungsbeschränkung ermöglichen. Auch die Rechtsformen der oHG und der KG kommen abgesehen von der Haftungsfrage schon deswegen nicht in Betracht, weil Forschungsk Kooperationen nicht dem Handel dienen und daher keine Handelsgesellschaften sind. Etwas anders ist es indes bei der GmbH & Co. KG, da diese Konstruktion immerhin eine Haftungsbeschränkung im haushaltsrechtlichen Sinne ermöglicht. Denkbar wäre dabei sogar die Errichtung einer sog. Einheitsgesellschaft, bei der die Kooperationspartner zunächst eine GmbH gründen, und ihre jeweiligen GmbH-Anteile als Kommanditeinlage einbringen; die GmbH kann dann als reine Haftungsgesellschaft ohne eigenes Geschäftsbaren auftreten, während die Hochschule und der Kooperationspartner als Kommanditisten das Handlungsmoment behalten. Dies kann auch steuerliche Vorteile haben, da die KG nicht der Körperschaftsteuerpflicht unterworfen ist (allerdings der Gewerbesteuerpflicht). Insofern kommt es darauf an, ob die Forschungsk Kooperation auch auf eine Gewinnerzielung ausgerichtet ist (insb. bei Transferkooperationen mit Industriepartnern). Freilich dürfte das Auftreten einer GmbH&Co KG in der akademischen Welt bislang als mindestens merkwürdig angesehen werden und nur von bedingter Vertrauenswürdigkeit sein. Insbesondere für eine Hochschule dürfte die Rolle einer Kommanditistin ungewohnt sein, zumal sie durch dann zur kaufmännischen Buchführung und zur Erstellung von Abschlüssen verpflichtet ist. Auch die sachgerechte Bestimmung der Kompetenzen der GmbH-Geschäftsführer ist kompliziert. Gleichwohl könnte es sich lohnen, diesen Weg weiter zu verfolgen.

Letztlich dürfte es allerdings bei Forschungsk Kooperationen doch auf eine Kapitalgesellschaft hinauslaufen; dabei scheidet die Form der Aktiengesellschaft schon deswegen

31 Vgl. dazu grdl. Zwanzger, Der mehrseitige Vertrag. Grundstrukturen, Vertragsschluss, Leistungsstörungen, 2013, insb. S. 255 ff., u. passim.

32 Ansätze bislang (nur) bei Reimer (Fn. 21), 543 ff., und Zwanzger (Fn. 31), passim.

33 Vgl. dazu die Grundsatzentscheidung BGH, U.v. 29.11.2001, II ZR 331/00 = BGHZ 146, 341ff.; aus der Lit. ausführlich Schäfer,

in Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 7. Aufl. 2017, § 705, Rdn. 303ff.

34 Zur parallelen Rechtslage im Kommunalbereich v. Mutius, Kommunalrecht, 1995, Rdn. 505; Gern, Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2003, Rdn. 758; Geis, Kommunalrecht, 4. Aufl. 2016, § 12 Rdn. 71.

aus, weil aufgrund der Formenstrenge neben der Hauptversammlung der Kooperationspartner kein zusätzliches beschließendes Organ der Wissenschaftler möglich wäre.

Als Königsweg bietet sich daher – wenig überraschend – die GmbH an. Sie bietet den Vorteil weitgehender inhaltlicher Gestaltungsfreiheit, insb. hins. der Konstruktion der Organe. So ist eine Beteiligung der Forscher in einem kollektiven Organ neben Geschäftsführer und Gesellschafterversammlung (Trägerversammlung) im Rahmen des Gesellschaftsvertrags konstruktiv denkbar.³⁵ Auch kann die (wissenschaftliche) Geschäftsführung durch einen Wissenschaftler erfolgen. Die Ergänzung durch einen kaufmännischen Geschäftsführer wird in diesem Fall allerdings dringend empfohlen, nicht nur wegen der Vermarktung möglicher Forschungsergebnisse, sondern auch wegen des Umfangs der zu erwartenden Verwaltungsaufgaben; ein beamteter Wissenschaftler könnte im Hauptamt insoweit überfordert sein, alternativ aber auch an nebensätigkeitensrechtliche Grenzen stoßen.³⁶

Ein zusätzlicher Vorteil ist, dass Forschungsk Kooperationen zugleich nach § 51 Abs. 2 Nr. 1 AO die Voraussetzungen einer gemeinnützigen GmbH („gGmbH“)³⁷ erfüllt, was zum Entfall der Körperschafts-, Gewerbe- und gegebenenfalls auch der Umsatzsteuer führt³⁸ und zur Ausstellung von Zuwendungsbestätigungen für Spenden berechtigt.³⁹ Freilich setzt die GmbH im Interesse des Gläubigerschutzes eine (ohnehin geringe) Mindesteinlage von 25.000 € voraus, die allerdings in Ansehung der Kooperationspartner kein zentrales Problem sein dürfte.

Eine Haftungsbeschränkung auf ein Vermögen ohne Mindestkapital (wie etwa bei der britischen limited) hat im deutschen Recht keine Tradition und wäre insoweit auch ein gewisser Systembruch. Allerdings hat die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV, zuvor Art. 43, 48 EGV) nach der Rechtsprechung des EuGH zur Folge, dass kapitallose „limiteds“ mit Sitz in GB (insbesondere auch Briefkastenfirmen) im EU-Ausland als rechts- und parteifähig handeln können und Zweigniederlassungen gründen zu können, ohne den dort geltenden Mindestkapital-, Publizitäts- und Offenlegungspflichten unterworfen zu sein.⁴⁰ Der deutsche Gesetzgeber hat darauf mit der Schaffung der „Unternehmergesellschaft haf-

tungsbeschränkt“ – UG reagiert (§ 5a GmbHG), die ein anfängliches Minimalkapital mit einer Haftungsbeschränkung verbindet, allerdings Entnahmen untersagt, solange ein Mindestkapital von 25.000 € nicht erreicht ist. Tatsächlich wird die Rechtsform der UG gelegentlich für Spin-off-Ausgründungen von Hochschulen verwendet. Für „echte“ Forschungsk Kooperationen eignen sich ltd. und UG aber nur sehr bedingt: Bei der ltd. entsteht ein nicht unerheblicher Gründungsaufwand, sowie eine Buchführungspflicht sowohl im Sitzland als auch im Aufnahmeland, die personell zu gewährleisten ist. Doch auch die UG passt schon vom Erscheinungsbild nicht so recht auf Kooperationen mit staatlichen Partnern: Wäre es nicht merkwürdig, wenn eine Hochschule mit einem regelmäßig mehrstelligen Millionenhaushalt ihrer Kooperationspflicht „vollblütig“ mit einer einstelligen Mindesteinlage nachkommt und so ihr „großes“ Engagement dokumentiert?

3. Modell Partnerschaftsgesellschaftsgesetz?

Der bereits zitierte Aufsatz von *Eberbach/Hommelhoff/Lappe* in dieser Zeitschrift plädiert indes für eine andere Lösung: Zwar erkennen auch sie das zwingende Erfordernis der Haftungsbeschränkung an. Gleichwohl sollte die Forschungsk Kooperation eher personengesellschaftsrechtliche Züge aufweisen, um die Zurechnung individueller Forschungsleistungen an die jeweiligen Träger zu ermöglichen, statt sie bei einer für die Außenwirkung eher kryptischen GmbH anzusiedeln (dies ist vor allem für die Reputation der Einrichtungen, die Zurechnung der Drittmittelquote, die Berechnung leistungsorientierter Mittelzuteilung etc. von Bedeutung). Auch sei die Einbindung der kooperierenden Forscher in die Aufbau- und Ablauforganisation bei einem personengesellschaftlichen Modell besser möglich.

Seit 2013 gibt es im Zivilrecht eine weitere gesetzliche Regelung, die eine personenrechtliche Vereinigung mit einer Haftung auf das Gesellschaftsvermögen erlaubt: das Modell der haftungsbeschränkten Partnerschaftsgesellschaft, das insbesondere im Bereich von Rechtsanwalts-GbRs vorkommt. Nach der Intention des Gesetzgebers sollen personenrechtliche Vereinigungen möglich sein, bei denen eine Haftung jeden Gesellschafters wegen deren unterschiedlicher Spezialisierung rechtlich

35 Das dürfte auch ein maßgeblicher Vorteil gegenüber einem Idealverein, der eine konstitutive Beteiligung von Wissenschaftlern nur als Vereinsmitglieder zuließe.

36 Insbesondere im Hinblick auf die sog. „modifizierte Fünftelvermutung“; dazu *Geis*, Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2. Aufl. 2017, 3. Kap., Teil III, Rdn. 443.

37 § 4 S. 2 GmbHG; durch das Gesetz zur Stärkung des Ehrenamts vom 21.3.2013 (BGBl. I, 556) eingeführt.

38 § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG; § 2 Abs. 6 GewStG; § 4 Nr. 22 UStG (z.B. Tagungsbeiträge).

39 § 10b Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 EStG, § 50 EStDV; dazu BMF-Schreiben vom 6.2.2017 – Az. IV C 4-S 2223/07/0012, 21016/1033014.

40 EuGH, Urt. v. 9. 3. 1999, Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459 – Centros; EuGH, Urt. v. 5. 11. 2002, Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919 – Überseering; EuGH, Urt. v. 30. 9. 2003, Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10155 – Inspire Art.

unangemessen sei, weil die Partner die jeweils anderen Geschäftsbereich nicht überblicken und überwachen könnten.⁴¹ Allerdings ist auch in diesen Fällen der Gläubigerschutz gewahrt, da die Partnerschaftsgesellschaft nur in Berufsfeldern gegründet werden darf, in denen ohnehin eine Berufshaftpflichtversicherung vorgeschrieben ist (Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer). Um diese Rechtsform de lege ferenda auf Forschungsk Kooperationen übertragen zu können, müsste eine gesetzliche Pflicht der Forscher eingeführt werden, eine Berufshaftpflicht versichern. Dies erscheint allerdings eher unrealistisch: Zwar sind bestimmte Forschungsdisziplinen durchaus „gefahr geneigt“ (Naturwissenschaften, Technikwissenschaften), andere aber deutlich weniger (Geisteswissenschaften, Sozialwissenschaften). In den letzteren Fällen wäre eine obligatorische Berufshaftpflichtversicherung als Eingriff in die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) wohl kaum gerechtfertigt. Die Partnerschaftsgesellschaft ist daher nur sehr bedingt als Modell tauglich. Zwar entfällt gegenüber der Standard-GmbH die Gewerbesteuerpflicht (bei der gGmbH allerdings auch); außerdem besteht keine Beitragspflicht bei der IHK und keine handelsrechtliche Buchführungspflicht.⁴² Doch wird dies durch die öffentlich-rechtliche Rechenschaftspflicht und die damit verbundene Buchführungspflicht weitgehend sublimiert. Der Wegfall der Gewerbesteuer wird im Übrigen auch durch die Rechtsform der gGmbH erreicht. Schließlich ist auch die Integration von Organen, die die Forschungsautonomie repräsentieren, bei einer Rechtsform à la Partnerschaftsgesellschaft kaum vorstellbar.

Eine Verbindung von personengesellschaftsrechtlichen Elementen mit einer Haftungsbeschränkung nach dem Beispiel des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes lässt

sich daher auf Forschungsk Kooperationen nicht wirklich übertragen. Namentlich das Erfordernis einer Berufshaftpflichtversicherung stellt hier ein (Verhältnismäßigkeits-) Problem dar, ganz abgesehen davon, dass die Suche nach einem willigen Versicherer wegen der sehr überschaubaren Klientel schwierig sein dürfte, und selbst dann die Kosten für die Prämien einer Berufshaftpflichtversicherung mangels einer ausreichend großen Versichertenrisikogruppe mutmaßlich gigantisch wären.

IV. Fazit

Die rechtliche Regelung von Forschungsk Kooperationen ist mit den Mitteln des geltenden Rechts nur schwer abzubilden. Die gängige Praxis von bilateralen Kooperationsverträgen birgt erhebliche Risiken im Rechtsverkehr. Von (ohnehin nur de lege ferenda realisierbaren) öffentlich-rechtlichen Modellen ist ebenfalls dringend abzuraten. Aber auch das Partnerschaftsgesellschaftsgesetz erscheint als Modell nicht wirklich tauglich. Ziel führender scheint es zu sein, die Figur der gemeinnützigen GmbH wissenschaftsadäquat fortzuentwickeln, und dabei den Typus einer wissenschaftlichen GmbH zu entwickeln, die die eigentümliche Melange aus öffentlich-rechtlichen Bindungen und Freiheiten wissenschaftsadäquat abzubilden vermag.

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.

41 BT-Drs.17/10487, S. 1. Dazu auch *Römermann*, Die PartG mbB – eine attraktive Rechtsform für Freiberufler, NJW 2013, 2305; *Grunewald*, Die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung, GWR 2013, 393; *Hennsler/Trottmann*, Berufsrechtliche Besonderheiten bei der interprofessionellen Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung, NZG 2017, 314.

42 *Grunewald*, GWR 2013, 393.

Johannes Lappe

*Berichterstattung zur Diskussion zum Vortrag von
Herrn Prof. Dr. Geis: Forschungsk Kooperationen: Öff-
entliches oder Zivilrecht? – Positionsbestimmungen
und Regelungszuständigkeiten –*

Im Anschluss an den Vortrag von *Geis* wandte sich die Diskussion zunächst den Problemen einer etwaigen Gemeinnützigkeit eines Kooperationsvehikels zu (I.). Sodann wurden Fragen der Zurechnung eingeworbener Mittel und durch gemeinsame Publikationen erzielter Impactfaktoren erörtert (II.), bevor abschließend die grundsätzliche Frage nach Bedarf und Gestaltungsmöglichkeiten für eine neue Rechtsform für Wissenschaftskooperationen aufgegriffen wurde (III.).

I.

Angemerkt wurde zunächst, dass mit Blick auf den Grundsatz der Selbstversicherung des öffentlichen Rechts es wohl schwierig sei, eine Haftungsbeschränkung für wissenschaftliche Kooperationen kraft Haftpflichtversicherung zu etablieren. Interessant als Ausgangsbasis für wissenschaftliche Kooperationen sei daher auch der Verein. *Geis* entgegnete hierauf, dass der Verein zwar grundsätzlich ein taugliches Vehikel für eine Wissenschaftskooperation sein könne. Er habe aber Bedenken in Bezug auf die angestrebte Gemeinnützigkeit eines solchen Vereins, jedenfalls dann, wenn IP durch den Verein selbst verwertet werden solle. Dies würde er ad hoc als nicht möglich ansehen. In einem solchen Fall bedürfe es daher einer zusätzlichen Verwertungsgesellschaft. Eingewandt wurde sodann, dass ein Verein als Kooperationsvehikel auch nur in Betracht komme, wenn man diesen rechtsgestalterisch anpasse. Dann aber bestehe das gleiche Problem wie zum Beispiel bei einer GmbH: der Gestaltungsaufwand sei sehr hoch und die Gründung daher langwierig und schwierig. Ein Diskutant merkte an, dass die meisten Großforschungszentren als Vereine organisiert seien. Für Projekte eines solchen Formats sei der Verein durchaus eine denkbare Alternative. Weiter die (g)GmbH als Kooperationsvehikel betrachtend kam zur Sprache, dass eine Gewinnausschüttung aus der (g)GmbH sehr problematisch sei, sollten an der GmbH auch Industriepartner oder andere nicht gemeinnützige Partner beteiligt sein. *Geis* griff die-

sen Punkt auf und bestätigte, dass es, sobald Gewinne anfielen, die ausgeschüttet werden sollten, im Bereich der Gemeinnützigkeit problematisch würde. Hier bedürfe es auch einer Verwertungsgesellschaft. Eingeworfen wurde daraufhin, dass die vorgenannte Problematik den eingetragenen Verein als Kooperationsvehikel genauso treffe und auch zu „lösen“ sei.

II.

Sodann wandte sich die Diskussion dem Thema Mittelzurechnung zu, in concreto im Falle einer GmbH als Kooperationsvehikel. Es wurde gefragt, ob und wie sich die Träger einer GmbH die durch die GmbH eingeworbenen (Dritt-) Mittel zu statistischen Zwecken auch zurechnen lassen könnten. *Geis* führte daraufhin aus, dass eine Zurechnung der (Dritt-) Mittel zu den Trägern der Gesellschaft nur schwerlich möglich sei. Für das Problem der Mittelzurechnung gebe es keine Patentlösung. Im Grundsatz könnten Mittel nur einmal zugerechnet werden, sodass man sich entscheiden müsse, ob man die Mittel der Kooperation selbst oder einem Kooperationspartner zurechne. Faktisch sei dies aber ein Graubereich. Nichtsdestoweniger seine eine „doppelte Zurechnung“ nicht „sauber“ möglich.

Nicht nur im Rahmen der bereits angesprochenen Mittelzurechnung, so wurde ergänzt, würden Zurechnungen doppelt vorgenommen. Aus der Praxis sei auch bekannt, dass die Impactfaktoren gemeinsamen Publikationen sich faktisch jeder Kooperationspartner zurechnete. Auch hier gelte, so führte *Geis* aus, dass sich grundsätzlich jeder Professor entscheiden müsse, wo er sich Impactfaktoren gemeinsamer Publikationen anrechnen lasse. Angeregt wurde, dass mit einem etwaigen gesetzgeberischen Einschreiten die Zurechnungsproblematiken ebenfalls gelöst werden sollten. Dieser Vorschlag stieß auf Widerstand. Es erscheine sinnvoller, solche Fragen den jeweiligen Beteiligten im Einzelfall zu überlassen. Dann aber, so wurde wiederrum eingewandt, bestehe die Gefahr der taktischen Zurechnung von Mitteln

und Impactfaktoren aus „Rankingzwecken“. Dies sei indes auch nicht wünschenswert.

III.

Zum Schluss der Diskussion wurde die Grundsatzfrage nochmals aufgegriffen, ob es wirklich einer neuen Rechtsform für Wissenschaftskooperationen bedürfe. Aus der Praxis, so wurde berichtet, stoße dies auf Zustimmung, da es derzeit gestalterisch nicht möglich sei, immer eine passende Rechtsform „zu stricken“. *Geis* stimmte dem zu. Auch mit den derzeitigen Möglichkeiten des GmbH-Gesetzes sei eine passgenaue Lösung nicht immer zu erreichen. Jedenfalls eine Ergänzung des GmbH-Gesetzes für Wissenschaftskooperationen sei daher erstrebenswert. Die Forderung nach einer neuen Rechtsform sah sich allgemein bestätigt. Teilweise wurde jedoch betont, dass der auch zur Debatte gestellte Ansatz, eine neue Rechtsform auf personengesellschaftsrechtlicher Basis zu entwickeln, ebenfalls auf Gesprächen mit

und Erfahrungen aus der Praxis beruhte. Eingeworfen wurde daraufhin, dass auch das öffentliche Landesrecht mitunter, so z.B. in § 13a LHG BW, die Möglichkeit eines Zweckverbandes vorsehe. Zu fragen sei daher, ob ein solcher öffentlich-rechtlicher Zweckverband nicht auch als Rechtsform für Wissenschaftskooperationen dienen könne. *Geis* sah den hochschulrechtlichen Zweckverband nicht als praxismgerechte Lösung an. Dies folge insbesondere daraus, dass die notwendige öffentliche Aufsicht nahezu eine autonome Entwicklung des Verbands per se verhindere. Überdies bestehe das politische Problem bei etwaigen Kooperationen über Ländergrenzen hinweg, dass sich Universitäten wohl ungern „fremdem“ Landesrecht unterwerfen würden oder aber für jeden Einzelfall ein Staatsvertrag notwendig wäre, was ebenso wenig praxismgerecht sei.

Johannes Lappe ist wiss. Mitarbeiter am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg.

Stefan J. Geibel

Rechtsform und Zurechnungen zwischen Transparenz und Abschirmwirkung am Beispiel der Wissenschafts- und Forschungs Kooperationen¹

ÜBERSICHT

I. Einführung

II. Die herkömmliche rechtliche Qualifizierung von Wissenschafts- und Forschungs Kooperationen

1. Forschungs- und Entwicklungsverträge
2. Öffentlich-rechtliche Verträge
3. Treuhandstiftungen
4. Bewusst gewählte Verbandsformen
5. Andere Rechtsformen
6. Folgerungen für die Zurechnungen zwischen Transparenz und Abschirmwirkung

III. Die Gefahr einer „versteckten“ (Um-)Qualifizierung als Außen-GbR

IV. Überblick über die Zurechnungsprobleme für die Kooperationspartner

1. Grenzen der Beteiligung öffentlich-rechtlicher Kooperationspartner
2. Grenzen durch das Beihilfeverbot für öffentlich finanzierte Kooperationspartner
3. Grenzen durch das Kartellverbot für in Wettbewerb stehende Kooperationspartner
4. Umsatzsteuerrechtliche Folgen einer Rechtsfähigkeit der Kooperationspartner

V. Überblick über die Zurechnungsprobleme auf der Ebene der Kooperation

1. Etwaige Arbeitgeberbereitschaft der Kooperation und etwaige Arbeitnehmerüberlassung an sie
2. Zuordnung von geistigen Eigentumsrechten
3. Möglichkeit zu Organverfassung und zu Kooperationen unter gemeinsamer Leitung
4. Grenzen für den Steuervergünstigungsstatus der Kooperationspartner

VI. Überblick über die Zurechnungsprobleme auf der Ebene der Kooperation

1. Etwaige Arbeitgeberbereitschaft der Kooperation und etwaige Arbeitnehmerüberlassung an sie
2. Zuordnung von geistigen Eigentumsrechten
3. Möglichkeit zu Organverfassung und zu Kooperationen unter gemeinsamer Leitung
4. Steuerliche Zuordnungsprobleme auf der Kooperationsebene

VII. Die schwierige Aufgabe der Rechtsgestaltung und mögliche Zielformate *de lege ferenda*

1. Teilweise unüberwindliche Schwierigkeiten für die Rechtsgestaltung

2. Schlussfolgerungen für mögliche Zielformate *de lege ferenda*

I. Einführung

Wissenschafts- und Forschungs Kooperationen scheinen angesichts der Vielfalt der verschiedenen sondergesetzlichen Zurechnungen aus der Rechtsform gefallen. Wer sich die Frage vorlegt, ob es einer *de lege ferenda* eigenständigen Rechtsform bedarf und wie diese zugeschnitten sein müsste, muss zunächst untersuchen, wie derartige Kooperationen herkömmlich qualifiziert werden (II.). Wer untersucht, inwiefern diesen Kooperationen Rechtsfähigkeit zukommt, wird überrascht: die meisten dieser Kooperationen sind – häufig wider Willen – rechtsfähige Außengesellschaften bürgerlichen Rechts (III.). Das Hinzutreten eines neuen Rechts- und Pflichtenträgers in Gestalt der Kooperation selbst wirkt für die Zurechnung von Handlungen und Verhaltensweisen, Vermögensgütern, Einkünften, Arbeitgeberbereitschaften und anderem zahlreiche Fragen auf, deren praktischen Lösungen sich die Beteiligten häufig nicht widmen können, weil sich der gesellschaftsrechtlichen Qualifizierung nicht bewusst sind. Sind sich die Kooperationspartner dessen bewusst, stellen sich eine Reihe von – insbesondere beihilfenrechtlichen, kartellrechtlichen und steuerrechtlichen – Zurechnungsfragen auf der Ebene der jeweiligen Partner (IV.) und auf der Ebene der Kooperation selbst (V.). Dies mündet in die Frage nach den Aufgaben für die Rechtsgestaltung und etwaigen Zielformaten *de lege ferenda* (VI.).

II. Die herkömmliche rechtliche Qualifizierung von Wissenschafts- und Forschungs Kooperationen

Im Ausgangspunkt steht der Befund, dass die bislang verwendeten Rechtskleider für Wissenschafts Kooperationen häufig als unpassend empfunden oder dem tatsächlichen Gestaltungsbedarf der Kooperationspartner nicht vollständig gerecht werden.

1. Forschungs- und Entwicklungsverträge

Die am häufigsten gewählten Rechtsformen verschiedenartig gestalteter Forschungs- und Entwicklungsver-

1 Der Beitrag beruht auf einem Vortrag im Rahmen des Symposiums „Forschungs Kooperationen: Plädoyer für eine wissenschafts-

adäquate Rechtsform“ am 5./6.10.2017 in Berlin. Die Manuskriptfassung ist weitgehend beibehalten.

träge („FuE-Verträge“), erschöpfen sich in aller Regel nicht in einem rein schuldrechtlichen Austauschverhältnis zwischen den Kooperationspartnern untereinander, wie es an sich der vordergründige Dienst- oder Werkvertragscharakter verlangen würde.² Die Vertragspartner stehen vielmehr vor der praktischen Notwendigkeit, die Kooperationsebene organisationsrechtlich selbstständig zu verstehen und zu regeln und ihr in gewisser Hinsicht ein eigenständiges Auftreten im Rechtsverkehr zu ermöglichen. So erst können im Innenverhältnis verschiedene Wissenschaftskulturen und Akteure für einen Kooperationszweck eingebunden und integriert werden (insbesondere durch die Regelung gemeinsamer oder gestufter Leitungsstrukturen). Nur so kann im Außenverhältnis die Forschungsanwendung als „verlängerte Werkbank“ einer transnationalen Forschung³ in den Rechtsverkehr und an den Markt treten. Mit der Ausgestaltung als Organisationseinheit wird allerdings die Grenze eines rein schuldrechtlichen „FuE-Vertrages“ häufig überschritten.⁴

2. Öffentlich-rechtliche Verträge

Mit öffentlich-rechtlichen Verträgen können Rechtsverhältnisse auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts geregelt werden, die insbesondere einer Regelung durch Verwaltungsakt zugänglich sind. Sogar wenn nur öffentlich-rechtlich organisierte Partner kooperieren, wird sich eine Kooperation nur selten und allenfalls punktuell auf öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse beschränken. Die „Vereinbarungen“, zu deren Abschluss die Hochschulen landesgesetzlich angehalten werden,⁵ scheinen hauptsächlich auf privatrechtliche Vereinbarungen gemünzt zu sein.

3. Treuhandstiftungen

Treuhandstiftungen sind bildlich gesprochen „Sondervermögensschubladen“ auf der Ebene eines Kooperationspartners, können aber nicht ihrerseits Kooperationen tragen.⁶

4. Bewusst gewählte Verbandsformen

Unter den Verbandsformen wird die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) vor allem wegen ihrer ungünstigen Haf-

tungsverfassung für Wissenschafts- und Forschungs Kooperationen selten bewusst gewählt, noch am häufigsten für kleinere Ausgründungen aus universitären Instituten und dann nur für einen Übergangszeitraum bis zur Gründung einer anderen Verbandsform. Die Rechtsform der GmbH – auch in der steuerrechtlichen „Untervariante“ der gGmbH – findet sich erstaunlicherweise nur vereinzelt für Kooperationen größerer Forschungseinrichtungen, noch am ehesten bei Kooperationen unter Beteiligung von Industrieunternehmen.⁷ Obwohl im Rahmen mancher Forschungsverbände bestimmte Kooperationen in der Rechtsform des eingetragenen Vereins (e.V.) betrieben werden, ist diese Rechtsform in aller Regel unpassend, gewährt sie doch den Mitgliedern der Kooperation den freien Ein- und Austritt und erlaubt ihnen nicht die Entnahme von Gewinnen oder Rechten (etwa sog. *Joint Foreground IP*). Von der vom baden-württembergischen Landesgesetzgeber in § 6 Abs. 5 LHG vorgesehenen Möglichkeit eines hochschulrechtlichen Zweckverbandes ist im Bereich der Wissenschaftskooperation soweit ersichtlich noch kein Gebrauch gemacht worden, und es ist kaum zu erwarten, dass von ihr zukünftig reger Gebrauch gemacht wird. Denn die Errichtung eines solchen Zweckverbandes und die Aufhebung sowie jede Änderung der Verwaltungsvereinbarung bedarf der Zustimmung des Wissenschaftsministeriums; eine Satzungsautonomie wird durch § 6 Abs. 5 S. 7 LHG nur in dem engen, von der Verwaltungsvereinbarung abgesteckten Rahmen erlaubt.⁸

5. Andere Rechtsformen

Andere Rechtsformen wissenschaftlicher Kooperationen – wie im Fall des Karlsruher Instituts für Technologie (KIT) eine gesetzliche⁹ oder im Fall des EMBL eine völkervertragliche Grundlage¹⁰ – lassen sich kaum verallgemeinern. Die Verordnung (EG) Nr. 723/2009 des Rates vom 25. Juni 2009 über den gemeinschaftlichen Rechtsrahmen für ein Konsortium für eine europäische Forschungsinfrastruktur (ERIC)¹¹ bietet zwar eine supranationale Rechtsform mit eigener Rechtspersönlichkeit. Schon ein Blick auf das Antragsverfahren bei der Kommission und auf die zulässige Mitgliedschaft in einem

2 Vgl. zur Abgrenzung zwischen der dienstvertraglichen und der werkvertraglichen Einordnung von Forschungs- und Entwicklungsleistungen BGH, Urt. v. 16. 7. 2002, Az. X ZR 27/01, NJW 2002, 3323. Zu Fragen der Risikoverteilung von „FuE-Verträgen“ siehe z. B. *Nicklisch*, in: *Nicklisch* (Hrsg.), *Forschungs- und Entwicklungsverträge in Wissenschaft und Technik*, 2003, 5 ff., zu Fragen der Gestaltung siehe z. B. *Sandberger*, in: *Nicklisch* (Hrsg.), *Forschungs- und Entwicklungsverträge in Wissenschaft und Technik*, 2003, 17 ff.

3 Diese häufig verwendete Terminologie ist angelehnt an die im medizinischen Bereich geläufige Wendung „from bench to bedside“, vgl. z. B. *Perkhofer*, in: *Ritschl/Weigl/Stamm* (Hrsg.), *Wissenschaftliches Arbeiten und Schreiben*, 2016, S. 5 f.

4 Siehe näher unter III.

5 Siehe z. B. § 6 Abs. 1 LHG Baden-Württemberg.

6 Als Beispiel kann die nichtrechtsfähige Stiftung öffentlichen Rechts

„Deutsches Konsortium Translationale Krebsforschung – DKTK“ genannt werden. Zu der rechtlichen Qualifizierung und rechtlichen Gestaltung einer nichtrechtsfähigen Stiftung als Treuhandstiftung siehe ausführlich *BeckOGK/Geibel* BGB § 80 Rn. 668 ff.

7 Zur zweifelhaften Eignung der GmbH für Wissenschaftskooperationen siehe bereits ausführlicher *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, *OdW* 2017, 1 (4 f.).

8 Siehe näher den Beitrag von *Geis* in diesem Heft.

9 Sog. KIT-Gesetz vom 14.7.2009, GBl. Baden-Württemberg 2009, 317.

10 Genfer Vertrag über die Einrichtung des European Molecular Biology Laboratory (EMBL) vom 10.5.1973, abrufbar unter https://www.embl.de/aboutus/general_information/organisation/ho/stsite_agreement/un_agreement.pdf (zuletzt abgerufen am 23.11.2017).

11 ABl. EG 2009, L 206, 1; geändert durch VO (EU) Nr. 1261/2013 des Rates vom 2. 12. 2013, ABl. EU 2013, L 326, 1.

ERIC – neben den Mitgliedstaaten nur assoziierte Länder, Drittländer und zwischenstaatliche Organisationen – zeigt, dass ein ERIC nur für ausgewählte internationale Großprojekte in Betracht kommt.

6. Folgerungen für die Zurechnungen zwischen Transparenz und Abschirmwirkung

Die Tendenzen in der rechtlichen Gestaltung von Wissenschafts- und Forschungsk Kooperationen scheinen insgesamt in die Richtung einer gesteigerten rechtlichen Selbstständigkeit der Kooperationsebene im Innen- und Außenverhältnis zu führen. Die Bedürfnisse der Wissenschafts- und Forschungspraxis sind allerdings ambivalent: Einerseits wollen die Kooperationspartner durch die Rechtsform der Kooperationsebene abgeschirmt werden, vor allem in haftungsrechtlicher Hinsicht. Andererseits – beispielsweise in arbeitnehmerüberlassungsrechtlicher oder steuerrechtlicher Hinsicht – wird nach einer möglichst durchsichtigen, „transparenten“ Rechtsform gerufen, welche den Blick des rechtlich Zurechnenden auf die einzelnen Kooperationspartner möglichst unversperrt lässt und jede Gefahr einer zu großen Emanzipation der Kooperationsebene bannt.¹² Den Balanceakt zwischen der Abschirmwirkung einer Rechtsform auf der einen Seite und ihrer Transparenz auf der anderen Seite müssen die Partner einer Wissenschafts- oder Forschungsk Kooperation tagtäglich vollführen. Er steht auch im Zentrum der Diskussion um eine passgenaue Rechtsform für Wissenschafts- oder Forschungsk Kooperationen *de lege ferenda*. Um ihn zu bewältigen, müssen die verschiedenen Zurechnungsprobleme sichtbar und bewusst gemacht werden.

III. Die Gefahr einer „versteckten“ (Um-)Qualifizierung als Außen-GbR

Geht man von der am häufigsten vorkommenden rechtlichen Einfassung von Wissenschaftsk Kooperationen in Gestalt eines „FuE-Vertrages“ aus, sind die Zurechnungsfragen häufig unbewusst und unsichtbar. Die Kooperationspartner tun auf dem Papier so, als würden sie sich auf rein schuldrechtliche Beziehungen beschränken und sämtliche Zurechnungen auf sich selbst lenken können. In der gelebten Wirklichkeit werden allerdings unterschiedliche Beiträge nicht in einem Austauschverhältnis erbracht, sondern zu einem gemeinsamen Zweck; es werden gemeinsame Steuerungsmechanismen eingerichtet und die For-

schungsergebnisse der Kooperation (sog. *Joint Foreground IP*) werden nach bestimmten Zeitabständen oder am Ende der Kooperation auseinandergesetzt. Die Kooperation wird als Organisationseinheit begriffen und eingerichtet; sie wird mit einer eigenständigen Willensbildung ausgestattet und tritt häufig als solche im Rechtsverkehr mit Dritten auf, sei es gegenüber Arbeitnehmern, Sponsoren, Patienten oder Kunden. In vielen Fällen verlangen es die ökonomischen oder wissenschaftlichen Bedürfnisse, wie die einer transnationalen Forschung, die Bezeichnung des Zentrums oder der Forschungsstelle sogar bewusst einzusetzen.

Nimmt die Kooperation in dieser Weise als solche am Rechtsverkehr teil, verwandelt sie sich nach der Rechtsprechung des BGH automatisch in eine rechtsfähige Außen-GbR, und zwar „unmerklich“, ohne dass die Kooperationspartner diese Rechtsform gewählt hätten und sich darauf einstellen können.¹³ Sie können diese zwingende Qualifizierung des Kooperationsvertrages als eine rechtsfähige Außen-GbR auch nicht im Vorhinein durch eine zweiseitige Vereinbarung verhindern, weil das Verhältnis zu Dritten betroffen ist.

Die Auswirkungen dieser „unbemerkten“ Qualifizierung als Außen-GbR sind grundstürzend. Insbesondere wird die Kooperation selbst grundsätzlich zu einem Zuordnungssubjekt für alle künftig abzuschließenden Verträge und für entstehende Rechte geistigen Eigentums. Sollen dennoch nur einzelne der Kooperationspartner berechtigt oder verpflichtet werden, wäre der Begründungs- und Beratungsaufwand hoch, um dies rechtssicher zu gestalten. Weiterhin folgt aus der unbemerkten Qualifizierung als Außen-GbR eine akzessorische Haftung der Kooperationspartner analog § 128 HGB für alle Verbindlichkeiten der Kooperation. Der forschende Kooperationspartner haftet daher zum Beispiel für vertragliche Pflichtverletzungen in der Anwendung der Forschungsergebnisse auf der Ebene der Kooperation, nach der überwiegenden Auffassung sogar für unerlaubtes Handeln wie etwa medizinische Behandlungen ohne hinreichende Aufklärung und Einwilligung des Patienten. Immerhin ist eine rechtsfähige Außen-GbR keine Rechtsperson, sondern lebt von den Persönlichkeiten ihrer Gesellschafter, und durch sie, und ist von diesen abhängig. Hieran knüpft beispielsweise das Einkommensteuerrecht eine sog. „transparente“ Behandlung, wenn die Voraussetzungen einer Mitunternehmerschaft gemäß § 15 Abs. 1 EStG erfüllt sind.

¹² Siehe dazu näher unter IV. und V.

¹³ Vgl. grundlegend BGH, Urt. v. 29.1.2001, Az. II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 („ARGE Weißes Ross“); zur Anwendung auf Wissen-

schaftsk Kooperationen siehe bereits *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, *OdW* 2017, 1 (2) und insbesondere die dort in Fn. 4 zitierten Autoren.

IV. Überblick über die Zurechnungsprobleme für die Kooperationspartner

In der gebotenen Überblickskürze seien zentrale Zurechnungsprobleme zunächst hinsichtlich der Ebene der Kooperationspartner angesprochen, bevor unter V. die Ebene der Kooperation selbst untersucht wird.

1. Grenzen der Beteiligung öffentlich-rechtlicher Kooperationspartner

Sind die Kooperationspartner öffentlich-rechtlich organisiert, sei es als Gebiets- oder sonstige Körperschaft, als Anstalt oder als Stiftung des öffentlichen Rechts, so müssen eingegangene Kooperationen, erst recht wenn sie als rechtsfähig zu qualifizieren sind, mit dem jeweiligen öffentlichen Zweck der involvierten juristischen Person vereinbar sein. Weitere Besonderheiten gelten, wenn die Kooperation als privatrechtlich verfasstes Unternehmen zu werten ist.¹⁴ Sind bestimmte öffentliche Zwecke verfassungsrechtlich besonders geschützt wie vor allem die Freiheit von Forschung und Lehre, dürfen die diese tragenden Personen des öffentlichen Rechts, insbesondere Universitäten, nur insoweit kooperieren, als sie dadurch in der Erfüllung dieser Zwecke nicht beeinträchtigt werden. Wenn die Kooperation Haftungsrisiken birgt – also auch in den Fällen einer automatischen Umqualifizierung in eine Außen-GbR – so gebietet in erster Linie die Verpflichtung auf den öffentlichen Zweck und in zweiter Linie das Haushaltsrecht,¹⁵ dass diese Haftungsrisiken für die juristische Person des öffentlichen Rechts möglichst ausgeschlossen oder zumindest in einem geringen und angemessenen Maße gehalten werden.¹⁶ Zu Konflikten kann es auch mit der Dienstherrenfähigkeit kommen, die bei der juristischen Person des öffentlichen Rechts verbleibt und nicht an eine privatrechtlich organisierte Kooperationsebene wandern kann.

2. Grenzen durch das Beihilfeverbot für öffentlich finanzierte Kooperationspartner

Soweit die Kooperationspartner staatlich finanziert sind, greift das unionsrechtliche Beihilfeverbot gemäß Art. 107

Abs. 1 AEUV zum Schutz des Binnenmarktes und des Wettbewerbs. Das Beihilfeverbot gilt unabhängig von der Rechtsform grundsätzlich auch im Forschungs-, Entwicklungs- und Innovationsbereich, soweit nicht unter bestimmten Voraussetzungen eine Freistellung nach der VO (EU) Nr. 651/2014 (AGVO)¹⁷, insbesondere nach deren Art. 25 greift. Kooperationen im Bereich der Forschungsanwendung oder translationalen Forschung werden häufig nicht unter die Freistellung nach Art. 25 AGVO fallen, weil sie nicht einer der Forschungs- und Entwicklungskategorien des Art. 25 Nr. 2 AGVO zugeordnet werden können.¹⁸ Sind aus diesem oder aus anderen Gründen die Voraussetzungen für eine Freistellung nicht gegeben oder sind die Anmeldeschwellen des Art. 4 Nr. 1 lit. i) AGVO überschritten, wird der von der Europäischen Kommission im Jahr 2014 veröffentlichte neue Unionsrahmen („FuEuI-Unionsrahmen“) relevant, der die Verwaltungspraxis bindet und sich insoweit auf das Verhältnis zu den Rechtsunterworfenen wenigstens mittelbar auswirkt.¹⁹ Aus Sicht einer Wissenschafts- und Forschungskoooperation erlangt der FuEuI-Unionsrahmen große Bedeutung, wenn über das Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen nach der AGVO auch nur Unsicherheit besteht oder die AGVO gar im Lichte des FuEuI-Unionsrahmens interpretiert wird.

Kooperiert eine öffentlich finanzierte Forschungseinrichtung mit einem Unternehmen und lässt sie dieses Unternehmen dadurch an den durch die öffentliche Finanzierung vergünstigten Bedingungen teilhaben, besteht grundsätzlich die Gefahr, dass der Wettbewerb zu Lasten anderer Unternehmen verzerrt werden könnte. Der Unternehmensbegriff des Beihilfenrechts wird weit verstanden und schließt ausdrücklich juristische Personen des öffentlichen Rechts ein, sofern sie an einem Markt Produkte oder Dienstleistungen anbieten wie etwa Universitätsklinik. Gehen öffentlich finanzierte Forschungseinrichtungen (wie zum Beispiel Universitäten) mit Unternehmen (etwa auch Universitätsklinik) eine Kooperation ein, so handelt es sich nur unter den in Rn. 28 des FuEuI-Unionsrahmens bestimmten Voraussetzungen nicht um *mittelbare staatliche Beihilfen*. Ent-

14 Siehe z. B. die engen Voraussetzungen für die Errichtung privatrechtlicher Unternehmen durch Hochschulen nach § 13a Abs. 2 LHG Baden-Württemberg.

15 Siehe die engen haushaltsrechtlichen Voraussetzungen für die Beteiligung an privatrechtlichen Unternehmen gemäß § 65 BHO und den entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften wie etwa § 65 LHO Baden-Württemberg.

16 Dies lässt sich indirekt auch der Verpflichtung gemäß § 65 Abs. 3 S. 1 BHO oder § 65 Abs. 5 S. 1 LHO entnehmen, dass im Fall der Beteiligung an einer eG die Mitgliederhaftung im Vorhinein „auf eine bestimmte Summe beschränkt“ sein muss.

17 Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarung bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und

108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. EU 2014, L 187, 1.

18 Die Kategorien lauten: Grundlagenforschung, industrielle Forschung, experimentelle Entwicklung, Durchführbarkeitsstudien. Die öffentlich finanzierten Teile des Vorhabens müssen vollständig einer dieser Kategorien zuzuordnen sein (Art. 25 Nr. 2 AGVO).

19 Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation, ABl. EU 2014, C 198, 1; dieser folgt dem Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen für Forschung, Entwicklung und Innovation, ABl. EU 2006, C 323, 1; zur Bindungswirkung des Unionsrahmens näher *Hoenig*, *Universitätsforschung im Beihilfenrecht der Europäischen Union*, 2016, S. 35 ff.

weder müssen sämtliche Kosten der Kooperation von den Unternehmen und nicht von der Forschungseinrichtung getragen werden *oder* die Rechte geistigen Eigentums, die aus den Tätigkeiten der Forschungseinrichtungen resultieren müssen klar bei diesen Einrichtungen zugeordnet sein *oder* die IP-Rechte müssen den Kooperationspartnern in einer mit Rücksicht auf deren Arbeit, Beiträge und Interessen angemessenen Weise zugewiesen werden *oder* die IP-Rechte, die sich aus der Tätigkeit der Forschungseinrichtungen ergeben, werden zu einem marktüblichen Entgelt übertragen.²⁰ Soweit jeweils festgestellt werden muss, welches Recht des geistigen Eigentums auf der Tätigkeit welcher involvierten Forschungseinrichtung beruht, ist dies – soweit diese Feststellung überhaupt tatsächlich möglich ist – rechtlich leichter zu bewerkstelligen, wenn die Kooperation nicht selbst in einem mit Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Rechtskleid Eigentümerin dieser Rechte wird. Das scheint einer der Gründe zu sein, weshalb die Beteiligten unter beihilfenrechtlichen Gesichtspunkten meist eine möglichst „transparente“ Rechtsform auf Kooperationsebene anstreben.

Soweit in manchen Kooperationen Tätigkeitselemente der Auftragsforschung hinzutreten, müssen sie separiert und es muss sichergestellt werden, dass sie zum Marktpreis erbracht werden.²¹ Die Overhead-Systeme werden schon seit geraumer Zeit nicht mehr nach einem Zusatzkostenmodell, sondern auf der Grundlage eines Vollkostenmodells berechnet, um die Forschungseinrichtung einem Unternehmen, das die Leistungen am Markt anbietet, gleichzustellen.²²

Durch die Beteiligung an einer Kooperation mit einem oder mehreren Unternehmen gerät eine Forschungseinrichtung ferner in die Gefahr, selbst zum „Unternehmen“ zu werden. Dann würde die öffentliche Finanzierung, die sie erhält, zu einer *direkten Beihilfe*. Insbesondere ist dies der Fall, wenn eine Forschungseinrichtung, um dem Beihilfeverbot wegen mittelbarer Beihilfe zu entgehen, ein marktübliches Entgelt für die Übertragung der Rechte geistigen Eigentums an den Kooperationspartner erhält. Darüber hinaus besteht vor allem in allen Fällen eines Technologietransfers – in den Fällen einer drittmittelfinanzierten Tätigkeit nur dann, wenn keine öffentlichen Aufgaben erfüllt werden – das Risiko, dass die Forschungseinrichtung selbst als „Unternehmen“ im Sinne des Beihilfenrechts qualifiziert wird.

Damit die staatliche Finanzierung der Forschungseinrichtung in diesen Fällen keine direkte Beihilfe ist, muss sichergestellt sein, dass diese Finanzierung nicht Kosten deckt, die mit einer wirtschaftlichen Tätigkeit der Einrichtung verknüpft sind.²³ Die Tätigkeiten der Forschungseinrichtung in einer Kooperation müssen nach dem Unionsrahmen strikt, auch bilanziell in wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche getrennt werden können; zudem muss auch hier auf Vollkostenbasis gerechnet werden.²⁴

Gestaltete man die Kooperation als eigenständige juristische Person, zum Beispiel als GmbH, bestünde die Gefahr, dass ihre anwendungsorientierten, an einem Markt für Produkte oder Dienstleistungen erbrachten Tätigkeiten die Kooperation selbst zu einem Unternehmen machen. Dann wären die Tätigkeiten der Forschungseinrichtung als Partnerin dieser Kooperation Forschungsdienstleistungen oder Auftragsforschung für die Kooperations-GmbH. Diese Forschungsdienstleistungen oder Auftragsforschung müssten mit einem dem Fremdvergleichsgrundsatz standhaltenden Marktpreis vergütet werden, um nicht als mittelbare Beihilfe qualifiziert zu werden.²⁵ Das dürfte einer der Hauptgründe sein, weshalb viele Forschungsk Kooperationen die Rechtsform einer eigenständigen juristischen Person scheuen. In Randnummer 27 des FuEuI-Unionsrahmens sollte eine Klarstellung aufgenommen werden, dass das gemeinsame Kooperationsvorhaben von Forschungseinrichtungen und Unternehmen nicht selbst als Unternehmen im Sinne des Beihilfenrechts aufzufassen ist. Dies könnte, um einen eigenständigen Unternehmenszweck der Kooperationsebene auszuschließen, an die Voraussetzung geknüpft werden, dass eine Thesaurierung des Ergebnisses auf der Kooperationsebene ausgeschlossen ist und sämtliche entstehenden Rechte geistigen Eigentums der Kooperation nach einem kurzen Zeitraum nach ihrer Entstehung und spätestens in der Auseinandersetzung der Kooperationsebene an die Kooperationspartner durchgeleitet werden.

3. Grenzen durch das Kartellverbot für in Wettbewerb stehende Kooperationspartner

Das Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 1 AEUV adressiert sich an Unternehmen und deren Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Wettbewerb

20 Rn. 28 unter Ziffer 2.2.2 FuEuI-Unionsrahmen, ABl. EU 2014, C 198, 1; siehe *Hoening*, *Universitätsforschung im Beihilfenrecht der Europäischen Union*, 2016, S. 88 ff., 99 ff.

21 Rn. 25, 26 unter Ziffer 2.2.1 FuEuI-Unionsrahmen, ABl. EU 2014, C 198, 1.

22 Vgl. näher *Hoening*, *Universitätsforschung im Beihilfenrecht der Europäischen Union*, 2016, S. 81 ff., 84 f., 96 ff.

23 Rn. 20 unter Ziffer 2.1.1 FuEuI-Unionsrahmen, ABl. EU 2014, C 198, 1.

24 Rn. 18 unter Ziffer 2.1.1 FuEuI-Unionsrahmen, ABl. EU 2014, C 198, 1.

25 Krit. *Hoening*, *Universitätsforschung im Beihilfenrecht der Europäischen Union*, 2016, S. 97 f.

auf einem relevanten Markt beschränken. Der Unternehmensbegriff erfasst rechtsformunabhängig solche Einheiten, die Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anbieten. Das können auch juristische Personen des öffentlichen Rechts sein.²⁶ Teilweise wird sogar eine bloße Nachfragetätigkeit für ausreichend gehalten.²⁷ Von dem Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV stellt zwar Art. 2 der Gruppenfreistellungsverordnung von 2010 („FuE-GVO“) nach dem seit 2003 eingeführten System der Legalausnahmen die „FuE-Vereinbarungen“ zwischen Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen frei.²⁸ Doch deckt der in der FuE-GVO näher definierte Begriff der Forschungs- und Entwicklungsvereinbarung nur die gemeinsame Forschung und Entwicklung (von Vertragsprodukten oder -technologien) und/oder die gemeinsame Verwertung der Ergebnisse dieser gemeinsamen Forschung und Entwicklung sowie ferner die Auftragsforschung. Manche Formen insbesondere der translationalen Verknüpfung der Forschung mit der Anwendung der Forschungsergebnisse (das ist nicht gleichbedeutend mit deren bloßen „Verwertung“) werden hiervon nicht ausdrücklich erfasst. Eine klarstellende Änderung der GVO, die auch die translationale Forschung ausdrücklich erfasst, wäre überlegenswert. Greift die FuE-GVO nicht – und das kann darauf beruhen, dass ein Kooperationspartner hinsichtlich des Zugangs zu den Ergebnissen der gemeinsamen FuE unverhältnismäßig benachteiligt wird –, kommt es darauf an, ob und inwieweit sich die Wissenschaftskooperation auf die jeweils relevanten Märkte auswirkt. Die Kommission unterscheidet nicht nur Produkt- und Technologiemarkte, sondern bezieht auch die Innovations- oder Forschungsmärkte ein. Die FuE-Vereinbarungen bergen insoweit die Gefahr, dass sich der Entdeckergeist von vornherein auf einen Lösungsweg festlegt und andere Wege unbeschränkt bleiben oder dass andere Forschungseinrichtungen von eigenen

Kooperationstätigkeiten abgehalten und so die Zutrittsmöglichkeiten zu einem Innovationsmarkt erschwert werden, oder dass es zu einer Marktabstottung kommt. Wenn man erst einmal von einem relevanten Innovations- oder Forschungsmarkt ausgeht, sind die Möglichkeiten denkbarer Wettbewerbsbeschränkungen ungezählt. Wie allerdings relevante Innovations- oder Forschungsmärkte zu identifizieren und abzugrenzen sind, ist bisher kaum geklärt.

4. Grenzen für den Steuervergünstigungsstatus der Kooperationspartner

Die Kooperationspartner bringen in die Wissenschaftskooperation häufig den Status der Steuerfreiheit mit, weil sie juristische Personen des öffentlichen Rechts sind oder steuerbegünstigte Zwecke im Sinne der §§ 51 ff. AO verfolgen. Ist die Kooperationsebene als GmbH organisiert, befänden sich die gemeinnützigen Kooperationspartner mit ihrem Geschäftsanteil an dieser GmbH an sich in der Sphäre steuerfreier Vermögensverwaltung. Die Rechtspraxis macht hiervon allerdings eine Ausnahme, wenn ein aktiver Einfluss des Gesellschafters auf die laufende Geschäftsführung ausgeübt wird und die GmbH nicht ausschließlich Vermögen verwaltet: Dann übe der gemeinnützige Gesellschafter durch seine GmbH-Beteiligung einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb aus, der partiell zu versteuern sei.²⁹ Wird die Kooperation in der Form einer Personengesellschaft geführt, besteht die Gefahr, dass die Beteiligung eines gemeinnützigen Kooperationspartners zu einem partiell zu versteuernden wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb führt.³⁰ Die hiervon für den Fall gemachte Ausnahme, dass die Beteiligungsgesellschaft selbst nur vermögensverwaltend tätig ist,³¹ wird bei Wissenschaftskooperationen nicht einschlägig sein. Der Gemeinnützigkeitsstatus der Kooperationspartner wird durch das Eingehen einer Kooperation dagegen praktisch selten in Rede stehen.³²

26 Vgl. z. B. EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Slg. 2007 I 10925 Tz. 38 ff. („ETI“); EuGH, Urt. v. 1.7.2008, Slg. 2008 I 4892 Rn. 25 ff. („MOTOE“).

27 So z. B. für die Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1 (EU), Teil 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 18.

28 Verordnung (EU) Nr. 1217/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, ABl. EU 2010, L 335, 36.

29 Vgl. insbes. BFH, Urt. v. 25.8.2010, Az. I R 97/09, BFH/NV 2011, 312; zuvor bereits z. B. BFH, Urt. v. 30.6.1971, Az. I R 57/70, BStBl. II 1971, 753.

30 Die Finanzverwaltung geht nach R 6 Abs. 2 S. 2 Körperschaftsteuer-Richtlinien davon aus, dass die Beteiligung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts an einer GbR stets einen partiell zu versteuernden Betrieb gewerblicher Art („BgA“) darstellt. Mit einem „BgA“ unterliegt auch eine juristische Person des öffentlichen Rechts aus Gründen der

Wettbewerbsgleichheit der Körperschaftsteuer. Vgl. zu den „BgA“ im Hochschulbereich z. B. *Brömer/Schroller*, in: Feßtschrift Siegel, 2005, S. 479 ff.

31 Vgl. für Beteiligungen an einer „gewerblich geprägten“ Personengesellschaft BFH, Urt. v. 25.5.2011, Az. I R 60/10, DStR 2011, 1460 (1461) = BStBl. II 2011, 858; zum Ganzen näher *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 6.126-6.129; *Lorenz*, in: *Winheller/Geibel/Jachmann-Michel*, Gesamtes Gemeinnützigkeitsrecht, § 14 AO Rn. 108 ff.; *Geibel*, in: *Winheller/Geibel/Jachmann-Michel*, Gesamtes Gemeinnützigkeitsrecht, Anhang zu § 51 AO, Rn. 406.

32 Zu der in Rechtsprechung und Finanzverwaltungspraxis mittlerweile einhellig anerkannten Linie, von einer Art „Geprägtheorie“ Abstand zu nehmen, vgl. z. B. für einen Fall der überwiegenden Finanzierung aus Auftragsforschung BFH, Urt. v. 4.4.2007, Az. I R 76/05, BFHE 217, 1 = BStBl. II 2007, 631; ferner allgemein zu Geschichte und Kritik der „Geprägtheorie“ *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 4.90-4.102; zu einer etwaigen Ausnahme nach § 56 AO siehe Nr. 1 AEAO zu § 56 AO.

5. Umsatzsteuerrechtliche Folgen einer Rechtsfähigkeit der Kooperationspartner

Umsatzsteuerrechtlich kann die Organisation einer Kooperation in der Form einer rechtsfähigen Gesellschaft einerseits Vorteile bringen, als Bareinlagen der Kooperationspartner unabhängig von der Rechtsform der Kooperation grundsätzlich einen entgeltlichen Leistungsaustausch weder im Verhältnis zur Gesellschaft noch (jedenfalls mangels unmittelbaren Zusammenhangs) im Verhältnis zu den Kooperationspartnern darstellen.³³ Andererseits unterlägen darüber hinausgehende Leistungen zwischen den Kooperationspartnern untereinander und mit der Kooperationsgesellschaft grundsätzlich der Umsatzsteuer. In der rechtspraktischen Gestaltung wird deshalb darauf geachtet, diesen Leistungsaustausch transparent zu gestalten und auf eine separate Rechtsgrundlage zu stellen. Zudem wird versucht, die Kooperationsgesellschaft aus den umsatzsteuerlich relevanten Leistungen und Leistungsempfängern herauszuhalten, etwa indem möglichst alle Leistungen im Verhältnis zu Dritten von den Kooperationspartnern oder einem von ihnen erbracht werden.³⁴ Hingegen hilft die Neuregelung des § 2b UStG den Kooperationspartnern, die juristische Personen des öffentlichen Rechts sind, nur eingeschränkt weiter.³⁵ Sie knüpft die Privilegierung juristischer Personen des öffentlichen Rechts nicht mehr an das Vorliegen eines Betriebs gewerblicher Art, sondern beschränkt die Privilegierung auf die Tätigkeiten, die ihnen im Rahmen der öffentlichen Gewalt obliegen. Dadurch wird Art. 13 Mehrwertsteuersystem-Richtlinie³⁶ nunmehr wortgetreu umgesetzt.

V. Überblick über die Zurechnungsprobleme auf der Ebene der Kooperation

1. Etwaige Arbeitgeberbereitschaft der Kooperation und etwaige Arbeitnehmerüberlassung an sie

Blickt man auf die zahlreichen Zurechnungsprobleme auf der Ebene der Kooperation, so muss hier notwendigerweise eine kleine Auswahl getroffen werden. Die Arbeitgeberbereitschaft wird bei reinen „FuE-Verträgen“ bei der jeweiligen Anstellungskörperschaft belassen, die Kooperationspartner ist. Wird die Kooperationsebene hingegen zu einer rechtsfähigen Gesellschaft, so ist prak-

tisch meist erforderlich, dass die Arbeitnehmer der Kooperationspartner in die Arbeitsorganisation der Kooperationsgesellschaft eingegliedert und den Weisungen der Gesellschaftsorgane unterstellt werden. Überlassen die Kooperationspartner die bei ihnen Angestellten in solcher Weise der Kooperationsgesellschaft im Rahmen einer „wirtschaftlichen Tätigkeit“, so wäre dies eine erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 Abs. 1 AÜG.³⁷ Vor allem Tätigkeiten der Forschungsanwendung werden von dem weit auszulegenden Begriff der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ abgedeckt.³⁸ Hierfür eine Bereichsausnahme im AÜG vorzusehen, dürfte kaum mit dem bloßen Hinweis auf eine Kooperationsrechtsform gerechtfertigt werden können. Gefordert ist hier die Rechtsgestaltung, indem beispielsweise die Arbeitsorganisation der Kooperationsebene schlank gehalten und hierfür eine Erlaubnis eingeholt wird, im Übrigen aber die Arbeitnehmer der Kooperationspartner aus der Arbeitsorganisation der Kooperationsebene herausgehalten werden und nur eine Zusammenarbeit unter den Arbeitnehmern am Ort der Kooperation ermöglicht wird.

2. Zuordnung von geistigen Eigentumsrechten

Eine je eigenständige Zuordnung kennen die verschiedenen Regelungen über geistige Eigentumsrechte. Beispielsweise können patent- oder gebrauchsmusterfähige Dienstleistungen vom Arbeitgeber in Anspruch genommen werden. Mit der rechtsfähigen Kooperationsgesellschaft tritt ein weiterer möglicher Rechtsinhaber hinzu. Die vielfältigen Zuordnungsschwierigkeiten können hier nicht untersucht werden.³⁹ Auf einem anderen Blatt steht die bereits angesprochene Frage, wie die auf der Kooperationsebene entstandenen geistigen Eigentumsrechte den einzelnen Kooperationspartnern zugewiesen werden müssen, um insbesondere den beihilfenrechtlichen Anforderungen zu genügen.

3. Möglichkeit zu Organverfassung und zu Kooperationen unter gemeinsamer Leitung

Die beiden Bereiche, in denen eine rechtsfähige Kooperationsgesellschaft klare Verbesserungen verspricht, sind einerseits die mögliche Organverfassung und Governance der Kooperation selbst und andererseits die Möglichkeit einer Konzernstruktur. Die Möglichkeiten, bei

33 Vgl. näher zur Unterscheidung zwischen Gesellschafterbeiträgen und Leistungen gegen Sonderentgelt insbes. BFH, Urt. v. 6.6.2002, Az. V R 43/01, BFH DStR 2002, 1346 (1347 f.).

34 Vgl. z. B. für Innengesellschaften BFH, Urt. v. 27.5.1982, Az. V R 110-111/81, BFHE 136, 315 = BStBl. II 1982, 678.

35 Vgl. z. B. *Küffner/Rust* DStR 2016, 1633 ff.

36 Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über

das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ABl. EG 2006, L 347, 1.

37 Zu den Rechtsfolgen für die Arbeitnehmererfindungen gemäß § 11 Abs. 7 AÜG vgl. z. B. *Ulrici*, WissR 2015, 318 (331 f.).

38 Vgl. LAG Düsseldorf, Urt. v. 26.07.2012 - 15 Sa 1452/11, BeckRS 2012, 71608; näher *Lappe*, Kooperationen wissenschaftlicher Einrichtungen, (im Erscheinen), § 4 C.I., S. 48.

39 Siehe näher den Beitrag von *Ulrici* in diesem Heft.

schuldrechtlichen Verträgen Organe nachzuahmen (etwa über einen Vertrag zugunsten Dritter), sind äußerst begrenzt.⁴⁰ Unter den Gesellschaftsformen sind die personengesellschaftsrechtlichen Formen durch das Prinzip der Selbstorganschaft etwas weniger geeignet für die Bedürfnisse einer Kooperation als die GmbH.

4. Steuerrechtliche Zuordnungsprobleme auf der Kooperationsebene

Steuerrechtlich stellen sich auf der Ebene der Kooperation im Wesentlichen zwei Zuordnungsprobleme, die aus der Wahl einer rechtsfähigen Gesellschaftsform für die Kooperation resultieren: das umsatzsteuerrechtliche und das gemeinnützigkeitsrechtliche. Beide können hier nur angedeutet werden. Umsatzsteuerrechtlich tritt mit der Kooperation – wenn sie als rechtsfähige Kooperationsgesellschaft ausgestaltet ist – ein weiterer Unternehmer hinzu. Wie bereits erwähnt,⁴¹ bringt § 2b UStG kaum eine Privilegierung, da jedenfalls Forschungsanwendungen selten oder nie dem Bereich der öffentlichen Gewalt unterfallen dürften.

Gemeinnützigkeitsfähig wäre nur eine Kooperationsgesellschaft in der Rechtsform der GmbH. Nach der derzeitigen Gesetzeslage können die Personengesellschaftsformen grundsätzlich nicht selbst den Gemeinnützigkeitsstatus erlangen, weil sie keine Körperschaftsteuersubjekte sind.⁴² Insbesondere wenn auf der Kooperationsebene ein Zweckbetrieb existiert, zum Beispiel ein Krankenhaus betrieben wird, wäre *de lege ferenda* überlegenswert, einer Personengesellschaft unter bestimmten Voraussetzungen den Gemeinnützigkeitsstatus nicht mehr vorzuenthalten.⁴³

VI. Die schwierige Aufgabe der Rechtsgestaltung und mögliche Zielformate *de lege ferenda*

1. Teilweise unüberwindliche Schwierigkeiten für die Rechtsgestaltung

Wendet man sich den möglichen Zielformaten für Wissenschafts- und Forschungsk Kooperationen zu, so ist zunächst festzustellen, dass mit den Lösungen der Rechtsgestaltung hergebrachter Rechtsformen vieles erreicht werden kann. Dies setzt allerdings voraus, dass die Gestaltungsspielräume bewusst und sichtbar sind. Ist eine Wissenschafts- und Forschungsk Kooperation erst einmal in einer – wenngleich vordergründig auf Basis eines „FuE-Vertrages“ geführten – *faktischen Außen-GbR* gefangen, birgt die Rechtsgestaltung zusätzliche, teilweise unüberwindliche

Schwierigkeiten. Die dann geltende zwingende Haftung der Kooperationspartner für die Verbindlichkeiten der Kooperation ist bereits betont worden. Um dem zu entgehen, müssten bei einer Überführung in eine GmbH oder eine Rückführung auf eine rein schuldvertragliche Basis Vermögensrechte und -pflichten im Einzelnen übertragen werden, was die Praxis wiederum vor unüberwindliche Schwierigkeiten stellen würde.

Entscheiden sich die Kooperationspartner dafür, ihrer Kooperation das Rechtskleid der GmbH zu geben, grenzt die Rechtsgestaltung der Kooperations-GmbH an die Quadratur des Kreises: Einerseits soll sie als Organisationseinheit nicht bloß intern moderieren, sondern Aufgaben der Forschungsanwendung und der Verwertung von Forschungsergebnissen eigenständig übernehmen. Andererseits soll sie aus mehrererlei Gründen möglichst „unsichtbar“ sein, insbesondere um umsatzsteuer- und arbeitnehmerüberlassungsrechtlichen Hindernissen aus dem Weg zu gehen. Aus beihilfenrechtlichen Gründen darf sie möglichst nicht als „Unternehmen“ zu qualifizieren sein. Ein eigenständiges Auftreten an einem Markt sowie ein eigenständiger Unternehmenszweck müssen daher nach Möglichkeit ausgeschlossen werden. Demgegenüber würde ein Gemeinnützigkeitsstatus der Kooperations-GmbH einen eigenständigen steuerbegünstigten satzungsmäßigen Zweck gerade fordern, für den ihre Mittel zeitnah zu verwenden sind. An die Kooperationspartner dürften zudem keine Gewinnanteile ausgeschüttet werden.

2. Schlussfolgerungen für mögliche Zielformate *de lege ferenda*

Um der Quadratur des Kreises zu entgehen, bieten sich zwar punktuelle Änderungen der Zurechnung in den jeweiligen Sonderrechtsbereichen an. Korrekturen allein für Wissenschafts- und Forschungsk Kooperationen werden sich allerdings im unionsrechtlichen Kartell- und Beihilfenrecht oder im Umsatzsteuerrecht kaum durchsetzen lassen, weil sie einen generellen Charakter annehmen müssten. Durchaus überlegenswert wäre, ob bestimmte Korrekturen leichter legitimiert werden könnten, wenn sie an eine bestimmte Kooperationsrechtsform für Wissenschaft und Forschung geknüpft würden. Eine solche Rechtsform *de lege ferenda* einzuführen, hätte gewiss den Vorteil einer rechtssicheren Gestaltungsmöglichkeit für sich.

40 Vgl. zu einem verwandten Problem bei der nichtrechtsfähigen Stiftung in Gestalt der Auflagenschenkung BeckOGK/Geibel BGB § 80 Rn. 661.3.

41 Siehe oben IV.5.

42 Zu möglichen Ausnahmen näher Geibel, in: Winheller/Geibel/

Jachmann-Michel, Gesamtes Gemeinnützigkeitsrecht, Anhang zu § 51 AO, Rn. 394 ff., speziell zu Kooperationen aaO. Rn. 402 ff.

43 Siehe bereits Geibel, in: Winheller/Geibel/Jachmann-Michel, Gesamtes Gemeinnützigkeitsrecht, Anhang zu § 51 AO, Rn. 404; vgl. dort zu weiteren Vorschlägen *de lege ferenda* auch Rn. 401, 402 ff.

Lässt man sich auf diese gesetzgeberische Perspektive ein, stellt sich die Frage, ob eine solche neue Rechtsform mehr an eine Personengesellschaft oder mehr an eine Kapitalgesellschaft angelehnt werden sollte. Für eine – freilich kaum bruchlos durchzuführende – *Einfügung in das System des Rechts der Personengesellschaften* spräche zwar deren grundsätzliche „Transparenz“. Wegen des nichtgewerblichen Charakters und wegen der schon bestehenden Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung böte sich möglicherweise eine ähnliche Rechtsform wie der Partnerschaftsgesellschaft an. Um allerdings eine Haftungsbeschränkung ähnlich wie in § 8 Abs. 4 PartGG für Wissenschafts- und Forschungsk Kooperationen einzuführen, bedürfte es einer Versicherungslösung. Eine solche existiert aber gerade in dem äußerst relevanten Bereich der Medizinforschungsanwendung nicht, weil berufliche Fehler häufig zugleich einen (deliktsrechtlichen) Schadensersatzanspruch gegen den (forschungsanwendenden) Arzt persönlich auslösen und dieser nicht von dem Versicherungsschutz erfasst wäre. Zudem scheinen „Forschungsrisiken“ schwer kalkulierbar und damit versicherbar.

Möglicherweise näher läge es, den schwierigen sondergesetzlichen Zurechnungsfragen einen Bezugspunkt in Gestalt einer Rechtsform mit Rechtspersönlichkeit zu geben. Denn die juristische Person ist selbst „Abbréviation für komplizierte Zuordnungsverhältnisse“.⁴⁴ Vorstellbar wäre eine Art „*durchleuchtete Plattform-GmbH*“ als Rechtsformvariante der GmbH, die sich in Tätigkeit und Zweck ähnlich einer Innengesellschaft auf ein *forum internum* mit ihren Kooperationspartnern beschränken würde und durch die sämtliche Ergebnisse der For-

schungsanwendung zu den Kooperationspartnern hindurchgeleitet werden könnten. Sollte es über § 164 Abs. 1 S. 2 BGB oder über einen Rechtsschein oder über die Zurechnung unerlaubter Handlungen doch einmal zu einer Haftung der Kooperationsgesellschaft kommen, wären die Kooperationspartner haftungsrechtlich abgesichert. Damit wäre zugleich dem jeweiligen öffentlichen Zweck der öffentlich-rechtlich verfassten Kooperationspartner Genüge getan. Die Einführung einer solchen Rechtsformvariante der GmbH ließe sich flankieren durch verschiedene Auslegungsregeln in den Sonderrechtsbereichen, etwa im Beihilfenrecht durch die Regel, dass der Leistungsaustausch zwischen einer solchen Kooperations-GmbH und ihren Kooperationspartnern im Zweifel keine Tätigkeit an einem Markt darstellt. Den Vertrieb der Forschungsergebnisse und deren Anwendung im Verhältnis zu Dritten müsste an sich der jeweilige Kooperationspartner selbst übernehmen, dem die Rechte an den Forschungsergebnissen (vor allem in Gestalt des *Joint Foreground IP*) zugewiesen sind oder werden. Überlegenswert wäre freilich, auch eine mittelbare Stellvertretung der Kooperations-GmbH für ihre Gesellschafter dergestalt zuzulassen, dass sie den Vertrieb der Forschungsergebnisse und deren Anwendung strikt und stets nur für Rechnung ihrer Gesellschaft durchführen darf.

Stefan J. Geibel ist Professor an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und dort Direktor des Instituts für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht.

44 Hans Julius Wolff, *Organschaft und juristische Person*, Bd. 1: *Juristische Person und Staatsperson*, 1933, S. 229.

Johannes Lappe

Berichterstattung zur Diskussion im Anschluss an den Vortrag von Prof. Geibel: Rechtsfähigkeit und Zurechnung

Allgemein kam man überein, dass das Thema Rechtsfähigkeit und Zurechnung große Herausforderungen aufwerfe, insbesondere im wettbewerbsrechtlichen Kontext (I.). Sodann wurde das Für und Wider einer Kooperationsform erörtert, welche sich an der GmbH orientiert (II.), bevor sich die Diskussion dem Thema GbR als (ungewollte) Kooperationsrechtsform zuwandte (III.).

I.

Zunächst kam das Auditorium überein, dass das Thema Rechtsfähigkeit und Zurechnung eine sehr große Herausforderung darstelle. Problem und Begrifflichkeiten seien durch den Vortrag treffend präzisiert worden. Man müsse feststellen, dass die diffizilen rechtliche Vorgaben diverser, durch Forschungsk Kooperationen tangierter Rechtsgebiete das geltende Recht gewissermaßen faktisch innovationsfeindlich machten. Als „ideal“ wurde sodann eine Gesellschaftsform beschrieben, die „alles darf und nicht haftet“, wohl betonend, dass dieser Wunsch wohl nicht systemkonform in das geltende Recht einzupassen sei. Eingeworfen wurde, dass insbesondere das Kartellrecht Schwierigkeiten bereite, da das Bundesministerium für Bildung und Forschung immer „Kooperationen“ ausschreibe. Aus Sicht der Praxis sei in diesem Zusammenhang nicht immer hinreichend klar, ob mit der Ausschreibung als Kooperation damit von vornherein kartellrechtliche Bedenken ausgeräumt seien.

II.

Sodann wendeten sich die Diskutanten einzelnen angesprochenen Rechtsformen zu. Gegen eine Lösung nach dem Vorbild GmbH wurde vorgebracht, dass dies nicht praxisgerecht sei. Es würde schlicht den Betrieb ersticken, müsste ein formalisierter Gründungsprozess eingehalten werden. Das Petium der Praxis sei daher eine Kooperationsform, die jedenfalls privatschriftlich gegründet werden könnte. Dem wurde entgegnet, dass eine angestrebte Haftungsbegrenzung nur mit Prüfung und Einzahlung eines Stammkapitals oder einer Versicherung möglich sei und daher einen formalisierten Gründungsprozess erfordere. Eine Versicherungslösung nach § 8 Abs.4 PartGG sei zudem *de lege lata* für Ärzte

ausgeschlossen. Wenn man eine GmbH-Variante als Kooperationsform schaffen würde, bedürfe es notwendig sämtlicher Voraussetzungen der GmbH. Beurkundung und Registrierung seien dann als notwendige Erfordernisse hinzunehmen. Nicht jede Kooperation muss dann in dieser Rechtsform organisiert werden. Es stehe den Kooperationspartnern frei, das entsprechende GmbH-Äquivalent zu wählen, wenn sie es für notwendig hielten. Für die Aspekte Haftung und Datenschutz ließe sich damit sinnvoll eine klare Regelung finden. Zusätzlich müsste man aber erwägen, falls eine „WissGmbH“ rechtspolitisch tauglich und durchsetzbar ist, ein UG-Äquivalent zu schaffen, was aber möglicherweise dann einen flankierenden Versicherungsschutz erforderlich mache. Aus der Gruppe der in der Praxis tätigen Konferenzteilnehmer wurde hierauf nochmals betont, dass eine GmbH-Lösung nicht praktikabel sei. Dies schon deshalb, weil die Gründung oft einen Genehmigungsprozess von mindesten sechs Monaten erfordere und damit die Dynamik des Kooperationsprozesses entscheidend hemme. Insoweit bestand Einigkeit, dass ein so langer Gründungsprozess jedenfalls zu vermeiden sei. Es müssten mit Blick auf Governance und Vertragsstrukturen Muster verfügbar sein, die eine schnelle Gründung ermöglichen und insbesondere bei deren Verwendung Genehmigungsprozesse abkürzten. Trotzdem werde, soweit bestand Einigkeit, Rechtsgestaltung im Einzelfall weiter erforderlich sein. „In zwei Wochen in die perfekte Kooperation“, das sei illusorisch.

III.

Aus dem Kreise der Teilnehmer wurde zur GbR aufgegriffen, dass das „Umschlagen“ eines Kooperationsvertrags in eine GbR Teilen der Praxis nicht so klar sei. Insbesondere, wenn der Kooperationsvertrag gegen öffentliches Haushaltsrecht verstieße, sei der Vertrag nach § 134 BGB nichtig und von der Rechtsaufsicht aufzuheben. Seitens des Vortragenden wurde dies nochmals bestätigt und festgehalten, dass es sich hier durchaus um ein „grundstürzendes“ Problem handle. Es reiche der Bleistiftkauf im Namen der Kooperation, um eine rechtsfähige GbR entstehen zu lassen, deren Gesellschafter akzessorisch hafteten. Zwar irre der BGH insoweit und unter Doktoranden des Vortragenden gebe es Bestrebungen, der Auffas-

sung des BGH entgegenzutreten. Für die Praxis aber sei dies ein Datum, und diese sei angehalten, den sichersten Weg zu wählen, der eben nicht in eine GbR führe. Das Problem der „plötzlichen Außen-GbR“ sei aber auch nicht auf den Wissenschaftsbereich beschränkt. Es bestehe auch im kommunalen Bereich ein echtes Problem ähnlich wie für Limiteds nach englischem Recht, wenn sich ein Brexit realisieren sollte. Während sich die Beteiligten dieser beiden zuletzt genannten Problemkreise aber noch auf die Problematik einstellen können, können dies wissenschaftliche Kooperationen nicht. Denn diese entstehen oft unerkannt und auch das Auftreten nach außen als solches geschehe oft „unbewusst“. Dem wurde insoweit zugestimmt, als dass es klare Abgrenzungskriterien geben müsse, wann ein FuE-Vertrag in eine BGB-Gesellschaft umschlage. Hierzu müsse der Ertrag dieser Konferenz etwas beitragen. Es gehe darum, dort zu helfen, wo „das Schuldrecht endet.“ Organisationsstrukturen müssten dabei klar abgebildet werden können. Das Kernproblem sei doch, wie es zur heutigen „Außen-GbR“ gekommen sei, nämlich dass man Werner

Flume folgend die Gesamthand vor die Gesamthänder gestellt habe. Diesen Weg müsse man wieder zurückgehen. In der Rechtsperson Forschungsk Kooperation müssen die Forschungsträger sichtbar bleiben. Als Stichworte seien dazu „Transparenz des Rechtsträgers“ sowie für die GmbH-Variante eine „durchleuchtete (d.h. transparente) GmbH“ festzuhalten. Dies sollte dem Gesetzgeber gelingen. Die Lösung könne durchaus eine GmbH mit personengesellschaftlichen Zügen sein. Dies fand Zustimmung. Man müsse dem Automatismus des Wegs in die GbR entgegentreten und eine Lösung finden, die an grundlegender, gesellschaftsrechtlicher Dogmatik anknüpft. Für einzelne insbesondere wettbewerbsrechtliche Probleme bestünde zudem die Möglichkeit, im jeweiligen Wettbewerbsrecht entsprechende Anpassungen vorzunehmen.

Johannes Lappe ist wiss. Mitarbeiter am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg.

Florian Möslein

*Privatrechtliche Regelsetzungsfragen der wissenschaftlichen Kooperationsform:
Angebot des Gesetzgebers oder selbstgestaltetes
Recht?*

Mit wissenschaftlicher Kooperation verhält es sich ähnlich wie mit rechtswissenschaftlichen Methoden, von denen man bekanntlich sagt: „Über Methoden spricht man nicht – Methoden wendet man an“.¹ Wissenschaftliche Kooperation wird tagtäglich von Wissenschaftlern aller Disziplinen betrieben, aber vergleichsweise selten selbst zum Gegenstand wissenschaftlicher Forschung gemacht.² Speziell in den Rechtswissenschaften mag Forschungskoope- ration zwar eine geringere Rolle spielen als namentlich in den Naturwissenschaften.³ So sind beispielsweise Beiträge von Einzelautoren ungleich häufiger als Ko-Autorenschaften, jedenfalls im Bereich der traditionellen, dogmatisch orientierten rechtswissenschaftlichen Forschung.⁴ Selbst in diesem Bereich gibt es aber seit jeher auch Mehr-Autorenwerke, etwa Gesetzeskommentare und Sammelwerke; die Anwaltspraxis ist selbstverständlich ebenfalls von kooperativem Zusammenwirken geprägt.⁵ Zudem fördern die Wissenschaftsorganisationen Netzwerkbildung und Verbundvorhaben,⁶ so dass Wissenschaftskooperation auch in den Rechtswissenschaften an Bedeutung gewinnt.

Bemerkenswerter ist umgekehrt, dass der Rechtsrahmen von Wissenschaftskooperation, egal in welcher Disziplin, bislang nur vereinzelt zu einem spezifischen Gegenstand vertiefter rechtswissenschaftlicher Forschung gemacht wurde.⁷ Über wissenschaftliche Kooperation

forscht man in den Rechtswissenschaften offenbar nicht (oder nur wenig, ähnlich wie über Methoden) – obwohl ebendiese Kooperation als wichtige Triebfeder von Innovation und wirtschaftlicher Entwicklung gilt. So hieß es bereits vor zehn Jahren in einem gemeinsamen Positionspapier des Wissenschaftsrates: „Effektive Forschungskoope- rationen zwischen wissenschaftlichen Institutionen und Wirtschaftsunternehmen bilden eine entscheidende Grundlage für die Sicherung und Steigerung der Innovationsleistung und damit für die Wettbewerbsfähigkeit der zunehmend wissenschaftsbasierten deutschen Volkswirtschaft“.⁸ Umso begrüßenswerter ist eine Initiative, die eine Kooperationsform für die Wissenschaft endlich nicht nur vorantreiben, sondern rechtswissenschaftlich fundiert vorbereiten will.⁹

Im Rahmen eines solchen Vorhabens stellen sich unzählige inhaltliche Fragen, etwa nach der Ausgestaltung der Governance in einer solchen Kooperationsform, nach Regeln zu Transparenz und Verantwortlichkeit, oder auch nach der Zuordnung geistigen Eigentums.¹⁰ Zusätzlich stellen sich, wie immer bei neuen Regelungsvorhaben, jedoch auch grundlegende Gestaltungsfragen. Sie betreffen die Art und Weise der Regelsetzung, insbesondere die Auswahl geeigneter Regelungsinstrumente, und sie dienen der Entwicklung zielführender Regelungsstrategien:¹¹ „How to make rules work?“, so lautet

1 Näher etwa *Funk*, in: Brix/Magerl (Hrsg.), *Weltbilder in den Wissenschaften*, 2005, S. 81, 82 f.

2 Vgl. jedoch Nachw. unten, Fn. 27.

3 Für empirische Belege, allerdings beschränkt auf die US-amerikanische Rechtswissenschaft, vgl. *George/Guthri*, *Joining Forces: The Role of Collaboration in the Development of Legal Thought*, *J. Legal Educ.* 52 (2002), 559.

4 Dazu, wiederum aus US-amerikanischer Perspektive: *Edelman/George*, *Six Degrees of Cass Sunstein: Collaboration Networks in Legal Scholarship*, *Green Bag 2d*, 11 (2007), 19; *Ginsburg/Miles*, *Empiricism and the Rising Incidence of Coauthorship in Law*, *Univ. Ill. L. Rev.* (2011), 1785.

5 S. nur *Hensler/Deckenbrock*, *DB 2007*, 447 („Das Rätsel Anwaltskooperation“).

6 So beispielsweise die Förderlinie „Wissenschaftliche Netzwerke“ der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG): http://www.dfg.de/foerderung/programme/einzelfoerderung/wissenschaftliche_netzwerke/; für einen konkreten Ertrag im Bereich des Privatrechts s. *Möslein* (Hrsg.), *Private Macht*, 2016.

7 Vgl. jedoch *Trute*, *Die Forschung zwischen grundrechtlicher*

Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, S. 693-717

(mit forschungspolitischem Fokus); aus wettbewerbsrechtlicher – stärker unternehmensorientierter – Perspektive außerdem: *Axster*, *GRUR* 1980, 343; *Blaurock*, *Festschrift v. Caemmerer*, 1978, S. 477; *Fuchs*, *Kartellrechtliche Grenzen der Forschungskoope- ration*, 1989; *Ullrich*, *Kooperative Forschung und Kartellrecht*, 1988.

8 Wissenschaftsrat (Hrsg.), *Innovation durch Kooperation – Maßnahmen für eine effektive Nutzung des Forschungspotentials von Wissenschaft und Wirtschaft*, *Gemeinsames Positionspapier von Bundesverband der Deutschen Industrie, Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Deutsche Forschungsgemeinschaft u.a.*, 2007, abrufbar unter: <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/Allianz-Positionspapier-12-11-07.pdf>.

9 *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, *OdW* 1 (2017), 1; vgl. außerdem die Beiträge in diesem Heft.

10 Vgl. hierzu die Beiträge von *Kumpan*, *Geibel* und *Ulrici* in diesem Heft.

11 Ausführlicher *Binder*, *Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien im Kapitalgesellschaftsrecht*, 2012, bes. S. 42-48.

also die Kernfrage.¹² Bei der Suche nach einer Antwort kann sich der vorliegende Beitrag auf den Bereich des Privatrechts beschränken, gleichsam in arbeitsteiliger wissenschaftlicher Kooperation mit dem Beitrag von *Max-Emanuel Geis*.¹³ Insoweit fragt sich beispielsweise, ob entsprechende Regeln von den Beteiligten oder vom Gesetzgeber zu statuieren, und ob sie zwingender oder dispositiver Natur sind. Es fragt sich weiter, ob diese Regeln generalklauselartig oder konkret zu formulieren sind, und ob sie inhaltliche Vorgaben machen oder lediglich zur Offenlegung verpflichten sollen. Die Fragestellung im Untertitel des Beitrags („Angebot des Gesetzgebers oder selbstgestaltetes Recht?“) steht insofern nur als ein Beispiel für zahlreiche weitere Fragen der Regelungsetzung. Solche Fragen sind typischerweise übergreifender Natur: Sie stellen sich nämlich für jeden inhaltlichen Einzelbereich, lassen sich jedoch keineswegs einheitlich beantworten, sondern hängen vom jeweiligen Regelungszusammenhang ab. So mögen bestimmte Governancefragen sinnvoller dispositiv geregelt werden, während sich für Transparenzfragen oder die Zuordnung geistigen Eigentums möglicherweise eher Regeln zwingender Natur empfehlen. Angesichts dieses übergreifenden Charakters lassen sich in einem Überblicksbeitrag keine konkreten Antworten geben, immerhin aber allgemeine Leitlinien für eine sinnvolle Regelungsstrategie entwickeln. Diese Leitlinien mögen ein methodisches Grundgerüst liefern, das sich bei der Diskussion einzelner Sachfragen mit Inhalt und Gestaltungsvarianten füllen lässt, und das sich als Struktur für die Entwicklung einer wissenschaftlichen Kooperationsform nutzen lässt.

I. Wissenschaftskooperation und Privatrecht

Die Rechtsgestaltung von Wissenschaftskooperation birgt erhebliche Schwierigkeiten. Diese Schwierigkeiten bringt ein Zitat auf den Punkt, dass sich im Vorwort

eines deutschen Standardwerks zu Forschungs- und Entwicklungsverträgen findet und dort einem kalifornischen Anwalt zugeschrieben wird: „An agreement for the joint development of new technology is probably the most difficult type of agreement for business-people and lawyers to negotiate, draft and administer“.¹⁴ Wenn nicht nur unternehmerische Akteure, sondern im Fall der Wissenschaftskooperation auch (oder nur) Universitäten und andere Forschungsinstitutionen beteiligt sind, wird diese Aufgabe gewiss nicht leichter.

Kooperation als solche ist dem Privatrecht freilich keineswegs fremd, ganz im Gegenteil. Vielmehr bezeichnet man dieses Rechtsgebiet als Ordnungsrahmen oder auch als Infrastruktur für die Kooperation Privater,¹⁵ und sieht den elementaren Zweck insbesondere des Vertragsrechts darin, „die intensive Kooperation von Rechtssubjekten durch Sicherung der Durchsetzbarkeit privater Versprechen [...] zu ermöglichen“.¹⁶ Die Ermöglichung von Kooperation zählt demnach zu den Kernaufgaben des Privatrechts. Eine einheitliche Rechtsform der Kooperation gibt es allerdings nicht. Es ist nicht einmal klar, welchem Rechtsgebiet Kooperation zuzuordnen ist, dem Vertrags- oder dem Gesellschaftsrecht: Erfolgt die Kooperation durch Transaktion auf Märkten, zählt sie zum Vertragsrecht, erfolgt sie im Rahmen unternehmerischer Organisationen, gehört sie dagegen zum Gesellschaftsrecht.¹⁷ Maßgebliches Unterscheidungskriterium ist bekanntlich die Frage, ob ein gemeinsamer Zweck vorliegt oder nicht.¹⁸ Bei Kooperation scheint ein solcher gemeinsamer Zweck nahe zu liegen, ist aber keineswegs zwingend. So beinhaltet beispielsweise Franchising intensive Kooperation, ist aber vertraglicher Natur.¹⁹ Vertrag oder Gesellschaft, so lautet also gewissermaßen die Gretchenfrage privater Kooperationsbeziehungen.²⁰

Innovation erfolgt ebenfalls häufig in (wissenschaftlicher) Kooperation.²¹ Wirkmächtige Innovationen werden zwar oft einzelnen Erfindern zugeschrieben, von *Johannes Gutenberg* über *Thomas Edison* bis hin zu *Steve*

12 *Black*, Rules and Regulators, 1997, S. 5.

13 *Geis*, in diesem Heft.

14 *Winzer*, Forschungs- und Entwicklungsverträge – Ein Vertrags- handbuch, 2. Aufl. 2011 (einleitend im Auszug aus dem Vorwort zur 1. Auflage).

15 So etwa *Bachmann*, Private Ordnung – Grundlagen ziviler Regelung, 2006, S. 20 f.; vgl. außerdem *Riesenhuber/Möslein*, ERCL 3 (2009), 248, 269; *Windbichler*, AcP 198 (1998), 261, 271; mit Blick auf das Gesellschaftsrecht *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673, 707.

16 *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 223.

17 Zu „Kooperationen im Grenzbereich von Vertrags- und Gesellschaftsrecht“ zuletzt monographisch *Thouvenin*, Der Kooperationsvertrag, 2017; ferner *ders.*, FS von der Crone, 2017, S. 785 (jeweils zum Schweizer Recht); s. außerdem *Oetker*, Das Dauer-

schuldverhältnis und seine Beendigung, S. 232 f.; *Wiedemann/Schultz*, ZIP 1999, 1.

18 Allgemein zu diesem Merkmal *Lenz*, Personenverbände – Verbandspersonen – Kartellverträge, 1987, bes. S. 51-70; vgl. ferner *Fleischer/Hahn*, NZG 2017, 1, 3; *Wiedemann/Schultz*, ZIP 1999, 1, 2f; *MüKoBGB/Schäfer*, § 705, Rn. 142 (eines der beiden „konstitutiven Merkmale des Gesellschaftsvertrags“).

19 Dazu ausführlich: *Martinek*, in: *ders./Semler/Flohr* (Hrsg.), Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Aufl. 2016, Rn. 15-26.

20 Eher apodiktisch hingegen: *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. 2013, Rn. 1 („Gesellschaftsrecht ist privatrechtliches Kooperationsrecht“).

21 Vgl. zum Folgenden, etwas ausführlicher: *Grundmann/Möslein*, ZfPW 2015, 435, 440-442.

Jobs, und individuelle Kreativität bildet zweifelsohne die Keimzelle für die Entstehung neuer Ideen.²² Entsprechend hat sich beispielsweise im Patentrecht seit langem das Erfinderprinzip durchgesetzt.²³ Neue Ideen entstehen indessen keineswegs ausschließlich im „stillen Kämmerlein“. In modernen, arbeitsteiligen Informationsgesellschaften ist Innovation ohne gegenseitiges Zusammenwirken kaum mehr denkbar. Technologische Erfindungen entstehen zumeist in Forschungs- und Entwicklungsabteilungen, in denen Teams hochspezialisierter Experten zusammenarbeiten.²⁴ Ein eindrucksvolles Beispiel liefert etwa der Nobelpreis für Physik, der am 3. Oktober 2017 verkündet wurde: Die Aufsatzveröffentlichung, die als Durchbruch der Messung von Gravitationswellen gilt, stammt aus der Feder einer vierstelligen Anzahl von Autoren.²⁵ Die größte Schwierigkeit für die Jury bestand offenbar darin, dass ein Nobelpreis laut Statuten an nicht mehr als drei Wissenschaftler verliehen werden darf.²⁶ Auch *Rainer Weiss*, einer der drei Preisträger, konzidierte, er betrachte die Verleihung „mehr als eine Sache, die die Arbeit von eintausend Menschen anerkennt“.²⁷ Angesichts dieser zunehmenden Bedeutung wissenschaftlicher Kooperation haben Ökonomen die Entstehung von Wissenschaftskooperationen inzwischen zu einem eigenen For-

schungsgegenstand gemacht und unter anderem untersucht, auf welche Weise Such- und Transaktionskosten prohibitive Wirkung haben können, etwa auf die Stellung von Forschungsanträgen.²⁸

Wenn der elementare Zweck des Privatrechts darin besteht, Kooperation zu erleichtern, so scheint dieses Rechtsgebiet geradezu berufen, solche Hürden zu überwinden, indem es insbesondere die Fragen der Eigentums-, Informations- und Risikoallokation beantwortet, die kooperative Innovation aufwirft. Privatrecht würde dadurch auch der Wissenschaftskooperation als ermöglichende Infrastruktur dienen.²⁹ Bislang spielt die Förderung von Innovation in der vertrags- und gesellschaftsrechtlichen Diskussion allerdings kaum eine nennenswerte Rolle.³⁰ Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung wird stattdessen vor allem aus der Perspektive des öffentlichen Rechts betrieben,³¹ ergänzt um Beiträge aus dem Bereich des Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechts.³² Neue Impulse liefert immerhin die Rechtsökonomik, nachdem *Robert Cooter*, einer ihrer großen Exponenten, kürzlich die Frage aufgeworfen hat, ob Innovation nicht sogar wichtiger sei als Effizienz, immerhin das Kernparadigma der Ökonomik.³³

22 Zu entsprechenden rechtlichen Schutzmechanismen allgemein: *Peifer*, Individualität im Zivilrecht, 2009.

23 Grundlegend *O. Schanze*, Der rechtliche Schutz der Erfinderehre, GRUR 7 (1902), 62; ders., Die Erfinderehre und ihr rechtlicher Schutz, 1906; monographisch zur historischen Entwicklung: *A. Schmidt*, Erfinderprinzip und Erfinderpersönlichkeitsrecht im deutschen Patentrecht von 1877 bis 1936, 2009.

24 Ähnlich *Lüthje*, Der Prozess der Innovation - Das Zusammenwirken von technischen und ökonomischen Akteuren, 2009.

25 *Abbott u.a.*, Physical Review Letters 116 (2016), 061102.

26 S. die Mitteilung „Physik-Nobelpreis geht an Gravitationswellen-Forscher“, Spiegel Online v. 3. Oktober 2017, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/physik-nobelpreis-2017-geht-an-rainer-weiss-kip-thorne-barry-barish-a-1170996.html>.

27 Zitiert nach der Mitteilung „Preis für Entdecker der Gravitationswellen“, BR Wissen v. 3. Oktober 2017, abrufbar unter <http://www.br.de/themen/wissen/nobelpreis-2017-physik-physiknobelpreis-100.html>.

28 *Boudreau u.a.*, A Field Experiment on Search Costs and the Formation of Scientific Collaborations, Review of Economics and Statistics 99 (2017), 565; vgl. ferner, auch aus dem sozialwissenschaftlichen Schrifttum: *Barabási et al.*, Evolution of the social network of scientific collaborations, Physica A 311 (2002), 590; *Ding*, Scientific collaboration and endorsement: Network analysis of coauthorship and citation networks, Journal of Informetrics 5 (2011), 187; *Franceschet/Costantini*, The effect of scholar collaboration on impact and quality of academic papers, Journal of Informetrics 4 (2010), 540; *Lee/Bozeman*, The Impact of Research Collaboration on Scientific Productivity, Social Studies of Science 35 (2005), 673.

29 In ähnliche Richtung *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, OdW 1 (2017), 1, 4 f.; allgemein: *Grundmann/Möslein*, ZfPW 2015, 435 („Vertragsrecht als Infrastruktur für Innovation“).

30 Für das Vertragsrecht demnächst jedoch die Beiträge von *Grigolet, Riehm, Schweitzer, Engert, Kuntz, Reidt/Dauner-Lieb, Martinek und Schroeter* in: Grundmann/Möslein (Hrsg.), Vertragsrecht und Innovation, in Vorbereitung für 2018.

31 Vgl. vor allem *Hoffmann-Riem/Schneider* (Hg.), Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung. Grundlagen, Forschungsansätze, Gegenstandsbereiche, Baden-Baden 1998; *Eifert/Hoffmann-Riem* (Hg.), Innovation und rechtliche Regulierung. Schlüsselbegriffe und Anwendungsbeispiele rechtswissenschaftlicher Innovationsforschung, Baden-Baden 2002; diess., Geistiges Eigentum und Innovation, Berlin 2008; diess., Innovationsfördernde Regulierung, Berlin 2009; diess., Innovationsverantwortung, Berlin 2009; diess., Innovation, Recht und öffentliche Kommunikation, Berlin 2011; *Hoffmann-Riem*, Innovationsoffenheit und Innovationsverantwortung durch Recht. Aufgaben rechtswissenschaftlicher Innovationsforschung, AöR 131 (2006), 255; ders., Die Governance-Perspektive in der rechtswissenschaftlichen Innovationsforschung, München 2011; ders., Innovation und Recht, 2016; ferner *Errass*, Innovationsfördernde Regulierung als Aufgabe des öffentlichen Rechts?, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 111 (2010), 203; *Kahl*, Die Innovationsfunktion des Rechts, ZRph 2004 (Heft 1), 1; *Rofsnagel*, Innovation als Gegenstand der Rechtswissenschaft, in: Hof/Wengenroth (Hg.): Innovationsforschung – Ansätze, Methoden, Grenzen und Perspektiven, Hamburg 2007, 9.

32 Mit diesem Fokus bspw. *Hilty/Jaeger/Lamping* (Hrsg.), Herausforderung Innovation – Eine interdisziplinäre Debatte, 2012; ähnlich bereits *Ott/Schäfer* (Hrsg.), Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen, 1994.

33 *Cooter*, The Falcon's Gyre: Legal Foundations of Economic Innovation and Growth, 2014 (abrufbar unter <http://www.law.berkeley.edu/library/resources/cooter.pdf>), S. IX (Preface): „Maybe efficiency is wrong and innovation is right“.

Kurzum: Die Förderung wissenschaftlicher Kooperation verspricht, zu einer Zukunftsaufgabe des Privatrechts zu werden, weil Innovation zunehmend in Kooperationsbeziehungen erfolgt, und weil Kooperationsermöglichung zu den elementaren Zwecken des Privatrechts zählt. Um nun auszuloten, welche Beiträge das Privatrecht zur Förderung von Wissenschaftskooperation im Einzelnen leisten kann, geht dieser Beitrag nachfolgend in drei Schritten vor. Er gibt zunächst einen Überblick über die privatrechtlichen Regelungsinstrumente und stellt damit sozusagen den verfügbaren Werkzeug- und Instrumentenkasten vor (unter II.), bevor er sodann spezifische Regelungsprobleme der Wissenschaftskooperation anspricht (unter III.), um schließlich am Ende mit Hilfe dieser Instrumente erste Leitlinien für Strategien zur Bewältigung jener Regelungsprobleme zu entwerfen (unter IV.), freilich vorerst nur grob und skizzenhaft.

II. Regelungsinstrumente

Was die Regelungsinstrumente angeht, liefert die privatrechtliche Regelungslehre wertvolle Denkanstöße. Dieses Forschungsfeld, das sich mit Methoden effektiver Regelsetzung beschäftigt, hat sich neuerdings als Teilbereich der Privatrechtswissenschaft etabliert und kraftvoll entwickelt.³⁴ Einen Ausgangspunkt lieferte *Julia Black*, die bereits 1997 in ihrem Buch „Rules and Regulators“ die Losung ausgab: „Towards a Theory of Rule Making“.³⁵ In Deutschland hat vor allem *Holger Fleischer* diesen Gedanken aufgegriffen, besonders in einem Aufsatz aus dem Jahr 2004 mit dem treffenden Untertitel „Prolegomena zu einer Theorie gesellschaftsrechtlicher Regelsetzung“.³⁶ Seitdem sind mehr als ein Dutzend einschlägige

Monographien entstanden, die sich allesamt mit Regelungsfragen befassen, etwa mit zwingendem und dispositivem Recht, mit hybriden Regulierungsinstrumenten, gesetzlichen Mustern und Fragen der Normkonkretisierung – insgesamt über fünftausend Seiten, entstanden im Wesentlichen innerhalb der letzten fünf Jahre.³⁷ Der gemeinsame Nenner besteht in einem modalen Forschungsansatz, der nicht primär den Inhalt von Regeln, sondern die Art und Weise der Regelsetzung in den Blick nimmt und damit eben eine Art Werkzeug- oder Instrumentenkasten liefert – vergleichbar mit der öffentlich-rechtlichen Gesetzgebungslehre, aber mit privatrechtlichem Fokus und unter Einbeziehung der Eigendynamiken privatautonomer Selbstbestimmung.³⁸

1. Regelungsebene

Entsprechend finden im Hinblick auf die Regelungsebene neben staatlichen besonders auch private Regelsetzer Berücksichtigung. Auf der einen Seite kann der staatliche Gesetzgeber Regeln vollständig selbst erzeugen; er kann die Regelerzeugung aber auch ganz oder teilweise auf andere Regelgeber delegieren.³⁹ Im modernen Staat setzen Legislative, Exekutive und Judikative gleichermaßen Recht, allerdings auf unterschiedliche Art und Weise.⁴⁰ Was das vom Gesetzgeber selbst erlassene Recht auszeichnet, ist vor allem sein allgemeiner, nicht auf konkrete Sachverhalte bezogener Inhalt, sein weit reichender Zukunftsbezug und sein inhaltlich offener, nur durch Verfassungsvorgaben begrenzter Regelungsspielraum.⁴¹ Eine Alternative zu legislativer Rechtsetzung besteht darin, den Gerichten die Regelerzeugung zu überlassen. Kennzeichen dieser judikativen Normerzeugung, die besonders dort eine Rolle spielt, wo es primär auf die Bewertung des individuellen Einzelfalls

34 Übergreifend demnächst die Beiträge in: *Möslein* (Hrsg.), *Regelsetzung im Privatrecht*, in Vorbereitung für 2018.

35 *Black* (Fn. 12), bes. S. 246-250; s. dazu auch die Rezension von *Lessig*, *Modern Law Review* 62 (1999), 803, 804 („analysis of the mechanics of rules“).

36 *Fleischer*, *ZHR* 168 (2004), 673; vgl. außerdem *Eidenmüller*, *JZ* 2007, 487, 490 („Analyse von Regulierungsstrategien“).

37 S. vor allem (in chronologischer Reihenfolge): *Bechtold*, *Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts*, 2010; *Cziupka*, *Dispositives Vertragsrecht*, 2010; *Maultzsch*, *Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess*, 2010; *Renner*, *Zwingendes transnationales Recht*, 2010; *Möslein*, *Dispositives Recht*, 2011; *Weiss*, *Hybride Regulierungsinstrumente*, 2011; *Binder* (Fn. 11); *Kähler*, *Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts*, 2012; *Kahnert*, *Rechtsetzung im Europäischen Gesellschaftsrecht*, 2012; *Poelzig*, *Normdurchsetzung durch Privatrecht*, 2012; *Fornasier*, *Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht*, 2013; *Podszun*, *Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte*, 2014; *Damler*, *Das gesetzlich privilegierte Muster im Privatrecht*, 2015; *Franck*, *Marktordnung durch Haftung*, 2016; *Kuntz*, *Gestaltung von Kapitalgesellschaften*

zwischen Freiheit und Zwang, 2016; *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016; aus Perspektive des öffentlichen Rechts ferner *Augsberg*, *Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft*, 2003; *Schuppert*, *Governance und Rechtsetzung – Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft*, 2011.

38 Vgl. zum Folgenden auch *Möslein*, *Regelsetzung und Ordnungsökonomik*, in: *Zweynert/Kolev/Goldschmidt* (Hrsg.), *Neue Ordnungsökonomik*, 2016, S. 19, 28-33.

39 Näher, auch zu unterschiedlichen Rollenverteilungen: *Augsberg* (Fn. 37), S. 79-97; *Bachmann* (Fn. 14), S. 361-392.

40 *Möllers*, *Gewaltengliederung*, 2005, bes. S. 94-134 sowie andeutungsweise bereits *Reinhardt*, in: *FS Schmidt-Rimpler*, 1957, S. 115, 134-137. Insbesondere zur exekutiven Rechtsetzung v. *Bogdandy*, *Gubernative Rechtsetzung*, 2000, bes. S. 55-106; zur judikativen Rechtsetzung *Auer*, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit*, 2005, bes. S. 95-98; *Maultzsch* (Fn. 37), bes. S. 23-26; *Röthel*, *Normkonkretisierung durch Privatrecht*, 2004, bes. S. 56-60; *Podszun* (Fn. 37), bes. S. 132-158.

41 *Möllers* (Vorn.), S. 105-111 („verallgemeinernd, zukunftsbezogen, offen“).

ankommt,⁴² sind vor allem die höhere Individualisierung (Geltung für einen konkreten Sachverhalt), ihr deshalb stärkerer Vergangenheitsbezug und schließlich die ungleich größere rechtliche Determination des materiellen Gehalts.⁴³ Die andere, ebenfalls staatliche Alternative zu legislativer Rechtsetzung besteht in exekutiver Regelerzeugung. Typologisch steht diese Form zwischen den beiden anderen Erzeugungsmodi, da sie einerseits konkreter, vergangenheitsbezogener und stärker verrechtlicht ist als legislative Rechtserzeugung, andererseits jedoch allgemeiner, zukunftsorientierter und gestaltungsoffener als Rechtserzeugung durch die Judikative.⁴⁴

Andererseits kann der Staat die Ausgestaltung des Rechts jedoch auch privaten Akteuren überlassen. Man spricht dann oft bündig von Selbstregulierung, auch wenn deren Abgrenzung von hoheitlicher (Fremd-)Regulierung bei genauerem Hinsehen erstaunlich schwer fällt.⁴⁵ Private Regelerzeugung kann nämlich institutionell ganz unterschiedlich mit der staatlichen Rechtssetzung vernetzt und verschränkt sein.⁴⁶ Der Gesetzgeber kann beispielsweise private Verkehrssitten kodifizieren, so dass staatlich normiertes, seinem Inhalt nach aber privates Recht entsteht.⁴⁷ Private Regeln können von staatlichen Rechtsnormen jedoch auch durch offene, dynamische Verweisung in Bezug genommen werden. Ein Beispiel ist der gesetzliche Bezug auf Handelsbräuche in der Vorschrift des § 346 HGB.⁴⁸ Als dritte Möglichkeit kann der Staat die Regelerzeugung insgesamt an Einrichtungen delegieren, die auf Grund ihrer Verfassung, Or-

ganisationsstruktur oder Besetzung mehr oder weniger privater Natur sind.⁴⁹ Beispielsweise ist die Regierungskommission Corporate Governance ausschließlich mit privaten Experten besetzt, kann aber dennoch Kodexregeln statuieren, die gesetzesähnliche Wirkung entfalten: Sie sind von den Regeladressaten zu befolgen, solange diese nicht die Abweichung erklären (sog. *comply or explain*).⁵⁰ Eine vierte Möglichkeit besteht schließlich darin, die Regelerzeugung privaten Akteuren ohne eine solche gesetzgeberische Anknüpfung zu überlassen.⁵¹ Entsprechenden Regeln fehlt zwar der staatliche Rechtsanwendungsbefehl, so dass sie die rechtsnormtypische heteronome Geltung nicht für sich beanspruchen können. Sie haben aber immerhin eine privatautonome Selbstbindung der Beteiligten zur Folge.⁵² Selbst bei zweiseitigen Verträgen ist deshalb bisweilen von der „*lex contractus*“ die Rede.⁵³ Das französische Vertragsrecht macht die Parallelen noch deutlicher, indem es stautiert: „*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*“⁵⁴ Erst recht entfalten Gesellschaftsverträge und besonders körperschaftliche Satzungen breitflächigere Regelungswirkung.⁵⁵ Entsprechend bezeichnete *von Gierke* sie einst als objektives Lebensgesetz des Verbandes⁵⁶ der Bundesgerichtshof schreibt ihnen ein „*rechtliches Eigenleben*“ zu.⁵⁷ Gesetz und Vertrag weisen demnach – bei aller Unterschiedlichkeit – durchaus auch funktionale Gemeinsamkeiten auf. Entsprechend bezeichnet *Holger Fleischer* diese beiden Regelungsinstrumente als „*alternative Problemlösungsmodelle*“.⁵⁸ Hin-

42 Vgl. etwa, mit Blick auf das Vertragsrecht, *Rittner*, AcP 188 (1988), 101, 134 f. (wegen des Bedarfs an „*Augenmaß, Phantasie und Sachkenntnis* [...] benötigt das Vertragsrecht den Richter noch dringender als den Gesetzgeber“); vgl. ferner die differenzierte ökonomische Analyse bei *Ackermann*, in: *Furrer* (Hrsg.), *Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs*, 2006, S. 417, 426–429.

43 S. nochmals *Möllers* (Fn. 40), S. 95–105; ferner *Vofskuhle/Sydow*, JZ 2002, 57.

44 Treffend heißt es deshalb, dass exekutive Rechtsetzung „das Spektrum an Regelungsreich-weite, Zeitorientierung und Verrechtlichung ausfüllt, das zwischen den Polen legislativer und judikativer Rechtserzeugung entsteht“, so *Möllers* (Fn. 40), S. 112.

45 Zu möglichen Differenzierungskriterien *Möslein*, *Genuine Self-regulation in Germany: Drawing the Line*, in: *Baums/Bälz/Dernauer* (Hrsg.), *Self-regulation in Private Law in Japan and Germany*, in Vorbereitung für 2018, Arbeitspapier abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=3119247>.

46 Näher etwa *Franzius*, *Gewährleistung im Recht*, 2009, S. 646–650. Allgemein zur Klassifikation privater Regelsetzungsverfahren, mit jeweils unterschiedlichen Ansätzen: *Augsberg* (Fn. 37), S. 124–126; *Bachmann* (Fn. 14), S. 39–41; *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477, 479–506; *Schwarz*, *Nw. U. L. Rev.* 97 (2002), 319, 324–329.

47 *Jansen/Michaels*, *RabelsZ* 71 (2007), 345, 348.

48 Dazu etwa *Möslein* (Fn. 37), S. 413.

49 Ausführlich zur entsprechenden Formenvielfalt: *Augsberg* (Fn. 37), S. 127–173; *Schneider*, *Gesetzgebung – Ein Lehr- und Hand-*

buch, 3. Aufl. 2002, S. 190–204 (= § 10); speziell zu Standesordnungen: *Taupitz*, *Die Standesordnungen der freien Berufe*, 1991, S. 549–791.

50 S. etwa *Lutter*, ZHR 166 (2002), 523, 525 f.; *Möslein* (Fn. 45), unter III.2.c); vgl. ferner *Schüppen*, ZIP 2002, 1269, sowie allgemeiner *Leyens*, ZEuP 2016, 388. Zur Bindungsintensität und rechtlichen Qualifikation s. ferner die zahlreichen Nachweise bei *Möslein* (Fn. 37), S. 414 (in Fn. 430).

51 Näher *Augsberg* (Fn. 37), S. 227–277; *Bachmann* (Fn. 14), S. 259–329; *F. Kirchhof*, *Private Rechtsetzung*, 1987, S. 181–485.

52 Vgl. dazu *Möslein* (Fn. 37), S. 57–69; ferner ders., *Vertragsbindung in der Krise?*, in: *Binder/Psaroudakis* (Hrsg.), *Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht in der Krise*, in Vorbereitung für 2018, unter I.1.

53 In diesem Sinne bereits *Manigk*, *Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen*, 1935, S. 18, 45; ähnlich *Adomeit*, *Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche*, S. 19–21 (kein normlogischer Unterschied, da jeweils Sollenssätze).

54 Art. 1134 Code civil.

55 In diese Richtung auch *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673, 684 („*Gesellschaftsverträge als dritte Spur zwischen Gesetz und Vertrag?*“).
56 v. *Gierke*, *Deutsches Privatrecht*, Bd. I, 1895, S. 150f, 486.

57 Vgl. BGHZ 47, 172, 179 f.; 106, 67, 71; allgemein zur Diskussion um Vertrags- und Normentheorie etwa *MüKoBGB/Reuter*, § 25, Rn. 16–20.

58 *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673.

sichtlich ihrer Wirkung steht private Regelerzeugung, ähnlich wie exekutive Normsetzung, zwischen den beiden äußeren Polen: Während der Grad ihrer Verrechtlichung variiert, verbindet sie den Vorteil eines vergleichsweise allgemeinen, wenngleich auf bestimmte Branchen oder Adressaten begrenzten Regelungsansatzes mit der Möglichkeit, sich relativ schnell an veränderte, spezifische Umstände anpassen zu können, ohne ausschließlich vergangenheitsbezogen zu sein.⁵⁹

2. Regelungsintensität

Alternativen im Sinne eines gegenseitigen Ausschlussverhältnisses sind Gesetz und Vertrag allerdings nicht.⁶⁰ Vielmehr erfolgt auch private Regelsetzung, die auf privatautonomer Selbstbindung basiert, in Wahrheit nicht im rechtsfreien Raum, sondern auf der Grundlage einer rechtlichen Infrastruktur, die jene Regelsetzung erst ermöglicht, zugleich aber auch ihren Spielraum begrenzt.⁶¹ Im Hinblick auf diese Rahmenordnung unterscheidet man je nach Regelungsintensität grundlegend zwischen zwingenden und dispositiven Regeln, auch wenn sich zahlreiche Mischformen finden.⁶² Zwingendes Recht herrscht beispielsweise im deutschen Aktienrecht vor, wo § 23 Abs. 5 AktG bekanntlich den Grundsatz der Satzungsstrenge statuiert und deshalb nur wenig Raum für privatautonome Rechtsgestaltung lässt.⁶³

Dispositive Regeln eröffnen privaten Akteuren demgegenüber die Möglichkeit, abweichende Vereinbarungen zu treffen. Sie beanspruchen nur dann Geltung, wenn privatautonom nichts anderes vereinbart ist. Die Erzeugung der jeweils anwendbaren, rechtlich verbindlichen Regeln ist insofern zwischen staatlichen und priva-

ten Regelgebern aufgeteilt. Diese Regelungstechnik ist für das Privat- und Wirtschaftsrecht keineswegs unüblich, sondern geradezu typisch.⁶⁴ Im Personengesellschaftsrecht eröffnet sie beispielsweise die Möglichkeit, bei der OHG abweichend von der gesetzlichen Regelung in §§ 114 f. HGB vom Grundsatz der Einzelgeschäftsführung abzugehen und beispielsweise Gesamtgeschäftsführung vorzusehen.⁶⁵ Eine äußere Grenze findet diese Gestaltungsfreiheit jedoch unter anderem im Grundsatz der Selbstorganschaft, der besagt, dass die Gesellschafter die Geschäfte grundsätzlich selbst zu führen haben, und der zwingend gilt.⁶⁶ Eine Übertragung der Geschäftsführung ausschließlich an Nichtgesellschafter ist deshalb nicht möglich. In anderen Rechtsgebieten ist die Abdingbarkeit noch stärker eingeschränkt, weil nur noch in eine Richtung, etwa nur zu Gunsten von Verbrauchern, abgewichen werden darf: Entsprechende Regeln gelten nicht mehr vollumfänglich dispositiv, sondern halb-zwingend.⁶⁷ Weitere Abstufungen zwischen zwingend und dispositiv können sich daraus ergeben, dass dispositive Regeln von inhaltlichen oder prozeduralen Kautelen abhängig gemacht werden, beispielsweise von der Information des Vertragspartners oder von der Einhaltung bestimmter Formvorschriften. Zusätzlich zur isolierten Disposition über einzelne Rechtsätze bekommen Regeladressaten häufig auch die Wahl zwischen verschiedenen Regelungsmodellen eingeräumt, etwa zwischen verschiedenen Rechtsformen, zwischen unterschiedlichen Vertragstypen oder auch zwischen den Regelungsangeboten verschiedener Regelgeber.⁶⁸ Insgesamt ermöglichen dispositive Regeln jedenfalls eine differenzierte Aufteilung der Regelerzeugung zwischen Staat und Pri-

59 *Möslein* (Fn. 38), S. 30. Ausführlicher zu den Vorteilen privater Regelsetzung: *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 220–240; *Damrau*, Selbstregulierung im Kapitalmarktrecht, 2003, S. 75–83; im Hinblick auf normersetzende Absprachen: *Michael*, Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat, 2002, S. 203–228.

60 *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673, 684 f. („Mittelschicht zwischen Gesetz und Vertrag“); vgl. außerdem *Bachmann* (Fn. 14), S. 9, 13–16.

61 *Möslein* (Fn. 37), S. 17 f.; *ders.*, Privatrechtliche Regelsetzung, Governance und Verhaltensökonomik, *Austrian Law Journal* 1 (2014), 135, 138 f.; *ders.* (Fn. 45), unter I.2.

62 Zu diesem Facettenreichtum ausführlich *Möslein* (Fn. 37), S. 162–264.

63 Dazu allgemein *Hirte*, in: Lutter (Hg.), Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, 1998, 61 ff.; *Hopt*, in: Lutter (Hg.), Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, 1998, 123 ff.; *H. Mertens*, ZGR 1994, 426 ff.; *Spindler*, AG 1998, 53 ff.; ferner bereits *Gefßler*, FS M. Luther 1976, 69; *Luther*, FG Hengeler 1972, 167.

64 Sie gilt gar als dessen „geniale Eigenschaft“, vgl. *Zöllner*, NZA 2006, 99; ferner *K. Schmidt*, in: Murakami/Marutschke/Riesenhuber (Hrsg.), Globalisierung und Recht, 2007, S. 153, 168 f. („Alles Recht – jedenfalls alles Privatrecht – speißt sich aus zwei Quellen:

aus dem rechtspolitischen Willen des mit Normsetzungsbefugnis ausgestatteten Gesetzgebers und aus dem Rechtgeltungswillen der Rechtsgemeinschaft“).

65 Näher zu Gestaltungsspielraum und -grenzen: *Oetker/Lieder*, § 114 HGB, Rn. 64; *MüKoHGB/Rawert*, § 114, Rn. 19–31; *Baumbach/Hopt/Roth*, § 114 HGB, Rn. 20–28.

66 BGHZ 146, 341, 360; 51, 198, 200; 41, 367, 369; 36, 292, 295; 33, 105, 108; 26, 330, 332; *Huber*, ZHR 152 (1988), 1, 13 f.; *Reuter*, FS Steindorff, 1990, 229, 232f.; *K. Schmidt*, GS Knobbe-Keuk, 1997, S. 307, 310 f.; *ders.*, Gesellschaftsrecht, § 14 II 2a; *Wertenbruch*, Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung, 2000, S. 176; *Wiedemann*, FS Schilling, 1973, S. 105, 110; monographisch *Werra*, Zum Stand der Diskussion um die Selbstorganschaft, 1991; *Heidemann*, Der zwingende oder dispositive Charakter des Prinzips der Selbstorganschaft bei Personengesellschaften, 1999.

67 Vgl. etwa, besonders prominent, die Vorschrift des § 475 Abs. 1 S. 1 BGB; zum Ganzen näher *Möllers*, JZ 2001, 121, 131; *Schürnbrand*, JZ 2009, 133, 134 f.; v. *Vogel*, Verbrauchervertragsrecht und allgemeines Vertragsrecht, 2006, S. 129 f.; monographisch *Nobbe*, Das Günstigkeitsprinzip im Verbrauchervertragsrecht, 2007.

68 Umfassend zu allen diesen Abschattierungen *Möslein* (Fn. 37), S. 161–264.

vaten.⁶⁹ Letztlich ermöglichen sie Wettbewerb zwischen der gesetzlich vorgesehenen Lösung und privaten Alternativregeln⁷⁰ – was manchmal auch dazu führt, dass der Gesetzgeber selbst solche Alternativregeln übernimmt. Ein Beispiel ist § 131 HGB, der früher einmal (in Abs. 1 Nr. 4 a.F.) die dispositiven Regelung vorsah, dass der Tod eines Gesellschafters zur Auflösung der Gesellschaft führt, heute aber (in Abs. 3 S. 1 Nr. 1) genau das Gegenteil besagt, und zwar deshalb, weil die frühere Vorschrift aus naheliegenden Gründen massenhaft abbedungen wurde.⁷¹

Während bei dispositivem Recht die Regelerzeugung demnach aufgeteilt ist, sind noch stärkere Abstriche bei der Regelungsintensität denkbar. Gesetzliche Muster beispielsweise finden nicht „automatisch“ – vorbehaltlich einer Abbedingung – Anwendung, sondern nur dann, wenn die Regelungsadressaten sie explizit übernehmen; neudeutsch gesprochen also ein Regelungsmodell des Opting-In, nicht des Opting-Out.⁷² Die Adressaten dürfen sich allerdings gewisse Vorteile erwarten, wenn sie das Muster übernehmen, etwa weil ihnen der Gang zum Notar oder aber Unwirksamkeitsrisiken erspart bleiben. Prominente Beispiele liefern die Muster für die Widerrufsinformation bei (Immobilien-)Verbraucherdarlehensverträgen, die sich in Ergänzung zu § 492 BGB in den Anlagen 7 und 8 zum EGBGB finden.⁷³ Noch geringere Regelungsintensität haben Regelungsaufträge, bei denen das Gesetz sich jeglicher inhaltlicher Vorgabe enthält und stattdessen nur vorschreibt, dass bestimmte Fragen privatautonom zu regeln seien, beispielsweise Firma, Sitz, Unternehmensgegenstand und Höhe des Garantiekapitals in kapitalgesellschaftlichen Satzungen.⁷⁴ Abermals geringer ist die Regelungsintensität schließlich bei Anregungsnormen, bei de-

nen der Gesetzgeber lediglich auf die Möglichkeit einer Regelung hinweist, etwa auf die Einrichtung eines fakultativen Aufsichtsrats oder fakultativer Aufsichtsratsausschüsse.⁷⁵

3. Regelungszuschnitt

Ein drittes Differenzierungskriterium, das hier nur noch kurz skizziert werden kann, betrifft schließlich den Regelungszuschnitt, insbesondere die Dichte, Komplexität und Präzision einer Regelung.⁷⁶ Rechtsvorschriften können detailliert und abschließend formuliert sein; sie können aber auch offen und konkretisierungsbedürftig gefasst sein.⁷⁷ Im zweiten Fall spricht man von unbestimmten Rechtsbegriffen oder Generalklauseln; ein Paradebeispiel ist der allgemeine Grundsatz von Treu und Glauben. Zwischen beiden Polen sind wiederum zahlreiche Abschattierungen möglich.

Den Regelungszuschnitt betreffen auch Typisierungsfragen, also die Überlegung, wie spezifisch oder übergreifend – und anhand welcher Kriterien – beispielsweise Vertragstypen oder Rechtsformen zugeschnitten werden.⁷⁸ Zudem kann man in zeitlicher Hinsicht unterscheiden, ob Regelungsinstrumente *ex ante* oder *ex post* ansetzen, oder ob sie nur für einen bestimmten Zeitraum befristet gelten (sog. „sunset legislation“).⁷⁹ Der Regelungszuschnitt hat schließlich auch eine gewisse inhaltliche Dimension, nämlich hinsichtlich der Frage, ob Regeln bestimmte Inhalte – etwa Vertragsinhalte oder auch Verhaltenspflichten – selbst vorschreiben, oder ob sie den Privaten insoweit Gestaltungsspielraum belassen und lediglich dazu verpflichten, die solchermaßen festgelegten Inhalte offen zu legen. Die zweitgenannte, stärker prozedural operierende Alternative erfreut sich vor allem auf Europäischer Ebene so großer Beliebtheit, dass von einem geradezu paradigmatischen „Infor-

69 Vgl. Ayres/Gertner, Yale Law Journal 99 (1989), 87, 125; auch McDonnell, SMU L.R. 60 (2007), 383, 385: „Altering rules can be arrayed on a spectrum from not at all sticky (Teflon rules) to quite sticky“.

70 Zu diesem Gedanken näher Möslein, in: Eidenmüller (Hrsg.), Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution, 2013, S. 147.

71 Näher zum Ganzen, besonders zur Kautelarpraxis: Lamprecht, ZIP 1997, 919; Sethe, JZ 1997, 989; MüKoHGB/K. Schmidt, § 131, Rn. 62; Oetker/Kamanabrou, § 131 HGB, Rn. 2.

72 Zu diesen Begriffen vgl. Fleischer, ZHR 168 (2004), 673, 695 f.; näher zum Regelungsansatz selbst vor allem Schürnbrand, JZ 2015, 974; demnächst auch ders., in: Möslein (Hrsg.), Regelsetzung im Privatrecht, in Vorbereitung für 2018.

73 Hierzu statt aller Masuch, NJW 2008, 1700; ders., NJW 2002, 2931; Schmidt-Kessel/Gläser, WM 2014, 965; MüKoBGB/Schürnbrand, § 492, Rn. 29.

74 Hierzu monographisch Baier, Der Regelungsauftrag als Gesetzgebungsinstrument im Gesellschaftsrecht, 2002; vgl. ferner Fleischer,

ZHR 168 (2004), 673, 696 f.; Hommelhoff, in: Lutter/Wiedemann (Hrsg.), Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, 1998, S. 36, 58.

75 Fleischer, ZHR 168 (2004), 673, 697; Hommelhoff/Mattheus, AG 1998, 249, 250; ferner auch Baier (Vorn.), S. 81-84.

76 So Binder (Fn. 11), S. 45 f.

77 Näher für das Privatrecht vor allem Auer (Fn. 40); Röthel (Fn. 40); zur Entwicklung von Kriterien aus rechtsökonomischer Sicht Morell, AcP 217 (2017), 61, 65-70.

78 Vgl. Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970, S. 96 f.; überblicksweise und m.w.N. zum „typologischen Denken“ in der Rechtswissenschaft Auer (Fn. 4), S. 159-162; besonders zum Zusammenspiel mit dispositivem Recht Möslein (Fn. 37), S. 49-52.

79 Dazu allgemein, mit zahlreichen Beispielen aus dem US-amerikanischen Gesellschaftsrecht McDonnell, SMU L.R. 60 (2007), 383, 410-413; vgl. ferner Steinhaus, Gesetze mit Verfallsdatum – ein Instrument des Bürokratieabbaus?, 2008; Veit/Jantz, in: Alemanno/den Butter/Nijssen/Torriti (Hrsg.), Better Business Regulation in a Risk Society, 2013, 267.

mationsmodell⁶ des Europäischen Privatrechts die Rede ist.⁸⁰

Der Regelungszuschnitt beeinflusst wiederum die Effektivität des Regelungsinstruments. Der Effektivitätsvergleich von präzisen „rules“ und offeneren „standards“ bildet denn auch einen Schwerpunkt in der anglo-amerikanischen Regulierungsdiskussion.⁸¹ Eine zentrale Überlegung lautet, dass der Regelungszuschnitt die Zuständigkeit des Regelgebers beeinflusst: Je offener der Gesetzgeber Regeln formuliert, desto stärker bedürfen diese der nachträglichen Auslegung durch den Richter. Die Gerichte haben insofern viel stärkeren Einfluss auf die Regelsetzung als im Falle detaillierterer Regeln. Im Hinblick auf den Regelzuschnitt greifen deshalb ähnliche Effektivitätsüberlegungen, wie sie im Hinblick auf die Regelgeber bereits angesprochen wurden.⁸² Dass die Effektivität zusätzlich von verhaltensökonomischen Erwägungen abhängt, zeigt sich vor allem bei der Wahl zwischen Inhalts- und Informationsregeln. Besonders intensiv diskutiert werden entsprechende Effekte derzeit im Gesellschaftsrecht, und zwar mit Blick auf die Offenlegung nichtfinanzieller Informationen, die neuerdings aufgrund einer europäischen Richtlinie für bestimmte Unternehmen verpflichtend vorgesehen ist.⁸³ Jene Offenlegungspflicht gilt als eine Art Revolution durch die Hintertür,⁸⁴ weil man befürchtet, dass solche Informationsregeln verhaltenssteuernde Wirkung auf Vorstandsmitglieder entfalten und dadurch deren Pflichtbindung beeinflussen könnten.⁸⁵

III. Regelungsprobleme

Wenn alle diese vielgestaltigen Regelungsinstrumente Problemlösungsmechanismen darstellen,⁸⁶ so fragt sich, welche spezifischen Probleme diese Instrumenten zu lösen haben, wenn es um die Regelung wissenschaftli-

cher Kooperation geht. Die regelungsbedürftigen Sachfragen sind vielfältig und zahlreich; so mag es beispielsweise darum gehen, wer die Patente an den Erfindungen eingeräumt bekommt, die aus dieser Kooperation entstehen, welche Partner welchen Geheimhaltungs- und Offenlegungspflichten unterliegen, oder wer die Haftung für jeweils spezifische Innovationsrisiken übernimmt.⁸⁷ Überdies müssen institutionelle Fragen der Governance solcher Kooperationen geklärt werden. Solche Fragen stellen sich grundsätzlich in jeder Forschungsgruppe (und allgemeiner bei jeder Form kooperativer Innovation);⁸⁸ sie wiegen aber umso schwerer und werden umso komplexer, je größer und institutionalisierter eine solche Gruppe ist. Auch wenn die skizzierten Fragestellungen den jeweiligen Einzelbeiträgen überlassen bleiben sollen und müssen, lassen sich auf einer abstrakteren Ebene (mindestens) dreierlei Eigenheiten ausmachen, die Wissenschaftskooperation ausmachen, und die für die Art und Weise der Regelsetzung und für die Auswahl der Regelungsinstrumente Bedeutung haben – die Heterogenität der tatsächlichen Kooperationsformen, die wissenschafts- und innovationsspezifische Ungewissheit sowie schließlich die Zweckrichtung der wissenschaftlichen Kooperation.

1. Heterogenität

Ein erstes Merkmal, das wissenschaftliche Kooperation kennzeichnet, betrifft die Formenvielfalt realer Gestaltungsvarianten. Hier empfiehlt sich, zunächst einige Beispiele Revue passieren zu lassen, die sich allesamt als Wissenschaftskooperationen begreifen lassen. Ein erstes Beispiel betrifft das gemeinsame Stellen eines Forschungsantrags, etwa für ein Drittmittelprojekt, der im Erfolgsfall in die gemeinsame Projektdurchführung mündet. Zu denken ist hier etwa an eine DFG-Forschungsgruppe mehrerer in- oder auch ausländischer Wissen-

80 S. etwa *Grundmann*, DStR 2004, 232; ders., JZ 2000, 1133, 1142f.; ders., FS Lutter, 2000, S. 61; ders./Kerber/Weatherill (Hrsg.), Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market, 2001; monographisch: *Grohmann*, Das Informationsmodell im europäischen Gesellschaftsrecht, 2006; vgl. ferner *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001. Zu den Grenzen vor allem *Schön*, FS Canaris I, 2007, S. 1191 sowie jüngst *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität: Die Grenzen des Informationsmodells im Privatrecht und seine Alternativen, 2017, bes. S. 395-435.

81 Vgl. etwa *Dworkin*, U. Chi. L. Rev. 35 (1967), 14, 22-29; *Hart*, The Concept of Law, 2. Aufl. 1994, S. 126-131; *Kelman*, A Guide to Critical Legal Studies, 1987, S. 15-63.

82 Dazu aus ökonomischer Sicht *Kerber*, FS Schäfer, 2009, S. 489.

83 Vgl. Art. 19a der Richtlinie 2014/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfi-

nanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte große Unternehmen und Gruppen, ABl. EU 2014/L 330, S. 1.

84 In diesem Sinne *Hommelhoff*, FS Kübler, 2015, S. 291 (2015); vgl. auch ders., NZG 2015, 1329, 1330; ders., FS Hoyningen-Huene, 2014, S. 137, 140.

85 Zu solchen Effekten demnächst ausführlich: *Möslein/Sørensen*, Nudging for Corporate Long-Termism and Sustainability?, Columbia Journal of European Law 24 (2018), Heft 2, besonders unter 2.2.; vgl. außerdem *Schön*, ZHR 180 (2016), 279, 281 (2016).

86 Vgl. Nachw. oben, Fn. 58.

87 Zum letzten Punkt näher *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, OdW 1 (2017), 1, 9 f.

88 Dazu näher *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, OdW 1 (2017), 1, 5-8; allgemein: *Grundmann/Möslein*, ZfPW 2015, 435, 442-445.

schaftler, oder an ein BMBF-Verbundprojekt als arbeitsteilige Kooperationen von mehreren Industrie- und/oder Forschungspartnern.⁸⁹ Ein zweites Beispiel sind universitäre Zentren für unternehmerische Start-Ups, die den Anspruch haben, nicht nur bei der Unternehmensgründung zu helfen, sondern dadurch auch Innovationen marktfähig zu machen, die im universitären Umfeld entstehen. Zu denken ist insoweit an entsprechende Zentren etwa der Stanford University, die als Keimzelle des Silicon Valley gelten,⁹⁰ oder auch an deutsche Pendanten kleineren Umfangs, etwa an die UnternehmerTUM in München oder an MAFEX, das Marburger Förderzentrum für Existenzgründer.⁹¹ Ein drittes Beispiel sind schließlich die Leistungszentren, die auf einer Initiative der Fraunhofer-Gesellschaft beruhen und den Anspruch haben, „den Schulterschluss der universitären und außeruniversitären Forschung mit der Wirtschaft“ zu organisieren und „sich durch verbindliche, durchgängige Roadmaps der beteiligten Partner in den Leistungsdimensionen Forschung und Lehre, Nachwuchsförderung, Infrastruktur, Innovation und Transfer auszeichnen“.⁹²

Diese eher beliebig ausgewählten Beispiele illustrieren die Spannweite und Vielfalt, kurz: die Heterogenität von Wissenschaftskooperationen.⁹³ Wissenschaftskooperationen unterscheiden sich erstens hinsichtlich ihrer Permanenz: Lediglich projektbezogen beim einzelnen Forschungsvorhaben, dauerhaft im Fall der Gründungs- und Leistungszentren, dort allerdings teils auch eher rahmenhaft, weil die jeweiligen Partner, etwa die betreuten Start-Up-Unternehmen, häufiger wechseln und nur der institutionelle Rahmen permanent fortbesteht. Die Kooperationen unterscheiden sich zweitens hinsichtlich der beteiligten Partner und ihrer privat- bzw. öffentlich-rechtlichen Rechtsnatur: Teils kooperie-

ren einzelne Wissenschaftler, teils Universitäten und außeruniversitäre Forschungseinrichtungen, teils (zusätzlich) auch Industrieunternehmen. Unterschiedlich sind schließlich auch die Positionen der Wissenschaftskooperationen innerhalb der Innovationskette: Während DFG-Projekte typischerweise eher der Grundlagenforschung dienen, mögen Verbundprojekte und auch Leistungszentren häufig einen eher anwendungsorientierten Charakter haben. Eindeutig steht bei den Unternehmensgründungen ein solcher Anwendungsbezug im Vordergrund, ohne dass allerdings der wissenschaftliche Innovationscharakter dort zwangsläufig fehlen würde.

2. Ungewissheit

Eine zweite Eigenheit betrifft den Grad an Ungewissheit, der Wissenschaftskooperation typischerweise inneohnt. Innovationsprozesse, die den Gegenstand solcher Kooperation bilden, sind zwangsläufig völlig ergebnisoffen: Wäre das Ergebnis einer Innovation von vornherein bekannt oder auch nur absehbar, so hätte man es nämlich in Wahrheit gerade nicht mit einer Innovation zu tun.⁹⁴ Risikoreich oder auch unvorhersehbar sind andere Formen der Kooperation zwar auch. Treffend schrieb einst *Karl Popper*: „Was wir in der Zukunft wissen werden, können wir nicht wissen, denn sonst wüssten wir es ja“.⁹⁵ Künftige Entwicklungen sind naturgemäß unvorhersehbar, so dass Langzeit- und Gesellschaftsverträge allgemein Mechanismen vorsehen müssen, um mit dieser Unvorhersehbarkeit umzugehen.⁹⁶ Dass sich Geschäftsergebnisse nicht antizipieren lassen, macht gerade den unternehmerischen Charakter von Kooperation aus. Unternehmerisches Handeln birgt immer auch Risiken, selbst eines Totalverlusts, aber umgekehrt auch Chancen.⁹⁷ Wissenschaftskooperation ist demgegenüber allerdings noch unbestimmter, weil sich ex ante oft nicht

89 Vgl. http://www.dfg.de/foerderung/programme/koordinierte_programme/forschergruppen/ bzw. <http://www.forschungsrahmenprogramm.de/verbundprojekte.htm>; allgemein zur programmformigen Forschungsförderung: *Pilniok*, Governance im europäischen Forschungsförderverbund, 2011, S. 55-59.

90 Nähere Informationen unter <https://www.gsb.stanford.edu/stanford-community/entrepreneurship>; ausführlich zum „Silicon Valley-Ökosystem“ beispielsweise *Rappold*, Silicon Valley Investing, 2015, S. 16-32; aus (auch) rechtlicher Perspektive *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften zwischen Freiheit und Zwang, 2016, S. 203-216.

91 S. <https://www.unternehmertum.de/>; bzw. <https://www.uni-marburg.de/fb02/mafex>; dazu monographisch *Haus*, Förderung von Unternehmertum und Unternehmensgründungen an deutschen Hochschulen, 2006.

92 [zentren.html; näher *Hiermaier*, in: Neugebauer \(Hrsg.\), Ressourceneffizienz, 2017, S. 23, 24-26.](https://www.fraunhofer.de/de/institute/kooperationen/leistungs-</p>
</div>
<div data-bbox=)

93 Zur tatsächlichen Heterogenität selbst einer spezifischen Kooperationsform vgl. *Unger*, Heterogenität und Performance von Forschernachwuchsgruppen, 2010.

94 In diese Richtung namentlich v. *Hayek*, Die Verfassung der Freiheit, 1971, S. 51.

95 *Popper*, Das Elend des Historizismus, 1969, S. 109.

96 Vgl. *Möslein/Riesenhuber*, ERCL 2009, 248, 281 f.; zu sog. relationalen Verträgen näher *Easterbrook/Fischel*, Economic Structure of Corporate Law, 1996, S. 93; *Behrens*, FS Drobniig, 1998, 491, 493; *Ruffner*, Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft, 2000, S. 162.

97 In diesem Sinne zuletzt etwa: *Dauner-Lieb*, in: Schwenker/Dauner-Lieb (Hrsg.), Gute Strategie – Der Ungewissheit offensiv begegnen, 2017, S. 125, 131-134.

einmal die Richtung vorhersehen lässt, in die sich ein Innovationsprozess entwickelt. Die Ungewissheit ist mit hin größer als bei anderen Kooperationsformen.⁹⁸

Der spezifische Grad an Ungewissheit bei Wissenschaftskooperationen unterscheidet sich sodann nochmals nach Art der jeweiligen Forschung: Die Ungewissheit ist höher bei der Grundlagenforschung und niedriger bei anwendungsorientierter Forschung – aber selbst dort tendenziell höher als bei sonstiger, d.h. innovationsfernerer, unternehmerischer Kooperation.⁹⁹ Entsprechend unterscheidet sich das Ausmaß der Ungewissheit in Abhängigkeit der Position der Wissenschaftskooperation in der Innovationskette.¹⁰⁰ Die Ungewissheit unterscheidet sich zudem je nach Zuschnitt der Forschungskooperation: Während das einzelne Forschungsvorhaben schon aufgrund des Antragserfordernisses inhaltlich vergleichsweise genau konturiert ist, haben Leistungszentren, gleichsam am anderen Ende der Skala, generisch formulierte Schwerpunktthemen und Forschungsziele („Entwicklung von Technologien und Lösungen für mehr Nachhaltigkeit“; „Schneller Know-how-Transfer durch neue Kooperationsmodelle mit professionellen und interdisziplinären Teams in der Forschung“).¹⁰¹ Gründungszentren ähneln hinsichtlich der einzelnen Ausgründung bzw. des einzelnen Startups in ihrem Ungewissheitsgrad sonstigen Wirtschaftsunternehmen in der Gründungsphase, genießen aber gesamthaft betrachtet den Vorzug der Risikodiversifikation.

3. Zielsetzung

Ein drittes Spezifikum hängt mit den Zielen wissenschaftlicher Kooperationen zusammen. Während unternehmerische Kooperationen und Organisationen ganz unterschiedliche Gegenstände haben und unterschiedlichen Zwecken dienen können (etwa „Herstellung und der Vertrieb von Motoren und allen damit ausgestatteten

Fahrzeugen, deren Zubehör sowie aller Erzeugnisse der Maschinen-, Metall und Holzindustrie“),¹⁰² dienen sie doch typischerweise der Gewinnerzielung, oder zumindest der Erhaltung und Rentabilität.¹⁰³ Solchen Zielen kann durchaus auch Wissenschaftskooperation dienen, etwa im Fall der Gründungszentren, die junge Unternehmen erfolgreich auf den Markt bringen wollen.

Wissenschaftskooperation dient allerdings typischerweise primär anderen Zielen. Wissenschaft dient zunächst dem Erkenntnisfortschritt;¹⁰⁴ entsprechend geht es auch bei Wissenschaftskooperation in erster Linie um die Generierung neues Wissens, die von entsprechendem Forscherdrang angetrieben wird.¹⁰⁵ Teils mag Wissenschaftskooperation auch der Steigerung der Reputation der beteiligten Wissenschaftler dienen, wenn diese beispielsweise den Nobel- oder auch den Gottfried Wilhelm Leibniz-Preis anstreben.¹⁰⁶ Schließlich kann Wissenschaftskooperation jedoch auch Gemeinwohlzielen dienen, etwa der Strukturförderung oder auch der Innovationspolitik. Auf der Webseite der Fraunhofer-Leistungszentren heißt es beispielsweise ganz explizit, diese Zentren seien ein „Angebot an die Politik, wissenschaftliche Exzellenz mit gesellschaftlichem Nutzen prioritär zu entwickeln“.¹⁰⁷

IV. Regelungsstrategien

Auf dieser Grundlage lässt sich nunmehr überlegen, welche Bedeutung diese spezifischen Eigenheiten für die Regelsetzung haben. Die Erarbeitung detaillierter Regelungsstrategien ist freilich ein längerer analytischer Prozess, der nur unter intensiver Berücksichtigung der einzelnen materiell-rechtlichen Sachfragen erfolgen kann. Vorerst kann man immerhin auf eher gesamthafter Ebene einige grobe Leitlinien und Leitideen für solche künftigen Regelungsstrategien entwickeln.

98 Zur Bedeutung von Ungewissheit für Vertragsbeziehungen vgl. auch *Gilson/Sabel/Scott*, in: Grundmann/Möslein/Riesenhuber (Hrsg.), *Contract Governance*, 2015, S. 155.

99 Gleichsinnig betont die modernen Innovationsforschung, wenn sie unterschiedliche Innovationsformen unterscheidet, vor allem die Unvorhersehbarkeit als Merkmal radikaler Innovationen, vgl. etwa *Bullinger*, *Innovation and Ontologies*, 2008, S. 21.

100 Vgl. hierzu soeben unter III.1.

101 S. Fraunhofer-Gesellschaft (Hrsg.), *Foliensatz Leistungszentren*, 2016, abrufbar unter: <https://www.fraunhofer.de/de/institute/kooperationen/leistungszentren.html> (abgerufen am 1.5.2019).

102 So beispielsweise gem. § 2 Abs. 1 der Satzung der Unternehmensgegenstand der Bayerische Motorenwerke AG, Stand: 25. November 2015, abrufbar unter https://www.bmwgroup.com/content/dam/bmw-group-websites/bmwgroup_com/company/downloads/de/2015/Satzung_DE_20151125.pdf.

103 Aus der äußerst umfangreichen Literatur vgl. nur zur Aktiengesellschaft: *Duden*, FS Kunze, 1969, 127; *Großmann*, Unterneh-

mensziele im Aktienrecht, 1980; *Jürgenmeyer*, Das Unternehmensinteresse, 1984; *Junge*, FS Caemmerer, 1978, 547; *Kuhner*, ZGR 2004, 244; *Müllert*, FS Röhrich, 2005, S. 421; ders., ZGR 1997, 129; *Th. Raiser*, FS Reimer Schmidt, 1976, 101; *Raisch*, FS Hefermehl, 1976, 347; *Wiedemann*, FS Barz, 1974, 561.104 Näher etwa *Radnitzky/Andersson*, in: diess. (Hrsg.), *Fortschritt und Rationalität der Wissenschaft*, 1980, S. 1; vgl. ferner die Beiträge in: *Zelewski/Akca* (Hrsg.), *Fortschritt in den Wissenschaften*, 2006.

105 Hierzu mit Blick auf die Exzellenzinitiative (selbst kritisch): *Münch*, in: Blanke (Hrsg.), *Bildung und Wissenschaft als Standortfaktoren*, 2007, S. 111.

106 Ähnlich *Kuhlmann/Holland*, *Erfolgsfaktoren der wirtschaftsnahen Forschung*, 1995, S. 75 f. Näher zu den einzelnen Kriterien wissenschaftlicher Reputationsbildung *Hornborstel*, *Wissenschaftsindikatoren*, 1997, S. 141-144.

107 S. <https://www.fraunhofer.de/de/institute/kooperationen/leistungszentren.html> (abgerufen am 1.5.2019).

1. Typizität

Erstens ist der Formenreichtum der Wissenschaftskooperation beim Regelungszuschnitt zu bedenken.¹⁰⁸ Diese Vielfalt erschwert nämlich die Typenbildung.¹⁰⁹ Daher sind Kriterien zu entwickeln, um Wissenschaftskooperation zielführend von anderen, entweder un- oder anderweitig geregelten Kooperationsformen abzugrenzen. Je präziser diese Abgrenzungskriterien, umso passgenauer lässt sich anschließend das Regelungsregime zuschneiden. Allerdings sind die Grenzen fließend, weil anwendungsorientierte Forschung beispielsweise durchaus bereits unternehmerischen Charakter haben kann, und weil umgekehrt auch sonstige „nicht-wissenschaftliche“ Unternehmen innovativ und forschend tätig sind, beispielsweise auch Forschungs- und Entwicklungsabteilungen betreiben und zu Forschungszwecken kooperieren.¹¹⁰

Bei der Typenbildung ist deshalb zu allererst überlegen, ob die Abgrenzung dem Inhalt nach erfolgen sollte, indem sie darauf abstellt, ob eine Kooperation der wissenschaftlichen Forschung dient. Ein entsprechendes Kriterium lässt allerdings Abgrenzungsschwierigkeiten befürchten, eben weil viele Unternehmenskooperationen im Forschungs- und Entwicklungsbereich ganz ähnlichen Zwecken dienen, etwa wenn solche Kooperationen die Entwicklung neuer Elektromotoren im Automobilbereich bezwecken. Es drohen mithin Zuordnungsprobleme, möglicherweise aber auch Umgehungsgefahren oder gar ein Missbrauch der Rechtsform.

Umgekehrt lässt sich erwägen, statt auf den Inhalt jeweils auf die Personen abzustellen, die an der Kooperation beteiligt sind, indem man die wissenschaftliche Kooperationsform beispielsweise von der Beteiligung einer Universität abhängig macht. Angesichts der skizzierten Formenvielfalt würden dann aber viele Spielarten wissenschaftlicher Kooperation ausgeschlossen sein, etwa Drittmittelprojekte mehrerer Hochschullehrer.¹¹¹ Letztlich werden die inhaltlichen Kriterien der Typusbildung von der (auch rechtspolitischen) Frage abhängen, welchen Zielen ein entsprechendes Regelungsinstrument

dienen soll – etwa primär der Innovationsförderung oder aber der Privilegierung bestimmter Forschungsorganisationen. In jedem Fall muss ein Kompromiss zwischen der Breite des Anwendungsbereichs und der Passgenauigkeit des Regelungsangebots erreicht werden, was angesichts der Heterogenität der Wissenschaftskooperation eine große Herausforderung darstellt. Je heterogener die Regelungsmaterie, desto offener und konkretisierungsbedürftiger werden tendenziell jedoch die einzelnen Regeln ihrem Zuschnitt nach ausfallen.¹¹²

Überlegenswert erscheint schließlich – drittens – der Ansatz, auf die (nicht ausschließlich gewinnorientierte) Zielsetzung der Wissenschaftskooperation abzustellen. Die skizzierte Zielpluralität findet sich zwar zunehmend auch bei anderen Kooperationsformen, die Gewinnerzielung mit Gemeinwohlbelangen zu verbinden suchen. Diese sog. „social enterprises“ sind weltweit auf dem Vormarsch¹¹³ und keineswegs auf den sozialen Sektoren begrenzt, sondern beispielsweise auch im ökologischen oder kulturellen Bereich tätig.¹¹⁴ Zahlreiche Rechtsordnungen stellen insoweit bereits eine eigenständige Rechtsform zur Verfügung, etwa die US-amerikanische benefit corporation.¹¹⁵ Bei genauem Hinsehen „social enterprises“ ähnliche Governance- und Offenlegungsfragen auf wie die Wissenschaftskooperation.¹¹⁶ Zum Teil verfolgen sie sogar gleichsinnige Zielsetzungen, was beim Fraunhofer-Leistungszentrum Nachhaltigkeit besonders deutlich wird.¹¹⁷ Ein Regelungsansatz, der Sozialunternehmen und Wissenschaftskooperation als einen Typus zusammenfasst, wäre im Ergebnis zwar ungleich breiter als die Abgrenzung nach inhaltlichen oder personellen Kriterien. Er könnte sich aber dennoch als hinreichend passgenau erweisen, wenn die regelungsbedürftigen Gemeinsamkeiten von Wissenschaftskooperation und Sozialunternehmen insgesamt überwiegen.

2. Flexibilität

Aus der Formenvielfalt, aber auch aus dem hohen Grad an Unsicherheit lassen sich überdies Folgerungen für die Regelungsintensität ziehen: Beide Faktoren sprechen für ein Regelungsregime, das sich durch ein hohes Maß an

108 Zu dieser Vielfalt s. auch *Lux*, Rechtsfragen der Kooperation zwischen Hochschulen und Wirtschaft, 2002, S. 93-98.

109 Vgl. Nachw. Fn. 78.

110 Zur Rechtsgestaltung dieser Kooperationsformen ausführlich *Rosenberger*, Verträge über Forschung und Entwicklung: F&E-Kooperationen in rechtlicher und wirtschaftlicher Sicht, 2010; *Winzer* (Fn. 14).

111 Hierzu im Einzelnen: *Misera*, Drittmittelforschung: Chancen, Risiken und Praxisprobleme, 2010.

112 S. oben, II.3.

113 Dazu näher der rechtsvergleichende Beitrag von *Defourny/Nyssens*, Conceptions of Social Enterprise and Social Entrepreneurship in Europe and the United States: Convergences and Divergences, *Journal of Social Entrepreneurship* 1 (2010) 32.

114 Vgl. etwa *Mair/Mayer/Lutz*, *Organization Studies* 36 (2015), 713; *Stephan/Patterson/Kelly/Mair*, *Journal of Management* 42 (2016), 1250, 1259 f.

115 Ausführlich *Möslein/Mittwoch*, *RabelZ* 80 (2016), 399.

116 *Ebrahim/Battilana/Mair*, *Research in Organizational Behavior* 34 (2014), 81; allgemein zu Regelungsfragen – und Reformperspektiven –, namentlich im deutschen Recht s. *Möslein*, *ZRP* 2017, 175.

117 S. im Einzelnen die Informationen unter <http://www.leistungszentrum-nachhaltigkeit.de/>.

Flexibilität auszeichnet. Flexibilität ermöglicht nämlich einerseits die Anpassung an den jeweiligen Einzelfall, der sich bei der Wissenschaftskooperation vielfach unterscheidet. Andererseits erlaubt Flexibilität jedoch auch dezentrale Experimentier- und Lernprozesse,¹¹⁸ die sich vor allem in Situationen der Unsicherheit empfehlen, wie sie im Falle von Wissenschaftskooperation typisch sind.

Insgesamt spricht deshalb viel für Regelungsinstrumente von geringer Regelungsintensität. Bloße Anregungsnormen oder Regelungsaufträge, deren Vorzug zwar in ihrer „großen Geschmeidigkeit“ liegt,¹¹⁹ würden jedoch das Ziel verfehlen, Wissenschaftskooperation zu ermöglichen und zu erleichtern. Sie würden den Kooperationspartnern nämlich nicht die Aufgabe der Regelformulierung abnehmen und diesen daher keinerlei Transaktionskosten einsparen. Deshalb spricht viel für ein überwiegend dispositives Regelungsregime. Denkbar wäre freilich auch ein gesetzliches Muster – oder, sofern der Gesetzgeber nicht selbst aktiv wird, vielleicht auch ein privates Modellstatut. Diese letztgenannten Varianten könnten sich jedenfalls dann als zielführend erweisen, wenn hinreichende Anreize geschaffen würden, auf entsprechende Muster zurückzugreifen – etwa in Form von Erleichterungen bei der Prüfung und Zulassung von Wissenschaftskooperation, beispielsweise durch Universitätsverwaltungen und Aufsichtsbehörden.

Im Hinblick auf den Regelungszuschnitt sprechen Formenvielfalt und hoher Grad an Unsicherheit schließlich ebenfalls für ein hohes Maß an Flexibilität, das sich dadurch gewährleisten lässt, dass die Einzelregeln nicht detailliert und abschließend formuliert, sondern möglichst offen und konkretisierungsbedürftig gefasst sind. Dieser Ansatz erhöht nämlich wiederum die Anpassungsfähigkeit der fraglichen Norm, wenngleich nicht durch die Parteien, sondern – ex post – durch die Gerichte. Auf diese Weise lässt sich ein langfristiger Lernprozess und ein „Entdeckungsverfahren“ anstoßen: Erweisen sich einzelne Regelungen in der Rechtsprechungsentwicklung als stärker konkretisierungsfähig, kann der Gesetz- oder Regelgeber diese Regeln zu einem späteren Zeitpunkt detaillierter ausgestalten.¹²⁰

3. Transparenz

Was ergibt sich schließlich aus der kooperationspezifischen, pluralen Zielsetzungen? Hier lassen sich wiederum regelungstechnische Parallelen ziehen zu jenen sozialen Unternehmen, die ebenfalls nicht ausschließlich gewinnorientiert agieren. Während viele ausländische Rechte für solche Unternehmen bereits eine eigene Rechtsform (die sog. Benefit Corporation) zur Verfügung stellen,¹²¹ greift die Unternehmenspraxis im Inland auf Konzernstrukturen zurück, die nicht-wirtschaftliche und wirtschaftliche Gesellschaftsformen kombinieren.¹²² Nicht zufällig entwickeln sich ganz ähnliche Strukturen bei der Wissenschaftskooperation, wenn etwa erste Leistungszentren aus einem eingetragenen Verein an der Spitze und darunter hängenden GmbHs zusammengefügt werden.¹²³ Jedenfalls haben wir es sowohl im unternehmerischen als auch im wissenschaftlichen Bereich mit dem bereits skizzierten Phänomen zu tun, dass Kooperationen teils gewinnorientierte, teils auch nichtfinanzielle Ziele haben kann, etwa den Schutz der Umwelt und natürlichen Ressourcen.

Die regelungstechnische Herausforderung besteht in beiden Fällen darin, anreizkompatible Governance-Strukturen zu entwerfen, obwohl im Gegensatz zu gewinnorientierten Unternehmen eine einfache Messziffer fehlt, an der sich die Leistung etwa des Vorstands oder der Koordinatoren messen ließen. Rechenschaft und objektive Überprüfung von Entscheidungen sind deshalb sowohl bei Sozialunternehmen als auch bei der Wissenschaftskooperation viel schwieriger zu regeln als im erwerbswirtschaftlichen Bereich. Die Erfahrung mit nicht ausschließlich gewinnorientierten Unternehmen zeigt, dass vor allem Offenlegungs- und Begründungspflichten helfen können, mögliche Agenturkonflikte durch größtmögliche Transparenz zu entschärfen.¹²⁴ Insoweit kann die Reformdiskussion im Bereich der wissenschaftlichen Kooperationsform auf die Erfahrungen im Bereich sozialen Unternehmertums aufbauen. Es gilt jeweils, auch für den nichtwirtschaftlichen Sektor passgenaue Transparenz- und Offenlegungsregeln zu entwickeln, und die

118 Zu dieser Dynamik näher: *Möslein*, FS Hopt, 2010, S. 2861; vgl. auch ders. (Fn. 37), S. 120-150; ähnlich mit Blick auf die Rechtsprechung *Podszun* (Fn. 37), S. 107-171.

119 *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673, 698.

120 Zur Rechtsprechung als Entdeckungsverfahren vgl. nochmals *Podszun* (Fn. 37), S. 132-158.

121 Vgl. *soeben*, Fn. 115.

122 Monographisch *Leuschner*, Konzernrecht des Vereins, 2011, mit

illustrativen Beispielen auf S. 6-11.

123 S. etwa zur Gründung des Leistungszentrums Elektroniksysteme e.V. die Pressemitteilung Fraunhofer IIS (Hrsg.), Leistungszentrum Elektroniksystem – Fraunhofer, FAU und Industrie rücken noch enger zusammen, 21.7.2017, abrufbar unter https://www.iis.fraunhofer.de/content/dam/iis/de/doc/PR/pm_2017/20170721_LZE_Verein_web.pdf.

124 Näher bspw. *Möslein/Mittwoch*, RabelZ 80 (2016), 399, 419-424.

fraglichen Informationen durch zielführende Prüfungsmechanismen glaubwürdig zu machen.

V. Zusammenfassung

Wissenschaftskooperation bildet eine entscheidende Grundlage der Wettbewerbsfähigkeit. Solche Kooperation verdient deshalb wissenschaftliches, auch rechtswissenschaftliches Interesse, besonders hinsichtlich ihres rechtlichen Rahmens. Im Mittelpunkt dieses Beitrags stand dabei die übergreifende Frage, auf welche Art und Weise Regeln für eine wissenschaftliche Kooperationsform zu setzen seien. Weil wissenschaftliche Innovation häufig in Kooperationsbeziehungen erfolgt, und weil Kooperationsermöglichung zu den zentralen Zwecken des Privatrechts gehört, hat sich gezeigt, dass vor allem dieses Rechtsgebiet berufen ist, Regeln zur Förderung wissenschaftlicher Kooperation zu statuieren. Für diese Zukunftsaufgabe kann vor allem die privatrechtliche Regelsetzungslehre wertvolle Hilfestellung leisten, die nicht primär den Inhalt von Regeln untersucht, sondern insbesondere nach Regelungsebene, -intensität und -zuschnitt differenziert. Das Tableau an Regelungsinstru-

menten, das sich auf dieser Grundlage entfalten lässt, ist mit einigen grundsätzlichen Regelungsproblemen abzustimmen, die wissenschaftliche Kooperation aufwirft: Erstens die Heterogenität der wissenschaftlichen Kooperationsformen, zweitens der im Vergleich zu unternehmerischer Innovation größere Grad an immanenter Ungewissheit, und drittens die pluralen, aber typischerweise nicht-wirtschaftlichen Zielsetzungen wissenschaftlicher Kooperation. Die Leitgedanken, die sich aus diesen spezifischen Charakteristika für den Entwurf einer Regelungsstrategie entwickeln lassen, betreffen vor allem die Typenbildung (die angesichts des Formenreichtums eine besondere Herausforderung darstellt), die Flexibilität (die sich auf Grund ebenjener Vielfalt, aber auch auf Grund der Ungewissheit empfiehlt), und die Transparenzanforderungen (die sich an anderen Kooperationsformen orientieren können, die wirtschaftliche und nicht-wirtschaftliche Zwecke verbinden).

Florian Möslein ist Universitätsprofessor an der Philipps-Universität Marburg und dort Direktor des Instituts für Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht.

Pius O. Dolzer

Berichterstattung zur Diskussion im Anschluss an den Vortrag von Prof. Dr. Florian Möslein, LL.M. (London): Privatrechtliche Regelungsfragen der wissenschaftlichen Kooperationsform: Angebot des Gesetzgebers oder selbstgestaltetes Recht?

Die Diskussion im Anschluss an das Referat von Möslein drehte sich um

I. die rechtliche Einfügung einer Wissenschaftskooperation in bestehende Regelwerke und damit verbundene rechtstechnische Vor- und Nachteile;

II. die notwendige Anerkennung durch die Behörden für ein reibungsloses Gründungsverfahren;

III. die Zielgenauigkeit des Regelungsregimes für Kooperationen unter Forschern und Institutionen,

IV. einer ggf optionalen Rechtssubjektivität der Kooperationsform de lege ferenda;

V. die Gestaltungsvarianten eines privaten bzw. staatlichen Musters und (dispositiven) Gesetzesrechts, die jeweiligen Vor- und Nachteile sowie die notwendige Unabhängigkeit und Verlässlichkeit der Ersteller eines etwaigen Musters;

VI. schließlich um die Frage, ob Personengesellschaften oder Kapitalgesellschaften eine bessere Basis für eine wissenschaftliche Kooperationsform darstellen würden.

I.

Zunächst ging es um die Frage, ob eine zu schaffende Rechtsform für Wissenschaftskooperationen in bestehende Rechtsformen eingefügt werden könnte und wie eine solche Einfügung generell zu bewerten sei. Der Referent merkte hierbei an, dass ein Einfügen zur Voraussetzung habe, dass ein dafür geeigneter Rechtsrahmen vorhanden sei. Sei dies der Fall, handele es sich vor allem um ein Ausgestaltungproblem. Um die Frage zu konkretisieren, nannte der Referent die Möglichkeit, die zu schaffende Rechtsform als Unterform der GmbH zu konzipieren. Vorteil eines solchen Vorgehens sei, dass man auf Bestehendes und Bekanntes, Gewohntes und Bewährtes aufbauen und davon profitieren könnte. Umgekehrt seien aber auch die Nachteile zu bedenken. Denn es würde gerade nichts Neues geschaffen, eine denkbare Innovation schon im Keim erstickt und etwaige Nachteile würden gleichsam übernommen werden. Die konkrete Bewertung und Abwägung der Pro und

Contra-Punkte hänge von der konkreten Ausgestaltung des bestehenden Rechtsrahmens ab, insbesondere ob es sich dabei um zwingendes oder dispositives Recht handeln würde.

II.

Dass es eine gesetzliche Vorgabe geben könnte, wurde durch einen weiteren Teilnehmer positiv bewertet, soweit diese den erforderlichen Gestaltungsspielraum aufweise. Die praktische Erfahrung zeige, dass primär solche Kooperationsformen zustande kämen, von denen die Forscher wüssten, dass sie zugleich geeignet und rechtssicher seien, bei denen aber vor allem klar sei, dass etwaige Muster und Anträge von den zuständigen Behörden schnell genehmigt würden. Insofern müsste man auch für eine neue Rechtsform darauf vertrauen können, dass sich die Behörden dieser nicht verweigern oder sonst blockierend agieren.

III.

Angesprochen wurde sodann die Zielgenauigkeit des Regelungsregimes. Die Frage, für wen welche Kooperationsform geschaffen werden sollte, müsse genau beantwortet werden. Zu unterscheiden seien Kooperationen unter natürlichen Personen und solche unter Institutionen. Die bisherige Diskussion habe sich vor allem mit letzterer Konstellation befasst, doch solle auch die Kooperation unter Forschern selbst mitbedacht und aufgegriffen werden.

IV.

Für das Zögern des Referenten auf die Frage nach einer optionalen Rechtssubjektivität brachte ein weiterer Teilnehmer Verständnis auf, sei eine solche Möglichkeit doch bisher unbekannt. Der Teilnehmer verwies jedoch zugleich auf die Diskussionen des 71. DJT in Essen 2017.

Hier sei mit der optionalen, aber mit Rechtssubjektivität verbundenen Registrierung der GbR eine ganz ähnliche Konstruktion angesprochen worden.

V.

Der Teilnehmer fuhr wie folgt fort: Faszinieren würde ihn zudem die durch den Referenten geschlagene Brücke in der Abgrenzung von der privaten Regelsetzung über das dispositive zum zwingenden Gesetzesrecht. Wie aber könne ein staatlich bereitgestellter Mustervertrag von dispositivem Recht abgegrenzt werden, worin lägen die Unterschiede? Mit Blick auf Musterverträge sei zudem anzumerken: Angesichts der bestehenden Fülle des Materials sei viel Zeit darauf zu verwenden, die Regelungen zu finden und ggf anzupassen, um sie für alle Beteiligten akzeptabel und interessengerecht zu gestalten. Aktuell seien vielerlei Regelungen von einseitigen Interessen geprägt. Die Berliner Bausteine etwa seien deutlich durch wirtschaftliche Erwägungen motiviert. Vor allem für von einem privaten Regelgeber konzipierte Muster sei zu überdenken, wer die Interessen der Beteiligten und deren angemessene Berücksichtigung überprüfen und akkreditieren sollte. Der Teilnehmer äußerte an diesem Punkt seine Zweifel. Es sei nach seiner Auffassung mindestens auf ein staatliches Muster, besser auf (dispositives) Recht zurückzugreifen.

Darin stimmte der Referent ein. Auch er sehe für private Muster Schwierigkeiten. Funktionieren könne dies nur, wenn keinerlei Zweifel an der Neutralität der Musterersteller bestünden. Deren Unabhängigkeit und Glaubwürdigkeit müsse sichergestellt sein. Insofern spreche viel für eine gesetzgeberische Lösung. Eine genaue Abgrenzung staatlicher Muster von dispositivem Recht sei gleichwohl schwierig und von der spezifischen Ausgestaltung abhängig. Jedenfalls könne diese nur gradueller Natur sein. Bei staatlichen Muster könnte man zudem in eine Spannungslage zur *lex lata* geraten. So seien beispielsweise im Recht der Kapitalanlage gesetzliche Muster bekannt, die mit dem geltenden Recht nicht exakt deckungsgleich seien. Deshalb seien auch staatliche Muster nur *second best* und eine Gesetzesregelung zu präferieren.

Ein weiterer Teilnehmer bemerkte ebenfalls den Widerstreit des an einer Stelle anbietenden, an anderer Stelle verwerfenden Gesetzgebers. Diese Problematik knüpfte auch an die Frage der Einfügung in bestehende Regelungssysteme an, insbesondere, wenn man das Unions-

recht in den Blick nehme. Für die dennoch im Raum stehende Möglichkeit eines Musters und der darin vorkommenden unbestimmten Rechtsbegriffe könnte aber an Auslegungsregelungen gedacht werden. Dabei stelle sich gleichwohl die Frage, wo diese zu situieren seien und ob sie sich tatsächlich als nutzbar erweisen würden.

Der Referent ordnete Auslegungsregelungen als einen Unterfall des dispositiven Rechts ein. Diese könnten seiner Ansicht nach an Stellen in Betracht kommen, an denen die Vertragsparteien keine eindeutigen, auslegungsbedürftigen Regelungen geschaffen hätten. In welchem Umfang derartige Auslegungsregelungen auch für Wissenschaftskooperationen in Betracht zu ziehen seien, käme darauf an, ob die Regelungen zwischen Experten entworfen oder einen laienhaften Charakter zeigten würden. Während im ersten Fall weitgehend auf solche Regelungen verzichtet werden könne, böten sie sich im letzteren Falle an.

VI.

Abschließend diskutierte man, ob unter Rückgriff auf Personengesellschaften oder auf Kapitalgesellschaften möglichst alle denkbaren Kooperationen abgedeckt werden könnten. Der Referent arbeitete heraus, dass hierzu keine eindeutige Antwort möglich sei. Mit Blick auf das Spannungsfeld zwischen Gewinnerzielung und Gemeinwohlverfolgung könne angesichts der gGmbH der Rückgriff auf Kapitalgesellschaften nicht schon per se abgelehnt werden. Gleiches gelte mit Blick auf die Gestaltungsfreiheit. Auch hier wäre ein pauschaler Vorrang der Personengesellschaften durch die Gestaltungsfreiheit der GmbH zu relativieren. Zudem sei die Haftungsfrage ein klarer Pluspunkt der Kapitalgesellschaften. Allgemein würden viele Unternehmen die beiden Aspekte *profit* und *purpose* immer enger miteinander verknüpfen. Diese Tendenz könne an zahlreichen Beispielen exemplarisch festgemacht werden. Insoweit sei ein großer Bedarf an Mischformen vorhanden, so dass die traditionelle Trennlinie zwischen gewinn- und gemeinwohlorientierten Gesellschaften auch allgemein zunehmend zu Schwierigkeiten führen würde.

Pius O. Dolzer ist wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und promoviert im Bereich des Gesellschaftsrechts.

Christoph Kumpan

Die Governance einer Forschungskooperationsgesellschaft – Struktur, Kompetenzen und Verfahren¹

Wissenschaft und Forschung sind Triebfedern für die wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklung. Ihnen wird daher große Bedeutung für den wirtschaftlichen Wohlstand, die politische Stabilität und die Stellung Deutschlands im internationalen Wettbewerb zugemessen.² Dementsprechend investieren der Staat, aber auch die Wirtschaft, große Summen in die Forschung.³ Um Spitzenforschung zu ermöglichen sind aber nicht nur finanzielle Investitionen erforderlich, es muss auch sichergestellt werden, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen stimmen. Das gilt insbesondere im Hinblick auf die Zusammenarbeit von Forschern bzw. Forschungsinstitutionen. Denn Forschung wird heute vornehmlich im Rahmen großer Forschungsverbände bzw. Kooperationen betrieben.⁴ Solche Kooperationen zu erleichtern und dafür angemessene rechtliche Rahmenbedingungen zu setzen, ist daher von wesentlicher Bedeutung.

Es geht hierbei um eine „enabling legislation“, eine Eröffnung von rechtlichen Handlungsmöglichkeiten und Handlungsspielräumen für Kooperationen, nicht um deren Begrenzung und Determinierung. Gegenwärtig müssen immer wieder neue, jeweils maßgeschneiderte Kooperationsverträgen aufgesetzt werden, was viel Zeit und Geld kostet, jedenfalls für Institutionen, die solche Verträge nicht regelmäßig schließen. Entwickelt jede Institution ihre eigenen Regeln, bedeutet dies zudem, dass – jedenfalls zu einem großen Teil – immer wieder dieselben Fragen gelöst werden und damit das Rad immer wieder neu erfunden wird. Die dafür aufgewendeten Gelder gehen der Forschung verloren. Das ist unnötig. Dispositive gesetzliche Vorgaben hätten als „Default-Regelungen“ eine Vorbildfunktion und könnten helfen, unnötige „Neuerfindungen“ von bereits an anderer Stelle entwickelten Vorgaben zu vermeiden. Damit würden gesetzliche Regelungen dazu beitragen, die Transakti-

onskosten für das Aufsetzen von Forschungskooperationen zu verringern.⁵

Daher ist zu überlegen, welche besonderen Anforderungen Forschungskooperationen stellen und ob die vorhandenen Regelungen diesen gerecht werden. Da es um die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks geht, bietet sich eine gesellschaftsrechtliche Lösung für Forschungskooperationen an. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass Forschungskooperationen, anders als wirtschaftliche Vereinigungen, nicht auf Gewinnerzielung, sondern auf den Erkenntnisgewinn ausgerichtet sind.

Im Folgenden soll der Fokus auf die Governance der Kooperationsform gelegt werden,⁶ d.h. das System, nach dem eine Kooperationsgesellschaft geführt und kontrolliert wird.⁷ Denn die internen Strukturen und Verfahren, die das Handeln der Akteure in der Kooperationsform koordinieren, haben unmittelbar Auswirkungen auf die gedeihliche Zusammenarbeit der zusammengeschlossenen Forscher und Institutionen und damit auch auf die Kooperationsgesellschaft.

II. Zweck und Leitbild der Kooperationsform

Ausgehen müssen die Überlegungen zur Strukturierung der Gesellschaft von dem Zweck und dem Leitbild, die die Gesellschaftsform prägen sollen. Hieran richtet sich insbesondere das festzulegende Pflichtenprogramm aus. Primärer Zweck der Kooperationsgesellschaft ist die Forschung, genauer die Erleichterung der gemeinsamen Forschung bzw. die adäquate Ermöglichung einer Forschungskooperation. Ggf. kann darüber nachgedacht werden, die Vereinbarung sekundärer Zwecke, wie z.B. die Gewinnerzielung, zuzulassen. Dabei ist jedoch große Vorsicht walten zu lassen. Solche sekundären Zwecke müssen immer dem primären Zweck „Forschung“ nachgestellt sein und dürfen diesen

1 Dem Beitrag liegt der Vortrag des Verfassers zugrunde, den dieser am 5.10.2017 beim Symposium „Forschungskooperationen – Plädoyer für eine wissenschaftsadäquate Rechtsform“ in Berlin gehalten hat. Der Verfasser dankt Herrn *Gregor Nebel* für die Unterstützung bei der Beschaffung des Materials.

2 BMBF, Chancen 2021, Eckpunkte einer Forschungs- und Innovationsstrategie für ein starkes und lebenswertes Deutschland, Kurzzusammenfassung, Juli 2017, S. 2, abrufbar unter <https://www.bmbf.de/files/Kurzzusammenfassung.pdf> (abgerufen am 23.11.2017).

3 Laut dem BMBF sollten sich die Ausgaben des Bundes für Forschung und Entwicklung im Jahr 2016 auf 15,8 Mrd. Euro belaufen. Siehe BMBF, Bundesbericht Forschung und Innovation

2016, S. 12, abrufbar unter http://www.bundesbericht-forschung-innovation.de/files/bmbf_bufi_2016_hauptband_barrierefrei.pdf (abgerufen am 23.11.2017). Insgesamt haben Staat und Wirtschaft 2014 rund 2,9 Prozent des Bruttoinlandsproduktes für Forschung und Entwicklung ausgegeben. Siehe OECD, Science Technology and Innovation Outlook 2016, Country Profile Germany 8.12.2016, abrufbar unter <http://www.oecd.org/science/oecd-science-technology-and-innovation-outlook-25186167.htm> (abgerufen am 23.11.2017).

4 *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, OdW 2017, Heft 1, 1.

5 Zu Transaktionskosten grundlegend *Coase*, *Economica* 4 (1937), 386; außerdem zB *Williamson*, 87, *AJS*, 548 (1981).

nicht überragen und in den Schatten stellen. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Forschungsadäquanz unter die Räder gerät und ggf. die Wissenschaftler nur noch auf Gewinnmaximierung eingeschworen werden. Hier muss die in Art. 5 Abs. 3 GG verankerte Forschungs- und Wissenschaftsfreiheit zur Maxime der an der Kooperation Beteiligten gemacht werden.

Das „Unternehmensinteresse“, das die Kooperationsgesellschaft prägen soll, ist ebenfalls auf die Forschung gerichtet.⁸ Damit können diffuse Verhaltensanreize gering gehalten werden, wie sie im Fall der Aktiengesellschaft mit ihren zahlreichen Bezugsgruppen auftreten, die im Rahmen des sog. stakeholder-Modells eine Rolle spielen.⁹ Bezugsgruppen der Kooperationsform sind insbesondere die forschenden Wissenschaftler, die Trägerinstitutionen und ggf. die weiteren Geldgeber, die Angestellten und die Gläubiger, sofern die Kooperationsform Geschäfte mit Dritten abschließt. Für die Kooperationsform unmittelbar prägend sind die ersten beiden, wobei angesichts von Art. 5 Abs. 3 GG der Forschung ein größeres Gewicht eingeräumt werden muss. Demzufolge hat sich das „Unternehmens-“ bzw. „Kooperationsforminteresse“ an der Sicherung und Erleichterung der Forschung und der Forschungsk Kooperation auszurichten. Dieses muss auf dem Boden des Grundgesetzes und damit des Rechts erfolgen, was nicht nur legales, sondern auch wissenschaftsethisches Verhalten der Beteiligten erfordert. Der Deutsche Corporate Governance Kodex für börsennotierte Gesellschaften orientiert sich an dem Leitbild des Ehrbaren Kaufmanns.¹⁰ Auch wenn der „Ehrbare Forscher“ nicht unbedingt gesetzlich verankert werden muss, sollten jedenfalls die Pflichten, die die Beteiligten treffen, von diesem Ansatz geprägt sein. Illegale und unethische Forschung sollten von den Beteiligten selbst gemieden und ggf. verhindert werden können.

III. Grundlegende Anforderungen an eine Gesellschaftsform für Forschungsk Kooperationen

Vor dem Hintergrund des vorgehend erörterten Zwecks von Forschungsk Kooperationen sind die Anforderungen zu ermitteln, die an eine Gesellschaftsform für For-

schungsk Kooperationen und an deren Governance zu stellen sind.

1. Wissenschaftsadäquanz

Da die Forschung und die Erleichterung bzw. Ermöglichung ihrer gemeinsamen Durchführung wesentlicher Zweck der Kooperationsform ist, ist die Wissenschaftsadäquanz dieser Gesellschaftsform von ganz wesentlicher Bedeutung.¹¹ Die Gesellschaftsform muss darauf angelegt sein, wissenschaftliche Forschung und Forschungsk Kooperationen zu erleichtern bzw. zu ermöglichen. Dementsprechend muss bei der gesetzlichen Ausformung der Kooperationsgesellschaft der Forschungs- und Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG besondere Beachtung geschenkt werden.¹² Das bedeutet unter anderem, dass die Forscher in die Organisation und Leitung der Gesellschaft eingebunden sein müssen, ohne dass sie mit organisatorischen und Verwaltungsaufgaben überlastet werden.

2. Flexibilität

Weiterhin muss die Kooperationsgesellschaft flexibel sein. Sie soll für eine Vielzahl verschiedener Forschungsk Kooperationen genutzt werden können, bei denen ganz unterschiedliche Bedürfnisse und Anforderungen bestehen. Manche Kooperationen werden mit einem Grundgerüst an strukturellen Vorgaben auskommen. Andere müssen eine Vielzahl von Interessen berücksichtigen und benötigen eine sehr viel komplexere Struktur. Hier bietet sich eine Orientierung an der GmbH an. Eine Regelung wie § 23 Abs. 5 AktG, wonach ein Abweichen von den gesetzlichen Vorgaben nur dann zulässig ist, wenn das Gesetz dies ausdrücklich vorsieht, stünde dem Petitum einer ausreichenden Flexibilität entgegen. Um den Kooperierenden einerseits Regelungen an die Hand zu geben, ihnen andererseits aber auch größtmögliche Flexibilität zu gewähren, bietet es sich an, verschiedene optional wählbare Regelungsblöcke zu schaffen, von denen die Beteiligten diejenigen Blöcke auswählen können, die sie benötigen. Darüber hinaus sollte es ihnen im

6 Zur Governance der Kooperationsform bereits *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, OdW 2017, Heft 1, 1 (5 ff.).

7 Vgl. Europäische Kommission, Grünbuch Europäischer Corporate Governance-Rahmen, 5.4.2011, KOM(2011) 164 endg., S. 2; Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance (Cadbury-Report), 1.12.1992, Rn. 2.5, S. 15 (abrufbar unter <http://www.ecgi.org/codes/documents/cadbury.pdf>, abgerufen am 23.11.2017).

8 Zum Unternehmensinteresse bei Wirtschaftsunternehmen Ziff. 4.1.1 DCGK; *Spindler*, in: MünchKomm-AktG, 4. Aufl. 2014, § 76 Rn. 63 ff.; *Kumpfan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privat recht, 2014, S. 17 ff. m.w.N.

9 Siehe dazu etwa *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 76 Rn. 28 ff.; *Spindler*, in: MünchKomm-AktG, 4. Aufl. 2014, § 76 Rn. 64; Hopt, ZGR 1993, 534 (535 ff.).

10 Präambel des Deutschen Corporate Governance Kodex (S. 1); zum Leitbild des Ehrbaren Kaufmanns im Deutschen Corporate Governance Kodex etwa *Hauschka*, CCZ 2017, 97; außerdem *Fuchs/Erkens*, NJW-Spezial 2017, 207.

11 *Eberbach/Hommelhoff*, Forschung & Lehre 2/17, S. 126.

12 Zum verfassungsrechtlichen Begriff von Forschung und Wissenschaft z.B. *Scholz* in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 80. EL Juni 2017, Art. 5 Rn. 85 ff., insb. Rn. 101.

Sinne der Flexibilität auch möglich sein, die Regelungen ihren Wünschen entsprechend anzupassen.

3. Sachgerechte Verwaltung großer Geldbeträge

Im Rahmen der Grundstrukturen der Kooperationsgesellschaft muss Vorsorge dafür getroffen werden, dass in der Kooperationsform große Geldbeträge sachgerecht verwaltet werden können und deren Verwaltung angemessen kontrolliert werden kann. Denn Wissenschaftskooperationen werden häufig in solchen Fällen eingegangen, in denen finanzielle Mittel gebündelt werden sollen, um größere Forschungsprojekte zu finanzieren. Hier können schnell größere Millionensummen zusammenkommen. Daher sind Regelungsstrukturen für eine adäquate Kontrolle und Prüfung des Finanzgebarens vorzusehen.

4. Langfristige Zusammenarbeit

Außerdem sollte die Kooperationsform eine langfristige und stabile Zusammenarbeit ermöglichen. Auch wenn die forschenden Wissenschaftler für eine Kooperation von ganz wesentlicher Bedeutung sind, darf die Kooperationsform nicht derart auf sie zugeschnitten sein, dass sie mit ihnen stehen und fallen würde. Vielmehr muss die Kooperationsgesellschaft grundsätzlich darauf angelegt sein, unabhängig von den einzelnen beteiligten Wissenschaftlern fortzubestehen. Auf diese Weise können stabile, längerfristige Kooperationen eingegangen werden. Sollte ein Wissenschaftler zwischenzeitlich an eine andere Institution wechseln oder weitere Wissenschaftler hinzutreten, darf das die Kooperation als solche nicht berühren. Anderes gilt im Hinblick auf die Trägerinstitutionen. Da es um eine Kooperation verschiedener Träger geht, die die Kooperation möglichst eng an sich binden wollen (um von dem Ruhm aufgrund der künftigen Forschungsergebnisse zu profitieren), sollten diese bei ihrem Ausscheiden die Kooperationsform beenden können. Allerdings sollte – im Sinne der Flexibilität – auch diesbezüglich den Beteiligten eine abweichende Regelung möglich sein.

5. Wissenschaftliche Kontrolle

Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass sich wissenschaftliche Forschung häufig nicht monetär messen lässt. Es geht damit nicht primär um wirtschaftliche Effizienz, auch wenn diese nicht gänzlich aus dem Blick geraten

darf. Eine Prüfung der Verwendung der Gelder wird somit nötig sein. Wichtig ist aber auch, dass sich alle Beteiligten immer wieder vergewissern, dass sie noch den Zweck der Kooperation verfolgen und auch wissenschaftliche Standards einhalten. Überlegenswert ist insofern, eine regelmäßige Evaluation der Kooperationsgesellschaft und ihrer Projekte vorzusehen.

IV. Governance der Kooperationsgesellschaft

Aufbauend auf diesen grundlegenden Anforderungen ist zu überlegen, welche strukturellen Vorgaben und Verfahrensregelungen für die Kooperationsform sachgerecht sind. Wesentlich sind hierbei die Funktionen der Leitung und der Überwachung. Erstere soll vor allem von den bzw. einigen Forschern übernommen werden. Letztere kann von einer Trägerversammlung oder ggf. auch einem Aufsichtsrat durchgeführt werden. Hinzu kommen ggf. weitere Gremien, wie ein wissenschaftlicher Beirat bzw. ein Scientific Advisory Board oder eine Forscherversammlung. Auch hier sollte der Flexibilität ganz wesentliche Bedeutung zukommen. Bei kleineren Kooperationen können ein Leitungsgremium und die Trägerversammlung ausreichen. Bei komplexeren Kooperationen kann das Bedürfnis nach umfänglicheren Strukturen bestehen.

1. Leitung

Die Leitungsfunktion kann durch ein Direktorium, eine Geschäftsleitung oder einen Vorstand ausgeübt werden.¹³ Diesem Gremium obliegt die Leitung der Kooperationsgesellschaft und die Geschäftsführung.¹⁴ Angesichts der erforderlichen Wissenschaftsadäquanz der Kooperationsgesellschaft ist hierbei sowohl eine wissenschaftliche als auch eine wirtschaftlichen Leitung vorzusehen.

a) Wissenschaftliche Leitung

In der wissenschaftlichen Leitung manifestiert sich das Grundrecht der Forschungs- und Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG. Sie beinhaltet vor allem die Aufgabe, die Kooperation auf die Förderung der wissenschaftlichen Aufgaben auszurichten, die strategische Positionierung vorzunehmen und generell die wesentlichen Leitungsentscheidungen für die Forschungskooperation zu treffen. Sie hat somit ein Initiativrecht bzgl. aller Entscheidungen der Kooperation. Das beinhaltet somit

13 Dazu bereits *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, OdW 2017, Heft 1, 1 (6).

14 Zu Leitung und Geschäftsführung z.B. *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 76 Rn. 8 f.

auch die Entscheidungsbefugnis über die zu betreibenden wissenschaftlichen Projekte, die zu verwendenden Forschungsmethoden und die Mittelverwendung.

Die wissenschaftliche Leitung hat durch die Forscher der Trägerinstitutionen zu erfolgen, die im Rahmen der Kooperation gemeinsam forschen wollen.¹⁵ Im Fall einer größeren Zahl von mitwirkenden Forschern sollte die Anzahl der Mitglieder des Leitungsorgans im Gesellschaftsvertrag festgelegt werden, wobei darauf geachtet werden muss, dass im Sinne der Effizienz der Entscheidungsfindung die Zahl nicht übermäßig groß sein sollte. Wer im einzelnen Mitglied des Leitungsgremiums wird, sollte von den Trägerinstitutionen bestimmt werden. In der Regel werden dies diejenigen sein, die die Hauptverantwortung für die gemeinsamen wissenschaftlichen Projekte tragen.

b) Wirtschaftliche Leitung

Die wirtschaftliche Leitung¹⁶ hat im Sinne der Wissenschaftsadäquanz, d.h. einer möglichst geringen Belastung der Wissenschaftler mit Verwaltungsaufgaben, die Aufgabe, die Forscher hinsichtlich der organisatorischen und Verwaltungsaufgaben zu entlasten. Dementsprechend ist die wirtschaftliche Leitung für das wirtschaftliche „Tagesgeschäft“, wie das Aushandeln von Verträgen mit Dienstleistern, den Abschluss von Verträgen mit den Beschäftigten, die Sicherung der IT und andere Verwaltungsaufgaben zuständig.¹⁷ Die wirtschaftliche Leitung hat daher durch einen kaufmännischen Vorstand oder Generalsekretär zu erfolgen, d.h. einen Nicht-Wissenschaftler. Dieser sollte möglichst nicht aus einer der kooperierenden Institutionen stammen.¹⁸ Bestellt werden sollte er vom Aufsichtsrat bzw. wenn es einen solchen nicht gibt, von der Trägerversammlung.

Darüber hinaus kommt der wirtschaftlichen Leitung die wichtige Aufgabe zu, die Forschungsprojekte organisatorisch zu begleiten, u.a. die praktische Abwicklung der Finanzierung vorzunehmen, und generell die Finanzströme innerhalb der Kooperationsgesellschaft aber auch im Außenverhältnis zu koordinieren und zu lenken. Dementsprechend hat sie sich u.a. um die Buchhaltung und die Erstellung der Jahresabschlüsse zu kümmern. Da es bei Kooperationen häufig um nicht unwe-

sentliche Beträge geht, muss es auch eine Pflicht zur Bilanzierung und Rechnungslegung geben, wobei hier auch die wissenschaftliche Leitung einbezogen werden muss. Dies sollte in der Form geschehen, dass die wissenschaftliche Leitung die Jahresabschlüsse genehmigen muss und damit für diese mitverantwortlich ist.

c) Zusammenwirken von wissenschaftlicher und wirtschaftlicher Leitung

Auch ansonsten ist darauf zu achten, dass wissenschaftliche und wirtschaftliche Leitung eng zusammenarbeiten. Fraglich ist, ob der wirtschaftliche Leiter bzw. kaufmännische Geschäftsführer den wissenschaftlichen Leitern gleichgestellt oder nachgeordnet werden sollte.¹⁹ Für letzteres mag die Wertung der Forschungs- und Wissenschaftsfreiheit, Art. 5 Abs. 3 GG, sprechen. Dann wäre sichergestellt, dass kein Nicht-Wissenschaftler auf die wissenschaftlichen Projekte Einfluss nehmen kann.²⁰ Andererseits ist berücksichtigen, dass nicht alle Wissenschaftler immer auch den Blick für die finanziellen und rechtlichen Implikationen ihrer Forschungen haben. Eine frühe Einbindung des wirtschaftlichen und rechtlichen Sachverstands des wirtschaftlichen Leiters ist daher für die Realisierung vieler Projekte wichtig. Erfolgt eine solche Einbindung zu spät, müssen Projekte möglicherweise zeit- und kostenintensiv neu aufgesetzt werden. Als Kompromiss könnte sich ein Modell anbieten, wie es im DESY gewählt worden ist. Dort gehören dem Direktorium neben einem wissenschaftlichen Vorsitzenden und drei weiteren Wissenschaftlern auch ein kaufmännischer Direktor an.²¹ Auf diese Weise ist der Vorrang der Wissenschaft gewahrt, gleichzeitig aber sichergestellt, dass kaufmännische Gesichtspunkte auch im Leitungsgremium von Anfang an im Blick gehalten werden.

Die wirtschaftliche Leitung vertritt die Kooperationsgesellschaft gegenüber Dritten, soweit es um das „tägliche“ Geschäft geht. Bei für die Kooperation finanziell bedeutenden Geschäften liegt die Zuständigkeit hingegen bei der Gesamtleitung. In nicht grundrechtsrelevanten Bereichen kann zudem im Gesellschaftsvertrag ein Vetorecht des Aufsichtsrats bzw. – wenn dieser nicht eingerichtet wird – der Trägerversammlung vorgesehen werden.

15 Für Überlegungen hinsichtlich der rechtstechnischen Umsetzung (entsendende Körperschaft erhalte Organstellung) *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, OdW 2017, Heft 1, 1 (6 Fn. 33).

16 Dazu bereits Ausführungen bei *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, OdW 2017, Heft 1, 1 (6).

17 Das darf aber nicht über den Bereich der „laufenden“ Geschäfte hinausreichen, andernfalls muss die wissenschaftliche Leitung einbezogen werden.

18 *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, OdW 2017, Heft 1, 1 (6).

19 Eher für ersteres und nur in Ausnahmen für letzteres *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, OdW 2017, Heft 1, 1 (6).

20 Vgl. etwa zur Nachordnung des Generalsekretärs und der Generalverwaltung gegenüber dem Verwaltungsrat bzw. dem Präsidenten in der Max-Planck-Gesellschaft *Schön*, Grundlagenwissenschaft in geordneter Verantwortung, 2015, S. 38.

21 Siehe den Beitrag von *Harringa* in diesem Heft.

d) Pflichten der Kooperationsleiter

Wie auch bei anderen Gesellschaftsformen sind die Mitglieder des Leitungsgremiums „ihrer“ Kooperationsgesellschaft zur Loyalität bzw. Treue verpflichtet.²² Das heißt sie müssen sich zum einen für die Interessen der Gesellschaft loyal einsetzen und diese fördern, zum anderen müssen sie alles unterlassen, was diesen Interessen zuwiderläuft.²³ Dementsprechend dürfen die Leiter bzw. Wissenschaftler z.B. keine Finanzmittel für außerhalb der Kooperation verfolgte Projekte abzuweigen oder gar für private Geschäfte verwenden. Wissenschaftliche Erkenntnisse, die im Rahmen der Forschungskooperation gewonnen wurden, müssen dieser zugeordnet werden können; bei einer Veröffentlichung müssen die Forscher daher auf die Kooperation hinweisen. Ein Wettbewerbsverbot, wie es z.B. § 88 AktG vorsieht, als besondere, verdichtete Form der Loyalitätspflicht²⁴ dürfte nur in Grenzbereichen sinnvoll sein, wenn die Forschung nicht zu sehr eingeschränkt werden soll. Überlegenswert könnte etwa ein begrenztes Verbot sein, bei anderen Kooperationen oder einer sonstigen Zusammenarbeit, insbesondere mit Partnern aus der Industrie, mitzuwirken, sofern diese identische Fragestellungen oder Projekte verfolgen. Dieses Wettbewerbsverbot sollte für alle Forscher einer Kooperation gelten, nicht lediglich für die Leiter. Allgemein muss sichergestellt werden, dass die Kooperationsleiter aber auch die anderen Forscher frei von Interessenkonflikten sind.²⁵ Ausnahmen vom Wettbewerbsverbot oder den Interessenkonfliktregelungen können aber dann zugelassen werden, wenn alle Leiter und alle Trägergesellschaften (nicht nur die Mehrheit in der Trägerversammlung) zustimmen. Dann wird den Interessen der anderen Forscher und der Trägergesellschaften angesichts der Besonderheit der Forschungssituation angemessen Rechnung getragen.²⁶

Ebenfalls von Bedeutung sind Geheimhaltungspflichten, vergleichbar § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG,²⁷ insbesondere soweit die Forschungsinteressen der Beteiligten betroffen sind. Das gilt vor allem im Hinblick auf die laufenden Forschungsprojekte, die innerhalb der Kooperationsgesellschaft betrieben werden. Eine Ausnahme ist allerdings für den Fall vorzusehen, dass die an einem Projekt Beteiligten eine wissenschaftliche Veröffentlichung für sachgerecht halten. Eine solche Veröffentlichung muss ihnen möglich sein, nicht zuletzt weil der wissenschaftliche Output ein wesentliches Ziel der Kooperationsgesellschaft ist. Insofern ergibt sich diese Beschränkung der Geheimhaltungspflicht aus dem Zweck der Kooperation.

Außerdem unterliegen auch die Leiter einer Kooperationsgesellschaft einer Sorgfaltspflicht, insbesondere soweit es um finanzierungsrelevante Entscheidungen oder die Einhaltung wissenschaftlicher und wissenschaftsethischer Standards geht. Dementsprechend dürfen die Kooperationsleiter etwa keine (Forschungs-)Gelder verschwenden. Die Grenzen, wann eine Verschwendung anzunehmen ist, müssen allerdings im Hinblick auf grundrechtsrelevante Entscheidungen, z.B. teure Projekte zu verfolgen, ganz weit gezogen werden.²⁸ Entscheidungen, die in den grundrechtsrelevanten Bereich fallen, sollten von den Trägergesellschaften inhaltlich auch nicht in Frage gestellt werden dürfen, jedenfalls sofern sie von dem (ganz weit verstandenen) gemeinsam vereinbarten Zweck der Forschungskooperation gedeckt sind. Hier schafft Art. 5 Abs. 3 GG einen Freiraum, der es den Forschern erlaubt, nach eigenem Belieben – innerhalb der oben erwähnten Grenzen legalen und wissenschaftsethisches Handelns – zu entscheiden, welche Forschungsprojekte sie im Rahmen der Kooperationsgesellschaft betreiben.

22 Zur Treuepflicht stv. *Grundmann*, Der Treuhandvertrag, 1997, S. 26 f., 269, 421 ff.; *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 2014, S. 114 ff. m.w.N. Für den Vorstand der AG etwa *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 84 Rdnr. 10 f. Für den Geschäftsführer der GmbH: statt aller *Schneider*, in: Scholz/Schneider, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 43 Rdnr. 151 ff.; *Gantenberg*, Interessenkonflikte von GmbH-Geschäftsführern nach italienischem und deutschem Recht, 2009, S. 158 ff.; *Fleischer*, WM 2003, 1045.

23 *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 2014, S. 117 f., 122 ff. m.w.N.; *Polley*, Wettbewerbsverbot und Geschäftschancenlehre, 1993, S. 88; *Weisser*, Corporate Opportunities, 1991, S. 132; *Hueck*, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, 1947, S. 15.

24 Z.B. *Kort*, in: Großkomm-AktG, 5. Aufl. 2015, § 88 Rn. 3; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 88 Rdnr. 1; *Spindler*, in: MünchKomm-AktG, 4. Aufl. 2014, § 88 Rdnr. 1; *Fleischer*, in:

Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 88 Rdnr. 2; *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 2014, S. 235, 357 ff. m.w.N.; *Hopt*, ZGR 2004, 1 (11).

25 Zu Interessenkonflikten *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 2014.

26 Auch hierfür bieten sich Regelungen an, wie sie in § 112 HGB oder § 88 AktG zu finden sind.

27 Zu Geheimhaltungspflichten stv. *Wißmann*, in: MünchKomm-GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 85 Rn. 31 m.w.N.; *Baumann*, in: Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, 2. Aufl. 2011, § 14 Rn. 9 ff.

28 Zum Verschwendungsverbot bei Wirtschaftsunternehmen stv. *Fleischer*, MünchKomm-GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 43 Rn. 102; *Hölters*, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 93 Rn. 160; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz* AktG, 3. Aufl. 2015, § 93 Rn. 90 f.; *Bachmann*, NZG 2013, 1121.

Im Hinblick auf Entscheidungen des wirtschaftlichen Tagesgeschäfts können die Grenzen hingegen so gesetzt werden wie beim Vorstand der Aktiengesellschaft. Dann sollte den Betroffenen auch bei diesen Entscheidungen eine Business Judgement Rule wie § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG zur Seite stehen.

Verletzen die Kooperationsleiter ihre Pflichten sollten sie als ultima ratio abberufen werden können.²⁹ Das muss aber auf extreme Fälle, wie Rechtsbrüche, Veruntreuungen und Ähnliches begrenzt bleiben, um die Wissenschafts- und Forschungsfreiheit nicht zu gefährden, indem etwa Forscher unter Druck gesetzt werden, weil sie z.B. bestimmte Forschungsprojekte ablehnen.

2. Überwachungsfunktion

Die Leitung bedarf der Überwachung. Das gilt insbesondere hinsichtlich der Verwendung der Finanzmittel und wirtschaftlicher Entscheidungen. Denn Geldgeber – in der Regel die Trägerinstitutionen – und die Geldverwender – die Forscher – sind bei Forschungsk Kooperationen regelmäßig nicht identisch. Ein Prinzipal-Agent-Konflikt ist daher nicht gänzlich auszuschließen,³⁰ wenn er auch angesichts des gemeinsamen Ziels einer möglichst erfolgreichen Forschung und deren Kommunikation nach außen, eher gering sein sollte.

a) Trägerversammlung

In kleineren Kooperationen kann es ausreichen, wenn die Träger selbst die Überwachung übernehmen. Dies erfolgt sinnvollerweise im Rahmen einer gemeinsamen Trägerversammlung,³¹ in der ggf. auch noch andere Geldgeber sitzen können. Diese Versammlung bildet das „Basisorgan“ der Kooperationsgesellschaft.³² Mit einer Trägerversammlung wird sichergestellt, dass alle Träger dieselben Informationen erhalten, und sie erleichtert die Abstimmung unter den Trägern bzw. Geldgebern.

Wird kein Aufsichtsrat eingerichtet, sollten sich die Aufgaben und Befugnisse der Trägerversammlung an der Gesellschafterversammlung der GmbH orientie-

ren,³³ soweit sich dies mit der besonderen wissenschaftsbezogenen Situation der Kooperationsgesellschaft vereinbaren lässt. Wird hingegen ein Aufsichtsrat eingerichtet, wird eine jährliche Unterrichtung die Trägerversammlung ausreichen und könnte wie bei der AG dem Aufsichtsrat die engere Überwachung überlassen werden. Eine detaillierte gesetzliche Ausgestaltung wie in den §§ 118 ff. AktG für die Hauptversammlung der AG wird allerdings nicht nötig sein.³⁴ Anders als später hinzutretende (Klein-)Aktionäre können die Trägerinstitutionen auf die Ausgestaltung ihrer Information im Rahmen des Gesellschaftsvertrages Einfluss nehmen und so ihre Interessen ausreichend selbst schützen. Dementsprechend reichen grundlegende Regelungen zur Information; umfangreiche Vorgaben, wie etwa zu Einberufungsfrist, Mitteilungen an und Anträge von Mitgliedern³⁵ etc., erscheinen nicht nötig.

Die Trägerversammlung trifft die Grundlagenentscheidungen in der Kooperationsgesellschaft, wie etwa die Entscheidung über die Änderung des Zwecks oder des Forschungsziels der Kooperation.³⁶ Außerdem entscheidet sie über die finanzielle Ausstattung der Kooperationsgesellschaft, inklusive deren Erhöhung etc. Über die Verwendung der Gelder entscheidet sodann das Leitungsorgan.³⁷ Einer vorbeugenden Kontrolle durch die Trägerversammlung hinsichtlich der Ausgaben z.B. bei außergewöhnlichen Anschaffungen bedarf es nicht, Die Trägerversammlung hat bereits durch den Einfluss auf die Finanzmittel und die damit einhergehenden Auskunftspflichten der Kooperationsleiter ausreichende Kontrollmöglichkeiten. Sollte sich eine Maßnahme im Extremfall als Mittelverschwendung herausstellen, greifen die allgemeinen Regelungen wie bei anderen Gesellschaftsformen.³⁸

Da die Träger die Finanzmittel stellen, haben sie das Recht, darüber informiert zu werden, wie die von ihnen gestellten Mittel verwendet werden. Sie können daher Rechenschaft, insbesondere die Vorlage des Jahresberichts, und Auskunft verlangen. Dies bezieht sich vor allem auf die

29 Vgl. für Aktiengesellschaften § 84 Abs. 3 AktG.

30 Zur Agency-Theorie siehe etwa *Arrow*, in: Pratt/Zeckhauser, *Principals and Agents*, 1985, S. 37; *Cooter/Freedman*, 66 N.Y.U. L. Rev. 1045 ff. (1991); *Grossman/Hart*, 51 *Econometrica* 7 (1983); *Fama/Jensen*, 26 J. L. & Econ. 301 (1983); *Ross*, 63 *Am. Econ. Rev.* 134 (1973).

31 Dazu schon *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, *OdW* 2017, Heft 1, 1 (6).

32 *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, *OdW* 2017, Heft 1, 1 (6).

33 Zur Gesellschafterversammlung der GmbH etwa *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 21. Aufl. 2017, § 46 Rn. 1 ff., § 48 Rn. 1 ff.; *Liebscher*, in: *MünchKomm-GmbHG*, 2. Aufl. 2016, § 46

Rn. 1 ff., § 48 Rn. 1 ff.

34 Zur Hauptversammlung der AG siehe etwa *Koch*, in: Hüffer/Koch, *AktG*, 12. Aufl. 2016, § 118 Rn. 1 ff., § 119 Rn. 1 ff.; *Kubis*, in *MünchKomm-AktG*, 4. Aufl. 2018, § 118 Rn. 1 ff., § 119 Rn. 1 ff.

35 Siehe etwa §§ 121 ff. AktG.

36 *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, *OdW* 2017, Heft 1, 1 (6).

37 A.A. hinsichtlich außergewöhnlicher Maßnahmen bzw. Anschaffungen *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, *OdW* 2017, Heft 1, 1 (7) (durch Trägerversammlung).

38 Zur Mittelverschwendung s. Fn. 28.

wirtschaftlichen aber auch auf wissenschaftliche Aspekte der Kooperation, wie z.B. welche Projekte betrieben werden.³⁹

Werden neue Träger aufgenommen, nehmen auch diese danach an der Trägerversammlung teil. Über die Aufnahme hat die Trägerversammlung zu entscheiden.⁴⁰ Aufgrund der vergleichsweise geringen Anzahl an Trägern ist die Situation in diesem Fall eher vergleichbar mit Personengesellschaften. Um ein gedeihliches Miteinanders in der Kooperationsform zu gewährleisten, sollte sichergestellt werden, dass die Träger beeinflussen können, mit wem sie und „ihre“ Forscher im Rahmen der Kooperationsgesellschaft gemeinsame Projekte durchführen.

Soweit die Trägerversammlung Entscheidungen trifft, erfolgt dies durch Beschluss. Hier ist zu überlegen, ob jede Trägerinstitution eine Stimme haben soll oder der Anteil an der der Kooperation gewährten Finanzausstattung darüber bestimmen soll, wie viele Stimmen eine Trägerinstitution erhalten soll. Die Ausrichtung auf eine Kooperation, von der alle Träger gleichermaßen profitieren werden, spricht für eine Stimme pro Träger. Erhebliche Unterschiede bei der Finanzierung können allerdings für eine unterschiedliche Stimmenzahl sprechen. Beides sollten die Träger selbständig regeln können, als Ausgangsregelung bietet sich aber die Regelung „eine Stimme pro Träger“ an.

Die Trägerversammlung sollte – anders als die Gesellschafterversammlung der GmbH⁴¹ – kein Weisungsrecht gegenüber den Kooperationsleitern haben – dass muss jedenfalls für den grundrechtsrelevanten Bereich gelten.⁴² Insbesondere darf sie keine Vorgaben hinsichtlich der wissenschaftlichen Projekte und der angewandten Methoden machen. Das ist Aufgabe der wissenschaftlichen Leitung.

Da die Trägerinstitutionen aber über die Stellung der finanziellen Mittel bestimmen, haben sie die Möglichkeit, in dem Fall, dass weitere finanzielle Mittel gestellt werden müssen, diese zu verweigern. Eine Rückforderung von Mitteln sollte ihnen hingegen nur im Fall eines wissenschaftlichen Fehlverhaltens der Forscher möglich sein. In diesen und anderen gravierenden Fällen sollten

sie die Kooperation aus wichtigem Grund verlassen können. Ist die Kooperation auf unbestimmte Zeit eingegangen worden, muss den beteiligten Trägerinstitutionen eine Kündigung möglich sein, wobei diese aber nicht zur Unzeit erfolgen darf,⁴³ d.h. angesichts des allgemeinen Gesellschaftszwecks der Forschungsförderung nicht vor Ende des gemeinsam betriebenen Projekts, wenn die Kündigung zu dessen Abbruch führen würde.

b) Aufsichtsrat

Da eine Trägerversammlung nicht in allen Fällen in der Lage sein wird, eine kontinuierliche Überwachung der Leitung zu gewährleisten, erscheint es sinnvoll, jedenfalls bei größeren Kooperationen ein besonderes Überwachungsgremium, etwa einen Aufsichtsrat, einzurichten. Die Einrichtung eines Aufsichtsrats sollte aber, im Sinne der Flexibilität, optional sein. Die Träger sollten entscheiden können, wie eng sie die Kontrolle der Leitung ausgestalten möchten.

Wird ein Aufsichtsrat eingerichtet, was bei einer GmbH im Rahmen der Satzungsautonomie möglich ist,⁴⁴ übernimmt dieser die Überwachung der Leitung.⁴⁵ Er kann daher Bücher und Abschlüsse prüfen sowie Auskünfte verlangen. Auch eine beratende Funktion erscheint sinnvoll.⁴⁶ Insgesamt bietet sich hinsichtlich seiner Aufgaben und Befugnisse eine Orientierung an § 111 Abs. 1 – 4 AktG an.

Generell bietet sich bei der Ausformung des Aufsichtsrats an, sich an §§ 95 ff. AktG zu orientieren, soweit sich dies mit der Wissenschaftsadäquanz vereinbaren lässt. Bei der Zusammensetzung und den einzelnen Rechten und Befugnissen kann aber z.T. auch ein eigenständiger Weg beschritten werden. Beispielsweise sollten im Aufsichtsrat Vertreter jeder Trägerinstitution sitzen sowie Vertreter anderer Geldgeber, sofern solche vorhanden sind.⁴⁷ Jede Trägerinstitution sollte das Recht haben, mindestens einen Vertreter in den Aufsichtsrat zu entsenden, jedenfalls sofern es nicht eine große (d.h. zweistellige) Anzahl von Trägerinstitutionen gibt. Je nach Anzahl anderer Geldgeber sollte im Gesellschaftsvertrag festgelegt werden, ob auch diese ein Ents-

39 Siehe auch schon *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, OdW 2017, Heft 1, 1 (6).

40 *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, OdW 2017, Heft 1, 1 (6).

41 Zum Weisungsrecht der GmbH z.B. *Sephan/Tieves*, in: MünchKomm-GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 37 Rn. 115 ff.; *Konzen*, NJW 1989, 2977 ff.

42 Ein Weisungsrecht eher bejahend *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, OdW 2017, Heft 1, 1 (7).

43 Zur Kündigung zur Unzeit im Gesellschaftsrecht z.B. *Roth*, in: *Baumbach/Hopt*, HGB, § 132 Rn. 5; *Schäfer*, MünchKomm-BGB, 7. Aufl. 2017, § 723 Rn. 53; *Kamanabrou*, in: *Oetker*, HGB, 37. Aufl. 2017,

§ 132 Rn. 12.

44 Im Fall von § 52 Abs. 2 GmbHG ist dies sogar erforderlich.

45 Zur Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats stv. *Habersack*, in: MünchKomm-AktG, 4. Aufl. 2014, § 111 Rn. 18 ff.; *Spindler*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 111 Rn. 6 ff.; v. *Werder*, in: *Kremer/u.a.*, Deutscher Corporate Governance Kodex, 6. Aufl. 2016, Rn. 122; *Wicke*, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 52 Rn. 6.

46 Zur Beratungsfunktion des Aufsichtsrats etwa *Spindler*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 111 Rn. 10 ff.; v. *Werder*, in: *Kremer/u.a.*, Deutscher Corporate Governance Kodex, 6. Aufl. 2016, Rn. 123.

47 Siehe dazu *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, OdW 2017, Heft 1, 1 (7).

dungsrecht erhalten sollen oder ob diese gemeinsam ein oder ggf. auch mehrere Aufsichtsratsmitglieder wählen, das bzw. die das Interesse dieser Geldgeber an einer Überwachung gebündelt wahrnehmen.

Wird ein Aufsichtsrat eingerichtet, sollte dieser bei einem groben Pflichtverstoß eines Kooperationsleiters der Trägerversammlung die Abberufung dieser Leiter empfehlen können.⁴⁸ Insofern erscheint eine Abweichung von der aktiengesetzlichen Regelung in § 84 Abs. 3 AktG angeraten. Zum einen besteht eine enge Verbundenheit zwischen den Kooperationsleitern und „ihren“ Trägerinstitutionen, die sich auch darin äußert, dass die Kooperationsleiter durch die Träger und nicht durch den Aufsichtsrat bestellt werden sollten. Zum anderen kann eine Abberufung, die mit hoher Wahrscheinlichkeit dazu führt, dass der Leiter die Kooperation verlässt, gravierende Auswirkungen auf die Kooperation und die gemeinsam betriebenen Projekte haben – diese dürften wegen der persönlichen Verbundenheit der Beteiligten schwerwiegender sein als bei einer Kapitalgesellschaft.⁴⁹

c) Wissenschaftlicher Beirat bzw. Scientific Advisory Board

Während das Wirtschafts- und Finanzgebaren einer wirtschaftlichen Beratung und Überwachung durch den Aufsichtsrat unterliegt, sollte einem wissenschaftlichen Beirat bzw. Scientific Advisory Board die Aufgabe zukommen, die wissenschaftliche Seite der Kooperation beratend zu begleiten.⁵⁰ Der Aufsichtsrat eignet sich dafür nicht, weil Forschung und Forschungsergebnisse anders zu diskutieren und einzuschätzen sind als wirtschaftliche Entscheidungen und Bilanzen.⁵¹ Sollte auch die wissenschaftliche Begleitung vom Aufsichtsrat übernommen werden, eine mögliche Ausgestaltung, die der Entscheidung der Beteiligten überlassen bleiben sollte, besteht die Gefahr, dass der Aufsichtsrat übermäßig groß wird.⁵²

Auch eine Kontrollfunktion des Beirats erscheint sinnvoll, etwa im Hinblick auf die Einhaltung wissenschaftsethischer Standards oder die fortbestehende Orientierung

an dem der Kooperationsform zugrunde liegenden Forschungszweck. Hierfür würde das Scientific Advisory Board die Kooperation in regelmäßigen Abständen – etwa alle fünf Jahre – evaluieren. Der wissenschaftliche Beirat sollte allerdings keine Sanktionsgewalt haben, sondern lediglich der Trägerversammlung seine Erkenntnisse zuleiten und Handlungsempfehlungen geben.

Besetzt sein sollte das Board mit national und international anerkannten Wissenschaftlern, die mit der Kooperation in keiner anderen Verbindung stehen. Andernfalls könnte es zu Interessenkonflikten kommen, insbesondere wenn es um kontrollierende Aufgaben geht. Zur näheren Ausformung der Unabhängigkeit kann auf die Diskussion zu Aufsichtsratsmitgliedern (Kommissionsempfehlung⁵³, Deutscher Corporate Governance Kodex⁵⁴) zurückgegriffen werden.

Beiräte können in verschiedenen Gesellschaftsformen eingerichtet werden.⁵⁵ Bei der GmbH lässt sich dies aus §§ 52, 45 Abs. 1 GmbHG ableiten. Daraus ergibt sich, dass abweichende Kompetenzverteilungen möglich sind und es den Gesellschaftern überlassen bleibt, wie sie diese innerhalb der Grenzen des geltenden Rechts in ihrer Gesellschaft ausgestalten.⁵⁶ Ein solcher Beirat kann unproblematisch eine beratende Funktion ausüben.⁵⁷ Problematischer ist es – jedenfalls im gegenwärtigen GmbH-Recht –, einem solchen aus Nichtgesellschaftern bestehenden Beirat, Mitsprache- und Kontrollrechte einzuräumen.⁵⁸ Das gilt allerdings nur, wenn diese die Rechte der Gesellschafter verdrängen und auch dann nur, wenn es sich um Grundlagenentscheidungen handelt, die das Gesetz zwingend einem bestimmten Organ zuordnet.⁵⁹

3. Forscherversammlung

Ggf. kann außerdem eine Forscherversammlung eingerichtet werden.⁶⁰ Dies bietet sich aber nur für große Forschungsk Kooperationen an, die eine Vielzahl von Wissenschaftlern beschäftigen. Die Forscherversammlung setzt sich aus allen Wissenschaftlern zusammen, die nicht

48 Anders bei der AG, siehe § 84 Abs. 3 AktG (Abberufung durch den Aufsichtsrat).

49 Die Situation ist insofern anders als etwa bei einer Aktiengesellschaft, wo wegen der Fremddorganschaft eine Abberufung von Vorstandsmitgliedern die Gesellschaft nicht in ihrem Kern berührt.

50 Zu Beiräten allgemein etwa *Erker*, DStR 2014, 105; *Sanders*, NZG 2017, 961; siehe auch *Sigle*, NZG 1998, 619.

51 *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, OdW 2017, Heft 1, 1 (7).

52 *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, OdW 2017, Heft 1, 1 (7).

53 Empfehlung der Kommission vom 15. Februar 2005 zu den Aufgaben von nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften sowie zu den Ausschüssen des Verwaltungs- und Aufsichtsrats, ABl. EU Nr. L

52 v. 25.2.2005, S. 51.

54 Deutscher Corporate Governance Kodex idF 7.2.2017, abrufbar unter <http://www.dcgk.de/de/kodex.html> (abgerufen am 27.11.2017).

55 Dazu *Sanders*, NZG 2017, 961 (962) mwN.

56 *Sanders*, NZG 2017, 961 (962); *Lange*, GmbHR 2006, 897 (898); *Konzen*, NJW 1989, 2977 (2980).

57 *Sanders*, NZG 2017, 961 (963).

58 *Sanders*, NZG 2017, 961 (963).

59 *Spindler*, in: MünchKomm-GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 52 Rn. 741, 744; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 52 Rn. 75; *Sanders*, NZG 2017, 961 (963).

60 *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, OdW 2017, Heft 1, 1 (7 f.).

bereits im Leitungsorgan vertreten sind. Sie hätte eine Informationsfunktion und eine Beratungsfunktion. Hier würden z.B. die Kooperationsleiter die übrigen Wissenschaftler über die Entwicklung der Kooperation und ihrer laufenden Projekte, neue und geplante Projekte und den finanziellen Spielraum für bestehende und für künftige Projekte informieren. Eine weitere Kontrollfunktion neben dem Aufsichtsrat und dem Scientific Advisory Board, scheint dagegen entbehrlich. Wichtiger wäre es, ein Whistle-blower-System bzgl. wissenschaftlichen Fehlverhaltens einzurichten, das den einzelnen Forschern ermöglicht, das Scientific Advisory Board über Verstöße zu unterrichten.⁶¹ Auch ein Initiativ- oder Vetorecht sollte der Forscherversammlung nicht zustehen. Überlegenswert wäre allenfalls, der Forscherversammlung die Möglichkeit zu geben, neue Projekte oder weitere Kooperationsmöglichkeiten vorzuschlagen. Auf diese Weise könnten sich auch die übrigen Wissenschaftler in die Kooperation einbringen.

Wieweit der Begriff des Forschers gefasst wird, ob also auch forschende Mitarbeiter, Assistenten, ggf. auch technische Assistenten einbezogen werden, sollte den Kooperationen selbst überlassen bleiben.

4. Externe Prüfung

Bei großen Kooperationsgesellschaften ist schließlich noch die Regelung einer externen Prüfung des Jahresabschlusses zu erwägen. Dies würde die Kontrolle erhöhen und könnte zugleich als Signal nach außen verstanden werden und die Einwerbung neuer Mittel erleichtern. Eine Pflichtprüfung sollte aber nur in Ausnahmefällen vorgesehen werden. Als eine Orientierung bietet sich der finanzielle Umfang bzw. die Bilanzsumme der Kooperationsgesellschaft an. Jedenfalls für Kooperationen, die in dieser Hinsicht großen Kapitalgesellschaften im Sinne von § 267 Abs. 3 HGB vergleichbar sind, sollte eine Pflichtprüfung vorgeschrieben werden.⁶²

V. Schlussbetrachtung

Die vorangegangenen Überlegungen zur Governance von Forschungskooperationen haben gezeigt, dass viele Regelungen und Elemente im deutschen Gesellschafts-

recht bereits vorhanden sind und von anderen Gesellschaftsformen übernommen werden könnten. Allerdings bedürfen sie einer gewissen Anpassung, um den Besonderheiten von Forschungskooperationen gerecht zu werden. Denn diese müssen einerseits als juristische Person ausgeformt sein, weil § 65 Abs. 1 LHO dem jeweiligen Land und seinen Institutionen verbietet, sich an privatrechtlichen Unternehmen zu beteiligen, wenn die Einzahlungsverpflichtung nicht auf einen bestimmten Betrag begrenzt ist. Eine solche Begrenzung gibt es bei Personengesellschaften nicht, weil hier eine unbegrenzte persönliche Haftung besteht. Andererseits weist die Kooperationsform aufgrund der engen Beziehungen der Beteiligten zueinander aber personengesellschaftliche Züge auf.

Den herausgearbeiteten Anforderungen am nächsten kommt die GmbH, die zudem bei der Gestaltung der Governance erhebliche Flexibilität aufweist.⁶³ Dementsprechend hat z.B. die Mehrheit der Technologietransfergesellschaften im Hochschulbereich die Rechtsform der GmbH gewählt.⁶⁴ Mit der Einführung der gemeinnützigen GmbH sind bereits sachgerechte steuerrechtliche Weichen gestellt, die für die Kooperationsgesellschaft genutzt werden können.⁶⁵ Sofern nicht eine eigenständige Gesellschaftsform geschaffen wird, um die Bedürfnisse von Forschungskooperationen zu befriedigen, ist zumindest überlegenswert, die Governance-Regelungen der GmbH weiter auszubauen und den Forschungskooperationen Regelungsblöcke zur Verfügung zu stellen, die sie für eine zügige Aufsetzung der gesellschaftsrechtlichen Regelungen nutzen können.

Um eine sachgerechte Governance der Kooperationsform zu gewährleisten, müssen die eingangs erwähnten Prinzipien Forschungsadäquanz, Flexibilität, sachgerechte Verwaltung großer Geldbeträge und Ermöglichung langfristiger, stabiler Zusammenarbeit vom Gesetzgeber im Blick gehalten werden. Außerdem ist eine sachgerechte Balance zwischen verschiedenen Gegensätzen zu finden: Einerseits muss die Kooperationsform transparent sein, insbesondere für die Träger, aber auch die Öffentlichkeit, um eine angemessene Überwachung zu ermöglichen. Andererseits ist gerade bei der Forschung Vertraulichkeit von herausragender Bedeutung

61 Zum Whistle-blowing Buchert, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 42 Rn. 1 ff.; Eufinger, NJ 2016, 458; Fleischer/Schmolke, NZG 2012, 361; Rudkowski, CCZ 2013, 204.

62 Vgl. dazu § 316 Abs. 1 Satz 1 HGB iVm. § 267 HGB.

63 Auch die Rechtsform des Vereins wird von wissenschaftlichen Institutionen genutzt, wie z.B. von der Fraunhofer Gesellschaft oder der Max-Planck-Gesellschaft. Der Verein ist allerdings auf

eine wechselnde Mitgliedschaft ausgerichtet und erfordert für den Fall der Eintragung mindestens sieben Mitglieder, § 56 BGB. Dementsprechend erscheint er für eine Forschungskooperation weniger geeignet als die GmbH.

64 Z.B. Bagdasarov, Wissens- und Technologietransfer an Universitäten, Wiesbaden 2012, S. 10.

65 Zur gemeinnützigen GmbH z.B. Weidmann/Kohlhepp, Die gemeinnützige GmbH, 3. Aufl. 2014.

(Stichwort: Innovationen). Einerseits muss in der Kooperationsgesellschaft die Wissenschaftsfreiheit der Forscher geachtet und umgesetzt werden. Andererseits muss die Verantwortung der Forschungsgesellschaft gegenüber den Trägerinstitutionen, der Wissenschaft als Ganzes und der Öffentlichkeit berücksichtigt werden (Stichwort: u.a. ethisches Verhalten).

Insgesamt sollte sich der Gesetzgeber im Hinblick auf Forschungsk Kooperationen von dem Ansatz einer enabling legislation leiten lassen und den Forschern und Trägerinstitutionen Regelungen an die Hand geben, die ihnen eine zügige und sachgerechte Aufsetzung von Kooperationsmöglichkeiten ermöglichen. Das spart Zeit und Kosten

und ermöglicht eine schnelle Hinwendung zur gemeinsamen Forschung. Das wiederum ist ganz im Sinne der Förderung von Forschungs- und Wissenschaft und dient damit der Stärkung des Forschungs- und Wissenschaftsstandorts Deutschland.

Christoph Kumpan ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung und Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg und Attorney-at-Law (New York).

Lennart Göbel
*Diskussionsbericht zum Vortrag von
Prof. Dr. Christoph Kumpan, LL.M.
(Univ. of Chicago): Governance in der
Kooperationsform*

Kumpan hat sich in seinem Referat der im forschungs-kooperativen Kontext entscheidenden Frage nach wissenschaftsadäquaten Governance-Strukturen¹ angenommen und grundlegende Parameter für eine vertiefende Behandlung dieses Themenkomplexes definiert. Er benannte zentrale Prinzipien – Forschungsadäquanz, Flexibilität, hinreichende Finanzadministration, Stabilität der Zusammenarbeit –, welche die konkrete Ausgestaltung der Governance im Einzelfall leiten sollten, sprach sich im Übrigen jedoch gegen zu starre Vorgaben aus, um der Realstruktur jeder Forschungskoope-ration gerecht werden zu können. Hiermit entsprach er der von *Eberbach* im Eröffnungsreferat erhobenen Forderung nach einem „Baukastensystem“ *de lege feranda*, welches den individuellen Bedürfnissen im Innenverhältnis der Kooperationspartner Rechnung trägt, ohne eine latente Rechtsunsicherheit zu provozieren.

Die sich anschließende Diskussion unter der Leitung *Eberbachs* konzentrierte sich im Wesentlichen auf drei Komplexe: Zu Beginn beschäftigte sie die governance-spezifischen Gestaltungsgrenzen *de lege lata* (dazu I.). Dem schlossen sich vertiefte Überlegungen zu Funktionen und Kompetenzen eines Wissenschaftlichen Beirats als forschungsadäquatem Gesellschaftsorgan an (dazu II.). Zuletzt wurde sich ausführlich dem Verhältnis von wissenschaftlicher zu wirtschaftlich-administrativer Leitungsfunktion gewidmet (dazu III.).

I.

Eberbach eröffnete die Diskussion, indem er die Wichtigkeit einer adäquaten Regelung der gesellschaftsinter-nen Governance-Strukturen unterstrich. Die Einrichtung gemeinsamer Gremien zur Entscheidungsfindung und die Sicherstellung einer kontrollierten Mittelver-wendung sei unabhängig vom Umfang eines konkreten Forschungsprojekts bei jeder Kooperation, die sich nicht

in Auftragsforschung erschöpfe, ganz zu Beginn des Ins-titutionalisierungsprozesses vorzunehmen.

Ein erster Diskussionsteilnehmer zielte mit seiner Frage auf das Grundproblem, dessen Untersuchung sich das Symposium zur Aufgabe gemacht hatte, nämlich die Feststellung, ob Forschungskoope-rationen eine eigene Rechtsform zur Verfügung gestellt werden sollte. Gemünzt auf die Governance der etwaig zu schaffenden Kooperationsform beehrte er Auskunft darüber, welche der im Vortrag formulierten Anforderungen unter gel-tendem Recht nicht erfüllt werden könnten.

Die Erwiderung *Kumpans* fiel differenziert aus. Er stellte zunächst fest, dass die wesentlichen *de lege lata* für Forschungskoope-rationen als Organisationsvehikel in Betracht kommenden Privatrechtsformen (GmbH, e.V., GbR) weitgehende Flexibilität in der Ausgestaltung des Innenverhältnisses böten und es insofern durchaus mög-lich sei, eine Struktur zu schaffen, die sämtliche Eleme-n-te der als idealtypisch vorgestellten Governance im Ge-sellschaftsverhältnis etabliere. Gleichwohl gab er zu be-denken, dass das „Zusammenstricken“ einer solchen Struktur mit ihrer Vielzahl von Einzelelementen und fein auszutarierenden Mechanismen in der Praxis einen ganz erheblichen Aufwand erfordere, dessen Ergebnis regelmäßig dennoch von Rechtsunsicherheiten geprägt sei. Insofern stelle sich vor dem Hintergrund der *de lege lata* festgestellten Gestaltbarkeit vielmehr die Frage, was *de lege feranda* noch besser gemacht bzw. vereinfacht werden könne.

II.

Die folgende Wortmeldung fasste Teile des vorgestellten Governance-Konzepts zusammen und unterstützte die Forderung nach flexiblen Gestaltungsmöglichkeiten. Gleichwohl seien mit Blick auf die vorgeschlagenen fakultativen Gremien „kleinere Unwuchten“ deutlich

1 Die Verwendung des Governance-Begriffs variiert. Er wurzelt im Griechischen *kybernetes* für *Steuermann*. Dem gleichen Wortstamm entspringt auch das lateinische *gubernare* und das französische *gouverner* für „steuern, verwalten, leiten, erziehen“. Die ursprüngliche Definition des Cadbury Committees für Corporate Governance versteht diese weit als „the system by which

companies are run.“ Dem Referat *Kumpans* dürfte ein Governance-Verständnis zugrunde liegen, welches sich auf die Aufbau- und Ablauforganisation der Forschungskoope-ration konzentriert und (entsprechend dem Subtitel des Referats) „Struktur, Kompetenzen und Verfahren“ im Innenverhältnis adressiert.

geworden. Der Diskussionsteilnehmer wollte sich hierbei auf die vorgeschlagene institutionelle und kompetenzielle Ausgestaltung des Wissenschaftlichen Beirats (im Folgenden auch SAB für *scientific advisory board*) konzentrieren.

Es stehe außer Frage, dass die Leitung einer jeden Forschungskoooperation – jedenfalls bei Erreichen einer bestimmten Größe – der Unterstützung durch einen Wissenschaftlichen Beirat bedürfe. Nach dem in der Praxis vorherrschenden Verständnis der Funktion eines SAB müsse dieses wissenschaftliche Überwachungs- und Beratungsaufgaben erfüllen. Im Zusammenhang mit den Aufsichtsfunktionen dürften aber auch die Grundsätze wissenschaftlicher Ethik nicht außer Acht gelassen werden. Nicht selten werde zu diesem Zweck eine Ethikkommission eingerichtet. Dem Diskussionsteilnehmer ging es nun um die genaue Einbindung einer solchen Ethikkommission, bildlich gesprochen um ihre Positionierung im strukturellen Verhältnis der Gesellschaftsorgane. Nach seinem Dafürhalten sei es misslich, die Ethikkommission als Ausschuss des Wissenschaftlichen Beirats auszugestalten. Vielmehr erfordere die immense Bedeutung der Einhaltung ethischer Standards im Forschungsverbund ein Gremium der ethischen Überwachung, welches sich „ohne Umwege“ an die Leitung der Kooperation wenden und dieser berichten können müsse, um auf diese Weise in etwa auch Personalentscheidungen anstoßen zu können, und zwar ohne hierbei auf die Mitwirkung eines anderen (mehrheitsdominierten) Kollegialorgans angewiesen zu sein.

Der Diskutant sprach sich deswegen für eine Trennung von Ethikkommission und Wissenschaftlichem Beirat aus. Zur Begründung wies er neben dem Vorstehenden auf die Gefahr der rein praktischen Überforderung des SAB hin, welches aus tatsächlichen Gründen in der Regel nur ein bis zweimal im (Geschäfts-) Jahr tagen könne. Im Übrigen bestünden zwischen beiden Gremien auch funktionale Unterschiede, sei der Wissenschaftliche Beirat doch (zumindest auch) beratendes Organ, während es sich bei der Ethikkommission um ein reines Instrument der Innenrevision handele.

Kumpan griff in seiner Erwiderung den zuletzt angesprochenen Aspekt der Funktionsdivergenz auf und wies auf das von *Eberbach* propagierte „Out of the Box-Denken“ hin. Dem folgend sollten auch gegenwärtig bekannte Ansätze kritisch hinterfragt und Verbesserungen erwogen werden. Wie im Fall des Aufsichtsrats bei wirtschaftlichen Fragen die Beratungs- und Kontrollfunktion von einem Organ wahrgenommen würden, könnte in gleicher Weise auch bei wissenschaftlichen Fragen über eine Bündelung beider Funktionen in einer Hand nachgedacht werden. Unüberwindliche Unterschiede, die

dies verhindern würden, bestünden zwischen den beiden Bereichen nicht.

Die Rolle des Wissenschaftlichen Beirats griff auch der nächste Diskutant auf. Er befand, das *scientific advisory board* müsse im forschungs kooperativen Kontext – mehr als ein Gremium der *wirtschaftlichen* Überwachung – als Spiegelbild des Aufsichtsrates in der aktienrechtlichen Organisationsverfassung begriffen werden. Insofern rücke der Wissenschaftliche Beirat bei der Diskussion um die Etablierung wissenschaftsadäquater Überwachungsstrukturen im Forschungsverbund klar in den Vordergrund. Die Überwachung des Finanzgebarens der Kooperation könne man sich hingegen als Aufgabe eines dem aktienrechtlichen Prüfungsausschuss vergleichbaren Gremiums vorstellen. Hierfür könne dann auch die Trägerversammlung verantwortlich zeichnen. Zusammenfassend wollte der Diskussionsteilnehmer festgestellt wissen, dass die Nutzung eines „Aufsichtsrats“ (als *wirtschaftlichem* Aufsichtsorgan) in der wissenschaftlichen Kooperative unter höherem Rechtfertigungsdruck stehe, als die Nutzung eines SAB. Dieses letztere wurde seitens des Referenten knapp, aber ausdrücklich zustimmend aufgenommen.

III.

Schließlich widmete sich die Diskussion der kompetenziellen Einbindung einer wirtschaftlichen Leitung neben der wissenschaftlichen Leitung. Diesbezüglich war seitens des Referenten mit Blick auf Artikel 5 Absatz 3 Satz 1 GG eine „Nachordnung“ zur wissenschaftlichen Leitung im Sinne eines Generalsekretärs wie bei der MPG oder eines dem Vorstand nachgeordneten kaufmännischen Leiters vorgeschlagen worden. Ohne dies detailliert ausleuchten zu wollen, schlug ein Diskutant ein „Finanzministermodell“ vor. Der wissenschaftlichen Leitung sollte hiernach ein Finanzdirektor angehören, der in wirtschaftlichen Angelegenheiten mit einem Veto-recht ausgestattet werden müsse. Damit sprach sich der Diskussionsteilnehmer implizit gegen eine wie auch immer geartete Nachordnung der Finanzadministration der Kooperative aus, zwingt ein Vetorecht innerhalb seines inhaltlichen Geltungsbereichs doch zur gleichberechtigten, konsensualen Entscheidungsfindung.

Zudem bat der Diskussionsteilnehmer um eine Einschätzung des Referenten hinsichtlich der Möglichkeit, die notwendige (externe) Finanzaufsicht seitens der Trägerorganisationen und sonstigen Mittelgebern in die interne Organisationsstruktur der Kooperative einzubinden. Gemeint war *in concreto* wohl die Besetzung des (Finanz-) Aufsichtsgremiums mit Repräsentanten der Mittelgeber. Hierdurch ließe sich unter Umständen doch

eine lähmende Doppelprüfung vermeiden oder jedenfalls ein Teil des Aufwands reduzieren.

Kumpan verwies bezüglich der im Referat angedeuteten Nachordnung der wirtschaftlichen Leitungsbefugnisse gegenüber den wissenschaftlichen wiederholend auf den organisationsrechtlichen Gewährleistungsgehalt der Wissenschaftsfreiheit aus Artikel 5 Absatz 3 Satz 1 GG, mit welchem sich eine abweichende Verteilung der Leitungskompetenzen unter Umständen in Konflikt begeben. Zwar sei eine strukturelle Stärkung der wissenschaftlichen Leitung schon durch Einbindung dieser in die Aufstellung des Jahresabschlusses bzw. die Rechnungslegung zu erreichen, doch sprach sich der Referent gleichwohl gegen eine gleichberechtigte Ausgestaltung der beiden Leitungsfunktionen durch Vetorechte aus.

Den Vorschlag der Integration der finanziellen Aufsicht in die kooperationsinterne Organisationsstruktur schätzte der Referent als durchaus erwägenswert ein; soweit es dabei allerdings um eine Auslagerung der Kontrolle auf Dritte ginge, rechne er jedoch – ohne, dass er eine vertiefte Auseinandersetzung dahingehend vorgenommen habe – mit nicht zu vernachlässigenden Schwierigkeiten. Den Grund für seine Skepsis illustrierte er anhand jüngerer Erfahrungen mit der Einbindung von Ratingagenturen in die Finanzmarktregulierung, die, wie sich in der Finanzkrise gezeigt habe, gravierende Auswirkungen gehabt hätten, weil Interessenkonflikte auf der Mikroebene der in die Aufsicht eingebundenen Ratingagenturen zu erheblichen Beeinträchtigungen der Aufsicht über den Gesamtmarkt auf der Makroebene geführt hätten.

Auch die folgende Wortmeldung nahm den Aspekt einer möglichen bzw. nötigen Nachordnung der wirtschaftlichen Leitungskompetenzen in den Blick. Vorgeschlagen wurde das – laut Diskussionsteilnehmer in der Praxis bewährte – Konzept einer „Doppelspitze“. Darunter wollte der Diskutant insbesondere eine gemeinschaftliche Verantwortung der Organmitglieder verstanden wissen, bei gleichzeitiger klarer Aufgabenwahrnehmung nach abgegrenzten Geschäftsbereichen. Der Frage, warum ein entsprechendes Konzept nicht präferiert

würde, wurde seitens des Referenten erneut die fehlende Wissenschaftsadäquanz eines ungeschichteten Nebeneinanders beider Leitungsfunktionen entgegengehalten, welche als grundlegendes Prinzip die Governance-Gestaltung prägen müsse.

Angesichts dieser Erwiderung sah sich der Diskussionsteilnehmer zu einer Klarstellung veranlasst: bei dem von ihm in den Blick genommenen Modell der Doppelspitze gehe es nicht um eine durch Vetorechte erreichte Verschränkung von Geschäftsbereichen, sondern vielmehr um die nachgelagerte gemeinschaftliche Verantwortungsübernahme, womit wohl die Möglichkeit der internen Haftbarmachung des Kollegialorgans gemeint war.

Mit dem Hinweis, dass Veto- respektive Mitentscheidungsrechte sehr flexibel im Hinblick auf ihre inhaltliche Reichweite und Intensität ausgestaltet werden können, ergriff ein letzter Diskussionsteilnehmer das Wort. Damit spielte er auf die bislang nicht bewiesene Annahme an, strukturelle Wissenschaftsadäquanz bedürfe hierarchischer Kompetenzordnungen. Seine praktischen Erfahrungen bei der juristischen Gestaltung und Begleitung von Forschungsk Kooperationen veranlassten ihn außerdem dazu, eine Lanze für heterogen besetzte Kollegialorgane zu brechen; hiermit seien ausgesprochen gute Erfahrungen gemacht worden. Er schloss mit einer Forderung zur weitestgehenden Flexibilität des avisierten Organigramms: Nicht nur die grundsätzliche Organisationsstruktur – Gesellschaftsorgane und ihr kompetenzielles Machtverhältnis – sollte flexibel und anpassbar sein, auch innerhalb der als notwendig erachteten Gremien sollten den Verantwortlichen Gestaltungsoptionen verbleiben.

Lennart Göbel ist Doktorand am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht an der Universität Heidelberg. Sein Dissertationsprojekt wird betreut von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff.

Bernhard Ulrici

Geistiges Eigentum in Forschungsverbänden*

ÜBERSICHT

I. Einführung und Grundlegung

1. Beteiligte und Zusammenwirken
2. Recht auf Anerkennung
3. Eigentumsgleiches Recht

II. Abstimmungsbedarf

1. Ausgangspunkt
2. Gegenständlicher Umfang
3. Personeller Umfang
4. Strukturierung

III. Verbundebene

1. Interessenlage und Auflösung von Interessenkollisionen
2. Vertrag als Gestaltungsmittel
3. Gesetzliche Regelung

IV. Beschäftigungsebene

1. Interessenlage und Auflösung von Interessenkollisionen
2. Gestaltungsmittel
3. Eigenständiges Arbeitnehmererfinderrecht?

V. Forscherebene

1. Sog. Foreground
2. Sog. Background

VI. Ergebnisse

I. Einführung und Grundlegung

1. Beteiligte und Zusammenwirken

Zweck eines Forschungsverbands¹ ist die im Zusammenwirken mehrerer Beteiligter erfolgende Suche nach Erkenntnis.² Seine Förderung erfordert nicht, dass die Beteiligten selbst unmittelbar forschen. Vielmehr kann die Suche nach Erkenntnis auch anderweitig unterstützt

werden (z.B. organisatorischer oder finanzieller Beitrag). Mitglieder eines Forschungsverbands sind im Regelfall dann auch nicht einzelne Forscher, sondern Institutionen (Hochschulen und sonstige [außeruniversitäre] Forschungseinrichtungen) und Unternehmen.³ Sie schließen sich zusammen, um ein Forschungsvorhaben durch Organisation und Ausstattung zu ermöglichen. Die eigentliche (Forschungs-)Tätigkeit als notwendig menschliche Leistung⁴ wird dagegen nicht unmittelbar von ihnen, sondern im Kern von Angestellten (Arbeitnehmer, Beamte)⁵ erbracht.

2. Recht auf Anerkennung

Sind Forscher erfolgreich, haben sie automatisch jeder für sich ein Recht auf Anerkennung ihrer Leistung und dürfen sich im zutreffenden Ausmaß als Mutter/Vater einer Erkenntnis bezeichnen. Dies ist Ausfluss des durch Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG⁶ umfassend geschützten Persönlichkeitsrechts, in dessen Schutzbereich eingegriffen wird, wenn durch unzutreffende Leugnung einer individuellen Leistung⁷ die Person verfälscht oder entstellt wird.⁸ Abgesehen hiervon findet es in Ausschnitten eine Grundlage in Art. 5 Abs. 3 GG, weil die Anerkennung eines Forschungsbeitrags Teil der wissenschaftlichen Kommunikation ist.⁹ Schließlich gründet es ggf. in Art. 12, 14 GG, weil und soweit die Nichtanerkennung eines Leistungsbeitrags die diesem zu Grunde liegende Tätigkeit bzw. das Ergebnis oder eine eingerichtete und ausgeübte Geschäftstätigkeit entwertet. Vereinzelt (z.B. für den Schöpfer, vgl. § 13 S. 1 UrhG) hat dieses Recht auf der Ebene des einfachen Rechts eine besondere Ausgestaltung erfahren (z.B. § 13 S. 2 UrhG; vgl. auch § 24 HRG, § 70 Abs. 3 S. 2, 3 HG

* Erweiterte Fassung des im Rahmen des Symposiums „Forschungsk Kooperationen: Plädoyer für eine wissenschaftsadäquate Rechtsform“ (05./06.10.2017) in Berlin gehaltenen Vortrags.

1 Verstanden als kooperative Form gemeinsamer Forschung, vgl. *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, Eine Kooperationsform für die Wissenschaft, OdW 2017, 1.
2 *Heide*, Patentschutz und Patentlizenzen in Forschungsk Kooperationen, InTeR 2013, 2 (2 f., 9); *Wündisch* in BeckOF Vertrag, 42. Ed. 1.9.2017, Kooperationsvertrag Anm. 2.
3 Vgl. *Eberbach/Hommelhoff/Lappe* OdW 2017, 1; *Stallberg*, Anwendungsfragen von § 42 Nr. 4 ArbNErFG bei F&E-Verträgen im Hochschulbereich, GRUR 2007, 1035; TUM, Forschungs- und Wirtschaftsk Kooperationen (https://www.tum.de/fileadmin/w00bfo/www/Wirtschaft/Broschueren_Kooperationen/130318_TUM_

CCC_Forsch-Wirt_Brosch-dt.pdf), 2 (20.11.2017).

4 *Pahlow* in Gärditz/Pahlow, Hochschulerfinderrecht, 2011, 129 Rn. 45.

5 Daneben sind tätig vor allem auch nicht angestellte (externe) Studenten, Doktoranden und Habilitanden.

6 Vgl. *Specht* in BeckOGK Zivilrecht, 1.8.2017, BGB § 823 Rn. 1074.

7 Eine Leugnung kann auch in der unzutreffenden Anmaßung oder Behauptung der Maßgeblichkeit der Leistung einer anderen Person liegen.

8 Vgl. allg. *Specht* (o. Fn. 6) BGB § 823 Rn. 1122.

9 Vgl. *Maunz/Dürig/Scholz*, 80. EL Juni 2017, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 83 f.

NRW, § 47 S. 4 SächsHSFG). Im Umfang seiner grundrechtlichen Verankerung besteht es – nicht notwendig mit demselben Inhalt – auch unabhängig von einer einfachrechtlichen Ausformung.¹⁰ Ein Recht auf Anerkennung – ihres jeweiligen Beitrags – steht automatisch aber auch einem Forschungsverbund sowie seinen Mitgliedern zu. Denn nach Maßgabe von Art. 19 Abs. 3 GG können auch diese vom persönlichen Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts,¹¹ der Wissenschafts-,¹² Berufs- und/oder Eigentumsfreiheit erfasst werden.

3. Eigentumsgleiches Recht

Im Unterschied zum Recht auf Anerkennung nicht durchgängig und auch nicht notwendig automatisch, sondern nur bei Erfüllung besonderer Voraussetzungen (z.B. Neuheit bzw. Eigentümlichkeit, Erfindungs- bzw. Schöpfungshöhe)¹³ und teilweise erst nach gesonderter Anerkennung (z.B. nach Veröffentlichung)¹⁴ sind die Ergebnisse forschender Tätigkeit zu Gunsten eines Forschers, eines Forschungsverbunds und/oder seiner Mitglieder auch Gegenstand eines Schutzrechts (z.B. Patent, Gebrauchsmuster, Urheberrecht), d.h. vergleichbar dem Eigentum einem Inhaber zugewiesen, für diesen in ihrer (wirtschaftlichen) Anwendung monopolisiert (vgl. § 903 BGB, Ausschließungs- und Nutzungsfunktion) und gegen Beeinträchtigungen geschützt.¹⁵ Entsprechende Schutzrechte gewährt die Rechtsordnung nur aufgrund umfassender Interessenabwägung. Der Gesetzgeber berücksichtigt vor allem, wie sich die Gewährung eines Schutzrechts auf den gesellschaftlichen (insbes. technischen oder kulturellen) Fortschritt (z.B. Förderung von Investitionen in geistige Leistungen, Behinderung von Weiterentwicklungen¹⁶) und den Markt (z.B. Abschot-

tung eines Marktes und monopolbedingte Preisüberbretungen) auswirkt und wägt mögliche nachteilige Auswirkungen¹⁷ sorgfältig mit dem Gewicht der erbrachten Leistung ab.¹⁸ Soweit für das Ergebnis einer geistigen Leistung kein Schutzrecht gewährt wird, ist es nicht vergleichbar dem Eigentum geschützt, sondern kann grds. frei und grds. auch unentgeltlich¹⁹ benutzt und ausgewertet werden.²⁰ Verhindern lässt sich dies nur mittels von den Beteiligten insbes. durch Vertragsschluss zu begründenden Geheimhaltungspflichten²¹ sowie Tätigkeits- und Konkurrenzverboten.²²

II. Abstimmungsbedarf

1. Ausgangspunkt

Aus der Gemengelage, dass mehrere Verbundmitglieder zusammenwirken und die forschende Tätigkeit nicht von diesen, sondern von für den Forschungsverbund tätigen und regelmäßig arbeitsteilig handelnden Personen erbracht wird, ergibt sich umfangreicher Abstimmungsbedarf in Bezug auf die Ergebnisse geistiger Leistungen und die zu diesen erteilten Schutzrechte.²³

2. Gegenständlicher Umfang

Zunächst besteht Abstimmungsbedarf vor allem in Bezug auf den sog. Foreground, d.h. die von einem Forschungsverbund im Rahmen der Verwirklichung seines Zwecks gewonnenen Ergebnisse:²⁴

- Es muss die Wahrnehmung des Rechts auf Anerkennung eines Leistungsbeitrags in Form eines (öffentlichen) Hinweises koordiniert werden. Denn es steht zwar jedem Beteiligten ein eigenes Recht auf Anerkennung seines individuellen Beitrags zu, dessen Wahrnehmung

10 Vgl. für Erfindungen BGH 20.06.1978 - X ZR 49/75 = GRUR 1978, 583 (585); LG Nürnberg-Fürth 25.10.1967 - 3 O 3/67 = GRUR 1968, 252 (254). – Vgl. auch BGH 08.06.1989 - I ZR 135/87 = GRUR 1995, 668 (670): Allgemeines Persönlichkeitsrecht kann verletzt werden durch Zuschreiben fremder Werke; *Kroitzsch/Götting* in BeckOK UrhR, 17. Ed. 1.8.2017, UrhG § 13 Rn. 9: Allgemeines Persönlichkeitsrecht kann verletzt sein durch Bestreiten der Urheberschaft an nicht schutzfähigen Werken.
11 Vgl. allg. *Specht* (o. Fn. 6) BGB § 823 Rn. 1109, 1112.
12 Grundrechtssträger sind nach Maßgabe von Art. 19 Abs. 3 GG auch juristische Personen einschließlich (privater sowie öffentlich-rechtlicher) Hochschulen und Forschungseinrichtungen (vgl. BVerfGE 75, 192 (196); *Wündisch/Hering*, Rücklizenzen bei FuE-Aufträgen: Das Nutzungsrecht für Forschung und Lehre, GRUR Int 2009, 106 (108); unentschieden BVerfGE 15, 256 (264)) sowie in der Folge auch Zusammenschlüssen selbiger.
13 Vgl. § 1 PatG, § 2 UrhG.
14 Vgl. §§ 9, 58 Abs. 1 S. 2, 3 PatG.
15 Vgl. *Pahlow* (o. Fn. 4) Rn. 1.
16 Vgl. *Kraßer/Schricker*, Patent- und Urheberrecht an Hochschulen, 1988, 15, *Pahlow* (o. Fn. 4) Rn. 10.
17 Vgl. auch *Pahlow* (o. Fn. 4) Rn. 8.
18 Vgl. für Erfindungen *Fitzner* in BeckOK Patentrecht, 6. Edition

(26.09.2017), PatG Vor §§ 1–25 Rn. 5 ff.; *Pahlow* (o. Fn. 4) Rn. 41.
19 Vgl. aber z.B. die Ausnahme in § 20 ArbNErfG.
20 Vgl. BGH 28.10.2004 - I ZR 326/01 = GRUR 2005, 166 (167, 169); BGH 06.05.1999 - I ZR 199/96 = NJW 1999, 2898 (2901); BGH 14.12.1995 - I ZR 240/93 = GRUR 1996, 210 (211); BGH 21.03.1961 - I ZR 133/59 = NJW 1961, 1251 (1251 f.); vgl. auch *Ulrici*, Vermögensrechtliche Grundfragen des Arbeitnehmerurheberrechts, 2008, 62 f., 345.
21 Vgl. auch die losgelöst von einem Vertragsschluss geltende Regelung in § 17 UWG.
22 Vgl. *Kraßer/Schricker* (o. Fn. 16), 16; *Pahlow* (o. Fn. 4) Rn. 1.
23 Vgl. auch *Gärditz/Pahlow* in *Gärditz/Pahlow*, Hochschülerfinderrecht, 2011, 3 Rn. 4; IHKs NRW/AG IHK Hessen, Forschungs- und Entwicklungsverträge zwischen Unternehmen und Hochschulen, 1. Aufl. 2005, 9.
24 *Brandi-Dohrn* in *Röhrich/Graf* von Westfalen/Haas, HGB, 4. Aufl. 2014, Forschungs- und Entwicklungsverträge Rn. 1; *Wündisch* (o. Fn. 2) Forschungs- und Entwicklungsvertrag Anm. 12, Kooperationsvertrag Anm. 6; *Wündisch*, Vergiftetes Geld? Ergebnis- und verwertungsbezogene Auflagen in öffentlich geförderten FuE-Verbundprojekten, BB 2009, 679 (681); *Groß* in *Gärditz/Pahlow*, Hochschülerfinderrecht, 2011, 321 Rn. 72.

die entsprechenden Rechte der übrigen Beteiligten nicht tangiert. Indes lässt sich durch eine koordinierte Ausübung dieser Rechte eine deutlich höhere Sichtbarkeit erzeugen. Eine (jedenfalls auch) gemeinsame (d.h. „laute“) Verlautbarung erzielt vielfach eine höhere Aufmerksamkeit als (lediglich) viele kleine (d.h. „leise“). Bedeutend ist dies insbes. für Beteiligte, welche einen untergeordneten Beitrag leisten, sich aber im Glanze des (gesamten) Erfolgs sonnen wollen.²⁵

- Einer Abstimmung bedürfen vor allem aber die für die Ergebnisse einer geistigen Leistung gewährten Schutzrechte und/oder ihre eine (wirtschaftliche) Auswertung ermöglichende Geheimhaltung. Im Kern ergibt sich dies daraus, dass Forschungsergebnisse nicht als solche, sondern erst ihre praktische Anwendung tatsächlich zum gesellschaftlichen Nutzen beiträgt.²⁶ Die praktische Umsetzung erfordert im Regelfall, dass weitergehende Investitionen (z.B. in neue Produktionsmittel/-methoden) getätigt, d.h. weitere unternehmerische Risiken eingegangen werden. Die Bereitschaft hierzu besteht typischerweise nur, wenn durch Monopolisierung einer geistigen Leistung eine gesicherte Amortisation gewährleistet ist.²⁷

Darüber hinaus bedarf es regelmäßig einer Verständigung über die Beschaffung des für die Durchführung eines Forschungsvorhabens und die Auswertung der gewonnenen Ergebnisse nützlichen vorbekannten Wissens und der zu diesem bestehenden Schutzrechte (sog. Background).²⁸ Wissenschaftlicher Fortschritt baut regelmäßig auf bekanntem Wissen auf und entwickelt dieses weiter. Das vorbekannte Wissen kann rechtlich oder tatsächlich monopolisiert sein und (nur) einem Berechtigten zustehen. Hierdurch können seine Ausnutzung für die Erkenntnistätigkeit ebenso wie seine mittelbare Ausnutzung durch Verwertung der von einem Forschungsverbund gewonnenen Erkenntnisse behindert werden:

- Das den sog. Background bildende Wissen muss, wenn über dieses nur einzelne Beteiligte verfügen, den anderen Mitgliedern eines Forschungsverbands sowie

den für sie und den Forschungsverbund tätigen Personen zugänglich gemacht werden. Ist es Gegenstand eines Schutzrechts, muss ggf. bereits für die forschende Tätigkeit selbst, darüber hinaus aber auch für eine rechtssichere Verwertung der auf ihm aufbauend gewonnenen neuen Erkenntnisse (sog. Foreground) eine Berechtigung zu seiner Auswertung eingeholt werden.

3. Personeller Umfang

Der beschriebene Abstimmungsbedarf besteht auf drei Ebenen:²⁹

- Aufgrund des Zusammenwirkens mehrerer Mitglieder besteht er horizontal auf der Ebene des Forschungsverbands, d.h. zwischen dessen Mitgliedern sowie zwischen diesen und einem mit Rechtssubjektivität ausgestatteten Forschungsverbund (sog. Verbundebene, vgl. III.). Abgestimmt werden muss nicht nur, wer welchen finanziellen und personellen Beitrag einbringt. Vielmehr muss eine Verständigung auch darüber erfolgen, wer welchen sog. Background zur Verfügung stellt. Vor allem aber bedarf es einer Einigung über die Aufteilung des sog. Foreground.

- Außerdem besteht aufgrund des Einschaltens von Forschern ein vertikaler Abstimmungsbedarf im Verhältnis des Verbands und seiner Mitglieder einerseits zu den unmittelbar geistig tätigen Personen andererseits (sog. Beschäftigungsebene, vgl. IV.).³⁰ Hintergrund ist, dass die Rechtsordnung für die Frage der originären,³¹ d.h. mit Vollendung einer geistigen Leistung erfolgenden rechtlichen Zuordnung der Ergebnisse (anders als das Sachenrecht, vgl. § 950 BGB) grds. nicht an die organisatorische Steuerung des Erkenntnisprozesses (Herstellungsvorgang), sondern an die erfinderische (schöpferische) Leistung und die diese erbringenden Personen anknüpft (sog. Erfinder- oder Schöpferprinzip, vgl. § 7 UrhG, § 6 PatG).³² In der Folge stehen die Ergebnisse geistiger Leistungen originär den Forschern und nicht dem Forschungsverbund oder seinen Mitgliedern zu.

25 Vgl. BMWi, MuStvereinbarungen für Forschungs- und Entwicklungskooperationen, 3. Aufl. 2017, 47 (Ziff. 18); TUM (o. Fn. 3), 47 (ANNEX V § 8 Abs. 4).

26 Vgl. auch TUM (o. Fn. 3), 2: Universität soll „der industriellen Welt den zündenden Funken der Wissenschaft bringen“; vgl. weiter Godt, *Equitable Licensing & Global Access*, 2. Aufl. 2017, 5; *Slopek/Pausewang/Beye*, Auswirkungen der Novellierung des § 42 ArbEG auf den Umgang der nordrhein-westfälischen Hochschulen mit ihrem geistigen Eigentum, *WissR* 44 (2011), 50.

27 Vgl. auch *Eberle/Handzik* in *Gärditz/Pahlow*, Hochschulfinderrecht, 2011, 297 Rn. 22; *Enk* in *Asche/Bauhus/Kaddatz/Seel*, Modernes Patentbewusstsein in Hochschulen, 2004, 19 (24); *Wündisch/Hering* GRUR Int 2009, 106 (106 f.).

28 *Brandi-Dohrn* (o. Fn. 24) Forschungs- und Entwicklungsverträge Rn. 1; *Heide* InTeR 2013, 2 (4); *Wündisch* (o. Fn. 2) Forschungs- und Entwicklungsvertrag Anm. 11, Kooperationsvertrag Anm. 5;

Wündisch BB 2009, 679 (680); *Groß* (o. Fn. 24) Rn. 72.

29 Vgl. zu den ersten beiden Ebenen auch *Brandi-Dohrn* (o. Fn. 24) Forschungs- und Entwicklungsverträge Rn. 56.

30 Ausgeblendet soll bleiben der Gestaltungsbedarf (ggü. außenstehenden Dritten) im Zusammenhang mit der Sicherung notwendiger Vorerkenntnisse, soweit diese nicht einem der Beteiligten der Forschungs- und Entwicklungsverträge zustehen. Zugleich wird ausgeblendet die Frage, inwieweit Forschungstätigkeit unter Rückgriff auf bereits vorhandene Erkenntnisse überhaupt der Zustimmung durch Schutzrechtsinhaber bedarf.

31 Ähnlich einem „Freud’schen Versprecher“ im dortigen Kontext von mir (o. Fn. 20), 49 unter Austauschgedanke als „obligatorischer“ Rechtserwerb bezeichnet.

32 *Ulrici*, Das Recht am und auf das Arbeitsergebnis, *WissR* 48 (2015), 318 (319 f.); ders. (o. Fn. 20), 42 ff., 64 ff.

- Schließlich besteht aufgrund des arbeitsteiligen Zusammenwirkens der Forscher bei der Erkenntnisgewinnung ein wiederum horizontaler Abstimmungsbedarf zwischen diesen (sog. Forscherebene, dazu V.). Denn die Rechtsordnung weist die Ergebnisse einer gemeinsamen Leistung und die hierzu erteilten Schutzrechte denjenigen, die einen eigenen geistigen, nicht notwendig selbst schutzfähigen Beitrag geleistet haben, in Rechtsgemeinschaft zu (zur gesamten Hand, vgl. § 8 UrhG, zu Bruchteilen, vgl. § 6 S. 2 PatG).

Zwar lassen sich die Ebenen wie beschrieben voneinander unterscheiden. Sie stehen aber nicht beziehungslos nebeneinander, sondern sind miteinander verschränkt:

- Nur soweit der Forschungsverbund oder seine Mitglieder über Rechte verfügen, können sie diese auf Verbundebene rechtssicher entsprechend ihrer Verständigung verteilen. Auch wird ein Mitglied eines Forschungsverbunds ggü. anderen Mitgliedern (oder ggü. dem Verbund) vernünftigerweise nur in dem Maße Bindungen in Bezug auf das Handeln der eigenen Forscher eingehen, wie es zuverlässig auf diese einwirken kann.³³

- Vorstehendes erfordert insbes., dass die infolge Geltung von Erfinder-, Schöpferprinzip originär den Forschern zugewiesenen Güter und Rechte entsprechend den auf der Beschäftigungsebene geltenden Regeln durch den Forschungsverbund oder seine Mitglieder gehoben werden können, um sie auf Verbundebene zu verteilen.³⁴ Dabei können dem Schutz von abhängig tätigen Personen dienende und zwingend geltende Vorschriften (z.B. ArbNErfG) bewirken, dass die ggü. Forschern bestehenden Rechte und Einwirkungsmöglichkeiten hinter denen zurückbleiben, welche zur Ausgestaltung auf Verbundebene erforderlich wären.

- Schließlich kann die Anwendung der auf Beschäftigungsebene geltenden Regeln, d.h. bereits das Heben von Gütern und Rechten, mittelbar aber auch die Abstimmung auf der Verbundebene eine Abstimmung auf der Forscherebene erfordern. Denn einzelnen mitwirkenden Forschern kann rechtlich eine Sonderstellung zukommen, aufgrund der die für die Beschäftigungsebene geltenden Regeln für sie kein Heben der gewonnenen Ergebnisse auf Verbundebene ermögli-

chen oder aufgrund der Unteilbarkeit der ihnen zukommenden Sonderrechte ggf. sogar in Bezug auf alle Forscher das Heben der Ergebnisse ausschließen.

4. Strukturierung

Die gedankliche Trennung der Ebenen verhindert, dass auf eine von ihnen bezogene Wertungen unreflektiert auf die anderen übertragen werden. Daher werden Verbundebene, Beschäftigungs- und schließlich Forscherebene nachfolgend gesondert betrachtet. Dabei in dieser Reihenfolge zu verfahren, mag überraschen, weil die jeweils „höhere“ Ebene etwaige Vorgaben der untergeordneten Ebenen beachten muss. Hierfür spricht aber, dass der Beschäftigungs- im Verhältnis zur Verbundebene eine dienende Funktion zukommt. Es sind die Mitglieder eines Forschungsverbunds, welche auf Verbundebene die Ziele bestimmen. Der Einsatz der Forscher soll das Erreichen dieser Ziele gewährleisten, d.h. dem Zweck des Verbunds dienen. Auch spricht für das gewählte Vorgehen, dass sich leichter erkennen lässt, inwieweit die auf Forscher- oder Beschäftigungsebene bestehenden, ggf. zwingend geltenden Regeln (vgl. § 22 ArbNErfG) es ermöglichen, die auf Verbundebene bestehenden Interessen umzusetzen oder hiermit kollidieren und ggf. ihre Modifizierung durch den Gesetzgeber zu erwägen ist.

Sachlich nehmen die Ausführungen nur schutzfähige Erfindungen (technische Neuerungen) in den Blick und blenden sonstige geistige Leistungen (z.B. schöpferische Werke) aus.³⁵ Dies dient der Begrenzung der Ausführungen³⁶ und trägt dem Umstand Rechnung, dass vor allem Forschungsergebnisse auf technischem Gebiet sich auf der Grundlage eines Schutzrechts wirtschaftlich verwerten lassen und für an einem Forschungsverbund beteiligte Unternehmen interessant sind.³⁷ Hinzu kommt schließlich, dass für diesen Bereich die Beschäftigungsebene eine detaillierte und weithin zwingend geltende gesetzliche Ausgestaltung erfahren hat, was die Beteiligten für eine hiervon abweichende Koordinierung ihrer Interessen vor besondere Herausforderungen stellt. Können diese gemeistert werden, wird dies für andere Schutzrechte erst recht gelingen. Dabei können die vom Gesetzgeber für Erfindungen vorgesehenen Regelungen und die ihnen zu Grunde liegenden Wertungen unter

33 Vgl. auch TUM (o. Fn. 3), 6: Vereinbarkeit mit gesetzlichen Vorgaben; Kretzer, Die Novellierung des „Hochschullehrerprivilegs“ (§ 42 ArbNErfG), 2007, 70.

34 Vgl. Heide InTeR 2013, 2 (5); Kraßer/Schricker (o. Fn. 16), 47.

35 Darüber hinaus werden grenzüberschreitende Kooperationen ausgeblendet, vgl. zu diesen Heide InTeR 2013, 2 (5).

36 Breiter angelegte Ausführungen zur Rechtslage im Verhältnis von Forschungseinrichtungen und -verbänden (Dienstgeber) zu den tätigen Forschern (Arbeitnehmer, Beamte) bei Ulrici WissR 48

(2015), 318 (320 ff.); ders., Das Recht am Arbeitsergebnis, RdA 2009, 92; ders. (o. Fn. 20), 31 ff., 205 f.

37 Vgl. Weyand/Haase, Der Innovationstransfer an Hochschulen nach Novellierung des Hochschulerfindungsrechts - eine Zwischenbilanz in rechtspolitischer Absicht, GRUR 2007, 28: Schlüsselrolle. - Daneben sind von beachtlicher Bedeutung dem Urheberrechtsschutz zugängliche (vgl. §§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 69a ff. UrhG) Computerprogramme (vgl. dazu § 69b UrhG).

Beachtung ihrer Aussagekraft Orientierung für andere Bereiche geben.³⁸

III. Verbundebene

1. Interessenlage und Auflösung von Interessenkollisionen

a) Ausgangspunkt

Die von den Mitgliedern eines Forschungsverbands verfolgten Einzelinteressen werden wie ihr angemessener³⁹ Ausgleich stark durch den gemeinsam verfolgten Zweck sowie auch i.Ü. den Einzelfall geprägt. Typisch erscheint aber, dass der Zweck eines Forschungsverbands auf die Gewinnung von Forschungsergebnissen beschränkt wird, ihre Verwertung dagegen durch die Mitglieder jeweils einzeln entsprechend der erfolgten Verständigung über ihre Aufteilung und nicht gemeinschaftlich erfolgen soll.⁴⁰ Anderenfalls bestünde die Notwendigkeit, den Verbund für die Dauer der Verwertung (als Unternehmen) fortbestehen zu lassen⁴¹ und auch vorab für diese Phase in intensiven Abstimmungsgesprächen Abreden über dessen Ausgestaltung und Ausstattung sowie die Risiko- und Chancenverteilung zu treffen. Für diese als typisch identifizierte Zwecksetzung wird nachfolgend skizziert, welche Interessen von den Verbundmitgliedern typischerweise verfolgt werden (b) und mittels welcher Gestaltungen die verfolgten Interessen typischerweise möglichst umfassend umgesetzt, zumindest aber einem schonenden und sachgerechten Ausgleich zugeführt werden können (c).

b) Typische Interessenlage

aa) Sog. Foreground

Hochschulen beteiligten sich an einem Forschungsverbund regelmäßig mit dem Ziel, ihr wissenschaftliches Renommee zu steigern,⁴² die mit Forschungen verbundenen Lasten (Kosten) aufzuteilen (abzuwälzen),⁴³ ggf.

zusätzliche Einnahmen (zur Unterstützung von Forschung und Lehre) zu generieren⁴⁴ und sich für zukünftige Forschungsprojekte dadurch zu qualifizieren, dass sie für diese nützliches Wissen und Schutzrechte (zukünftiger sog. Background) gewinnen.⁴⁵ Nicht interessiert sind Hochschulen typischerweise daran, gewonnene Erkenntnisse selbst wirtschaftlich dadurch zu verwerten, dass sie Waren oder Dienstleistungen (herstellen und) anbieten. Ist am Forschungsverbund ein Unternehmen beteiligt, besteht regelmäßig auch kein Interesse, die gewonnenen Ergebnisse (außerhalb des Kreises der Mitglieder des Forschungsverbands) entgeltlich zu lizenzieren. Im Einzelnen sind auf Seiten von Hochschulen folgende Interessenschwerpunkte auszumachen:

- Die hervorgebrachten Erkenntnisse sollen durch die beteiligten Forscher veröffentlicht werden.⁴⁶ Als sichtbarer Ausdruck ihrer erfolgreichen Forschung wollen Hochschulen als Anmelder/Inhaber eines Schutzrechts benannt werden.⁴⁷

- Eine weitere Forschung unter Ausnutzung der gewonnenen Ergebnisse soll (auch in Kooperation mit anderen Partnern) ungehindert möglich sein.⁴⁸ An weitergehenden Befugnissen betreffend die Auswertung von Schutzrechten besteht dagegen regelmäßig kein Interesse.⁴⁹ Ebenso wenig besteht ein gesteigertes Interesse an einer Ausschließungsbefugnis, jedenfalls soweit diese mit Aufwand und Kosten (z.B. Patentgebühren) verbunden ist.⁵⁰

- Für eigenen Aufwand (z.B. Vorhalten von Untersuchungsmitteln, Zurverfügungstellen von Personal einschließlich des Tragens von Pflichten nach dem ArbNErfG) soll erfolgsunabhängig eine Kompensation erfolgen, sei es durch Fördermittel oder Beiträge weiterer Beteiligter (insbes. Unternehmen).⁵¹

- An der Auswertung gewonnener Ergebnisse durch andere Beteiligte soll eine angemessene Beteiligung erfolgen. Dies bedeutet insbes., dass für die Übertragung/Lizenzierung von Schutzrechten an andere Beteiligte der Kooperation (insbes. Unternehmen) ein gesondertes

38 Vgl. zur begrenzten Übertragbarkeit der für eine Sondervergütung sprechenden Wertungen *Ulrici* (o. Fn. 20), 400 ff.

39 Auch in Ansehung von Nr. 28 lit. c, d Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation (2014/C 198/01).

40 AA *Heide* InTeR 2013, 2 (9); im Regelfall gemeinsame Verwertung.

41 Vgl. *Brandt-Dohm* (o. Fn. 24) Forschungs- und Entwicklungsverträge Rn. 62.

42 Vgl. *Weyand/Haase* GRUR 2007, 28 (39).

43 TUM (o. Fn. 3), 2, 4; *Kretzer* (o. Fn. 33), 68.

44 TUM (o. Fn. 3), 4; *Kretzer* (o. Fn. 33), 68; *Sievers* in *Asche/Bauhaus/Kaddatz/Seel*, *Modernes Patentbewusstsein in Hochschulen*, 2004, 37; *Weyand/Haase* GRUR 2007, 28.

45 Vgl. *BMWi* (o. Fn. 25), 4; *Groß* (o. Fn. 24) Rn. 47; *Kretzer* (o. Fn. 33), 68; *Wündisch* (o. Fn. 2) *Forschungs- und Entwick-*

lungsvertrag Anm. 11: wichtiges Akquisitionsinstrument.

46 *Eberle/Handzik* (o. Fn. 27) Rn. 53; *Godt* (o. Fn. 26), 8; *Groß* (o. Fn. 24) Rn. 5; TUM (o. Fn. 3), 8, 9, 10.

47 Vgl. auch *BMWi* (o. Fn. 25), 4; *Groß* (o. Fn. 24) Rn. 5, 48, 55; *Slopek*, *Geistiges Eigentum in FuE-Verträgen zwischen Unternehmen und Hochschulen*, Mitt. 2013, 26 (29); TUM (o. Fn. 3), 6, 27 (ANNEX III § 6a Abs. 1 S. 4, Abs. 2 S. 1).

48 *Groß* (o. Fn. 24) Rn. 5, 47; *Slopek* Mitt. 2013, 26 (29); TUM (o. Fn. 3), 5, 11.

49 Vgl. *Sievers* (o. Fn. 44), 37 (38).

50 Vgl. nur die (einseitige) Kostenabwälzung bei TUM (o. Fn. 3), 27 (ANNEX III § 6a Abs. 1 S. 5, Abs. 2 S. 4).

51 TUM (o. Fn. 3), 2, 4: Minimalanforderung an eine unternehmerische Universität.

Entgelt gezahlt wird,⁵² weil das Schaffen von Schutzrechten nicht geschuldet sei und die Rechtsordnung die Schutzrechte unmittelbar den Forschern und damit mittelbar der anstellenden Hochschule zuweist.⁵³ Nicht zuletzt wird die Forderung nach einer gesonderten Vergütung jedenfalls für die Übertragung/Lizenzierung von Schutzrechten auch davon getragen, dass eine solche Vergütung die Grundlage für die Berechnung der den Forschern zustehenden Erfindervergütung sei und die Hochschulen mithin im Interesse ihrer Forscher eine (angemessene) Vergütung einfordern müssten (auch unten III. 1. c. dd.).⁵⁴

Die von sonstigen Forschungseinrichtungen regelmäßig verfolgten Ziele entsprechen im Ausgangspunkt denjenigen von Hochschulen. Eine nicht nur unbedeutende Akzentverschiebung ggü. Hochschulen liegt allerdings darin, dass sonstige Forschungseinrichtungen sich deutlich stärker über die von ihnen gewonnenen Forschungsergebnisse finanzieren (durch Lizenzierung und/oder Weiterentwicklung im Rahmen weiterer Forschungsprojekte). Hieraus ist auf Seiten sonstiger Forschungseinrichtungen im Einzelnen folgende Modifizierung abzuleiten:

- Es besteht ein größeres Interesse daran, gewonnene Forschungsergebnisse nicht nur für weitere Forschungen (unter Beteiligung anderer Partner) auszunutzen, sondern selbst bei Beteiligung von Unternehmen am Forschungsverbund durch eine Lizenzierung auch außerhalb des Kreises der Verbundmitglieder weitere Einnahmen zu generieren. Im Hinblick hierauf besteht ein im Vergleich zu Hochschulen erheblich gesteigertes Interesse an einer Ausschließungsbefugnis und zwar auch, soweit deren Erlangung und Unterhaltung mit Aufwand und Kosten verbunden ist.

Unternehmen bringen sich ihrerseits in Forschungsverbünde regelmäßig ein, um Zugriff auf die erzielten geistigen Leistungen zu erlangen und diese wirtschaftlich auswerten zu können.⁵⁵ Wichtig ist ihnen dabei regelmäßig, dass eine wirtschaftliche Verwertung nur durch sie und vor allem nicht durch Wettbewerber erfolgen darf,⁵⁶ weil die Auswer-

tung erzielter Erkenntnisse regelmäßig weitere Investitionen erfordert (oben II. 2.).⁵⁷ Daneben sind Unternehmen zwar auch daran interessiert, ihr Renommee zu steigern, weil sich auch hierdurch Marktvorteile erzielen lassen.⁵⁸ Wesentlich ist hierfür aber weniger durch Publikation wissenschaftlichen Ruhm für sich zu reklamieren, als vielmehr die Einzigartigkeit und Überlegenheit der auf der Grundlage eines Forschungsergebnisses zur Marktreife entwickelten und angebotenen Waren und Dienstleistungen sowie die Stellung als Anmelder/Inhaber eines Schutzrechts. Auf Seiten von Unternehmen ist hieraus abzuleiten:

- Die unmittelbare oder mittelbare Nutzung erzielter Forschungsergebnisse durch Konkurrenten soll umfassend verhindert werden. Fruchtbar gemacht werden soll die Ausschließungsfunktion von Schutzrechten, weshalb die Erteilung von Schutzrechten durch Offenbarung von Erkenntnissen nicht beeinträchtigt werden darf. Hilfsweise sollen die gewonnenen Forschungsergebnisse durch Geheimhaltung Konkurrenten vorenthalten werden.⁵⁹

- Erzielte Forschungsergebnisse müssen dem Unternehmen durch den Forschungsverbund bzw. einen der anderen Beteiligten vermittelt werden. An schutzfähigen Ergebnissen ist die Stellung als Anmelder/Inhaber einzuräumen, in jedem Fall aber eine rechtssichere Grundlage für ihre umfassende wirtschaftliche Auswertung zu schaffen.⁶⁰

- Ein besonderes Entgelt soll im Falle erfolgreicher Forschung weder für die Verschaffung der gewonnenen Erkenntnisse noch für die Übertragung/Lizenzierung von erteilten Schutzrechten gezahlt werden, weil diese aufgrund des regulären Beitrags zum Forschungsverbund als Kehrseite des damit eingegangenen Risikos beansprucht werden könnten.⁶¹

bb) Sog. Background

Soweit für die Forschung oder für die Nutzung der aus ihr hervorgegangenen Ergebnisse bereits vorhandene Erkenntnisse nützlich sind, kommen weitere Interessen hinzu:

- Seitens aller Beteiligten besteht ein Interesse daran, dass alle Mitglieder sowie der Forschungsverbund im erforderlichen Maß auf die bei einzelnen von ihnen bereits

52 Vgl. TUM (o. Fn. 3), 2, 8: 15%iger IA-Aufschlag. – Vgl. weiter die Differenzierung bei TUM (o. Fn. 3), 26 (ANNEX III § 5 Abs. 1), 27 (ANNEX III § 7a Abs. 1), 28 (ANNEX III § 6b Abs. 2); IHKs NRW/AG IHK Hessen (o. Fn. 23), 17 f.; IHK NRW, Technologietransfer und Forschungskoooperation Unternehmen – wissenschaftliche Einrichtungen, 2. Aufl. 2011, 12.

53 BMWi (o. Fn. 25), 4; Eberle/Handzik (o. Fn. 27) Rn. 62; Groß (o. Fn. 24) Rn. 5; Slopek Mitt. 2013, 26 (28).

54 Vgl. auch BMWi (o. Fn. 25), 4; Wündisch (o. Fn. 2) Forschungs- und Entwicklungsvertrag Anm. 9.

55 IHK NRW (o. Fn. 52), 14; Bartenbach/Volz, Arbeitnehmererfindungsgesetz, 5. Aufl. 2013, § 42 nF Rn. 195; Eberle/Handzik (o. Fn. 27) Rn. 1, 48, 77; Groß (o. Fn. 24) Rn. 5; Sievers (o. Fn. 44), 37.

56 Vgl. IHK NRW (o. Fn. 52), 14; Eberle/Handzik (o. Fn. 27) Rn. 1, 16;

Sievers (o. Fn. 44), 37 (38); Wündisch/Hering GRUR Int 2009, 106 (107).

57 Vgl. Eberle/Handzik (o. Fn. 27) Rn. 22.

58 Vgl. allg. zum Urheberrecht BGH 13.03.1981 - I ZR 65/79, NJW 1982, 581 (583); LG München I 18.09.2008 - 7 O 8506/07, GRUR-RR 2009, 92 (94).

59 Vgl. dazu Eberle/Handzik (o. Fn. 27) Rn. 53; Groß (o. Fn. 24) Rn. 5; Wündisch (o. Fn. 2) Kooperationsvertrag § 5 mit Anm. 7.

60 Vgl. dazu BMWi (o. Fn. 25), 4; IHK NRW (o. Fn. 52), 14; Eberle/Handzik (o. Fn. 27) Rn. 22, 57; Groß (o. Fn. 24) Rn. 5; Kraßer/Schricker (o. Fn. 16), 47; Kretzer (o. Fn. 33), 69; Slopek Mitt. 2013, 26 (29); Wündisch (o. Fn. 2) Kooperationsvertrag § 4 mit Anm. 6; Wündisch/Hering GRUR Int 2009, 106 (106 f.).

61 Vgl. BMWi (o. Fn. 25), 4; Eberle/Handzik (o. Fn. 27) Rn. 59 f., 62, 65; Groß (o. Fn. 24) Rn. 5, 72; Sievers (o. Fn. 44), 37 (42).

vorhandenen Erkenntnisse und Schutzrechte zugreifen können, um auf diesen aufzubauen.⁶²

- Überdies besteht im Umfang des jeweiligen Interesses an einer Nutzung der gewonnenen Ergebnisse (zur weiteren Forschung oder zur wirtschaftlichen Auswertung) ein Interesse an der rechtssicheren Nutzung vorgefundener Schutzrechte, soweit dies für die Nutzung des hierauf aufbauenden sog. Foreground erforderlich ist.⁶³

- In dem Maße wie dies zur Verfolgung der übrigen Interessen notwendig ist, besteht auch betreffend vorgefundener Erkenntnisse und Schutzrechte ein Interesse an deren weiterer Vorenthaltung und/oder Geheimhaltung ggü. Außenstehenden (insbes. Konkurrenten).⁶⁴

c) Möglichkeiten eines Interessenausgleichs

aa) Publikation von Forschungsergebnissen

Das Publikationsinteresse von Hochschulen und sonstigen Forschungseinrichtungen konkurriert regelmäßig nicht mit einem vergleichbaren Interesse von Unternehmen, weshalb insoweit ein Ausgleich nicht erzielt werden muss. Denkbar ist allerdings, dass das Publikationsinteresse einer beteiligten Hochschule oder sonstigen Forschungseinrichtung mit dem entsprechenden Interesse einer anderen beteiligten Hochschule oder sonstigen Forschungseinrichtung konkurriert (auch II. 2.). Ein Ausgleich ist insbes. dadurch möglich, dass eine gemeinsame Veröffentlichung erfolgt oder ein Zeitplan für Einzelveröffentlichungen (von Teilergebnissen) verabredet wird.

In Widerstreit können Publikationsinteressen allerdings mit Geheimhaltungsinteressen anderer Mitglieder eines Forschungsverbands, insbes. denen beteiligter Unternehmen treten.⁶⁵

- Dies ist nicht der Fall, soweit der konkrete Inhalt einer Publikation unschädlich für die mittels Geheimhaltung zu schützenden Unternehmensinteressen ist. Dies festzustellen kann im Einzelfall mit Unsicherheiten verbunden sein. Diese ebenso wie die Risiken einer unbedachten Publikation können aber durch Etablierung eines Abstimmungsverfahrens gemindert werden. Es kann

z.B. vorgesehen werden, dass vor einer Publikation das für diese bestimmte Manuskript einem anderen Beteiligten (Unternehmen) vorgelegt werden kann/muss und erst nach Ablauf einer angemessenen Prüf- und Beanstandungsfrist veröffentlicht wird; bleibt eine (substanzierte) Beanstandung aus, darf veröffentlicht werden.⁶⁶

- Kollidieren beide Interessen dagegen, kann ein Ausgleich dadurch erfolgen, dass dem Geheimhaltungsinteresse (nur) zeitlich begrenzt Rechnung getragen und das Publikationsinteresse (nur) zeitlich begrenzt zurückgestellt wird.⁶⁷ In Betracht kommt insbes. eine Geheimhaltung (nur) für die Zeit, die erforderlich ist, um ein Schutzrecht oder einen angemessenen Wettbewerbsvorsprung zu erlangen (z.B. § 47 S. 3 SächsHSFG; vgl. zum Verhältnis von Arbeitnehmer und Arbeitgeber auch § 24 Abs. 1, 2 ArbNErFG).⁶⁸ Keines der beteiligten Interessen muss dann gänzlich zurücktreten. Zugleich wird rechtlichen Vorgaben zur Veröffentlichung von Forschungsergebnissen (z.B. §§ 24, 25 Abs. 2 Hs. 2 HRG, §§ 35 Abs. 3 S. 1, 70 Abs. 3 S. 1 HG NRW, § 47 S. 2 SächsHSFG) Rechnung getragen.⁶⁹ Auch wird bei entsprechender Ausgestaltung ein Konflikt mit § 42 Nr. 1 ArbNErFG vermieden (auch IV. 1. b. bb.).

bb) Inhaberschaft an Schutzrechten

Auf den ersten Blick tritt das Interesse eines jeden Mitglieds, möglichst Anmelder/Inhaber eines Schutzrechts zu sein, in Widerstreit mit den in den unterschiedlichsten Gründen wurzelnden entsprechenden Interessen der übrigen Mitglieder.

Bei Betrachtung der hinter den Interessen stehenden Gründe (wahre Interessen) lässt sich ein Interessenausgleich allerdings dadurch erzielen, dass allen (mit hinreichendem Gewicht) Beteiligten die Stellung als (Mit-)Anmelder/(Mit-)Inhaber eingeräumt wird.⁷⁰ Denn allein die Begründung einer Mitberechtigung präjudiziert nicht die sich hieraus für die einzelnen Mitglieder ergebenden Rechte und Pflichten.⁷¹ Vielmehr verweisen §§ 744, 745 Abs. 1, 2 BGB darauf, dass die Mitberechtigten die Verwaltung und Benutzung eines gemeinschaftlichen Rechts insbes. durch hierüber getroffene Abreden

62 Vgl. BMWi (o. Fn. 25), 36 (Ziff. 5), 50 (Anlage 3 Ziff. 1.); IHK NRW (o. Fn. 52), 14; TUM (o. Fn. 3), 11.

63 BMWi (o. Fn. 25), 36 (Ziff. 5).

64 IHK NRW (o. Fn. 52), 13; Kretzer (o. Fn. 33), 69.

65 Kretzer (o. Fn. 33), 69.

66 Vgl. BMWi (o. Fn. 25), 62; IHK NRW (o. Fn. 52), 13 f.; TUM (o. Fn. 3), 38 (ANNEX IV § 7 Abs. 2).

67 Weitergehende Einschränkungen des Publikationsinteresses können dadurch geboten sein, dass aus einer Veröffentlichung Rückschlüsse auf geheim zu haltendes Wissen, welches von einem Beteiligten in die Kooperation eingebracht wurde, gezogen werden können, vgl. Eberle/Handzik (o. Fn. 27) Rn. 55 f.; TUM (o. Fn. 3), 47 (ANNEX V § 8 Abs. 5 ANNEX).

68 Vgl. BMWi (o. Fn. 25), 39 (Ziff. 7.2); Eberle/Handzik (o. Fn. 27) Rn. 20, 54; Leuze in Reimer/Schade/Schippel, Gesetz über Arbeitnehmererfindungen und deren Vergütungsrichtlinien, 8. Aufl. 2007, § 42 nF Rn. 46. – Zum Verhältnis Dienstgeber zu Forscher vgl. Kelp in Gärditz/Pahlow, Hochschulerfinderrecht, 2011, 223 Rn. 53.

69 Vgl. Gärditz in Gärditz/Pahlow, Hochschulerfinderrecht, 2011, 35 Rn. 34; vgl. auch BMWi (o. Fn. 25), 62; TUM (o. Fn. 3), 39 (ANNEX IV § 7 Abs. 3).

70 Vgl. auch BMWi (o. Fn. 25), 37, 42 (Ziff. 6.1, Ziff. 9); TUM (o. Fn. 3), 27 (ANNEX III § 6a Abs. 2).

71 Vgl. auch BMWi (o. Fn. 25), 60.

detailliert ausgestalten können. Deshalb kann in Ergänzung zur Einräumung einer Mitberechtigung z.B. vorgeesehen werden, dass die einer Hochschule oder sonstigen Forschungseinrichtung zukommende Berechtigung in erster Linie eine repräsentative ist und nur die einem (am Forschungsverbund beteiligten) Unternehmen eingeräumte Berechtigung zur wirtschaftlichen Verwertung berechtigt (im Einzelnen III. 1. c. cc.).⁷²

Eine ebenfalls denkbare (dauerhafte) Zuweisung der Stellung als (Allein-)Anmelder/(Allein-)Inhaber zum Forschungsverbund entspricht dagegen typischerweise nicht den Interessen der Beteiligten. Denn auf diesem Weg lässt sich weder das eigene Renommee der hinter dem Verbund stehenden Mitglieder steigern noch allein die Ausgangsposition einzelner Mitglieder für zukünftige Kooperationen verbessern oder die wirtschaftliche Verwertung durch die Mitglieder (anstatt durch den Forschungsverbund) absichern. Auch müsste der Bestand des Forschungsverbunds ggf. dessen eigentlichen (beschränkten) Zweck überdauern.

cc) Nutzungs- und Ausschließungsbefugnisse

Die Nutzung der gewonnenen Forschungsergebnisse durch einzelne Mitglieder konkurriert im Grundsatz nicht mit Nutzungsinteressen anderer Mitglieder, weil Forschungsergebnisse als immaterielle Güter ubiquitär sind und gleichzeitig von jedem Mitglied eines Forschungsverbunds genutzt werden können. In Widerstreit treten können allerdings Ausschließungsinteressen einzelner Mitglieder mit Nutzungsinteressen anderer Mitglieder.

Auf den ersten Blick ist das Verhältnis von Hochschulen und sonstigen Forschungseinrichtungen einerseits und Unternehmen andererseits hiervon nicht betroffen. Denn die Nutzung von Forschungsergebnissen zur Steigerung des wissenschaftlichen Renommees oder zur Ermöglichung weiterführender Forschungen hindert im Grundsatz noch nicht einmal mittelbar die wirtschaftliche Auswertung des sog. Foreground durch Herstellung und Vertrieb von Waren oder das Angebot von Dienstleistungen.⁷³ Bei näherer Betrachtung besteht allerdings auch in diesem Verhältnis Konfliktpotential:

- Dies betrifft zunächst das Interesse von insbes. sonstigen Forschungseinrichtungen, Forschungsergebnisse durch Lizenzierung umfassend auszuwerten, im Verhältnis zum Interesse von beteiligten Unternehmen, Konkurrenten nicht zu fördern. Beide kollidieren zwar

nicht, soweit Forschungsergebnisse wirtschaftlich auf Gebieten ausgewertet werden sollen, auf denen ein am Forschungsverbund beteiligtes Unternehmen nicht tätig ist und absehbar auch nicht tätig zu werden beabsichtigt. Die Auswertung außerhalb einer mehr als nur theoretischen Interessenkollision kann Forschungseinrichtungen überlassen werden, ohne hierdurch Ausschließungsinteressen eines beteiligten Unternehmens zu tangieren. Die hierfür geltenden Grenzen sollten von den Beteiligten sorgfältig und konkret abgesteckt werden. In Widerstreit treten Nutzungs- (der Forschungseinrichtung) und Ausschließungsinteressen (eines beteiligten Unternehmens) aber, soweit die Lizenzierung auf angestammten oder in Aussicht genommenen Geschäftsfeldern eines beteiligten Unternehmens erfolgen soll. Dieser lässt sich dann zwar nicht unmittelbar, wohl aber auf wirtschaftlicher Ebene auflösen. Denn die von Forschungseinrichtungen angestrebte Nutzung zur Lizenzierung dient regelmäßig (nur) der Einnahmenerzielung und das Interesse hieran kann auch ohne eine Lizenzierung an Externe befriedigt werden. In Betracht kommt, dass die Forschungseinrichtung es im Verhandlungswege in die Aufteilung der wirtschaftlichen Lasten und Vorteile einbringt (z.B. durch Einfordern eines höheren Finanzierungsbeitrags des Unternehmens, dazu auch unten III. 1. c. dd.).

- In Widerstreit tritt zudem häufig das Interesse von Hochschulen und sonstigen Forschungseinrichtungen, unter Rückgriff auf Forschungsergebnisse zukünftig weitere Forschungsk Kooperationen einzugehen, mit dem Interesse beteiligter Unternehmen an einer durch eine Monopolstellung geschützten Verwertung der Forschungsergebnisse.⁷⁴ Dies ist zwar nicht der Fall, wenn an einer nachfolgenden Kooperation dieselben Partner beteiligt sind. Auch ist dies nicht der Fall, soweit die Anschlussforschung Gebiete betrifft, auf denen das am (vorherigen) Forschungsverbund beteiligte Unternehmen nicht tätig ist und auch absehbar nicht tätig zu werden beabsichtigt.⁷⁵ Anders ist dies aber, wenn an einem nachfolgenden Forschungsprojekt ein konkurrierendes Unternehmen beteiligt ist und dieses die Ergebnisse einer nachfolgenden Forschung wirtschaftlich auswerten kann. Hierdurch können massiv die Interessen des am (ersten) Forschungsverbund beteiligten Unternehmens beeinträchtigt werden. Denn letztlich förderten die Ergebnisse der eigenen Mitwirkung später auch die möglicherweise besseren Ergebnisse, die unter Mitwirkung eines Konkurrenten an einem nachfolgenden For-

72 Vgl. auch *Eberle/Handzik* (o. Fn. 27) Rn. 22; TUM (o. Fn. 3), 29 (ANNEX III § 7b Abs. 2).

73 Vgl. auch *Pahlow/Gärditz*, Konzeptionelle Anforderungen an ein modernes Recht der Hochschulerfindungen, *WissR* 39 (2006), 48 (59).

74 Vgl. *Heide InTeR* 2013, 2 (8); vgl. in Bezug auf § 42 Nr. 2 ArbNErFG auch *Kretzer* (o. Fn. 33), 70.

75 Vgl. TUM (o. Fn. 3), 29 (ANNEX III § 7b Abs. 3); vgl. auch *Sievers* (o. Fn. 44), 37 (44).

schungsverbund gewonnen werden, und damit den Konkurrenten selbst.⁷⁶ Die betroffenen Interessen lassen sich in diesem Fall ein Stück weit dadurch versöhnen, dass dem beteiligten Unternehmen ein Vorzugsrecht auf Beteiligung an einem nachfolgenden Forschungsverbund eingeräumt und ergänzend vorgesehen wird, dass die Nutzung der Forschungsergebnisse durch die Hochschule⁷⁷ oder sonstige Forschungseinrichtung in einem nachfolgenden Forschungsverbund, jedenfalls aber ihre (unmittelbare oder mittelbare) Nutzung bei wirtschaftlicher Auswertung der dadurch gewonnenen Erkenntnisse nur gegen eine hinreichend hohe Entschädigung erfolgt.⁷⁸ Dagegen ist ein Ausgleich der kollidierenden Interessen sachgerecht nicht dadurch möglich, dass die Hochschulen und sonstigen Forschungseinrichtungen für die Preisgabe ihrer Interessen monetär entschädigt werden (Abkauf des Interesses an weiterer Forschung), weil ihr Interesse nicht vollständig, noch nicht einmal überwiegend wirtschaftlicher, sondern im Kern ideeller Natur ist.

Kollidieren können zudem die Interessen beteiligter Hochschulen und sonstiger Forschungseinrichtung, Forschungsergebnisse für weitere Forschungen zu nutzen. Denn im Widerstreit zwischen Hochschulen und sonstigen Forschungseinrichtungen um Forschungsprojekte, Förder- und Drittmittel kann derjenige, der exklusiv bereits vorhandene Forschungsergebnisse einbringen kann, seine Ausgangsposition verbessern. Zur Auflösung dieses Interessenwiderstreits bietet sich an, jedem verbundangehörigen „Konkurrenten“ dieselben Nutzungs- und im Verhältnis zueinander keine Ausschließungsbefugnisse einzuräumen.⁷⁹ In der Folge können sie alle mit der gleichen, immerhin ggü. verbundfremden Konkurrenten besseren Ausgangsposition am Wettbewerb um Forschungsprojekte teilnehmen.

dd) Wirtschaftliche Lasten und Vorteile

In Widerstreit treten die Interessen der Mitglieder eines Forschungsverbands in Bezug auf die mit der Zusammenarbeit verbundenen wirtschaftlichen Lasten und Vorteile. Dies betrifft weniger die Frage, welcher finanzielle Beitrag durch diejenigen Mitglieder (insbes. Unternehmen) zu leisten ist, die den Forschungsverbund nicht oder nur in geringerem Maße durch Bereitstellung von (forschendem) Per-

sonal, sog. Background und Sachmitteln unterstützen. Allerdings besteht ein grundlegender Widerstreit betreffend die Beteiligung an den aus einer wirtschaftlichen Verwertung der Forschungsergebnisse (durch Unternehmen) gezogenen Vorteilen.⁸⁰

Aus der geltenden Rechtsordnung lässt sich für die Auflösung dieses Interessenwiderstreits als Leitbild einer Kooperation (in Abgrenzung insbes. zur Auftragsforschung) gewinnen, dass jedem Beteiligten ein seinem Anteil am Forschungsverbund entsprechender Anteil der Vorteile gebührt (Gleichbehandlung der Mitglieder). Zum Ausdruck kommt dies z.B. in § 29 Abs. 3 GmbHG ebenso wie in § 743 Abs. 1 BGB.⁸¹ Soweit § 121 Abs. 3 HGB und § 722 BGB auf eine Aufteilung nach Köpfen verweisen, steht dies hierzu nicht in Widerspruch, weil beide Regelungen auf der Annahme eines unter Berücksichtigung vor allem der persönlichen Mitarbeit gleichen Anteils aller Gesellschafter beruhen.⁸² Als Vorteile des Forschungsverbands aufzuteilen sind aber nur die erzielten Forschungsergebnisse und die zu diesen ggf. erteilten Schutzrechte, nicht dagegen der aus ihrer Verwertung (insbes. durch ein Unternehmen) gezogene Gewinn. Denn die Forschungsergebnisse sowie die zu ihnen erteilten Schutzrechte begründen für ihre Inhaber zwar Verwertungschancen. Deren Realisierung obliegt aber jedem Mitglied selbst,⁸³ weil und soweit eben nur die Erzielung von Forschungsergebnissen, nicht aber deren Verwertung gemeinschaftlich erfolgt (oben III. 1. a.). Die aus der Verwertung von Forschungsergebnissen und den zu ihnen erteilten Schutzrechten von einem Unternehmen erzielten Gewinne sind nicht allein Ausdruck der Forschungsergebnisse, sondern vor allem auch der Übernahme weiterer wirtschaftlicher Risiken allein durch das verwertende Unternehmen (z.B. Aufbau und Unterhalt von Produktion und Vertrieb, Gewährleistung, alleinige Tragung von Gebühren von Schutzrechten usw.).⁸⁴ In die gleichmäßige Verteilung der Vorteile einzustellen sind mithin nicht die von einem Unternehmen tatsächlich erzielten Gewinne, sondern die diesen zu Grunde liegenden Verwertungschancen. Ebenso sind aber einzustellen die von den Hochschulen und sonstigen Forschungseinrichtungen wahrgenommenen Verwertungschancen (z.B. zur Steigerung des eigenen Renommees, Grundlegung für weitere For-

76 Vgl. Eberle/Handzik (o. Fn. 27) Rn. 60; Wündisch/Hering GRUR Int 2009, 106 (107).

77 Das Benutzungsrecht eines Hochschulerfinders nach § 42 Nr. 3 ArbNERfG schließt nicht aus, dass sich die Hochschule ggü. einem Dritten Beschränkungen betreffend weiterer Forschungs Kooperationen unterwirft.

78 Zu zugunsten des Unternehmens günstigeren Vereinbarungen vgl. Wündisch/Hering GRUR Int 2009, 106 (107 f.), dort auch zu den zu beachtenden kartellrechtlichen Aspekten sowie dem Einfluss staatlicher Forschungsförderung. – Unberührt von der Koordination auf Ebene des Forschungsverbands bleibt die Befugnis eines Erfinders nach § 42 Nr. 3 ArbNERfG.

79 Vgl. auch Pahlow/Gärditz WissR 39 (2006), 48 (58) zur noch weitergehenden Entschärfung der Blockierstellung.

80 Vgl. Slopek Mitt. 2013, 26 (30).

81 Eine entsprechende Aufteilung hat auch Nr. 28 lit. c, d Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation (2014/C 198/01) vor Augen.

82 Vgl. Klimke in BeckOK HGB, 18. Ed. 15.10.2017, HGB § 121 Rn. 2; Priester in MüKoHGB, 4. Aufl. 2016, HGB § 121 Rn. 15.

83 Vgl. dazu allg. BGH 16.5.2017 – X ZR 85/14, GRUR 2017, 890 mit Anm. Ulrici GRUR-Prax 2017, 401.

84 Vgl. Eberle/Handzik (o. Fn. 27) Rn. 62.

schung und Gewinnung von Förder- und Drittmitteln, ggf. auch eigene Lizenzierung an Dritte). Die Summe der auf die gewonnenen Forschungsergebnisse und die zu ihnen erteilten Schutzrechte zurückgehenden Verwertungsmöglichkeiten ist anschließend entsprechend den Anteilen am Forschungsverbund zu verteilen. Nur soweit die erfolgte Verteilung der Verwertungschancen ungleich ist, rechtfertigt die Gleichbehandlung der Mitglieder einen (finanziellen) Ausgleich. Dabei erschweren Bewertungsunsicherheiten den Interessenausgleich. Da sich die von Hochschulen und sonstigen Forschungseinrichtungen gehobenen Vorteile überwiegend nur schwer in Geld bemessen lassen, wird ihnen keine Beachtung geschenkt. Aus dem gleichen Grund werden auf Seiten der Hochschulen und sonstigen Forschungseinrichtungen die von verwertenden Unternehmen eingegangenen Risiken nicht bedacht, wenn auf die von Unternehmen erzielten Gewinne verwiesen wird. Nur wenn man allerdings im konkreten Einzelfall auch diese Aspekte berücksichtigt, lässt sich ein angemessener Ausgleich erzielen.

Demgegenüber kommt dem Umstand, dass zu dem Ergebnis einer geistigen Leistung ein Schutzrecht erteilt wird und wem dieses von der Rechtsordnung zunächst unmittelbar oder mittelbar zugewiesen wird (z.B. § 7 Abs. 2 GeschmMG, § 2 Abs. 2 HalblSchG, § 69b UrhG, ArbNErfG)⁸⁵, entgegen der bei Hochschulen und sonstigen Forschungseinrichtungen vorherrschenden Annahme⁸⁶ keine Aussagekraft für die Verteilung der wirtschaftlichen Vorteile zu.

- Erstens beruht die Gewährung eines Schutzrechts dem Grunde nach auf einem Ausgleich der Interessen des Erfinders (Schöpfers) mit den Interessen insbes. der Allgemeinheit sowie von Konkurrenten und zielt nicht auf einen Ausgleich der Interessen gerade der Beteiligten eines Forschungsverbunds.⁸⁷ Ihr lässt sich daher auch keine Wertung für die Ausgestaltung des Binnenverhältnisses entnehmen.

- Zweitens lässt sich der Gesetzgeber für die originäre Zuweisung eines Schutzrechts zum Erfinder (Schöpfer) von der Eigenart des jeweiligen Schöpfungsvorgangs leiten.⁸⁸ Für das Verhältnis der Beteiligten eines Forschungsverbunds erweist sich dieser Umstand als bloß technischer, nicht als inhaltlich-ver-

teilender Natur.⁸⁹ Es gilt nichts anderes als für die Verteilung des Eigentums an durch für einen Forschungsverbund abhängig tätigen Personen neu hergestellten Sachen. So wie § 950 BGB nur den Interessenwiderstreit zwischen Stofflieferant und Hersteller, nicht aber zwischen Arbeit und Kapital oder Hersteller und seinen Abnehmern ausgestaltet, enthält auch die originäre Zuweisung von Schutzrechten zu geistigen Leistungen keine verteilende Aussage zum Verhältnis von Arbeit und Kapital oder zum Verhältnis des Berechtigten zu Geschäftspartnern.⁹⁰ In der Folge lässt sich auch der auf eine originäre Zuweisung aufbauenden Vermittlung des Arbeitsergebnisses zu einem Arbeitgeber keine Wertung für das Verhältnis der Verbundmitglieder zueinander gewinnen (auch oben II. 4.).

- Drittens ist auch ohne Aussagekraft für die Verbundebene, dass sich eine an Hochschulerfinder zu zahlende Erfindervergütung auf der Grundlage des für die Übertragung/Lizenzierung von Schutzrechten vorgesehenen Entgelts bemisst (auch oben II. 4.). Denn das Gesetz belastet den jeweiligen Arbeitgeber (Dienstherrn) und nicht dessen Partner mit dieser Vergütungspflicht. Auch darf nicht übersehen werden, dass Bemessungsgrundlage nach § 42 Nr. 4 ArbNErfG gerade nicht nur ein für die Rechtsübertragung/-lizenzierung gesondert ausgewiesenes Entgelt ist.⁹¹ Vielmehr sind alle kausal auf der Verwertung einer Dienstleistung beruhenden Einnahmen zu beachten.⁹² Zu diesen gehört aber auch dasjenige, was andere Kooperationspartner als Teil eines Risikogeschäfts für die Aussicht, im Erfolgsfall bestimmte Rechte zu erhalten, zusagen.

Nicht vollständig durchschlagend ist auf der anderen Seite aber auch der von Unternehmen bemühte Verweis, dass ihnen die Forschungsergebnisse einschließlich Schutzrechten ohne jegliche gesonderte Vergütung zwecks wirtschaftlicher Auswertung bereits aufgrund ihrer in den Beiträgen zur Forschungs-kooperation zum Ausdruck kommenden Risikoübernahme vollständig zufallen müssten. Denn Gerechtigkeitskriterium für die Aufteilung der durch einen Forschungsverbund hervorgebrachten Ergebnisse ist die anteilsentsprechende Beteiligung, weil alle Beteiligten entsprechend ihrem Anteil am Forschungsverbund Risi-

85 Dazu ausf. *Ulrici* (o. Fn. 20), 58 ff.; *ders.* RdA 2009, 92.

86 Inzident bei der Ausdifferenzierung der Forschungsergebnisse so aber auch *BMW* (o. Fn. 25), 60; *Wündisch* (o. Fn. 2) Kooperationsvertrag § 4 Abs. 2, 3 mit Anm. 6.

87 Vgl. *Ulrici* *WissR* 48 (2015), 318 (321).

88 *Ulrici* (o. Fn. 20), 64 ff.

89 Vgl. auch *Ulrici* (o. Fn. 20), 86 f.

90 Zum Verhältnis von Arbeit und Kapital vgl. *Ulrici* (o. Fn. 20),

47f., 414; *ders.* RdA 2009, 92 (98).

91 Vgl. BGH 05.02.2013 – X ZR 59/12 = NZA 2013, 509 Rn. 17 ff. (zum Aufwand für Begründung und Aufrechterhaltung eines Schutzrechts); DPMA SchSt. 26.01.2015 - Arb.Erf. 13/13 = BeckRS 2016, 05363 Rn. 26 ff. (zu Betrag für Forschungszwecke).

92 BGH 05.02.2013 – X ZR 59/12 = NZA 2013, 509 Rn. 17 ff.; *Heerma/Maierhöfer*, Drei Fragen zur Vergütung des Hochschulerfinders, GRUR 2010, 682 (686).

ken eingehen. Entsprechend zu verteilen sind dabei zwar nicht die erzielten Gewinne, wohl aber die insgesamt bestehenden Verwertungsmöglichkeiten. Sind die von Unternehmen typischerweise beanspruchten wirtschaftlichen Verwertungsmöglichkeiten wertvoller als die Hochschulen und sonstigen Forschungseinrichtungen zugestanden (ideellen) Verwertungsmöglichkeiten, gebietet die anteilmäßige Beteiligung einen finanziellen Ausgleich.

ee) Altrechte

In weiten Teilen gleichgerichtete Interessen bestehen insoweit, als bei den Mitgliedern eines Forschungsverbands bereits vorhandenes Wissen und vorhandene Schutzrechte im Interesse des Forschungsprojekts wechselseitig zugänglich und nutzbar gemacht werden sollen. Denn hierdurch wird das der Verteilung des sog. Foreground, welche von Interessengegensätzen gekennzeichnet ist, vorgelagerte gemeinsame Interesse an der Erzielung wertvoller Erkenntnisse, d.h. an der Schaffung des sog. Foreground gefördert.⁹³ In Widerstreit kann das Interesse an Zugang zu bei einem Mitglied bereits vorhandenem Wissen und vorhandenen Schutzrechten aber mit dessen Geheimhaltungs- (oben III. 1. c. aa.)⁹⁴ und Ausschließungsinteressen (oben III. 1. c. cc.) treten.⁹⁵ In Einklang bringen oder ausgleichen lassen sich diese Interessen in Anlehnung an die zur Verteilung des sog. Foreground aufgezeigten Wege.⁹⁶

2. Vertrag als Gestaltungsmittel

a) Ausgehandelter Vertrag

Da die Beteiligung an einem Forschungsverbund freiwillig eingegangen wird, ist naturgegebenes Gestaltungsmittel für den Ausgleich der Interessen der Beteiligten der (Grundlagen-)Vertrag.⁹⁷ Seinem Zustandekommen ist von den Parteien hinreichende Aufmerksamkeit zu widmen, sollen die Interessen optimal verwirklicht werden.⁹⁸ Der hiermit verbundene Aufwand (und Zeitverlust) ist geeignet, die eigentliche Forschung zu behindern.⁹⁹ Deshalb besteht eine gewisse Neigung, die konfliktbehaftete Aufteilung des

noch ungewissen sog. Foreground auf die Zeit nach seiner Entstehung zu verschieben.¹⁰⁰ Hiervor ist für alle Formen von Forschungsk Kooperationen nachdrücklich zu warnen,¹⁰¹ wenn nicht zumindest ein inhaltlich wie verfahrensmäßig sachgerechter Auflösungsmechanismus für den Fall vereinbart wird, dass eine nachgelagerte Einigung nicht (zeitgerecht) zustande kommt (z.B. Drittbestimmung, Anwendung von §§ 741 ff. BGB¹⁰²). Dies ergibt sich aus Folgendem:

- Erstens ist daran zu denken, dass die Beteiligung an einem Forschungsverbund Züge eines Risikogeschäfts aufweist, weil zu Beginn noch nicht absehbar ist, ob, in welchem Umfang und mit welcher Qualität verwertbare Erkenntnisse erzielt werden.¹⁰³ Die Ungewissheit in diesem Punkt entfällt in dem Moment, in welchem der sog. Foreground geschaffen wurde. Dies wiederum kann Auswirkungen auf die Verhandlungspositionen der Beteiligten erlangen und bewirken, dass einzelne Beteiligte trotz durchgängiger Risikotragung nicht den im Hinblick hierauf in ihre Kalkulation eingestellten Risikoab- oder -zuschlag heben können.

- Zweitens wird der sog. Foreground im Moment seines Entstehens von der Rechtsordnung originär zugewiesen. Dadurch erlangen ggf. nur einzelne Beteiligte Zugriff auf diesen. Es kann sich auswirken, dass die originäre Zuweisung im Regelfall zu den einzelnen Forschern erfolgt und nicht jeder Beteiligte in gleicher Weise eigene Forscher in den Forschungsverbund einbringt (oben II. 3. und unten IV. 1. b. bb.). In der Folge verschiebt sich in einer vom gemeinsam verfolgten Zweck nicht gebotenen Weise (auch III. 1. c. cc.) die Verhandlungsstärke der Beteiligten, weil und soweit der Forschungsverbund oder einzelne Beteiligte bei Scheitern einer Einigung mit leeren Händen dastehen und andere Beteiligte frei über den sog. Foreground verfügen können, ohne dass die übrigen Beteiligten den von ihnen geleisteten Beitrag zurückfordern oder noch zurückhalten können.

- Drittens ist zu bedenken, dass bis zur Verständigung über seine Verteilung ggf. keine angemessene wirtschaftliche Verwertung des sog. Foreground erfolgt. In diesem Fall werden nicht selten Geschäftschancen ver-

93 Vgl. auch *Wündisch* BB 2009, 679 (680 f.): übliche Regelung in Kooperationsvereinbarungen.

94 *Eberle/Handzik* (o. Fn. 27) Rn. 47.

95 Vgl. *Heide* InTeR 2013, 2 (7 f.); *Wündisch/Hering* GRUR Int 2009, 106 (107).

96 Vgl. auch TUM (o. Fn. 3), 26 (ANNEX III § 4 Abs. 2-4), 36 f. (ANNEX IV § 4 Abs. 2-4).

97 Vgl. *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. 1992, § 33 6. a., d., S. 609, 611 f.

98 Vgl. auch IHKs NRW/AG IHK Hessen (o. Fn. 23), 8.

99 Vgl. auch *Groß* (o. Fn. 24) Rn. 11.

100 Vgl. z.B. BMWi (o. Fn. 25), 4 (zur Vergütung); TUM (o. Fn. 3), 10, 37 (ANNEX IV § 5 Abs. 2).

101 Vgl. auch *Eberle/Handzik* (o. Fn. 27) Rn. 80; *Godt* (o. Fn. 26), 4; *Sievers* (o. Fn. 44), 37 (42, 43).

102 Vgl. dazu *Wündisch* (o. Fn. 2) Kooperationsvertrag § 4 Abs. 3 mit Anm. 6.

103 Vgl. BMWi (o. Fn. 25), 53.

passt, ohne dass die ausgebliebene Nutzung nachgeholt werden kann. Besonders deutlich ist dies bei der Auswertung von Schutzrechten, welche wie ein Patent oder Gebrauchsmuster nur für eng begrenzte Zeit geschützt sind (§ 16 PatG, § 23 Abs. 1 GebrMG).

b) Rückgriff auf Musterverträge

Da die Interessenlage ebenso wie der sich ergebende Gestaltungsbedarf jedenfalls auf einer abstrakten Ebene in zahlreichen Fällen gleich oder ähnlich ist, haben sich für verschiedene Kooperationsformen Vertragsmuster etabliert.¹⁰⁴ Zu nennen sind z.B. die sog. Berliner Vertragsbausteine, die hierauf aufbauend vom BMWi herausgegebenen Mustervereinbarungen,¹⁰⁵ die von einzelnen, stark in Forschungskoooperationen mitwirkenden Hochschulen selbst erarbeiteten Muster (z.B. TUM¹⁰⁶) und der von IHKs¹⁰⁷ herausgegebene Leitfaden. Hierdurch werden individuelle Vertragsverhandlungen (in Teilen) ersetzt.¹⁰⁸ Der Rückgriff auf etablierte und deshalb mit dem Anschein von Sachgerechtigkeit versehene Vertragsmuster tritt an die Stelle von eigenen Überlegungen und Abwägungen. Gänzlich entbehrlich werden individuelle Vertragsverhandlungen gleichwohl nicht.¹⁰⁹ Denn in jedem Fall muss eine Einigung über den konkreten Gegenstand eines Forschungsverbands getroffen werden. Und erst/nur in Abhängigkeit hiervon lassen sich die notwendigen Voraussetzungen (sog. Background) sowie die abstrakten Interessen betreffend die angestrebten Forschungsergebnisse (sog. Foreground) für den Einzelfall vollständig konkretisieren.

c) Vertragsgerechtigkeit

aa) Ausgangspunkt

Seiner Grundidee nach gewährleistet der Vertrag, dass alle Mitglieder ihre Interessen optimal zur Geltung bringen.¹¹⁰ Die Freiheit, einen Vertrag nicht zu schließen, sichert, dass nur Verträge geschlossen werden, in denen alle Parteien ihre Interessen hinreichend zu Geltung gebracht haben. Zu ausgewogenen Vertragsinhalten führt diese Freiheit aber nur, wenn alle Parteien im Vertragsschluss vollständig frei sind und über die gleiche Verhandlungsstärke verfügen. Dies ist nicht durchgängig

der Fall. Vielmehr wirken verschiedene Umstände auf die Vertragsschlussfreiheit und die Verhandlungsstärke ein. Einzelne Parteien können z.B. über überlegenes Wissen verfügen, stärker als andere auf einen Vertragsschluss angewiesen sein oder (faktisch) einen geringeren Einfluss auf die Ausformulierung eines Vertrags besitzen. Für die Praxis ist im Zusammenhang mit Forschungsverbänden darauf zu verweisen, dass insbes. große Unternehmen und außeruniversitäre Forschungseinrichtungen vielfach über personalstarke Patent- und Rechtsabteilungen verfügen, während (kleinere) Hochschulen häufig nur einen „Einzelkämpfer“ vorhalten,¹¹¹ der die Verhandlungen über das Eingehen einer Forschungskoooperation unterstützt. Weiter ist darauf zu verweisen, dass Hochschulen durch ihre Träger zu Kooperationen „motiviert“ werden und nicht selten auf solche angewiesen sind, um Wissenschaftler zu gewinnen, zu halten und ihren Betrieb mitzufinanzieren.¹¹² Hieraus können sich Verschiebungen der Verhandlungsstärke mit der Folge ergeben, dass namentlich Hochschulen möglicherweise aus einer unterlegenen Verhandlungsposition heraus tätig werden. Vergleichbare Wirkungen können von den vor allem an den Interessen von Unternehmen ausgerichteten Vertragsmustern von IHKs, aber auch des BMWi ausgehen.

bb) Bestehende Rechtslage

Derzeit interveniert die Rechtsordnung für die hier angesprochenen Vertragsinhalte nicht in besonderer Weise zu Gunsten der Vertragsgerechtigkeit. Selbstverständlich dürfen Verträge über Forschungsverbände nicht sittenwidrig sein (§ 138 BGB). Allerdings schützt § 138 BGB die Vertragsgerechtigkeit nur gegen krasse Beeinträchtigungen. In stärkerem Maße schützen könnten zwar die Regelungen in §§ 305-310 BGB, weil sie sich bereits gegen bloß „unangemessene“ Vertragsinhalte richten. Sie kommen im vorliegenden Zusammenhang aber weitgehend nicht zum Tragen. Denn sie finden nach § 310 Abs. 4 S. 1 BGB keine Anwendung auf Verträge auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts und gelten mithin nicht für den zur Gründung eines Forschungsverbands geschlossenen Grundlagenvertrag (Satzung), soweit – wie bei der Zurverfügungstellung von vorhan-

104 Vgl. *Bartenbach/Volz* (o. Fn. 55) § 42 nF Rn. 194; *Beyerlein*, Berliner Vertragsbausteine & Co. – Eine Übersicht über Mustervereinbarungen für Forschungs- und Entwicklungskooperationen, Mitt. 2008, 498.

105 BMWi (o. Fn. 25).

106 TUM (o. Fn. 3).

107 IHKs NRW/AG IHK Hessen (o. Fn. 23); IHK NRW (o. Fn. 52).

108 Vgl. auch BMWi (o. Fn. 25), 3, 33; *Bartenbach/Volz* (o. Fn. 55)

§ 42 nF Rn. 194.

109 Vgl. auch *Gärditz/Pahlow* (o. Fn. 23), 3 Rn. 6; *Slopek* Mitt. 2013, 26 (28).

110 Vgl. *Flume* (o. Fn. 97), § 33 2, S. 601 f.

111 Vgl. auch *Groß* (o. Fn. 24) Rn. 12; *Slopek* Mitt. 2013, 26 (27).

112 Vgl. die Kritik bei *Leuze* (o. Fn. 68) § 42 nF Rn. 4 f.; vgl. weiter *Slopek* Mitt. 2013, 26 (27).

denen Schutzrechten (Beitragspflicht) und der ideellen und wirtschaftlichen Aufteilung erzielter Ergebnisse (Gewinnverteilung) – originär verbandsbezogene Regelungen betroffen sind.¹¹³ Abgesehen hiervon sind gerade diese Vertragsregelungen im Kern aber auch nach § 307 Abs. 3 BGB von der Kontrolle ihrer inhaltlichen Angemessenheit ausgenommen, weil sie die sog. Leistungsbeschreibung enthalten und damit die vom Gesetzgeber nicht konkretisierte Äquivalenz bestimmen.¹¹⁴

cc) Korrekturbedürfnis?

Im Rahmen der Kodifikation einer wissenschaftsadaquaten Rechtsform könnte die beschriebene Rechtslage geändert, könnten insbes. die Anwendungsbeschränkungen in § 310 Abs. 4 S. 1 BGB und § 307 Abs. 3 BGB (punktuell, sachgebietsbezogen) aufgehoben werden. Indes empfiehlt sich derartiges aufgrund nachfolgender Erwägungen nicht:

- Erstens erweist sich die Störung des Verhandlungsgleichgewichts nicht als ausreichend typisch¹¹⁵ für eine Normierung. Denn Forschungsk Kooperationen werden von Universitäten nicht nur mit großen Unternehmen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen mit personalstarker Patent- und Rechtsabteilung, sondern auch mit kleinen und mittelständischen Unternehmen eingegangen, welche im Vergleich zu einer (größeren) Hochschule ihrerseits über eine „unterlegene“ Sachkompetenz verfügen können. Es ist mithin denkbar, dass im Einzelfall die Vertragsgerechtigkeit auch zu Gunsten eines beteiligten Unternehmens schutzbedürftig erscheint.¹¹⁶ Zugleich bietet aber das im Ansatz für eine typisierende Betrachtung herangezogene Merkmal „Größe“ nur einen unzuverlässigen, kaum Rechtssicherheit bietenden Anknüpfungspunkt für das Eingreifen von Schutzvorschriften.

- Zweitens führt ein spezifischer Schutz (nur) für Hochschulen zu Wertungswidersprüchen mit § 310 Abs. 1 S. 1 BGB. Denn zentrale Regelungen des AGB-Rechts finden gleichermaßen keine Anwendung, wenn AGB ggü. einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden. Ausweislich dessen erachtet der Gesetzgeber juristische Personen des öffentlichen Rechts, zu denen regelmäßig auch Hochschulen zählen, offenbar nicht

stärker schutzbedürftig als Unternehmen. Ein besonderer Schutz von Hochschulen vor Unternehmen oder sonstigen Forschungseinrichtungen ist hiermit kaum zu vereinbaren. Gegen eine solche spricht nicht zuletzt, dass sich eine Unterlegenheit auch dadurch ausräumen ließe, dass Hochschulen ihre Kompetenzen in den Bereichen Erfindungen und Recht durch zusätzliches Personal stärken oder ihre Kompetenzen in diesem Bereich bündeln.

- Drittens ließ sich aus (nicht repräsentativen) Gesprächen mit in Hochschulverwaltungen tätigen Mitarbeitern der Eindruck gewinnen, dass Hochschulen sich selbst nicht in einem Maße überlegenen Kooperationspartnern ausgeliefert sehen, welches einen besonderen gesetzlichen Schutz rechtfertigt.¹¹⁷ Vielmehr scheinen Hochschulverwaltungen nach einigen Anlaufschwierigkeiten im Anschluss an die Rechtsänderungen des Jahres 2002¹¹⁸ inzwischen durchaus in der Lage, ihre Interessen mit Nachdruck zu vertreten und jedenfalls in zentralen Punkten auch zu wahren. Dies belegt nicht zuletzt der Umstand, dass z.B. die TU München hinreichend selbstbewusst und durchsetzungsstark ist, ihrerseits eigene Vertragsmuster vorzuziehen.¹¹⁹

- Viertens gehen auch Unternehmen und sonstige Forschungseinrichtungen in die Verhandlungen über Forschungsk Kooperationen regelmäßig mit realistischen und angemessenen Vorstellungen und sind nicht darauf aus, eine Hochschule über den Tisch zu ziehen.¹²⁰ Denn sie sind daran interessiert, wiederholt Forschungsk Kooperationen mit Hochschulen einzugehen und können es sich nicht erlauben, ihren Ruf dadurch zu beschädigen, dass sie Partner übervorteilen.

- Fünftens wirkt der Umstand, dass die Beschäftigungsebene durch die im Ausgangspunkt zwingend geltenden Regelungen des ArbNERfG vorgeprägt ist, mäßigend auf überzogene Forderungen auf Verbundebene ein. Denn im Widerspruch zu den Vorgaben des ArbNERfG lässt sich die Verbundebene nicht sinnvoll gestalten und hierauf können Hochschulen im Rahmen von Vertragsverhandlungen nachdrücklich hinweisen. Gleichermäßen wirken die zwingend geltenden Ausstrahlungen des EU-Beihilfenrechts inhaltlich mäßigend auf die Ausgestaltung der Verbundebene ein.¹²¹ Nach diesen darf einem Unternehmen durch die Zusammenarbeit mit einer öffentlich geförderten Forschungseinrichtung keine (mittelbare) Beihilfe zufließen. Inhaltlich folgen hieraus, wie Nr. 28 lit. c, d Unionsrahmen für staatli-

113 Vgl. *Richters* in BeckOGK Zivilrecht, 1.7.2017, BGB § 310 Rn. 185, 189. – AA wohl *Wündisch* (o. Fn. 2) Kooperationsvertrag Anm. 2.

114 Vgl. allg. für die Aufteilung geistigen Eigentums durch Vertrag BGH 31.05.2012 – I ZR 73/10 = GRUR 2012, 1031 Rn. 18; BGH 18.02.1982 – I ZR 81/80 = GRUR 1984, 45 (48); *Hoeren* in Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 35. EL April 2014, Kreativverträge Rn. 4 ff.

115 Vgl. auch BMWi (o. Fn. 25), 2 f.

116 Vgl. IHKs NRW/AG IHK Hessen (o. Fn. 23), 9 f.

117 Anders die Erfahrungen von *Slopek* Mitt. 2013, 26 (27).

118 Vgl. *Slopek/Pausewang/Beye* WissR 44 (2011), 50 (59).

119 Vgl. TUM (o. Fn. 3).

120 *Eberle/Handzik* (o. Fn. 27) Rn. 17.

121 Vgl. auch *Heide* InTeR 2013, 2 (4 f.).

che Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation (2014/C 198/01) verdeutlicht, bestimmte Mindestanforderungen an die Aufteilung der durch geistige Leistungen gewonnenen Ergebnisse und Schutzrechte bzw. ihres Wertes.

3. Gesetzliche Regelung

Als Gestaltungsmittel, um die Interessen der Mitglieder in Ausgleich zu bringen, steht dem Staat das Gesetz zur Verfügung. Dies gilt nicht nur außerhalb der essentialia negotii eines Grundlagenvertrags, sondern in einem abstrakten Sinne¹²² durchaus auch für diese. Die Kodifikation einer wissenschaftsadäquaten Rechtsform (z.B. „Gesetz über Forschungsverbände“) kann nicht nur deren Entstehung regeln und Vorgaben zur Governance und zum Haftungsregime machen, sondern auch Regelungen zum Interessenausgleich der Mitglieder betreffend das sog. geistige Eigentum vorsehen.

In Betracht kommt, dass Regelungen über die Koordinierung der Interessen betreffend die vorausgesetzten bzw. hervorgebrachten geistigen Leistungen zum Pflichtinhalt des zur Begründung einer Kooperation abzuschließenden Grundlagenvertrags (Satzung) erklärt werden. Der Sache nach ginge es um die Schaffung einer entsprechend erweiterten Parallelregelung zu § 3 Abs. 1 GmbHG, § 23 Abs. 3 AktG. Rechtfertigen ließe sich eine solche Ausweitung im Vergleich zu GmbH und AktG durch die spezifische Zweckausrichtung eines Forschungsverbands. Der Vorteil einer solchen Regelung bestünde darin, dass die Mitglieder auf den bestehenden Gestaltungsbedarf aufmerksam gemacht werden und für sie je nach Detailliertheit der gesetzlichen Regelung ein Katalog von Merkposten geschaffen würde, mit welchen sich die Beteiligten befassen müssen. Hierdurch ließe sich losgelöst von Vorgaben in Förderbescheiden unbeabsichtigten Regelungslücken vorbeugen. Weiter ließe sich vermeiden, dass eine Abstimmung der Mitglieder erst zu spät und erst nach sachwidriger Verschiebung der Grundlagen der Verhandlungen erfolgt. Schließlich würde gesichert, dass unmittelbar nach Gewinnung von Forschungsergebnissen mit ihrer Verwertung begonnen werden darf und diese nicht für die Dauer langwieriger Abstimmungen zurückgestellt werden muss. Die Erwartungen an diese Vorteile dürfen aber nicht zu hoch angesetzt werden. Denn es besteht bereits derzeit kaum Mangel an Problembewusstsein. Vielmehr belegen die vorzufindenden Musterverträge, dass sich die Beteiligten der Interessenlage und dem Erfordernis ihrer sorgfältigen und rechtzeitigen Ausgestaltung weitgehend bewusst sind.

In Betracht kommt weiter, dass als Teil von Regelungen über die „Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter“ (vgl. §§ 13-34 GmbHG, §§ 53a-75 AktG; vgl. auch §§ 109-122 HGB) (Rahmen-)Vorschriften über die Koordinierung der Interessen betreffend die vom Forschungsverbund vorausgesetzten bzw. hervorgebrachten geistigen Leistungen aufgenommen werden. Hiermit wäre der große Vorteil verbunden, dass nicht nur Merkposten benannt werden, sondern unmittelbar eine inhaltliche Ausgestaltung erfolgte, über welche der Gesetzgeber seine Gerechtigkeitsvorstellungen zum Ausdruck bringt, welche dann Maßstab und nicht Gegenstand einer gerichtlichen Kontrolle sein können. Das Ausmaß dieses Vorteils wird ganz wesentlich dadurch bestimmt, inwieweit es gelingt, die (typischerweise) angemessene und sachgerechte Auflösung von Interessenwiderstreiten zu konkretisieren. Denkbare Ansätze dazu wurden oben (III. 2. c.) skizziert, bedürfen aber noch einer intensiven Diskussion unter Einbeziehung der betroffenen Kreise. Auch können mögliche Vorteile einer entsprechenden gesetzlichen Ausgestaltung dadurch gemindert werden, dass im Einzelfall selbst von nur dispositiven Regelungen (unbeabsichtigt) Anreize ausgehen, die kreative abweichende Lösungen und den Forschergeist behindern.

IV. Beschäftigungsebene

1. Interessenlage und Auflösung von Interessenskollisionen

a) Typische Interessenlage

Im Verhältnis des Forschungsverbands und seiner Mitglieder zu den Forschenden, d.h. den unmittelbar eine geistige Leistung erbringenden Personen wird seitens des Forschungsverbands und seiner Mitglieder erwartet, dass die Tätigkeit der Forscher die Erreichung der auf Verbundebene verfolgten Ziele fördert und nicht behindert. Als Ausfluss dessen wird erwartet, dass sich die Forscher den bei dem Forschungsverbund oder einzelnen Mitgliedern bestehenden Geheimhaltungsinteressen unterordnen bzw. bereits aufgrund ihrer Anstellung unterzuordnen haben. Vor allem aber wird erwartet, dass dem Forschungsverbund bzw. seinen Mitgliedern die durch die Forscher geschaffenen Forschungsergebnisse einschließlich Schutzrechte zwecks Auswertung zufallen, über diese frei verfügt werden kann und den Forschern keine Rechenschaft abgelegt werden muss. Diese Erwartungen gründen zunächst darin, dass urei-

122 Vgl. nur für den Kauf § 433 BGB: Eigentums- und Besitzverschaffung, Kaufpreiszahlung, Abnahme.

gener Zweck des Verbunds ist, dass Forschungsergebnisse gewonnen werden und die Mitglieder über diese verfügen können. Gebührten die Ergebnisse oder zu diesen erteilte Schutzrechte nicht dem Verbund, würde ein solcher regelmäßig gar nicht gegründet.¹²³ Abgesehen davon bietet die Zuweisung der Forschungsergebnisse zum Verbund und seinen Mitgliedern eine höhere Gewähr dafür, dass die Erkenntnisse den gesellschaftlichen Wohlstand mehren. Denn das Erlangen von Schutzrechten und die wirtschaftliche Umsetzung von Forschungsergebnissen erfordern im Regelfall Anstrengungen, welche die Möglichkeiten einzelner Forscher übersteigen.¹²⁴ Darüber hinaus fußt die beschriebene Erwartung darauf, dass es der Verbund und seine Mitglieder sind, welche die Forschung organisieren und ausstatten. Dass ihnen die Forschungsergebnisse einschließlich erteilter Schutzrechte zufallen, wird als Kehrseite dessen betrachtet, dass die Forscher als Beamte oder Arbeitnehmer wirtschaftlich abgesichert werden oder ihnen jedenfalls ermöglicht wird, als Student, Doktorand oder Habilitand einen Abschluss zu erlangen. Jenseits von Geheimhaltungsinteressen wird von Forschungsverbänden und ihren Mitgliedern dagegen regelmäßig nicht erwartet, dass die Forscher ihren wissenschaftlichen Ruhm preisgeben. Vielmehr wird anerkannt, dass primär die Forscher wissenschaftliche Lorbeeren für sich beanspruchen können.

Seitens der Forscher wird typischerweise nicht erwartet, dass ihnen die Forschungsergebnisse, welche sie für den Verbund hervorgebracht haben, als solche gebühren, weil deren Verwertung mit einem Aufwand verbunden ist, der ihre Möglichkeiten typischerweise übersteigt, jedenfalls aber gescheut wird.¹²⁵ Erwartet wird allerdings, dass die hervorgebrachten Ergebnisse zum eigenen wissenschaftlichen Vorteil ausgewertet (z.B. Publikation, Grundlage weiterer Forschungen) werden können. Auch darüber hinaus erwarten Forscher, nicht in ihrer wissenschaftlichen Tätigkeit eingeschränkt zu werden (z.B. keine Offenbarungspflicht entgegen wissenschaftlicher Überzeugung, keine Beschränkung ihrer Publikationsmöglichkeiten). Darüber hinaus wird auf Seiten der Forscher aber auch erwartet, an den tatsächlich erzielten Vorteilen einer durch den Verbund oder seine Mitglieder erfolgenden wirtschaftlichen Verwertung der eigenen Erkenntnisse beteiligt zu werden. Die

ihnen durch ihren Dienstgeber zugeordnete Absicherung bzw. die Erlangung eines Abschlusses wird – jedenfalls bei ertragsstarken Forschungsergebnissen – im Vergleich zu den insbes. durch beteiligte Unternehmen erzielbaren Erträgen als völlig unzureichend wahrgenommen. Die Erwartung einer Sondervergütung wird zusätzlich durch den Umstand genährt, dass die Rechtsordnung zu den Ergebnissen geistiger Leistungen gewährte Schutzrechte originär dem unmittelbar geistig Tätigen, d.h. dem Forscher zuweist, welcher diese anschließend kraft Gesetzes oder Rechtsgeschäfts an den Verbund oder eines der Mitglieder verliert. Für diesen „Verlust“ wird ein Ausgleich erwartet,¹²⁶ zumal der Gesetzgeber im ArbNErfG¹²⁷ Entsprechendes vorgesehen hat.

Soweit vorhandene Erkenntnisse für die Forschung selbst oder jedenfalls die Nutzung der aus ihr hervorgegangenen Ergebnisse nützlich sind, kommen weitere Interessen hinzu:

- Der Forschungsverbund und seine Mitglieder erwarten, dass Forscher bei ihnen vorhandene Erkenntnisse sowie ihnen zustehende Schutzrechtspositionen zur Verfügung stellen, ohne hierfür ein gesondertes Entgelt zu erlangen.¹²⁸ Die vorhandenen Erkenntnisse einschließlich Schutzrechtspositionen werden als Teil der Fähigkeit eines Forschers gesehen, um derentwillen er beschäftigt und eingesetzt wird.

- Soweit sich der sog. Foreground wirtschaftlich nur verwerten lässt unter Ausnutzung von Forschern bereits zuvor zustehenden Schutzrechten, erwarten beteiligte Unternehmen, dass die Forscher ihnen diese übertragen oder lizenzieren. Diese Erwartung beruht darauf, dass anderenfalls aus Sicht der beteiligten Unternehmen eine monopolartige Verwertung der gewonnenen Ergebnisse nicht hinreichend abgesichert ist. Teilweise geht die Erwartungshaltung von Unternehmen sogar dahin, dass Forscher die vorhandenen Schutzrechte ohne Gegenleistung verschaffen,¹²⁹ weil sich das Unternehmen schon finanziell in den Verbund einbringt und hierdurch auch die Tätigkeit des Forschers unterstützt.

b) Möglichkeiten eines Interessenausgleichs

aa) Ausgangspunkt

Dem Ausgleich der Interessen von Dienstgebern (Forschungsverbund und seine Mitglieder) und ihren

123 Vgl. auch *Ulrici* (o. Fn. 20), 37 ff.

124 Vgl. *Enk* (o. Fn. 27), 19 (24).

125 Die Notwendigkeit, dass der Unternehmensinhaber das Arbeitsergebnis erlangt und frei hierüber verfügen kann, hat z. B. auch schon *Karl Marx*, *Das Kapital*, 2. Auflage 1872 (Nachdruck Leipzig 2007), Erstes Buch, 5. Kapitel, S. 164 ff. anerkannt.

126 Vgl. auch *Ulrici* (o. Fn. 20), 85 ff.

127 Vgl. *Kelp* (o. Fn. 68) Rn. 27; *Himmelmann* in *Reimer/Schade/Schippel*, *Das Recht der Arbeitnehmererfindung*, 8. Aufl. 2013, Einleitung Rn. 26.

128 *BMW*, *MuStervereinbarungen für Forschungs- und Entwicklungskooperationen*, 2. Aufl. 2010, 42 (Ziff. 5.3.1 iVm. mit der Stellung des Hochschullehrers als Vertragspartei).

129 Vgl. zur Auftragsforschung *BMW* (o. Fn. 25), 31 (Anlage 3 Ziff. 1).

Dienstnehmern (Arbeitnehmer und Beamte; nicht dagegen externe Forscher, vgl. ee)), hat sich der Gesetzgeber für einen wesentlichen Bereich in den weithin zwingend geltenden Regelungen des ArbNERfG angenommen. Von diesen erfasst wird der Interessenwiderstreit betreffend den sog. Foreground (bb)) allerdings nur für den Bereich der technischen Neuerungen (Erfindungen). Dagegen fehlen vergleichbare Vorgaben für sonstige Arbeitsergebnisse, insbes. schöpferische Werke.¹³⁰ Auch zielen die Regelungen des ArbNERfG nicht auf eine Koordinierung der Interessen betreffend den sog. Background (cc.). Vom ArbNERfG in den Blick genommen wird auch jeweils nur der regelungstechnische Normalfall eines für den ihn anstellenden Dienstgeber tätig werdenden Forschers. An anderer Stelle findet sich allerdings eine Regelung, welche einen sachgerechten Interessenausgleich auch in Fällen zulässt, in denen Mitglieder eines mit Rechtssubjektivität ausgestatteten Forschungsverbands diesem Personal zur Verfügung stellen (dd.).

bb) Sog. Foreground

Mit Bedeutung für den sog. Foreground enthält das ArbNERfG zunächst allgemeine Regelungen zur Auflösung der widerstreitenden (wirtschaftlichen) Interessen von Dienstgebern und -nehmern in Ansehung der im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses hervorgebrachten Erfindungen (§§ 5-17 ArbNERfG). Diese gelten im Grundsatz auch im Bereich des öffentlichen Dienstes (§ 40 ArbNERfG)¹³¹ sowie im Verhältnis zu Beamten (§ 41 ArbNERfG).¹³² Darüber hinaus beste-

hen Spezialregelungen für die kollidierenden Interessen von Hochschulmitarbeitern einerseits und ihren öffentlichen¹³³ Hochschulen (bzw. deren Rechtsträgern)¹³⁴ andererseits (§ 42 ArbNERfG).¹³⁵ Nicht von diesen Regelungen erfasst und aufgelöst wird der vergleichbare Interessenwiderstreit zwischen Forschungsverbänden bzw. ihren Mitgliedern einerseits und nicht in einem Dienstverhältnis (Arbeits- oder Beamtenverhältnis) zu diesen stehenden Forschern (insbes. Studenten und externe Doktoranden, Habilitanden).¹³⁶

In ihrem Geltungsbereich sehen die Regelungen vor, dass sog. Arbeitnehmererfinder von ihnen während des bestehenden Dienstverhältnisses gemachte Erfindungen ihrem Dienstgeber melden (§ 5 ArbNERfG) oder mitteilen (§ 18 ArbNERfG).¹³⁷ Soweit es sich um Dienstfindungen (Auftrags- oder Erfahrungserfindungen, vgl. § 4 Abs. 2 ArbNERfG) handelt,¹³⁸ kann der Dienstgeber (auch unten IV. 1. b. dd.) sie in Anspruch nehmen, d.h. durch einseitige Erklärung auf sich überleiten und muss sie in der Folge grds. zum Schutzrecht anmelden (§§ 6, 7, 13 ArbNERfG).¹³⁹ Als Ausgleich für den erlittenen Rechtsverlust steht Arbeitnehmererfindern neben dem für ihre Tätigkeit gewährten Entgelt bzw. der regulären Alimentation eine Sondervergütung zu (§§ 9 ff. ArbNERfG).¹⁴⁰ Der Gesetzgeber trägt damit dem Interesse von Dienstgebern an der Inhaberschaft und der Benutzung von technischen Schutzrechten Rechnung. Zugleich erkennt er – im Interesse der Förderung des Fortschritts auf technischem Gebiet¹⁴¹ – das Interesse der Erfinder an einer Beteiligung an den hervorgebrachten Werten an.¹⁴²

130 Dazu *Ulrici* WissR 48 (2015), 318 (324 ff.).

131 Einzelheiten dazu bei *Boemke/Sachadae* in *Boemke/Kursawe*, Gesetz über Arbeitnehmererfindungen, 2015, § 40 Rn. 33 ff.

132 Einzelheiten dazu bei *Boemke/Sachadae* (o. Fn. 131) § 41 Rn. 18 ff.

133 *Boemke/Sachadae* (o. Fn. 131) § 42 Rn. 37; *Krausnick* in *Gärditz/Pahlow*, Hochschulerfinderrecht, 2011, 117 Rn. 15 ff.; *Pahlow/Gärditz* WissR 39 (2006), 48 (63 f.). – AA (auch staatlich anerkannte Hochschulen) *Bartenbach/Volz*, Erfindungen an Hochschulen - Zur Neufassung des § 42 ArbEG, GRUR 2002, 743 (745); *Leuze* (o. Fn. 68) § 42 nF Rn. 6.

134 Dazu *Kraßer/Ann*, Patentrecht, 7. Aufl. 2016, § 21 Rn. 134.

135 Ausf. dazu *Boemke/Sachadae* (o. Fn. 131) § 42 Rn. 38 ff.

136 Vgl. *Bartenbach/Hellebrand* Mitt. 2002, 165 (169); *Boemke/Sachadae* (o. Fn. 131) § 42 Rn. 35; *Kraßer/Ann* (o. Fn. 134) § 21 Rn. 133; *Keukenschrijver* in *Busse, PatG*, 8. Aufl. 2016, § 42 ArbEG Rn. 6.

137 *Kraßer/Ann* (o. Fn. 134) § 21 Rn. 136, 150. – Ausf. dazu *Kursawe/Nebel* in *Boemke/Kursawe*, Gesetz über Arbeitnehmererfindungen, 2015, § 5 Rn. 8 ff. sowie *Ulrici* in *Boemke/Kursawe*, Gesetz über Arbeitnehmererfindungen, 2015, § 18 Rn. 9 ff.

138 Dazu auch *Pahlow/Gärditz* WissR 39 (2006), 48 (50 ff.); *Raif* in *Boemke/Kursawe*, Gesetz über Arbeitnehmererfindungen, 2015,

§ 4 Rn. 69, 97; *Kraßer/Ann* (o. Fn. 134) § 21 Rn. 135; *Keukenschrijver* (o. Fn. 136) § 42 ArbEG Rn. 8. – Aus der Rechtsprechung: BGH 18.09.2007 - X ZR 167/05 = GRUR 2008, 150; OLG Braunschweig 10.11.2005 - 2 U 19/05 = NZA-RR 2006, 313; LG Düsseldorf 26.06.1990 - 4 O 218/89 = GRUR 1994, 53.

139 *Kursawe* in *Boemke/Kursawe*, Gesetz über Arbeitnehmererfindungen, 2015, § 6 Rn. 7 ff., § 7 Rn. 5 ff.; *Kraßer/Ann* (o. Fn. 134) § 21 Rn. 138, 141.

140 *Engemann* in *Boemke/Kursawe*, Gesetz über Arbeitnehmererfindungen, 2015, § 9 Rn. 1 ff.

141 Vgl. *Ulrici* (o. Fn. 20), 401 f.

142 Im Bereich des öffentlichen Dienstes, nicht jedoch betreffend Hochschulerfinder (vgl. § 42 Nr. 5 ArbNERfG), besteht nach § 40 Nr. 1 ArbNERfG alternativ die Möglichkeit, aufgrund einer – auch im Voraus möglichen – Vereinbarung eine lediglich wirtschaftliche Beteiligung an der Erfindung geltend zu machen, d.h. von einer Inanspruchnahme abzusehen und die Verwertung dem Arbeitnehmererfinder zu überlassen. Durch eine solche Vereinbarung gibt der Dienstgeber sein Interesse an der Nutzung einer Dienstfindung preis, was nicht den typischen Interessen der Mitglieder eines Forschungsverbands entspricht. Von einer weiteren Erörterung kann daher abgesehen werden. Zu § 40 Nr. 1 ArbNERfG ausf. *Boemke/Sachadae* (o. Fn. 131) § 40 Rn. 38 ff.

Für den Bereich der Hochschularbeitnehmererfinder, nicht dagegen darüber hinaus,¹⁴³ enthält § 42 ArbNErfG Sonderregelungen. Diese tragen dem besonderen, in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 3 GG fallenden¹⁴⁴ Interesse von Forschern Rechnung, in ihrer Forschung frei zu sein, deren Ergebnisse nicht gegen ihren Willen offenlegen zu müssen,¹⁴⁵ durch Geheimhaltungspflichten¹⁴⁶ oder die Erteilung von Schutzrechten¹⁴⁷ jedenfalls nicht dauerhaft in ihrer weiteren Lehr- und Forschungstätigkeit beschränkt zu werden (§ 42 Nr. 1-3 ArbNErfG). Außerdem steht ihnen nach § 42 Nr. 4 ArbNErfG eine Sondervergütung i.H.v. 30% der durch die Verwertung durch den Dienstgeber erzielten Einnahmen zu.¹⁴⁸ Hiernach erlangen Hochschulerfinder im Durchschnitt eine deutlich höhere Vergütung als sonstige Arbeitnehmererfinder.¹⁴⁹ Sie sollen besonders zu einer erfinderischen Tätigkeit sowie der Meldung von gemachten Erfindungen motiviert werden, weil hiervon letztlich wiederum auch die Hochschulen (bzw. ihre Rechtsträger) profitieren.¹⁵⁰

cc) Sog. Background

Nicht Gegenstand eigenständiger Regelungen ist der Zugriff auf das einem Forscher bereits im Vorfeld zustehende, für den Forschungsverbund und die durch und mit ihm verfolgten Ziele nützliche Wissen einschließlich erteilter Schutzrechte.

- Eine Pflicht, Wissen zu offenbaren, ergibt sich für Forscher allerdings aus der sie ggü. ihren Dienstgebern treffenden Dienstpflicht (vgl. § 611a Abs. 1 S. 1 BGB, § 61 Abs. 1 S. 1 BBG, § 34 S. 1 BeamStG), soweit die Offenbarung oder Vermittlung von Wissen Teil der geschuldeten Dienste ist. Z.B. muss ein Hochschullehrer sein Wissen an Studenten vermitteln, weil und soweit er gerade zu

diesem Zweck berufen wurde. Diese Pflicht besteht aber eben nur, soweit der Dienstverpflichtete die von ihm geschuldeten Dienste nicht ohne Rückgriff auf sein Wissen erbringen kann. Deshalb muss ein Hochschullehrer z.B. nicht Wissen offenbaren, welches außerhalb der ihm übertragenen Lehr- und Forschungsgebiete liegt. Losgelöst von der Auffüllung der Dienstpflicht verpflichten weder Arbeits- noch Beamtenverhältnis zur Offenbarung/Vermittlung von Wissen. Denn Gegenstand des Dienstverhältnisses ist die Erbringung von Diensten, im Grundsatz aber nicht die Verschaffung von Gegenständen, Wissen oder Rechten. Dienstnehmer, auch Beamte (vgl. § 61 Abs. 1 S. 1 BBG, § 34 S. 1 BeamStG: „persönlicher“, nicht sachlicher Einsatz), trifft keine allgemeine (Unternehmens-)Förderpflicht.¹⁵¹

- Im Hinblick auf das Fehlen einer allgemeinen Förderpflicht ergibt sich aus dem Dienstverhältnis im Grundsatz auch keine Pflicht zur Übertragung von Schutzrechten.¹⁵² Denn ihre Dienste können Forscher regelmäßig jeweils losgelöst hiervon erbringen. Zwar kann nach Maßgabe von § 19 ArbNErfG die Pflicht bestehen, dem Dienstgeber ein einfaches Nutzungsrecht an sog. (geborenen) freien Erfindungen zu angemessenen Bedingungen anzubieten, wenn die Erfindung in den zumindest vorbereiteten Arbeitsbereich des Dienstgebers fällt.¹⁵³ Dies gilt entgegen h.A. auch für Erfindungen, die ein Arbeitnehmererfinder bereits vor Beginn seines gegenwärtigen Dienstverhältnisses gemacht hat.¹⁵⁴ Gleichwohl deckt diese Verpflichtung nicht die vom Forschungsverbund bzw. seinen Mitgliedern in Ansehung des sog. Backgrounds verfolgten Interessen ab.¹⁵⁵ Denn erstens besteht die Pflicht nur, wenn sich der Arbeitnehmererfinder für eine anderweitige Verwertung der ihm zustehenden Erfindung entscheidet.¹⁵⁶ Sieht er hiervon

143 Vgl. *Boemke/Sachadae* (o. Fn. 131) § 42 Rn. 35; *Kraßer/Ann* (o. Fn. 134) § 21 Rn. 133; *Keukenschrijver* (o. Fn. 136) § 42 ArbEG Rn. 6.

144 Der zwingende Charakter der Sonderregelungen lässt sich aus Art. 5 Abs. 3 GG nicht ableiten, weil Dispositionen Teil der Grundrechtsausübung sind.

145 Vgl. *Boemke/Sachadae* (o. Fn. 131) § 42 Rn. 12 ff.; *Kraßer/Ann* (o. Fn. 134) § 21 Rn. 151 ff.; *Keukenschrijver* (o. Fn. 136) § 42 ArbEG Rn. 14.

146 Vgl. *Boemke/Sachadae* (o. Fn. 131) § 42 Rn. 9 ff.; *Kraßer/Ann* (o. Fn. 134) § 21 Rn. 140, 148; *Keukenschrijver* (o. Fn. 136) § 42 ArbEG Rn. 10.

147 Vgl. *Boemke/Sachadae* (o. Fn. 131) § 42 Rn. 16 ff.; *Kraßer/Ann* (o. Fn. 134) § 21 Rn. 141.

148 Dazu *Boemke/Sachadae* (o. Fn. 131) § 42 Rn. 131 ff.; *Kraßer/Ann* (o. Fn. 134) § 21 Rn. 143 ff.

149 *Bartenbach/Hellebrand*, Zur Abschaffung des Hochschullehrerprivilegs (§ 42 ArbEG) – Auswirkungen auf den Abschluss von Forschungsaufträgen, Mitt. 2002, 165 (167 f.); *Godt* (o. Fn. 26), 4, 6; vgl. auch BGH 06.03.2012 - X ZR 104/09 = GRUR 2012, 605 Rn. 48; *Heerma/Maierhöfer* GRUR 2010, 682 (683).

150 Vgl. BT-Drs. 14/5975, 5 f.; DPMA SchSt. 26.01.2015 - Arb.Erf. 13/13 = BeckRS 2016, 05363 Rn. 22.

151 Vgl. *Boemke* AR-Blattei SD 1228 Rn. 114 (Feb. 2002); *Buchner*, Tendenzförderung als arbeitsrechtliche Pflicht – Zur Bindung des Arbeitnehmers an die Unternehmenszielsetzung, ZfA 1979, 335 (335 f., 355 f.); *Reichold* in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, § 49 Rn. 2. – AA *Bartenbach/Volz* (o. Fn. 55) § 42 nF Rn. 196: Beamter handelt treuwidrig, wenn er Hochschule nicht unterstützt.

152 Vgl. auch *Ulrici* (o. Fn. 20), 183 f.

153 Gegen Anwendung von § 19 ArbNErfG auf Hochschulerfinder aber z.B. *Soudry*, Die Rechtsstellung des Hochschulerfinders nach der Neufassung von § 42 ArbNErfG, 2011, 142 ff., der – zu Unrecht – als vollständig ausgeschlossen ansieht, dass Hochschulen im Wettbewerb stehen.

154 *Ulrici* (o. Fn. 137) § 19 Rn. 15 f. – AA *Bartenbach/Volz* (o. Fn. 55) § 19 Rn. 7; *Keukenschrijver* (o. Fn. 136) § 19 Rn. 6 i.V.m. Vor § 18 Rn. 1.

155 Vgl. auch *Kraßer/Schricker* (o. Fn. 16), 48.

156 *Ulrici* (o. Fn. 137) § 19 Rn. 17 ff.

ab, wozu er ohne Rücksicht auf einen sachlichen Grund berechtigt ist, wird seinem Dienstgeber kein Zugriff auf die Erfindung ermöglicht.¹⁵⁷ Und zweitens ist ein Arbeitnehmererfinder allenfalls zur Anbietung eines einfachen und zudem nicht notwendig zur Einräumung eines übertragbaren Nutzungsrechts verpflichtet.¹⁵⁸ Seine Bindung bleibt danach weit hinter den Interessen des Forschungsverbands bzw. seiner Mitglieder an einer ggf. für die Auswertung des sog. Foregrounds erforderlichen „Aufteilung“ des sog. Backgrounds zurück.

Für einen angemessenen Interessenausgleich betreffend den sog. Background lässt sich aus § 19 ArbNErfG der Gedanke ableiten, dass abhängig tätige Forscher ihnen zustehendes Wissen und Schutzrechte, soweit sie zu deren Vermittlung nicht bereits aufgrund ihrer Dienstpflicht verpflichtet sind, allenfalls zu angemessenen Bedingungen, d.h. insbes. gegen marktübliches Entgelt verschaffen.¹⁵⁹ Es besteht kein Anlass, dass sie ihr geistiges Eigentum einem Forschungsverbund oder dessen Mitgliedern zu Vorzugskonditionen überlassen.¹⁶⁰ Erst Recht besteht entgegen einzelnen Mustervereinbarungen keinerlei Rechtfertigung dafür, dass Forscher den ihnen zustehenden sog. Background unentgeltlich zur Verfügung stellen. Abweichendes folgt auch nicht daraus, dass sich Unternehmen an einem Forschungsverbund beteiligen und sich in diesem Rahmen zum Vorteil von Hochschulen oder sonstigen Forschungseinrichtungen und damit mittelbar auch zum Vorteil der dort angestellten Forscher finanziell engagieren.

Ebenfalls nicht Gegenstand der Regelungen des ArbNErfG ist das durch den jeweiligen Dienstgeber aufgrund entsprechender Verpflichtung ggü. anderen Mitgliedern des Forschungsverbands vermittelte Interesse an der Geheimhaltung von durch andere Mitglieder offenbartem Wissen, welches mit Publikations- und Lehrinteressen von Forschern kollidieren kann. Allerdings sind Arbeitnehmer nach §§ 611a, 241 Abs. 2 BGB verpflichtet, auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen. Dies umfasst vorbehaltlich vorrangiger Interessen auch die Verpflichtung zur Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen (vgl. auch § 17 UWG).¹⁶¹ Zu diesen gehört auch das vom jeweiligen Dienstgeber oder in dessen Interesse durch

Dritte für die Erfüllung übertragener Aufgaben zweckgebunden zugänglich gemachte Wissen, soweit an diesem ein Geheimhaltungsinteresse besteht.¹⁶² Vorrangige Interessen der Forscher stehen dem selbst dann nicht entgegen, wenn die Pflicht zur Geheimhaltung des sog. Backgrounds sie in der Publikation oder der Lehre des gewonnenen sog. Foregrounds beschränkt.¹⁶³ Denn sie konnten den sog. Foreground nur unter Rückgriff auf den ihnen zuvor unbekanntem sog. Background hervorbringen, d.h. der sog. Foreground ist vom sog. Background abhängig, und bei Aufnahme der Forschung stand ihnen kein Anrecht auf den sog. Background zu, sondern es war ihnen bewusst, dass sie Zugang zum sog. Background nur unter der Bedingung der Geheimhaltung erlangen würden. Unter diesen Voraussetzungen müssen die in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 3 GG fallenden Interessen der Forscher hinter die durch Art. 5 Abs. 3, 12, 14 GG geschützten Geheimhaltungsinteressen des Verbands und seiner Mitglieder zurücktreten.¹⁶⁴ Für Beamte besteht nach § 67 BBG, § 37 BeamtStG keine geringere Pflicht zur Geheimhaltung.

dd) Sonderproblem: Personalgestaltung

Der skizzierte rechtliche Rahmen nimmt als Arbeitgeber bzw. Dienstherr zunächst nur denjenigen in den Blick, mit dem der Arbeitnehmer bzw. Beamte originär durch ein aktives Dauerrechtsverhältnis verbunden ist (e contrario § 11 Abs. 7 AÜG).¹⁶⁵ Dies ist der Forschungsverbund selbst, wenn er über Rechtssubjektivität verfügt und die Anstellung beim diesem erfolgt. Dagegen ist dies das Mitglied und nicht der Forschungsverbund, soweit die Anstellung nicht beim Verbund, sondern einem der Mitglieder erfolgt.¹⁶⁶ Dann knüpfen insbes. die Rechte und Pflichten nach dem ArbNErfG nicht beim Verbund, sondern bei einem einzelnen seiner Mitglieder an.

Eine Modifikation erfährt dieser Ausgangspunkt, soweit ein Mitglied eines mit Rechtssubjektivität ausgestatteten Forschungsverbands diesem einen Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung überlässt.¹⁶⁷ Denn in dem Maße, in welchem dem Forschungsverbund die Dienstberechtigung zur Auswertung überlassen wird, entsteht zwischen diesem und dem Forscher ein wesensgleiches Minus zum zwischen Forscher und ihn anstellenden Mit-

157 *Ulrici* (o. Fn. 137) § 19 Rn. 19.

158 *Ulrici* (o. Fn. 137) § 19 Rn. 32. – Abw. *Bartenbach/Volz* (o. Fn. 55) § 19 Rn. 16.

159 Vgl. BAG 20.01.2004 – 9 AZR 393/03, AP BetrVG 1972 § 87 Vorschlagswesen Nr. 3 unter B. I. 3. der Gründe; vgl. auch *Ulrici* (o. Fn. 137) § 19 Rn. 35 ff.

160 Vgl. *Ulrici* (o. Fn. 137) § 19 Rn. 39.

161 Vgl. *Preis* in *ErfK*, 18. Aufl. 2018, BGB § 611a Rn. 710 (auf § 242 BGB abstellend).

162 Vgl. *Preis* (o. Fn. 161) BGB § 611a Rn. 711 f.

163 Vgl. (zur Berechtigung an einer Erfindung) auch *Kraßer/Schricker* (o. Fn. 16), 49.

164 AA tendenziell *Godt* (o. Fn. 26), 9.

165 Vgl. *Boemke* in *Boemke/Kursawe*, Gesetz über Arbeitnehmererfindungen, 2015, § 1 Rn. 97; *Keukenschrijver* (o. Fn. 136) § 1 ArbEG Rn. 10; *Schwab*, HK-Arbeitnehmererfindungsrecht, 4. Aufl. 2017, § 1 Rn. 3.

166 Vgl. zu § 42 Nr. 4 ArbNErfG *Gärditz* (o. Fn. 69) Rn. 10.

167 Selbstverständlich gilt § 11 Abs. 7 AÜG auch bei Überlassung durch einen Verbundfremden.

glied des Forschungsverbands bestehenden Arbeitsverhältnis.¹⁶⁸ Dies wiederum bewirkt zunächst, dass der Forscher ggf. auch ggü. dem Forschungsverbund zur Wissensvermittlung und zur Geheimhaltung (oben IV. 1. b. cc.) verpflichtet ist. Überdies ordnet § 11 Abs. 7 AÜG an, dass (auch) derjenige, dem der Arbeitnehmer zur Verfügung gestellt wird, um für diesen in dessen Interesse tätig zu werden, Arbeitgeber i.S.d. ArbNErfG ist.¹⁶⁹ In der Folge sind die auf Erfindungen¹⁷⁰ bezogenen Rechte und Pflichten selbst dann jedenfalls auch beim Forschungsverbund angebunden, wenn die mitwirkenden Arbeitnehmer nicht bei diesem, sondern bei einem Verbundmitglied angestellt sind und dem Verbund zur Förderung des Verbundzwecks unter Delegation des Weisungsrechts gestellt werden. Vorbehaltlich einer abweichenden gesetzlichen Ausgestaltung ist der hier hinter stehende Rechtsgedanke auf eine Gestellung von Beamten übertragbar.¹⁷¹

Soweit im Einzelfall nicht (nach § 11 Abs. 7 AÜG) gewährleistet ist, dass die auf das geistige Eigentum bezogenen Rechte und Pflichten zumindest beim Forschungsverbund angebunden sind (Forschungsverbund ohne Rechtssubjektivität, Zusammenwirken im Rahmen eines gemeinsamen Betriebs),¹⁷² bestehen sie entsprechend dem Ausgangspunkt nur zu einem der Verbundmitglieder.¹⁷³ Hieraus folgt zwar keinerlei verteilende Aussage für die auf der Ebene des Forschungsverbands sachgerechte Interessenkoordinierung, weil namentlich der Geltungsbereich von § 11 Abs. 7 AÜG durch die Schutzbedürftigkeit abhängig Beschäftigter bestimmt wird. Widerstreitende Interessen mehrerer von der Dienstleistung Profitierender haben dagegen keine Berücksichtigung gefunden. Allerdings rückt stärker in den Fokus, dass auf der Ebene des Forschungsverbands den Interessen seiner Mitglieder entsprechende Gestaltungen erforderlich sind, welche klar festlegen, wie und inwieweit diese Rechte und Pflichten von dem jeweils mit einem Arbeitnehmer bzw. Beamten verbundenen Mitglied eines Forschungsverbands (treuhänderisch) in dessen Interesse bzw. im Interesse seiner Mitglieder wahrzunehmen sind.¹⁷⁴

ee) Sonderproblem: Externe Forscher

Im Verhältnis zu Forschern, auf welche das ArbNErfG keine Anwendung findet (oben IV. 1. b. bb.), besteht ein

sachgerechter Interessenausgleich in Ansehung des sog. Foreground darin, dass diese ihre erworbenen Rechte dem Forschungsverbund bzw. dessen Mitgliedern übertragen, im Gegenzug ein angemessenes Entgelt erhalten und unterstützend ihre Offenbarungsinteressen (Publikation) vergleichbar zu Arbeitnehmern vorübergehend zurückstellen. Das ihnen zuzugestehende Entgelt sollte sich vergleichbar zu § 9 ArbNErfG am Wert der Erfindung und dem Beitrag der Forscher im Verhältnis zum Beitrag der Hochschule sowie dem Anteil des externen Forschers an der Erfindung orientieren. Dabei ist nicht gerechtfertigt, das Erlangen eines Abschlusses oder akademischen Grades als Beitrag der Hochschule zu Lasten des externen Forschers zu berücksichtigen. Denn insbes. die Erteilung eines akademischen Grades ist im Grundsatz eine ideelle Gegenleistung der Wissenschaftsgemeinschaft für die ideelle Leistung in Form einer ihr ggü. erfolgten Offenbarung, nicht dagegen für die Übertragung von wirtschaftlichen Verwertungsbefugnissen. Hochschulen sind von Gesetzes wegen ohne Rücksicht auf eine Gegenleistung zur Ermöglichung eines Abschlusses oder Verleihung eines akademischen Grades verpflichtet. Dieses Hoheitsrecht dürfen sie nicht „verkaufen“ (vgl. § 56 Abs. 2 VwVfG). In Ansatz können sie aber z.B. bringen, inwieweit die Forschung durch Zurverfügungstellung von Wissen und Sachmitteln (z.B. Probenmaterial, Instrumente) sowie durch Personal unterstützt wurde.

Hinsichtlich des externen Forschern zustehenden sog. Backgrounds bietet sich für einen angemessenen Interessenausgleich an, sich an den Vorschlägen für Arbeitnehmererfinder zu orientieren. Denn in Ansehung des sog. Backgrounds wirkt sich die Einbindung eines Forschers in ein Arbeits- oder Beamtenverhältnis im Kern nicht aus, d.h. angestellte Forscher stehen insoweit in keinem anderen Verhältnis zum Forschungsverbund und seinen Mitgliedern als Externe. Auch als Arbeitnehmer oder Beamte angestellte Forscher sind ohne gesonderte Vereinbarung nicht verpflichtet, den ihnen zustehenden sog. Background zur Verfügung zu stellen. Es bestand für sie auch kein Grund, ihnen zustehende Rechte zu Vorzugskonditionen zur Verfügung zu stellen. Vielmehr treten sie in Bezug auf den sog. Background ihrem Dienstgeber wie ein externer Dritter ggü.

168 Ulrici, HK-AÜG, 2017, § 14 Rn. 21, Schwerpunktbeitrag B Rn. 3.

169 Boemke (o. Fn. 165) § 1 Rn. 102 f.; Ulrici (o. Fn. 168) § 11 Rn. 126. – Für ausschließliche Arbeitgeberstellung des Entleihers: Schwab (o. Fn. 165) § 1 Rn. 27 ff.

170 Zur Rechtslage bei anderen Schutzrechten vgl. Ulrici WissR 48 (2015), 318 (331 f.).

171 Ulrici WissR 48 (2015), 318 (331).

172 Vgl. dazu Ulrici (o. Fn. 168) § 1 Rn. 54.

173 Vgl. zur fehlenden Übertragung des Weisungsrechts Boemke (o. Fn. 165) § 1 Rn. 104.

174 Vgl. TUM (o. Fn. 3), 29 (ANNEX III § 7b Abs. 2).

2. Gestaltungsmittel

a) Allgemeines

aa) Vertrag

Die auf Seiten des Forschungsverbunds und seiner Mitglieder bestehenden Interessen lassen sich mit denen der Forscher privatautonom durch Vertrag koordinieren. Dies gilt in Bezug auf als Arbeitnehmer auf privatrechtlicher Grundlage tätige Forscher (vgl. § 105 S. 1 GewO, § 311 Abs. 1 BGB) ebenso wie nach §§ 54 ff. VwVfG im Grundsatz auch für die verbeamteten Forscher. Nicht minder gilt dies im Verhältnis zu den auf privat- oder öffentlich-rechtlicher Grundlage tätigen externen Forschern. Zustande kommt ein Vertrag aufgrund privatautonomem Entschlusse seiner Parteien. Ein Zwang zum Vertragsschluss besteht im Grundsatz nicht. Insbes. ergibt sich aus einem bestehenden Arbeits- oder Beamtenverhältnis¹⁷⁵ keine Verpflichtung, einen Vertrag über die Koordinierung von das sog. geistige Eigentum betreffenden Interessen zu schließen.

bb) Erforderlichkeit

Erforderlich ist der Abschluss eines koordinierenden Vertrags nur, soweit nicht bereits losgelöst hiervon durch normativ wirkende Gestaltungsfaktoren (insbes. Gesetz) ein sachgerechter Interessenausgleich gewährleistet ist. Ausgeschlossen ist der Abschluss eines koordinierenden Vertrags, soweit ihm von der Rechtsordnung die Anerkennung versagt wird, insbes. aufgrund eines Widerspruchs zu zwingendem Recht. Ausgehend von diesen beiden Gesichtspunkten macht das ArbNErfG in weitem Ausmaß koordinierende Verträge entbehrlich und schließt sie zudem nach Maßgabe von § 22 ArbNErfG aus. Im Voraus können privatautonome Abweichungen von den Regelungen des ArbNErfG zu Lasten des Arbeitnehmers nicht vereinbart werden (halbseitig zwingende Regelungen). Dies betrifft auch belastende Abweichungen von den für Hochschulerfinder geltenden Sonderregelungen, wie sich aus § 42 Nr. 5 ArbNErfG rückschließen lässt. Hierdurch kann die Verwirklichung der auf Verbundebene bestehenden Interessen nicht unerheblich erschwert werden. Erforderlich und möglich ist der Abschluss koordinierender Verträge dagegen in den vom ArbNErfG persönlich, zeitlich oder sachlich nicht (zwingend) ausgestalteten Bereichen (insbes. sog. Background, externe Forscher).

175 Vgl. allg. auch VG Regensburg 18.03.2016 - RN 10A DB 15.776 = BeckRS 2016, 46075.

176 Zur Anwendung auf öffentlich-rechtliche Verträge vgl. *Lehmann-Richter* in BeckOGK Zivilrecht, 01.09.2017, BGB § 305 Rn. 21.

cc) Schutz durch Angemessenheitskontrolle

Soweit die betroffenen Interessen einer rechtsgeschäftlichen Koordinierung zugänglich sind, gewährleistet in einem formalen Sinne der Vertragsschlussmechanismus als solcher die Angemessenheit. Materiell wird die Vertragsgerechtigkeit im Verhältnis des Verbunds und seiner Mitglieder zu den tätigen Forschern allerdings dadurch gefährdet, dass das forschende Personal in einem Abhängigkeitsverhältnis steht (Arbeits- oder Beamtenverhältnis, laufendes Prüfungs-, Promotions- oder Habilitationsverfahren). Rechnung tragen lässt sich dem allgemein durch § 138 BGB. Danach dürfen Abreden zwischen dem Verbund bzw. seinen Mitgliedern und einem Forscher nicht sittenwidrig sein. Hierdurch wird die Vertragsgerechtigkeit aber nur in einem Mindestmaß gesichert.

Daneben wird ihr durch das nicht unerheblich weiter reichende Schutzregime in §§ 305-310 BGB (i.V.m. § 62 S. 2 VwVfG)¹⁷⁶ Rechnung getragen, nach welchem erfasste Abreden insbes. nicht unangemessen sein dürfen (vgl. § 307 Abs. 1 BGB).

- Vereinbarungen zwischen dem Verbund bzw. seinen Mitgliedern einerseits und den tätigen Forschern andererseits über die Koordinierung der das sog. geistige Eigentum betreffenden Interessen unterfallen praktisch ausnahmslos diesem Schutzregime. Denn bei entsprechenden Vereinbarungen handelt es sich in aller Regel um Verbraucherverträge i.S.v. § 310 Abs. 3 BGB, auf welche bereits bei nur einmaliger Verwendung die Kernregelungen des AGB-Rechts Anwendung finden, weil und soweit der Forscher aufgrund einer Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB).

- Auch sind entsprechende Abreden nicht nach § 307 Abs. 3 BGB von einer Inhaltskontrolle freigestellt. Zwar unterliegen Abreden über das Verhältnis von Leistung zu Gegenleistung regelmäßig keiner Angemessenheitskontrolle;¹⁷⁷ dies betrifft insbes. auch Abreden über Immaterialgüterrechte.¹⁷⁸ Grundlage hierfür ist aber, dass es insoweit an gesetzlichen Regelungen fehlt, denen sich eine Gerechtigkeitswertung entnehmen lässt.¹⁷⁹ Dies ist zunächst aber insoweit nicht der Fall, als sich dem ArbNErfG Gerechtigkeitswertungen entnehmen lassen (z.B. dass Arbeitnehmer bzw. Beamte als Erfinder an dem Erfolg ihrer Leistungen zu beteiligen sind entweder durch eine Sonder-

177 *Eckelt* in BeckOGK Zivilrecht, 1.10.2017, BGB § 307 Rn. 174 f.

178 BGH 31.05.2012 - I ZR 73/10 = GRUR 2012, 1031 Rn. 18; BGH 18.02.1982 - I ZR 81/80 = GRUR 1984, 45 (48).

179 *Eckelt* (o. Fn. 177) BGB § 307 Rn. 174 f.

vergütung oder durch Eröffnung der Chance, ihre Erfindung selbst zu verwerten). Darüber hinaus und vor allem ist aber zu beachten, dass entsprechende Abreden in untrennbarem Zusammenhang zu dem Rechtsverhältnis stehen, aufgrund dessen der Forscher tätig wird (Arbeits- oder Beamtenverhältnis, Studium usw.), und nur in Ansehung jenes getroffen werden. Sie zielen mithin auf eine Ergänzung dieses Rechtsverhältnisses und sind schon deshalb nicht als bloße Leistungsbeschreibung kontrollfrei.¹⁸⁰

dd) Zeitpunkt der Vereinbarung

Wie bei der Gestaltung auf Verbundebene ist darauf zu achten, dass ein erforderlicher Vertrag in dem Sinne rechtzeitig geschlossen wird, dass die sich aus der originären Zuweisung von geistigen Leistungen und Schutzrechten ergebenden Verschiebungen in den Verhandlungspositionen bedacht werden. Soweit – wie im Regelfall – geistige Leistungen und Schutzrechte originär und im Widerspruch zur bestehenden Interessenlage dem unmittelbar geistig Tätigen zugewiesen werden, auch soweit er im Abhängigkeitsverhältnis steht, erlangt dieser mit Erfolg seiner Tätigkeit eine starke Verhandlungsposition. Der Dienstgeber kann mangels Rechtsgrundlage im Regelfall nicht entgegenstellen, dass er die Herbeiführung des Erfolgs organisatorisch, sachlich und finanziell gefördert hat. Vielmehr muss er sie dem Forscher im Rahmen von Verhandlungen „abkaufen“, soweit dieser nicht bereits rechtlich zur Herausgabe der Forschungsergebnisse verpflichtet ist. Solange der Forscher dagegen noch keine wertvollen Forschungsergebnisse hervorgebracht hat, ist die Verhandlungsposition des Dienstgebers stärker. Denn er kann zur Geltung bringen, dass er im Falle der Nichteinigung seine organisatorische, sachliche und finanzielle Förderung nicht zur Verfügung stellt, soweit er zu dieser nicht ohnehin verpflichtet ist, oder er im Rahmen seiner rechtlichen Möglichkeiten auf einen anderen Forscher zurückgreifen wird mit der Folge, dass ein auf die Interessen des Dienstgebers nicht eingehender Forscher voraussichtlich gar keine Ergebnisse erzielt.

- Das ArbNERfG berücksichtigt diesen Zusammenhang, indem es in § 22 ArbNERfG anordnet, dass im Voraus keine zum Nachteil des Arbeitnehmers vom Gesetz abweichenden Vereinbarungen getroffen werden können.

Dies gewährleistet, dass Arbeitnehmer über die ihnen vom ArbNERfG als Ergebnis eines sachgerechten Interessenausgleichs zugedachte Rechtsstellung aus einer starken Verhandlungsposition heraus disponieren können.

- Außerhalb des Geltungsbereichs des ArbNERfG leitet sich aus vorstehenden Zusammenhängen die Empfehlung ab, notwendige Vereinbarungen im Voraus zu treffen, weil nur bis zur originären Zuweisung von Ergebnissen geistiger Leistungen eine wechselseitige Abhängigkeit der Parteien besteht, welche auf beiden Seiten Verhandlungsmacht eröffnet.

b) Gesonderte vertragliche Bindung mit weiteren Kooperationsmitgliedern

aa) Gegenwärtige Vertragspraxis

Als eine besondere Form der Ergänzung der gesetzlichen Rechtslage ist in der Praxis vorzufinden, dass die Rechtsbeziehung zwischen dem Mitglied einer Forschungskooperation und seinem Forscher um eine gesonderte vertragliche Abrede zwischen diesem und weiteren Mitgliedern einer Forschungskooperation ergänzt wird. Einzelne Kooperationspartner schließen nicht lediglich koordinierende Abreden mit anderen Kooperationspartnern (horizontal auf Verbundebene), sondern machen zur Bedingung ihrer Beteiligung an einer Kooperation, dass sich auch die unmittelbar geistig tätigen, bei einem anderen Kooperationspartner angestellten Forscher entweder am Abschluss eines dreiseitigen Vertrags (zwischen z.B. Unternehmen und Hochschule sowie Forscher)¹⁸¹ beteiligen oder neben dem zwischen den Kooperationspartnern (horizontal auf Verbundebene) geschlossenen Vertrag in gesonderter Urkunde einen eigenen (vertikal die Beschäftigungsebene betreffenden) Vertrag¹⁸² mit einem anderen Kooperationspartner schließen.¹⁸³ Solche vertraglichen Bindungen werden insbes. von Unternehmen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen bei Kooperationen mit Hochschulen im Verhältnis zu Hochschülerfindern eingefordert. Inhaltlich wird dabei vor allem vorgesehen, dass Forscher

- sich auch ggü. den sie nicht anstellenden Kooperationspartnern verpflichten, Erfindungen zu melden bzw. mitzuteilen.¹⁸⁴ Hierdurch sollen die – unter Beachtung

180 Vgl. allg. BGH 18.04.2002 - III ZR 199/01 = NJW 2002, 2386; BGH 30.11.1993 - XI ZR 80/93 = BGHZ 124, 254 (256); *Ulrici* (o. Fn. 20), 221.

181 Vgl. IHK NRW (o. Fn. 52), 10, 11, 14. – So auch noch BMWi (o. Fn. 128), 38.

182 Vgl. BMWi (o. Fn. 25), 57; TUM (o. Fn. 3), 33 (ANNEX III Anlage 1).

183 Dafür auch *Bartenbach/Volz* (o. Fn. 55) § 42 nF Rn. 195; *Brandi-Dohrn* (o. Fn. 24) Forschungs- und Entwicklungsverträge Rn. 110; *Eberle/Handzik* (o. Fn. 27) Rn. 57; *Gärditz* (o. Fn. 69) Rn. 38; IHKs NRW/AG IHK Hessen (o. Fn. 23), 12, 14; *Kretzer* (o. Fn. 33), 67, 72 f.; *Leuze* (o. Fn. 68) § 42 nF Rn. 45.

184 BMWi (o. Fn. 25), 50 (Anlage 3 Ziff. 4); *Bartenbach/Volz* (o. Fn. 55) § 42 nF Rn. 195; *Eberle/Handzik* (o. Fn. 27) Rn. 57.

von § 11 Abs. 7 AÜG – nur ggü. dem jeweiligen Dienstgeber, nicht einem (finanzierenden) Partner¹⁸⁵ bestehenden Pflichten nach §§ 5, 18 ArbNErfG auch zu Gunsten des nicht anstellenden Partners gelten. Dies sichert die mit der Eingehung einer Forschungs Kooperation verbundenen Erwartungen, verwertbare Forschungsergebnisse und Schutzrechte zu erlangen.

- sich ggü. dem sie nicht anstellenden Kooperationspartner verpflichten, freie (insbes. frei gewordene) Erfindungen unentgeltlich zu übertragen.¹⁸⁶ Hierdurch soll ein umfassender Zugriff des nicht anstellenden Kooperationspartners auf die im Rahmen einer Forschungs Kooperation geschaffenen Erfindungen gewährleistet werden. Es soll insbes. für den Fall vorgesorgt werden, dass der mit dem Forscher nach den Regelungen des ArbNErfG verbundene Dienstgeber eine Dienstleistung freigibt, in der Folge nicht erlangt und daher auch nicht auf andere Kooperationspartner übertragen kann. Hier wollen dann die anderen Kooperationspartner unmittelbar beim Forscher zugreifen können.

- sich verpflichten, ihnen nach § 42 Nr. 1-3 ArbNErfG zustehende Rechte nicht auszuüben.¹⁸⁷ Hierdurch soll ebenfalls gewährleistet werden, dass weitere Kooperationspartner umfassend, ungeschmälert und sicher auf die von den im Rahmen einer Forschungs Kooperation tätigen Forschern gemachten Erfindungen zugreifen können.¹⁸⁸ Die diesen Zugriff gefährdenden Sonderrechte für Hochschülerfinder, welche im Verhältnis zur Hochschule unabdingbar sind (vgl. § 22 ArbNErfG),¹⁸⁹ sollen ausgeschaltet werden.

bb) Hintergründe

Entsprechende Forderungen gründen zunächst darin, dass Forschungs Kooperationen bis zur Abschaffung des sog. Hochschullehrerprivilegs (Reform von § 42

ArbNErfG zum 7.2.2002)¹⁹⁰ insbes. zwischen Hochschullehrern und Unternehmen vereinbart werden konnten und wurden.¹⁹¹ Seit allerdings Hochschulen die Rechte an den von ihren Mitarbeitern geschaffenen Erfindungen erlangen, passte sich die Praxis im geringstmöglichen Ausmaß an diese Rechtsänderung an, indem die zuvor zwischen Unternehmen und Hochschullehrer geschlossenen Vereinbarungen nunmehr unter Beteiligung auch der Hochschule geschlossen werden.¹⁹² Hierbei wird verkannt, dass die Zuweisung der Erfindungen zur Hochschule richtigerweise dahin weist, dass – wie im Wirtschaftsverkehr üblich – der Vertrag nur mit der Hochschule und nicht auch mit den bei dieser abhängig Beschäftigten zu schließen ist.¹⁹³ Weitergehende Begehren insbes. von beteiligten Unternehmen sind somit Ausdruck eines Verharrens im Gewohnten.

Abgesehen davon geht die Forderung nach einer eigenständigen Bindung der Forscher aber auch darauf zurück, dass Forschungs Kooperationen nach Wahrnehmung der Beteiligten bislang nicht (horizontal) zwischen Hochschulen, sonstigen Forschungseinrichtungen und Unternehmen als gleichberechtigte Partner eingegangen werden, welche anschließend in ihrer Verbundenheit, in welcher jedes Kooperationsmitglied intern Einfluss nehmen kann, einheitlich und abgestimmt (vertikal) den Forschern (Arbeitnehmern und Beamten) gegenübertritt. Vielmehr treten insbes. beteiligte Unternehmer nach ihrer Wahrnehmung bislang eher einer Einheit aus Hochschule bzw. Forschungseinrichtung und den dort tätigen Forschern ggü., ohne Einfluss auf die in dieser Beziehung erfolgenden Rechtshandlungen nehmen zu können.¹⁹⁴

Vor allem wurzelt die Forderung nach eigenständiger rechtlicher Bindung der Forscher auch ggü. den diese nicht anstellenden Kooperationsmitgliedern aber darin,

185 Gärditz (o. Fn. 69) Rn. 37; *Leuze*, Kritische Anmerkungen zu § 42 ArbErfG, GRUR 2005, 27 (32).

186 BMWi (o. Fn. 25), 50 (Anlage 3 Ziff. 2); vgl. auch BMWi (o. Fn. 128), 42 (Ziff. 5.3.1). – Vgl. (ohne Bedenken) auch *Wündisch* (o. Fn. 2) Forschungs- und Entwicklungsvertrag Anm. 13; für eine entgeltliche Übertragungspflicht IHK NRW (o. Fn. 52), 14.

187 BMWi (o. Fn. 25), 50 (Anlage 3 Ziff. 5, 6); BMWi (o. Fn. 128), 43 (Ziff. 7.1); IHK NRW (o. Fn. 52), 14; TUM (o. Fn. 3), 27 (ANNEX III Anlage 1); *Rosenberger*, Verträge über Forschung und Entwicklung, 2. Aufl. 2010, Kap. 15 II. (§ 2), S. 672. – Vgl. (ohne Bedenken) auch *Bartenbach/Volz* (o. Fn. 55) § 42 nF Rn. 196; *Wündisch* (o. Fn. 2) Forschungs- und Entwicklungsvertrag Anm. 13; *Kretzer* (o. Fn. 33), 55 f.; *Leuze* (o. Fn. 68) § 42 nF Rn. 45; *Schwab* (o. Fn. 165) § 42 Rn. 18, 20 f.; *Stallberg* GRUR 2007, 1035; *Weyand/Haase* GRUR 2007, 28 (38); v. *Falck/Schmalz*, Hochschülerfindungen: Zuordnung und Vergütung in Deutschland, den Niederlanden, Frankreich, Großbritannien, den USA und Japan, GRUR 2004, 469 (472); *Wündisch/Hering* GRUR Int 2009, 106 (112).

188 Vgl. *Kretzer* (o. Fn. 33), 70.

189 Vgl. *Bartenbach/Volz* (o. Fn. 55) § 42 nF Rn. 196; *Kraßer/Ann* (o. Fn. 134) § 21 Rn. 132; *Kretzer* (o. Fn. 33), 52, 71; *Leuze* (o. Fn. 68) § 42 nF Rn. 45.

190 Dazu *Kraßer/Ann* (o. Fn. 134) § 21 Rn. 128 ff.

191 Vgl. *Fleuchaus/Braitmayer*, Hochschullehrerprivileg ade?, GRUR 2002, 653 (654); *Hoeren* in *Asche/Bauhaus/Kaddatz/Seel*, Modernes Patentbewusstsein in Hochschulen, 2004, 33 (35); *Slopek* Mitt. 2013, 26 (27); IHKs NRW/AG IHK Hessen (o. Fn. 23), 11 f.; *Kretzer* (o. Fn. 33), 66 f.

192 Deutlich IHKs NRW/AG IHK Hessen (o. Fn. 23), 11 f.; *Leuze* (o. Fn. 68) § 42 nF Rn. 45; vgl. auch *Beyerlein* Mitt. 2008, 498; *Slopek* Mitt. 2013, 26 (27).

193 Vgl. auch *Kretzer* (o. Fn. 33), 67; *Weyand/Haase* GRUR 2007, 28 (38); primäre Verhandlungs- und Vertragspartner. – Vgl. auch *Bartenbach/Hellebrand* Mitt. 2002, 165 (168); *Bartenbach/Volz* (o. Fn. 55) § 42 nF Rn. 194.

194 Vgl. auch *Kretzer* (o. Fn. 33), 67.

dass letztere ein Risikogeschäft eingehen und die vom Gesetzgeber vorgegebene Rechtslage im Hinblick hierauf als nicht geeignet angesehen wird.¹⁹⁵ Der Zusammenschluss zu einem Forschungsverbund ist für jedes Mitglied ein Risikogeschäft, weil die Gewinnung von werthaltigen (verwertbaren) Erkenntnissen noch ungewiss ist. Übernommen werden die betreffenden Risiken in der Aussicht auf die sich im Erfolgsfalle eröffnenden Chancen. Das jeder Forschungskoooperation ohnehin eigene Risiko wird namentlich durch § 42 Nr. 2 ArbNErfG erhöht.¹⁹⁶ Denn kann ein Hochschülerfinder von der Offenbarung einer gemachten Erfindung absehen, tragen die Mitglieder einer Forschungskoooperation nicht nur das Risiko, ob verwertbare Forschungsergebnisse erzielt werden, sondern zusätzlich das sich aus der negativen Publikationsfreiheit ergebende Risiko. Zudem werden die durch Eingehung einer Forschungskoooperation im Erfolgsfalle eröffneten Chancen durch § 42 Nr. 1, 3 ArbNErfG gemindert, weil die Erteilung eines Schutzrechts gefährdet werden oder eine gemachte Erfindung mittelbar auch Dritten dienen kann.¹⁹⁷ Den aus öffentlichen Mitteln finanzierten Hochschulen hat der Gesetzgeber diese Risikohöherung ebenso wie die Chancenminderungen bewusst zugewiesen. Durch die Beteiligung einer Hochschule an einem Forschungsverbund werden die in deren Verhältnis zu den Hochschülerfindern wurzelnden Lasten auf die anderen Mitglieder der Forschungskoooperation erstreckt, weil die Hochschule in die Verbundebene nicht mehr einbringen kann, als ihr aufgrund der Ausgestaltung der Beschäftigungsebene zusteht. Aus Sicht der nicht im gleichen Maße wie Hochschulen durch staatliche Gelder abgesicherten Kooperationspartner erweisen sich diese Lasten als höchst unerwünscht.¹⁹⁸ Für sie ist bei Eingehung einer Forschungskoooperation notwendig, dass sie im Erfolgsfalle auf die sich ergebenden Forschungsergebnisse zugreifen und diese (vorzugsweise unter dem Schutz eines Monopolsrechts) auswerten können.

cc) Bewertung

Auf den ersten Blick mögen die erweiterten vertraglichen Bindungen (insbes. dreiseitige Abreden) unter Berücksichtigung ihrer Hintergründe ganz unschuldig als Ausdruck berechtigter Erwartungen von Unternehmen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen erscheinen.¹⁹⁹ Dies mag ein Grund sein, warum sich derartige Abreden in von Hochschulen selbst entworfenen Vertragsmustern (z.B. auch Berliner Vertragsbausteine) ebenso wie in den vom BMWi herausgegebenen Vertragsmustern finden. Daneben ist hierfür ursächlich aber offensichtlich auch der Umstand, dass die Vertragsmuster unter Beteiligung von Vertretern der Hochschulen, sonstiger Forschungseinrichtungen und von Unternehmen, aber in Abwesenheit von Vertretern der Arbeitnehmer und Beamten abgestimmt wurden.²⁰⁰ Zum Nachteil Unbeteiligter lässt sich leicht eine Verständigung erzielen. Bei genauerer Betrachtung erweisen sich diese Abreden unter Beachtung des geltenden Rechts aber keineswegs als unschuldig. Vielmehr zielen sie in Teilen auf eine Aushöhlung zwingender Arbeitnehmerschutzvorschriften und erweisen sich i.Ü. als unangemessen. In der Folge sind sie unwirksam.²⁰¹ Sie verschaffen den sie einfordernden Mitgliedern einer Forschungskoooperation (insbes. Unternehmen) nicht, was diese sich von ihnen versprechen.²⁰²

Unwirksam ist zunächst die gesonderte vertragliche Übernahme einer Pflicht zur Meldung bzw. Mitteilung einer Erfindung ggü. weiteren Mitgliedern einer Forschungskoooperation, gleichviel ob die Meldung bzw. Mitteilung bei diesem oder dem anstellenden Dienstgeber erfolgen soll.

- Die Unwirksamkeit folgt zunächst aus § 22 S. 1 ArbNErfG. Denn durch entsprechende Abreden werden Melde- bzw. Mitteilungspflicht jedenfalls i.d.S. ausgeweitet, dass sie dem Schutz weiterer Beteiligter dienen und sich spiegelbildlich ein mögliches Haftungsrisiko (zuun-

195 Vgl. auch die Kritik bei *Bartenbach/Volz* (o. Fn. 55) § 42 nF Rn. 196.

196 Vgl. *Bartenbach/Volz* (o. Fn. 55) § 42 nF Rn. 195; *Leuze* (o. Fn. 68) § 42 nF Rn. 45.

197 Vgl. *Bartenbach/Volz* (o. Fn. 55) § 42 nF Rn. 195.

198 Dahinstehen mag, inwieweit von den Sonderrechten für Hochschülerfinder tatsächlich eine praktisch relevante Gefahr ausgeht. Die Befürchtungen als gerechtfertigt erachtend z.B. *Stallberg GRUR* 2007, 1035; *Weyand/Haase GRUR* 2007, 28 (33).

199 Deutlich BMWi (o. Fn. 25), 57: nachvollziehbares Anliegen der Industriepartner; ebenso *Bartenbach/Volz* (o. Fn. 55) § 42 nF Rn. 195: interessengerecht; *Gärditz* (o. Fn. 69) Rn. 38.

200 Vgl. BMWi (o. Fn. 25), 5; *Kretzer* (o. Fn. 33), 73; *Beyerlein Mitt.* 2008, 498 (500).

201 Vgl. auch *Bergmann*, Erfindungen von Hochschulbeschäftigten nach der Reform von § 42 ArbNErfG, 2006, Rn. 729 ff. (Umgehungsgeschäft); *Beyerlein*, Umgehungsgeschäft beim Gesetz über Arbeitnehmererfindungen (ArBEG) durch Vereinbarungen zwischen Arbeitnehmer und Dritten unter besonderer Berücksichtigung der Hochschulkoooperationsverträge, *Mitt.* 2005, 152 (155); *Heide InTeR* 2013, 2 (5 in Fn. 28). – AA *Kretzer* (o. Fn. 33), 71; *IHKs NRW/AG IHK Hessen* (o. Fn. 23), 12; *Schwab* (o. Fn. 165) § 42 Rn. 18.

202 *Ulrici WissR* 48 (2015), 318 (322 f.). – Vorsichtig jetzt auch BMWi (o. Fn. 25), 57, 62. – Abgesehen davon liegt in der Mitwirkung von Dienstherren am Zustandekommen solcher Abreden ein Verstoß gegen die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht (§ 78 BBG, § 45 BeamStG).

gunsten des Forschers) ausweitet. Entgegen h.A. entgegen solche Verschärfungen der Unwirksamkeit nicht aus dem Grund, dass sich § 22 S. 1 ArbNErfG nur gegen Abreden zwischen Arbeitgeber (Dienstherr) und Arbeitnehmer (Beamter), nicht aber gegen Abreden mit Dritten richtet.²⁰³ Selbst wenn man dies zu Grunde legt,²⁰⁴ darf der persönliche Wirkbereich von § 22 S. 1 ArbNErfG nicht formal, sondern muss teleologisch bestimmt werden. Dann aber ist offenbar, dass auch Abreden mit einem an einer Forschungskooperation beteiligten Unternehmen und zwar selbst dann erfasst werden, wenn sie nicht Teil eines dreiseitigen Vertrags sind, sondern in einer gesonderten Urkunde niedergelegt werden.²⁰⁵ Denn diese Abreden sind untrennbar mit dem Arbeits- bzw. Beamtenverhältnis verbunden.²⁰⁶ Sie zielen ihrem Zweck nach unmittelbar darauf, dass (auch) der Arbeitgeber (Dienstherr) Kenntnis von einer Erfindung erlangt und diese in Anspruch nehmen kann.²⁰⁷ Denn ohne Inanspruchnahme könnte weder der Arbeitgeber (Dienstherr) noch das beteiligte Unternehmen die Erfindung zum Schutzrecht anmelden, ohne einem Anspruch aus § 8 PatG ausgesetzt zu sein. Abgesehen hiervon übernehmen Arbeitnehmer (Beamte) derartige Pflichten aber auch nur im Interesse ihres Arbeitgebers (Dienstherrn), um diesem die Eingehung einer Forschungskooperation zu ermöglichen, sowie im Hinblick auf ihr bestehendes Arbeitsverhältnis (Beamtenverhältnis),²⁰⁸ aufgrund dessen sie zur Forschung verpflichtet sind (z.B. § 35 Abs. 3 S. 1 HG NRW, § 67 Abs. 1 SächsHSFG).²⁰⁹ Die ggü. anderen Kooperationspartnern übernommene Pflicht, auf einen Vertragsschluss durch die eigenen Mitarbeiter hinzuwirken,²¹⁰ belegt dies eindrucksvoll. Wodurch wenn nicht unter Ausnutzung des jeweiligen Abhängigkeitsverhältnisses²¹¹ soll auf einen Vertragsschluss der Forscher hingewirkt werden?

• Abgesehen hiervon erweisen sich entsprechende Abreden regelmäßig (oben IV. 2. a. cc.) zumindest

nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB als unwirksam, weil sie den Forscher einseitig belasten, ohne dass diese Belastung durch hinreichende Interessen des Unternehmens gerechtfertigt oder anderweitig ausgeglichen wird (z.B. durch eine nennenswerte Ertragsbeteiligung). Denn den Interessen weiterer Kooperationspartner wird ausreichend dadurch Rechnung getragen, dass ihnen Rechte ggü. dem anstellenden Kooperationspartner bzw. dem Forschungsverbund zustehen. Im Wirtschaftsverkehr wird im Allgemeinen nicht als erforderlich angesehen, neben dem eigentlichen Geschäftspartner auch die für diesen tätigen Gehilfen rechtlich zu binden.

Unwirksam sind ebenso Abreden, nach denen sich ein Forscher ggü. einem ihn nicht anstellenden Kooperationsmitglied dazu verpflichtet, zukünftige frei gewordene Erfindungen (vgl. §§ 8, 16 ArbNErfG) unentgeltlich (oder zu Vorzugskonditionen) zu übertragen. Die Unwirksamkeit folgt wiederum aus § 22 S. 1 ArbNErfG. Denn nach dem ArbNErfG soll der Arbeitgeber (Dienstherr) entscheiden dürfen, ob er eine Diensterfindung für sich in Anspruch nimmt und im Gegenzug an den Arbeitnehmer (Beamten) eine gesonderte Vergütung zahlt oder die Diensterfindung frei gibt mit der Folge, dass der Arbeitnehmer (Beamte) den wirtschaftlichen Wert vollständig selbst heben kann. Dem läuft die Verpflichtung zur unentgeltlichen (oder zu Vorzugskonditionen erfolgenden) Übertragung frei gewordener Erfindungen diametral entgegen. Denn der Arbeitgeber (Dienstherr) könnte eine Diensterfindung freigeben mit der Folge, dass der Arbeitnehmer (Beamte) keine gesonderte Erfindervergütung erlangt, zugleich den Wert der Erfindung aber nicht vollständig selbst heben kann, weil er diese an einen Partner seines Arbeitgebers (Dienstherrn) verliert. Abgesehen hiervon erweisen sich entsprechende Abreden regelmäßig (oben IV. 2. a. cc.) wiederum zumindest nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB als unwirksam. Denn die Übertragung eines Rechts ohne (ausreichende) Gegenleistung ist im Regelfall unangemessen.²¹²

203 AA *Bartenbach/Volz* (o. Fn. 55) § 42 nF Rn. 196; *Eberle/Handzik* (o. Fn. 27) Rn. 57; *Kretzer* (o. Fn. 33), 56, 71; *Leuze* (o. Fn. 68) § 42 nF Rn. 45; *Rosenberger* (o. Fn. 187), Kap. 8 Rn. 95 ff.; IHKs NRW/AG IHK Hessen (o. Fn. 23), 12; IHK NRW (o. Fn. 52), 14; vgl. auch *Bartenbach/Volz* GRUR 2002, 743 (758); v. *Falck/Schmalz* GRUR 2004, 469 (471, 472).

204 Vgl. allg. auch *Schwab* (o. Fn. 165) § 22 Rn. 1: Arbeitsvertragsparteien. – Weitergehend *Kürsawe* (o. Fn. 139) § 22 Rn. 34.

205 AA *Kretzer* (o. Fn. 33), 75: getrennte Urkunden schützen vor Unwirksamkeit; in diese Richtung auch *Rosenberger* (o. Fn. 187), Kap. 8 Rn. 102 ff.: (Unwissenheit schützt).

206 Vgl. nur TUM (o. Fn. 3), 27 (ANNEX III § 6a Abs. 1 S. 2), 28 (ANNEX III § 6b Abs. 1 S. 4 f.).

207 Vgl. IHK NRW (o. Fn. 52), 14: Hochschule informiert daraufhin das Unternehmen; *Eberle/Handzik* (o. Fn. 27) Rn. 58. – AA *Bartenbach/Volz* (o. Fn. 55) § 42 nF Rn. 196 mit dem bloß formalen

Hinweis, es sei kein Vertrag iSv § 328 BGB.

208 Vgl. nur TUM (o. Fn. 3), 27 (ANNEX III § 6a Abs. 1 S. 3), 28 (ANNEX III § 6b Abs. 1 S. 5).

209 Zur Verpflichtung zur Forschung vgl. allg. VG Regensburg 18.03.2016 - RN 10A DB 15.776 = BeckRS 2016, 46075.

210 Vgl. IHK NRW (o. Fn. 52), 15: „Die Vertragsparteien tragen dafür Sorge, ...“; TUM (o. Fn. 3), 27 (ANNEX III § 6a Abs. 1 S. 2 f.); vgl. auch BMWi (o. Fn. 25), 38 (Ziff. 6.5); *Eberle/Handzik* (o. Fn. 27) Rn. 57.

211 Vgl. auch *Bergmann* (o. Fn. 201) Rn. 743 f. – Verkannt dagegen von *Bartenbach/Volz* (o. Fn. 55) § 42 nF Rn. 196; *Kretzer* (o. Fn. 33), 71 f.

212 Vgl. BAG 06.09.2007 - 2 AZR 722/06 = NZA 2008, 219 Rn. 37; BAG 21.06.2011 - 9 AZR 203/10 = NZA 2011, 1338 Rn. 47 ff.; BAG 25.09.2014 - 2 AZR 788/13 = NJW 2015, 1038 Rn. 24.

Gleichermaßen unwirksam sind entsprechende Abreden, wenn sie sich auf zukünftige geborene freie Erfindungen (§ 4 Abs. 3 ArbNErfG) beziehen. Ihre Unwirksamkeit folgt wiederum aus § 22 S. 1 ArbNErfG. Denn diese Erfindungen müssen nach § 19 ArbNErfG nur entgeltlich und zudem nur angeboten werden, wenn der Arbeitnehmererfinder eine anderweitige Verwertung beabsichtigt (oben IV. 1. b. cc.). Eine losgelöst von einer Verwertungsabsicht des Erfinders und überdies ohne Gegenleistung vorgesehene Pflicht zur Übertragung (Lizenzierung) geht hierüber hinaus. Aus den bereits dargelegten Gründen folgt Abweichendes nicht daraus, dass Begünstigter nicht der Arbeitgeber (Dienstherr), sondern ein Dritter (insbes. beteiligtes Unternehmen) ist (s.o.). Darüber hinaus sind entsprechende Abreden regelmäßig (oben IV. 1. b. cc.) wiederum jedenfalls nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam.

Soweit sich entsprechende Abreden auf bereits gemachte (und mitgeteilte) geborene freie oder frei gewordene Erfindungen einschließlich solcher, die bereits vor Beginn des Arbeits- bzw. Dienstverhältnisses gemacht wurden, beziehen, sind sie ebenfalls unwirksam. Dies folgt allerdings nicht aus § 22 S. 1 ArbNErfG, weil das ArbNErfG nur ggü. „im Voraus“ getroffenen Abreden zwingend gilt.²¹³ Allerdings sind entsprechende Klauseln regelmäßig (oben IV. 1. b. cc.) nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam. Sie erweisen sich aufgrund ihrer einseitig belastenden Wirkungen als unangemessen, weil die Belastung des Arbeitnehmers (Beamten) weder durch hinreichende Interessen der Mitglieder einer Kooperation gerechtfertigt ist noch kompensiert wird.

Schließlich sind Abreden unwirksam, welche einen Arbeitnehmer (Beamten) davon abhalten sollen, seine Rechte nach § 42 Nr. 1-3 ArbNErfG geltend zu machen.²¹⁴ Dies folgt aus § 22 S. 1 ArbNErfG, weil solche Abreden nicht isoliert gleichsam der Abrede eines Hochschularbeitnehmererfinders mit einem beliebigen Dritten, sondern aus den bereits dargelegten Gründen wie eine entsprechende Abrede zwischen dem Arbeitnehmer (Beamten) und seinem Arbeitgeber (Dienstherrn) betrachtet werden müssen, weil sie letztlich (auch) im Interesse der Hochschule liegen (s.o.).²¹⁵ Unabhängig hiervon ergibt sich die Unwirksamkeit regelmäßig (oben IV. 1. b. cc.) aus § 307 Abs. 1 S. 1 BGB.

c) Ausblick: Besondere Rechtsform für Forschungsverbände

Das Projekt, eine wissenschaftsadäquate Rechtsform für Forschungsoperationen zu schaffen, zielt originär

zwar auf die Ebene des Forschungsverbands, d.h. die Rechtsbeziehungen zwischen den Kooperationspartnern. Es hat, insbes. wenn der Forschungskoperation Rechtssubjektivität zuerkannt wird, aber auch vorteilhafte Auswirkungen auf die Ordnung der Rechtsbeziehungen zu den Forschern.

Erstens erscheint der Wunsch nach einer eigenständigen rechtlichen Bindung von Forschern auch ggü. den sie nicht anstellenden Verbundmitgliedern teilweise als Ausdruck des Fehlens einer geeigneten Rechtsform. Dies ist der Fall, soweit er darin gründet, dass nicht die durch gleichberechtigte Kooperationspartner (horizontal) gebildete Verbundebene (vertikal) als Gegenspieler der Forscher, sondern die Gemeinschaft aus Forscher und Dienstgeber als Gegenspieler aller nicht anstellenden Mitglieder der Kooperation wahrgenommen wird. Weiter ist dies der Fall, soweit die nicht anstellenden Kooperationsmitglieder von einem unzureichenden Einfluss auf die zu den Forschern bestehenden Rechtsbeziehungen ausgehen. Erfolgen Forschungskoperationen zukünftig in geeigneter Rechtsform auf der Grundlage eines (verselbstständigten) Verbands mit klarer Governance, verringert sich das Absicherungsbedürfnis einzelner Mitglieder der Kooperation. Denn es würde zunächst deutlicher sichtbar, dass der Verbund einschließlich aller seiner Mitglieder Gegenspieler der Forscher ist. Weiter kommt hinzu, dass ein rechtlich verselbstständigter Verbund eigenes Zurechnungsobjekt sein kann. Ihm ggü. sind die Arbeitnehmer (Beamten) selbst im Falle der Anstellung bei einem Kooperationspartner mit nachfolgender Überlassung bereits aufgrund ihres Arbeits- oder Beamtenverhältnisses (§ 11 Abs. 7 AÜG), d.h. losgelöst von einer weiteren Vereinbarung verpflichtet. Jedes Mitglied des Forschungsverbands kann ohne Weiteres entsprechend den verbandsinternen Regelungen Einfluss darauf nehmen, dass eine Dienstleistung nicht freigegeben wird. Hierdurch reduziert sich das Bedürfnis, gesondert eine eigene Rechtsmacht ggü. den bei einem anderen Kooperationsmitglied angestellten Arbeitnehmern (Beamten) zu begründen.

Zweitens vermindert eine wissenschaftsadäquate Rechtsform das darin wurzelnde Bedürfnis für eine gesonderte vertragliche Bindung der Forscher, dass die in § 42 Nr. 1-3 ArbNErfG vorgesehenen Sonderrechte als störend angesehen werden. Denn eine wissenschaftsadäquate Rechtsform mit eigener Rechtssubjektivität erleichterte, dass das forschende Personal unmittelbar bei einem Verbund und nicht bei einem der Mitglieder angestellt wird. Dann aber findet § 42 Nr. 1-3

213 *Kursawe/Nebel* (o. Fn. 137) § 22 Rn. 47 f.

214 Vgl. bereits *Ulrici* *WissR* 48 (2015), 318 (322 f.).

215 Vgl. *Eberle/Handzik* (o. Fn. 27) Rn. 58; *Weyand/Haase* *GRUR* 2007, 28 (38): gemeinsames Interesse.

ArbNErfG auf diese Forscher keine Anwendung.²¹⁶ Denn die nach ganz h.A. rein formal auszulegende Regelung in § 42 ArbNErfG findet nur auf Erfinder an einer Hochschule i.S.v. § 1 HRG Anwendung.²¹⁷ Es werden damit zwar auch die an Hochschulen angestellten und einer Forschungskoope- ration gestellten Personen erfasst, weil eine Hochschule der Kooperation nicht weitergehende Rechte überlassen kann, als ihr selbst zukommen.²¹⁸ Nicht erfasst werden aber die bei sonstigen Forschungseinrichtungen und damit auch die unmittelbar bei einem Forschungsverbund angestellten Erfinder.²¹⁹

Drittens fördert eine geeignete Rechtsform durchgängig die im Beziehungsgeflecht aus den einzelnen Kooperationspartnern und den mitwirkenden Forschern insbes. aufgrund strukturell grundverschiedener Verhandlungsmacht gebotene Trennung der Gestaltungsebenen. Während die anfänglich auch vom BMWi empfohlenen dreiseitigen Vereinbarungen alle Vertragsparteien entgegen der ihnen materiell zukommenden Stellung formal auf die gleiche Stufe stellen und damit die Koordinierung auf der Ebene des Forschungsverbunds (horizontale Ebene) mit der Koordinierung im Verhältnis zu den Forschern (vertikale Ebene) vermischen, fördert eine besondere Rechtsform eine sichtbare Trennung. Denn wenn zur Gründung eines Forschungsverbunds ein Grundlagenvertrag (Satzung) durch die sich zusammenschließenden Kooperationspartner zu schließen ist, sensibilisiert dies dafür, eine bewusste und sichtbare Entscheidung darüber zu treffen, wer als gleichberechtigter Kooperationspartner auf horizontaler Ebene Mitglied des Verbunds sein soll. Nur diese Personen, d.h. regelmäßig die Hochschulen,²²⁰ sonstigen Forschungseinrichtungen und beteiligten Unternehmen, nicht aber das forschende Personal werden dann auch formell am Grundlagenvertrag mitwirken und ihre Rechtskreise koordinieren.

3. Eigenständiges Arbeitnehmererfinderrecht?

Mittels einer wissenschaftsadäquaten (und mit Rechts- subjektivität ausgestatteten) Rechtsform für Forschungs- kooperationen lässt sich zwar der Wunsch nach einer gesonderten rechtlichen Bindung der angestellten Forscher ggü. einzelnen Verbundmitgliedern verringern. Allerdings werden hierdurch die hinter diesem Wunsch stehenden Interessen nicht umfassend befriedigt. Denn

sie lassen im Regelfall das Bestehen der als problematisch angesehenen Sonderrechte nach § 42 Nr. 1-3 ArbNErfG unberührt. Zwar konnte aufgezeigt werden, dass diese Rechte nicht bestehen, soweit das forschende Personal nicht bei einer beteiligten Hochschule, sondern beim Forschungsverbund selbst angestellt ist. Allerdings wird eine solche Gestaltung voraussichtlich die Ausnahme bleiben. Denn Hochschulen sind als Forschungspartner vor allem aus dem Grund interessant, dass sie über qualifiziertes Personal verfügen.²²¹ An diesem Pfund wollen sie naturgemäß festhalten.²²² Auch wollen sie die bei ihnen angestellten Forscher noch nicht einmal vorübergehend einer Forschungskoope- ration vollständig zur Verfügung stellen, weil diese insbes. auch in die Lehre eingebunden sind.

Deshalb ist der Frage nachzugehen, ob im Zusammen- hang mit der Kodifikation einer besonderen Rechts- form für Forschungsverbünde vorgesehen wird, dass die Sonderrechte nach § 42 Nr. 1-3 ArbNErfG keine Anwen- dung finden, soweit Hochschulbeschäftigte für einen Forschungsverbund, an dem die Hochschule beteiligt ist, tätig werden. Für entsprechende punktuelle Änderun- gen spricht, dass sich hierdurch voraussichtlich For- schungsverbünde (unter Beteiligung von Hochschulen) fördern ließen. Auch würde verhindert, dass die auf Hochschulen und ihre Beziehung zu Forschern zuge- schnittenen Regelungen sich zu Lasten weiterer Mitglie- der eines Forschungsverbunds auswirken. Gegen eine solche punktuelle Regelung spricht aber, dass ihre Erforderlichkeit aus der geltenden Ausgestaltung des (Hoch- schul-)Arbeitnehmererfinderrechts resultiert. Eine Kor- rektur bedeutete daher einen Eingriff in das geltende (Hochschul-)Arbeitnehmererfinderrecht mit dem Er- gebnis, dass einzelne Hochschulerfinder anders als ande- re behandelt würden. Eine Rechtfertigung hierfür ist un- ter Berücksichtigung der die in § 42 ArbNErfG enthalte- nen Sonderregelungen tragenden Wertungen nicht er- sichtlich. Dies gilt in besonderem Maße, solange der Gesetzgeber die Beteiligung von Hochschulen an einem Forschungsverbund nicht inhaltlich steuert und daher nicht verhindert, dass Hochschulen durch (willkürliche) Eingehung einer Forschungskoope- ration ihre besondere Gebundenheit nach § 42 ArbNErfG abstreifen. Erforderlich erscheint daher eine generelle Revision des Hoch- schulerfinderrechts (z.B. Rücknahme des zwingenden

216 Zur verfassungsrechtlichen Frage vgl. *Weyand/Haase* GRUR 2007, 28 (34).

217 *Boemke/Sachadae* (o. Fn. 131) § 42 Rn. 25 ff.; *Kelp* (o. Fn. 68) Rn. 41; *Leuze* (o. Fn. 68) § 42 nF Rn. 6 f.

218 *Ulrici* WissR 48 (2015), 318 (331).

219 *Boemke/Sachadae* (o. Fn. 131) § 42 Rn. 27; *Kelp* (o. Fn. 68) Rn. 41; *Wündisch/Hering* GRUR Int 2009, 106 (108). – Vgl. auch *Weyand/*

Haase GRUR 2007, 28 (31 f.).

220 Vgl. *Weyand/Haase* GRUR 2007, 28 (38): primäre Verhandlungs- und Vertragspartner.

221 *Weyand/Haase* GRUR 2007, 28.

222 Auch werden die bei einer Hochschule angestellten Forscher an ihrer dortigen Anstellung durchgängig festhalten wollen, vgl. *Pahlow/Gärditz* WissR 39 (2006), 48 (67).

Charakters), welche allerdings weit über die Schaffung einer wissenschaftsadäquaten Rechtsform hinausreichende Überlegungen erforderte.

Unabhängig hiervon ist zu erwägen, dem in den eine gesonderte rechtliche Bindung auch der Forscher vorsehenden Musterverträgen artikulierten Interesse am Zugriff auf frei gewordene und geborene freie Erfindungen dadurch zu entsprechen, dass die für einen Forschungsverbund tätigen Personen zur (un-)entgeltlichen Rechtseinräumung verpflichtet werden. Auch für eine solche punktuelle Änderung spricht, dass sich hierdurch voraussichtlich Forschungsverbände fördern ließen. Gleichwohl ist von entsprechenden Änderungen Abstand zu nehmen. Sie würden zu Lasten der zur Förderung des Zwecks eines Forschungsverbunds tätigen Forscher erfolgen. Da ein entsprechendes Interesse von Dienstgebern aber generell keine Anerkennung gefunden hat, ist es auch für Forschungsverbände und seine Mitglieder nicht anzuerkennen. Denn das Interesse eines Forschungsverbunds oder seiner Mitglieder am Zugriff auf sog. Background unterscheidet sich nicht von dem generellen Interesse, im Zusammenhang mit Forschung und Entwicklung auf solchen zuzugreifen.

V. Forscherebene

1. Sog. Foreground

a) Ausgangspunkt

Soweit an einer Erfindung mehrere Erfinder beteiligt sind, bilden diese originär eine Bruchteilsgemeinschaft (§ 741 ff. BGB).²²³ Die auf der Beschäftigungsebene (insbes. nach dem ArbNErfG) bestehenden Zugriffsrechte beziehen sich in diesem Fall jeweils auf die Bruchteile unabhängig davon, ob der Beitrag eines Forschers selbst schutzfähig ist, weil und soweit der Forscher nach patentrechtlichen (nicht das Arbeitsverhältnis, sondern die Beziehung zur Allgemeinheit in den Blick nehmenden) Grundsätzen Miterfinder ist und er seinen Bruchteil an der Erfindung aus den in § 4 Abs. 2 ArbNErfG benannten Gründen durch Förderung seitens des Arbeitgebers (Dienstherrn) erlangt hat. Der Arbeitgeber (Dienstherr) kann die einzelnen Bruchteil in Anspruch nehmen und im besten Falle alle bei sich vereinen.²²⁴ Hat aber z.B. neben Arbeitnehmern (und Beamten) auch ein Dritter (z.B. externer Doktorand)²²⁵ an der Erfindung mitgewirkt, kann der Arbeitgeber (Dienstherr) als solcher nur die durch seine Arbeitnehmer (Beamten) geschaffenen

Bruchteile an sich ziehen und steht anschließend selbst in einer Bruchteilsgemeinschaft mit dem Dritten.²²⁶ Bedeutung erlangen dann die mit dem externen Dritten (im Voraus) getroffenen Abreden (oben IV. 1. b. ee.).

Die Rechte der Miterfinder zur Verwaltung und Nutzung der Erfindung bestimmen sich im Verhältnis zueinander nach §§ 743 Abs. 2, 744, 745 BGB.²²⁷ Für den dort zu erzielenden Interessenausgleich sieht das Gesetz vor, dass jedem Miterfinder ein seinem Anteil entsprechender Bruchteil der Früchte gebührt. Unabhängig hiervon ist jeder Miterfinder zum Gebrauch der Erfindung insoweit befugt, als nicht der Mitgebrauch der übrigen Miterfinder beeinträchtigt wird. Die Verwaltung obliegt den Miterfindern gemeinschaftlich. Jeder Miterfinder ist aber berechtigt, die zur Erhaltung des Gegenstands notwendigen Maßregeln ohne Zustimmung der anderen Miterfinder zu treffen; er kann verlangen, dass diese ihre Einwilligung zu einer solchen Maßregel im Voraus erteilen. Durch Stimmenmehrheit kann eine der Beschaffenheit der Erfindung entsprechende ordnungsmäßige Verwaltung und Benutzung beschlossen werden. Jeder Miterfinder kann, sofern nicht die Verwaltung und Benutzung durch Vereinbarung oder durch Mehrheitsbeschluss geregelt ist, eine dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung und Benutzung verlangen. Eine wesentliche Veränderung des Gegenstands kann aber nicht beschlossen oder verlangt werden. Auch kann das Recht des einzelnen Miterfinders auf einen seinem Anteil entsprechenden Bruchteil der Nutzungen nicht ohne seine Zustimmung beeinträchtigt werden.

b) Regelungstechnischer Normalfall

Im Grundsatz ist eine eigenständige horizontale Interessenabstimmung auf Forscherebene entbehrlich und erlangt keine praktische Bedeutung. Soweit die im Interesse eines Forschungsverbunds tätigen Personen ggü. dem Forschungsverbund oder einem seiner Mitglieder zur Übertragung ihres Bruchteils an der gemachten Erfindung verpflichtet sind oder in Bezug auf den jeweiligen Erfindungsanteil sogar ein Inanspruchnahmerecht nach dem ArbNErfG ausgeübt wird, bestehen im Verhältnis der Forscher zueinander kaum koordinierungsbedürftige Interessen. Die beteiligten Forscher bringen ihre Interessen vielmehr auf der Beschäftigungsebene zur Geltung. I.Ü. werden entweder die Erfindungsbruchteile in der Hand des Forschungsverbunds oder eines seiner Mitglieder vereint und eine horizontale Abstim-

223 BGH 22.03.2005 - X ZR 152/03 = GRUR 2005, 663; Heide InTeR 2013, 2 (6); Raif (o. Fn. 138) § 4 Rn. 105; Weyand/Haase GRUR 2007, 28 (34).

224 Raif (o. Fn. 138) § 4 Rn. 109 ff.

225 Vgl. Kraßer/Schricker (o. Fn. 16), 27.

226 Vgl. Bergmann (o. Fn. 201) Rn. 698.

227 Vgl. dazu BGH 22.03.2005 - X ZR 152/03 = GRUR 2005, 663 (663 f.); Weyand/Haase GRUR 2007, 28 (34).

mung zwischen den Bruchteilen ist entbehrlich oder die Erfindungsbruchteile stehen jedenfalls insgesamt den Mitgliedern eines Forschungsverbunds zu und es bedarf dann einer Koordination nur unter diesen, für welche mit den auf der Verbundebene geltenden Regeln bereits ein Regime existiert.

c) Sonderfall: Beteiligung von Hochschulerfindern

Einer Abstimmung auf Forscherebene bedarf es allerdings, soweit nicht alle Miterfinder im gleichen Maße auf der Beschäftigungsebene rechtlich gebunden sind. Dies betrifft vor allem die Fälle, in denen zumindest einer von ihnen Hochschulerfinder ist. Denn diesem stehen nach § 42 ArbNErfG Sonderrechte in Bezug auf die von ihm (mit-)gemachte Erfindung und nicht nur betreffend seinen Erfindungsanteil zu. Deren Wahrnehmung kann die den übrigen Miterfindern (Hochschul- oder normale Arbeitnehmererfinder) auf Beschäftigungsebene zustehenden Rechte beeinträchtigen:

- Das nach § 42 Nr. 1 ArbNErfG bestehende Recht, eine (Dienst-)Erfindung im Rahmen der Lehr- und Forschungstätigkeit zu offenbaren, betrifft notwendig die gesamte Erfindung und nicht nur den einem Hochschulerfinder zustehenden Bruchteil. Seine Ausübung kann die Neuheit der Erfindung ausräumen und damit die Erteilung eines Schutzrechts ausschließen. Es besteht als Ausfluss einer Beschränkung des Inanspruchnahme-rechts nach § 6 ArbNErfG mit Konsequenzen für die diesem dienende Geheimhaltungspflicht (§ 24 Abs. 2 ArbNErfG) allerdings nur ggü. dem Arbeitgeber (Dienstherrn) und dessen Rechtsnachfolger, nicht dagegen ggü. Miterfindern.²²⁸ Im Verhältnis der Miterfinder (oder ihrer Rechtsnachfolger) zueinander kann die positive Publikationsfreiheit nur nach Maßgabe von § 743 Abs. 2 BGB, d.h. vor einer prioritätsbegründenden Anmeldung zum Schutzrecht nur nach interner, die betroffenen Grundrechtspositionen beachtender Abstimmung im Rahmen gemeinschaftlicher Verwaltung (§§ 744 Abs. 1, 745 BGB) wahrgenommen werden.²²⁹

- Die Befugnis, sich nach § 42 Nr. 2 ArbNErfG gegen das Offenbaren einer Dienst-erfindung zu entscheiden, betrifft nach Sinn und Zweck notwendig die gesamte Erfindung und wird ihrerseits dadurch entwertet, dass andere Miterfinder die Erfindung offenbaren. An einer eigenen Offenbarung sind andere Miterfinder gleichwohl nicht nach § 42 Nr. 2 ArbNErfG gehindert, weil sich die-

se Regelung nicht an Miterfinder richtet.²³⁰ Allerdings sind andere Miterfinder nur nach Maßgabe von § 744 BGB, d.h. im Rahmen gemeinschaftlicher Verwaltung zur Offenbarung berechtigt.²³¹ Entsprechend beschränkt bestehen auch nur ihre Verpflichtungen zur Meldung (§ 5 ArbNErfG) oder Mitteilung (§ 18 ArbNErfG) ggü. ihrem jeweiligen Arbeitgeber (Dienstherrn).²³²

- Das nach § 42 Nr. 3 ArbNErfG bestehende Recht, eine gemachte Erfindung auch nach einer Inanspruchnahme durch die Hochschule im Rahmen der eigenen Lehre und Forschung zu nutzen, betrifft nach Sinn und Zweck die gesamte Erfindung und nicht lediglich den Erfindungsbeitrag des Hochschulerfinders. Es wurzelt als Ausfluss einer Beschränkung des Inanspruchnahme-rechts nach § 6 ArbNErfG im dem Hochschulerfinder originär zustehenden Bruchteil an der Erfindung. Deshalb kann es im Verhältnis zu den anderen Miterfindern nur unter Beachtung von § 743 Abs. 2 BGB sowie i.Ü. nach Maßgabe von §§ 744 Abs. 1, 745 BGB wahrgenommen werden.

2. Sog. Background

In Bezug auf den sog. Background verfolgen die angestellten Forscher als solche keine eigenen, sondern nur abgeleitete Interessen. Denn ihnen kommt nur eine dem Zweck des Forschungsverbunds dienende Funktion zu. Die den sog. Background betreffende Interessenkoordination erfolgt durch den Forschungsverbund und seine Mitglieder horizontal untereinander oder vertikal mit einzelnen Forschern, nicht aber horizontal auf der Forscherebene. Vermittelt durch die Beschäftigungsebene wirkt die durch den Forschungsverbund oder seine Mitglieder diesbezüglich erfolgte Interessenkoordination auch für und gegen die abhängig beschäftigten Forscher. In dem Maße wie der Forschungsverbund oder seine Mitglieder zur Nutzung des sog. Background berechtigt sind, können sie diese Befugnisse durch für sie abhängig tätige Forscher ausüben lassen; zu Geheimhaltungspflichten der Forscher vgl. IV. 1. b. cc.

VI. Ergebnisse

1. Aus dem Zusammenschluss von Hochschulen, sonstigen Forschungseinrichtungen und/oder Unternehmen zu einem Forschungsverbund ergibt sich im Zusammenhang mit geistigen Leistungen erheblicher Koordinie-

228 Vgl. *Weyand/Haase* GRUR 2007, 28 (34).

229 Vgl. auch *Bartenbach/Hellebrand* Mitt. 2002, 165 (168); *Weyand/Haase* GRUR 2007, 28 (34); *Reetz*, Erfindungen an Hochschulen, 2007, 295 ff.; *Soudry* (o. Fn. 153), 122 ff. – *Abw. Leuze* (o. Fn. 68) § 42 nF Rn. 29; *ders.* GRUR 2005, 27 (33).

230 *Ulrici* WissR 48 (2015), 318 (323); vgl. auch *Boemke/Sachadae*

(o. Fn. 131) § 42 Rn. 100 ff.

231 *Ulrici* WissR 48 (2015), 318 (323 f.); vgl. auch *Boemke/Sachadae* (o. Fn. 131) § 42 Rn. 103 *Weyand/Haase* GRUR 2007, 28 (34). – *Abw. Leuze* (o. Fn. 68) § 42 nF Rn. 33.

232 *Ulrici* WissR 48 (2015), 318 (324).

rungsbedarf. Dieser betrifft die hervorgebrachten Forschungsergebnisse und zu ihnen erteilte Schutzrechte (sog. Foreground), daneben aber auch bereits bestehendes, zur Erreichung des von einem Forschungsverbund verfolgten Zwecks nützliches Wissen und zu diesem erteilte Schutzrechte (sog. Background).

2. Eine Koordinierung muss auf drei voneinander zu unterscheidenden Ebenen erfolgen. Die Mitglieder eines Forschungsverbands müssen ihre kollidierenden Interessen am Zugriff und Schutz sowie der Verwertung geistiger Leistungen in Ausgleich bringen (horizontale Verbundebene). Darüber hinaus müssen die gegenläufigen Interessen der unmittelbar geistige Leistungen erbringenden Forscher einerseits und des Forschungsverbands sowie seiner Mitglieder andererseits ausgeglichen werden (vertikale Beschäftigungsebene). Schließlich kann Abstimmungsbedarf bestehen zwischen den Interessen einzelner Forscher und den Interessen anderer Forscher (horizontale Forscherebene). Die Schaffung einer eigenen Rechtsform für Forschungsverbände fördert die gebotene Trennung der Ebenen. Das Erfordernis, einen Grundlagenvvertrag (Satzung) abzuschließen, schärft insbes. das Bewusstsein für die Trennung der Verbund- von der Beschäftigungsebene. Außerdem kann die Schaffung einer eigenen Rechtsform das Bedürfnis nach einer gesonderten vertraglichen Bindung der Forscher ggü. weiteren Mitgliedern eines Forschungsverbands verringern.

3. Derzeit empfiehlt sich nicht, die auf der Verbundebene erforderliche Interessenkoordinierung durch gesetzliche Regelungen vorzunehmen. Zwar konnten Vor-

schläge für typischerweise sachgerechte Lösungen grob skizziert werden. Allerdings bedürfen diese noch einer breiten und intensiven Diskussion. Auch ohne diese könnte im Zusammenhang mit der Schaffung einer besonderen Rechtsform zwar vorgegeben werden, welche zentralen Fragen in Bezug auf und im Zusammenhang mit sog. geistigem Eigentum zwingend einer Regelung in der Satzung bedürfen. Die hiermit verbundenen praktischen Vorteile dürften aber überschaubar bleiben. Nicht geboten erscheint derzeit, durch besondere gesetzliche Regelungen die auf der Verbundebene gebotene Vertragsgerechtigkeit zu sichern. Es lässt sich gegenwärtig nicht hinreichend typisieren, inwieweit die Vertragsgerechtigkeit im Zusammenhang mit der Begründung von Forschungsverbänden gefährdet ist.

4. Auf der Beschäftigungsebene hat der notwendige Interessenausgleich betreffend den sog. Foreground eine detaillierte Ausgestaltung durch das ArbNErfG erfahren. Allerdings werden einzelne im ArbNErfG für Hochschulförder vorgesehene Sondervorschriften aus Sicht der Praxis der Natur einer Forschungsk Kooperation als Risikogeschäft nicht gerecht. Eine von der Praxis befürwortete gesonderte vertragliche Bindung der beteiligten Forscher (insbes. Abschluss dreiseitiger Abreden) schafft insoweit keine Abhilfe. Erforderlich wäre eine Überarbeitung des ArbNErfG. Beschränkt auf die Mitwirkung von Hochschulförder an einer Forschungsk Kooperation ist eine solche nicht zu empfehlen.

Bernhard Ulrici ist Rechtsanwalt in Leipzig.

Lennart Göbel

*Diskussionsbericht zum Vortrag von Dr. Bernhard
Ulrici: Geistiges Eigentum in Forschungsverbänden*

Ulrici gab in seinem Referat einen straffen Überblick hinsichtlich der im Forschungsverbund regelmäßig abstimmungsbedürftigen Fragen der Zuweisung vorhandener und entstehender Schutzrechte (sog. *background IP* und *foreground IP*) und wies auf die *de lege lata* diesbezüglich bestehenden Gestaltungsschwierigkeiten hin. Eine besondere Herausforderung stelle die Koordination von Verbund- und Beschäftigungsebene unter Beachtung der zwingenden Vorgaben dar (vgl. § 22 ArbNErfG). Die bei der Gestaltung des Kooperationsvertrags *in praxi* häufig vorgenommene gesonderte vertragliche Bindung des Forschers gegenüber den ihn nicht anstellenden Verbundpartnern sei regelmäßig kein geeigneter Lösungsansatz. Die Schaffung einer wissenschafts-adäquaten Rechtsform könne zur Lösung jedenfalls eines Teils der von der Praxis ausgemachten Probleme beitragen.

Die sich dem Referat anschließende Erörterung behandelte zunächst praktische Schwierigkeiten und das Für und Wider einer eingangs zu treffenden Regelung zum Umgang mit *foreground IP* (dazu I.). Einen weiteren Schwerpunkt bildete die Position des Forschers im Kooperationsverhältnis (dazu II.).

Eberbach leitete die Diskussion mit der Feststellung ein, den Zeitraum der Forschungsarbeit präge die Fokussierung auf gemeinschaftlichen Wissensgewinn. Es schließe sich jedoch unmittelbar die Frage nach dem Umgang mit den gewonnenen Erkenntnissen, insbesondere ihrer Verteilung und Verwertung, an. Insoweit bedürfe es einer Ergänzung der bislang vordergründig behandelten Phase der gemeinsamen Schaffung von Wissen um eine Grundausrichtung zum Aspekt der Ergebnisverwendung.

I.

Der erste Diskussionsteilnehmer griff die im Referat angeklungene Vorstellung auf, der Umgang mit *foreground IP* (also den im Rahmen des Kooperationsprojekts entstehenden IP-Rechten) müsse – als „Merkposten“ – bei der Verhandlung des Kooperationsvertrags Berücksichtigung finden. Er fragte, welche konkreten inhaltlichen Regelungen damit gemeint seien. In der Praxis sei man bei Eingang der Kooperation nämlich regelmäßig bestrebt, die Regelungen

zur *foreground IP* möglichst allgemein zu halten und ihre genaue Klärung auf einen späteren Zeitpunkt zu verlagern. Hierfür würden tatsächliche wie rechtliche Erwägungen sprechen.

Zum einen könnten die Forschenden naturgemäß nicht absehen, über die Verwertung welcher Ergebnisse man sich zu einigen habe. Weiter seien die Forscher selbst zwar primäre Treiber der Kooperationsleistungen, ihr Interesse an den Ergebnissen sei jedoch in erster Linie publikationsbezogen. Verteilung und Verwertung derselben stehe bei Aufnahme der Kooperationsleistung mithin nicht im Vordergrund. Die Finanzabteilungen außeruniversitärer Forschungseinrichtungen würden zum zweiten regelmäßig darauf drängen, Verwertungsregeln vom Kooperationsvertrag zu trennen und gesondert zu verhandeln. Drittens würde eine Regelung betreffend die Verwertung entstehender IP-Rechte im Kooperationsvertrag – jedenfalls bei Kooperationen mit gewissem Institutionalisierungsgrad – eine Qualifizierung als Außen-GbR geradezu provozieren.

Ulrici rekurrierte in seiner Gegenrede auf das Idealbild einer Forschungskooperation, welches von der Vorstellung gekennzeichnet sei, dass die Forschungsarbeit gemeinsam geleistet werde, während die Verwertung der gewonnenen Ergebnisse getrennt erfolge. Dementsprechend sei sein im Referat erhobener Aufruf zur Regelung der IP-Rechte im Kooperationsvertrag nicht hinsichtlich ihrer Verwertung, sondern (nur) hinsichtlich ihrer Verteilung auf Verbundebene zu verstehen gewesen.

Für eine im Vorhinein getroffene Verteilungsregel spreche entscheidend die Gerechtigkeit der Chancen- und Risikoverteilung. Die Eingehung einer Forschungskooperation sei für alle Beteiligten risikobehaftet. Die durch die Erbringung der (gesellschafts-) vertraglich definierten Beiträge übernommenen Risiken gewährten jedem Kooperationspartner Anspruch auf Partizipation. Würden nun aber gleiche Risiken übernommen, so stünden den Partnern dem Grunde nach auch gleiche Partizipations- bzw. Fruchtziehungsrechte zu. Der insofern gebotene wirtschaftliche Ausgleich durch Verteilungsregeln könne sinnvollerweise nur im Vorhinein erfolgen, da sich die Verhandlungsstärke eines Kooperationspartners anderenfalls im Laufe der Zusammenarbeit zu Lasten des oder der anderen Verbundmitglieder verschieben könnte. Würde beispielsweise von

einem Kooperationspartner (sei es der Hochschulpartner oder eine außeruniversitäre Forschungseinrichtung) der Großteil des wissenschaftlichen Personals gestellt, so würde die von Gesetzes wegen (ArbNErfG) bestehende Rechtealokation bei diesem (Anstellungs-) Kooperationspartner zwangsläufig zu einer Verzerrung der Machtverhältnisse bei anschließenden Verteilungsverhandlungen auf Verbundebene führen und sich so auf die Sachgerechtigkeit und Fairness der zu treffenden Regelungen auswirken.

II.

Die folgende Wortmeldung lenkte die Diskussion auf die (gesellschaftsvertragliche) Stellung des Forschers in der wissenschaftlichen Kooperative. Interessant sei hier zum einen die Frage nach der Arbeitnehmereigenschaft des Forschenden und ob das Beschäftigungsverhältnis privat- oder öffentlich-rechtlich einzuordnen sei. Gerade im beamtenrechtlichen Beschäftigungsverhältnis sei eine privatautonome Zuordnung entstehender Rechte schwer zu erreichen.

Weiterhin meinte der Teilnehmer, die Rolle des Forschenden im Kooperationsvertrag müsse noch genauer erörtert werden. Dieser sei *in persona* in den Vertrag einzubeziehen, um im Laufe der Zusammenarbeit auftretende (Sach-) Probleme besser adressieren zu können, sowohl was die Rechte des Forschers gegenüber der Kooperation als auch das umgekehrte Verhältnis angehe. Beispielhaft wurde die gewissenseleitete Verweigerung eines Wissenschaftlers zur Fortführung der Forschungsarbeit genannt.

Die Antwort *Ulrici* konzentrierte sich auf den zuerst angesprochenen Aspekt. Auch er habe das Problem der gesetzlich determinierten Rechtezuordnung auf der Beschäftigungsebene erkannt. In der Praxis versuche man der insbesondere für Forschungsk Kooperationen als we-

nig sachgerecht empfundenen Regelung des § 42 ArbNErfG durch dreiseitige Vertragswerke beizukommen. Mittel der Wahl sei eine gesonderte vertragliche Bindung des Forschenden gegenüber den am Beschäftigungsverhältnis nicht beteiligten Verbundpartnern. Entsprechende Regelungen müssten – nach seinem Dafürhalten – jedoch regelmäßig nichtig sein, da sie darauf zielten, die Folgen des § 42 ArbNErfG abzumildern, wenn nicht gar abzubedingen. Dies ließe sich gestalterisch schlichtweg nicht erreichen, da die spezielle Regelung im ArbNErfG mit ihren (unliebsamen) Folgen gesetzgeberisch intendiert und zwingend sei.¹ Angesichts dessen müsse der Gesetzgeber davon überzeugt werden, jedenfalls (unter Beteiligung von Unternehmen) aus dem Anwendungsbereich des § 42 ArbNErfG zu nehmen. Dies wiederum sei potenziellen Wählern nur schwer vermittelbar und damit eine wenig erfolgversprechende politische Aufgabe, würde eine entsprechende gesetzgeberische Intervention konträr den § 42 ArbNErfG zugrundeliegenden Wertungen doch augenfällig den Interessen der Industriepartner dienen.

Letztlich bliebe somit nur der Weg über eine „Gesamtreform“ – also die bereits in anderem Kontext angesprochene Möglichkeit der umfänglichen Einpassung von Forschungsk Kooperationen in die vorgefundene Gesetzeslage (in Abgrenzung zu einem nur punktuellen Eingriff des Gesetzgebers auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts) – oder aber derartige Friktionen seien als Ausdruck divergierender Wertungen hinzunehmen.

Lennart Göbel ist Doktorand am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht an der Universität Heidelberg. Sein Dissertationsprojekt wird betreut von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff.

¹ vgl. dazu bereits *Ulrici*, *WissR* 48 (2015), 318, 322 hinsichtlich der teleologisch gebotenen Anwendung des § 22 ArbNErfG im Verhältnis des Erfinders zu mit dem Anstellungspartner kooperierenden Dritten.

Angela Kalous

*Vernetztes Arbeiten und Personalzuordnung**

Einführung

Der Erfolg von Universitäten im nationalen und internationalen Wettbewerb hängt in zunehmendem Maße auch vom Grad ihrer Vernetzung und der Qualität ihrer Zusammenarbeit mit außeruniversitären Forschungseinrichtungen ab. Das Aufbrechen der als „Versäulung“ bezeichneten Spezialität des deutschen Wissenschaftssystems, der institutionellen Trennung von universitärer und außeruniversitärer Forschung, gehört daher zu den wichtigen wissenschaftspolitischen Zielen in Bund und Ländern. Dieses Ziel wird insbesondere mit dem Exzellenzwettbewerb verfolgt¹ und findet seinen Niederschlag als Verpflichtung der Universitäten zur Kooperation in den Hochschulgesetzen der Länder.² Auch für die Mitglieder von Hochschulleitungen sind die damit verbundenen Fragestellungen gerade in jüngster Zeit wieder von hoher Aktualität und Relevanz.³

Die unterschiedlichen Dimensionen der Vernetzungen im Wissenschaftssystem kann man je nach Blickwinkel kategorisieren in forschungsthemenbezogene Kooperationen, regionalbezogene Kooperationen und personenbezogene Kooperationen, wobei sich die Dimensionen in der Praxis regelmäßig überschneiden.⁴ Die Forschungsthematik steht z.B. bei den Helmholtz-Allianzen im Vordergrund, die als Verbünde Helmholtz-Zentren, Universitäten und außerhochschulische Einrichtungen zusammenführen. Als regionalbezogene Kooperationen kann man die Nationalen Leistungszentren der Fraunhofer-Gesellschaft betrachten, an denen Universitäten, außerhochschulische Forschungseinrichtungen und die Wirtschaft beteiligt sind. Entsprechendes gilt für Helmholtz-Institute auf dem Campus von Universitäten oder das Helmholtz-Exzellenznetzwerk, das sich Helmholtz als ein neues Förderinstrument für Cluster im Bereich der Exzellenzstrategie ausgedacht hat und das aus dem Impuls- und Vernetzungsfonds des Präsidenten gefördert wird.⁵ Bei der personenbezogenen Kooperation steht die enge personelle Verflechtung von Universitäten und au-

ßeruniversitären Forschungseinrichtungen im Vordergrund, in der Regel auf der Ebene der wissenschaftlichen Führungskräfte wie der Professorinnen und Professoren. Im Vordergrund dieses Beitrags steht die personenbezogene Kooperation mit ihren spezifischen Herausforderungen insbesondere für die Universitäten.

Vernetztes Forschen am Beispiel der Universität Heidelberg

Die wichtigsten außeruniversitären Forschungseinrichtungen, mit denen die Universität Heidelberg längerfristige Partnerschaften unterhält, sind

- das Deutsche Krebsforschungszentrum in Heidelberg,
- das European Molecular Laboratory in Heidelberg (EMBL),
- die Gesellschaft für Schwerionenforschung in Darmstadt, ein Helmholtz-Institut,
- das Institut für Deutsche Sprache der Leibniz-Gemeinschaft in Mannheim,
- das Heidelberger Institut für Theoretische StudiengmbH,
- das Max-Planck-Institut für Astronomie in Heidelberg
- das Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht auf dem Campus der Universität Heidelberg,
- das Max-Planck-Institut für Kernphysik in Heidelberg,
- das Max-Planck-Institut für Medizinische Forschung, ebenfalls auf dem Campus der Universität Heidelberg,
- das Zentralinstitut für Seelische Gesundheit in Mannheim und
- das Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung der Leibniz-Gemeinschaft ebenfalls in Mannheim.⁶

* Wertvolle Unterstützung bei der Erstellung dieses Praxisberichts leisteten *Cornelia Stöcklein* und *Heike Dollmann*, Universität Heidelberg, denen an dieser Stelle herzlich gedankt sei.

1 Vgl. Positionspapier der DFG zur Zukunft des Wissenschaftssystems, Juli 2013, S. 3, http://www.dfg.de/download/pdf/dfg_im_profil/reden_stellungnahmen/2013/130704_dfg-positionspapier_zukunft_wissenschaftssystem.pdf.

2 Z.B. § 6 Abs. 1 bwLHG.

3 Siehe z.B. Jahrestagung der Kanzlerinnen und Kanzler der Universitäten Deutschlands mit dem Titel „Kooperation und Konkur-

renz: Universitäten und ihre Partner unter verschärften Wettbewerbsbedingungen?“ am 21. und 22. September 2017 in Potsdam.

4 Ebenso Pakt für Forschung und Innovation, Bericht der Helmholtz-Gemeinschaft 2017, S. 23 ff.

5 Fördervoraussetzung ist die Mitgliedschaft mindestens eines Helmholtz-Vertreters im Leitungsgremium des Clusters, was der Helmholtz-Gemeinschaft Einfluss auf dieses Fördersegment sichert.

6 Siehe auch http://www.uni-heidelberg.de/einrichtungen/ausser_uni.html

Alle Kooperationen haben eine ausführliche vertragliche Grundlage. Hierfür sind auf beiden Seiten professionelle, erfahrene Juristen und Vertragsmanager erforderlich.

Eine besondere Form der Zusammenarbeit stellt die Allianz zwischen dem Zentrum für Molekulare Biologie der Universität Heidelberg und dem Forschungsschwerpunkt „Zell- und Tumorbio­logie“ des Deutschen Krebsforschungszentrums dar. Über 400 Wissenschaftler aus Universität und Deutschem Krebsforschungszentrum arbeiten, unterstützt mit Mitteln aus der Exzellenzinitiative, eng zusammen. Im Fokus steht das Verständnis molekularer Prozesse und grundlegender Zellfunktionen. Mit gemeinsamen Forschungs- und Förderprogrammen, Leitungsgremien und Berufungen sowie der gemeinschaftlichen Nutzung der wissenschaftlichen Infrastruktur sollen Ressourcen besser genutzt und Plattformtechnologien optimal ausgelastet werden.

Die Kooperationen mit den außeruniversitären Forschungseinrichtungen unterstützen vor allem die vier Forschungsschwerpunkte der Universität Heidelberg, die sich in der Exzellenzinitiative als Teil des Zukunftskonzepts der Universität seit 2007 herausgebildet haben.⁷ Sie sind integraler Bestandteil der Forschungsstrategie der Universität: Das Field of Focus 1 „Molekular- und zellbiologische Grundlagen des Lebens“ stützt sich beispielsweise auf die Kooperationen mit dem Deutschen Krebsforschungszentrum, dem European Molecular Biology Laboratory und dem Max-Planck-Institut für Medizinische Forschung. Im Field of Focus 2 „Struktur und Musterbildung in der materiellen Welt“ kooperiert die Universität mit den Max Planck-Instituten für Astrophysik und für Kernphysik, dem Karlsruher Institut für Technologie und dem Helmholtzzentrum für Schwerionenforschung. Entsprechendes gilt für Field of Focus 3 „Kulturelle Dynamik in globalisierten Welten“ und Field of Focus 4 „Selbstregulation und Regulation: Individuen und Organisationen“.

Instrumente der personenbezogenen Kooperation

Die wesentlichen Instrumente der personenbezogenen Kooperation sind

- die gemeinsame Berufung,
- die Brückenprofessur,

- die außerplanmäßige oder Honorarprofessur,
- die Max Planck Fellowship sowie
- sonstige (z. B. Zuweisung bzw. Abordnung von Mitarbeitern des wissenschaftlichen Dienstes).

Der Begriff „Gemeinsame Berufung“ wird gebraucht, um die wichtigste Form der personenbezogenen Kooperation zu beschreiben: Ein Forscher bzw. eine Forscherin übernimmt eine Professur an einer Universität und gleichzeitig Forschungs- und Führungsaufgaben an einer außeruniversitären Einrichtung. Es geht also um eine gemeinsame Berufung in Leitungspositionen; nicht immer wird wirklich eine gemeinsame Berufung auf die Professur durch Einrichtung einer gemeinsamen Berufungskommission oder zweier gemeinsam tagender Berufungskommissionen durchgeführt.⁸ Manchmal finden die Auswahlverfahren nacheinander und nicht immer findet das eigentliche Auswahlverfahren zuerst an der Universität statt. Solche Berufungen können zu problematischen Diskussionen im Senat der Universität führen, wenn die Person quasi als „gesetzt“ gilt, was eben nicht bedeutet, dass die Universität die grundgesetzlichen und hochschulrechtlichen Vorgaben zur Bestenauslese außer Acht lassen kann.

Die Brückenprofessur ist eine besondere Form der personenbezogenen Kooperation, bei der der Forscher bzw. die Forscherin auf Dauer angelegte Aufgaben an der Universität und gleichzeitig an der Partnereinrichtung wahrnimmt, i.d.R. auch nach einer gemeinsamen Berufung.⁹

Außerplanmäßige¹⁰ oder Honorarprofessuren¹¹ sind meist die Form der personellen Zusammenarbeit mit den Max-Planck-Instituten. Hier gibt es kein dienstrechtliches, sondern nur ein hochschulrechtliches Band, das die Titelführung ermöglicht und zu zwei Semesterwochenstunden nicht vergüteter Lehre verpflichtet.

Darüber hinaus fördert die Max-Planck-Gesellschaft personenbezogene Kooperationen durch das Fellowship-Programm, mit dem herausragende Hochschullehrer und Hochschullehrerinnen für die Dauer von fünf Jahren die Leitung einer Arbeitsgruppe an einem Max-Planck-Institut – neben der Wahrnehmung ihrer Professur – ermöglicht wird oder mit dem Hochschulprofessoren und -professorinnen nach ihrer Pensionierung an der Universität für die Dauer von drei Jahren ihre For-

7 Siehe <http://www.uni-heidelberg.de/studium/journal/2013/01/zukunft.html>.

8 So aber die Modellbeschreibung in „Gemeinsame Berufungen von leitenden Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern durch Hochschulen und außerhochschulische Forschungseinrichtungen“, Gemeinsame Wissenschaftskonferenz, Heft 37, Bonn 2014, S. 6.

9 An der Universität Heidelberg wird der Begriff teilweise auch zur Bezeichnung von Professuren gebraucht, die inneruniversitär Fakultäts- oder Einrichtungsgrenzen überwinden.

10 § 39 Abs. 4 bwLHG.

11 § 55 Abs. 1 bwLHG.

schungstätigkeit an einem Max-Planck-Institut fortsetzen können.

Als sonstige Instrumente der personenbezogenen Kooperation sind noch die Abordnung und die Zuweisung zu nennen. Eine Abordnung ist der vorübergehende Einsatz – ganz oder teilweise – eines Beamten oder Beschäftigten zu einer anderen Dienststelle desselben oder eines anderen Dienstherrn, wobei das Dienstverhältnis zur bisherigen Dienststelle und die Planstelle aufrechterhalten bleiben. Die Zuweisung ist im deutschen Recht der dauernde oder vorübergehende Einsatz eines Beamten oder eines Tarifbeschäftigten des öffentlichen Dienstes bei einem Arbeitgeber des privaten Rechts.

Für die personenbezogene Kooperation in Form der gemeinsamen Berufung existieren in der derzeitigen Praxis verschiedene Modelle:

- Beurlaubung (Jülicher Modell): Es erfolgt eine Berufung auf eine Professur an der Universität und gleichzeitig eine Beurlaubung im dienstlichen Interesse unter Fortfall der Bezüge. Die Forschungseinrichtung schließt einen privatrechtlichen Anstellungsvertrag, die Vergütung orientiert sich an der W-Besoldung; es wird eine meist nur geringe Lehr- und Prüfungsverpflichtung vereinbart.
- Erstattung (Berliner Modell): Der Forscher bzw. die Forscherin wird auf eine Professur an der Universität berufen und anschließend der außeruniversitären Forschungseinrichtung zugewiesen. Der Professor bzw. die Professorin hat alle akademischen Rechte und Pflichten. Die Forschungseinrichtung erstattet die Bezüge.
- Nebentätigkeit (Karlsruher Modell): Der Forscher bzw. die Forscherin wird auf eine Professur an die Hochschule berufen und nimmt eine Nebentätigkeit an der Forschungseinrichtung wahr. Die Vergütung der Nebentätigkeit erfolgt separat.
- Mitgliedschaftliche Stellung (Thüringer Modell): Der Forscher bzw. die Forscherin wird an der außeruniversitären Forschungseinrichtung angestellt und von der kooperierenden Universität gem. § 78 Abs. 8 ThürHG in die mitgliedschaftliche Stellung eines Hochschullehrers berufen. Damit verbunden ist das Recht, die Berufsbezeichnung „Universitätsprofessor“ zu führen. Im Unterschied zu allen anderen Modellen erfolgt hier also keine Verbeamtung

mit den damit verbunden Vorteilen. Dieses Modell steht auch in Mecklenburg-Vorpommern und Sachsen zur Verfügung, nicht aber in den anderen Bundesländern.

Welches Modell angewendet wird, hängt vom Einzelfall und den Bedürfnissen der jeweiligen Kooperationspartner ab. An der Universität Heidelberg wird z.B. in der Kooperation mit dem Heidelberger Institut für Theoretische Studien das Berliner und das Karlsruher Modell genutzt, in der Kooperation mit dem Deutschen Krebsforschungszentrum das Jülicher und das Karlsruher Modell und in der Kooperation mit dem Zentralinstitut für Seelische Gesundheit, der Gesellschaft für Schwerionenforschung und dem Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung nur das Jülicher Modell.

Die Vereinbarung zwischen Bund und dem Land Baden-Württemberg aus dem Jahre 1983, die unter anderem die Berufung von Professoren an baden-württembergischen Landesuniversitäten gemeinsam mit dem Deutschen Krebsforschungszentrum regelt¹² – damals berief ja noch der Wissenschaftsminister die Professoren und das Ministerium führte die Gehaltsverhandlungen –, sieht übrigens das Jülicher Modell auch für Beamte der A-Besoldung vor (also Akademische Räte, d.h. Angehörige des sog. Mittelbaus).¹³ Von einer solchen Option, die ja an allen baden-württembergischen Universitätsstandorten möglich ist, wird, soweit erkennbar, kein Gebrauch gemacht. Daran sieht man: Die Gewinnung guter wissenschaftlicher Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen ist für die außeruniversitären Forschungseinrichtungen kein Problem. Was sie aber nicht können, ist, den Professorentitel verleihen, verbunden mit dem Recht, wissenschaftlichen Nachwuchs zu graduieren, also zu promovieren. Das ist also das wichtige Gut, das Universitäten in eine solche Kooperation hineingeben.

Bundesweit ist die Anzahl der gemeinsamen Berufungen in den letzten Jahren massiv angestiegen. Aus den Erhebungen der Gemeinsamen Wissenschaftskonferenz ergibt sich, dass sich die Zahl der Personen, die per gemeinsamer Berufung in einer entsprechenden Leitungsposition tätig sind, zwischen 2005 und 2015 nahezu verdoppelt hat.¹⁴ Im Jahr 2015 waren insgesamt 1.173 Professuren durch gemeinsame Berufungen mit einer Einrichtung der Forschungsorganisationen besetzt, das entspricht 3 % aller Professuren in Deutschland. Die Helm-

12 Vereinbarung zu § 5 der „Verwaltungsvereinbarung zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Land Baden-Württemberg zur Förderung der Stiftung Deutsches Krebsforschungszentrum (DKFZ), Heidelberg, vom 28. September 1976“, März 1983.

13 Ebd. § 11.

14 Gemeinsame Wissenschaftskonferenz, Heft 47, Pakt für Forschung und Innovation, Monitoring Bericht, Bonn 2016, S. 43, Abb. 17.

holtz-Gemeinschaft hat die meisten gemeinsamen Berufungen, 2015 insgesamt 609. Auch an der Universität Heidelberg gibt es einen enormen Zuwachs in den letzten Jahren, insbesondere in der Zusammenarbeit mit dem Deutschen Krebsforschungszentrum, und der Trend ist weiter steigend.

Herausforderungen

Jedes Modell der personenbezogenen Kooperation ist mit Herausforderungen und Problemen verbunden, die sich meist nachteilig für die Universitäten bzw. die Berufenen auswirken und bei letzteren häufig zu Unsicherheiten führen.

So wird z.B. im Jülicher Modell bei der Ernennung zum Professor oder zur Professorin für eine logische Sekunde ein Beamtenverhältnis begründet, das dann durch die Beurlaubung - im Normalfall bis zur Pensionierung - ruht. Zwischen Universität und Professor besteht in der aktiven Phase damit nur ein schmales rechtliches Band. Die außeruniversitäre Einrichtung führt mit dem Neuberufenen die Ausstattungs- und Gehaltsverhandlungen, wobei in der Praxis die rechtliche Konstruktion des Jülicher Modells häufig nicht ausreichend transparent gemacht wird. Die Betroffenen verstehen dann nicht, warum z.B. auch eine Berufungsvereinbarung mit der Universität, z.B. zur Pension oder zu einem eventuellen Rückfall an die Universität, erforderlich ist.¹⁵ Geht der Professor in Pension, lebt für eine logische Sekunde das Beamtenverhältnis mit Ablauf der Beurlaubungsphase wieder auf. Dieses Konstrukt führt in der Praxis zu einer Reihe von Schwierigkeiten:

- Was das Risiko des Rückfalls des Professors an die Universität angeht, so besteht dieses in der Realität meist nicht von Anfang an. Mit zunehmender Dauer der Beurlaubung können jedoch Ereignisse eintreten, die zu Beginn der Kooperation noch nicht absehbar waren, z.B. eine Änderung der Strategie der Forschungseinrichtung oder persönliche Gründe auf Seiten der Forschungseinrichtung oder des Professors. Endet die Beschäftigung an der außeruniversitären Forschungseinrichtung vor der Pensionierung, dann lebt das Beamtenverhältnis an der Universität auf. Die Universität erhält in diesem Fall einen Professor „zurück“, ohne Stelle, ohne Ausstattung und ohne Bedarf. Und selbst wenn die Kooperationsvereinbarung zwischen der Universität und

der außeruniversitären Forschungseinrichtung eine Rückfallregelung enthält, so wahrt diese meist nicht die Interessen der Universität. Z.B. ist in der Vereinbarung zwischen dem Bund und dem Land Baden-Württemberg aus dem Jahr 1983¹⁶ geregelt: „Wird die Beurlaubung oder die Zuweisung zur Dienstleistung aufgehoben, so stellt das DKFZ dem Professor auf Verlangen der Universität Arbeitsmöglichkeiten zur Verfügung, soweit und solange die Universität Heidelberg dazu nicht in der Lage ist. Die Universität wird das Erforderliche veranlassen, um die Wiedereingliederung und Rückgliederung in angemessener Frist zu erreichen.“ Eine solche Regelung bedeutet, dass sich die außeruniversitäre Forschungseinrichtung im Falle des vorzeitigen Endes einer solchen personenbezogenen Kooperation im Zweifel allen Verpflichtungen entziehen kann, obwohl die gemeinsame Berufung in erster Linie im Interesse der Forschungseinrichtung erfolgt und die Ereignisse, die zum Rückfall führen können, i.d.R. aus ihrer Risiko- und Verantwortungssphäre stammen.

Die Universität Heidelberg begegnet dieser Problematik durch eine zweigeteilte Berufungsvereinbarung. Der erste Teil der Vereinbarung regelt nur die Beurlaubungsphase und enthält u.a. Bestimmungen zu Gehaltsfragen, wie z.B. Dynamisierung, Ruhegehaltfähigkeit, Zulagen, Befristung etc. Die insoweit zwischen dem Berufenen und der außeruniversitären Forschungseinrichtung ausgehandelten Konditionen werden der Universität zur Aufnahme in die Berufungsvereinbarung mitgeteilt. Die Lehr- und Prüfungsverpflichtungen des Berufenen ergeben sich i.d.R. aus der Kooperationsvereinbarung von Universität und Forschungseinrichtung und werden ebenfalls in den ersten Teil der Berufungsvereinbarung aufgenommen.

Der zweite Teil der Berufungsvereinbarung regelt die Möglichkeit des Rückfalls: Vereinbart wird i.d.R. ein W3-Grundgehalt, da das Hauptinteresse an der Berufung bei der außeruniversitären Forschungseinrichtung liegt und daher der Rückfall so unattraktiv wie möglich gestaltet werden soll. Das zuständige baden-württembergische Wissenschaftsministerium hatte diese Vorgehensweise zunächst beamtenrechtlich in Frage gestellt. 2014 hat die Gemeinsame Wissenschaftskonferenz im Rahmen ihrer Empfehlungen zu gemeinsamen Berufungen die Heidelberger Praxis jedoch bestätigt.¹⁷ Nicht geregelt wird die

15 Kanzler bekommen dann ab und an lange Briefe mit vielen Fragen, zumal auch die Beratung durch den einschlägigen Berufsverband häufig zur weiteren Verunsicherung beiträgt.

16 Siehe oben Fn. 12.

17 Siehe oben Fn. 8, S. 23.

Ausstattung der Professur im Fall des Rückfalls. Hier gilt das verfassungsrechtliche Gebot einer Mindestausstattung, die dann im Fall des Rückfalls zu bestimmen ist.

- Weitere Probleme entstehen, wenn sich die außeruniversitäre Forschungseinrichtung bei der Gehaltsbemessung am Bundesrecht und nicht am Landesrecht orientiert. Die W₃-Grundgehaltssätze nach Bundesrecht und nach Landesrecht differieren: Im Bund gibt es drei Stufen, wobei Stufe 1 derzeit rd. 370 € niedriger und Stufe 3 rd. 400 € höher als das baden-württembergische W₃- Grundgehalt ist, das keine Stufen kennt. Da aber der von der außeruniversitären Forschungseinrichtung zu entrichtende Versorgungszuschlag und die spätere Pension des Berufenen sich (natürlich) nach Landesrecht richten, führt dies im Falle des höheren Gehaltssatzes nach Bundesrecht dazu, dass nur der niedrigere Grundgehaltssatz des Landes pensionswirksam wird. Dies wirkt sich zum Nachteil der Berufenen aus, die das häufig nicht wissen bzw. erst spät bemerken. Das Problem kann auch nicht dadurch gelöst werden, dass einfach die Leistungsbezüge zum Ausgleich des Differenzbetrages erhöht werden. Denn Leistungsbezüge können nur aufgrund besonderer Leistungen und nicht wegen differierender Besoldungsstrukturen gewährt werden. Im umgekehrten Fall zahlt die außeruniversitäre Forschungseinrichtung einen zu hohen Versorgungszuschlag an das Land.¹⁸
- Die unterschiedliche Dynamisierung der Gehälter nach Bundes- oder Landesrecht stellt eine weitere Hürde in diesem Problembereich dar. Gleiches gilt für das Auseinanderfallen der Regelaltersgrenze im Bundes- bzw. Landesrecht. So gibt es in der Praxis die Situation, dass ein Professor die Altersgrenze nach Bundesrecht erreicht, nach Landesrecht aber noch nicht und dann für den verbleibenden Zeitraum an die Universität zurückfällt, mit all den damit verbundenen Problemen.
- Gemäß § 49 Abs. 3 bWLHG beträgt die Beurlaubungszeit in Baden-Württemberg max. 12 Jahre. Nach Ablauf der 12 Jahre kann die Beurlaubung zwar verlängert werden, aber die Universitäten sind von der Beantragung durch den betroffenen Professor abhängig.

- Ein weiteres Problem ist der mangelnde Informationsfluss zwischen der Forschungseinrichtung bzw. dem beurlaubten Professor und der Universität während der Beurlaubungsphase. Die Universitäten benötigen Informationen von der außeruniversitären Forschungseinrichtung, falls es relevante Änderungen im Rahmen des Arbeits- bzw. Dienstverhältnisses mit dem gemeinsam berufenen Professor gibt. Dies wird jedoch häufig vergessen. So wird in der Praxis eine Kündigung bzw. der Antritt einer neuen Stelle durch den beurlaubten Professor oftmals nicht mitgeteilt. Sofern der Betroffene nicht anderswo in den öffentlichen Dienst eintritt,¹⁹ sondern z.B. in die Privatwirtschaft oder an eine ausländische Universität wechselt, läuft das baden-württembergische Beamtenverhältnis einfach weiter, ohne dass der ursprüngliche Beurlaubungsgrund weiterhin vorliegt.
- Auch die Informationen über Änderungen der Leistungszulagen, z.B. im Rahmen von Bleibeverhandlungen oder bei besonderen Leistungen gelangen häufig nicht zur Universität. Der Universität ist oft nicht bekannt, ob Bleibeverhandlungen oder andere Verhandlungen in der außeruniversitären Einrichtung stattfinden. Dies ist deshalb sehr problematisch, weil sich Zulagen normalerweise auf die Pension auswirken und der gemeinsam Berufene davon auch ausgeht. Eine Ruhegehaltsfähigkeit solcher von der außeruniversitären Forschungseinrichtung gewährten Gehaltserhöhungen setzt aber voraus, dass die Forschungseinrichtung auch den zusätzlichen Versorgungszuschlag an das Landesamt für Besoldung bezahlt. Und dieser wird nur dann in der richtigen Höhe gezahlt, wenn die Universität von der Gehaltserhöhung weiß und das Landesamt für Besoldung entsprechend informiert.

Auch das Berliner Modell, bei dem der Berufene der außeruniversitären Forschungseinrichtung zur Wahrnehmung von Forschungs- und Leitungsaufgaben zugewiesen wird, ist mit verschiedenen Problemen verbunden.

- Der gemeinsam berufene Professor hat die gleichen Lehr- und Prüfungsverpflichtungen und ist zur Übernahme von Aufgaben in der akademischen

¹⁸ Der Versorgungszuschlag ist für den Professor ein einkommensteuerpflichtiger Arbeitslohn. In gleicher Höhe handelt es sich allerdings auch um Werbungskosten.

¹⁹ In diesem Fall erlischt das Beamtenverhältnis zum Land Baden-Württemberg gem. § 22 BeamStG kraft Gesetzes.

Selbstverwaltung verpflichtet, womit neben den Aufgaben an der Forschungseinrichtung eine hohe zeitliche Belastung einhergeht.

- Werden auch an der Universität Forschungsaufgaben wahrgenommen, entstehen schwierige Fragen der Drittmittelzuordnung.
- Auch die Affiliation bei Publikationen bereitet in der Praxis stets Schwierigkeiten. Die Erfolge der deutschen Universitäten in internationalen Rankings stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit der Nennung der Universität bei Publikationen ihrer Wissenschaftler. Obwohl Berufene nach dem Berliner Modell der Universität angehören, wird in der Praxis die Nennung der Universität bei Publikationen häufig „vergessen“ - zum Schaden der Universität.
- Auch wenn es um Patente, Nutzungs- und Verwertungsrechte geht, können im Berliner Modell schwierige Konstellationen entstehen.
- Simple Beschaffungen führen in der Praxis ebenfalls zu Problemen, wenn nämlich die Frage auftaucht, welche Budgets zuerst eingesetzt werden, aus welchen Budgets die Anschaffungsmittel stammen, welcher Institution die beschafften Geräte gehören, welche Institution für die Betriebskosten aufkommt usw.²⁰
- Sogar der Zugang der universitären Arbeitsgruppe zur Forschungseinrichtung und zum dort vorhandenen Intranet bereitet in der praktischen Umsetzung solcher Kooperationen Schwierigkeiten.²¹
- Nach wie vor unklar ist, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die Personalkostenerstattung im Berliner Modell eine Umsatzsteuerpflicht auslöst.

Schließlich ist auch das Karlsruher Modell, bei dem die Forschungs- und Leitungsaufgabe an der außeruniversitären Einrichtung im Wege der Nebentätigkeit wahrgenommen wird, mit diversen Fallstricken verbunden.

- Das Nebentätigkeitsrecht fordert eine strikte Trennung von Dienstaufgaben und Nebentätigkeit im Hinblick auf die Arbeitszeit, den Ort und die eingesetzten Ressourcen. Bei Licht besehen ist dies das Gegenteil dessen, was Forscher benötigen und was mit der Kooperation eigentlich erreicht werden soll.
- Für die Inanspruchnahme von Ressourcen im Rah-

men der Nebentätigkeit sind vom Professor Nutzungsentgelte zu entrichten.

- Der zulässige Umfang der Nebentätigkeit ist auf ein Fünftel der in der Arbeitszeit- und Urlaubsverordnung vorgeschriebenen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit begrenzt.
- Bezüglich der Rechte am geistigen Eigentum können wie beim Berliner Modell Probleme entstehen.

Im Ergebnis ist keines der Modelle optimal. Zwar gibt es beispielsweise an der Universität Heidelberg jeweils Kooperationsvereinbarungen zu gemeinsamen Berufungen bzw. Brückenprofessuren mit Regelungen insbesondere zum Berufungsmodell, zur Abwicklung eines möglichen Rückfalls, zu den Beiträgen beider Institutionen, zum gemeinsamen Außenauftritt, zu Publikationen und Affiliation, zur Einwerbung bzw. Verwaltung von Drittmitteln einschließlich der Verteilung von Overheads und zum geistigen Eigentum. Die Vertragsverhandlungen sind aber i.d.R. sehr zeitintensiv und die Rechtsabteilung der außeruniversitären Forschungseinrichtungen meist besser ausgestattet als die der Universitäten. Ein weiteres Problem: Papier ist geduldig. Die Kooperationsvereinbarungen sind häufig als Rahmenverträge ausgestaltet, die nach Abschluss in den Akten verschwinden. Im Einzelfall wird dann doch wieder anders verfahren. Zum Beispiel: Im Eckpunktepapier, das zwischen der Universität Heidelberg und dem DKFZ konsentiert wurde, werden das Berliner Modell und das Karlsruher Modell als Regelfälle benannt – gelebt wird aber hauptsächlich das Jülicher Modell und vereinzelt das Karlsruher Modell, auf das Berliner Modell wird in dieser Kooperation gar nicht zurückgegriffen.

Forderungen

Die beschriebenen Herausforderungen und ungelösten Fragen konterkarieren die politischen Ziele, die Bund und Länder zur Zusammenarbeit von Universitäten und außeruniversitären Forschungseinrichtungen verfolgen. Komplizierte Bedienungsanleitungen, wie die der Gemeinsamen Wissenschaftskonferenz zu gemeinsamen Berufungen,²² die 37 eng bedruckte Seiten umfasst und eine gewisse Lust an der Bürokratisierung vermuten lässt, sind keine Lösung. Gesetzgeber, die Kooperationen rechtlich verordnen, aber kein geeignetes „rechtliches Kleid“ hierfür anbie-

²⁰ Wissenschaftler beklagen: Inhaltlich sollen wir zusammenarbeiten, organisatorisch sollen wir jedoch alles getrennt halten.

²¹ Mitglieder von international besetzten Advisory Boards schütteln

hierüber den Kopf.

²² Siehe oben Fn. 8.

ten, haben ihre Hausaufgaben nicht gemacht. Die Rahmenbedingungen für Kooperationen müssen geklärt und vereinfacht werden.

Eine HRK-Entscheidung aus dem Jahre 2013 bezeichnet die Hochschulen als die Organisationszentren des Wissenschaftssystems.²³ Viele Akteure in der Wissenschaft und im Wissenschaftsmanagement sind jedoch der Ansicht, dass der Wettbewerb zwischen Universitäten und außeruniversitären Forschungseinrichtungen nicht gut für die Universitäten ausgeht. Unter anderem sei die Strategiefähigkeit der außeruniversitären Forschungseinrichtungen sehr viel besser als die der Universitäten. Richtig daran ist, dass z.B. bei allen Modellen der gemeinsamen Berufung das Interesse der außeruniversitären Forschungseinrichtung im Vordergrund steht. Die Besten bekommt man eben nur, wenn man den Professoren-Titel und das Recht vergeben kann, wissenschaftlichen Nachwuchs zu graduieren. Es kann aber keine Universitätsstrategie sein, die Besten an die außeruniversitären Forschungseinrichtungen zu schicken.

Neue Rahmenbedingungen für die Zusammenarbeit müssen daher einen angemessenen Interessenausgleich ge-

währleisten. Die Kooperation muss im Interesse der Universität so gestaltet werden, dass alles was in der Zusammenarbeit geschieht, zumindest auch auf die Marke der Universität einzahlt.²⁴ Und: Zu einem guten Ehevertrag, der einen angemessenen Interessenausgleich gewährleistet, gehört auch eine angemessene Scheidungsfolgenvereinbarung. Schließlich müssen die Herausforderungen wissenschaftsadäquat bewältigt werden. Wissenschaftler in Kooperationen dürfen keine Nachteile haben, sonst gewinnt man nicht die Besten. Wissenschaftler sind in der derzeitigen Situation aber nicht nur der Auffassung, dass das Recht die Wissenschaft behindert, sondern auch, dass die Universitätsverwaltung die Wissenschaft behindert. Wie aber schafft man bei einem Regelungswirrwarr und übermäßiger Bürokratie Vertrauen?

Angela Kalous ist Kanzlerin der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und war Leitende Ministerialrätin im Wissenschafts- und im Staatsministerium Baden-Württemberg.

²³ Siehe oben Fn. 1.

²⁴ „Die Universität darf nicht zum McDrive werden, wo man zur Berufung mal eben schnell vorbeifährt“, wie es der Kanzler eine großen deutschen Universität bei der Tagung der Kanzlerinnen und Kanzler der Universitäten Deutschlands vom 21. und 22. September 2017 in Potsdam sehr treffend formuliert hat.

Pius O. Dolzer/Johannes Lappe

Podiumsdiskussion zum Thema: „Wissenschaftliche Kooperationsform: Ein Gesetzgebungsprojekt?“

Teilnehmer:

- Herr Prof. Dr. Wolfram Eberbach¹
- Frau Merit Grzeganeck²
- Herr Dr. Stefan Kaufmann³
- Herr Christian Zens⁴

Moderation durch Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff.⁵

Gemeinsam mit den aufgeführten Teilnehmern diskutierte *Hommelhoff* über die Notwendigkeit einer Rechtsform für Wissenschaftskooperationen und ob eine dazu maßgeschneiderte Rechtsform dem Gesetzgeber als Projekt nahezu legen sei.

Die Podiumsdiskussion wurde mit der grundlegenden Frage eröffnet, ob es einer neuen Rechtsform überhaupt bedürfe. Um dies zu beantworten lenkte *Zens* den Blick auf die Vielzahl der Fragen etwa im Urheberrecht, dem Arbeitsrecht und vielen weiteren Rechtsgebieten. Zwar könnten diese schon heute weitgehend beantwortet werden, ob es sich aber bei den heutigen Lösungen um die jeweils beste handeln würde, sei nicht gesagt. Vor allem im Umsatzsteuerrecht seien dahin gehende Zweifel und deshalb Verbesserung angebracht.

Grzeganeck merkte vor dem Hintergrund ihrer praktischen Erfahrungen und der beinahe täglichen Auseinandersetzung mit Kooperationsverträgen an, ein Mustervertrag oder Baukasten hätte für einen schnellen und reibungslosen Ablauf seinen Reiz. Doch zeigte sie sich zugleich davon überzeugt, dass jedenfalls für kleinere Kooperationen von bis zu zehn, in Ausnahmefällen auch bis zu 15 Personen, eine eigene Rechtsform nicht notwendig sei. Für diese sei der zu erwartende Gründungsaufwand abschreckend. Forscher wollten sich keinesfalls mit rechtlichen Fragen beschäftigen, sondern ihre eigentliche Forschungsarbeit vorantreiben und würden dies zur Not auf Basis mündlicher Verträge tun. Anderes gelte aber für große Kooperationen. Bei diesen mache eine neue Rechtsform Sinn. Auch seien Musterverträge und Baukastensysteme sehr hilfreich, würden sich doch oftmals dieselben Fragen stellen.

Hommelhoff lenkte die Diskussion sodann auf die Perspektive der Forscher selbst und interessierte sich für deren Reaktionen auf ein etwaiges Gesetzgebungsprojekt für Wissenschaftskooperationen. Dazu schilderte *Eberbach* seinen Eindruck, den er aus zahlreichen Gesprächen mit Vertretern sowohl der Industrie, als auch verschiedener Hochschulen gewonnen habe. Demnach sei die Idee umfassend auf Interesse gestoßen. Nach seiner Auffassung sei insbesondere der aktuell hohe Zeitverlust für Gründungsverfahren, Vertragsverhandlung und -gestaltung sowie zur rechtlichen Klärung schwieriger Abgrenzungsfragen (Außen- / Innen-GbR) für die Beteiligten nervenzehrend. Angesichts der langen Prozesse und des hohen Personal- und Kostenaufwands würden viele Forscher „Lust und Laune“ verlieren. Dass es insbesondere rechtliche Probleme gebe, zeige aber vor allem eine Auswertung mehrerer Kooperationsverträge. Diese seien zu kompliziert in der Gestaltung und in Teilen mit erheblichen Rechtsunsicherheiten und Haftungsrisiken belastet.

Mit der Frage, ob es seiner Erfahrung nach auch auf europäischer Ebene insbesondere Ländergrenzen überschreitende Kooperationen geben würde, wandte sich *Hommelhoff* an *Kaufmann*, doch musste dieser die Frage mit Blick auf seine eigenen, einige Zeit zurückliegenden Erfahrungen auf europäischer Ebene verneinen.

Hommelhoff setzte sodann zur Erörterung an, ob die Praxis zwischen den Bereichen, in denen sie durch schuldvertragliche Gestaltung gut zurechtkäme und jenen, bei der man die Hilfe des Gesellschaftsrechts benötige, trennen könne. *Zens* ließ hierfür seine Erfahrungen als Kanzler zweier unterschiedlicher Universitäten Revue passieren. Während eine große Universität für gewöhnlich einen entsprechenden Apparat zur Verfügung hätte, um sich mit derartigen Fragen zu beschäftigen, wäre dies bei kleineren Universitäten seltener der Fall. Gleichwohl zweifelten auch große Universitäten, ob sämtliche Wissenschaftler und Forscher überhaupt den Weg über die jeweiligen Rechtsabteilungen wählen würden (Problematik der Binnenkommunikation). Es sei

1 Ministerialdirigent a.D., Rechtsanwalt in Erfurt und Berlin, Professor an der Friedrich-Schiller-Universität Jena.
2 Corporate Counsel, Technology Transfer & Legal Affairs, Helmholtz Zentrum Dresden-Rossendorf e.V.
3 MdB, Mitglied der CDU im Bundestagsausschuss für Bildung und

Forschung.
4 Kanzler der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.
5 Em. Ordinarius für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung; ehem. Rektor der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

häufig zu beobachten, dass eine Idee, die unter den Forschern am abendlichen Stammtisch geboren und mit einem lockeren „Das machen wir!“ beschlossen wurde, am nächsten Tag nicht den unmittelbaren Weg zur Universitätsverwaltung finden würde. Hier wäre eine Blaupause einer Kooperation hilfreich, die man erfolgreicher kommunizieren könne. *Grzegonek* stimmte zu. Die Kommunikation zwischen den Forschern und der Verwaltung müsse gestärkt werden. Dies gelte insbesondere für Verbundprojekte. Denn es müssten die mit einem bereits im Vertragsentwurf stehenden Projektnamen verbundenen rechtlichen Folgen und Risiken für alle Beteiligten klar sein. Der Außenauftritt sei häufig eine große Herausforderung. Zwar könne dies gerade bei außeruniversitären Forschungseinrichtungen den einzelnen Zentren zugeordnet werden. Dies dauere aber bei internationalen Kooperationen zu lange.

Das Stichwort der Zuordnung aufgreifend ging *Hommelhoff* zu der brisanten Fragestellung über, wie das Interesse der Träger an der Beteiligung der Kooperation selbst zu gewichten sei, insbesondere wie wichtig diesen ihre eigene Sichtbarkeit als Träger der Kooperation im Verhältnis zu Dritten sei. *Zens* maß dem Aspekt der Sichtbarkeit große Bedeutung zu. Dies gelte schon allein mit Blick auf allgegenwärtige Rankings. Diese kämen nicht von ungefähr zustande, eine wissenschaftlich herausragende Leistung genüge oftmals nicht, das „Trommeln und Werben“ gehöre gleichermaßen zum Handwerk dazu. *Grzegonek* betonte die Bedeutung der Sichtbarkeit auch für die Forscher selbst. Sie berichtete von durchaus enttäuschenden und ärgerlichen Erlebnissen, etwa wenn ein Radiobericht über das Forschungsprojekt berichte und dabei allein einen der Träger erwähne, die Forscher selbst als die eigentlichen Macher aber unerwähnt blieben. *Eberbach* brachte hierfür Verständnis auf, wollte sich aber weniger auf Eitelkeiten, als vielmehr auf mit der Frage der Sichtbarkeit eng verbundene finanzielle Folgen zu sprechen kommen. Die Sichtbarkeit der Träger und eine genaue Zuschreibung seien unerlässlich, da (auch durch Rankingerfolge) eingeworbene Mittel nur so an der richtigen Stelle ankommen könnten.

Die Finanzfrage nahm *Hommelhoff* für eine Rückfrage an *Kaufmann* zum Anlass. So wäre interessant zu erfahren, wie die Politik das häufig zu beobachtende Ungleichgewicht finanzieller Ausstattung, etwa im Vergleich zwischen außeruniversitären Forschungseinrichtungen und den Universitäten, wahrnehme. Inwieweit sei die Sichtbarkeit der Träger und ihrer Erfolge auch für die Einwerbung finanzieller Mittel zwischen den Ressorts von Bedeutung? Sichtbarkeit, so *Kaufmann*, sei

freilich immer sehr wichtig. Nur sichtbare Projekte könnten erfolgsversprechend Mittel generieren. Man habe allerdings den Etat für Forschung in Form von finanziellen Mitteln verdoppelt. Auch lege er Wert darauf zu sagen, dass institutionelle Forschungsförderung stark ausgebaut werde. Fraunhofer, DKFZ, Helmholtz, KIT, Max-Planck und weitere seien für die Politik ein wichtiges Thema. Kooperationen seien anzustreben, insbesondere um die Universitäten bei der Forschungsförderung mitzunehmen. Zu diesen Fragen habe es auch schon eine Fachtagung gegeben.

Mit Blick auf eine zu schaffende Rechtsform warf *Kaufmann* die grundlegende Frage nach dem Handlungsbedarf auf. Es müsse geklärt werden, ob eine kooperationspezifische Rechtsform als „must have“ oder nur als „nice to have“ zu bewerten sei. Um diese Frage zu klären, sagte er aber zu, es solle im Positionspapier der CDU/CSU für die anstehenden Koalitionsverhandlungen ein entsprechender Prüfauftrag aufgenommen werden. Die Thematik käme damit in die anstehenden Koalitionsverhandlungen. Hier würde man sicher auch auf die Erfahrungen dieses Symposiums und seiner Beteiligten zurückgreifen wollen. Als studierter Gesellschaftsrechtler könne er das Anliegen nach einer neuen Rechtsform gut nachvollziehen. Es mache durchaus Sinn über ein Baukastenmodell nachzudenken, insbesondere wenn man sich vor Augen führe, dass die bestehenden Gesellschaftsformen nur beschränkt passgenau, jedenfalls aber nicht optimal seien.

Hommelhoff hakte daran anschließend und mit Blick auf die Förderung der Universitäten über die Länder nach, wollte wissen, wie künftig besser geprüft und gegebenenfalls nachgesteuert werden könnte, um sicherzugehen, dass Mittel, die zur Förderung der Universitäten bestimmt seien, tatsächlich auch bei den Universitäten an- und nicht auf anderen Wegen abhanden kommen. *Kaufmann* ging auf die Problematik der Umfinanzierung des BAföG nunmehr durch den Bund ein. Hier hätten sich die Länder zu einer weitergehenden Finanzierung nicht in der Lage gesehen, während dies e durch den Bund anders beurteilt und schließlich übernommen wurde. Dann aber wäre es in der Umsetzung zu Problemen gekommen. Man habe schlicht verpasst, harte Kriterien für die Mittelverwendung zu formulieren, sodass die Länder ihr nun freigewordenes Geld eben nicht für die Universitäten zu verwenden hätten. Der Bund müsse hieraus lernen. Allerdings sei im Grundsatz zu beachten, dass das föderale System eingehalten werde. Bildung sei Sache der Länder und mithin seien primär diese in der Pflicht, seien aber auch in der Nutzung ihrer jeweiligen Haushalte frei.

Hommelhoff griff das Stichwort Haushalt auf. Haushaltsrechtlich, dies habe das Symposium gezeigt, sei eine Haftungsbeschränkung für Kooperationsgesellschaften zwingend. Auf die Rechtsform runtergebrochen stelle sich damit eine grundsätzliche Frage: Sollte eine Kooperationsrechtsform ausgehend von einer Personengesellschaft oder von einer Kapitalgesellschaft, insbesondere einer GmbH, konstruiert werden? *Eberbach* betonte, dass dies eine schwierige Frage sei, weil man sich mit der Festlegung auf einen dogmatischen Ausgangspunkt wohlmöglich über Gebühr festlege. Entscheidend sei, dass es eine rechtssichere Möglichkeit zur Haftungsbegrenzung gebe. Denn Haftung bedrohe Initiative und Innovation. Es sei während des Symposiums auch über eine „Versicherungslösung“ zur Haftungsbeschränkung gleich der Partnerschaftsgesellschaft gesprochen worden. Diese sei durchaus denkbar. Im Ergebnis sei aber irrelevant, wie nun genau eine Haftungsbeschränkung konstruiert sei. Sie müsse jedenfalls möglichst bald zur Verfügung gestellt werden. *Zens* pflichtete dem bei. Man dürfe bei der Haftungsdebatte jedoch die handelnden Personen nicht aus dem Blick verlieren, die schließlich auch mit Haftung bedroht seien. Für die öffentliche Hand sei der Abschluss von D&O-Versicherungen schwierig. *Hommelhoff's* Anmerkung zum Haftungsschutz für Handelnde erfuhr Zustimmung. *Grzeganeck* merkte an, verfolge man eine Versicherungslösung, müsse man auch sicherstellen, dass es eine solche Versicherung finanzierbar auf dem Markt gebe. Ihr scheine daher eine Haftungsbegrenzung aufgrund öffentlicher Deckungszusage, wie man es beispielsweise im Strahlenschutzrecht kenne, praktikabler zu sein.

Mit Blick auf die handelnden Personen stünde auch die Haftung nach § 839 BGB, Art. 34 GG im Raum, ergänzte *Hommelhoff*. Doch bleibe unbesehen der Frage nach der Haftung der Handelnden die Frage zu beantworten, ob man sich einer neuen Rechtsform eher von Seiten der GmbH oder von personengesellschaftsrechtlicher Grundlage nähern wolle. Ihm scheine, anknüpfend an den Vortrag von *Geibel*, eine „durchleuchtete Plattform-GmbH“ mit geringerem Aufwand verbunden zu sein. Mit der GmbH hätte man eine breit genutzte und beherrschbare Grundlage, die um ein schmales Additiv für die Zwecke der Wissenschaft ergänzt werden könne. Dies entspreche dem Vorgehen des Gesetzgebers bei der UG.

An *Kaufmann* gewandt, leitete *Hommelhoff* über, man habe im Rahmen des Symposiums auch einen inte-

ressanten Beitrag zu den europarechtlichen Rahmenbedingungen gehört und diskutiert. Im Zuge dessen habe sich der aus der Praxis gewonnene Eindruck bestätigt, dass sich gerade das europäische Wettbewerbsrecht in Gestalt des Kartell- und Beihilferechts als Hemmschuh für Grundlagen- und anwendungsbezogene Forschung erweise. Müsse es daher, so *Hommelhoff*, nicht auch politisches Ziel sein, diese Hemmnisse abzubauen, indem man den Blick weg von der Regulierung wissenschaftlicher Zusammenarbeit durch Regeln des wirtschaftlichen Wettbewerbs hin zu struktureller Wissenschaftsförderung lenke? *Kaufmann* entgegnete darauf, dass er über hemmend wirkende Regelungen des europäischen Wettbewerbsrechts im Einzelnen ad hoc keine Aussage treffen könne. Er kenne aber gerade im Zusammenhang mit dem europäischen Forschungsförderungsprogramm horizon2020 genug Anträge aus dem Bundestag, die größten Wert darauf gelegt hätten, dass die Förderung im Rahmen dieses Programms auch mit anderen Rechtsbereichen abgestimmt werde. In seiner eigenen Arbeit zu horizon2020 sei zudem darauf gedrängt worden, Verbundprojekte und Exzellenzförderung vom Gedanken wirtschaftlichen Wettbewerbs zu lösen. Gleichwohl tendiere die Kommission dazu, Wissenschaftspolitik als Teil der Wirtschaftspolitik zu begreifen. Hiergegen habe er und auch Deutschland als EU-Mitglied sich im Verbund mit anderen europäischen Partnern immer gewehrt. Einer dieser Partner sei das Vereinigte Königreich gewesen, welches in dieser unterstützenden Rolle womöglich mit dem Brexit verloren gehe.

Anschließend an die so geführte Diskussion wurde dem Publikum die Möglichkeit für Beiträge und Anmerkungen gegeben. Dabei wurde zuerst nachgefragt, ob eine neue Rechtsform wirklich notwendig sei oder ob man nicht einfacher im jeweiligen anwendbaren Sachrecht prüfen könne, ob dieses wissenschaftsadäquat ausgestaltet sei und, sollte dies nicht der Fall sein, eben dort entsprechende Änderungen vorgenommen werden sollten.

Kaufmann betonte, dass dieses Vorgehen natürlich eine Alternative darstelle. Es müsse dann aber geprüft werden, wer für die jeweiligen Änderungen zuständig sei, was den Reformprozess verkomplizieren könne. Auch mache es den Prüfauftrag deutlich umfangreicher. Trotzdem könne eine solche Vorgehensweise im Prüfauftrag Berücksichtigung finden.

Darauf wurde eingeworfen, die Politik müsse hier doch motiviert sein, Forschung sei doch politisch sehr gewollt. *Kaufmann* stimmte dem zu.

Ein weiterer Zuhörer interessierte sich sodann für die genaue Ausgestaltung eines Prüfauftrags, was dieser genau bedeute und welche Konsequenzen mit ihm verbunden seien.

Kaufmann antwortete hierauf, dass ein Prüfauftrag kein starr vorgegebenes Verfahren auslöse. Vielmehr würde im Koalitionsvertrag festgelegt, dass der Frage, ob es einer eigenen Rechtsform für Wissenschaftskooperationen bedürfe, im Rahmen der Regierungstätigkeit nachgegangen werden solle. Üblicherweise würden dem sodann die zuständigen Ausschüsse oder Ministerien nachgehen. Es fänden zudem Fachgespräche mit den beteiligten Kreisen statt, zu denen sicherlich auch Teilnehmer dieses Symposiums eingeladen werden könnten, um schon vorhandene, wissenschaftliche Expertise hinzuzuziehen. Am Ende stünde dann die Frage, welches Ressort federführend für die Erarbeitung eines Gesetzentwurfs sein soll, sollte man die Notwendigkeit einer eigenen Rechtsform bejahen. Insgesamt können man aber sicher

sein, dass die im und rund um das Symposium geleistete Arbeit im Rahmen etwa eines Fachgesprächs Berücksichtigung finden würde.

Hommelhoff ergänzte, dass eine Begleitung durch die Wissenschaft geboten sei. Schließlich gehe es um diese. Hierfür wäre auch ein entsprechender Etat seitens der Politik wünschenswert.

Kaufmann zeigte sich gegenüber diesem Wunsch nach einem Etat für die weitere Begleitung des Projekts durch die Wissenschaft aufgeschlossen, mahnte aber mit Blick auf die anlaufenden Koalitionsverhandlungen breite Überzeugungsarbeit an.

Pius O. Dolzer ist wiss. Mitarbeiter am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und promoviert im Bereich des Gesellschaftsrechts.

Johannes Lappe ist wiss. Mitarbeiter am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

Matthias Bode

Zwischen Realität und Utopie: Die „Numerus clausus III“-Entscheidung des BVerfG

Übersicht

I. Einleitung

II. Rahmenbedingungen

1. Reichweite der Entscheidung
2. Rechtsprechung und Kritik der Literatur
3. Bisherige Ausgestaltung des Verfahrens
4. Statistik: Zunahme der Hochschulzugangsberechtigten und Auswahlgrenzen
5. Ausgangsverfahren

III. Vom „Abitur“ zum „Aditur“: Anerkennung veränderter Realitäten und Ausdifferenzierung der Auswahlverfahren

1. Ausgangspunkt der gerichtlichen Erwägungen
2. Eignungsorientierung des Auswahlverfahrens
3. Gleichmäßige Gewichtung der Auswahlkriterien
4. Wesentlichkeitstheorie und Ausgestaltungsbefugnis der Hochschulen
5. Abkehr von der Wartezeit
6. Ablehnung der Drohung mit dem originären Teilhaberecht

IV. Utopie der Gleichheit: Erfordernis einer Bereinigung der Hochschulzugangsberechtigungen

1. Kernaussage
2. Die „drei Säulen“ der Unvergleichbarkeit
3. Analyse der fehlenden Vergleichbarkeit in der Erziehungswissenschaft
4. Die „Bereinigung“ von Noten der Hochschulzugangsberechtigung
5. Zwischenfazit: Utopie der Normalverteilung des Bildungspotenzials

V. Mittelbare Folgen

1. Auswirkung auf Studiengänge mit örtlicher Zulassungsbeschränkung
2. Ausstrahlungswirkung in sonstige Rechtsgebiete, insbesondere auf Art. 33 Abs. 2 GG
3. *Obiter dictum*: Zulassungsrecht und Berücksichtigung von Gemeinwohlbelangen vor dem Hintergrund der Diskussion über die Einführung einer Landarztquote
4. Tätigwerden von Bund oder Ländern?
5. Aushandlung neuer Verfahrensgrundsätze

VI. Fazit oder das Dilemma der Verteilung

I. Einleitung

Das BVerfG hat seine seit 1972 entstandene und kunstvoll über die Jahre fortentwickelte Rechtsprechung zu den Grundsätzen der Hochschulzulassung um eine maßgebende Entscheidung erweitert.¹ Angesichts veränderter Rahmenbedingungen, etwa eines deutlich gestiegenen Anteils von Hochschulzugangsberechtigten pro Jahrgang, sieht das BVerfG nicht mehr allein den Erwerb des Abiturs als konstitutiv für den Zulassungsanspruch an, sondern fordert den Gesetzgeber auf, zusätzlich auf Kriterien der Eignung zurückzugreifen; dabei wird insbesondere auch die Rolle der Hochschulen im Rahmen der Hochschulzulassung anerkannt und gestärkt. Damit nimmt das Gericht eine Argumentationslinie auf, die zunehmend auch in Rechts- und Bildungswissenschaften vertreten wird. Indem das Gericht zudem – soweit noch auf die Note der Hochschulzugangsberechtigung abgestellt wird – eine „Bereinigung“ von länderspezifischen Vergleichbarkeitsdefiziten fordert, wirft es allerdings mehr Fragen auf als es Antworten gibt; dieser Ansatz dürfte den Gleichheitssatz überfordern und ist in der Sache eher Ausdruck einer – durchaus zeittypischen² – Utopie. Dieser Artikel kontextualisiert die Entscheidung vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung und ordnet ihre Bedeutung für das Hochschulzulassungsrecht ein.

Die Frage, wer berechtigt sein soll, ein Hochschulstudium aufzunehmen, ist seit jeher von entscheidender gesellschaftlicher Bedeutung. Über den Hochschulzugang konstituieren sich Experteneliten, es prägen sich institutionelle Milieus; die Übergangsquote von der Schule zur Hochschule hat schließlich Auswirkungen auf die ökonomische Entwicklung.³ Überdies kommt der Berechtigung zum Hochschulbesuch auch weitreichende Steuerungswirkung für künftige Entwicklungen zu; die Öffnung der Hochschule lockt – oder verschreckt – Studieninteressierte und entscheidet über Bildungswege. Das BVerfG hatte diese Bedeutung auch vor Augen, als es

1 Urt. v. 19.12.2017, Az.: 1 BvL 3/14; vgl. NVwZ 2018, 233 m. Anm. M. Wiemers; NJW 2018, 361 m. Anm. C. von Coelln; JuS 2018, 305 m. Anm. F. Hufen; JA 2018, 233 m. Anm. S. Muckel; R. Brehm/A. Brehm-Kaiser, Das Dritte Numerus-Clausus-Urteil des BVerfG, NVwZ-Extra 2018, 1 (1 ff.).

2 Vgl. S. Mau, Das metrische Wir, Über die Quantifizierung des Sozialen, 2017.

3 Vgl. H.-U. Wehler, Deutsche Gesellschaftsgeschichte, 1700–1815, 4. Aufl. 2006, S. 479; A. Wolter, Von der Elitenbildung zur Bildungsexpansion, 1989, S. 3 ff.; ders., Das Abitur, 1987; R. Bölling, Kleine Geschichte des Abiturs, 2010; M. Bode, Hochschulzulassungsrecht im Spannungsfeld von gesamtstaatlicher Planung und lokaler Gerechtigkeit, WissR 2013, 348 (349 ff.).

1972 erstmals mit der Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des Numerus clausus konfrontiert war. So führte es aus, dass „Zulassungsbeschränkungen der in Rede stehenden Art Verteilung von Lebenschancen bedeuten können“.⁴

Mit dem ersten Numerus clausus-Urteil vom 18. Juli 1972 verkündete das BVerfG schon einmal eine Entscheidung mit geradezu utopischem Gehalt. Dieser lag weniger in der Aussage, dass aus der an sich als Abwehrrecht gegen den Staat konzipierten Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG auch ein Leistungsrecht im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts auf Zulassung zum begehrten Studienfach im Rahmen der verfügbaren Plätze folge; das war nämlich weder dogmatisch überraschend noch unter praktischen Gesichtspunkten von größerer Bedeutung.⁵ Entscheidend war vielmehr, dass das Gericht den Wert des Abiturs als vermeintlich unmittelbare Zugangsberechtigung hervorhob und den Eindruck erweckte, es könnte grundsätzlich jeder „prinzipiell gleichberechtigte hochschulreife Anwärter“ das Studium seiner Wahl aufnehmen. So wurde die Zulassung zur bloßen Ressourcenfrage. Folgerichtig warf das Gericht die Frage auf, „ob aus den grundrechtlichen Wertentscheidungen und der Inanspruchnahme des Ausbildungsmonopols ein objektiver sozialstaatlicher Verfassungsauftrag zur Bereitstellung ausreichender Ausbildungskapazitäten für die verschiedenen Studienrichtungen“ folge. Auch wenn es dies im Ergebnis offen ließ, versuchte das Gericht, den „Vorbehalt des Möglichen“ zu modifizieren, also das Recht „gegen die Eigenlogik der Wirklichkeit“ zu behaupten – und ergriff damit Partei für die Forderung nach einem Ausbau der Studienplätze.⁶ Wie sich *Gunnar Folke Schuppert*, damals wissenschaftlicher Hilfsarbeiter am Ersten Senat des BVerfG, erinnert, verwandelte das Urteil den Numerus clausus in eine „rechtfertigungsbedürftige Technik“ und erzeugte „normativen Druck in Richtung auf eine Verbesserung in den Problembereichen Kapazitätsnutzung und Zulassungsverfahren“.⁷

Diese „Politik aus Karlsruhe“⁸ hatte unter anderem die im Wesentlichen ländereinheitliche Ausgestaltung des Zulassungsrechts zur Folge und kann daher in pragmatisch-politischer Hinsicht mit *Häberle* als „eine kluge Strategie“ beurteilt werden.⁹

Zugleich verlieh das BVerfG mit seinem Urteil der Vorstellung Ausdruck, dass die Bewirtschaftungsrahmen der Nachkriegszeit überholt seien und an ihre Stelle eine vorausschauende Planung treten müsste.¹⁰ Dies entsprach dem seit den 1960er Jahren vielerorts vorherrschenden Glauben, dass durch Steuerungsmaßnahmen eine Regulierung des Bildungswesens zum allgemeinen Vorteil möglich und nötig sei.¹¹ Es war aber auch die Absage an einen rigiden planwirtschaftlichen Dirigismus, wie er seitens der „Zentralstelle für die Studienbewerbungen“ in Magdeburg – bereits sechs Jahre vor Gründung der ZVS 1974 – vom beargwöhnten „Bruderstaat“ in Osten betrieben wurde.¹²

In der Utopie reflektierte sich die *Dahrendorfsche* Forderung nach dem „Bürgerrecht auf Bildung“,¹³ und sie war der Siegeszug des subjektiven Rechts. Das Gericht vollzog die „kopernikanische Wende“ des Perspektivwechsels von einem Recht der Hochschule zum Grundrecht der Bewerber. Das Urteil kann daher zugleich als Markstein einer ordnungspolitischen Durchdringung des Hochschulwesens angesehen werden. Sie symbolisiert das „kleine Glück der größten Zahl“.¹⁴

Das Scheitern der Utopie folgte in den Niederungen der Praxis – und auf Raten. In Folge des ersten Numerus clausus-Urteils kollidierten von nun an – sich stets ausdifferenzierende – rechtliche Vorgaben mit den Zielen der Bildungsplanung.¹⁵ Letztlich war es der in dieser Form nicht vorhergesehene Bildungsboom, der das Ende der Utopie markierte. Die Auswahlgrenzen signalisieren dies; die zur Realisierung der Utopie in die Pflicht genommenen Bildungsverwaltungen taten über die Jahre viel, um Härte abzumildern; beispielsweise wurde ein sog. besonderes Auswahlverfahren konzipiert, das – an

4 BVerfGE 33, 303 (338).

5 Vgl. *T. Oppermann*, Kulturverwaltungsrecht, 1969, S. 393; *W. Kalisch*, Beschränkungen in der Zulassung zum Studium in verfassungsrechtlicher Hinsicht, in: DVBl. 1967, 134 (134 f.).

6 BVerfGE 33, 303 (333); *O. Depenheuer*, in: J. Isensee/P. Kirchhof, HdBStR, Bd. 12, 3. Aufl. 2014, § 269 Rn. 9, 48.

7 *G. F. Schuppert*, Der Zugang zu den Universitäten, in: H. J. Vogel, FS M. Hirsch, 1981, S. 567 (574 ff.).

8 *W. Hassemer*, Politik aus Karlsruhe?, JZ 2008, 1 (5 f.).

9 *P. Häberle*, Das BVerfG im Leistungsstaat, in: DÖV 1972, 729 (732). Anders dagegen *Rupp*, der kritisierte, dass das Urteil „das eigentliche Problem grundrechtlicher Freiheitserfüllung überhaupt“ nicht getroffen habe, da es allein auf den Zulassungsanspruch des Einzelnen abstelle und ökonomische Faktoren oder die individuelle Eignung für den Beruf unberücksichtigt ließe. *H. H. Rupp*, Vom Wandel der Grundrechte, in: AöR 101, 161 (181 f.); kritisch auch *Kimminich*,

der es als „rührendes Dokument der Hilflosigkeit“ bezeichnete, *O. Kimminich*, Anmerkung, in: JZ 1972, 696 (699).

10 Vgl. *H. Bahro/W. Becker/J. Hitpass*, Abschied vom Abitur?, 1974, S. 8 ff.

11 Vgl. *M. Ruck*, Ein kurzer Sommer der konkreten Utopie, in: A. Schildt, Dynamische Zeiten, 2000, S. 362 (362 ff.).

12 Vgl. *M. Bode*, in: L. Knopp/F.-J. Peine/H. Topel, Brandenburgisches Hochschulgesetz, 3. Aufl. 2018, BbgHZG, Vorbemerkung Rn. 50.

13 Vgl. *R. Dahrendorf*, Bildung ist Bürgerrecht, 1965, S. 14 ff.

14 *M.-E. Geis*, Die Rechtsprechung des BVerfG zum „Recht auf Bildung“ in den Jahren 1972–1977, in: WissR, Beiheft 18, 2007, 9 (10 f.).

15 Anschaulich: *D. Hewig*, Steuerungsprobleme im Hochschulbereich, in: BayVBl. 1978, 68 (70 ff.).

sich systemwidrig – im Falle starken Bewerberüberhangs nun wieder Fragen der Eignung in die Zulassung einbrachte. Die Hochschulen hatten mit ihren Interessen in dieser Zeit häufig das Nachsehen.¹⁶

Der Beitrag untersucht, wie sich das BVerfG zu den Grundsätzen seiner bisherigen Rechtsprechung positioniert. Dabei wird zunächst auf die Rahmenbedingungen der Hochschulzulassung eingegangen (II.) und sodann auf die im Mittelpunkt der Entscheidung stehende Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Auswahlkriterien und die organisatorischen Anforderungen; hierbei wird argumentiert werden, dass das Gericht einen Teil seiner Grundsätze den veränderten Gegebenheiten angepasst hat, was etwa in der Stärkung der Auswahl nach Eignung zum Ausdruck kommt (III.). Anschließend werden die weitreichenden Aussagen zum Erfordernis der „Bereinigung“ von schulischen Abschlusszeugnissen im Bildungsföderalismus analysiert. Hier ist zu zeigen, dass das Gericht ein weitreichendes Postulat in Hinblick auf die Gleichbehandlung aufstellt (IV.). Schließlich wird die Ausstrahlungswirkung der Entscheidung auf weitere Bereiche dargestellt (V.).

II. Rahmenbedingungen

1. Reichweite der Entscheidung

Es ist sinnvoll, zwischen den Begriffen Hochschulzugang und -zulassung zu differenzieren: Das Hochschulzugangsrecht (sog. Qualifikationsrecht) regelt, welche Qualifikation eine Person aufweisen muss, um das Studium aufnehmen zu dürfen. Das Hochschulzulassungsrecht (sog. Verteilungsrecht) bestimmt, welche zugangsberechtigten Bewerber sich immatrikulieren dürfen.¹⁷ Das Urteil betrifft im Wesentlichen Fragen des Zulassungsrechts. Indem nun aber auch im Rahmen der Verteilung Aspekte der Eignung eine Rolle spielen sollen (siehe III.), verschwimmt die Grenze zum Zugangsrecht. Entscheidend ist, dass das Qualifikationsrecht nach wie vor die Bedingungen festlegt, unter denen die *generelle Eignung* zum Studium im Sinne der Hochschulzugangsberechtigung ausgestellt wird, während das Verteilungsrecht an der Eignung für ein *spezifisches Studienfach*

anknüpft. Weiterhin bezieht sich die Entscheidung lediglich auf das sog. innerkapazitäre Hochschulzulassungsrecht, also die Verteilung der Studienplätze im Rahmen der ausgewiesenen Kapazitäten. Sie betrifft nicht das Kapazitätsrecht und dessen Überprüfung im Rahmen sog. außerkapazitärer Klageverfahren.¹⁸

2. Rechtsprechung und Kritik der Literatur

Nach der Rechtsprechung des BVerfG darf eine Zulassungsbeschränkung nur in den Grenzen des unbedingt Erforderlichen unter Erschöpfung der Nutzung der vorhandenen Ausbildungskapazitäten angeordnet werden. Die Auswahl muss auf Grundlage sachgerechter Kriterien erfolgen und jedem an sich hochschulreifen Bewerber zumindest eine Zulassungschance eröffnen. Dabei sind starre Grenzziehungen zu vermeiden.¹⁹

Diese Rechtsprechung wurde bislang überwiegend von Gerichten und Literatur so interpretiert, dass im Wesentlichen das Abitur über den Hochschulzugang entscheidet und dass sogar eine spezifische Eignung des Bewerbers diese Bindung an die Note nicht – bzw. im Auswahlverfahren der Hochschulen nur sehr eingeschränkt – überspielen kann. Die seit den 1970er Jahren eingetretenen Umfeldveränderungen des Hochschulzulassungsrechts, insbesondere der hochschulpolitischen Rahmenbedingungen, und die Ausweitung des Kreises der Hochschulzugangsberechtigten (siehe II.4.), haben allerdings vor allem in der rechtswissenschaftlichen Literatur Zweifel an der bisherigen Konzeption wachsen lassen:²⁰

Dies betrifft zum einen die Frage, ob der Hochschulzugangsberechtigung, regelmäßig dem Abitur, eine „Türöffner-Funktion“ für die Hochschule zukommen muss. Hier wurden vermehrt Stimmen laut, die für eine neben dem Abitur stehende Studieneignungsfeststellung durch die Hochschulen plädieren,²¹ teilweise auch als „neues Hochschulzulassungsrecht“ bezeichnet.²² Es wurde argumentiert, dass die Vergleichbarkeit der Hochschulzugangsberechtigungen schon aufgrund der Vielgestaltigkeit der Bildungswege, die den Hochschulzugang eröffnen, nicht vorliege. Die notwendige „Wissenschaftlichkeit der Hochschulbildung“ erfordere, dass Hochschulen

16 Bode (Fn. 3), 349 ff.

17 Vgl. J. F. Lindner, in: M. Hartmer/H. Detmer, Hochschulrecht, 3. Aufl. 2017, 11 Rn. 1 ff.; A. Pautsch/A. Dillenburger, Kompendium zum Hochschul- und Wissenschaftsrecht, 2. Aufl. 2016, B Rn. 80 ff.

18 R. Brehm/W. Zimmerling, Die Entwicklung des Hochschulzulassungsrechts seit 2008, NVwZ-Extra 2014, 1 (1 ff.).

19 BVerfGE 33, 303 (337 ff.); 40, 352 (354 ff.); 42, 291 (317, 323, 345, 364); 59, 172 (205 ff.).

20 M.w.N. M. Bode, in: M.-E. Geis, Hochschulrecht in Bund und Ländern, Bd. 1, 2017, HRG, § 32 Rn. 13 ff., 45 ff.

21 K. Hailbronner, Kompetenzen des Bundes zur Regelung des Hoch-

schulzugangs, WissR 1994, 1 (11 ff.); ders., Hochschulzugang, zentrale Studienplatzvergabe und Hochschulauswahlverfahren, WissR 2002, 209 (215 ff.); R. Steinberg/H. Müller, Art. 12 GG, Numerus Clausus und die neue Hochschule, NVwZ 2006, 1113 (1113 ff.); H. Datzler, Diversifizierung beim Hochschulzugang, in: M. Fehling/J. A. Kämmerer/K. Schmidt, Hochschulen zwischen Gleichheitsidee und Elitestreben, 2005, S. 99 (100 ff.). Vgl. W. Löwer, Aktuelle Probleme einer Neuregelung des Hochschulzugangs, in: M. Winkler, FS E.-J. Meusel, 1997, S. 175 (191 ff.); T. Mann, in: M. Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 176.

22 P. Hauck-Scholz/B. Brauhardt, Verfassungsrechtliche Aspekte der neuen Studienplatzvergabe, WissR 2008, 307 (322).

geeignete Bewerber für ihre Studiengänge (mit-)aussuchen.²³ Hiergegen wird eingewandt, dass eine punktuelle Aufnahmeprüfung die Eignung eines Bewerbers kaum repräsentativ widerspiegeln könne. Art. 12 Abs. 1 GG schütze gerade die Freiheit des grundsätzlich Zugangsberechtigten von der Schule zur Ausbildungsstelle.²⁴ Auch die Kultusministerkonferenz (KMK) hielt am „Konzept der allgemeinen Hochschulreife als schulischer Abschlussqualifikation zur Zugangsberechtigung für alle Studiengänge“ fest.²⁵

3. Bisherige Ausgestaltung des Verfahrens

Die Verteilung der Studienplätze im sog. Zentralen Verfahren beruht auf den §§ 31 ff. HRG und dem von allen Bundesländern umgesetzten Staatsvertrag. Zunächst bildet die Stiftung für Hochschulzulassung sog. Vorabquoten, etwa für Bewerber, die aufgrund besonderer individueller Härte sofort studieren müssen oder für Sanitäts-offiziersanwärter der Bundeswehr. Die verbleibenden Studienplätze werden zu 20 Prozent an die sog. Abiturbesten vergeben.²⁶ Der Mehrheit der Bewerber sollte das Auswahlverfahren der Hochschulen im Umfang von 60 Prozent eine Zulassungschance eröffnen, in dem die Hochschulen eigene Kriterien aus einem vorgegebenen Katalog auswählen konnten; hierbei musste die Note der Hochschulzugangsberechtigung allerdings „maßgeblichen Einfluss“ – je nach landesrechtlicher Umsetzung also das absolut oder relativ stärkste Gewicht – zukommen. 20 Prozent der Plätze erhalten diejenigen, die die längste Wartezeit aufweisen.²⁷

Soweit das bisherige Zulassungssystem als Zulassungskriterium auf die Note der Hochschulzugangsberechtigung zurückgreift, wendet es zwei unterschiedliche Methoden an: Im Auswahlverfahren der Hochschulen gilt die „nominale“, also ausgewiesene Note, die – je nach Ausgestaltung – mit weiteren Kriterien seitens der Hochschule verrechnet wird und in der Bildung einer Rangliste aller Bewerber mündet. In der Abiturbestenquote wird die Note zwar ebenfalls „nominal“ berück-

sichtigt; durch einen Kunstgriff wird jedoch sichergestellt, dass nur Bewerber eines Bundeslandes miteinander in Konkurrenz treten. Hierzu werden sog. Landesquoten gebildet. Auf der Landesquote stehen nur Bewerber, die in dem jeweiligen Bundesland ihre Hochschulzugangsberechtigung erworben haben. Diesen Bewerbern steht freilich nur ein gewisser Anteil aller Plätze zur Verfügung, der jedoch über alle Länder und alle Hochschulstandorte verteilt wird. Diese Verteilung ist „von außen“ kaum erkennbar und beruht auf einer komplizierten Berechnung.²⁸

4. Statistik: Zunahme der Hochschulzugangsberechtigten und Auswahlgrenzen

War Anfang der 1970er Jahre in den Gremien der KMK noch davon ausgegangen worden, dass die Zahl der Studierenden nur leicht ansteigen würde, nahm die Zahl derjenigen, die mit Abitur und Fachoberschulreife ein Studium antraten, in den folgenden Jahrzehnten stark zu.²⁹ Zudem vergrößerte sich auch der Anteil der Hochschulzugangsberechtigten stetig: Während 2008 rund 43 Prozent der 25- bis 30-jährigen eine allgemeine oder fachgebundene Hochschulzugangsberechtigung aufwiesen, betrug der entsprechende Anteil unter den 60- bis 65-jährigen nur 19 Prozent.³⁰ Rund 25 Prozent aller Abiturienten erwarben im Schuljahr 2009/2010 ihre Hochschulreife nicht mehr an einem allgemeinbildenden Gymnasium, sondern etwa an beruflichen Gymnasien oder integrierten Gesamtschulen.³¹

Zum Wintersemester 2016/2017 konnten in der Humanmedizin über die Abiturbestenquote nur noch Bewerber einen Studienplatz erhalten, die – je nach Bundesland, in dem sie ihre Hochschulzugangsberechtigung erworben hatten – Noten zwischen 1,0 und 1,2 aufwiesen. Im Auswahlverfahren der Hochschulen verlief die tatsächliche Auswahlgrenze allerdings an acht von den 35 Medizin-führenden Hochschulen bei 2,0 oder schwächer, wobei die niedrigsten Auswahlgrenzen bei 2,4, 2,5 und 2,8 lagen. Diese Bewerber hatten neben der Hoch-

23 K. Hailbronner, Verfassungsrechtliche Fragen des Hochschulzugangs, *WissR* 1996, 1 (23 ff.); vgl. P. Dallinger Neuordnung des Hochschulzugangs, *WissR* 1998, 127 (138 f.).

24 Löwer (Fn. 21), S. 197; I. Richter, Ausbildung und Arbeit, in: *JZ* 1981, 176 (180).

25 KMK-Beschl. v. 30.11./1.12.1995.

26 Dies war vom Gesetzgeber weniger als Zulassungsoption für das Gros der Bewerber konzipiert worden, sondern als Art Privileg für die nach Abiturnote leistungsstärksten Bewerber.

27 Bemessen wird die Wartezeit nach den Halbjahren, die seit Erwerb der Hochschulzugangsberechtigung vergangen sind. In dieser Zeit darf allerdings nicht an deutschen Hochschulen studiert werden. Sog. Parkstudienregelung, vgl. BVerfGE 43, 291 (378 ff.).

28 Der Anteil eines Landes an den Studienplätzen bemisst sich nach

einem landesspezifischen Quotienten. Dieser richtet sich gem. Art. 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StV 2008 zu einem Drittel nach dem Anteil des Landes an der Gesamtzahl der Bewerber für den betreffenden Studiengang (Bewerberanteil) und zu zwei Dritteln nach seinem Anteil an der Gesamtzahl der Achtzehn- bis unter Einundzwanzigjährigen (Bevölkerungsanteil); für die Länder Berlin, Bremen und Hamburg werden die sich danach ergebenden Quoten um drei Zehntel erhöht.

29 Bahro/Becker/Hitpass (Fn. 10), S. 20 ff.

30 O. Köller, Abitur und Studierfähigkeit, in: J. Asdonk/S. U. Kuhnen/P. Bornkessel, Von der Schule zur Hochschule, 2013, S. 25 (25 f.).

31 Köller (Fn. 30), S. 26; ders., Wege zur Hochschulreife und Sicherung von Standards, in: D. Bosse, Standardisierung in der gymnasialen Oberstufe, 2013, S. 15 (16).

schulzugangsberechtigung noch weitere der von den Hochschulen erwünschten Kriterien nachgewiesen. In der Wartezeitquote lag die Zulassungsgrenze bei 14 Halbjahren,³² also sieben Jahren Wartezeit. Dafür hatten die Bewerber faktisch die Garantie auf eine Zulassung.

Das Urteil des BVerfG nennt lediglich die Auswahlgrenzen in der Abiturbesten- und der Wartezeitquote, die moderateren Grenzen des Auswahlverfahrens der Hochschulen ließ es bemerkenswerterweise unerwähnt; infolgedessen konzentrierte sich auch die mediale Berichterstattung nur auf diese Auswahlgrenzen – die durchaus bewerberfreundlicheren Auswahlverfahren der Hochschulen und die Zulassungsgarantie spielten keine Rolle.

5. Ausgangsverfahren

Die beiden Kläger des Ausgangsverfahrens konnten mit den Noten der Hochschulzugangsberechtigung von 2,0 und 2,6 sowie jeweils einer Berufsausbildung erst nach sieben Jahren den erwünschten Studienplatz erhalten.³³ Während dieser Wartezeit erhoben sie Klage beim zuständigen Verwaltungsgericht. Nachdem das OVG NRW eine Änderung des Verfahrens im Eilrechtsschutz abgelehnt hatte, strengte das VG Gelsenkirchen eine konkrete Normkontrolle nach Art. 100 GG an, über die das BVerfG am 19. Dezember 2017 entschieden hat.³⁴

III. Vom „Abitur“ zum „Aditur“: Anerkennung veränderter Realitäten und Ausdifferenzierung der Auswahlverfahren

1. Ausgangspunkt der gerichtlichen Erwägungen

Das bisherige Zulassungsverfahren ist vor dem Hintergrund der tatsächlichen Entwicklungen „aus den Fugen geraten“: die Abiturbestenquote erfüllte ihren Zweck nur bedingt – denn in fast allen Bundesländern lag die Zahl der Bewerber mit 1,0 höher als die Zahl der zur Verfügung stehenden Plätze, so dass im Ergebnis die nachrangigen Kriterien entschieden, wer zugelassen wurde.³⁵ Im Auswahlverfahren der Hochschulen war durch die landesrechtlich unterschiedlich interpretierte Maßgabe des „maßgeblichen Einflusses“ der Abiturnote ein Teil der Bewerber im Ergebnis recht stark an die Abiturnote

gebunden,³⁶ soweit nicht wenige Hochschulen sogar gänzlich auf die Heranziehung eines weiteren Auswahlkriteriums verzichteten. In der Wartezeitquote schließlich vertrauten einige Bewerber auf ihre Zulassungsgarantie – nur bewarb sich stets auch eine unvorhersehbar große Anzahl von Konkurrenten, so dass manch ein Bewerber der Auswahlgrenze „hinterherwartete“. Vor allem aber stand der gestiegenen Zahl an Bewerbern eine gleichbleibende Menge an Studienplätzen gegenüber.

Vor diesem Hintergrund fordert das BVerfG eine Korrektur der Hochschulzulassung. Ein solcher Fingerzeig war im Ergebnis wohl auch nur durch das Gericht selbst möglich, da sich die Staatsverwaltung der schulischen Hochschulzugangsberechtigung traditionell einen hohen Stellenwert beimaß,³⁷ dessen Preisgabe rechtlich risikoreich und politisch wohl unerwünscht gewesen wäre.

2. Eignungsorientierung des Auswahlverfahrens

Das Gericht stellt klar, dass die Vergabe der Studienplätze „im Falle der Knappheit nach Regeln erfolgen“ müsse, „die sich grundsätzlich an dem Kriterium der Eignung orientieren.“ Damit etabliert das Gericht Eignung als neues Richtmaß des Zulassungsrechts. „Die für die Verteilung relevante Eignung bemisst sich [...] an den Erfordernissen des konkreten Studienfachs und den sich typischerweise anschließenden beruflichen Tätigkeiten.“ Eine danach „differenzierende Kriterienbildung“ sei „verfassungsrechtlich geboten, wenn sich nur so das konkret erforderliche Eignungsprofil hinreichend abbilden“ lasse. Dies nimmt das Gericht für die Medizin offenbar an, denn es fährt fort: „Dafür müssen auch praktische und sozial-kommunikative Fähigkeiten sowie bereits in medizinischen Berufen erworbene Qualifikationen eine Rolle spielen.“ Hier stellt sich – so wünschenswert ein sozial-kommunikativer Arzt sein mag – die Frage, mit welcher Berechtigung das Gericht hier in das Ausbildungsziel der Humanmedizin eingreift.³⁸ Sollten so also über Jahrzehnte die falschen Ärzte ausgebildet worden sein?

Die bisher im Auswahlverfahren angewandten Auswahlkriterien (Gesamtnote der Hochschulzugangsbere-

32 Als nachrangiges Kriterium war mindestens eine Note von 2,9 erforderlich; mit der Note 3,0 hätte die Wartezeit also bei 15 Halbjahren gelegen.

33 Eine Person bewarb sich nicht mehr weiter.

34 Vgl. M. Bode, Vorlagepflicht nach Art. 100 GG und vorläufiger Rechtsschutz, VerwArchiv 2016, 206 (206 ff.).

35 Vgl. „Abi mit 0,7 - aber keinen Studienplatz“, Süddeutsche Zeitung, 25.1.2011.

36 M.w.N. Bode (Fn. 20), § 32 Rn. 201.

37 Vgl. Wissenschaftsrat, Empfehlungen zur Reform des Hochschulzugangs, Drs. 5920/04, 30.1.2004, 39.

38 Gem. der insofern maßgeblichen Approbationsordnung ist das Ziel der ärztlichen Ausbildung „der wissenschaftlich und praktisch in der Medizin ausgebildete Arzt, der zur eigenverantwortlichen und selbständigen ärztlichen Berufsausübung, zur Weiterbildung und zu ständiger Fortbildung befähigt ist“. Immerhin nachgeordnet soll die Ausbildung „auch Gesichtspunkte ärztlicher Gesprächsführung“ umfassen, vgl. § 1 Abs. 1 ÄApprO.

rechtigung, gewichtete Einzelnoten, fachspezifische Studierfähigkeitstests, fachnahe Ausbildungen und Auswahlgespräche) sind aus Sicht des Gerichts „je für sich als Indikatoren für eine an der Eignung orientierte Auswahl von Verfassungen wegen vom Grundsatz her nicht zu beanstanden“. Dies gilt insbesondere auch für die Gesamtnote der Hochschulzugangsberechtigung, die als valider Prädiktor des Studienerfolges anerkannt wird,³⁹ allerdings „bereinigt“ werden muss (siehe III.). Im Bereich der medizinischen Studiengänge besteht bereits eine Reihe von eignungsdiagnostischen Verfahren. So werden Tests angeboten, in denen neben praktischen Fähigkeiten auch berufsbezogene Kenntnisse abgefragt werden.⁴⁰ Dem Umstand, dass hier – insbesondere auch in Bezug auf andere örtlich zulassungsbeschränkte Studiengänge – noch einiges unerforscht ist, trägt das Gericht Rechnung, und erlegt dem Gesetzgeber eine Beobachtungspflicht auf.

Indem das Gericht die Orientierung an der Eignung betont, verabschiedet es sich impliziert von der Wertung, dass allein die Hochschulzugangsberechtigung selbst einen unmittelbaren Anspruch auf Aufnahme des Studiums begründe. Ein solcher Anspruch unterliegt bei vorliegender Zulassungsbeschränkung nur noch der Eignung, die ihrerseits zwar die Hochschulzugangsberechtigung voraussetzt, aber eben mehr erfordern kann als diese. Über die Aufnahme des Studiums entscheidet weniger die „abgebende Stelle“ im Rahmen des „Abiturs“ als vielmehr die aufnehmende Hochschule; es wird also eine Art „Aditur“ erteilt.

3. Gleichmäßige Gewichtung der Auswahlkriterien

Die „Öffnung des Auswahlverfahrens“ für die Einbeziehung weiterer Kriterien liegt nach Ansicht des BVerfG „nicht allein in der freien Entscheidung des Gesetzgebers, sondern ist zur Gewährleistung einer gleichheitsgerechten Zulassung zum Studium in gewissem Umfang auch verfassungsrechtlich geboten.“ Hier nimmt das Gericht die zentrale Aussage der zweiten Numerus clausus-Entscheidung wieder auf, nach welcher der Grundsatz der Chancenoffenheit gebiete, „den prinzipiellen Ausschluss ganzer Gruppen geeigneter Bewerber durch starre Grenzziehungen zu vermeiden sowie für angemessene Ausweich-

möglichkeiten Sorge zu tragen“. Die Note allein darf nicht das Gros der hochschulzugangsberechtigten Bewerber vom Studium ausschließen.

Ein Kriterium, das „keine hinreichend tragfähigen Vorhersagen zulässt oder das nur Teilaspekte der in einem Studienfach relevanten Anforderungen abbildet“, dürfe „nicht als einziges Auswahlkriterium“ vorgesehen werden, „weil es sonst diese Schwächen bei der Auswahl verabsolutierte“. Schwächen eines Kriteriums kann der Gesetzgeber dadurch ausgleichen, dass er zusätzlich ein anderes Kriterium heranzieht, das ebenfalls auf die Eignung hinweist.“ Die herangezogenen Kriterien „müssen aber in ihrer Gesamtheit Gewähr für eine hinreichende Vorhersagekraft bieten.“

Zwar habe der Gesetzgeber bei der Bestimmung der für die Auswahl maßgeblichen Kriterien „einen sehr weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum“. In Bezug auf die Gewichtung der Auswahlkriterien sei aber sicherzustellen, dass „die Gesamtsicht der Eignungskriterien hinreichend breit angelegt ist“: Um der begrenzten Aussagekraft der jeweiligen Auswahlkriterien zu begegnen, muss also eine Vielfalt von Kriterien angewandt werden. Diese dürfen weder ausschließlich noch größtenteils schulnotenbasiert sein. Es sei dem Gesetzgeber selbst überlassen, ob er das Verfahren – wie gegenwärtig – in zentrale und dezentrale Teile aufgliedert und in welchen Quoten er welche Kombinationen vorsieht. Die Feinjustierung, etwa die Auswahl der konkreten Kriterien aus dem vorzugebenden Katalog, obliegt – „auch in Anknüpfung an von ihnen verantwortete Profilbildungen des Studiums (vgl. Art. 5 Abs. 3 GG)“ – den Hochschulen.

Eine Beschränkung auf sechs Wünsche im Auswahlverfahren der Hochschulen sei verfassungsrechtlich hinzunehmen, da „sie durch die Dezentralität im derzeitigen System bezweckte Mehrgleisigkeit [...] die Hochschulen vor erhebliche Herausforderungen“ stelle.⁴¹ Allerdings sei es „verfassungsrechtlich geboten [...], dass bei Gesamtsicht nur ein hinreichend begrenzter Anteil der Studienplätze jeder Hochschule von einem hohen Grad der Ortspräferenz abhängt.“ Auch bei aufwendigen Auswahlmechanismen darf der Grad der Ortspräferenz nur auf einen Teil der jeweils zu vergebenden Studienplätze angewandt werden.

39 Vgl. hierzu G. Kadmon/F. Resch/R. Duelli/M. Kadmon, Der Vorhersagewert der Abiturdurchschnittsnote und die Prognose der unterschiedlichen Zulassungsquoten für Studienleistung und -kontinuität im Studiengang Humanmedizin, GMS Zeitschrift für Medizinische Ausbildung 2014, 1 (1 ff.); Köller (Fn. 30), S. 44

m.w.N.; S. Gentsch, Richtig ausgewählt? 2009, S. 75 ff.

40 Zu nennen sind etwa der TMS, der HAM Nat und der Studierfähigkeitstest der Uni Münster.

41 Unzulässig sei die Beschränkung allerdings in der Abiturbesten- und in der Wartezeitquote.

4. Wesentlichkeitstheorie und Ausgestaltungsbefugnis der Hochschulen

Mit der Entscheidung schrieb das Gericht auch die von ihm maßgeblich geprägte Wesentlichkeitstheorie fort,⁴² nach der wesentliche, grundrechtsrelevante Fragen nur vom parlamentarischen Gesetzgeber in Gesetzesform getroffen werden dürfen.⁴³

Der Grundsatz des Gesetzesvorbehalts verlange, „gesetzliche Sicherungen dafür, dass die Hochschulen Eignungsprüfungen in standardisierten und strukturierten Verfahren“ durchführen. Dabei genüge es, „wenn der Gesetzgeber die Hochschulen zu einer transparenten eigenen Standardisierung und Strukturierung verpflichtet, auch um der Gefahr diskriminierender Anwendung vorzubeugen“.

Neu ist, dass das Gericht ausdrücklich anerkennt, dass der Gesetzgeber den Hochschulen „gewisse Spielräume für die Konkretisierung der gesetzlich der Art nach festgelegten Kriterien“ zur Beurteilung der Eignung einräumen dürfe.⁴⁴ „Den Hochschulen steht nach Art. 5 Abs. 3 GG das Recht zu, ihren Studiengang nach eigenen wissenschaftlichen Kriterien zu prägen und dabei eigene Schwerpunkte zu setzen.“ Diese Konkretisierungsbefugnis schlage sich in den Ausgestaltungsmöglichkeiten hochschuleigener Eignungsprüfungen nieder. Die Eignung sei allerdings „auch im Lichte der fachlichen Ausgestaltung und Schwerpunktsetzung unter Einbeziehung hochschulspezifischer Profilbildungen“ zu beurteilen.

5. Abkehr von der Wartezeit

Die Bildung einer Wartezeitquote ist nach dem BVerfG „an sich verfassungsrechtlich zulässig“, jedoch nicht „verfassungsrechtlich geboten“. Sie sei geeignet, Schwächen der in anderen Quoten verwendeten Eignungskriterien abzumildern. Da sich die Quote aber negativ auf die Zulassungschancen „besser qualifizierter Bewerber in den anderen Quoten“ auswirke, sei sie höchstens bis zum Anteil von 20 Prozent der Plätze in den Hauptquoten verfassungsgemäß.

In ihrer derzeitigen Ausgestaltung genüge die Wartezeit den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht. Sie könne ihre Funktion nur erfüllen, wenn sie „nicht übermäßig lange“ dauert und sei auf maximal 7 Halbjahre zu begrenzen. Entsprechende Limitierungen existieren etwa in Bremen, Schleswig-Holstein und Hamburg.⁴⁵ Diese Regelungen führen freilich nicht zu einer Verkürzung der Wartezeit, da die Kapazität, also die Zahl der Plätze, konstant bleibt; vielmehr verlagern sie die Auswahlentscheidung auf die nachrangigen Kriterien. Dies bewirkt lediglich, dass zwischen Personen, die die Kappungsgrenze überschritten haben, nicht mehr entscheidet, wer die längere Wartezeit aufweist, sondern dass nachrangig auf die Qualifikation, dann auf Dienst und Los abgestellt wird.⁴⁶ Dies wirft die Frage nach der Sinnhaftigkeit der Quote auf, die je nach Ausgestaltung entweder dauerhaft ausschließend wirken oder sich als eine Art qualifizierte Losquote entpuppen könnte.

Bislang hatten Bewerber faktisch eine Zulassungsgarantie. Zwar begründete das BVerfG nie ausdrücklich das Erfordernis einer solchen Gewähr; vielmehr hatte es bereits früh darauf hingewiesen, dass Teilhaberechte „unter dem Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen“ stehen, „was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann,“ und betonte in der zweiten Numerus clausus-Entscheidung 1977, „schon begrifflich“ schließe „die Einräumung von Chancen das Risiko des Fehlschlages ein“.⁴⁷ Dennoch wies das Verfahren in der Praxis keine endgültige Ausschlussmöglichkeit auf, so dass spätestens über die Wartezeit eine Zulassung erfolgen konnte.⁴⁸ Eine Regelung des besonderen Auswahlverfahrens, die einen entsprechenden Ausschluss zur Folge gehabt hätte, wurde abgeschafft, bevor sie erstmals hätte angewandt werden müssen.

In Bezug auf die Möglichkeit eines Verfahrensausschlusses wird das BVerfG nun deutlicher: Das Teilhaberecht reiche „nicht so weit, dass jeder und jede Hochschulzugangsberechtigte – unabhängig vom Ergebnis der schulischen Leistungen und der sonstigen fachspezifischen Qualifikation – beanspruchen könn-

42 Vgl. statt vieler BVerfGE 34, 165 (192 f.); 40, 237 (248 f.); 134, 141 (184); 141, 143 (170).

43 Bereits in der ersten Numerus clausus-Entscheidung hatte das BVerfG ausgeführt, dass es „wegen der einschneidenden Bedeutung der Auswahlregelung“ Aufgabe des Gesetzgebers sei, „die Art der anzuwendenden Auswahlkriterien und deren Rangverhältnis untereinander selbst festzulegen.“ BVerfGE 33, 303 (345). *F. Ossenbühl*, in: J. Isensee/P. Kirchhof, *HdbStR*, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 101 Rn. 14 ff.

44 Dies rechtfertige sich „durch den direkten Erfahrungsbezug der Hochschulen und die grundrechtlich geschützte Freiheit

von Forschung und Lehre, was die eigene Schwerpunktsetzung einschließt und damit auch eine Profilbildung ermöglicht“.

45 Maximal acht Semester Wartezeit: § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BremHZG; § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HZG S-H. Bis zu zehn Halbjahre: § 10 Abs. 5 Universitäts-Zulassungssatzung Uni HH.

46 *Bode* (Fn. 12), § 11 Rn. 16.

47 BVerfGE 33, 303 (333); *Depenheuer* (Fn. 6), § 269 Rn. 9, 48.

48 Eine Ausnahme kann in Bezug auf die Angehörigen bestimmter Vorabquoten gelten, etwa die Zweitstudienbewerber, für deren Zulassung die Wartezeit keine Rolle spielt. Vgl. *Bode* (Fn. 20), § 32 Rn. 133 ff., 187 ff.

te, die Zulassung zu dem gewählten Studium tatsächlich eines Tages zu erhalten“. In Fächern, „in denen die Anzahl an Bewerbungen das Angebot an Studienplätzen weit übersteigt, kann der Teilhabeanspruch die tatsächliche Studienzulassung von vornherein nicht garantieren“. Bei der Vergabe knapper unteilbarer Güter könne „jedes Auswahlssystem – wie immer es ausgestaltet ist – nur einem Teil der Bewerberinnen und Bewerber reale Aussichten eröffnen“.

„Nicht jeder grundsätzlich hochschulreife Bewerber“ müsse „den Anspruch auf Zulassung zu seinem Wunschstudium im Ergebnis tatsächlich realisieren können.“ Die Kehrseite der Aufhebung der Zulassungsgarantie ist freilich, dass das Verfahren „harte Kanten“ aufweist und einen Teil der Bewerber endgültig oder zumindest dauerhaft vom gewünschten Studium ausschließen wird. Das „Risiko des Fehlschlags“ wirft damit die nicht ganz so einfach zu beantwortende Frage auf, wer und wann unter welchen Bedingungen darüber entscheiden darf, dass ein Bewerber dauerhaft von seinem Wunschstudium ausgeschlossen sein soll.⁴⁹

6. Ablehnung der Drohung mit dem originären Teilhaberecht

Auch in anderen Punkten schafft das Gericht beachtliche Klarheit – und distanziert sich mit feinem Florett von bisherigen Ansätzen. Dies betrifft zum einen die Klassifizierung der Teilhaberechte. Noch 1972 hatte das BVerfG entschieden, dass das Freiheitsrecht „ohne die tatsächliche Voraussetzung, es in Anspruch nehmen zu können, wertlos“ wäre.⁵⁰ Neben der abwehrrechtlichen Komponente kommt der Berufsfreiheit also auch eine leistungsrechtliche Funktion zu. Soweit sich dieser Anspruch auf bereits bestehende Studienplatzkontingente bezieht, entwickelten sich diese Ausführungen des Gerichts zum Schulbeispiel für ein derivatives Teilhaberecht und für einen Eingriff durch die Verletzung von Leistungspflichten.⁵¹

Deutlich mehr Brisanz lag in der Andeutung des Gerichts, ob neben dem derivativen Recht auf Teilhabe an den bestehenden Kapazitäten sogar ein Anspruch auf Schaffung weiterer Kapazitäten, also ein originäres oder absolutes Teilhaberecht, folgen könne. Es „ließe sich fragen, ob aus den grundrechtlichen Wertentscheidungen

und der Inanspruchnahme des Ausbildungsmonopols ein objektiver sozialstaatlicher Verfassungsauftrag zur Bereitstellung ausreichender Ausbildungskapazitäten für die verschiedenen Studienrichtungen folgt.“ Dieser käme jedoch erst „bei evidenter Verletzung jenes Verfassungsauftrages in Betracht“ und sei damals nicht feststellbar gewesen.⁵²

Die Diskussion über originäre oder absolute Leistungsrechte war in den 1970er Jahren – nicht zuletzt in Wechselwirkung mit den gesellschaftlichen Begleitumständen – en vogue.⁵³ In grundrechtsdogmatischer Hinsicht begegnet diese Rechtsfigur zumindest im Bereich des Art. 12 GG jedoch schwerwiegenden Bedenken und wurde in der Literatur mehrheitlich abgelehnt. Die Aufgabe der Ausgestaltung der sozialen und wirtschaftlichen Fürsorge obliegt primär dem legitimierten Gesetzgeber.⁵⁴

Von der Idee des originären Leistungsrechts distanziert sich das BVerfG nun deutlich und führt aus, das Teilhaberecht reiche „nicht so weit, dass es einen individuellen Anspruch begründen könnte, Ausbildungskapazitäten in einem Umfang zu schaffen, welcher der jeweiligen Nachfrage gerecht wird.“ Die Bemessung der Ausbildungskapazitäten obliege der Entscheidung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers.

IV. Utopie der Gleichheit: Erfordernis einer Bereinigung der Hochschulzugangsberechtigungen

1. Kernaussage

Überraschender und von ihrer Bedeutung her tiefgreifender als die übrigen Aussagen der Entscheidung sind die Passagen zum Erfordernis der Umrechnung der Abiturnoten, soweit diese im Rahmen der Auswahl oder der Vorauswahl, herangezogen werden: „Mit dem Recht auf gleiche Teilhabe“ sei es „nicht vereinbar“, dass der Gesetzgeber „im Auswahlverfahren der Hochschulen eine Berücksichtigung von Abiturnoten vorsieht, ohne zumindest deren annähernde länderübergreifende Vergleichbarkeit – gegebenenfalls durch Ausgleichsmechanismen – sicherzustellen.“ Anders als in der Abiturbestenquote sind im Auswahlverfahren der Hochschulen keine Länderquoten vorgesehen, berücksichtigt wird allein die von der Schule ausgestellt nominelle Note (siehe II.3). Durch diese Gleichbehandlung der Noten

49 Vgl. hierzu grds. *H. Bethge*, in: J. Isensee/P. Kirchhof, HdbStR, Bd. 9, 3. Aufl. 2011, § 203.

50 BVerfGE 33, 303 (330 f.).

51 Vgl. *F. Hufen*, Staatsrecht II, 3. Aufl. 2011, § 8 Rn. 14. Die Besonderheit des derivativen Teilhabeanspruchs ist vor allem darin zu sehen, dass der Zulassungsanspruch unabhängig von der relativen Stellung des Klägers im Vergleich zu anderen Bewerbern durchsetzbar ist. BVerfGE 39, 258 (270).

52 BVerfGE 33, 303 (333).

53 1971 hatte sich auch die Staatsrechtslehrertagung mit der Frage befasst. *D. Schimanke*, BVerfG und numerus clausus, JR 1973, 45 (46); *H. M. Heinig*, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, 2008, S. 173 f.

54 M.w.N. *Heinig* (Fn. 53), S. 374 ff.; *H. Dreier*, Grundrechtsdurchgriff contra Gesetzesbindung?, Die Verwaltung 2003, 105 (115 f.); *R. Breuer*, in: J. Isensee/P. Kirchhof, HdbStR, Bd. 8, 3. Aufl. 2010, § 170 Rn. 106.

werden aus Sicht des BVerfG „erhebliche Ungleichheiten hingenommen“. Denn „nach dem derzeitigen Stand der Entwicklung der Abiturnoten können die Hochschulzugangsberechtigungen der Länder nicht als aus sich selbst heraus hinreichend vergleichbar angesehen werden.“

Diese Aussage knüpft an eine traditionsreiche, auch identitätspolitisch aufgeladene Diskussion über „Gleichheit im Bundesstaat“ an.⁵⁵ In bildungspolitischer Hinsicht steht dahinter die Frage, in welchem Umfang die Abiturnote überhaupt als Prädiktor für Studienerfolg nutzbar ist (siehe II.). Zudem geht es um Leistungsunterschiede zwischen unterschiedlichen Bundesländern ebenso wie zwischen verschiedenen Schulformen, etwa schulischen und beruflichen Gymnasien. In rechtsdogmatischer Hinsicht ist fraglich, in welchem Umfang die unitarisierende Wirkung von Bundesgrundrechten in die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern hineinwirken darf. Besteht außerhalb des ausstellenden Bundeslandes eine Verpflichtung zur Umrechnung bzw. Anpassung von Noten, so hat dies faktisch deutliche Auswirkungen auf die Bildungshoheit der Länder.

Vor diesem Hintergrund ist zunächst zu untersuchen, womit das BVerfG einen Gleichheitsverstoß begründet (2.). Sodann ist auf den Stand der empirischen Bildungswissenschaft einzugehen (3.) und die Forderung auf „Bereinigung“ der Schulnoten näher zu analysieren (4.).

2. Die „drei Säulen“ der Unvergleichbarkeit

Worauf stützt das Gericht diese in ihrer Aussage gewichtige These der Unvergleichbarkeit? Die erste „Säule“ sind Bewertungen Dritter, etwa des Gesetzgebers selbst sowie des Wissenschaftsrates. So folge aus der ununterbrochenen Anwendung der 1976 als Übergangslösung konzipierten Abiturbestenquote, dass der Gesetzgeber selbst bislang nicht davon ausgehe, „die Noten der Hochschulzugangsberechtigung seien vergleichbar“. Dem widerspricht jedoch bereits der Vortrag der Länder im Verfahren, vor allem aber auch der explizite Verzicht auf Landesquoten im Auswahlverfahren der Hochschulen.

In diesem Zusammenhang zitiert das Gericht unter anderem⁵⁶ die Empfehlungen des Wissenschaftsrates aus

dem Jahr 2004, die ohne weitere Nachweise feststellen: „Über diese engere Abstimmung von Schulausbildung und allgemeinen Anforderungen des Hochschulstudiums hinaus müssen Vergleichbarkeit und Transparenz der Durchschnittsnoten erheblich verbessert werden.“ Hierzu forderte der Wissenschaftsrat die „Standardisierung der schulfachlichen Angebotsstruktur“, eine klare Gewichtung der nachzuweisenden Wissensbestände sowie die Einführung von ländereinheitlichen Zentralabitur-Prüfungen.⁵⁷

Das Gericht geht allerdings nicht darauf ein, dass die Kultusminister dieser Forderung bereits weitgehend nachgekommen sind. So haben sie in den vergangenen Jahren Maßnahmen veranlasst, um die Vergleichbarkeit der in der gymnasialen Oberstufe erworbenen Zeugnisse der Allgemeinen Hochschulreife zu sichern und auf die Vereinheitlichung der Prüfungsmaßstäbe hinzuwirken.⁵⁸ Die KMK novellierte im Dezember 2016 die Vereinbarung über die Abiturprüfung der gymnasialen Oberstufe und sieht darin unter anderem Normierungen für die Bearbeitungszeit der Aufgaben in der schriftlichen und der mündlichen Abiturprüfung vor.⁵⁹ Überdies wurde auf der Basis der Bildungsstandards für die Allgemeine Hochschulreife, die für die zentralen Fächer Deutsch, Mathematik und die fortgeführte Fremdsprache (Englisch/Französisch) vorliegen, ein gemeinsamer Abituraufgabenpool entwickelt. Dieser stand den Ländern erstmals in der Abiturprüfung 2017 zur Verfügung; spätestens für Schüler, die 2019 in die Qualifikationsphase eintreten, haben sich die Länder zu dessen Umsetzung verpflichtet.⁶⁰ Alle Länder haben diesem Pool Aufgaben entnommen. Die Aufgaben sollen sich normierend auf die Abituraufgaben in den übrigen Fächern wie auch auf die Klausuren in der Qualifikationsphase der gymnasialen Oberstufe auswirken.⁶¹

Als zweite „Säule“ stützt sich das Gericht auf einen Vergleich der durchschnittlichen Länderabiturdurchschnitte. „Der Ländervergleich der Abiturergebnisse zeigte zuletzt eine Spanne des Notenmittels zwischen 2,16 und 2,59 und damit von 0,43 Notenstufen zwischen dem besten und dem schwächsten Landesschnitt“. Bei der Notenverteilung, die das Gericht unter Berufung auf

55 Vgl. m.w.N. S. *Boysen*, Gleichheit im Bundesstaat, 2005.

56 Weiterhin wird ein Protokoll des Ausschusses für Bildung, Forschung und Technologiefolgenabschätzung aus dem Jahr 2004 zitiert. Hier taucht in der Tat im Vortrag einer Fraktion die Aussage auf, dass die Schulabschlussnoten „nur begrenzt vergleichbar“ seien. Eine valide Begründung fehlt allerdings. BT-Drs. 15/3475, 5, 11.

57 Wissenschaftsrat (Fn. 37), S. 40 f.

58 Vgl. O. Köller, Standardsetzung im Bildungssystem, in: H. Reinners, Empirische Bildungsforschung, Strukturen, 2. Aufl. 2015, S. 197 (198).

59 KMK-Beschl. v. 13.12.1973 i.d.F. v. 8.12.2016, verfügbar unter: www.kmk.org.

60 Vgl. KMK-Beschl. v. 7.7.1972 i.d.F. v. 8.12.2016, verfügbar unter: www.kmk.org. Vgl. auch M. Neumann/G. Nagy/U. Trautwein/O. Lüdtke, Vergleichbarkeit von Abiturleistungen, ZfE 2009, 691 (697).

61 Auch die Abschaffung des Kurssystems in bislang 11 Bundesländern und die Vorgabe konkreter Fächer anstatt der Wahlmöglichkeit von Kursen aus Fächergruppen sollen der besseren Vergleichbarkeit dienen. D. Bosse, Die gymnasiale Oberstufe unter Standardisierungsdruck, in: dies. (Fn. 31), S. 69 (75).

die Werte der KMK ausschließlich für den deutschen Bildungsraum untersucht, stellt es ebenfalls „erhebliche Unterschiede“ fest. „Die Anteile der Abiturnoten im Bereich zwischen 1,0 und 1,9 bewegten sich zwischen 38,8 % in Thüringen und 17,2 % in Niedersachsen [...]“. ⁶² Diese Unterschiede sind tatsächlich über die Jahre relativ konstant; sie besagen aber lediglich, dass Notenunterschiede bestehen, lassen jedoch keinen Rückschluss auf Leistungs- oder Bewertungsunterschiede zu.

So bleibt unklar, warum der Landesdurchschnitt der Hochschulzugangsberechtigungen bundesweit nahezu gleich sein sollte: Abweichende Werte deuten nicht zwangsläufig auf unterschiedliche Benotungspraktiken hin, sondern können auch aus verschiedenen schulpolitischen Grundentscheidungen resultieren, etwa der Durchlässigkeitsquote zum Abitur. Ein Blick auf die Bundesländer verdeutlicht hier tatsächlich Unterschiede. Während in Hamburg der Anteil der Absolventen von allgemeinbildenden und beruflichen Schulen, die eine allgemeine Hochschulreife erwarben, 2015 bei 57,7 Prozent lag, machte er in Bayern nur 31,6 Prozent aus. Der bundesweite Mittelwert lag bei 41,2 der Gesamtbevölkerung. ⁶³ Es erscheint naheliegend, dass Personen, die mit spezieller Förderung zum Abitur begleitet werden und dieses unter Umständen knapp erreichen, den Schnitt des Landes eher absenken als wenn bereits auf dem Weg zum Abitur strengere Bewertungsmaßstäbe angelegt werden. ⁶⁴

Die „empirische[n] Studien“, die das Gericht – als dritte „Säule“ – heranzieht, beschränken sich auf einen Aufsatz aus dem Jahr 2009, der am Beispiel der Mathematik- und Englischleistungen Unterschiede in der Bewertung zwischen Abiturienten aus Hamburg und Baden-Württemberg untersucht hat. Er kommt zum Ergebnis, dass in Mathematik die Hamburger Abiturienten „bei vergleichbaren Leistungen [...] bessere Fachnoten“ erhielten, was auf eine unterschiedliche Beurteilung hinweist; im Fach Englisch ließen sich dagegen „keine Unterschiede in der Bewertungsstrenge“ feststellen. Zugleich zeigte die Studie auf, dass hinter den unterschiedlichen Noten – im Fach Mathematik – zwischen Hamburger und Baden-Württemberger Schülern derartig große Leistungsunterschiede lagen, dass eine „leistungsbezogene Vergleichbarkeit“ zulasten der Hamburger Schüler „kaum noch gegeben“ sei. ⁶⁵ Mit anderen Wor-

ten: Soweit in Mathematik die wahren Leistungen gemessen würden, hätten Hamburger Schüler 2009 zu recht wesentlich schlechtere Karten bei der Hochschulzulassung gehabt als die Konkurrenten aus Baden-Württemberg, bei den Englischnoten allein wären die Chancen aufgrund etwa gleichwertiger Leistungen zu recht ungefähr gleich gewesen.

Zu ergänzen ist, dass diese Kritik auch mit der verstärkt in Breitenmedien aufgegriffenen Klage über vermeintliche Ungerechtigkeiten des Föderalismus einhergeht. So hatte Der Spiegel die Thematik Ende April 2017 in einem Leitartikel unter dem Titel „Glücksspiel Abitur, Deutschlands ungerechte Schulen“ aufgegriffen und war zu dem Ergebnis gekommen, das Abitur sei aufgrund seiner longitudinalen Ausrichtung „das beste Mittel“ zur Prognose der Studieneignung, „das wir haben“. Aufgrund seiner „undurchsichtigen Abiturpraxis“ aber eben „nicht gut genug“. Unter anderem hatte hier ein pensionierter Mathematiklehrer anhand des fiktiven Schülers „Paul“, der extrem positive Leistungen in Mathe und Deutsch, im Übrigen aber über mangelhafte Noten verfügte, nachzuweisen versucht, dass mit derselben Leistung in manchen Ländern nicht einmal eine Zulassung zum Abitur möglich war, in anderen ein Abitur mit Note „1“ vergeben wurde. ⁶⁶ Diese hypothetische Überlegung übersieht allerdings sowohl die Beurteilungsspielräume der Lehrer als auch das Adaptionsvermögen der Schüler an die Regelungen, denen sie ausgesetzt sind.

Nach wie vor ist also offen, was konkret die Unvergleichbarkeit der Noten ausmacht. Zwar ist das BVerfG keine Tatsacheninstanz – diese Aufgabe fällt den Fachgerichten zu –, doch darf es gem. § 26 Abs. 1 BVerfGG den zur Erforschung der Wahrheit erforderlichen Beweis erheben. Angesichts der Tragweite seiner Entscheidungen ist es aber doch bedenklich, dass die Untersuchung der tatsächlichen Umstände, wie in der Literatur kritisiert wird, häufig „halbherzig und in kaum überzeugender Weise“ erfolgt. ⁶⁷ Dies ist deshalb von Bedeutung, weil sich allein hieraus ergibt, wovon der Gesetzgeber künftig die Noten bereinigen soll.

3. Analyse der fehlenden Vergleichbarkeit in der Erziehungswissenschaft

Es stellt sich die Frage, ob sich aus den – seit der Entstehung des zitierten Aufsatzes – fortgeschrittenen Erkennt-

62 Vgl. KMK, Abiturnoten 2015 (Schuljahr 2014/2015), 9.12.2016, verfügbar unter: www.kmk.org.

63 Statistische Veröffentlichungen der KMK, Dokumentation Nr. 211, Dez. 2016, S. 362, Tabelle C.III 1.3.2a.

64 Vgl. zur Heterogenität allein der Schülerschaft im Vergleich zwischen Hamburg und Baden-Württemberg U. Trautwein/O. Köller/R. Lehmann/O. Lüdtke, Öffnung von Bildungswegen,

erreichtes Leistungsniveau und Vergleichbarkeit von Abschlüssen, in: dies., Schulleistungen von Abiturienten, 2007, S. 11 (14 f.).

65 Neumann/Nagy/Trautwein/Lüdtke (Fn. 60), 691, 707.

66 „Die Lotterie des Lebens“, Der Spiegel Nr. 18, 29.4.2017, S. 20 ff.

67 S. Brink, Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate, in: H. Rensen/demselb., Linien der Rechtsprechung des BVerfG, Bd. 1, 2009, S. 1 (26).

nissen der Erziehungswissenschaft Weiteres ergibt. Terminologisch sollte dabei zwischen Leistungs-, Noten- und Bewertungsunterschieden differenziert werden. Während Leistungsunterschiede „tatsächlich vorhandene und mit standardisierten Leistungstests erhobene Unterschiede in den Kompetenzen“ von Schülern bezeichnen, beziehen sich Notenunterschiede lediglich auf die Notenverteilung, ohne dass Leistungsunterschiede berücksichtigt werden. Demgegenüber beziehen sich Bewertungsunterschiede auf die unterschiedlichen Beurteilungen identischer Leistungen.⁶⁸ Die vom Gericht im Rahmen der ersten „Säule“ herangezogenen Quellen stellen pauschal auf eine nicht näher unterscheidbare Unvergleichbarkeit ab; mit dem zweiten Argumentationsstrang werden bloße Notenunterschiede nachgewiesen.

Aus Sicht der Erziehungswissenschaft lässt sich zunächst festhalten, dass für das Abitur bis zur Jahrtausendwende – dem Zeitpunkt der Etablierung Empirischer Bildungswissenschaft als eigene Disziplin⁶⁹ – kaum Untersuchungen existierten, „die verlässliche Schlüsse über länderübergreifende Leistungs- und Bewertungsunterschiede am Ende der gymnasialen Oberstufe“ gestatten.⁷⁰ Die – auch international – vergleichende Schulleistungsforschung bildet „den Ankerpunkt“ des neuen Zweiges der Bildungswissenschaft.⁷¹ Für einzelne Fächer und einzelne Bundesländer liegen inzwischen Erkenntnisse aus Einzelstudien vor:

Tatsächlich zeigen die vorliegenden stichpunktartigen, auf wenige Länder und einzelne Studienfächer bezogenen Untersuchungen, dass „in unterschiedlichen Ländern und unterschiedlichen Schulformen mit substantiellen Leistungsdifferenzen zu rechnen“ sei. Bereits im Vorfeld der Gymnasialen Oberstufe, in der Sekundarstufe I, sind – auch länderübergreifend – erhebliche Unterschiede im Leistungsvermögen der Schüler erkennbar.⁷² Während sich für die Fächer Mathematik und Physik auf Grundkursniveau „keine Unterschiede der Bewertungsstränge in Abhängigkeit von der Gebietszugehörigkeit“ feststellen ließen, fanden sich auf Leistungskursniveau „deutliche Hinweise auf unterschiedliche Bewertungsmaßstäbe“, vor allem zwischen östlichen und

westlichen Bundesländern. Auch *innerhalb* der Länder ließen sich zwischen unterschiedlichen Oberstufenformen Leistungs- und – dies ist kritisch – auch Bewertungsunterschiede erkennen.⁷³ „Große Leistungsunterschiede“, die zu „auffallenden“ Bewertungsunterschieden führten, zeigten sich auch beim Vergleich der Mathematikleistungen zwischen Schülern an Oberstufen von Gesamtschulen und Gymnasien in Nordrhein-Westfalen. Ähnliche Befunde liegen für berufliche und allgemeinbildende Gymnasien vor.⁷⁴

Während sich in Bezug auf die Leistungsfähigkeit der Schüler unterschiedlicher Bundesländer – mit aller gebotenen Vorsicht – sagen lässt, dass unterschiedliche Leistungsniveaus vorliegen, die zumindest teilweise mit unterschiedlichen Benotungen korrespondieren, ist eine Aussage zu unterschiedlichen Beurteilungen kaum möglich. Dies mag daran liegen, dass Schulnoten neben der Diagnosefunktion auch eine Anreiz- bzw. Motivationsfunktion zukommt; sie sollen neben der reinen Leistung auch „unterrichtsstützende Aspekte“, etwa die Anstrengungsbereitschaft, erfassen. Nicht zuletzt müssen sie sich auch nach der Vergleichskohorte richten.⁷⁵ Die hierbei heranzuziehenden Schüler sind regelmäßig die Mitschüler, nicht eine Art abstrakter bundesdurchschnittlicher „Musterschüler“. So ist etwa nachgewiesen, dass die gleiche Leistung eines Schülers in leistungsschwächeren Lerngruppen besser bewertet wird als in leistungsstarken Gemeinschaften.⁷⁶

Ein „Patentrezept“ gegen diese Unterschiede hat die Wissenschaft bislang nicht. Stark vereinheitlichte Anforderungen – etwa im Sinne eines bundesweiten Zentralabiturs – können keine Einheitlichkeit der Maßstäbe gewährleisten. Zu berücksichtigen ist hier die Vielfalt der Bildungswege, die zum Abitur führen. So unterscheiden sich derzeit die Abituranforderungen für allgemein bildende und für berufliche Gymnasien, um der berufsfeldbezogenen Ausprägung der beruflichen Gymnasien Rechnung zu tragen.⁷⁷

Aufgrund dieser Befunde war im wissenschaftlichen Fachdiskurs bereits früh die Forderung erhoben worden,

68 Neumann/Nagy/Trautwein/Lüdtke (Fn. 60), 694.

69 „Das Verhältnis zwischen Empirischer Bildungsforschung und Bildungspolitik war bis Mitte der 1990er Jahre durch ein Auftragsverhältnis geprägt.“ E. Aljets, *Der Aufstieg der Empirischen Bildungsforschung*, 2015, S. 310.

70 Neumann/Nagy/Trautwein/Lüdtke (Fn. 60), 696 f. Zur „empirischen Wende“, die seit den 1990er Jahren in der Erziehungswissenschaft einsetzt, vgl. Köller (Fn. 30), S. 27 ff, 32.

71 Aljets (Fn. 69), S. 311.

72 Vgl. Köller (Fn. 30), S. 26 f., 30.

73 R. Watermann/G. Nagy/O. Köller, *Mathematikleistungen in allgemein bildenden und beruflichen Gymnasien*, in: O. Köller/

R. Watermann/U. Trautwein/O. Lüdtke, *Wege zur Hochschulreife in Baden-Württemberg*, 2004, S. 205 (277).

74 O. Köller/J. Baumert/K. U. Schnabel, *Wege zur Hochschulreife*, ZfE 1999, 385 (415); Köller (Fn. 30), S. 39.

75 Neumann/Nagy/Trautwein/Lüdtke (Fn. 60), S. 693.

76 U. Trautwein/F. Baeriswyl, *Wenn leistungsstarke Klassenkameraden ein Nachteil sind*, Zeitschrift für Pädagogische Psychologie 2007, 119 (128).

77 Vgl. O. Köller/R. Watermann/U. Trautwein, *Transformation des Sekundarschulsystems in der Bundesrepublik Deutschland*, in: Köller/Watermann/Trautwein/Lüdtke (Fn. 73), S. 13 (21).

dass neben der Note „auch die Eignung und Motivation“ des Bewerbers für den gewählten Studiengang zum Auswahlkriterium erhoben werden sollte, nachzuweisen etwa über einen fachspezifischen Studierfähigkeitstest.⁷⁸ So wird die bundesweite Vergleichbarkeit von einem globalen in ein lokales Problem transformiert. Zu bedenken ist freilich, dass dann die Vergleichbarkeit der verschiedenen Eignungstests zu gewährleisten ist.

Auch die vielfach angeführte und inzwischen landesweit etablierte Zentralprüfung ist nicht durchweg vorteilhaft. Zentrale Abiturprüfungen können zu unerwünschten Nebeneffekten führen, indem etwa gezielt auf das abgeprüfte Wissen „hingelernt“ wird und – pädagogisch wie auch inhaltlich wichtige – Nebengebiete oder aktuelle Bezüge außer Acht gelassen werden, sog. „Teaching-to-the-Test-Effekt“.⁷⁹ Weiterhin ist zu beachten, dass Tendenzen zur Vereinheitlichung ihrerseits bestimmte Schülergruppen benachteiligen, etwa solche, die sich besonders gut auf das Kurssystem einstellen können, das mit seiner wechselnden personellen Zusammensetzung die Flexibilität der Schüler förderte und gewissermaßen einen Vorgriff auf die Lernwelt der Hochschule bot.⁸⁰ Schüler, die bereits früh besondere Talente oder Neigungen in Fächern außerhalb des Kerncurriculums (Deutsch, Mathematik, Fremdsprache) entwickeln, werden in stark zentralisierten Systemen gegenüber der von 1972 bis 2012 gängigen gymnasialen Oberstufe mit Kurssystem benachteiligt.⁸¹ So mögen Leistungen unter Umständen vergleichbarer werden, während die Aussagekraft in Bezug auf die Studieneignung jedoch abnimmt.

Letztlich erweist sich auch die Kompetenzorientierung des deutschen Bildungssystems als schwer zu kalkulierender Faktor. Bildungsstandards werden hier als sog. „Can-do-Statements“ bezeichnet und zielen darauf ab, Kompetenzen⁸² zu vermitteln, etwa die Aussagen einfacher literarischer Texte verstehen oder in klar geschriebenen argumentativen Texten zu vertrauten Themen die wesentlichen Schlussfolgerungen erkennen. Dies setzt in aller Regel kommunikative sowie interkulturelle Fertigkeiten voraus. Die Messung dieser Kompe-

tenzen ist allerdings kompliziert: sie erfordert pro Teilkompetenz die Bildung einer Vielzahl psychometrisch hochwertiger Items sowie die Formulierung von Kompetenzstufen.⁸³ Vor allem aber sind Kompetenzen vielfältig und situativ, was ihre Vergleichbarkeit erschwert.⁸⁴

Ein Grund für unterschiedliche Leistungsniveaus dürfte sich jedenfalls daraus ergeben, dass die seit den 1970er Jahren auch international vor dem Hintergrund des Übergangs von der Produktions- zur Dienstleistungsgesellschaft beförderte Öffnung der Bildungswege dazu führt, dass Bildungszertifikate, etwa das Abitur, durch Schulformen verliehen werden, die nicht dem traditionellen Gymnasium entsprechen können. Schulabschlüsse und Schulformen werden entkoppelt (sog. vertikale Öffnung des Schulsystems).⁸⁵ Es ist unrealistisch, in einem beruflichen Gymnasium⁸⁶ dieselben Bewertungsmaßstäbe anzulegen wie an einem schulischen, an einer Gesamtschule dieselben wie an einem Wirtschaftsgymnasium – und wäre für einen Teil der Schüler, die mit ihren Fähigkeiten unberücksichtigt bleiben, zudem seinerseits ungerecht.

Aus dem Forschungsstand der empirischen Erziehungswissenschaft ergibt sich also keine „einfache Lösung“, wie die Vergleichbarkeit von Noten, Leistungen und Bewertungen hergestellt werden könnte – oder auch nur, welche Form von Unterschied (Leistung, Note oder Beurteilung) auszugleichen wäre. Vielmehr wird ein Spannungsfeld deutlich: Der höhere Grad an Offenheit und Durchlässigkeit, welcher neben der traditionellen Gymnasiasten-Kohorte auch anderen, etwa beruflich qualifizierten Bewerbern, den Zugang zum Gymnasium eröffnet, führt im Umkehrschluss zu einer stärkeren Heterogenität an Leistungen und Bewertungsmaßstäben. Eine Einhegung in gleiche Standards würde – wenn diese sich am traditionellen Abitur orientieren – zu Lasten der Öffnung wirken.

4. Die „Bereinigung“ von Noten der Hochschulzugangsberechtigung

Es ist also nach wie vor offen, welches die aus Sicht des Gerichts auszugleichenden Unterschiede sind. Vielleicht

78 *Watermann/Nagy/Köller* (Fn. 73), S. 277; vgl. *Neumann/Nagy/Trautwein/Lüdtke* (Fn. 60), 708; *Köller* (Fn. 30), S. 24; *Trautwein/Köller/Lehmann/Lüdtke* (Fn. 64), S. 26.

79 Vgl. *B. Oerke/K. M. Merki/E. Maué/D. J. Jäger*, Zentralabitur und Themenvarianz im Unterricht, in: *Bosse* (Fn. 31), S. 27 (28).

80 Vgl. *Bosse* (Fn. 64), S. 72 f.; *L. Huber*, Zur Studierfähigkeit gehört auch Interesse, in: *Asdonk/Kuhnen/Bornkessel* (Fn. 30), S. 147 (148, 156).

81 Vgl. *L. Huber*, Welche Wahl haben Schülerinnen und Schüler der gymnasialen Oberstufe?, in: *Bosse* (Fn. 31), S. 81 (100 f.).

82 Als Kompetenz ist „die bei Individuen verfügbaren oder durch sie erlernbaren kognitiven Fähigkeiten und Fertigkeiten, um bestimmte Probleme zu lösen, sowie die damit verbundenen motivationalen, volitionalen und sozialen Bereitschaften und Fähigkeiten, um die Problem-

lösungen in variablen Situationen erfolgreich und verantwortungsvoll nutzen zu können“. Vgl. *F. E. Weinert*, Vergleichende Leistungsmessung in Schulen – eine umstrittene Selbstverständlichkeit, in: *ders.*, *Leistungsmessungen in Schulen*, 2001, S. 17 (27 f.).

83 *Köller* (Fn. 58), S. 198 ff.

84 Vgl. *B. Gniewosz*, Kompetenzentwicklung, in: *H. Reinders*, *Empirische Bildungsforschung*, Gegenstandsbereiche, 2. Aufl. 2015, S. 69 (69 f.).

85 Vgl. *Köller/Baumert/Schnabel* (Fn. 74), 386 ff.; vgl. *Trautwein/Köller/Lehmann/Lüdtke* (Fn. 64), S. 12 f.

86 Die Mehrheit der Schüler an beruflichen Gymnasien besteht aus leistungsstarken Realschulabsolventen, vgl. *Trautwein/Köller/Lehmann/Lüdtke* (Fn. 64), S. 14.

– so die Hoffnung – hilft ein Blick in die Argumentation des Gerichts zur fehlenden Rechtfertigung der derzeitigen Regelung weiter. Das Außerachtlassen dieser Unterschiede lasse sich nicht dadurch rechtfertigen, dass „eine Vergleichbarkeit von Abiturnoten von vornherein strukturelle Grenzen“ begegne. Während es sich bei Faktoren wie Klassengröße, Niveauunterschied und sozialem Umfeld um bloße „Unschärfen“ handle, die nur begrenzt verallgemeinerbar erfasst und ausgeglichen werden können, seien „länderübergreifende Vergleichbarkeitsdefizit der Abiturnoten“ dagegen systembedingte Unterschiede, die „in den länderspezifisch unterschiedlichen Bildungs- und insbesondere auch Bewertungssystemen angelegt“ seien.

Auf die verfassungsrechtlich garantierte Bundesstaatlichkeit und die Kompetenzordnung des Grundgesetzes dürfe ein Verzicht auf einen Ausgleichsmechanismus der Noten nicht gestützt werden. Es bleibe den Ländern nämlich unbenommen, eigene gegebenenfalls voneinander abweichende Regelungen zu erlassen. Für die Hochschulzulassung verlange der durch Art. 12 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG gewährleistete Anspruch auf gleiche Teilhabe allerdings, dass „die Eignung für das Studium gleichheitsgerecht beurteilt wird und nicht die Hochschulzugangsberechtigung aus bestimmten Ländern entscheidet“. Mit anderen Worten dürfte es bei einer unterstellten gleichheitswidrigen Bewertung *innerhalb* der Bundesländer bleiben, ein „falsches“ Zeugnis sei für sich genommen eben hinzunehmen. Wenn dieses aber für die Studienplatzbewerbung genutzt werden soll, muss die Note „bereinigt“ werden. Es drängt sich die Frage auf, was dann noch der Nutzen einer Hochschulzugangsberechtigung sein soll – und ob nicht eine entsprechende „Bereinigung“ gleichermaßen auch für die Bewerbung um Ausbildungsplätze, Stipendien etc. vorgenommen werden muss.

Hieraus wird immerhin deutlich, dass nur „strukturelle“ Unterschiede auszugleichen seien. Weitere Hinweise ergeben sich aus der vergleichsweise ausführlichen Auseinandersetzung des Gerichts mit den sog. Landesquoten (siehe II.3.). In Bezug auf die Heranziehung dieses Instruments im Rahmen der Abiturbestenquote betont das Gericht, es sei „nicht ersichtlich, dass diese Regelung verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügen würde“. Gleichzeitig erkennt es an, dass die Übertragung des für die zentrale Studienplatzvergabe

derzeit vorgesehenen Landesquoten-Prinzips für das Auswahlverfahren der Hochschulen „an Grenzen“ stoße. Es sei nun Aufgabe des Gesetzgebers, „eine Regelung zu finden, die eine annähernde Vergleichbarkeit der Noten praktikabel ermöglicht, etwa durch eine Relationierung der Noten auf Zentralebene, auf die die Hochschulen dann zurückgreifen können“, wobei „eine annähernde Vergleichbarkeit der Abiturnoten über die Ländergrenzen hinweg“ ausreiche.

Im Ergebnis beruht die Bildung von Landesquoten auf einer Reihe von Annahmen, die ihrerseits begründungsbedürftig sind. In der Literatur wurden die Landesquoten von vornherein als Behelfslösung mit „Übergangscharakter“⁸⁷ – Hailbronner bezeichnet sie als „Krücke“⁸⁸ – und nicht als Ideal angesehen.⁸⁹ Tatsächlich sind die Landesquoten, die im Ergebnis zu einer Konkurrenz nur eigener „Landeskinder“ untereinander führen, ein probates Mittel, um jegliche bildungspolitische Unterschiede zwischen Ländern auszugleichen.

Der Hinweis auf verschiedene Durchschnittsnoten der Länder ruft noch einen anderen zwischenzeitlich verfolgten und inzwischen wieder aufgegebenen Ansatz in Erinnerung: Den Bonus bzw. Malus für Abiturienten bestimmter Bundesländer. Zunächst verwundert es, dass sich das Gericht nicht mit der Rechtsprechung des eigenen Gerichts hierzu auseinandersetzt, obwohl dies durchaus nahegelegen hätte. So hatte das BVerfG bereits Anfang April 1974 zu entscheiden, ob die damals vorliegende Praxis eines arithmetischen Ausgleichs von unterschiedlichen Landesdurchschnittsnoten verfassungskonform sei.⁹⁰ Dies führte im Wintersemester 1973/1974 dazu, dass Bewerber mit einer in Bayern erworbenen Hochschulzugangsberechtigung einen Malus von 0,3 erhielten, während etwa Bewerbern mit Reifezeugnis aus Nordrhein-Westfalen oder Hamburg pauschal ein Bonus von 0,2 gutgeschrieben bekamen, also etwa statt mit 2,0 mit 1,8 am Verfahren teilnahmen. Diese Regelung, die einen „Versuch“ darstelle, „die mit der Auswahl nach Durchschnittsnoten verbundene Unzutraglichkeiten zu mildern“, hielt sich nach Ansicht des BVerfG „noch“ im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben, da angesichts der unklaren Ursachen für das Notengefälle der Ermessensspielraum des Gesetzgebers nicht überschritten sei und eine Untätigkeit des Gesetzgebers „noch weniger tragbar“ gewesen wäre. Gleichwohl gab das BVerfG

87 Reich, HRG, § 32 Rn. 15a. So auch der Gesetzgeber selbst: BT-Drs. 7/3279, S. 10.; vgl. H. Bahro/H. Berlin, Das Hochschulzulassungsrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl. 2003, S. 165.

88 Hailbronner (Fn. 23), S. 10.

89 Vgl. Bode (Fn. 20), § 27 Rn. 183. Zurückhaltend positiv („noch nicht abschließend beurteilen“) BVerfGE 43, 291 (313 ff.).

90 Damals hatte Art. 11 Abs. 8 StV 1973 vorgesehen, dass „für jedes

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

den Beschwerdeführen darin recht, dass „das grobe Mittel eines pauschalen Notenausgleichs [...] wenig befriedigt“, da unklar bleibe, ob die Berechnung „auch in jedem Einzelfall wirklich durch sachliche Gründe gerechtfertigt“ sei.⁹¹

Der BayVerfGH entschied Anfang August 1975, dass der pauschale Notenausgleich als kein taugliches Mittel zur Erfüllung des staatsvertraglichen Ziels anzusehen sei. Maßstab der Zulassung sei nämlich nicht mehr die im Zeugnis des Bewerbers ausgewiesene Note, „sondern ein Durchschnittswert, den der einzelne Bewerber nicht beeinflussen kann“, wodurch das System „von der individuellen Leistungsbewertung“ wegführe. Die Bestnote von 1,0 sei für Angehörige bestimmter Länder, die einem Malus unterlägen, faktisch ausgeschlossen. Auch gingen in die Bildung des arithmetischen Referenzwertes unterschiedliche Arten von Zugangsberechtigungen ein, was seine Validität als Berechnungsgrundlage verringere. Auch widerspreche das Vorgehen der KMK-Vereinbarung zur Anerkennung der Leistungsnachweise. Damit erklärte der BayVerfGH den Zustimmungsbeschluss zum Staatsvertrag für nichtig, soweit dieser für Inhaber einer bayerischen Hochschulzugangsberechtigung zu einer Verrechnung der nominalen Note führe.⁹²

Die Klage Bayerns gegen die übrigen Länder, das Verfahren also ohne die entsprechende Regelung durchzuführen, wies das BVerwG Anfang Juli 1976 übrigens ab. Ohne in der Sache den bayerischen Argumenten entgegenzutreten, stellte es klar, dass in einem entsprechenden Streitfall die Bundesländer verpflichtet seien, eine Klärung durch ein für alle Länder bindendes Gericht herbeizuführen; im Übrigen führe auch der Umstand, dass sich die „Annahme der Länder, das Notengefälle bei den Landesdurchschnittsnoten beruhe auf länderspezifischen Bewertungsunterschieden“, bislang nicht habe beweisen lassen, nicht zur Rechtswidrigkeit der Bonus-Malus-Regelung. Vielmehr gelte die Entscheidung des BVerfGH zu ihrer Verfassungsmäßigkeit fort.⁹³ Die Entscheidung des BVerwG konnte höchstens formal überzeugen – der Bund setzte sich im Sinne der Rechtsvereinheitlichung durch.⁹⁴ Auf die vom BayVerfGH kritisierte pauschale Bewertung durch den Malus ging sie nicht einmal ein. Politische Folge dieses rechtlichen

„Tauziehens“ war übrigens die Einführung von Landesquoten, ein Weg, den das BVerfGH in seiner Entscheidung bereits angedeutet hatte.⁹⁵ Die Bedenken, die damals gegen einen pauschalen Bonus bzw. Malus sprachen, dürften wohl auch heute noch gelten: Die Bandbreite der Hochschulzugangsberechtigungen hat sich – auch im Hinblick auf den Europäischen Hochschulraum – eher verbreitert als reduziert.

5. Zwischenfazit: Utopie der Normalverteilung des Bildungspotenzials

Das Ziel eines höheren Maßes an Vergleichbarkeit ist also auf zwei Wegen erreichbar: Entweder durch eine Vereinheitlichung aller Prüfungen und Standards. Dieser Weg scheint allerdings angesichts der Vielgestaltigkeit der Erscheinungsformen des Abiturs als kaum gangbar – eine umfassende und ausnahmslose Regelung wäre wohl praktisch unmöglich und würde vor allem ihrerseits bestimmte Bewerbergruppen (etwa an beruflichen Gymnasien) benachteiligen. Der andere Weg führt in die Aufsplitterung von Ressourcen und die Verteilung in landesspezifischen Kontingenten. Dieses Vorgehen bedarf wohl vor allem einer klaren methodischen Vorgabe; er bietet den Vorteil, dass die Länder separat betrachtet werden können – eine Anerkennung der „Bildungssouveränität der einzelnen Länder“.⁹⁶ Hierin liegt allerdings auch eine gewisse Dialektik, macht die „Gleichrechnung“ doch das fehlende Vertrauen der Länder in die Vergleichbarkeit offenkundig. Freilich bietet der Ansatz auch Nachteile, indem er Wettbewerb und Veränderung verhindert – selbst wenn ein Land mit größten Aufwänden die Bildung fördern würde, würden seine Schüler im Gesamtsystem stets wieder relativiert und mit den Absolventen schwächerer Länder gleichgestellt werden. Veränderungen im Bildungsniveau würden stets nivelliert werden.

Ob dieses Modell praktikabel ist, wird sich zeigen; auf dem Gebiet der europäischen Zeugnisse und der Bachelor-Zeugnisse hat sich die KMK jedenfalls vom Modell einer Prozentrangtransformation, die die Noten ins Verhältnis der Häufigkeit ihrer Vergabe setzen sollte, schrittweise verabschiedet.⁹⁷ Angesichts der erheblich deutlicheren Leistungs- und Benotungsunterschiede

91 BVerfGE 37, 104 (108 f., 116 ff.).

92 BayVerfGH, Beschl. v. 1.8.1975, NJW 1975, 1733 (1738 f.).

93 BVerwGE 50, 137 (137 ff.).

94 A. Dittmann, Das Bildungswesen im föderalistischen Kompetenzgefüge, RdJB 1978, 168 (177).

95 BVerfGE 37, 104 (120).

96 Vgl. Dittmann (Fn. 94), 176.

97 Die mit der sog. modifizierten Bayerischen Formel errechneten Noten-

werte von Sekundarschulabschlüssen aus EU- und EWR-Staaten sowie der Schweiz sollten nach den Planungen der KMK einer sog. Prozentrangtransformation unterzogen werden. Diese Transformation sollte die Häufigkeit der Notenvergabe mit einbeziehen und damit der teilweise sehr unterschiedlichen Notenvergabe (vor allem sehr guter Noten) entgegenwirken. Das Vorhaben wird wohl derzeit nicht weiter verfolgt, jedenfalls findet es in den aktuellen Beschlüssen keine Erwähnung mehr. Vgl. KMK-Beschl. v. 15.3.1991 idF v. 19.7.2012; Bode (Fn. 12), § 3 Rn. 35.

zwischen den europäischen Staaten wird abzuwarten sein, ob und wie hier eine „Bereinigung“ vorgenommen werden kann.

Im Ergebnis scheint das Gericht diesen Weg zu meinen, wenn es von „Bereinigung“ schreibt. Was die These des BVerfG tatsächlich auf den ersten Blick sympathisch erscheinen lässt, ist der allerdings eher verfassungspolitische – Anspruch, dass eine Art bundesweite „Normalverteilung“ der im Abitur zum Ausdruck kommenden Leistungs- und Eignungsgesichtspunkte für den Studierfolg vorliegen müsse.

Was wiederum erwiesen ist, bei der Betrachtung des BVerfG jedoch keine Beachtung gefunden hat bzw. im Verfahren auch in prozessrechtlicher Hinsicht keine Berücksichtigung finden durfte, ist, dass neben den schulischen Kompetenzen und Zertifikaten vor allem auch die soziale Herkunft über den weiteren Bildungsweg entscheidet: „Bei gleichen Leistungen besitzen Schülerinnen und Schüler aus statushöheren Familien eine im Mittel höhere Erfolgserwartung im Vergleich zu Schülerinnen und Schülern aus statusniedrigeren Familien.“⁹⁸ Die Determinanten schulischer Leistungen stellen sich als sehr vielschichtig dar und umfassen individuelle Dispositionen, Unterrichtsfaktoren aber auch elterliches Unterstützungsverhalten.⁹⁹ So erscheint es fragwürdig, wo eigentlich mit dem Ausgleich der Unterschiede anzusetzen wäre – und ob der Preis nicht im Umkehrschluss ein geradezu unheimliches, alles erfassendes Staatswesen wäre.¹⁰⁰

V. Mittelbare Folgen

1. Auswirkung auf Studiengänge mit örtlicher Zulassungsbeschränkung

Die Entscheidung, insbesondere die Aussagen in Bezug auf die heranzuziehenden Auswahlkriterien und ihrer Gewichtung sowie das Erfordernis der „Bereinigung“ der Noten, betrifft alle Rechtsgebiete, auf die der teilhaberechtliche Aspekt der Kombination von Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip Anwendung findet. Zwar gilt die Entscheidung ihrem Wortlaut nach unmittelbar zunächst für die Humanmedizin. Ihre tragenden Gründe erwachen jedoch in Gesetzeskraft und binden Verwaltung und Gerichte auch über die Anwendung der HRG-Normen hinaus, etwa bei der Anwendung der Landeshochschul- und Zulassungsge-

setze. Auch in den übrigen bundesweit zulassungsbeschränkten Fächern (Zahn- und Tiermedizin sowie Pharmazie) und in Fächern mit örtlicher Zulassungsbeschränkung und entsprechendem Bewerberüberhang, etwa der Psychologie und der Sozialen Arbeit, dürfte eine Anpassung der entsprechenden landesrechtlichen Regelungen erforderlich werden. Auch Masterzugang und –zulassung sollten auf die Vereinbarkeit mit der Entscheidung überprüft werden.

2. Ausstrahlungswirkung in sonstige Rechtsgebiete, insbesondere auf Art. 33 Abs. 2 GG

Auch auf weitere Rechtsgebiete, die vom teilhaberechtlichen Aspekt der Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG betroffen sind, dürfte die Rechtsprechung Auswirkungen haben. Zu nennen ist hier etwa die Vergabe von Plätzen für öffentlich-rechtliche Ausbildungsverhältnisse, etwa das juristische und das Lehramtsreferendariat.¹⁰¹

Ohnehin dürfte zu untersuchen sein, ob nicht – auch ohne den genannten Bezug zur Ausbildungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG – die „Bereinigungsverpflichtung“ auf Art. 33 Abs. 2 GG ausstrahlt – also unmittelbar die Definition der „Eignung“ betrifft. Auch hierfür spricht der Gedanke des *a maiore ad minus*: Wenn schon die Ausbildungsfreiheit strukturelle föderalistische Unterschiede auszugleichen hat, dann dürfen diese erst recht beim Zugang zum öffentlichen Dienst keine Rolle spielen. Auch in praktischer Sicht steht wenig dagegen: die Absolventenkohorten der juristischen Ausbildung sind vom Umfang her deutlich geringer als die Gruppe der Hochschulzugangsberechtigten und werden ohnehin statistisch erfasst. Demgegenüber ist der Bereich des Privatrechts aufgrund der dort nur mittelbaren Wirkung der Grundrechte von entsprechenden „Bereinigungen“ ausgenommen.

3. Obiter dictum: Zulassungsrecht und Berücksichtigung von Gemeinwohlbelangen vor dem Hintergrund der Diskussion über die Einführung einer Landarztquote

Bei der Verteilung knapper Studienplätze darf der Gesetzgeber auch „Gemeinwohlbelange“ berücksichtigen „wie etwa die Patientenversorgung“. Hiermit antizipiert das Gericht eine Rechtsfrage, die derzeit Gegenstand von Kontroversen ist, nämlich die Zulässigkeit – oder gar Gebotenheit – der Einführung einer sog.

98 R. Watermann/K. Maaz, Studierneigung bei Absolventen allgemein bildender und beruflicher Gymnasien, in: Köller/Watermann/Trautwein/Lüdtke (Fn. 73), S. 402 (412); vgl. R. Becker, Wie können „bildungsferne“ Gruppen für ein Hochschulstudium gewonnen werden?, KZfSS 2009, 563 (563 ff.).

99 Trautwein/Köller/Lehmann/Lüdtke (Fn. 64), S. 17 ff.; V. Müller-

Benedict, Wodurch kann die soziale Ungleichheit des Schulerfolgs am stärksten verringert werden?, KZfSS 2007, 615 (615 ff.).

100 Vgl. zur Kritik am planenden Sozialstaat, F. v. Hayek, Recht, Gesetzgebung und Freiheit, Bd. 2, 1981, S. 96 ff.

101 Vgl. S. Sieweke, Das Zulassungsverfahren zum Referendariat, LKV 2009, 305 (306 f.).

Landarztquote, also einer Quote für Bewerber, die sich verpflichten, nach Abschluss des Studiums eine gewisse Zeit in medizinisch unterversorgten Gebieten in Deutschland beruflich tätig zu werden.

Dass Belange des Gemeinwohls – die übrigens bislang in den maßgeblichen Entscheidungen des BVerfG keine Erwähnung fanden – bei der Bemessung der Zahl der Studienplätze zu beachten sind, erscheint zwingend. Dies gilt etwa für die Berücksichtigung der Sanitätsoffiziere, deren Ausbildung für die Bundeswehr von existentieller Bedeutung ist. Ob auch die Steuerung der Versorgungsdichte in unterversorgten Gebieten über das Zulassungsrecht vorgenommen werden darf, wird unterschiedlich beurteilt. Eine Ansicht, unter anderem vertreten vom *Martini* und *Ziekow*, befürworteten dies.¹⁰² Andere Stimmen vor allem aus dem Umfeld der Hochschulen sahen dies kritisch; die Verteilung der Ärzte sei nicht Aufgabe des Zulassungsrechts. Anders als bei den über Vorabquoten erfassten Sanitätsoffizieren handle es sich beim „Landarzt“ – wie auch immer er zu definieren sei – nicht um eine spezielle berufliche Ausrichtung mit besonderen Anforderungen, sondern um einen Mediziner, der sich von anderen nur dadurch unterscheidet, dass er in einem unterversorgten Gebiet praktiziert. Hinzu kommen praktische Bedenken, etwa die Zulässigkeit einer Verpflichtung über einen so maßgeblichen Zeitraum in einem zum Verpflichtungszeitpunkt mutmaßlich unbekanntem Fachgebiet an einem vorher nicht bestimmbar Ort zu praktizieren sowie die Frage der Sanktionsmöglichkeiten.

4. Tätigwerden von Bund oder Ländern?

Bestimmte Passagen des HRG und des Staatsvertrages verlieren zum 1.1.2020 ihre Rechtskraft. Fraglich ist, wer nun als Normgeber tätig werden wird. Seit der Föderalismusreform verfügt der Bund über eine sog. Vollkompetenz, könnte also gesetzliche Regelungen schaffen, ohne – wie zuvor – nur einen Rahmen setzen zu dürfen, Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 i.V.m. Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 6 GG. Alternativ könnten auch die Länder kraft ihrer konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz tätig werden oder sie

könnten nachträglich von einem Bundesgesetz abweichen oder landesspezifisch modifizieren.¹⁰³ Der 2016 unterzeichnete und bereits in zehn Bundesländern ratifizierte Staatsvertrag über die gemeinsame Einrichtung für Hochschulzulassung¹⁰⁴ ist jedenfalls nach der Entscheidung nicht mehr von Relevanz.¹⁰⁵

5. Aushandlung neuer Verfahrensgrundsätze

Erforderlich werden dürfte die Aushandlung neuer Verfahrensgrundsätze. Dies betrifft die Frage, welche Auswahlkriterien mit welcher Gewichtung Anwendung finden sollen, aber auch den Umgang mit der Forderung der „Bereinigung“ von Schulnoten. Einige Fachgesellschaften haben hier bereits vorgearbeitet und entsprechende Impulse gegeben. So regen die Bundesvertretung der Medizinstudierenden in Deutschland e.V. (bvmd) und des Medizinischen Fakultätentages e.V. (MFT) in ihrem gemeinsam erarbeiteten „Vorschlag für ein neues Modell der Studierendenauswahl in der Medizin“ an, künftig auf die Wartezeit als Zulassungskriterium zu verzichten und eine einzige Hauptquote vorzusehen.¹⁰⁶

VI. Fazit oder das Dilemma der Verteilung

Der Anspruch auf Zulassung soll sich künftig weit überwiegend nach der Eignung richten, die ihrerseits zwar das Vorliegen der Hochschulzugangsberechtigung voraussetzt, aber eben mehr erfordern kann als diese. Stellte das Abitur seit 1788 eine Art „deutschen Sonderweg“¹⁰⁷ in Bezug auf die Frage dar, wer eine höhere Bildungsanstalt besuchen darf, indem die abgebende, nicht die aufnehmende Institution die Berechtigung hierzu ausstellte, weist das BVerfG nunmehr wieder auf den Hauptpfad zurück, den die weit überwiegende Anzahl von Staaten beschreitet. Hier wird deutlich: Das Abitur ist kein Wert von Verfassungsrang.

Die Utopie, der Weg zum Wunschstudienplatz sei mit dem Abitur prinzipiell geebnet, hat das BVerfG nun selbst – wer hätte es sonst auch tun können? – *ad acta* gelegt. Die Anerkennung der statistischen Realitäten, die Abkehr vom unmittelbaren Anspruch auf den Studienplatz

102 Vgl. *M. Martini/J. Ziekow*, Die Landarztquote, 2017.

103 Vgl. *C. Degenhart*, Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform, NVwZ 2006, 1209 (1212); *Bode* (Fn. 20), § 32 Rn. 113.

104 Dies sind Bayern, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Sachsen, Schleswig-Holstein. Vgl. GV NRW, 2017, 239.

105 Das Gericht ließ Kritik an der darin vorgesehenen Regelung der Bewerbungssemester durchblicken: So seien „keine Gründe ersichtlich, die es gebieten könnten, zwischen [...] Bewerbern, die auf eine Studienbewerbung etwa zugunsten einer einschlägigen beruflichen Ausbildung oder Tätigkeit verzichtet haben, und

solchen zu differenzieren, die sich während der Wartezeit immer wieder um einen Studienplatz beworben haben.“

106 Der Platz eines Bewerbers bestimmt sich nach einem Punktwert, in den max. 40 Punkte aus der Note der Hochschulzugangsberechtigung, bis zu 40 Punkte nach einem Studierfähigkeits-test, max. 10 Punkte für berufspraktische Erfahrung in einem medizinischen Bereich oder einen Freiwilligendienst und bis zu 10 Punkte für das Ergebnis eines Situational Judgement Test (SJT) eingehen. Verfügbar unter: www.mft-online.de; vgl. auch Deutsches Ärzteblatt, 23.9.2016, A 1636; *H. Grosse*, Wie geeignete Medizinstudierende finden?, Berliner Ärzte 4/2018, 14 (14 ff.).

durch Erwerb des Abiturs sowie der Abschied von der Drohung mit dem originären Leistungsrecht markieren diesen Weg. Es liegt auf dieser Argumentationslinie, der Wartezeitquote, der ja keine Aussage über die Eignung des Bewerbers zukommt, keine größere Bedeutung mehr beizumessen. Das mutet angesichts des Umstandes, dass es gerade Bewerber der Wartezeitquote waren, die die Verfahren angestrengt haben, geradezu paradox an.

Verwunderlich ist allerdings, dass das Gericht – die gerade aufgegeben Utopie durch eine neue ersetzt, nämlich die der Messbarkeit und Korrigierbarkeit des Bildungssystems. Vereinfacht ausgedrückt: Bekommt schon nicht jeder Bewerber einen Platz, so soll es doch gerecht zugehen, *fiat iustitia et pereas mundus*. Dabei sind die Erkenntnisse, die die noch junge Disziplin der Empirischen Bildungswissenschaft hervorbringt, eine wichtige Diskussionsgrundlage,¹⁰⁸ aber bieten doch allem Anschein nach noch kein greifbares Verbesserungskonzept der Verteilungsgerechtigkeit – abgesehen von der Stärkung lokaler Akteure, etwa Hochschulen. Begreift man Utopien auch als Alternativen zur herrschenden Gesellschaftsordnung, also gewissermaßen als konfrontative Gegenwelt, so lässt sich aus der Entscheidung auch ein „Stachel“ gegen die Bildungsverwaltung, konkret die KMK, herauslesen.

Doch auch hier wirft die – durchaus sympathische – Utopie den Schatten ihres Scheiterns voraus: Die Offenheit bei der Begründung, worin genau die Ungleichbehandlung liegen soll, lässt es erahnen: Welche Mechanismen sind vorzusehen, um Verteilungsgerechtigkeit (wieder-)herzustellen? Genauer gesagt: Liegt nicht das Unmögliche darin, vermessen zu wollen und zu vereinheitlichen zu wollen, was seiner Heterogenität nach nicht zu vereinheitlichen geeignet ist? Handelt es sich bei der Vorstellung, Abiturnoten vergleichen zu können, womöglich um eine „Fiktion“?¹⁰⁹ Das Abitur war längst über die Funktion hinausgewachsen, ein Ausweis kon-

kreten Wissens zu sein. Vielmehr spiegelte es bestimmte Kompetenzen wider, die mit verschiedenen Bildungshintergründen in diversen Bildungseinrichtungen erworben werden konnten. Im Prinzip erkennt ja auch das Gericht diesen Umstand an, indem es neben dem Abitur den Nachweis von fachspezifischer Eignung einfordert. Auch wenn in einem meritokratischen Bildungssystem Verletzungen der Verteilungsgerechtigkeit unerwünscht sind, wird wohl eine „perfekte Vergleichbarkeit von Beurteilungsmaßstäben“ in der Praxis „weder erreichbar noch unbedingt erstrebenswert“ sein.¹¹⁰

Wie auch immer die Verteilung der Studienplätze ab dem Jahr 2020 erfolgen wird – ein Umstand bleibt voraussehbar: Die Zahl der zu verteilenden Studienplätze wird aller Voraussicht nach kaum ansteigen. Angesichts der beträchtlichen Kosten¹¹¹ ist die Humanmedizin der mit Abstand kostenintensivste Studiengang in Deutschland. Gleichzeitig dürfte die Zahl der Studienberechtigten weiter zunehmen. Wer die Aufgabe des Zulassungssystems – wie generell des Rechtssystems – darin sieht, Hoffnungen und Erwartungen zu lenken und damit die Zukunft „beherrschbar“ zu machen, der wird davon ausgehen müssen, dass Bewerber sich auf neue Verfahren der Eignungsdiagnostik einstellen müssen, die dann ein Feedback geben, ob die Zulassung sofort erfolgen kann, in reichbare Nähe rückt oder vielleicht dauerhaft ausgeschlossen ist. Ein belastbarer Anspruch dürfte aller Voraussicht nach entfallen. Mehr glückliche zugelassene Bewerber wird die Entscheidung freilich also nicht hervorbringen – nur andere.

Dr. Matthias Bode M.A. ist Abteilungsleiter und Justitiar der Stiftung für Hochschulzulassung (SfH) in Dortmund. Der Artikel gibt seine persönliche Auffassung wieder.

107 Vgl. Bracher, K. D. (Hrsg.), Deutscher Sonderweg – Mythos oder Realität? 1982.

108 „International vergleichende Schulleistungsforschung wird sowohl für die wissenschaftlichen als auch für die politischen Akteure ein Mittel zum Zwecke reflexiver Interessen.“ *Aljets* (Fn. 69), S. 311.

109 E. Maué, Vergleichbarkeit von Abiturnoten – eine Fiktion?, in: Asdonk/Kuhnen/Bornkessel (Fn. 30), S. 114 (125 f.).

110 Trautwein/Köller/Lehmann/Lüdtke (Fn. 64), S. 25.

111 Die Gesamtkosten der Ausbildung im Studiengang Humanmedizin betragen im Jahr 2011 ca. 192.900 € je Studienplatz (laufende Grundmittel). Es handelt sich um die kostenaufwändigsten Studienplätze. Vgl. Statistisches Bundesamt, Fachserie 11, Reihe 4.3.2, 2011, S. 187.349 sowie Nachweise bei Höfling/Engels in Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 34 Fn. 76, 115.

Georg Sandberger

Zurück zur Professorenmehrheit

– Anmerkungen zum Gesetz zur Weiterentwicklung des Hochschulrechts vom 13. März 2018 –

ÜBERSICHT

I. Einleitung

II. Handlungsoptionen des Gesetzgebers und Leitlinien der Gesetzgebung

III. Neuregelung im Detail

1. Zusammensetzung der Gremien, allgemeine Vorgaben des § 10 Abs.3 LHG

2. Zusammensetzung und Wahlverfahren für den Senat, § 19 Abs.2 n.F. LHG

3. Zusammensetzung des Fakultätsrats

4. Wahl- und Abwahlverfahren der Hochschulleitung, §§ 18, 18 a LHG

5. Wahl- und Abwahlverfahren der Amtsträger auf dezentraler Ebene

IV. Weitere Neuregelungen

1. Korporationsrechtliche Rechtsstellung der Doktoranden, befristete Assoziation von Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer der Hochschulen für angewandte Wissenschaften in Promotionsverfahren.

2. Tenure Track für Juniorprofessoren, § 51 b LHG

3. Förderung der Wissens-, Gestaltungs- und Technologietransfer und Gründerkultur

V. Fazit

I. Einleitung

Am 30. März 2018 ist das Gesetz zur Weiterentwicklung des Hochschulrechts (HRWeitEG) vom 13. März 2018 in Kraft getreten.¹

Damit trägt der baden-württembergische Gesetzgeber zielgenau der Auflage des Urteils des Verfassungsge-

richtshofs v. 14. November 2016 Rechnung, das das Wahl- und Abwahlverfahren der hauptberuflichen Mitglieder des Rektorats nach § 18 LHG als mit Art. 20 LV unvereinbar und deshalb verfassungswidrig erklärt und dem Gesetzgeber eine Anpassungsfrist bis zum 31. März 2018 gesetzt hat.²

Im Mittelpunkt des Gesetzes stehen die Konsequenzen des Urteils für die Leitungsorganisation der Hochschulen.

Der Tenor des Urteils betrifft die Regelung des Wahl- und Abwahlverfahrens der hauptamtlichen Mitglieder der Hochschulleitung.³ Gleichwohl hat der Gesetzgeber die tragenden Gründe des Urteils zum Anlass genommen, die Gremienzusammensetzung der Hochschulen sowohl auf der zentralen als auch auf der dezentralen Ebene, sowie die Wahl und die vorzeitige Amtsbeendigung für das Leitungspersonal neu zu regeln. Damit soll die Mehrheit der gewählten Professorinnen und Professoren sowohl bei Wahlen und Abwahlen als auch bei Gremienentscheidungen sichergestellt werden. Die Neuregelung erfolgt in entsprechender Weise auch für die Duale Hochschule Baden-Württemberg (DHBW).⁴

Weiteres Ziel der Gesetzgebung ist es, den wissenschaftlichen Nachwuchs, die hochschulartenübergreifende Zusammenarbeit und den Wissens-, und Technologietransfer zu stärken.⁵

Dazu wird die Repräsentation der angenommenen eingeschriebenen Doktorandinnen und Doktoranden in den Gremien neu gestaltet.

Als eine förmliche Kooperationsform zur Promotionsbetreuung wird die Möglichkeit einer Assoziierung von Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern der Hochschulen für Angewandte Wissenschaften eingeführt.

1 Gesetz zur Weiterentwicklung des Hochschulrechts (HRWeitEG), GBl. BW. 2018, S. 85 ff.

2 VerFGH BW Urteil vom 14. November 2016 – 1 VB 16/15 –, ESVGH 67, 124 (Leitsatz) = WissR 2016, 302-332 (Leitsatz und Gründe); dazu: *Michael Fehling*, Unzureichende Kompetenzen des Senats im reformierten Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg? – Anmerkungen zum Urteil des VerFGH BW vom 14. November 2016, OdW 2017, 63 ff.; *Helmut Goerlich* und *Georg Sandberger*, Zurück zur Professoren-Universität? – Neue Leitungsstrukturen auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand – Zum Urteil des Verfassungsgerichtshofs für das Land Baden-Württemberg, vom 14.11.2016, DVBl. 2017, 667 ff.; *Friedhelm Hufen*, JuS 2017, 279-281 (Anmerkung); *Hendrik Jacobsen*, VBIBW 2017, 69-70 (Anmerkung); *Jörg Ennuschat*, RdJB 2017, 34-46 (Entscheidungs-

besprechung); *Timo Rademacher/Jens-Peter Schneider*, Die „Hochschullehrermehrheit“ des § 10 Abs. 3 LHG in der Rechtsprechung des baden-württembergischen Verfassungsgerichtshofs, VBIBW 2017, 155 ff.; zur Beurteilung der Leitungsorganisation vor dem Urteil des VerFGH *Thomas Würtenberger*, Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der Hochschulleitung im Landeshochschulgesetz von Baden-Württemberg, OdW 2016, 1 ff.

3 Tenor Nr. 1 lautet: 1. § 18 Abs. 1 bis 3, 5 Satz 1 bis 4 und Abs. 6 Satz 1 und 5 des Landeshochschulgesetzes sind mit Art. 20 Abs. 1 der Landesverfassung unvereinbar. Die Vorschriften bleiben weiter anwendbar. Der Gesetzgeber muss bis 31. März 2018 eine verfassungskonforme Neuregelung treffen.“

4 Amtliche Begründung, LT-Drs. 16 / 3248 v. 9. 01. 2018, S. 1.

5 Amtliche Begründung, LT-Drs. 16 / 3248 v. 9. 01. 2018, S. 1.

Es wird eine eigenständige Tenure-Track-Professur eingerichtet.

Die Hochschulen erhalten schließlich die Möglichkeit, wissenschaftsgeleitete Existenzgründungen zu unterstützen.

Der Verzicht auf weitergehende Änderungen des Hochschulrechtes ist vor allem dem durch das Urteil des Verfassungsgerichtshofs gesetzten Anpassungstermin geschuldet. Gleichzeitig wurden aber weitere Novellen des Hochschulrechts für die laufende Legislaturperiode in Aussicht gestellt.

II. Handlungsoptionen des Gesetzgebers und Leitlinien der Gesetzgebung

Der Verfassungsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg sieht die individuelle Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer durch die starke Stellung des Rektorates im Verhältnis zum Senat strukturell gefährdet.⁶

Als Optionen für einen verfassungskonformen Ausgleich des Machtgefälles nennt das Urteil entweder eine Einschränkung der Kompetenzen des Rektorates zugunsten des Senats oder eine Stärkung der Hochschullehrerinnen und -lehrer bei Wahl und Abwahl der Rektoratsmitglieder.⁷

Das HRWeitEG hat sich entschieden, diese Machtbalance nicht durch eine Änderung der Kompetenzverteilung herbeizuführen, sondern die Gremienzusammensetzung, die Wahl und vorzeitige Amtsbeendigung der Rektoratsmitglieder unter Beachtung der Vorgaben des Urteils neu zu regeln.⁸

Damit hält es an dem mit dem das Landeshochschulgesetz 2014 bestätigten Kompetenzgefüge von Rektorat,

Senat und Hochschulrat, fest, das vorsieht, klare Verantwortlichkeiten zu schaffen, die Handlungsfähigkeit der Hochschulen zu erhöhen und weitere Profilbildungen der Hochschulen zu ermöglichen.⁹

Diese Zielrichtung liegt auch auf der Linie der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts seit dem sog. Hamburger Dekanatsbeschluss, die zur Wahrung einer verfassungskonformen Hochschulorganisation entweder eine Kontrolle der Kompetenzen der Hochschulleitung durch ein Wahl- und Abwahlverfahren mit entscheidendem Einfluss des Senats als Selbstverwaltungsorgan oder eine Rückführung von Kompetenzen in wissenschaftsrelevanten Angelegenheiten von der Hochschulleitung/Fakultätsleitung auf den Senat/ Fakultätsrat fordert.¹⁰

Der Verfassungsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg hat die Stärkung des Einflusses der Selbstverwaltungsorgane im Gegensatz zum BVerfG¹¹ allerdings nicht als ausreichend angesehen, sondern gefordert, dass die Vertreterinnen und Vertreter der Hochschullehrerschaft auch ohne die Unterstützung anderer Statusgruppen die Wahl von Rektoratsmitgliedern verhindern und deren vorzeitige Amtsenthebung erzwingen können. Abweichend vom bisherigen Verständnis des auch professorale Amtsmitglieder einschließenden sog. materiellen Hochschullehrerbegriffes sieht der Verfassungsgerichtshof nur die gewählten Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer als legitimierte Repräsentation dieser Gruppe an.¹²

Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer, die kraft Amtes Gremienmitglied sind, rechnet er dagegen nicht zu den Vertreterinnen und Vertreter der Hochschullehrerschaft, da sie ihre Legitimation aus Wahlen beziehen, an denen auch andere Mitgliedergruppen beteiligt sind und deshalb Interessen der Hochschule oder

6 Entscheidungsgründe unter II, Rn. 93 ff.

7 Entscheidungsgründe unter E III, Rn.169.

8 Zum Referentenentwurf v. 19. 9. 2017 kritisch *Hendrik Jacobsen*, Die perpetuierte Grundrechtsinkonformität der baden-württembergischen Hochschulorganisation im Entwurf des Hochschulrechtsweiterentwicklungsgesetzes 2018, VBIBW. 2018, 55 ff., 57. Nach seiner Auffassung verletzt das in § 18 a LHG n.F. vorgesehene Ur- Abwahlrecht das Prinzip kontinuierlicher und effektiver Kontrolle sowie das Prinzip der Organkontrolle durch den Senat und durch die in ihn gewählten Grundrechtsträger. Er kritisiert des Weiteren die Perpetuierung der aus seiner Sicht grundrechtsinkonformen Hochschulratsorganisation, das der zentralen Ebene nachgebildete Abwahlrecht der Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer in § 24 a LHG n.F., bei der Regelung der DHBW die Etablierung einer grundrechtsinkonformen Urabwahl von Mitgliedern des Präsidiums der DHBW, die schwache Rechtsstellung des örtlichen Rektorates, den nicht gewährleisteten Einfluss der Professorinnen und Professoren bei Wahl und Abwahl des örtlichen Rektorates, die Perpetuierung einer grundrechtsinkonformen örtlichen Hochschulratsorganisation und der Nichtöffentlichkeit der Gremiensitzungen.

9 Amtliche Begründung, LT- Drs. 16 / 3248 v. 9. 01. 2018, S. 26.

10 BVerfGE 127, 87 ff. Rn.118 ff.; BVerfG Beschluss v. 24.6.2014, 1 BvR 3217/07 – BVerfGE 136, 338 ff Rn. 63 ff.; vgl. dazu *H.*

Jacobsen, Die Unvereinbarkeit der baden-württembergischen LHG-Novelle 2014 mit Art. 5 Abs. 3 nach dem Hamburger Dekanatsbeschluss, VBIBW 2014, 328 ff. zu den Auswirkungen der Rechtsprechung des BVerfG vgl. auch *G. Sandberger*, Kommentar zum LHG, 2. Aufl. 2015, Einleitung zu Kap. II VI 2 Rn. 7 ff. *Thomas Würtenberger*, Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der Hochschulleitung im Landeshochschulgesetz von Baden-Württemberg, OdW 2016, 1 ff.

11 BVerfGE 136, 338, Rn. 60: „Aus der Wissenschaftsfreiheit ergibt sich dabei zwar kein Recht, die Personen zur Leitung einer wissenschaftlichen Einrichtung ausschließlich selbst zu bestimmen (vgl. BVerfGE 111, 333 [365]). Doch ist das Recht eines plural zusammengesetzten Vertretungsorgans zur Bestellung und auch zu Abberufung von Leitungspersonen ein zentrales und effektives Einfluss- und Kontrollinstrument der wissenschaftlich Tätigen auf die Organisation. Je höher Ausmaß und Gewicht der den Leitungspersonen zustehenden Befugnisse sind, desto eher muss die Möglichkeit gegeben sein, sich selbstbestimmt von diesen zu trennen (vgl. BVerfGE 127, 87 [130 f.]“).

12 Entscheidungsgründe unter E I c, Rn. 88.

ihrer Untergliederungen insgesamt wahrnehmen müssen.¹³

Dies hat eine Verschiebung der Machtbalance der Mitgliedergruppen in den Selbstverwaltungsgremien zur Folge. Um diese abzumildern, boten sich für den Gesetzgeber folgende Lösungen an:

Entweder die Zahl der stimmberechtigten Amtsmitglieder zu reduzieren oder dies mit einer Mindestquote der nicht zur Gruppe der Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer gehörenden Wahlmitglieder zu verbinden.

Dieser Weg wird auch durch das HRWeitEG beschritten. Die Begründung verweist auf die Rechtslage in den anderen Ländern.¹⁴ Stimmberechtigte Amtsmitglieder in den Gremien sind dort im Regelfall nur die Rektoren/ Präsidenten. Dagegen wurde die Amtsmitgliedschaft der Dekane entweder abgeschafft oder in eine beratende Mitwirkung umgewandelt.

Dies ist mit einer Reduktion des Einflusses der Fakultäten und der von ihnen repräsentierten Fächerkulturen verbunden. Um die Fächerkulturen angemessen zu repräsentieren und den Interessen der Fakultäten hinreichend Eingang in die Beratungen auf zentraler Ebene zu gewähren, wird durch das HRWeitEG der bisherige auf fakultätsübergreifende Wahllisten ausgerichtete Wahlmodus geändert. Die Vertreterinnen und Vertreter der Hochschullehrerschaft sollen künftig von den Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern der Fakultät direkt gewählt werden, wobei hinsichtlich der Zahl der Sitze nach der Größe der Fakultäten differenziert werden kann.¹⁵

III. Neuregelung im Detail

1. Zusammensetzung der Gremien, allgemeine Vorgaben des § 10 Abs.3 LHG

Das Landeshochschulgesetz überlässt die konkrete Zusammensetzung der Gremien auch zukünftig der Gestaltung der Hochschulen durch ihre Grundordnung und behält die allgemeinen Rahmenvorgaben des § 10 Abs.1 LHG bei.

Neben den in der bisherigen Fassung des § 10 Abs.3 LHG berücksichtigten Vorgaben aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁶ für die Hochschullehrermehrheit bei wissenschaftsrelevanten Entscheidungen waren die Vorgaben aus dem Urteil des Verfassungsgerichtshofs zu beachten. Danach kann in

kollegialen Selbstverwaltungsgremien als Vertretung der Gruppe der Hochschullehrer nur gewertet werden, wer von diesen durch eine Wahl mit einem entsprechenden Repräsentationsmandat betraut wurde.¹⁷

Dementsprechend sieht § 10 Abs.3 n.F. LHG vor, die Zahl der Wahlmitglieder des Senats, des Fakultätsrats oder Sektionsrats und des Örtlichen Senats der DHBW in den Satzungen so zu bemessen, dass die gewählten Vertreterinnen und Vertreter der Gruppe der Hochschullehrer in dem Gremium über eine Stimme mehr verfügen als alle anderen stimmberechtigten Mitglieder zusammen.

Mit der Gewährleistung der strukturellen Mehrheit der Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer soll zugleich den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an die sog. doppelte Mehrheit in wissenschaftsrelevanten Fragen Rechnung getragen werden, deren Reichweite das BVerfG zuletzt über den Kernbereich von Forschung und Lehre auch auf Struktur- Organisations- und Entscheidungen der Haushaltsaufstellung und des Haushaltsvollzugs ausgedehnt hat.¹⁸

Dabei wird jedoch verkannt, dass eine strukturelle Hochschullehrermehrheit den entscheidenden Einfluss in wissenschaftsrelevanten Fragen nur dann sichert, wenn die Hochschullehrer in der Sitzung präsent sind und im Abstimmungsverhalten bei Entscheidungen in wissenschaftsrelevanten Fragen nicht von den anderen Mitgliedergruppen überstimmt werden.¹⁹

Beide Voraussetzungen sind allein durch eine strukturelle Mehrheit nicht gewährleistet. Deshalb hätte die bisher in § 10 Abs.3 LHG vorgesehene doppelte Mehrheit in wissenschaftsrelevanten Fragen neben der vom VerfGH geforderten strukturellen Mehrheit beibehalten werden müssen.

Die Ersetzung des § 10 Abs.3 LHG bisheriger Fassung durch § 10 Abs.3 n.F. LHG verstößt deshalb nach den Maßstäben des BVerfG gegen Art. 5 Abs.3 GG.

Soweit die Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer in konkreten wissenschaftsrelevanten Entscheidungen trotz ihrer strukturellen Mehrheit überstimmt werden, wären diese Entscheidungen der Gremien unwirksam.

Daher ist eine umgehende Korrektur des § 10 Abs.3 LHG durch Wiedereinführung der doppelten Mehrheit bei der Abstimmung in wissenschaftsrelevanten Angelegenheiten neben der Gewährleistung der Hochschullehrermehrheit in den Gremien der Hochschule geboten.

13 Entscheidungsgründe unter E I c, Rn.88.

14 LT-Drs. 16 / 3248 v. 9. 01. 2018, S. 26 ff.

15 LT-Drs. 16 / 3248 v. 9. 01. 2018, S. 27.

16 BVerfGE 35, 79, 133 ff.

17 Entscheidungsgründe unter E I c, Rn. 88 ff.

18 BVerfG Beschluss v. 24.6.2014, 1 BvR 3217/07 – BVerfGE 136, 338 ff Rn. 63 ff.

19 Dies wird in der Stellungnahme des MWK zu entsprechenden Hinweisen im Gesetzgebungsverfahren verkannt, vgl. LT-Drs. 16 / 3248 v. 9. 01. 2018, S. 59.

2. Zusammensetzung und Wahlverfahren für den Senat, § 19 Abs.2 n.F. LHG

§ 19 Abs.2 LHG n. F. verankert entsprechend den Anforderungen des VerfGH die strukturelle Mehrheit der gewählten Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer.

Zum anderen sieht er mit dem Ziel der Begrenzung der damit verbundenen Ausweitung der Mitgliederzahl grundlegende Veränderungen in der Zusammensetzung mit Amtsmitgliedern und im Wahlverfahren vor.

Als stimmberechtigte Amtsmitglieder gehören dem Senat künftig nur noch der Rektor, der Kanzler und die Gleichstellungsbeauftragte an (§ 19 Abs.2 Nr. 3 LHG).

Obligatorisch sind neben den weiteren Mitgliedern des Rektorats der Leitende Ärztliche Direktor und der Dekan der Medizinischen Fakultät in Angelegenheiten der Hochschulmedizin als beratende Mitglieder vorgesehen (§ 19 Abs. 2 S. 3 Nr. 1-3 LHG).

Dekane sollen dagegen dem Gremium entweder nicht mehr oder nach Maßgabe der Grundordnung nur als beratende Mitglieder angehören.

Damit wird die Mitwirkung der Fakultäten an strategischen Entscheidungen der Hochschule und ihre mit dieser Mitwirkung verbundene Verantwortung für die Entwicklung der Hochschule nachhaltig geschwächt.

Selbst wenn sich die Grundordnung für eine beratende Mitgliedschaft der Dekane entscheidet, ist dies erfahrungsgemäß mit einer Verringerung der Präsenz und beratenden Mitwirkung verbunden.

Ob dies mit dem verfassungsrechtlich mit eigenen Rechten aus Art. 5 Abs.3 GG ausgestatteten Status einer Fakultät als teilrechtsfähiger Gliedkörperschaft der Hochschule vereinbar ist, ist verfassungsrechtlich bisher kaum thematisiert, in jedem Fall auch in anderen Bundesländern mit vergleichbarer Rechtslage noch niemals entschieden worden.

Das HRWeitEG versucht dem mit dem Wegfall der Amtsmitgliedschaft der Dekane verbundenen Einflussverlust der Fakultäten durch ein Wahlverfahren zu kompensieren, in dem die Sitze der Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer entsprechend der Größe der Fakultäten und Sektionen aufgeteilt und ihre Vertreter direkt gewählt werden (§ 19 Abs. 2 S.5 LHG). Dafür sollen nach der Amtlichen Begründung auch die Dekane wählbar sein.²⁰ Die Wahl soll, abweichend zu § 9 Abs. 8 S.3 LHG, auch in einer Versammlung der Hochschullehrerschaft zulässig sein.

Dies soll es insbesondere an kleineren Fakultäten ermöglichen, dass alle Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer in einer gemeinsamen Sitzung ihre Vertretung im Senat wählen.

An der DHBW ist unter Wahrung der Hochschullehrermehrheit gem. § 10 Abs.3 LHG die gleichmäßige Repräsentation der Studienakademien und die Studienbereiche vorzusehen. Außerdem ist an der DHBW sicherzustellen, dass die Ausbildungspartner als Mitglieder der Hochschule (§ 9 Absatz 1 Satz 6 und § 65 c Absatz 2 LHG) im Senat vertreten sind, weshalb je Studienbereich eine Vertreterin oder ein Vertreter der Ausbildungsstätten in den Senat gewählt wird.

Die Grundordnung legt fest, wie viele Vertreterinnen oder Vertreter der Hochschullehrerschaft der Fakultät in den Senat entsandt werden (§ 19 Abs. 2 Satz 6 LHG). Damit besteht die Möglichkeit, entsprechend der Größe der Fakultäten oder Sektionen zu differenzieren. Die Grundordnung muss ferner sicherstellen, dass alle Gruppen nach Maßgabe von § 10 Absatz 1 Sätze 1 und 2 LHG vertreten sind, die Hochschullehrermehrheit gemäß § 10 Absatz 3 LHG gewährleistet ist und die Mindestquote für nichtprofessorale Wahlmitglieder beachtet wird. An Hochschulen, die nicht in Fakultäten oder Sektionen gegliedert sind, sind die Vertreterinnen und Vertreter der Hochschullehrerschaft hochschulweit zu wählen. Das Prinzip der Mehrheitswahl wird dabei wie bei den anderen Hochschulen beibehalten.

Dem im Gesetzgebungsverfahren von den Organisationen der Hochschulen vorgetragenen Wunsch, die Zusammensetzung des Senats unter Berücksichtigung der strukturellen Mehrheit der gewählten Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer durch ihre Grundordnung zu gestalten, hat sich der Gesetzgeber weitgehend versagt.²¹

Die Grundordnung kann zwar die Gesamtgröße festlegen und hat die Option, ob sie eine beratende Amtsmitgliedschaft der Dekane vorsieht. Sie hat dabei aber die nach Hochschularten und Größe abgestufte Mindestquote der Vertretung der anderen Mitgliedergruppen zu wahren. Gleichzeitig werden die Gestaltungsspielräume durch eine nur mit Zustimmung des Wissenschaftsministeriums veränderbare Obergrenze von 45 stimmberechtigten Mitgliedern beschränkt (§ 19 Abs.2 Nr.4 LHG). Auch für das Wahlverfahren besteht nur die Option einer Differenzierung nach Größe der Fakultäten oder Sektionen und einer geheimen Wahl oder offenen Wahl in Vollversammlungen.

Mit der Regelung über die Zusammensetzung und das Wahlverfahren zum Senat beschreitet der Gesetzgeber Neuland. Deswegen gibt es keine Erfahrungen mit den potentiellen Auswirkungen. Die Handlungsfähigkeit des Gremiums wird wesentlich davon abhängen, dass die Hochschullehrerschaft ihren Einfluss durch regelmäßige

20 LT-Drs. 16 / 3248 v. 9. 01. 2018, S. 36.

21 Vgl. dazu LT-Drs. 16 / 3248 v. 9. 01. 2018, S. 69.

Präsenz und sorgfältige Vorbereitung auch tatsächlich wahrnimmt. Die Repräsentation nach „Fakultätsbänken“ kann, soweit nicht die Dekane als Vertreter gewählt werden, zu Konkurrenzsituationen zwischen Dekanen und Fakultäten führen bzw. Anreize auslösen, Fakultätskonflikte in den Senat zu tragen.

Nicht auszuschließen ist schließlich, dass sich durch die Stärkung der Hochschullehrerschaft Gruppenkonflikte mit den anderen Mitgliedergruppen verstärken, auch wenn diese schon bisher bei dem dominierenden Einfluss der Amtsmitglieder gegenüber den Wahlmitgliedern möglich waren.

3. Zusammensetzung des Fakultätsrats

Obwohl die Verfassungsbeschwerde gegen die Fakultätsorganisation vom VerfGH wegen Fristversäumnis als unzulässig verworfen wurde,²² hat das HRWeitEG auch die Zusammensetzung des Fakultätsrats unter Beachtung der Hochschullehrermehrheit in § 25 Abs.2 LHG neu geregelt. Einziges Amtsmitglied mit Stimmrecht ist zukünftig die Dekanin oder der Dekan, während alle anderen stimmberechtigten Mitglieder von den Gruppen gewählt werden. Die genaue Zusammensetzung regelt die Grundordnung nach Maßgabe der Gruppenrepräsentation nach § 10 Absatz 1 Sätze 1 und 2 LHG sowie der Gewährleistung der Hochschullehrermehrheit gemäß § 10 Absatz 3 LHG.

Die Amtszeiten der gewählten Gremienvertreter im Fakultätsrat werden den Amtszeiten der Gremienvertreter im Senat angeglichen, wobei die Grundordnungen davon abweichen können. Ziel ist die gleichzeitige Wahl der Gremienvertreter sowohl auf zentraler als auch dezentraler Ebene, um durch eine Konzentration eine möglichst hohe Wahlbeteiligung zu erreichen.²³

Dementsprechend wurde auch die Zusammensetzung der Gremien der Medizinischen Fakultät in § 27 Abs.2 LHG geändert.

An der DHBW wird auf der dezentralen Ebene – parallel zur Regelung des Fakultätsrats der anderen Hochschulen – die Zusammensetzung des Örtlichen Senats in § 27 c LHG geändert.

Einziges Amtsmitglied mit Stimmrecht ist zukünftig die Rektorin oder der Rektor der Studienakademie. Die anderen stimmberechtigten Mitglieder werden von den einzelnen Gruppen gewählt.

Die Anzahl der Mitglieder der Gruppe der Hochschullehrerschaft und das Verfahren werden durch die Wahlordnung festgelegt, die dabei die Vorgabe in § 10 Absatz 3 berücksichtigen muss. Dadurch wird auch auf

der dezentralen Ebene der DHBW der maßgebliche Einfluss der gewählten Vertreterinnen und Vertreter der Hochschullehrerschaft sichergestellt.²⁴

4. Wahl- und Abwahlverfahren der Hochschulleitung, §§ 18, 18 a LHG

Mit seinem Urteil hat der VerfGH die Vorschriften über das Wahl- und Abwahlverfahren nach 18 Abs. 1 bis 3, 5 Satz 1 bis 4 und Abs. 6 Satz 1 und 5 LHG bisheriger Fassung für verfassungswidrig erklärt.²⁵

Die bisherige Regelung des Wahlverfahrens gewährleistet nach Auffassung des VerfGH nicht, dass eine Wahl der hauptamtlichen Mitglieder des Rektorats nicht gegen den Willen der gewählten Hochschullehrer im Senat stattfinden kann. Um eine solche Wahl zu verhindern, müssten die Hochschullehrer im Senat über die Mehrheit der Stimmen verfügen. Dann könnten die Hochschullehrer im Falle ihrer Einigkeit die Mitglieder des Senats in der Findungskommission bestimmen, nach § 18 Abs. 2 Satz 3 LHG im Einvernehmen mit dem Wissenschaftsministerium weitere Bewerber in den Wahlvorschlag aufnehmen, in allen drei Wahlgängen im Senat nach § 18 Abs. 2 LHG die Wahl eines hauptamtlichen Rektoratsmitglieds erreichen oder jedenfalls verhindern, dass mit geringeren Mehrheiten im Senat ein vom Hochschulrat präferierter Bewerber gewählt wird, sowie die Mitglieder des Senats im Wahlpersonengremium festlegen, gegen deren einheitlichen Willen dort ebenfalls kein hauptamtliches Rektoratsmitglied gewählt werden kann.²⁶

Nach Art. 20 Abs. 1 LV sei auch erforderlich, „dass die in ein Selbstverwaltungsorgan gewählten Vertreter der Hochschullehrer sich von einem mit starken wissenschaftsrelevanten Befugnissen ausgestatteten Leitungsorgan, das ihr Vertrauen nicht mehr genießt, trennen können, ohne im Selbstverwaltungsgremium auf eine Einigung mit den Vertretern anderer Gruppen sowie ohne auf die Zustimmung eines weiteren Organs oder des Staates angewiesen zu sein. Ausgehend hiervon ist die Abberufung der hauptamtlichen Rektoratsmitglieder derzeit nicht als ein effektives Kontrollinstrument für die Hochschullehrer ausgestaltet.“

Die für eine Abberufung erforderliche Mehrheit von zwei Dritteln der Mitglieder würde nach Auffassung des VerfGH von den Hochschullehrern im Senat auch unter Berücksichtigung der von § 19 Abs. 2 Nr. 2 LHG gegebenen Möglichkeit, die Zahl der Wahlmitglieder des Senats durch Grundordnung zu regeln, nicht erreicht werden. Darüber hinaus könnten die Hochschullehrer im Senat

22 Entscheidungsgründe unter DI, Rn.56 ff., E III 1, Rn.166.

23 Vgl. dazu LT-Drs. 16 / 3248 v. 9. 01. 2018, S. 38.

24 Vgl. dazu LT-Drs. 16 / 3248 v. 9. 01. 2018, S. 38.

25 VerfGH BW Urteil vom 14. November 2016 – 1 VB 16/15 – Tenor Nr.1.

26 Entscheidungsgründe unter E III 5, Rn.157.

ein hauptamtliches Rektoratsmitglied, das ihr Vertrauen nicht mehr genießt, nicht unabhängig von der Mitwirkung anderer Akteure - hier des Hochschulrats und des Wissenschaftsministeriums - abberufen.²⁷

Dementsprechend nimmt die Neugestaltung des Wahl- und Abwahlverfahrens eine zentrale Stelle des HRWeitEG ein.²⁸

Angesichts der Vorgaben des VerfGH überrascht, dass der Gesetzgeber an der Regelung des *Wahlverfahrens* in § 18 Abs. 1 und 2 LHG keine durchgreifenden Änderungen am Konzept eines vom Hochschulrat und Senat gemeinsam getragenen Findungs- und Wahlverfahren vorgenommen hat.

Vielmehr sieht das Gesetz in der Gewährleistung der Mehrheit der gewählten Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer im Senat eine ausreichende Garantie dafür, dass gegen deren Willen kein hauptamtliches Rektoratsmitglied gewählt werden kann.

„Die gewählten Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer verfügen aufgrund der geänderten Zusammensetzung im Wahlgremium Senat über die Mehrheit der Stimmen. Außerdem können sie die Vertreterinnen und Vertreter des Senats im Wahlpersonengremium zukünftig maßgeblich bestimmen. Die Wahl eines Rektoratsmitglieds ist somit nicht mehr gegen die Stimmen der Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer möglich. Damit ist den Vorgaben des Verfassungsgerichtshofs für das Land Baden-Württemberg im Bereich der Kreation der Rektoratsmitglieder Rechnung getragen. Gleichwohl bleibt der Einfluss der anderen Gruppen bei der Wahl im Wesentlichen gewahrt.“²⁹

Diese Vorstellung setzt jedoch voraus, dass die Vertreter der Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer bei der Bildung der Findungskommission, vor allem aber beim Wahlakt präsent und einig sind.

Nur beim ersten Wahlgang, bei dem die Mehrheit der Stimmen des Gremiums entscheidet, ist gesichert, dass gegen den Willen der Hochschullehrermehrheit kein Rektoratsmitglied gewählt wird. Im zweiten und dritten Wahlgang, in der die absolute oder relative Mehrheit der abgegebenen Stimmen entscheidet, wäre dies nur gesichert, wenn zusätzlich die Mehrheit der abgegebenen Stimmen der Hochschullehrergruppe gewährleistet ist.

Es bestehen damit Zweifel, ob das HRWeitEG mit der Neuregelung des Wahlverfahrens die Anforderungen des VerfGH erfüllt hat.

Für das *Abwahlverfahren* sieht das HRWeitEG neben dem fortbestehenden Abwahlverfahren nach durch Senat und Hochschulrat nach § 18 Abs.5 LHG in § 18 a LHG ein Abwahlverfahren durch eine Urabstimmung der Hochschullehrerschaft vor.

Die Abwahlmöglichkeit als solche steht – auch im Hochschulbereich – mit den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums nach Art. 33 Abs.5 GG in Einklang.³⁰ Der zentrale rechtfertigende Grund ergibt sich aus der aus Art. 5 Abs.3 GG abgeleiteten Notwendigkeit, dass die Leitungsmacht der hauptamtlichen Mitglieder des Rektorats vom Vertrauen der Selbstverwaltungsgremien getragen sein und im Falle des Vertrauensverlustes durch eine Abwahl kompensiert werden muss.

Ob und warum bei Sicherung des entscheidenden Einflusses der gewählten Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer im Senat neben dem Abwahlverfahren durch Senat und Hochschulrat nach § 18 Abs. 5 LHG ein eigenständiges Abwahlverfahren durch eine Urabwahl der Hochschullehrerschaft erforderlich ist, erscheint fraglich. Der Kritik des VerfGH am bestehenden Abwahlverfahren, dass die Hochschullehrer im Senat ein hauptamtliches Rektoratsmitglied, das ihr Vertrauen nicht mehr genießt, nicht unabhängig von der Mitwirkung anderer Akteure – hier des Hochschulrats und des Wissenschaftsministeriums – abberufen können, hätte durch eine entsprechende Änderung des Abwahlverfahrens in § 18 Abs.5 LHG Rechnung getragen werden können, die den entscheidenden Einfluss der Hochschullehrerschaft sichert.³¹

Für diese Lösung spricht auch, dass Wahl- und Abwahlverfahren in der Hand desselben Organs bleiben müssen, da eine Abwahl nicht ohne Klärung der Nachfolge erfolgen kann, wenn vermieden werden soll, dass die Hochschule nach einer Abwahl ohne Führung bleibt.³²

Mit der in drei Stufen vorgesehenen *Urabwahl* durch die Hochschullehrerschaft nach § 18 a LHG hat der Gesetzgeber Neuland betreten.

Mit der im Anhörungsverfahren vielfach kritisierten Regelung³³ soll den wahlberechtigten Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer die vorzeitige Beendigung des Amtes eines Rektoratsmitgliedes ermöglichen, wenn sie das Vertrauen in seine Amtsführung verloren haben

27 Entscheidungsgründe unter E III 5, Rn.162.

28 Vgl. dazu LT-Drs. 16 / 3248 v. 9. 01. 2018, S. 35 ff.

29 Vgl. dazu LT-Drs. 16 / 3248 v. 9. 01. 2018, S. 27.

30 Zur Abwählbarkeit kommunaler Wahlbeamter nach hessischem Recht BVerwG Urteil vom 15. März 1989 – 7 C 7/88 –, BVerwGE 81, 318; VGH Mannheim, Urteil v. 26.2.2016 – 9 S 2445/15 –, juris.

31 Zutreffend H. Jacobsen, VBLBW 2018, 55, 56, der dies aus dem

Gebot der effektiven Kontrolle ableitet, die nur gewährleistet ist, wenn „die Kontrollinstanz in gleichem Maße wie das Leitungsorgan mit Hochschulrecht, Organisation und Entwicklung vertraut ist“.

32 Auf diesen Zusammenhang hat H. Jacobsen in seiner Bewertung des Referentenentwurfs in VBLBW 2018, 55, 57 hingewiesen.

33 Vgl. dazu LT-Drs. 16 / 3248 v. 9. 01. 2018, S. 65.

(§ 18a Abs.1 S.1 LHG). Dieser Vertrauensverlust ist festgestellt, wenn nach einem von 25% der wahlberechtigten Hochschullehrerschaft unterzeichneten Initiativantrag das Wahlverfahren zugelassen wird und nach gemeinsamer Anhörung des betroffenen Rektoratsmitglieds durch Hochschulrat und Senat sich die Mehrheit der wahlberechtigten Mitglieder für eine Abberufung in einer geheimen Abstimmung ausspricht.

Diese Mehrheit muss an mindestens der Hälfte aller Fakultäten oder Sektionen erreicht werden. An der DHBW ist anstelle der Fakultäten oder Sektionen auf die Studienakademien abzustellen. Ist eine Hochschule wie bei kleinen Hochschulen für Angewandte Wissenschaften oder Kunsthochschulen nicht in Fakultäten oder Sektionen gegliedert, ist die Abwahl erfolgreich, wenn zwei Drittel der an der Hochschule vorhandenen wahlberechtigten Mitglieder der Gruppe nach § 10 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 für die Abwahl stimmen. Die Hochschulen können in ihrer Satzung höhere Schwellen festlegen (§ 18 a Abs.4 S.5 LHG)

Trotz der Schwellen für einen Initiativantrag, vor allem aber für eine erfolgreiche Abwahl, ist dieses Verfahren mit Risiken verbunden, die die vom Gesetz geforderte Strategiefähigkeit einer Hochschulleitung, vor allem aber die Gewinnung geeigneter Führungskräfte nachhaltig gefährden.

Bereits die mit einer Abwahlinitiative verbundene öffentliche Diskussion ist geeignet, das Ansehen einer Hochschulleitung zu beschädigen, auch wenn die Initiative letztlich scheitert. Zudem ist die Schwelle von 25 % für kleine Hochschulen mit wenigen Professuren gering.

Vor allem ist die Beschränkung des Senats und Hochschulrats als Wahlorgan auf eine Stellungnahme zu schwach ausgestaltet. Um dieser Verantwortung zu entsprechen, hätte eine zusätzliche Zustimmung für die Fortführung des Abwahlbegehrens vorgesehen werden müssen.

Trotz einiger im Gesetzgebungsverfahren vorgenommener Verfahrensverbesserungen, zu denen auch die Sperrwirkung eines erfolglosen Abwahlbegehrens von 6 Monaten gehört (§ 18 a Abs.6 S.4 LHG), lässt die Regelung zahlreiche Fragen offen. Dies betrifft insbesondere die Rechtsfolgen der vorzeitigen Beendigung für das Beamtenverhältnis des Amtsträgers.

Diese Frage ist nur für den Fall einer Abwahl nach § 18 Abs.5 LHG geregelt. Ob eine Analogie zulässig ist, muss wegen des Ausnahmecharakters der Regelung bezweifelt werden.

Ebenso offen sind die Rechtsschutzfragen gegenüber einer erfolgten Urabwahl einschließlich der Fragen des vorläufigen Rechtsschutzes.

Der Vollzug der vorzeitigen Beendigung bedarf eines feststellenden Verwaltungsaktes. Für den Fall des § 18 Abs.5 LHG hat der VGH Baden-Württemberg trotz Fehlens einer expliziten Rechtsgrundlage eine Zuständigkeit der Ministerin bejaht.³⁴ Ob dies auch im Fall des § 18a LHG gilt, in dem noch nicht einmal eine Anhörung der Ministerin in ihrer Funktion als Dienstvorgesetzte (§ 11 Abs.5 LHG) vorgesehen ist und die Zuständigkeit des Ministerpräsidenten für die Ernennung und Entlassung der hauptamtlichen Rektoratsmitglieder tangiert ist (§ 1 ErnG), ist offen.

Ebenso ist ungeklärt, wer das Ergebnis der Abstimmung verbindlich feststellt und ob diese Feststellung der Rechtsaufsicht nach § 67 Abs.1 LHG unterliegt.

Das in § 18 a LHG vorgesehene Urabwahlverfahren neben dem Abwahlverfahren durch Senat und Hochschulrat ist deshalb fragwürdig und regelungstechnisch misslungen.

Es mag disziplinierende Wirkung auf die Hochschulleitung haben, bei der Amtsführung auf die Beibehaltung des Vertrauens der Hochschullehrerschaft bedacht zu sein. Im Falle eines Erfolges mag es eine Vertrauenskrise beenden, die damit verbundene Führungskrise kann aber nur im Zusammenwirken von Hochschulrat und Senat behoben werden.

5. Wahl- und Abwahlverfahren der Amtsträger auf dezentraler Ebene

Auch wenn der VerfGH aus verfahrensrechtlichen Gründen von einer verfassungsrechtlichen Beurteilung der Leitungsorganisation Abstand nehmen musste, erscheint es konsequent, die Zusammensetzung der dezentralen Gremien und das Wahl- und Abwahlverfahren entsprechend der Regelung der zentralen Ebene zu gestalten.

Um die Entscheidungshoheit des Fakultätsrats bei der Wahl und Abwahl des Dekans nicht einzuschränken, wird das bisher verbindliche Vorschlagsrecht für die Wahl bzw. Abwahl nach § 24 Abs.3 S.1 und 8 LHG in ein nicht bindendes Vorschlagsrecht umgewandelt.

Neben der nach § 24 Abs.3 S.8 LHG möglichen Abwahl sieht § 24 a LHG ein Abwahlverfahren durch Urabwahl der wahlberechtigten Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer vor, das spiegelbildlich zu § 18 a LHG die Voraussetzungen, den Ablauf und die Kriterien einer erfolgreichen Urabwahl festlegt. Es weist die gleichen Inkonsistenzen wie das Urabwahlverfahren auf zentraler Ebene auf.³⁵

34 VGH Mannheim, Urteil v. 26.2.2016-9 S 2445/15 – juris, Rn.15.

35 Zutreffend H. Jacobsen, VBLBW 2018, 55, 60.

Die Durchführung liegt in der Verantwortung des Rektors, die weiteren Einzelheiten des Verfahrens wie die Zulassung und Durchführung der Abstimmung einschließlich der Möglichkeit einer Abstimmung durch Briefwahl und die Bekanntgabe des Ergebnisses regelt die Satzung.

Für die DHBW werden durch § 27 e LHG die Regelungen über die Abwahl der Rektorin oder des Rektors der Studienakademie durch die Gruppe der Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer denen für die Abwahl der Rektoratsmitglieder der Hochschule angepasst. Die amtliche Begründung bezeichnet dies als Stärkung der Rechte der Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer im Rahmen der akademischen Selbstverwaltung zur Sicherung der freien wissenschaftlichen Betätigung auch an der DHBW auf die dezentrale Ebene.³⁶

Dabei bleibt aber außer Betracht, dass die Studienakademien nach § 27 a Abs.1 LHG als rechtlich unselbständige örtliche Untereinheiten der DHBW verfasst sind und ihre Studienbereiche im Gegensatz zu Fakultäten der anderen Hochschulen keinen Fakultätsstatus mit eigener Selbstverwaltung genießen. Die dagegen von Jacobsen bereits 2014 vorgetragenen,³⁷ auf den Hamburger Dekanatsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts³⁸ gestützten verfassungsrechtlichen Bedenken und die von der VMDH in das Gesetzgebungsverfahren eingebrachten Änderungsvorschläge werden mit der pauschalen Bemerkung, diese seien nicht Gegenstand des Verfahrens, zurückgewiesen.³⁹

Der Gesetzgeber wird sich in der nächsten anstehenden Novelle damit auseinandersetzen müssen, ob diese Abweichungen von der Hochschulorganisation der anderen Hochschulen angesichts der Änderung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Hochschulorganisationsrecht aufrechterhalten werden können.

IV. Weitere Neuregelungen

1. Korporationsrechtliche Rechtsstellung der Doktoranden, befristete Assoziation von Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer der Hochschulen für angewandte Wissenschaften in Promotionsverfahren.

a) Rechtsstatus der Doktoranden

Der Rechtsstatus der Doktoranden wurde bereits durch das 3. HRÄG mit der Einführung einer verbindlichen Promotionsvereinbarung (§ 38 Abs.5 S.3 LHG) und die Einführung eines Doktorandenkonvents (§ 38 Abs.7 LHG) nachhaltig gestärkt.

Doktorandinnen und Doktoranden stellen bisher aber keine eigene Statusgruppe. Mitgliedschaftsrechtlich zählen sie entweder im Falle einer nach § 38 Abs.5 S. 1 LHG möglichen Immatrikulation zu der Gruppe der Studierenden oder im Falle einer hauptberuflichen Beschäftigung nach § 10 Abs. 1 S. 3 LHG zu der Gruppe der Akademischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Im Hinblick auf die unterschiedliche Interessenlage zu den anderen Statusgruppen wurde im RegE die Schaffung einer eigenen Mitgliedergruppe vorgeschlagen.⁴⁰ Demgegenüber schafft § 10 Abs.1 S.4 LHG für hauptamtlich tätige eingeschriebene Doktorandinnen und Doktoranden die Option, ob sie ihre Mitwirkungsrechte in der Gruppe der Akademischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (Satz 2 Nummer 2) oder in der Gruppe der Studierenden nach § 60 Absatz 1 Satz 1 Buchstabe b (Satz 2 Nummer 4) ausüben wollen. Für hauptberuflich Beschäftigte besteht auch eine Option, sich nicht zu immatrikulieren.

Damit wird der korporationsrechtliche Status der Doktorandinnen und Doktoranden an die Einschreibung gebunden. Letztlich wird dadurch nur die Erhaltung der sozialen Rahmenbedingungen erreicht.⁴¹

b) Befristete Assoziation von Betreuern aus HAW

Neben der schon bisher möglichen Kooptation von Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer der Hochschulen für angewandte Wissenschaften nach § 22 Abs. 4 S.2 LHG, die in der Regel an eine dauerhafte Kooperation anknüpft, wird durch § 38 Abs.6 a LHG die von der Amtlichen Begründung als „niederschwelliger“ bezeichnete Option der befristeten Assoziierung geschaffen.

Ihre inhaltliche Ausgestaltung wird weitgehend der Promotionsordnung oder einer anderen Satzung überlassen. Mitwirkungsrechte an der akademischen Selbstverwaltung sind mit der Assoziierung nicht verbunden.

2. Tenure Track für Juniorprofessoren, § 51 b LHG

Die durch das HRWeitEG mit § 51 a LHG eingeführte Tenure-Track-Professur ist nach der Amtlichen Begründung eine Juniorprofessur, die mit der Zusage auf Übernahme in ein Professorenamt vergleichbarer Denomination einer höheren Besoldungsgruppe ohne Stellenvorbehalt im Falle der Bewährung verbunden ist.⁴²

Die Neuregelung dient dazu, den Hochschulen die Teilnahme am Programm zur Förderung des wissenschaftli-

36 Vgl. dazu LT-Drs. 16 / 3248 v. 9. 01. 2018, S. 39.

37 H. Jacobsen, Die Unvereinbarkeit der baden-württembergischen LHG-Novelle 2014 mit Art. 5 Abs. 3 nach dem Hamburger Dekanatsbeschluss, VBIBW 2014, 328, 333; ders. Die perpetuierte Grundrechtsinkonformität der baden-württembergischen Hochschulorganisation im Entwurf des Hochschulrechtsweiterentwick-

lungsgesetzes 2018, VBIBW. 2018, 55 ff., 61 ff.

38 BVerfGE 127, 87 ff. Rn.118 ff.

39 Vgl. dazu LT-Drs. 16 / 3248 v. 9. 01. 2018, S. 80.

40 Vgl. dazu LT-Drs. 16 / 3248 v. 9. 01. 2018, S. 28.

41 Vgl. dazu LT-Drs. 16 / 3248 v. 9. 01. 2018, S. 38.

42 LT-Drs. 16/3248 zu § 51 b LHG, S. 40 ff.

chen Nachwuchses gemäß der Verwaltungsvereinbarung zwischen Bund und Ländern vom 16. Juni 2016 zu ermöglichen. Sie soll frühzeitige wissenschaftliche Selbstständigkeit, verbunden mit einer verbindlichen Entwicklungsperspektive, vermitteln. Damit ergänzt § 51 a LHG das bereits mit dem 3. HRÄG in § 48 Absatz 1 Satz 4 LHG implementierte Tenure-Track-Verfahrens. Die neuen hochschulrechtlichen Kategorien „Tenure-Track-Professur“ und „Tenure-Track-Dozentur“ unterscheiden sich vom bisherigen Verfahren darin, dass bereits im Zeitpunkt der Ausschreibung die Anforderungen der Bewährung in einem mit dem Ministerium abgestimmten Qualitätssicherungskonzept benannt werden und im Zeitpunkt der Übernahme eine entsprechende Planstelle zur Verfügung stehen muss (§ 51 b LHG).

Für Tenure-Track-Professorinnen und Tenure-Track-Professoren finden die für die Juniorprofessur geltenden Regelungen Anwendung, soweit in § 51 b LHG nichts anderes geregelt ist. Auch für die Tenure-Track-Professur gelten die damit die Regelungen des § 51 LHG hinsichtlich der Aufgaben, der Qualifizierungszeit, des Qualifizierungsverfahrens und der Ausgestaltung des Dienstverhältnisses. Beamtenrechtlich finden die Vorschriften über die Juniorprofessur Anwendung.

Die Zusage auf Übernahme bei positiver Evaluation nach Abschluss der Qualifizierungszeit, der Wegfall des Stellenvorbehalts, der Verzicht auf eine Ausschreibung und die Möglichkeit einer vereinfachten Berufung bei Übernahme sind mit umfangreichen Anforderungen für das Qualitätssicherungskonzept und das Verfahren seiner Durchführung verbunden.

Das Qualitätssicherungskonzept beschreibt den gesamten Prozess der bis zu sechsjährigen Qualifizierungszeit von der Ausschreibung der Tenure-Track-Professur bis zur Übernahme auf die W 3-Professur nach einer erfolgreichen Evaluation. Qualitätssicherungskonzept und das Evaluierungsverfahren werden – nicht zuletzt aus Gründen der Verbindlichkeit durch Satzung geregelt (Absatz 2 Satz 1). Die für die Tenure-Evaluation am Ende der Dienstzeit gesetzten Anforderungen sind der Tenure-Track-Professorin/ dem Tenure Track-Professor bereits bei der Berufung schriftlich bekannt zu machen. Die Ausschreibung zur Tenure-Track-Professur erfolgt international (§ 51 IV LHG). Über die Anforderungen des § 51 VI LHG hinaus sind an der Auswahlkommission zur Besetzung der Tenure-Track-Professur international ausgewiesene Gutachterinnen und Gutachter zu beteiligen (§ 51 b I 3) LHG.

Die Verbindlichkeit des Tenure-Track-Verfahrens begründet keine Übernahmegarantie. Maßgeblich ist

die Evaluation, mit der das Leistungsprinzip gewahrt und die Qualität gesichert wird. Die Evaluation der Leistungen der Tenure-Track-Professorin oder des Tenure-Track-Professors während der Qualifizierungszeit ist deshalb die wesentliche Voraussetzung für einen Ausschreibungsverzicht bei der Besetzung der W 3-Professur nach § 48 I 4 LHG. Gegenstand der Evaluation sind alle Aufgabenbereiche einer Juniorprofessur, d. h. Forschung, Lehre und Selbstverwaltung. Die Evaluation erfolgt nach einer Evaluationsatzung, die das Verfahren, die Anforderungen, Kriterien und Maßstäbe der Tenure-Evaluation transparent ausweist (Absatz 2 Satz 1).

In der Organisation des Tenure-Prozesses sind ein oder mehrere Evaluierungsgremien vorzusehen, von denen zumindest eines die Mindestanforderungen an die Besetzung von Berufungskommissionen erfüllt. Das Qualitätssicherungskonzept muss ferner geeignete Instrumente vorsehen, um der Tenure-Track-Professorin oder dem Tenure-Track-Professor während ihrer oder seiner in der Regel bis zu sechsjährigen Qualifizierungszeit eine geeignete Rückmeldung zu den bisherigen Leistungen zu geben (Absatz 2 Satz 2).

§ 51 b IV LHG übernimmt die Möglichkeit einer Tenure-Zusage auch für die Juniordozenatur nach § 51 a Absatz 3 Satz 1 LHG. Auch diese Möglichkeit gab es bisher schon. Künftig sind jedoch die Mindestanforderungen der Tenure-Track-Dozentur dieselben wie bei der Tenure-Track-Professur.

Die Einführung der Tenure-Track-Professur wurde von den Hochschulen allgemein begrüßt.⁴³ Die Frage, ob für das Ziel derart umfangreiche inhaltliche und prozedurale Vorgaben notwendig sind, wurde nicht gestellt. In der Hochschulpraxis ist der entscheidende limitierende Faktor das Vorhandensein einer W-3-Planstelle im Zeitpunkt der Übernahme. Dafür wäre eine entsprechende Flexibilisierung von Planstellen im Rahmen vorgegebener Gesamtdeckung erforderlich.

3. Förderung der Wissens-, Gestaltungs- und Technologietransfer und Gründerkultur

Die Förderung des Wissens- und Technologietransfers ist schon nach bisherigem Recht eine in § 2 Abs.5 LHG verankerte und durch spezielle Programme geförderte Aufgabe.

Durch Ergänzung des § 2 Abs.5 LHG wird den Hochschulen ausdrücklich ermöglicht, Unternehmensgründungen und Existenzgründungen ihrer aktuellen und ehemaligen Beschäftigten zu fördern. Beispielsweise

43 Vgl. Bericht in LT-Drs. 16/ 3248, zu § 51 b LHG, S. 86 ff.

können Räume und Labore unentgeltlich oder vergünstigt überlassen werden. Die Förderung erfolgt auf der Basis einer vorher abzuschließenden schriftlichen Vereinbarung mit dem Rektorat. Die Einbindung des Rektorats soll verhindern, dass die Ressourcen der Hochschule für private Erwerbszwecke in Anspruch genommen werden, ohne die notwendige Einwilligung der Hochschule eingeholt zu haben. Für Absolventinnen und Absolventen und ehemalige Beschäftigte wird der Zeitraum, innerhalb dessen eine Förderung erfolgen kann, auf fünf Jahre beschränkt.⁴⁴

Ob diese Regelung vor möglichen Einwänden aus dem in der Begründung genannten EU- Beihilferecht, vor allem aber den vom Rechnungshof streng überwachten haushaltsrechtlichen Regelungen des § 63 Abs.5 LHO über die Überlassung von Vermögensgegenständen Bestand hat, wird die Praxis zeigen.

V. Fazit

Inwieweit mit dem Gesetz – wie der Titel verheißt – eine Weiterentwicklung des Hochschulrechts verbunden ist, ist von seiner Zielsetzung abhängig.

Vorrangiges Ziel des Gesetzes war es, den Vorgaben des Verfassungsgerichtshofs für eine verfassungskonforme Korrektur der bisherigen Leitungsorganisation Rechnung zu tragen.

Da der Verfassungsgerichtshof mit seinen Maßstäben über die vom Bundesverfassungsgericht genannten Anforderungen an eine Stärkung der Selbstverwaltungsorgane gegenüber der mit weitgehenden Befugnissen ausgestatteten Hochschulleitung hinausgegangen ist, sah sich der Gesetzgeber sowohl bei der Zusammensetzung der Gremien als auch beim Wahl- und Abwahlverfahren

veranlasst, Neuland zu betreten, um den entscheidenden Einfluss der gewählten Repräsentanten der Hochschul-Lehrerschaft zu gewährleisten.

Der gewählte Weg der Urabwahl ist – von regelungstechnischen Unklarheiten abgesehen – mit erheblichen Risiken für die Gewinnung geeigneter Persönlichkeiten für Leitungsgremien und die Strategiefähigkeit der Hochschulen verbunden. Ob sie ein geeigneter Weg zur Lösung einer Vertrauenskrise oder ein Weg in eine Führungskrise ist, wird von einem verantwortungsvollen Zusammenwirken der Repräsentanten Hochschullehrerschaft und den Wahlgremien der Hochschule abhängen.

Die weiteren Themen des HRWeitEG wirken – was ihre Dringlichkeit anlangt – eher als willkürlicher Griff aus einer hochschulpolitischen Agenda.

Ob mit den Neuregelungen der Doktorandenstatus nachhaltig verbessert wird, bleibt abzuwarten.

Mit der Tenure Track Juniorprofessur werden die notwendigen rechtlichen Rahmenprogramme des Bundes geschaffen. Dennoch ist dies allenfalls ein Baustein für die Verbesserung der Qualifikationspfade des wissenschaftlichen Nachwuchses.

Die Verbesserung des Wissens- und Technologietransfers und der Gründerkultur wird davon abhängig sein, dass dem auch eine der gesetzlichen Zielsetzung konforme Anwendung des Beihilfe- und Haushaltsrechts entspricht.

Georg Sandberger ist Honorarprofessor an der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen und war von 1979 bis 2003 deren Kanzler.

44 Vgl. Bericht in LT-Drs. 16/ 3248, zu § 51 b LHG, S. 86 ff.

Tobias Mandler und Laura Wegmann

Der Befristungsgrund gem. § 14 Abs. 2 TzBfG im Anwendungsbereich des WissZeitVG

ÜBERSICHT

I. Alte Rechtslage – Neue Möglichkeiten

1. Freies Wahlrecht

2. Praktische Anwendungsfälle der Befristung gem. § 14 Abs. 2 TzBfG

II. Rechtsprechung des Bundesarbeitsgericht

3. BAG, Urteil vom 18. Mai 2016 – 7 AZR 533/14

4. BAG, Urteil vom 8. Juni 2016 – 7 AZR 259/14

5. BAG, Urteil vom 28. September 2016 – 7 AZR 549/14

6. BAG, Urteil vom 14. Juni 2017 – 7 AZR 597/15

7. *Lex specialis* statt Privilegierung auch für § 14 Abs. 2 TzBfG

III. Zulässigkeit einer sachgrundlosen Befristung gem. § 14 Abs. 2 TzBfG im Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 WissZeitVG

IV. Zulässigkeit einer sachgrundlosen Befristung gem. § 14 Abs. 2 TzBfG im Anwendungsbereich des § 2 Abs. 2 WissZeitVG

V. Zulässigkeit einer sachgrundlosen Befristung gem. § 14 Abs. 2 TzBfG im Anwendungsbereich des § 6 WissZeitVG

VI. Praktische Umsetzung

1. Im Zweifel Befristung nach dem WissZeitVG

2. „Altverträge“

3. Beteiligungsrechte des Personalrats

VII. Fazit

Das Verhältnis der Befristungsgründe des TzBfG gegenüber denen des WissZeitVG schien geklärt. So stand den Hochschulen, Universitätsklinika und außeruniversitären Forschungseinrichtungen nach herkömmlicher Meinung ein Wahlrecht zwischen den Befristungsgründen des WissZeitVG und des TzBfG zu. Dieses privilegierende Verständnis hat das Bundesarbeitsgericht in seinen Entscheidungen vom 18. Mai 2016, 8. Juni 2016 und 28. September 2016 nunmehr zugunsten einer *lex specialis*-Betrachtung

weithin aufgegeben. Das WissZeitVG ist danach nicht mehr Privileg, sondern zwingende Vorgabe.

Die Reichweite dieser Rechtsprechungsänderung hat das BAG dabei gegenüber den Befristungsgründen des WissZeitVG und § 14 Abs. 1 TzBfG dem Grunde nach geklärt. Offen geblieben ist bisher allerdings die Frage, ob die Änderungen auch § 14 Abs. 2 TzBfG betreffen, der im Folgenden nachgegangen werden soll.

Die folgenden Ausführungen gliedern sich hierzu in eine zusammenfassende Darstellung der bisherigen (I.) und neuen Rechtslage (II.) in Bezug auf das Verhältnis der Befristungsgründe des WissZeitVG und des TzBfG zueinander. Die hieraus gewonnenen Erkenntnisse werden sodann auf die sachgrundlose Befristung in § 14 Abs. 2 TzBfG übertragen und im Einzelnen den Befristungsgründen nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG (III.), § 2 Abs. 2 WissZeitVG (IV.) und § 6 WissZeitVG (V.) gegenübergestellt. Schließlich wird die praktische Umsetzung der gefundenen Ergebnisse beleuchtet (VI.).

I. Alte Rechtslage – Neue Möglichkeiten

Nach nunmehr überholter Rechtslage wurde in den Befristungsgründen des WissZeitVG lediglich eine Privilegierung der Hochschulen, Universitätsklinika und außeruniversitären Forschungseinrichtungen, nicht aber eine zwingende Spezialisierung gesehen. Dies führte dazu, dass die sachgrundlose Befristung in § 14 Abs. 2 TzBfG auch in der Praxis Fuß fassen konnte und ihren Anwendungsbereich seit der Novellierung des WissZeitVG sogar noch erweitert haben dürfte.¹

1. Freies Wahlrecht

Das voraussetzungslose Wahlrecht zwischen den Befristungsgründen des WissZeitVG und denen des TzBfG wurde bisher zwanglos aus § 1 Abs. 2 WissZeitVG abgeleitet.² Dort heißt es bekanntlich nach wie vor:

1 Angesichts der beabsichtigten Novellierung des § 14 Abs. 2 TzBfG aber auch wieder einschränken könnte, siehe hierzu umfassend *Löwisch/Schubert*, Beschränkung befristeter Arbeitsverträge nach dem Koalitionsvertrag: Auswirkungen auf Hochschulen und Forschungseinrichtungen erscheint in *OdW* Heft 4/2018.

2 *Löwisch* in *AR-Fachanwalt* Kommentar, 8. Aufl. 2016, *WissZeitVG* § 2 Rn. 9 ff; *Preis*, *WissZeitVG*, 1. Aufl. 2008, *WissZeitVG* § 1 Rn. 57, Rn. 73; *Rambach* in *Arnold/Gräfl/Imping*, *Teilzeit- und Befristungsgesetz*, 2. Aufl. 2007, *WissZeitVG* § 1 Rn. 42 f;

Müller-Glöge in *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 17. Aufl. 2017, *WissZeitVG* § 1 Rn. 17; *Joussen*, *WissZeitVG*, 1. Aufl. 2012, *WissZeitVG* § 1 Rn. 12; *Schmidt* in *Ascheid/Preis/Schmidt*, *Kündigungsrecht*, 5. Aufl. 2017, *WissZeitVG* § 1 Rn. 32; *Däubler* in *Kittner/Däubler/Zwanziger*, 8. Aufl. 2011, *WissZeitVG* § 1 Rn. 22 f.; *Reich*, *Kommentar zum Hochschulrahmengesetz mit Wissenschaftszeitvertragsgesetz*, 11. Aufl. 2012, *WissZeitVG* § 1 Rn. 7; zur Entwicklung *Meißner*, *Entstehung und Entwicklung des Hochschulbefristungsrechts*, 2016 S. 97, 169, 172.

„(2) Unberührt bleibt das Recht der Hochschulen, das in Absatz 1 Satz 1 bezeichnete Personal auch in unbefristeten oder nach Maßgabe des Teilzeit- und Befristungsgesetzes befristeten Arbeitsverhältnissen zu beschäftigen.“

Bestätigung fand diese Annahme dabei auch wiederholt im geäußerten Willen des Gesetzgebers. So wird die Existenz des Wahlrechtes etwa in der Begründung zum Ersten Gesetz zur Änderung des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes vom 11. März 2016 (BGBl. I. S. 442) ausdrücklich vorausgesetzt:³

„Die befristete Beschäftigung des in § 1 Abs. 1 Satz 1 genannten Personals kann entweder nach Maßgabe des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes erfolgen oder nach Maßgabe des Teilzeit- und Befristungsgesetzes, und zwar unabhängig davon, ob es sich um den erstmaligen Abschluss oder die Verlängerung eines Arbeitsvertrages handelt.“

Ausgehend von dem insofern verlautbarten Willen des Gesetzgebers, durfte die bis dato herrschende Meinung folglich begründet auf eine bloße Privilegierung der Universitäten, Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen durch die Befristungstatbestände des WissZeitVG schließen. Für ein insoweit abweichendes Verständnis waren weder im Gesetz selbst, noch in der bis dahin ergangenen Rechtsprechung entsprechende Anhaltspunkte erkennbar oder enthalten.

2. Praktische Anwendungsfälle der Befristung gem. § 14 Abs. 2 TzBfG

Infolge der Annahme einer Privilegierung haben sich die Universitäten, Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen *in praxi* verschiedentlich der Befristung in § 14 Abs. 2 TzBfG bedient, um hierdurch bestehenden Unzulänglichkeiten des WissZeitVG zu begegnen.

§ 14 Abs. 2 TzBfG erlaubt zunächst eine relativ voraussetzungslose und dann scheinbar rechtssichere Befristung, der insbesondere in Zweifelsfällen Vorrang vor anderen – voraussetzungsreicheren – Befristungsgründen eingeräumt

wird.⁴ Dies beruht insbesondere im Hochschulbereich auch darauf, dass die vorgenannten Einschränkungen im Zusammenspiel mit einer anschließenden WissZeitVG-Befristung letztlich ohne Folgen bleiben, denn nach § 2 Abs. 3 WissZeitVG wird die Fortsetzung bzw. Verlängerung der Befristung lediglich auf die Höchstbefristungsgrenze im Fall einer anschließenden Befristung gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG angerechnet. Befristungen nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG kennen zudem ohnehin keine Höchstbefristungsgrenze und bleiben daher als alternative Anschlussbefristung stets mögliches Mittel. Die Befristung nach § 6 WissZeitVG⁵ ist demgegenüber von der Anrechnungsregel in § 2 Abs. 3 Satz 3 WissZeitVG ausdrücklich ausgenommen,⁶ weshalb über eine erstmalige Befristung⁷ nach § 14 Abs. 2 TzBfG faktisch eine insgesamt achtjährige Befristungsdauer erreicht werden kann.⁸

Ausgehend von den vorgenannten systematischen Unterschieden der parallelen Anwendbarkeit zwischen den Befristungssystemen des WissZeitVG und § 14 Abs. 2 TzBfG haben sich in der Praxis insbesondere die folgenden Anwendungsfelder ergeben:

So wird § 14 Abs. 2 TzBfG etwa eingesetzt, wenn die Höchstbefristungsdauer des WissZeitVG erschöpft ist und der Beschäftigte⁹ die Hochschule – bei Direktanstellung – oder das anstellende Bundesland – bei Landesbeschäftigung – wechselte. Infolge des Arbeitgeberwechsels liegen die Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 TzBfG vor und eine Befristung kann ungeachtet der bereits erschöpften Höchstbefristungsdauer für weitere zwei Jahre erfolgen. Anders als die Anrechnungsregel in § 2 Abs. 3 WissZeitVG, knüpfen die Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 TzBfG gerade nicht an die *Art des deutschen Arbeitgebers*, sondern nur an den *jeweiligen Arbeitgeber*¹⁰ an.

Ebenso wird die Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG eingesetzt, um bereits erreichte Höchstbefristungsgrenzen gegenüber dem arbeitgebenden Land durch eine Direktanstellung an der jeweiligen Anstalt oder deren Tochterunternehmen zu begründen und so wiederum die Befristungsdauer faktisch zu verlängern, ohne dass es dabei aber unbedingt zu einer sittenwidrigen Kettenbefristung kommen muss.¹¹

3 BT-Drs. 16/3438 S. 11.

4 Wobei die nur zweijährige Befristungsdauer und Begrenzung der Anzahl der Verlängerungen – anders in § 2 Abs. 1 Satz 7 WissZeitVG – in Kauf genommen werden.

5 Zu dieser im Überblick Müller, Die neue studienbegleitende Beschäftigung nach Wissenschaftszeitvertragsgesetz, öAT 2016, 90 ff.

6 Müller-Glöge in ErfK, 18. Aufl. 2018, WissZeitVG § 6 Rn. 7.

7 Ansonsten ist eine Befristung freilich ausgeschlossen, vgl. Mandler/Meißner, Entwurfsdiskussion WissZeitVG – Möglichkeiten, Einschränkungen, Verbesserungspotential, OdW 2016, 37; Meißner, Entstehung und Entwicklung des Hochschulbefristungsrechts, 2016, S. 173.

8 Mandler/Meißner, Entwurfsdiskussion WissZeitVG – Möglichkeiten, Einschränkungen, Verbesserungspotential, OdW 2016, 38; Meißner, Entstehung und Entwicklung des Hochschulbefristungsrechts, 2016, S. 174.

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

10 BAG, Urteil vom 9. März 2011 – 7 AZR 657/09 = NZA 2011, 1147.

11 Vgl. BAG, Urteil vom 15. Mai 2013 – 7 AZR 525/11 = NZA 2013, 1214; BAG, Urteil vom 9. März 2011 – 7 AZR 657/09 = NZA 2011, 1147.

Überdies wurde die Befristung auch im Zusammenhang mit Nicht-Wissenschaftlern unter Geltung des § 2 Abs. 2 WissZeitVG a.F.¹² immer wieder eingesetzt, um an den Anforderungen eines Drittmittelprojektes vorbei befristet zu können. Denn die Feststellung eines Drittmittelprojektes im Einstellungszeitpunkt ist in der Praxis oft mit Schwierigkeiten verbunden, die unter anderem aus einem erheblichem Koordinationsaufwand zwischen verschiedenen Abteilungen/Fakultäten und der Personalabteilung resultieren.¹³

Ferner wurde die Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG eingesetzt, wenn eine künftig überwiegend wissenschaftlichen Tätigkeit nicht zweifellos war.¹⁴ So bereitet insbesondere die Zuordnung von Lektoren auch nach der nunmehr maßgeblichen Entscheidung des BAG vom 29. April 2015 Schwierigkeiten.¹⁵ Zudem zeigt die Vielzahl der zu dieser Frage in der Vergangenheit ergangenen Entscheidungen, dass die Annahme wissenschaftlicher Tätigkeit nicht immer zweifellos bleibt.¹⁶

Ebenso wurde und wird die Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG eingesetzt, um Bachelorabsolventen, die in niedriger Entgeltgruppe ohne offensichtlichen Wissenschaftsbezug vergütet werden ohne dabei einen Masterabschluss anzustreben, rechtssicher zu befristeten.¹⁷ Gerade im Zusammenhang mit der Novellierung des WissZeitVG und der Aussonderung des § 6 WissZeitVG für studienbegleitende Beschäftigungen, besteht

für die korrekte Einordnung dieser Gruppe erhebliche Unsicherheit, die durch eine Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG zumindest einstweilen aufgeschoben wird.

Ebenso fand der Befristungsgrund nach § 14 Abs. 2 TzBfG für studentische Hilfskräfte Anwendung. Je nach Rechtsauffassung konnten verschiedene studienbegleitende Beschäftigungsinhalte sowohl dem wissenschaftsbezogenen als auch dem nicht wissenschaftsbezogenen Bereich zugeordnet werden. Um auch hier eventuelle Zweifel an der wissenschaftlichen Dienstleistung zu umgehen, wurde je nach Praxis der Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG der Vorrang gegenüber einer auf § 2 Abs. 1 WissZeitVG gestützten Befristung eingeräumt.

Einige dieser Anwendungsfälle sind auch durch die Novellierung des WissZeitVG nicht entfallen, sondern haben sich letztlich sogar erweitert und zusätzlich an Attraktivität gewonnen.¹⁸ Dies beruht vor allem auf den bisher gerichtlich noch weitgehend ungeklärten Tatbestandsmerkmalen der novellierten Fassung des WissZeitVG sowie auf der mit einer Befristung nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG verbundenen Familienkomponenten.

Mit der Novellierung ist in § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG die Angemessenheit der Befristungsdauer¹⁹ Teil des – nach wie vor sachgrundlosen²⁰ – Befristungsstatbestandes geworden. Da dieses Merkmal weder durch die Gesetzesmaterialien noch durch entsprechende Rechtsprechung brauchbar eingegrenzt. Da insoweit nur spe-

12 Die Möglichkeit einer auf § 14 Abs. 1 TzBfG gestützten Projektbefristung war und ist vielen Hochschulen, außeruniversitären Forschungseinrichtungen und Universitätsklinik unbekannt, könnte aber ebenso in einem Spezialitätsverhältnis stehen. Dies soll hier jedoch nicht weiter vertieft werden. In gedanklicher Skizze wird man jedoch im Besonderen die Gesetzgebungsgeschichte und die Abwesenheit relevanter Unterschiede für die Arbeitnehmer hervorheben müssen, die letztlich gegen die Annahme eines speziellen Projektbefristungsstatbestandes streiten.

13 Vgl. hierzu Mandler, Drittmittelverwaltung und -befristung im Verbund zwischen Land, Universität, Medizinischer Fakultät und Universitätsklinikum in Baden-Württemberg, OdW 2016, 217 ff.

14 So weist die Analyse von Jongmanns, Evaluation des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes S. 55 ff. (abrufbar unter http://www.dzhw.eu/pdf/pub_fh/fh-201104.pdf, abgerufen am 19. Mai 2018) aus dem Jahre 2011, neben einem TzBfG-Anteil von bis zu 29 % (S. 73), aus: „Der durch den geänderten personellen Geltungsbereich ermöglichte Rückgriff auf § 2 Abs. 1 ist aus Sicht vieler Hochschulen durch eine Unsicherheit gekennzeichnet. Es stellt sich die Frage, inwieweit der ideelle Qualifikationsanspruch, den man mit der Befristungsgrundlage verbindet, für Lehrpersonal, das diesem Anspruch typischerweise nicht unterliegt, aufrecht zu erhalten ist. Die Hochschulen wählen unterschiedliche Vorgehensweisen, um eine Lösung für diese Frage zu erreichen: – Die einfachste Lösung ist es, die Beschäftigten (zunächst) auf der Grundlage von § 14 Abs. 2 TzBfG bis zu zwei Jahren sachgrundlos zu befristeten...“.

15 BAG, Urteil vom 29. April 2015 – 7 AZR 519/13; vgl. Morgenroth, Die Wissenschaftlichkeit der Dienstleistung im WissZVG, Teil 1, DÖD 2016, 43 ff.; Morgenroth, Die Wissenschaftlichkeit der Dienstleistung im WissZVG, Teil 2, DÖD 2016, 61 ff.; Boemke,

jurisPR-ArBR 45/2015 Anm. 3; Mandler/Meißner, Der persönliche Anwendungsbereich des WissZeitVG, OdW 2016, 127 ff.

16 Vgl. insoweit auch zuletzt BAG, Urteil vom 24. Februar 2016 – 7 AZR 182/14; BAG, Urteil vom 20. Januar 2016 – 7 AZR 376/14; BAG, Urteil vom 29. April 2015 – 7 AZR 519/13; BAG, Urteil vom 20. April 2016; – 7 AZR 614/14; LAG Hamm (Westfalen), Urteil vom 2. Juli 2015 – 18 Sa 517/15; LAG Hamm (Westfalen), Urteil vom 2. Dezember 2015 – 5 Sa 943/15; LAG Hamm, Urteil vom 17. September 2014 – 5 Sa 341/14; LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 3. Mai 2016 – 5 Sa 78/15; LAG Düsseldorf, Urteil vom 3. November 2016 – 13 Sa 436/16; LAG München, Urteil vom 31. August 2016 – 8 Sa 118/16; Rambach in Arnold/Gräfl/Imping, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 4. Aufl. 2016, WissZeitVG § 2 Rn. 4; umfassend Preis/Ulber, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 8 ff. mzn.; Maschmann/Konertz, Das Hochschulbefristungsrecht in der Reform, NZA 2016, 258 f. zu Mischstätigkeiten siehe Kroll, Die Novellierung des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes, ZTR 2016, 237 f.

17 Auf dieses Problem bereits hinweisend Mandler/Meißner, Die Angemessenheit der Befristung nach § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG, OdW 2017, 37.

18 Zur insoweit beschränkenden Novellierung des § 14 Abs. 2 TzBfG.

19 Siehe zu diesem ausführlich Mandler/Meißner, Die Angemessenheit der Befristung nach § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG, OdW 2017, 199 ff.

20 BT-Drs. 18/6489, S. 8, 10; Preis/Ulber, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 8 f.; Mandler/Meißner, OdW 2017, 199, 203; Maschmann/Konertz, Das Hochschulbefristungsrecht in der Reform, NZA 2016, 257, 258.

zifische Leitlinien im Zusammenspiel mit einem weiten Ermessensspielraum der Hochschule rechtssicher Abhilfe schaffen können, ist allein aus Praktikabilitätsgründen eine Erstbefristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG vorzugswürdig. Die Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG erlaubt es vor allem auch kürzere Befristungszeiträume *ohne Rücksicht auf ihre Angemessenheit* in Bezug auf die jeweilige wissenschaftliche Qualifikation des Arbeitnehmers festzulegen und so *das Risiko einer Fehleinstellung auch jenseits der Probezeit wirksam zu begrenzen*.

Daneben kennt die Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG keine Verlängerungstatbestände (Familienkomponente)²¹ und insbesondere auch nicht die Verlängerungsoption²² des § 2 Abs. 5 WissZeitVG.

Soll die Einstellung projektbezogen erfolgen und besteht kein Drittmittelprojekt bzw. entspricht der Bewilligungszeitraum desselben nicht dem Beschäftigungsbedarf, so bietet die Befristung aufgrund des § 2 Abs. 1 WissZeitVG den Nachteil eines Verlängerungsanspruchs nach § 2 Abs. 5 WissZeitVG, der insbesondere bei Mutterschutz, Elternzeit und neuerdings auch bei langwährender Krankheit²³ eingreift.²⁴ Diese Ansprüche kennt die Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG nicht, sodass das Beschäftigungsverhältnis kongruent zur – oft nur zweijährigen – Projektlaufzeit befristet werden kann, ohne dass dabei weitere finanzielle Belastung durch eine einseitige Verlängerung des bestehenden Arbeitsverhältnisses droht.²⁵ Auch wenn sich an die Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG eine auf § 2 Abs. 1 WissZeitVG ge-

stützte Befristung anschließt, setzt dies die Verlängerungstatbestände nicht *ex tunc* in Kraft. Diese können allein akzessorisch im Rahmen eines nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG befristeten Arbeitsverhältnis wirken.

II. Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Entgegen bisheriger Anschauung und Praxis hat der 7. Senat des BAG den Hochschulen, Universitätsklinik und außeruniversitären Forschungseinrichtungen in seinen Entscheidungen vom 18. Mai 2016,²⁶ 8. Juni 2016²⁷ und 28. September 2016²⁸ den Rückgriff auf die Befristungsgründe in § 14 Abs. 1 TzBfG *weitflächig* abgeschnitten. Im Folgenden wird deren Inhalt kursorisch im Hinblick auf vorliegende Fragestellung zusammengefasst.²⁹ Dabei ist auch die Entscheidung des 7. Senats vom 14. Juni 2017³⁰ zu beachten. In dieser wird den Befristungsgründen des ÄArbVtrG gegenüber der Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG *zwingender Vorrang* eingeräumt, weshalb der Entscheidung gerade für die hiesige Betrachtung Signalwirkung zukommt.

1. BAG, Urteil vom 18. Mai 2016 – 7 AZR 533/14

Im Urteil vom 18. Mai 2016³¹ nahm das BAG von der bis dahin allgemeinen Meinung Abstand und untersagte dem Arbeitgeber den Rückgriff auf die Befristungsgründe des § 14 Abs. 1 TzBfG. Im entschiedenen Fall war eine approbierte promovierte Tierärztin als „*wissenschaftliche Assistentin*“³² eingestellt und sechsmal hintereinander

21 Letztlich ist die Bezeichnung Familienkomponenten mittlerweile verwässert. Verlängerungen der Höchstbefristungszeit sind nunmehr auch beim Vorliegen einer Behinderung oder schwerwiegenden Erkrankung möglich. Zudem ist der Verlängerungsanspruch bspw. auch bei Personalratsstätigkeit und neuerdings auch bei andauernder Erkrankung gegeben. Zutreffender sollte man daher künftig neutral von „Verlängerungstatbeständen“ sprechen.

22 Zum Begriff *Mandler*, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG, OdW 2014, 221; zur Verlängerung im Zusammenhang mit dem Angemessenheitskriterium *Mandler/Meißner*, Die Angemessenheit der Befristung nach § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG, OdW 2017, 206.

23 Vgl. *Mandler/Meißner*, Entwurfsdiskussion WissZeitVG – Möglichkeiten, Einschränkungen, Verbesserungspotential, OdW 2016, 42 f., 45.

24 Siehe zum Verlängerungsanspruch *Mandler*, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG, OdW 2014, 221 ff.

25 Zu den Nachteilen einer – aufgesparten – Verlängerung *Mandler/Meißner*, Die Angemessenheit der Befristung nach § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG, OdW 2017, 206 ff.

26 BAG, Urteil vom 18. Mai 2016 – 7 AZR 533/14 = NZA 2016, 1276.

27 BAG, Urteil vom 8. Juni 2016 – 7 AZR 259/14 = BeckRS 2016, 73446.

28 BAG, Urteil vom 28. September 2016 – 7 AZR 549/14 = NZA 2017, 249.

29 Im Einzelnen siehe *Müller*, Aktuelle Rechtsprechung zur Befristung von Arbeitsverhältnissen im Wissenschaftsbereich, insbesondere zum Wissenschaftszeitvertragsgesetz (WissZeitVG), öAT

2017, 89 ff.; umfassend auch *Preis/Deutzmann*, AP WissZeitVG § 1 Nr. 7.

30 BAG, Urteil vom 14. Juni 2017 – 7 AZR 597/15 = BeckRS 2017, 128880.

31 BAG, Urteil vom 18. Mai 2016 – 7 AZR 533/14 = NZA 2016, 1276.

32 BAG, Urteil vom 18. Mai 2016 – 7 AZR 533/14 = NZA 2016, 1276: „§ 1 Frau Dr. S wird für die Zeit vom 1. Oktober 2009 bis einschließlich 30. September 2013 als vollbeschäftigte Arbeitnehmerin befristet an der Universität Leipzig unter Beibehaltung ihres Status als wissenschaftliche Assistentin weiterbeschäftigt, § 114 Abs. 20 Sächsisches Hochschulgesetz (SächsHSG) vom 10. Dezember 2008 in der ab 11. Juli 2009 gültigen Fassung in Verbindung mit § 46 Sächsisches Hochschulgesetz (SächsHG) vom 11. Juni 1999 in der ab 31. Januar 2006 geltenden Fassung. Die erneute Befristung des Arbeitsverhältnisses richtet sich dementsprechend nach § 47 Abs. 3 SächsHG in der o. g. Fassung in Verbindung mit § 114 Abs. 20 SächsHSG in der o. g. Fassung“; die Parteien und auch das BAG haben indes übersehen, dass mit der „Weiterbeschäftigung“ möglicherweise gar keine Neubefristung vorlag, sondern lediglich eine Verlängerung des bereits bestehenden Arbeitsvertrags. Insoweit wäre zu prüfen gewesen, ob die vorgehende Vertragskette einen das Zitiergebot wahrenen Hinweis enthielt. Zur Abgrenzung zwischen Neubefristung und Verlängerung im WissZeitVG vgl. *Mandler*, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG, OdW 2014, 223, insbesondere auch in Abgrenzung zur Verlängerung bei § 14 Abs. 2 TzBfG.

befristet worden. Im letzten – und für die Klage entscheidenden – Arbeitsvertrag fehlte indes ein Hinweis auf das WissZeitVG, sodass sich die arbeitgebende Hochschule zur Begründung der Wirksamkeit der Befristung nicht auf das WissZeitVG berufen und lediglich auf Befristungsgründe nach § 14 Abs. 1 TzBfG verweisen konnte. Angeführt wurde zunächst § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG, da die wissenschaftliche Weiterqualifizierung der Klägerin (Habilitation) sich als Eigenart der Arbeitsleistung darstelle. Daneben wurde § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG angeführt, da die Habilitation als noch nicht erreichtes Qualifikationsziel einen in der Person der Klägerin liegenden Grund bedeute. Letztlich könne die Befristung zudem auch auf § 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG gestützt werden, denn nach Ansicht der Hochschule sei das insoweit einschlägige sächsische Hochschulgesetz nicht hinreichend im WissZeitVG berücksichtigt, weshalb ein solcher Rückgriff erlaubt sein müsse.

Das BAG erachtete keinen der angeführten Befristungsgründe für tauglich. Vielmehr lehnte es bereits die Anwendbarkeit der Befristungsgründe des § 14 Abs. 1 TzBfG insgesamt ab und erkannte insoweit in § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG eine gegenüber § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG speziellere Regelung, soweit die Befristung ausschließlich mit der *wissenschaftlichen Qualifizierung* des Arbeitnehmers begründet wird. Hervorzuheben sei insofern, dass insbesondere die Regelung in § 1 Abs. 2 WissZeitVG der Annahme dieses Spezialitätsverhältnisses nicht entgegenstehen könne. § 1 Abs. 2 WissZeitVG werde vielmehr erst dann relevant, wenn das WissZeitVG keine vorrangige und abschließende Regelung enthalte. Die Bestimmung sei daher insofern restriktiv auszulegen.

Unerwähnt lässt die Entscheidung jedoch die unterschiedliche Befristungsnatur im Rahmen des notwendigen Spezialitätsvergleichs. So wurde die Sperrwirkung aus der – nach wie vor – sachgrundlosen Befristung gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG abgeleitet und auf dieser Grundlage eine Sachgrundbefristung gem. § 14 Abs. 1 TzBfG abgelehnt. Das BAG hat damit einen *lex specialis*-Vergleich *über die Grenzen der Rechtsnatur* der Befristungen hinaus gesucht. Dies ist methodisch bemerkenswert und insbesondere bei der Frage der Übertragung dieser Rechtsprechung auf die Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG zu berücksichtigen.

2. BAG, Urteil vom 8. Juni 2016 – 7 AZR 259/14

Diese Rechtsprechung wurde einen Monat später im Urteil vom 8. Juni 2016³³ bestätigt. Darin hatte eine angestellte Diplom-Biochemikerin die Wirksamkeit ihrer zum 31. Oktober 2011 auslaufenden Drittmittelbefristung gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG in Frage gestellt.³⁴ Nach Auffassung der Arbeitnehmerin war der erforderliche Zusammenhang zwischen Projekt und Vertragslaufzeit zum einen nicht gegeben und zum anderen sei sie wiederholt mit Daueraufgaben³⁵ betraut worden. Die Voraussetzungen für eine Befristung nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG wurden daher auf dieser Grundlage bestritten, weshalb die Hochschule hilfsweise auf die Wirksamkeit der Befristung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG verwies.

Letztere Argumentationslinie lehnte das BAG ab und verwies die Entscheidung im Übrigen aufgrund unzureichender Würdigung durch das Landesarbeitsgericht an selbiges zurück. Im Rahmen der zurückverweisenden Entscheidung hielt das Gericht ausdrücklich an den Grundsätzen des Urteils vom 18. Mai 2016 fest und verneinte daher auch in diesem Fall einen Rückgriff auf die allgemeinen Befristungsregeln des § 14 Abs. 1 TzBfG. Auch bei § 2 Abs. 2 WissZeitVG handele es sich gegenüber § 14 Abs. 1 TzBfG um ein *lex specialis*. Dem stünde auch nicht entgegen, dass § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG vor der Einführung des Drittmittelbestands als taugliche Projekt-Befristungsgrundlage anerkannt gewesen sei. Mit der Einführung des § 2 Abs. 2 WissZeitVG habe die Befristung für drittmittelfinanzierte Projekte vielmehr eine eigene Grundlage erhalten, die insoweit abschließend zu verstehen sei.³⁶ Ein zusätzlicher Projektbefristungstatbestand sei daher in § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG insofern nicht mehr vorgesehen.

Bemerkenswert ist auch in dieser Entscheidung, dass die Befristungsnatur gänzlich unerwähnt bleibt. Das BAG vergleicht nunmehr aber, anders als im Urteil vom 8. Juni 2016, nicht mehr eine sachgrundlose mit einer Sachgrundbefristung, sondern stellt die Sachgrundbefristung des § 2 Abs. 2 WissZeitVG unreflektiert neben die Sachgrundbefristung des § 14 Abs. 1 TzBfG. Das *lex specialis*-Verhältnis wird damit innerhalb derselben Befristungsart anerkannt.

33 BAG, Urteil vom 8. Juni 2016 – 7 AZR 259/14 = BeckRS 2016, 73446.

34 Anders als in der Entscheidung vom 8. Juni 2016 war das Zitiergebot in diesem Fall gewahrt.

35 Zur Bedeutung von Daueraufgaben bei Drittmittelbefristungen siehe BT-Drs. 16/3438 S. 14; Rambach in Arnold/Gräfl/Imping,

Teilzeit- und Befristungsgesetz, 4. Aufl. 2016, WissZeitVG § 2 Rn. 50; Mandler, Rechtsmissbrauch bei Drittmittelbefristungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG, OdW 2015, 220.

36 Zur Entwicklung siehe umfassend Meißner, Entstehung und Entwicklung des Hochschulbefristungsrechts, 2016 S. 101, 126, 129, 141, 167.

3. BAG, Urteil vom 28. September 2016 – 7 AZR 549/14

Diese Rechtsprechung setzte das BAG im Urteil vom 28. September 2016³⁷ fort. Der Kläger, eine besondere Lehrkraft am historischen Institut, die aufgrund aufeinanderfolgend befristeter Arbeitsverträge nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG beschäftigt wurde, begehrte Feststellung der Unwirksamkeit der letzten Befristungsabrede. Substantiiert wurde die Klage mit dem Argument, dass der Kläger als besondere Lehrkraft nicht dem wissenschaftlichen Personal zugehörig sei und folglich die Voraussetzungen des hilfsweise von der Hochschule angeführten § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG („Tabellenabsenkungsbetrag Lehrer“) nicht vorlägen.

Auch hier wies das BAG die Entscheidung letztlich an das LAG aufgrund ungenügender Aufklärung zurück, bekräftigte in diesem Zusammenhang aber auch das in den Entscheidungen vom 18. Mai und 8. Juni 2016 formulierte *lex specialis*-Verhältnis. Anders als in den vorangegangenen Fällen sah das BAG in den Befristungstatbeständen des WissZeitVG keine die Befristung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG ausschließende Spezialregelung. Dem WissZeitVG sei insofern *keine* abschließende Regelung zu entnehmen.

Bemerkenswert ist an dieser Entscheidung vor allem der Umstand, dass das BAG einen Rekurs auf die Befristungsgründe des TzBfG nicht deshalb ausschließt, weil der Arbeitsvertrag einen Hinweis auf das WissZeitVG enthält. Trotz eines solchen Verweises könne die Befristung vielmehr dennoch auf die Sachgründe des § 14 Abs. 1 TzBfG gestützt werden, da die Wirksamkeit der Befristung *nicht von der schriftlichen Angabe des letztendlichen Befristungsgrundes abhängt*. Entscheidend sei insofern vielmehr, ob die jeweiligen Befristungsvoraussetzungen gegeben seien.

Überdies differenziert das BAG auch in dieser Entscheidung nicht zwischen den einzelnen *Befristungsarten*, sondern fragt allein, ob dem WissZeitVG ein speziellerer Befristungsgrund mit Blick auf haushaltsrechtliche Umstände gegeben sei.

4. BAG, Urteil vom 14. Juni 2017 – 7 AZR 597/15

Eine erste Entscheidung, die der gegenständlichen Fragestellung nahe kommt, hat das BAG am 14. Juni 2017³⁸ verkündet. Darin wird das Verhältnis zwischen § 14 Abs. 2 TzBfG und dem Befristungsgrund des § 1 ÄArbVtrG hinterfragt. Ein Rückgriff des Arbeitgebers

auf die Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG ist danach auf der Grundlage eines *lex specialis*-Verhältnisses ebenfalls ausgeschlossen:

Mit ihrer Klage machte die als Fachärztin für innere Medizin an einem privaten Krankenhaus tätige Klägerin die Unwirksamkeit ihrer auf § 1 Abs. 1 ÄArbVtrG beruhenden Befristung geltend. Die auf die Erlangung der Schwerpunktbezeichnung Gastroenterologie gestützte Befristung könne nicht auf § 1 Abs. 1 ÄArbVtrG gestützt werden, da ein zeitlich und inhaltlich strukturierter Weiterbildungsplan nicht vorhanden gewesen sei. Auch die im Arbeitsvertrag in Bezug gesetzte Weiterbildungsordnung sei insofern nicht ausreichend.

Das BAG wies die Revision zurück und bestätigte, dass zum maßgebenden Zeitpunkt des Vertragsschlusses von Seiten der Beklagten keine konkreten Überlegungen in Bezug auf den Umfang des Weiterbildungsbedarfs und die anzuwendende Weiterbildungsordnung angestellt wurden und darüber hinaus der Weiterbildungsbedarf der Klägerin nicht hinreichend prognostiziert worden sei.

Für den hiesigen Fall entscheidend, prüfte das BAG zudem auch die Möglichkeit einer Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG. Gem. § 1 Abs. 5 ÄArbVtrG sei ein solcher Rückgriff aber nur insofern zulässig, wie § 1 Abs. 1 bis Abs. 4 ÄArbVtrG *keine vorrangigen Regelungen enthalte* – man bemerke insofern die Parallelität zum WissZeitVG.

Ein solcher ergebe sich in Bezug auf § 14 Abs. 2 TzBfG aus § 1 Abs. 3 Satz 5 und Satz 6 ÄArbVtrG. § 14 Abs. 2 TzBfG enthalte insoweit eine auf zwei Jahre beschränkte und vom Befristungsanlass losgelöste Befristungsmöglichkeit und sei darüber hinaus im Falle einer Weiterbildung *nicht von der gesetzgeberischen Intention* des ÄArbVtrG erfasst.³⁹ Ausweislich der Gesetzesbegründung sollte den Ärzten eine *zusammenhängende und am Weiterbildungsziel orientierte* Weiterbildung ermöglicht werden. Diesem Ziel sei § 14 Abs. 2 TzBfG jedoch aufgrund seines *Befristungsrahmens* abträglich, wobei, gestützt auf die Gesetzgebungsmaterialien, auch auf Intention zur Verhinderung missbräuchlicher Kettenbefristungen verwiesen wurde.⁴⁰

Die vorstehende Entscheidung ist für die Untersuchung der hiesigen Frage trotz der offensichtlichen Unterschiede zwischen den Befristungstatbeständen des ÄArbVtrG und WissZeitVG – insbesondere der Mindestbefristungsdauer – von Relevanz, denn das ÄArbVtrG ist bereits durch die

37 BAG, Urteil vom 28. September 2016 – 7 AZR 549/14 = NZA 2017, 249.

38 BAG, Urteil vom 14. Juni 2017 – 7 AZR 597/15 = BeckRS 2017, 128880.

39 ErfK/Müller-Glöge, 18. Aufl. 2018, TzBfG § 23 Rn. 2; MüKo/Hesse, 7. Aufl. 2016, TzBfG § 23 Rn. 9; Koch in Schaub, AR-HB, 17. Aufl. 2017, § 38 Rn. 8.

40 BT-Drs. 13/8668 S. 6.

Regelung in § 1 Abs. 5 und Abs. 6 ÄArbVtrG zum WissZeitVG abzugrenzen.⁴¹ Aus diesem systematischen Zusammenspiel und der durch das BAG in der gegenständlichen Entscheidung selbst vorgenommenen Bezugnahme auf die Exklusivitätsthese ist folglich nicht von der Hand zu weisen, dass das BAG eine Übertragung der Rechtsprechungsgrundsätze auch für das Verhältnis der Befristung gem. § 14 Abs. 2 TzBfG zu den Befristungstatbeständen des WissZeitVG nahelegt und insoweit scheinbar systematische Unterschiede außer Acht lässt. Die Entscheidung mag daher als Vorbote einer entsprechenden Entscheidung auch für das WissZeitVG gelesen werden.

5. *Lex specialis* statt Privilegierung auch für § 14 Abs. 2 TzBfG

Das BAG hat die Privilegierung der Hochschulen, Universitätsklinik und außeruniversitären Forschungseinrichtungen zugunsten eines Spezialitätsverständnisses verneint. Die Regelungen des WissZeitVG bzw. des ÄArbVtrG entfalten daher gegenüber den Befristungsgründen des § 14 TzBfG nunmehr *zwingende Sperrwirkung*, die unmittelbar aus dem jeweiligen Befristungsgrund des WissZeitVG folgt. Insoweit gilt nun der Grundsatz *lex specialis derogat legi generali*.

Obschon dieses Verständnis mit Blick auf § 1 Abs. 2 WissZeitVG und den ausdrücklich und wiederholt erklärten Willen des Gesetzgebers methodisch äußerst zweifelhaft erscheint, ist für die hiesige Betrachtung dennoch davon auszugehen, dass die geäußerten Grundsätze zu beachten sind, da eine Änderung der neuen Rechtsprechungslinie in naher Zukunft nicht zu erwarten ist und die – hier aussichtsreiche – Befragung des Bundesverfassungsgerichts unter dem Gesichtspunkt des aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Vorrangs des Gesetzes ebenfalls nicht absehbar ist.

Ausgehend von den bisherigen Entscheidungen für den Vorrang des § 2 Abs. 1 und Abs. 2 WissZeitVG gegenüber § 14 Abs. 1 TzBfG ist daher zu fragen, ob Gründe bestehen, die eine abweichende Handhabung für § 14 Abs. 2 TzBfG nahelegen.⁴²

Relevanz kommt dabei insbesondere dem vom BAG ausgeblendeten Vergleich des Befristungstyps zu. Ohne dies gesondert zu erwähnen, vergleicht das BAG die sachgrundlose Befristung gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG mit der Sachgrundbefristung nach § 14 Abs. 1 TzBfG⁴³ und überspringt damit die natürlichen Artgrenzen. Demgegenüber wird auch die Sachgrundbefristung nach § 14 Abs. 1 TzBfG dem Sachgrund in § 2 Abs. 2 WissZeitVG insoweit unterschiedslos gegenübergestellt. Hieraus folgt, dass aus der sachgrundlosen Natur der Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG kein Rückschluss auf eine eventuelle Lücke der vorbesprochenen Rechtsprechung gesehen werden kann. Vielmehr bestärkt die insoweit bestehende Artgleichheit zur sachgrundlosen Befristung in § 2 Abs. 1 WissZeitVG und § 6 WissZeitVG die Annahme eines gleichfalls bestehenden Spezialitätsvorrangs der Befristungsgründe des WissZeitVG.

Daneben spricht insbesondere die durch eine Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG mögliche Umgehung der Schutzmechanismen des WissZeitVG zugunsten der in der Wissenschaft tätigen Arbeitnehmer für die Annahme eines Spezialitätsverhältnisses.⁴⁴ Auf Grundlage der Novelle des WissZeitVG von 2016 ist die sachgrundlose Befristung gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG durch das *Angemessenheitskriterium* ergänzt worden.⁴⁵ Hierdurch sollte erreicht werden, dass die Hochschulen, außeruniversitären Forschungseinrichtungen oder Universitätskliniken keine unzumutbar kurzen Befristungszeiträume mit ihren Arbeitnehmern vereinbaren.⁴⁶ Würde nun aber zugelassen, dass die Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG neben der Befristung nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG, die das Angemessenheitskriterium enthält, bestehen kann, so wäre das Angemessenheitskriterium als solches unterlaufen, wenn eine Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG für einen nach dem WissZeitVG unangemessen kurzen Zeitraum – beispielsweise 6 Monate⁴⁷ – vereinbart würde. Es wäre den Hochschulen damit möglich zumindest für einen Zeitraum von 2 Jahren mit Arbeitnehmern, die sich bisher noch nicht in einem Beschäftigungsverhältnis zur jeweiligen Hochschule, und sei es auch als studentische Hilfskraft, befunden haben am Angemessen-

41 „(6) Die Absätze 1 bis 5 gelten nicht, wenn der Arbeitsvertrag unter den Anwendungsbereich des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes fällt.“ Insbesondere Universitätsklinik sind aus diesem Grund gehalten das WissZeitVG zu nutzen, vgl. auch Mandler/Meißner, Entwurfsdiskussion WissZeitVG – Möglichkeiten, Einschränkungen, Verbesserungspotential, OdW 2016, 33.

42 Wohl insgesamt verneinend Salzmann/Günther, Das Wissenschaftszeitvertragsgesetz, AuA 2017, 86 ff. unter 3.

43 So wird in den Entscheidungen BAG, Urteil vom 18. Mai 2016 – 7 AZR 533/14 = NZA 2016, 1276; BAG, Urteil vom 28. September 2016 – 7 AZR 549/14 = NZA 2017, 249, § 14 Abs. 1 TzBfG § 2 Abs. 1 WissZeitVG gegenübergestellt.

44 Vgl. insoweit BAG, Urteil vom 14. Juni 2017 – 7 AZR 597/15 =

BeckRS 2017, 128880.

45 BT-Drs. 18/6489 S. 10 f.; vgl. Maschmann/Konertz, Das Hochschulbefristungsrecht in der Reform: Die Novelle des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes, NZA 2016, 257, 263; Mandler/Meißner, Die Angemessenheit der Befristung nach § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG.

46 BT-Drs. 18/6489 S. 1 ff.

47 Rambach in Arnold/Gräfl/Imping, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 4. Aufl. 2016, WissZeitVG § 2 Rn. 6; vgl. auch Preis/Ulber, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, WissZeitVG § 2 Rn. 36 f.; Mandler/Meißner, Die Angemessenheit der Befristung nach § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG, OdW 2017, 200.

heitskriterium vorbei *Kurzzeitverträge* zu schließen. Der insoweit klaren Intention der Novelle muss daher auch vor dem Hintergrund der neuen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts Rechnung getragen werden. Intendiert war die Bekämpfung unangemessen kurzer Befristungslaufzeiten, weshalb die vereinbarte Befristungsdauer jeweils so zu bemessen sei, dass sie „*der angestrebten Qualifizierung angemessen ist*“,⁴⁸ wobei hierdurch „*Fehlentwicklungen in der Befristungspraxis*“ entgegenge-wirkt werden sollte, „*ohne die in der Wissenschaft erforderliche Flexibilität und Dynamik zu beeinträchtigen*“.⁴⁹

Selbiges Argument lässt sich indes nicht unbedingt mit Blick auf die Verlängerungstatbestände – insbesondere § 2 Abs. 5 WissZeitVG – entwickeln. Der Drittmittelbefristung sind diese Tatbestände fremd, sodass es sich hierbei letztlich nach dem Gesetz um keine garantierte Eigenheit einer WissZeitVG-Befristung handelt. Zudem ist insoweit zu erkennen, dass die Verlängerungstatbestände letztlich nur Erweiterungen des eigentlichen Befristungstatbestandes darstellen und sich aus diesem akzessorisch ableiten. Sie sind daher dem Grunde nach nicht geeignet, Unterschiede in Bezug auf den eigentlichen Befristungsgrund offen zu legen.

Gegen eine Übertragung der neueren Rechtsprechung auf das Verhältnis zwischen § 14 Abs. 2 TzBfG und den Befristungsgründen des WissZeitVG wird eingewandt, dass § 14 Abs. 2 TzBfG weder einen Sachgrund noch eine besondere Art der Tätigkeit erfordert und es für die Rechtfertigung der Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG zudem irrelevant sei, ob die Tätigkeit evtl. von einem Befristungsgrund des § 14 Abs. 1 TzBfG erfasst würde.⁵⁰ Diese Ansicht verkennt indes die vorstehend beschriebenen Gesichtspunkte, die insbesondere eine Unterscheidung nach der Art des Befristungsgrundes entkräften. Daneben kann aus dem Vergleich zu § 14 Abs. 1 TzBfG keine einer Übertragung entgegenstehende Erkenntnis gewonnen werden. Das BAG hat auf der Grundlage eines Spezialitätsverhältnisses geurteilt, welches auf die Befristungsgründe des WissZeitVG und nicht auf die des TzBfG aufbaut. Zwischen § 14 Abs. 1 und Abs. 2 TzBfG besteht gerade kein Exklusivitätsverhältnis, sondern Alternativität. Aus dem Verhältnis der Befristungsgründe des TzBfG zueinander kann folglich schwerlich ein Rückschluss auf die Spezialität der Befristungsgründe des WissZeitVG gegenüber diese geschlossen werden.

Auch der Zweck des § 14 Abs. 2 TzBfG vermag hieran nichts zu ändern. Ausweislich der Gesetzesbegründung erschöpft sich dieser darin, dass Arbeitgeber durch den erleichterten Abschluss befristeter Arbeitsverhältnisse flexibler auf wechselnde Marktbedingungen reagieren können sollen.⁵¹ Wenngleich wechselnde Marktbedingungen auch die Beschäftigung von Wissenschaftlern betreffen kann, können sich diese Zwecke zweifellos auch in den Befristungsgründen des WissZeitVG verwirklichen, die zwar dem Grunde nach den kontinuierlichen Durchlauf junger Wissenschaftler sicherstellen sollen, dabei den Hochschulen, Universitätsklinik und außeruniversitären Forschungseinrichtungen aber zweifellos auch ein flexibles Instrumentarium zur Reaktion auf wechselnde Marktbedingungen an die Hand geben. Dies wird insbesondere bei Universitätsklinik sichtbar, die im Bereich der Krankenversorgung mit privaten Krankenhäusern konkurrieren und aus den weiteren Befristungstatbeständen des WissZeitVG vor allem Vorteile aus Arbeitgeberperspektive ziehen. Darüber hinaus dienen die vorgenannten Rechtsprechungsgrundsätze nicht dazu, den Arbeitgeber eine rechtssichere Befristungsgrundlage zu nehmen, sondern sind Ausdruck der angenommenen Normkonkurrenz.

Stichhaltiger könnten auch Überlegungen zur Risikoverteilung sein: Bei der Annahme eines Spezialitätsverhältnisses zwischen § 14 Abs. 2 TzBfG und WissZeitVG ist der Arbeitgeber bei zweifelhafter wissenschaftlicher Dienstleistung gezwungen, eine bindende Entscheidung bei der Einstellung zu treffen. Wird dann nach WissZeitVG befristet, lag aber tatsächlich kein überwiegender Wissenschaftsbezug vor, so führt das Zitiergebot in § 2 Abs. 4 Satz 1 WissZeitVG zwingend zur Unwirksamkeit der Befristung, obschon eine Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG eventuell möglich gewesen wäre. Diesen Umstand wird man jedoch hinnehmen müssen. Der Bestand des Befristungsgrundes und damit die zutreffende Analyse der Art der im Zeitpunkt des Vertragsschlusses prognostizierten Tätigkeit, obliegt allein dem Arbeitgeber und kann schließlich nicht dafür benutzt werden, um einer Umgehungslösung den Weg zu ebnet, die den Arbeitnehmer letztlich *schlechter* stellt. Aus dem Wissenschaftsprivileg folgt insoweit im Rahmen der Spezialitätsbetrachtung auch eine Verpflichtung der privilegierten Arbeitgeber.

48 Hierzu Entwurfsdiskussion WissZeitVG – Möglichkeiten, Einschränkungen, Verbesserungspotential, OdW 2016, 40; zusammenfassend zu den Reaktionen siehe *Meißner*, Entstehung und Entwicklung des Hochschulbefristungsrechts, 2016, S. 158 ff., 165 ff.

49 BT-Drs. 18/6489 S. 17.

50 So *Preis/Deutzmann*, AP WissZeitVG § 1 Nr. 7 unter IV; vgl. auch *Preis/Ulber*, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, WissZeitVG § 1 Rn. 166 ff.

51 BT-Drs. 14/4374 S. 14.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass im Grundsatz keine tauglichen Argumente existieren, die unter Anwendung des – unrichtigen aber für die Praxis zu akzeptierenden – Spezialitätsverständnisses gegen eine Anwendung dieser Grundsätze auch auf das Verhältnis zwischen § 14 Abs. 2 TzBfG und den Befristungsgründen des WissZeitVG sprechen würde. Prinzipiell ist daher auch insoweit auf einen *lex specialis*-Vorrang zu erkennen.

Aus dem bloßen Vorrangverhältnis kann indes nicht allgemein auf einen Ausschluss der Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG gegenüber jedem der Befristungsgründe geschlossen werden. Der Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* kann jeweils nur insoweit gelten, wie die Normen des vorrangigen Rechtssatzes *zumindest ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal* enthalten oder eine *abweichende Rechtsfolge* vorsehen.⁵² Andernfalls besteht kein auflösender Konflikt und die Bestimmungen können alternativ nebeneinander stehen.⁵³

Entscheidendes Kriterium kann dabei zunächst nicht die „*wissenschaftliche Dienstleistung*“ gem. § 1 WissZeitVG sein. Insoweit hat § 1 Abs. 2 WissZeitVG – auch nach Ansicht des BAG⁵⁴ – noch Verweisfunktion, sodass hier letztlich eine Rückausnahme zum Spezialitätsgrundsatz besteht. Maßgeblich sind damit vielmehr die einzelnen Voraussetzungen der Befristungstatbestände des WissZeitVG, die im Einzelnen zu prüfen und auf ihre Spezialität gegenüber der Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG zu untersuchen sind.

III. Zulässigkeit einer sachgrundlosen Befristung gem. § 14 Abs. 2 TzBfG im Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 WissZeitVG

Ausgehend von der Annahme eines potentiellen *lex specialis*-Vorrangs der Befristungsgründe des WissZeitVG gegenüber denen des § 14 Abs. 2 TzBfG, ist zu prüfen, ob die – hier gemeinsam behandelten – Befristungstatbestände des § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG (Qualifikationsphase⁵⁵) und § 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG zumindest ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal aufweisen.

Ein solches könnte aus der Verlängerungsoption gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG abgeleitet werden, da insoweit offenkundig ein Unterschied zur sachgrundlosen

Befristung des § 14 Abs. 2 TzBfG besteht. Indes handelt es sich bei dieser Option lediglich um ein *abgeleitetes, subjektives Recht*. Der Verlängerungsanspruch als solcher ist nicht Teil des Tatbestandes der Befristungen nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG, sondern folgt erst aus deren Bestand. Er ist daher keine taugliche Rechtfertigungsgrundlage für die Annahme des Spezialitätsvorrangs.

Selbiges gilt insoweit auch für die Verlängerungstatbestände der Höchstbefristungsgrenzen, § 2 Abs. 1 Satz 4, Abs. 5 WissZeitVG. Hierbei handelt es sich wiederum nur um aus der Befristung folgende Möglichkeiten, die hier zudem allein dem Arbeitgeber einen weiteren Befristungskorridor einräumen.

Auch aus der jeweiligen Höchstbefristungsgrenze selbst wird man keinen zwingenden Vorrang des WissZeitVG gegenüber einer Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG ableiten können. Zwar ist der Bestand vorhandener Befristungszeiten als *negatives Tatbestandsmerkmal* gegenüber der Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG zusätzlich enthalten, jedoch dürfte auch die maximal zweijährige Befristung nach letzterem Befristungstatbestand als Höchstbefristungsgrenze verstanden werden, sodass hier letztlich nur ein nomineller aber nicht konstruktiver Unterschied existiert. Dies lässt sich auch damit rechtfertigen, dass der Höchstbefristungsrahmen des WissZeitVG den des § 14 Abs. 2 TzBfG deutlich übersteigt, und insofern bestehende Restriktionen auf- und nicht abgebaut werden.

Unklarer wird der Fall freilich im Zusammenhang mit der revolvierenden Dreijahresregel⁵⁶ bei der Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG, die im Einzelfall auch eine Befristung über die Höchstbefristungsgrenzen des WissZeitVG hinaus ermöglichen würde. Indes würde die Ableitung des Spezialitätsverhältnisses aus diesem Umstand letztlich einem *Zirkelschluss* unterliegen, denn dies würde bereits die Annahme eines Vorrangverhältnisses voraussetzen, das gerade erst festgestellt werden soll.

Ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal findet sich vielmehr im nunmehr eingefügten *Angemessenheitskriterium* in § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG. Im Zuge der Novelle wurde der Tatbestand der sachgrundlosen Befristung in § 2 Abs. 1 WissZeitVG ergänzt und fordert nach der geltenden Fassung eine gewisse Beziehung zwischen

52 Reimer, Juristische Methodenlehre, 1. Aufl. 2016, C. Rn. 199 ff.; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 266 ff.

53 Reimer, Juristische Methodenlehre, 1. Aufl. 2016, C. Rn. 201; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 268.

54 Vgl. BAG, Urteil vom 18. Mai 2016 – 7 AZR 533/14 = NZA 2016, 1276.

55 Die Bezeichnung als Promotionsphase ist nicht unbedingt zutreffend. Eine Promotion muss während der Beschäftigung nicht zwingend angestrebt werden, vgl. im Einzelnen Mandler/Meiß-

ner, Die Angemessenheit der Befristung nach § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG, OdW 2017, 201.

56 Gegenwärtig anhängig beim BVerfG unter dem Aktenzeichen 1 BVL 7/14; siehe hierzu im Zusammenhang mit der geplanten Novellierung des § 14 Abs. 2 TzBfG Löwisch/Schubert, Beschränkung befristeter Arbeitsverträge nach dem Koalitionsvertrag: Auswirkungen auf Hochschulen und Forschungseinrichtungen erscheint in OdW Heft 4/2018.

Qualifikation und Befristungsdauer im Sinne eines – wenn auch schwer greifbaren⁵⁷ – *echten Tatbestandsmerkmals*. Dieser Zusammenhang ist dem TzBfG freilich gänzlich fremd und unterstreicht insoweit die Intention der Gesetzesnovelle, die vor allem auf die Vermeidung unangemessener Kurzbefristungen im wissenschaftlichen Mittelbau gerichtet war.⁵⁸ Vor allem vor diesem Hintergrund erscheint es daher stimmig, die Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG kraft einer *lex specialis*-Betrachtung auszuschließen, denn andernfalls wäre über § 14 Abs. 2 TzBfG die Umgehung des Angemessenheitskriteriums zumindest im Fall der Erstbefristung ermöglicht.⁵⁹ Dies war *nicht intendiert* und die Anerkennung der Vorrangwirkung des WissZeitVG erweist sich insoweit als brauchbares Mittel, um eventuellem Missbrauch vorzubeugen.

Allerdings ist diese Vorrangwirkung *nicht für die Zeit vor der Novellierung anzuerkennen*. Vor dieser waren die Tatbestände letztlich ohne relevanten materiellen Unterschied und ein Vorrang könnte sich allenfalls auf die vorstehend beschriebenen, aber letztlich nicht zielführenden, Merkmale berufen. Folglich kann die Unwirksamkeit der Befristung eines nach § 14 Abs. 2 TzBfG befristeten Altvertrages nicht auf der Grundlage des nunmehr in der Rechtsprechung erkannten *lex specialis*-Verhältnisses argumentiert werden.

IV. Zulässigkeit einer sachgrundlosen Befristung gem. § 14 Abs. 2 TzBfG im Anwendungsbereich des § 2 Abs. 2 WissZeitVG

Im Vergleich zwischen der sachgrundlosen Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG und der sachgrundgestützten Drittmittelbefristung nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG bestehen freilich unterschiedliche Tatbestandsmerkmale, die auf einen Vorrang des WissZeitVG hindeuten könnten. Dieser Schluss wäre jedoch unzutreffend, denn er würde die Universität, Universitätsklinik oder außeruniversitären Forschungseinrichtung letztlich zur Drittmittelbefristung nach § 2 Abs. 2

WissZeitVG zwingen, sobald ein Drittmittelprojekt vorliegt.

Einen solchen Zwang kennt jedoch weder das WissZeitVG noch die Abgrenzung zwischen den Befristungstatbeständen nach § 14 Abs. 1 und Abs. 2 TzBfG. Zudem erübrigt sich diese Abgrenzung bereits dadurch, dass § 2 Abs. 1 WissZeitVG Vorrangwirkung zukommt und das BAG – konsequent – die Möglichkeit zur nicht-wissenschaftsbezogenen Befristung nach einem der Befristungstatbestände des § 14 Abs. 1 TzBfG anerkannt hat. Aus § 2 Abs. 2 WissZeitVG folgt insofern keine neue Erkenntnis in Bezug auf das gegenständliche Verhältnis zwischen § 14 Abs. 2 TzBfG und den Befristungstatbeständen des WissZeitVG.

V. Zulässigkeit einer sachgrundlosen Befristung gem. § 14 Abs. 2 TzBfG im Anwendungsbereich des § 6 WissZeitVG

Ein Vorrangverhältnis lässt sich ebenso nicht aus § 6 WissZeitVG gegenüber § 14 Abs. 2 TzBfG entnehmen. Mangels Angemessenheitskriterium verbliebe auch hier allein die 6-jährige⁶⁰ Höchstbefristungsdauer zur Begründung des Spezialitätsvorrangs, die aber nicht entscheidend sein kann.

Überdies spielen die Verlängerungstatbestände hier von vornherein keine Rolle.⁶¹ Wie vorstehend bereits erläutert, kann aus diesen indes aber ohnehin kein tauglicher Schluss im Zusammenhang auf das Verhältnis der Befristungstatbestände gezogen werden. Infolge der fehlenden Anrechnung gem. § 2 Abs. 3 Satz 3 WissZeitVG⁶² ist es den Hochschulen, Universitätsklinik und außeruniversitären Forschungseinrichtungen damit möglich, durch die Kombination einer Erstbefristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG und anschließender § 6 WissZeitVG-Befristung eine insgesamt maximal 8-jährige Befristungsdauer zu erzielen. Dies entspricht den im Zusammenhang mit der Novellierung geforderten Zeiträumen und ist insoweit nicht zu beanstanden.⁶³ Es darf daher auch weiterhin allein auf ein bloß privilegierendes Verständnis geschlossen werden.

57 Mandler/Meißner, Die Angemessenheit der Befristung nach § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG, OdW 2017, 199.

58 BT-Drs. 18/6489 S. 1 ff.

59 Vgl. insofern mit ähnlicher Argumentation BAG, Urteil vom 14. Juni 2017 – 7 AZR 597/15 = BeckRS 2017, 128880.

60 Krit. zu den einst vorgeschlagenen vier Jahren mit Vorschlag für 8 Jahre siehe Mandler/Meißner, Entwurfsdiskussion WissZeitVG – Möglichkeiten, Einschränkungen, Verbesserungspotential, OdW 2016, 38.

61 Preis/Ulber, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, WissZeitVG § 6 Rn. 29, 35; Mandler/Meißner, Entwurfsdiskussion WissZeitVG

– Möglichkeiten, Einschränkungen, Verbesserungspotential, OdW 2016, 35 ff.

62 Zur beachtlichen Frage der Europarechtskonformität des § 2 Abs. 3 WissZeitVG siehe umfassend Stumpf, Befristete Arbeitsverhältnisse im Wissenschaftsbetrieb NZA 2015, 326 ff.; zur Anrechnung von Beschäftigungszeiten bei reiner Verwaltungstätigkeit siehe unlängst BAG, Urteil vom 27. September 2017 – 7 AZR 629/15 = ZTR 2018, 152 ff.

63 Mandler/Meißner, Entwurfsdiskussion WissZeitVG – Möglichkeiten, Einschränkungen, Verbesserungspotential, OdW 2016, 35 ff.

VI. Praktische Umsetzung

Ausgehend von den vorstehenden Befunden zeigt sich, dass letztlich nur im Verhältnis der Befristungsgründe des § 2 Abs. 1 WissZeitVG gegenüber der Befristung aus § 14 Abs. 2 TzBfG Anpassungsbedarf besteht. Aus diesem Grund sollten die Hochschulen, Universitätsklinika und außeruniversitären Forschungseinrichtungen fortan verstärkt darauf achten, dass gerade im wissenschaftlichen Mittelbau der Rahmen des WissZeitVG *nicht ohne eine reflektierte Prüfung der jeweiligen Umstände* verlassen wird. Hierdurch entsteht jedoch gerade in Zweifelsfällen über den wissenschaftlichen Charakter der geschuldeten Tätigkeit eine vermeintliche Zwickmühle, die durch das Risiko einer falschen Zuordnung entsteht. Selbiges Risiko scheint sich auch für die Vergangenheit zu realisieren, denn die Rechtsprechungsänderung bezieht sich ausschließlich auf die Regelungen des WissZeitVG *vor der Novelle*.

Die mit diesen Problemfeldern verbundenen Risiken können jedoch aufgehoben oder zumindest gemindert werden:

1. Im Zweifel Befristung nach dem WissZeitVG

Bestehen Unklarheiten darüber, ob wissenschaftliche Dienstleistungen im Einzelnen überwiegend geschuldet werden oder nicht, ist die Wahl eines Befristungstatbestandes des § 2 Abs. 1 WissZeitVG gegenüber dem des § 14 Abs. 2 TzBfG im Zweifel zu empfehlen. Dies bietet sich auch in anderen Zweifelsfällen gegenüber den Sachgründen des § 14 Abs. 1 TzBfG an.

Stellt sich in diesen Fällen sodann im Nachhinein heraus, dass tatsächlich keine überwiegend wissenschaftliche Tätigkeit geschuldet war – also kein *lex specialis*-Verhältnis bestand –, so verbleibt dem Arbeitgeber noch der Rückgriff auf den Befristungstatbestand des § 14 Abs. 2 TzBfG. Anders als in den vom BAG entschiedenen Fällen, wird die Befristung in diesem Fall weder durch wissenschaftsbezogene Eigenheiten des WissZeitVG begründet, noch kann in diesem Fall der *lex specialis*-Einwand überhaupt zur Begründung der Unwirksamkeit der Befristung herangezogen werden, da der Anwendungsbereich des Gesetzes gerade nicht eröffnet wurde. Infolgedessen

kann insbesondere auch das Angemessenheitskriterium nicht zur Begründung des Vorrangs herangezogen werden, *e contrario* § 1 Abs. 2 WissZeitVG.

Diesem Vorgehen wird man – in der vorbeschriebenen Konstellation – auch den Einwand treuwidrigen Verhaltens nicht entgegenhalten können. Die Unterscheidung zwischen wissenschaftlicher und nicht-wissenschaftlicher Tätigkeit kann bisweilen überaus schwierig sein, weshalb in der Wahl der Befristungstatbestände des WissZeitVG letztlich kein vorwerfbarer Treuebruch liegen kann.

Einen solchen wird man allerdings annehmen müssen, wenn die Befristung alternativ auf das TzBfG oder das WissZeitVG gestützt wird. Bereits die ambivalente Wahl des Befristungstatbestandes ist insofern perplex und würde die Zwecke des in § 2 Abs. 4 Satz 1 WissZeitVG normierten Zitiergebots umgehen.⁶⁴ Selbiges muss für die Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG gelten, die hilfsweise auf § 2 Abs. 1 WissZeitVG gestützt wird.⁶⁵ Zwar wäre insofern das Zitiergebot formal gewahrt, jedoch muss die Unwirksamkeit dieser Konstruktion aus dem systemimmanenten Verhältnis dieser Befristungen zueinander folgen. Insbesondere würde durch derartige Konstruktionen dem Arbeitnehmer die Klarheit darüber genommen, nach welchen Bestimmungen er die Wirksamkeit seiner Befristung bestimmen muss. Möglich ist indes die Befristung unter Nennung des WissZeitVG, der, wiederum hilfsweise, die Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG nachgestellt wird. Dieser Fall bildet letztlich nur deklaratorisch die Gesetzeslage ab und kann sich daher nicht dem Vorwurf der Perplexität gegenübersehen.⁶⁶

2. „Altverträge“

Auch im Zusammenhang mit der Anwendung der Rechtsprechungsgrundsätze auf Altverträge, besteht argumentativer Spielraum. So ist anerkannt, dass nicht vorhersehbare Rechtsprechungsänderungen aufgrund des in Art. 2 Abs. 1 GG bzw. Art. 3 Abs. 1 GG iVm. Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Vertrauensschutzes keine Anwendung auf Sachverhalte finden können, die vor den Änderungen liegen.⁶⁷ Die Änderung ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung ist nur dann unbeachtlich, wenn sie hinreichend begründet ist und sich im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung hält.⁶⁸ Soweit hingegen durch gefestigte Rechtsprechung ein Vertrauenstat-

64 Salzmann/Günther, Das Wissenschaftszeitvertragsgesetz, AuA 2017, 86, 87.

65 Vgl. auch Salzmann/Günther, Das Wissenschaftszeitvertragsgesetz, AuA 2017, 86 ff. unter 3.

66 Vgl. BAG, Urteil vom 28. September 2016 – 7 AZR 549/14 = NZA 2017, 249 nach dem es der Angabe des genauen TzBfG-Befristungsgrundes gerade nicht bedarf.

67 Grzeszick in Maunz/Dürig, 80. EL Juni 2017, VII. Rn. 105; BVerfG, Beschluss vom 18. Oktober 2012 – 1 BvR 2366/11 = NJW 2013, 523 ff.

68 Grzeszick in Maunz/Dürig, 80. EL Juni 2017, VII. Rn. 105; BVerfG, Beschluss vom 18. Oktober 2012 – 1 BvR 2366/11 = NJW 2013, 523 ff.

bestand begründet wurde, kann diesem erforderlichenfalls durch Bestimmungen zur zeitlichen Anwendbarkeit oder Billigkeitserwägungen im Einzelfall Rechnung getragen werden.⁶⁹

Die Anwendung dieser Grundsätze auf bereits vor der Rechtsprechungsänderung abgeschlossene „Altverträge“ dürften sachgerecht sein. Die neue Rechtsprechung des BAG ist zwar begründet, hält sich aber zumindest bis zur Entscheidung vom 18. Mai 2016⁷⁰ nicht im Rahmen des Vorhersehbaren. Weder aus vorangegangener Rechtsprechung, noch aus Literatur oder Gesetz ergab sich das jetzige Verständnis. Es ist den Hochschulen, Universitätsklinik und außeruniversitären Forschungseinrichtungen daher nicht anzulasten, wenn sie vor diesem Datum Verträge mit Wissenschaftlern geschlossen und auf der Grundlage des § 14 Abs. 2 TzBfG befristet haben sollten. Die Berücksichtigung ihrer Interessen und der aus der bis dahin bestehenden Gesetzes- und Rechtsprechungslage gebieten daher richtigerweise Zurückhaltung bei der Anwendung dieser Rechtsprechungsänderung auf Befristungen nach § 14 Abs. 2 TzBfG vor dem 18. Mai 2016.

In diesem Zusammenhang ist allerdings anzumerken, dass das BAG auch im Fall vom 18. Mai 2016 insofern keine Milde walten ließ, obschon diese auch insofern geboten gewesen wäre. Soweit möglich, ist den Hochschulen, Universitätsklinik und außeruniversitären Forschungseinrichtungen daher zu raten die momentan noch nicht höchstrichterlich geklärte Rechtslage in Bezug auf § 14 Abs. 2 TzBfG zu nutzen und auf entsprechende Neubefristungen nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG hinzuwirken.

3. Beteiligungsrechte des Personalrats

Schließlich sind auch die Beteiligungsrechte des Personalrates zu berücksichtigen, die sich nach den jeweiligen Landespersonalvertretungsgesetzen bestimmen. Nach diesen ist bei der Einstellung eines wissenschaftlich tätigen Arbeitnehmers in der Regel nicht mitzubestimmen.

Wird nun aber die Befristung eines Wissenschaftlers auf den Befristungsgrund des § 14 Abs. 2 TzBfG gestützt, so zeigt der Arbeitgeber letztlich an, dass er für das Arbeitsverhältnis selbst keine überwiegend wissenschaftliche Tätigkeit prognostiziert, sodass letztlich ein Mitbestimmungsrecht der Personalvertretung anzuerkennen wäre. Indes richtet sich die Entstehung eines Mitbestimmungsrechts nach den Landespersonalvertretungsgesetzen nicht nach der Wahl des Befristungstatbestandes, sondern nach der tatsächlichen Art der Tätigkeit. Daher kann der Arbeitgeber auch dann eine Beteiligung auf das für Wissenschaftler geltende Maß zurückführen, wenn tatsächlich wissenschaftliche Tätigkeit vorliegt. Dies kann sich auch nach der Bezeichnung der Stelle gemäß den Landeshochschulgesetzen richten.

VII. Fazit

Ein den Befristungsgrund nach § 14 Abs. 2 TzBfG ausschließender Spezialitätsvorrang ist gegenüber den Befristungsgründen des § 2 Abs. 1 WissZeitVG für Verträge anzuerkennen, sofern die Verträge nach der Novellierung des WissZeitVG abgeschlossen wurden. Im Übrigen bleibt die Alternativität der Befristungsgründe jedoch bestehen und der Befristungsgrund des § 14 Abs. 2 TzBfG kann insbesondere im Zusammenspiel mit § 6 WissZeitVG eingesetzt werden.

Auf der Grundlage dieser Erkenntnisse sollte den Hochschulen, Universitätsklinik und außeruniversitären Forschungseinrichtungen daher an einer zügigen Auseinandersetzung mit dieser Thematik und Aufarbeitung der eigenen Praxis und Risiken gelegen sein.

Tobias Mandler ist Rechtsanwalt bei Jones Day in München. Laura Wegmann ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Forschungsstelle für Hochschularbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch.

69 BVerfG, Beschluss vom 18. Oktober 2012 – 1 BvR 2366/11 = NJW 2013, 523 ff.

70 Angesichts der Beschränkung des Spezialitätsvorrangs für die novellierte Fassung des WissZeitVG erstreckt sich der relevante Zeitraum daher – gegenüber Befristungen nach § 14 Abs. 2 TzBfG – vom 16. März bis zum 18. Mai 2016. In Bezug auf die übrigen Befristungstatbestände des WissZeitVG kann diese Ausnahme jedoch breitere Anwendung

Arne Pautsch

Die Nichtzurechnung der Amtsmitglieder im Senat zur Hochschullehrergruppe – Zu Geltung und Grenzen des demokratischen Repräsentationsprinzips in der Hochschulelselfverwaltung

I. Einführung und Problemstellung

Das Landeshochschulrecht in Baden-Württemberg sah bislang – im Unterschied zu anderen Landeshochschulgesetzen¹ – die sog. Amtsmitgliedschaft von Hochschullehrern in den Gremien und Organen der akademischen Selbstverwaltung, d.h. vor allem der Dekane im Senat, vor.² Damit waren auch diejenigen Hochschullehrer, die aufgrund von Wahlen ein Amt mit Leitungsfunktionen in der Hochschulelselfverwaltung ausüben – also vor allem die vom Fakultätsrat auf Vorschlag des Rektors gewählten Dekane – neben ihrer Zugehörigkeit zum kollektiven Leitungsorgan (Dekanat) zugleich auch stimmberechtigte Mitglieder im jeweiligen akademischen Vertretungsorgan (Senat).³ Wenngleich die Amtsmitgliedschaft mit Stimmrecht hochschulrechtlich nicht zwingend ist, erscheint sie jedoch gerade im Falle der Dekane im Hinblick auf den Senat angezeigt, da die Dekane nach geläufiger Auffassung dort die Repräsentanz der Fächer sichern.⁴ Es ist mit Recht darauf hingewiesen worden, dass die stimmberechtigte Amtsmitgliedschaft der Dekane im Senat, auf die dieser Beitrag auch in erster Linie eingeht, als „Maßstab für eine sinnvolle Universitätsorganisation“⁵ gelten kann.⁶ Da bei Entscheidungsfindung und Beschlussfassung in den Hochschulgremien die vom BVerfG seit dem Hochschulurteil⁷ zum Niedersächsischen Vorschaltgesetz aus dem Jahre 1973 bis heute maßgebliche Rechtsprechung zur Hochschullehrermehrheit zu beachten ist, war stets auch die Frage aufgeworfen, welcher Mitgliedergruppe

die Amtsmitglieder zuzurechnen seien. Das Gesetz über die Hochschulen in Baden-Württemberg (Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg – LHG) ist bislang davon ausgegangen, dass die dem Senat kraft Amtes angehörenden Dekane als stimmberechtigte Mitglieder des Senats der Mitgliedsgruppe der Hochschullehrer zuzurechnen sind (vgl. etwa § 19 Abs. 2 Nr. 1b LHG a.F.). Diese Gewissheit ist nunmehr durch Richterspruch Makulatur geworden: Der Verfassungsgerichtshof des Landes Baden-Württemberg (VerfGH) hat mit seinem Urteil vom 14.11.2016⁸ nicht nur wesentliche Teile der bisherigen baden-württembergischen Hochschulverfassung in ihrer zentralen Ausprägung in Frage gestellt, sondern in der Folge den für das Hochschulrecht zuständigen Landesgesetzgeber unter Zugzwang gesetzt, die für verfassungswidrig befundenen Vorschriften des LHG zur Hochschulbinnenorganisation bis zum 31. März 2018 in einer Weise umzugestalten, dass die Hochschullehrer – als Träger des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG i.V.m. § 2 Abs. 1 LV – wesentlich größeren Einfluss auf die Binnensteuerung der Hochschule nehmen können. Freilich hat der VerfGH in verfassungsgerichtlicher Zurückhaltung mit Blick auf den weiten Spielraum des Hochschulgesetzgebers darauf verzichtet, konkrete Vorgaben für die mögliche Ausgestaltung zu formulieren. Im Kern ging es auch bei dieser Entscheidung, die mit Fug und Recht als Paukenschlag bezeichnet werden darf, wieder um die Ausgestaltung der Leitungsstrukturen und die Einräumung damit verbundener Entscheidungskompetenzen zwi-

1 Dazu von Coelln, in: Hartmer/Detmer, HSChR-Praxishandbuch, 3. Aufl. 2016, S. 396.

2 Auf dezentraler Ebene gilt dies für die Mitglieder des Dekanats als „Amtsmitglieder“ freilich nur für den sog. „kleinen Fakultätsrat“ (§ 25 Abs. 2 Nr. 1a LHG), wohingegen der „große Fakultätsrat“ ohnehin alle Hochschullehrer der betreffenden Fakultät umfasst (§ 25 Abs. 3 LHG).

3 Zur Senatszusammensetzung und Amtsmitgliedschaft der Dekane nach geltendem Recht Hagemann, in: von Coelln/Haug (Hrsg.), BeckOK Hochschulrecht BW, 7. Edition (Stand: 1.2.2018), § 19 Rn. 26 ff.; Sandberger, Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg, Kommentar, 2. Aufl. 2015, § 19 Rn. 4.

4 So ausdrücklich von Coelln, in: Hartmer/Detmer, HSChR-Praxishandbuch, 3. Aufl. 2016, S. 396, der allerdings offenbar weder die der Hochschulleitung Angehörigen noch die Dekane

als Amtsmitglieder des Senats einer Mitgliedsgruppe zuordnen will. Erweiternd Hagemann, in: von Coelln/Haug (Hrsg.), BeckOK Hochschulrecht BW, 7. Edition (Stand: 1.2.2018), § 19 Rn. 27.1, wonach die Amtsmitgliedschaft der Dekane auf das Gesamtinteresse der Hochschule ausgerichtet sei.

5 So von Coelln, in: Hartmer/Detmer, HSChR-Praxishandbuch, 3. Aufl. 2016, S. 396.

6 Hagemann, in: von Coelln/Haug (Hrsg.), BeckOK Hochschulrecht BW, 7. Edition (Stand: 1.2.2018), § 19 Rn. 27.1; ähnlich auch Pautsch, in: Pautsch/Dillenburger, Kompendium zum Hochschul- und Wissenschaftsrecht, 2. Aufl. 2016, A Rn. 84.

7 BVerfG, Urteil v. 29.5.1973, 1 BvR 424/71 und 325/72, BVerfGE 35, 79 (insb. 132 ff.).

8 VerfGH BW, Urteil v. 14.11.2016, 1 VB 16/15, juris.

schen zentralen bzw. dezentralen Gremien und das Gewicht, das dabei den Hochschullehrern als betroffenen Grundrechtsträgern zukommen muss. Wenngleich das Urteil des VerfGH grundsätzlich in der Linie vorangegangener Entscheidungen – so vor allem der „Hamburg-Entscheidung“⁹ und der „Hannover-Entscheidung“¹⁰ des BVerfG – steht, geht es zumindest in einem nicht unerheblichen Punkt deutlich über die bisherigen Rechtsprechungslinien hinaus, indem es vor allem die Frage der demokratischen Repräsentation der Hochschullehrer in den Hochschulgremien und die Berechnung der Hochschullehrermehrheit in den Mittelpunkt rückt. Insoweit stellt der VerfGH in seiner bislang singular gebliebenen Entscheidung freilich Gewissheiten auch aus der Rechtsprechung des BVerfG in Frage.

Die damit gegebenen Vorzeichen, unter denen der Hochschulgesetzgeber in Baden-Württemberg nunmehr zum Handeln gezwungen war, illustrieren, dass die Entscheidung des VerfGH an den Grundfesten der akademischen Selbstverwaltung als sog. Betroffenenselbstverwaltung, wie sie auch und gerade im bisherigen LHG zum Ausdruck gebracht war, rüttelt. Dem Landesgesetzgeber waren grundsätzlich zwei Optionen eröffnet, um eine verfassungskonforme Neuregelung auf den Weg zu bringen: Entweder bedurfte es einer vollständigen Neuordnung der Kompetenzen insbesondere zwischen den Leitungsorganen im Verhältnis zu den akademischen Vertretungsorganen – d.h. jeweils im Verhältnis von Rektorat zu Senat bzw. von Dekanat zu Fakultätsrat –, oder es musste eine Stärkung der Rechte der Hochschul-lehrer bei der Kreation und Abberufung der Leitungsorgane der Hochschule erfolgen, welche die bestehende Kompetenzverteilung durch eine Neuzusammensetzung vor allem des Senats – und des sog. „kleinen Fakultätsrates“ – sowie mit der Einführung eines Urabwahlverfahrens für Rektoratsmitglieder und Dekane neu justiert.

Mit dem Beschluss des Gesetzes zur Weiterentwicklung des Hochschulrechts (HRWeitEG)¹¹ folgt aus Art. 1

HRWeitEG, der die Änderung des LHG zum Gegenstand hat, dass der Gesetzgeber sich für den zweitgenannten Weg entschieden hat. Während der Anhörungsentwurf¹² vor allem für die Zusammensetzung des Senats (§ 19 Abs. 2 LHG) noch eine gesetzliche Vorgabe vorgesehen hatte, überlässt es das vom Landtag am 7. März 2018 beschlossene HRWeitEG nunmehr der Regelung durch die Grundordnung, wie der Senat an den Hochschulen zusammenzusetzen ist. Danach wird vor allem auch deutlich, dass die Amtszugehörigkeit der Dekane zum Senat nach den gesetzgeberischen Vorgaben grundsätzlich ausgeschlossen wird und diese damit – in Verfolg der Entscheidung des VerfGH – auch nicht mehr der Hochschullehrergruppe zugerechnet werden dürfen.

II. Bisherige Rechtslage und maßgebliche Neuregelungen für die Zusammensetzung des Senats

Die maßgeblichen Regelungen zur Gremienzusammensetzung – und damit auch und vor allem des Senats – ergeben sich bislang und auch künftig vor allem aus § 10 LHG. Die Vorschrift ist dazu bestimmt, unter Berücksichtigung der Anforderungen an die notwendige Hochschullehrermehrheit die für alle Gremien gleichermaßen geltenden Anforderungen festzulegen. Dabei galt bislang für die nach Mitgliedergruppen besetzten Gremien vor allem nach § 10 Abs. 3 LHG a.F. das Folgende:

„(3) In nach Mitgliedergruppen zusammengesetzten Entscheidungsgremien, dem Örtlichen Hochschulrat und dem Örtlichen Senat verfügen die Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer bei der Entscheidung in Angelegenheiten, die die Lehre mit Ausnahme der Bewertung der Lehre betreffen, mindestens über die Hälfte der Stimmen, in Angelegenheiten, die die Forschung, künstlerische Entwicklungsvorhaben oder die Berufung von Hochschullehrerinnen oder Hochschullehrern unmittelbar betreffen, über die Mehrheit der Stimmen.“

9 Auch als „Hamburger Dekanats-Beschluss“ bezeichnet, vgl. BVerfGE 127, 87, in dem es um die Ausgestaltung der dezentralen Leitungsorgane und den Hochschullehrereinfluss bei deren Kreation und Abberufung ging. Die hier maßgebliche Frage nach der Zusammensetzung der Hochschullehrermitgliedsgruppe spielte dabei noch keine Rolle, wie die Entscheidung selbst belegt, in der an entscheidender Stelle nur von den „in der Wissenschaft Tätigen“ die Rede ist. Näher dazu bereits *Fehling*, in: *OdW* 2017, S. 63 (67 f.); zur Einordnung der Entscheidung in die bisherige Rechtsprechung *Pautsch*, in: *Pautsch/Dillenburger, Kompendium zum Hochschul- und Wissenschaftsrecht*, 2. Aufl. 2016, A Rn. 84.

10 BVerfG, NVwZ 2014, S. 1370 ff. In der Entscheidung ging es ebenso wie in der „Hamburg-Entscheidung“ um die innere Hochschulverfassung, und zwar an der Medizinischen Hochschule Hannover nach dem Niedersächsischen Hochschulgesetz (NHG). Dabei stand auch die Frage des Hochschullehrereinflusses auf

grund der Verbürgung der Wissenschaftsfreiheit im Mittelpunkt, ohne allerdings die Frage nach der demokratischen Binnenlegitimation in einer Weise aufzuwerfen, wie es der VerfGH BW in der hier maßgeblichen Entscheidung vorgenommen hat. Vgl. dazu näher wiederum *Fehling*, in: *OdW* 2017, S. 6 (68); *Pautsch*, in: *Pautsch/Dillenburger, Kompendium zum Hochschul- und Wissenschaftsrecht*, 2. Aufl. 2016, A Rn. 84; zur Reaktion des niedersächsischen Landesgesetzgebers *Hartmann*, *NdsVBl.* 2015, S. 209 ff.; s. auch *Hartmann*, *WissR* 49 (2016), S. 197 ff.

11 HRWeitEG vom 13. März 2018 (GBl. S. 85). Es ist am Tage nach seiner Verkündung (29. März 2018) am 30. März in Kraft getreten.

12 https://mwk.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/mwk/intern/dateien/pdf/Landeshochschulgesetz/Anhörungsentwurf_HRWeitEG.pdf (letzter Abruf am 15.2.2018).

§ 10 Abs. 3 LHG n.F. lautet nach der Neufassung durch Art. 1 HRWeitEG nunmehr wie folgt:

„(3) Für den Senat, den Fakultätsrat oder Sektionsrat und den Örtlichen Senat ist die Zahl der Mitglieder, die dem Gremium aufgrund von Wahlen angehören, in den Satzungen so zu bemessen, dass die gewählten Vertreterinnen und Vertreter der Gruppe nach Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 in dem Gremium über eine Stimme mehr verfügen als alle anderen stimmberechtigten Mitglieder zusammen.“

Dies vorausgeschickt, galt mit Blick auf die – hier maßgebliche – Zusammensetzung des Senats bislang nach § 19 Abs. 2 LHG a.F. die folgende Regelung:

„Dem Senat gehören an

1. kraft Amtes

- a) die Rektoratsmitglieder nach § 16 Absatz 1,
- b) die Dekaninnen und Dekane im Sinne von § 24,
- c) die Gleichstellungsbeauftragte der Hochschule,
- d) die oder der Beauftragte für die schulpraktische Ausbildung an Pädagogischen Hochschulen nach § 21,
- e) mit beratender Stimme die Leitende Ärztliche Direktorin oder der Leitende Ärztliche Direktor und die Kaufmännische Direktorin oder der Kaufmännische Direktor, soweit das Universitätsklinikum berührt ist,
- f) an der DHBW die Vorsitzenden und stellvertretenden Vorsitzenden der Fachkommissionen nach § 20 a Absatz 4,

2. auf Grund von Wahlen weitere stimmberechtigte Mitglieder, deren zahlenmäßige Zusammensetzung die Grundordnung bestimmt und die nach Gruppen direkt gewählt werden; das Nähere regelt die Wahlordnung; die Amtszeit der Wahlmitglieder wird durch die Grundordnung festgelegt.

Nach der Änderung durch Art. 1 HRWeitEG ist § 19 Abs. 2 LHG nunmehr wie folgt gefasst worden:

„(2) Die Zusammensetzung des Senats wird in der Grundordnung geregelt mit der Maßgabe, dass

1. die gewählten Vertreterinnen und Vertreter der Gruppe nach § 10 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 über die Mehrheit der Stimmen nach § 10 Absatz 3 verfügen müssen; an Hochschulen, an denen der Gruppe nach § 10 Absatz Satz 2 Nummer 1 maximal 35 Personen angehören, sollen, an allen anderen Hochschulen müssen dabei Zahl der Sitze und Zahl der Stimmen identisch sein,

2. den gewählten Vertreterinnen und Vertretern der Gruppen nach § 10 Absatz 1 Satz 2 Nummern 2 bis 5 an den Hochschulen nach § 1 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 mindestens 40 Prozent, an den Hochschulen nach § 1 Absatz 2 Satz 1 Nummern 2 bis 5 mindestens 33 Prozent der Sitze und Stimmen zukommen,

3. die Rektorin oder der Rektor, das Rektoratsmitglied für den Bereich der Wirtschafts- und Personalverwaltung sowie die Gleichstellungsbeauftragte der Hochschule stimmberechtigte Mitglieder kraft Amtes sind und

4. der Senat die Zahl von 45 stimmberechtigten Mitgliedern nicht überschreiten soll; eine höhere Mitgliederzahl ist mit Zustimmung des Wissenschaftsministeriums zulässig.

Unter den Voraussetzungen des Satzes 1 können in der Grundordnung weitere stimmberechtigte Amtsmitgliedschaften vorgesehen werden. Mitglieder kraft Amtes mit beratender Stimme sind:

1. die weiteren Rektoratsmitglieder nach § 16 Absatz 1 Satz 2 Nummer 3, soweit keine stimmberechtigte Amtsmitgliedschaft nach Satz 2 vorgesehen ist,

2. die Leitende Ärztliche Direktorin oder der Leitende Ärztliche Direktor und die Kaufmännische Direktorin oder der Kaufmännische Direktor, soweit das Universitätsklinikum berührt ist,

3. die Dekanin oder der Dekan der medizinischen Fakultät, soweit sie oder er nicht aufgrund der Wahl nach Satz 1 Nummer 1 oder einer stimmberechtigten Amtsmitgliedschaft nach Satz 2 dem Senat angehört.

Die Grundordnung kann weitere beratende Amtsmitgliedschaften vorsehen. Wahlmitglieder sind:

1. mindestens ein Mitglied jeder Fakultät oder Sektion der Hochschule, das der Gruppe nach § 10 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 angehört und von den fakultäts- oder sektionsangehörigen Mitgliedern dieser Gruppe nach den Grundsätzen der Mehrheitswahl gewählt wird; Mitglieder der Hochschule, die keiner Fakultät angehören, legen durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Rektorat fest, in welcher Fakultät sie ihre Mitwirkungsrechte wahrnehmen wollen; ist die Hochschule nicht in Fakultäten oder Sektionen gegliedert, werden die Vertreterinnen und Vertreter der Gruppe nach § 10 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 von den Mitgliedern dieser Gruppe an der Hochschule nach den Grundsätzen der Mehrheitswahl gewählt,

(...)“

Damit gilt nach dem HRWeitEG für die künftige Zusammensetzung des Senats (§ 19 Abs. 2 n.F.), dass es für

die Sicherung der Hochschullehrermehrheit nach Maßgabe von § 10 Abs. 3 LHG n.F. nicht mehr auf die stimmberechtigte Zugehörigkeit der Dekane zum Senat ankommt. Vielmehr sind die Dekane in der gesetzlichen Neuregelung, wie § 19 Abs. 2 Satz 1 LHG n.F. zeigt, gar nicht mehr als Amtsmitglieder des Senats als zentralem akademischen Organ – und zwar auch nicht als beratende Mitglieder – vorgesehen. Lediglich durch § 19 Abs. 2 Satz 2 LHG n.F. bzw. § 19 Abs. 2 Satz 4 LHG n.F. wird allgemein die Option eröffnet, weitere stimmberechtigte Amtsmitgliedschaften bzw. beratende Amtsmitgliedschaften zu eröffnen. Darin kommt – und zwar in Zusammenschau mit der Bezugnahme auf die „gewählten Vertreterinnen und Vertreter der Gruppe nach § 10 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1“, die „über die Mehrheit der Sitze und Stimmen nach § 10 Absatz 3 verfügen“ müssen, in § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 LHG n.F. deutlich zum Ausdruck, dass die Stimmen der Dekane selbst bei Vorsehung von weiteren stimmberechtigten Amtsmitgliedschaften keine Hochschullehrerstimmen sind. Die Dekane zählen also – insoweit folgt der Landesgesetzgeber dem VerfGH besonders konsequent – nicht zur Mitgliedsgruppe der Hochschullehrer, selbst wenn sie – wie im Regelfall – zu hauptberuflichen Hochschullehrern ihrer Fakultät berufen sind. Die grundsätzliche Option, auch die Dekane (oder einzelne von ihnen) über eine ausdrückliche Bestimmung in der Grundordnung weiterhin zu stimmberechtigten Amtsmitgliedern im Senat bestimmen zu können (§ 19 Abs. 2 Satz 2 LHG n.F.), erscheint vor dem Hintergrund der bisherigen Hochschulpraxis eher konstruiert und wenig überzeugend, wenn die bewährte Amtsmitgliedschaft der Dekane durch die Vorgaben in § 19 Abs. 2 Satz 1 LHG n.F. zugleich grundsätzlich aufgehoben ist. Da die Vorsehung weiterer stimmberechtigter Amtsmitglieder in der Grundordnung (§ 19 Abs. 2 Satz 2 LHG n.F.) unter dem Vorbehalt steht, dass die Voraussetzungen nach § 19 Abs. 2 Satz 1 LHG eingehalten sind, besteht angesichts der schon rechnerischen Begrenzung der Zahl weiterer Amtsmitglieder für eine Einbeziehung der Dekane kaum mehr Raum. Allenfalls können einzelne nicht stimmberechtigte Rektoratsmitglieder (Prorektoren) zu stimmberechtigten Senatsmitgliedern „gekoren“ werden. Dies unterstreicht aber eher den Eindruck, dass es sich gerade bei § 19 Abs. 2 Satz 2 LHG n.F. um eine mindestens wenig geglückte Bestimmung handelt, auf die der Gesetzgeber angesichts der Konsequenz, mit der er die Vorgaben des VerfGH zur Stimmberechtigung der Amtsmitglieder umgesetzt hat, besser verzichtet hätte.

Insgesamt setzt der baden-württembergische Hochschulgesetzgeber letztlich eine der angreifbarsten (und im Übrigen auch nur rudimentär begründeten) Passagen des Urteils des VerfGH um, denn mit der Neuregelung wird auch offenbar, dass die Dekane als Vertreter ihrer Fakultäten, welche anerkanntermaßen die fachliche Grundeinheit der Hochschule bilden, im Senat, dem „akademischen Hauptorgan“, als diesem nicht mehr zugehörigkeitswürdig erachtet werden. Damit geht der Gesetzgeber über die ohnehin fragwürdige Auffassung des VerfGH, die Dekane als Amtsmitglieder nicht der Hochschullehrergruppe zurechnen zu wollen, noch hinaus und „verbannt“ diese für den Regelfall gleichsam vollständig aus dem Senat.¹³ Es erscheint lediglich als etwas tröstlich, dass nunmehr wenigstens die Hochschulen selbst in die Lage versetzt werden, durch die Grundordnung die Dekane wieder zu (weiteren) Amtsmitgliedern zu bestimmen. Freilich wird diese Option wohl auf eine beratende Mitgliedschaft im Sinne von § 19 Abs. 2 Satz 4 LHG n.F. beschränkt bleiben, da § 19 Abs. 2 Satz 2 LHG n.F. – wie dargelegt – eine insoweit vollkommen untaugliche Neuregelung darstellt. Die dadurch bedingte mitgliedermäßige „Aufblähung“ des Senats durch eine grundsätzlich unbestimmte Zahl von beratenden Amtsmitgliedern ist wiederum dem Umstand geschuldet, dass der VerfGH – und zwar ohne Vorbild in der bisherigen Rechtsprechung¹⁴ – ein vermeintliches Repräsentationsdefizit der Amtsmitglieder festgestellt hat und diese (obschon berufene Hochschullehrer in Wahrnehmung eines Amtes der akademischen Selbstverwaltung) nicht der Mitgliedergruppe der Hochschullehrer zurechnen will. Die rechtliche Bewertung wird im Folgenden zeigen, dass es für die Annahmen des VerfGH sowohl unter Berücksichtigung der Legitimationsvermittlungsmodelle in der funktionalen Selbstverwaltung als auch des materiellen Hochschullehrerbegriffs keine nachvollziehbare verfassungsrechtliche Grundlage gibt.

III. Rechtliche Bewertung

Der Ausschluss der Dekane aus dem Senat bzw. gegebenenfalls die Reduzierung ihrer Rolle auf eine beratende Mitgliedschaft nach Maßgabe der Grundordnung versteht sich – wie dargelegt – als gesetzgeberische Reaktion auf die Entscheidung des VerfGH. Sie geht zurück auf das bereits erwähnte Diktum des Gerichts, wonach insbesondere die Dekane als Amtsmitglieder

13 So jedenfalls noch die ursprüngliche Fassung des § 19 Abs. 2 LHG-E im Anhörungsentwurf des HRWeitEG.

14 Ein solches „Repräsentationsdefizit“ wird – soweit ersichtlich –

bislang nur von einer Einzelmeinung im Schrifttum vertreten, vgl. Gärditz, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2009, S. 496 f.

im Senat nicht der Hochschullehrergruppe zugerechnet werden dürfen.¹⁵ Das Gericht macht dies offenkundig an einem (vermeintlichen) Repräsentationsdefizit fest. Dieses soll seinerseits wiederum darauf beruhen, dass das auch in der Hochschulsebstverwaltung geltende demokratische Repräsentationsprinzip es erfordere, nur diejenigen unter den Grundrechtsträgern – d.h. den Professorinnen und Professoren – als der Hochschullehrergruppe zugehörig anzusehen, die mit einem entsprechenden Repräsentationsmandat in dem jeweiligen Organ – vorliegend also dem Senat – ausgestattet sind.¹⁶ Diese „These vom Repräsentationsdefizit“ verfängt indes sowohl unter Berücksichtigung der bisherigen Linien in der Rechtsprechung als auch mit Blick auf die Theorien zur demokratischen Binnenlegitimation in der funktionalen Selbstverwaltung nicht. Schließlich steht auch der durch das BVerfG geformte materielle Hochschullehrerbegriff einer Exklusion derjenigen Hochschullehrer, die Amtsmitglieder sind, entgegen.

1. Die These vom Repräsentationsdefizit

Das vom VerfGH in der bisherigen Zusammensetzung des Senats nach § 19 Abs. 2 LHG a.F. ausgemachte – allerdings nur lapidar begründete – Repräsentationsdefizit der Hochschullehrer als Grundrechtsträger nach der bisherigen Konzeption der baden-württembergischen Hochschulverfassung unter dem LHG setzt zunächst daran an, dass es sich beim Senat um ein nach Mitgliedergruppen zusammengesetztes Gremium (genauer: Organ) im Sinne von § 10 Abs. 1 LHG a.F. handelt. Hierfür fordert das Gericht offenbar eine organisatorisch-personelle Legitimation, die von der jeweiligen Mitgliedergruppe – hier also der Professorengruppe – vermittelt sein, d.h. auf einen Wahlakt der jeweiligen Gruppe unmittelbar zurückgehen müsse. Da dies im Falle der Dekane als Amtsmitgliedern (§ 19 Abs. 2 Nr. 1b i.V.m. § 24 LHG a.F.) nicht der Fall sei, folgert der VerfGH, dass die kraft Amtes im Senat vertretenen Dekane nicht der

Mitgliedergruppe der Hochschullehrer zugerechnet werden dürfen. Insoweit heißt es, dass „aufgrund des Repräsentationsprinzips in kollegialen Selbstverwaltungsgremien als Vertreter der Hochschullehrer nur gewertet werden (könne), wer von diesen mit einem entsprechenden Repräsentationsmandat gewählt wurde.“¹⁷ Nach dem VerfGH liegt es also so, dass Mitglieder kraft Amtes grundsätzlich keine Vertreter der Hochschullehrer sein können, auch wenn sie selbst aus dem Kreise der Hochschullehrer in das jeweilige Selbstverwaltungsamt gewählt worden sind.¹⁸

Dieser Befund, dem die unter II. dargelegte Änderung des LHG dadurch Rechnung zu tragen versucht, dass die Dekane künftig im gesetzlichen Regelfall gar nicht mehr dem Senat angehören und allenfalls noch nach Maßgabe der Grundordnung zu zusätzlichen (beratenden) Amtsmitgliedern des Senats bestimmt werden dürfen, ist gleich in mehrfacher Hinsicht bemerkenswert. Zunächst sticht hervor, dass sich der VerfGH erkennbar sowohl über das BVerfG¹⁹ als auch insbesondere das OVG Bautzen²⁰ hinwegsetzt. In beiden Entscheidungen ist unterstrichen worden, dass die Dekane sehr wohl der Hochschullehrergruppe zuzurechnen sind, wenngleich sie nicht ausschließlich nur die Interessen der eigenen Mitgliedergruppe repräsentieren, sondern als deren Vertreter auch das Gesamtinteresse der Fakultät.²¹ Allerdings ist insoweit zu bemerken, dass das Interesse der Fakultät nicht nur durch die in ihr verbundenen und durch die Fakultätsleitung repräsentierten Fächer geprägt ist, sondern die Gesamtheit der Fächer stets auch im Gesamtinteresse der Hochschule im Senat (als dem zentralen akademischen Organ) gebündelt vertreten wird.²² Es spricht daher bereits prima facie weder die bisherige Linie der (Verfassungs-)Rechtsprechung noch die ganz überwiegend im Schrifttum vertretene Auffassung dafür, den Dekanen nur wegen ihrer Amtsmitgliedschaft zugleich die Hochschullehrereigenschaft bei der Mitwirkung im Senat abzusprechen.²³ Wie insbesondere

15 VerfGH BW, Urteil v. 14.11.2016, 1 VB 16/15, juris Rn. 88.

16 VerfGH BW, Urteil v. 14.11.2016, 1 VB 16/15, juris Rn. 88.

17 VerfGH BW, Urteil v. 14.11.2016, 1 VB 16/15, juris Rn. 88.

18 VerfGH BW, Urteil v. 14.11.2016, 1 VB 16/15, juris Rn. 88. Die Wahl der Dekane erfolgt gemäß § 24 Abs. 3 Satz 1 LHG im Regelfall auf Vorschlag des Rektors vom Fakultätsrat aus den der Fakultät angehörenden hauptberuflichen Professorinnen und Professoren (Hervorhebung durch den Verfasser). Dies impliziert freilich, dass der Dekan grundsätzlich Hochschullehrer der eigenen Hochschule sein muss.

19 BVerfG (Kammer), Beschluss v. 2.10.2003, 1 BvR 1504/03, WissR 37 (2004), S. 70, 72 f.

20 OVG Bautzen, Beschluss v. 22.7.2003, 2 BS 176/03, juris Rn. 19, 22.

21 BVerfG (Kammer), Beschluss v. 2.10.2003, 1 BvR 1504/03, WissR 37 (2004), S. 70, 72 f.; OVG Bautzen, Beschluss v. 22.7.2003,

2 BS 176/03, juris Rn. 19, 22; im Ansatz überdies ebenso die Vorinstanz, VG Dresden, Urteil v. 9.12.2002, 6 K 433/00, WissR 36 (2003), S.156, 161. Zum Ganzen überzeugend auch *Fehling*, in: *OdW* 2017, S. 63 (68 ff.).

22 *Hagmann*, in: von Coelln/Haug (Hrsg.), *BeckOK Hochschulrecht BW*, 7. Edition (Stand: 1.2.2018), § 19 Rn. 27.1: „Amtsmitgliedschaft der Dekane ist wie die mitgliedschaftliche Mitwirkung der Wahlmitglieder auf das Gesamtinteresse der Hochschule ausgerichtet“; siehe auch *Herberger*, in: Haug (Hg.), *HochschulR BW*, 2. Aufl. 2009, Rn. 409; *Pautsch*, in: *Pautsch/Dillenburger, Kompendium zum Hochschul- und Wissenschaftsrecht*, 2. Aufl. 2016, A Rn. 72 f.; *Thieme*, *Deutsches Hochschulrecht*, 3. Aufl. 2004, Rn. 1026 ff.

23 Zutreffend *Hagmann*, in: von Coelln/Haug (Hrsg.), *BeckOK Hochschulrecht BW*, 7. Edition (Stand: 1.2.2018), § 19 Rn. 27.1.

das BVerfG ausgeführt hat, sind die Dekane selbst Professoren und daher der Mitgliedergruppe der Hochschullehrer weit näher als anderen Gruppen, weil sie im Grundsatz die gleiche Interessenlage teilen.²⁴ Eine andere Auffassung würde auch den ebenfalls vom BVerfG geprägten materiellen Hochschullehrerbegriff aushöhlen, wenn die statusgruppenmäßige Zuordnung derjenigen Hochschullehrer, die in der Hochschulselbstverwaltung ein akademisches Ehrenamt ausüben, nur wegen dieses Amtes ihrer – durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG auch „im Amt“ geschützten – Wissenschaftsfreiheit partiell entrissen würde.

Noch maßgeblicher scheint aber zu sein, dass der VerfGH – und notgedrungen auch der ihm folgende Hochschulgesetzgeber – von einem fehlerhaften Repräsentationsverständnis in der funktionalen Selbstverwaltung, der auch die Hochschulen in ihrem körperschaftlichen Element zuzurechnen sind,²⁵ auszugehen scheint. Dieses Verständnis nimmt mit der Frage bzw. gar der Forderung nach der organisatorisch-personellen Legitimation der nach Mitgliedsgruppen in den Hochschulorganen vertretenen Personen ein Momentum auf, das außerhalb der funktionalen Selbstverwaltung – nämlich bei staatlichen Wahlen sowie im Bereich der kommunalen Selbstverwaltung – für die dortigen Mandatsträger zu verorten ist.²⁶ Demgegenüber gelten in der funktionalen Selbstverwaltung als sog. Betroffenenselbstverwaltung grundsätzlich andere Muster binnendemokratischer Legitimation, sofern sie überhaupt demokratischer Legitimation im herkömmlichen Sinne zugänglich ist. Eine unmittelbare Übertragung des demokratischen Legitimationsprinzips ist daher jedenfalls von Verfassungs wegen nicht angezeigt und in der Hochschulselbstverwaltung mit Blick auf die „unteilbare“ Gewährleistung des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG bezüglich der Hochschullehrer als Grundrechtsträger mindestens wissenschaftsinadäquat.

24 BVerfG (Kammer), Beschluss v. 2.10.2003, 1 BvR 1504/03, WissR 37 (2004), S. 70, 72 f.

25 Pautsch, Autonomiegewinn durch Rechtsträgerwechsel? Das Modell der niedersächsischen Stiftungshochschule, in: Bayerisches Staatsinstitut für Hochschulforschung und Hochschulplanung (Hrsg.), Beiträge zur Hochschulforschung 2/2006, S. 28 (41); s. auch Stober, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 13. Aufl. 2017, § 9 Rn. 11.

26 Vgl. auch Fehling, in: OdW 2017, S. 63 (68 ff.).

27 Bezogen auf die Hochschulselbstverwaltung gilt überdies, dass für die Hochschullehrer als Betroffenen die besondere Gewährleistung der Wissenschaftsfreiheit gilt, die nicht nur eine subjektivrechtliche Abwehrposition einräumt, sondern auch die

2. Akademische Selbstverwaltung und binnendemokratische Legitimation ihrer Akteure

Das Verhältnis von funktionaler Selbstverwaltung und Demokratieprinzip gilt gemeinhin als schwierig, insbesondere wenn es darum geht, ob und inwieweit die allgemeinen Grundsätze der Legitimationsvermittlung auf die Binnenorganisation der Träger funktionaler Selbstverwaltung und ihrer Organe übertragen werden können. Da der Verfassungsgerichtshof mit dem Aufgreifen des Repräsentationsprinzips gerade auf diesen Aspekt abhebt, bedarf es einer Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen Legitimationsmodellen innerhalb der funktionalen Selbstverwaltung.

a) Legitimationsmodelle in der funktionalen Selbstverwaltung

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die funktionale Selbstverwaltung einen eigenständigen Selbstverwaltungstypus darstellt, der auf die Mitwirkung der Betroffenen aufbaut.²⁷ Umstritten ist indes, inwiefern eine eigenständige personelle Legitimation durch die Mitglieder (die Betroffenen) an ihre Repräsentanten vermittelt wird. Es geht dabei um die auch hier zentrale Frage nach der autonomen Legitimation der Organe bzw. Organteile der Selbstverwaltungsträger durch ihre Mitglieder.

aa) Ständisch-korporativer Ansatz: Keine organisatorisch-personelle Legitimationsvermittlung durch die Hochschulmitglieder an ihre Repräsentanten

Zum Teil wird die autonome Legitimation der Organe der Selbstverwaltungsträger durch ihre Mitglieder abgelehnt.²⁸ Dieser Ansatz geht im Grundsatz davon aus, dass der Gedanke der Selbstverwaltung nicht im demokratischen Prinzip wurzelt und es jedenfalls im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung gänzlich an der demokratischen Legitimation fehle.²⁹ Die funktionale

Hochschulorganisation mitumfasst, d.h. auch und gerade die Gremien- und Organstrukturen, vgl. Pautsch, in: Pautsch/Dillenburg, Compendium zum Hochschul- und Wissenschaftsrecht, 2. Aufl. 2016, A Rn. 11, unter Bezugnahme auf BVerfGE 35, 79 (116).

28 So deutlich, wenngleich mit Fokus auf die Selbstverwaltung der Sozialversicherungsträger, Merten, Möglichkeiten und Grenzen der Selbstverwaltung, in: ders. (Hrsg.), Die Selbstverwaltung im Krankenversicherungsrecht, 1995, S. 11 (16), wonach die funktionale Selbstverwaltung nicht im demokratischen Prinzip wurzelt.

29 Merten, Möglichkeiten und Grenzen der Selbstverwaltung, in: ders. (Hrsg.), Die Selbstverwaltung im Krankenversicherungsrecht, 1995, S. 11 (16, 19).

Selbstverwaltung sei ständisch-korporativ und nicht (binnen-)demokratisch geprägt. Richtig ist an dieser Auffassung, dass jedenfalls eine Ausweitung des Begriffs des Staatsvolkes im Sinne von Art. 20 Abs. 2 GG auf die Mitglieder des Trägers funktionaler Selbstverwaltung nicht ohne Weiteres – im Unterschied etwa zur kommunalen Selbstverwaltung, die zudem wegen Art 28 Abs. 1 Satz 2 GG zusätzlich originär demokratisch durchdrungen ist – möglich ist.

Die Folge daraus ist, dass eine organisatorisch-personelle demokratische Legitimation in der funktionalen Selbstverwaltung, d.h. hier in der Hochschulselbstverwaltung, schon gar nicht möglich wäre. Folgte man dieser Auffassung, bedeutete dies, dass es in Ermangelung einer auf das Staatsvolk rückführbaren personellen Legitimation auch den Mitgliedern der Hochschule – namentlich den Hochschullehrern als Grundrechtsträgern – nicht möglich wäre, eine binnendemokratische Legitimation an ihre Organe und Organteile überhaupt weiterzugeben. Kurzgefasst: Wer – wie die Hochschullehrer als maßgebliche wissenschaftsrelevante Mitgliedergruppe der Hochschule – selbst mangels Verwurzelung der akademischen Selbstverwaltung im demokratischen Prinzip über keine originäre demokratische Legitimation verfügt, kann eine solche auch nicht weitergeben. Damit ist die vom VerfGH geforderte Ausstattung der Hochschullehrer im Senat mit einem Repräsentationsmandat aufgrund von Wahlen schon begriffslogisch ausgeschlossen, da es der funktionalen Selbstverwaltung nach diesem Verständnis – und somit auch der Hochschulselbstverwaltung als „Legitimationssystem“ insgesamt – an einer ausdrücklichen externen, mithin von Parlament oder Regierung stammenden, normativen Grundlage fehlt.

bb) Modell der autonomen Legitimation

Das von *Emde*³⁰ entwickelte Modell der autonomen Legitimation innerhalb der funktionalen Selbstverwaltung bildet gleichsam das Gegenstück zu dem ständisch-korporativen Ansatz der Legitimationsvermittlung – bzw. vielmehr deren Negierung – im System der funkti-

onalen Selbstverwaltung. Danach soll es sich bei den Mitgliedern der Träger funktionaler Selbstverwaltung um originäre Subjekte der im Grundgesetz angelegten Vermittlung demokratischer Legitimation handeln. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass das Grundgesetz über Art. 20 Abs. 2, 28 Abs. 1 GG hinaus außer im Bund, in den Ländern und in den Kommunen kein originär-legitimationsvermittelndes Staatsvolk vorsieht. Jedenfalls zählt das „Verbandsvolk“ – d.h. im Rahmen der Hochschulselbstverwaltung die nach ihren Statusgruppen organisierten Mitglieder – nicht hierzu. Solange der Verfassungsgeber also selbst keine Erweiterung vorsieht, verschließt sich jede Ausweitung auf die funktionale Selbstverwaltung im Wege der Interpretation.³¹

cc) Verzicht auf organisatorisch-personelle Legitimation

Vor dem Hintergrund dessen, dass eine Überwindung des Begründungsdefizits bezüglich der Vermittlung organisatorisch-personeller Legitimation nach dem Vorbeschriebenen verfassungsrechtlich ausgeschlossen erscheint, wird gefordert, mit Blick auf die Besonderheiten der auf Autonomie der Betroffenen in ihren eigenen Angelegenheiten ausgerichteten funktionalen Selbstverwaltung auf die organisatorisch-personelle Legitimation zu verzichten.³² Es wird wegen des engen Bezuges der Betroffenen zu den sie betreffenden Angelegenheiten gleichsam vorausgesetzt, dass das insoweit bestehende personelle Legitimationsdefizit hinzunehmen sei, zumal es sich bei der funktionalen Selbstverwaltung um einen Organisationstypus mittelbarer Staatsverwaltung handelt, der vom Verfassungsgeber jedenfalls als vorgegeben hingenommen wird.³³ Damit ist allerdings auch nicht mehr und nicht weniger zum Ausdruck gebracht, dass es keine verfassungsrechtliche bindende Vorgabe zur personellen (Weiter-)Legitimation der Repräsentanten durch die Repräsentierten in den Organen der Hochschulselbstverwaltung gibt. Vielmehr ist es dem einfachen Gesetzgeber überlassen, im Lichte der hier einzig einschlägigen Wissenschaftsfreiheit und der landesverfassungsrechtlichen Bestimmung des Art. 20 LV, der freilich ebenso wenig ein – wie auch immer geartetes –

30 Grundlegend zu diesem Ansatz allerdings nur *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung: Eine verfassungsrechtliche Studie anhand der Kammern, der Sozialversicherungsträger und der Bundesanstalt für Arbeit, 1991, passim. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die akademische Selbstverwaltung als grundrechtlich überlagerter Teil der funktionalen Selbstverwaltung außer Betracht bleibt.

31 BVerfGE 83, 37 (51 ff.); eingehend in diesem Sinne *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung: Verfassungsrechtlicher Status – verfas-

sungsrechtlicher Schutz, 1997, S. 369 ff.; ähnlich auch *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung. Entscheidungsteilhaber Privater an der öffentlichen Verwaltung auf dem Prüfstand des Verfassungsprinzips Demokratie, 1993, S. 213 ff.

32 *Böckenförde*, in: HStR I, § 22 Rn. 33 f.

33 *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung. Entscheidungsteilhaber Privater an der öffentlichen Verwaltung auf dem Prüfstand des Verfassungsprinzips Demokratie, 1993, S. 537 ff.

demokratisches Repräsentationsprinzip immanent ist, wie es dem VerfGH vorschwebt, die Binnenorganisation der Hochschule und die Zusammensetzung nach Mitgliedsgruppen zu regeln.

dd) Das Modell der kollektiven personellen Legitimationsvermittlung

An der Vorgegebenheit des Organisationstypus der funktionalen Selbstverwaltung setzt schließlich auch das von Kluth³⁴ entwickelte Modell der kollektiven personellen Legitimationsvermittlung an. Zur Begründung des Erfordernisses einer personellen Vermittlung von Legitimation im Sinne des vom Verfassungsgerichtshof als Repräsentationsmandat bezeichneten Verhältnisses von Repräsentierten und Repräsentanten geht dieses Modell für die funktionale Selbstverwaltung davon aus, dass der Gesetzgeber den Mitgliedern der Träger funktionaler Selbstverwaltung – und damit in der Hochschulselbstverwaltung auch und zuvörderst den Hochschullehrern – die Wahrnehmung der sie betreffenden Aufgaben aufgrund ihrer besonderen sachlichen Befähigung zugewiesen hat.³⁵ Die Zuweisung organisatorisch-personeller Legitimation wird nach diesem Modell in dem Errichtungsakt des Selbstverwaltungsträgers gesehen, durch den einem nach bestimmten persönlichen Merkmalen bestimmter Personenkreis die Erfüllung von staatlichen Aufgaben in eigener Verantwortung, d.h. unter Einräumung von Entscheidungsfreiräumen, zugewiesen wird.³⁶ Folgte man dieser Auffassung im hiesigen Kontext, wäre damit freilich auch nur zum Ausdruck gebracht, dass die Hochschulselbstverwaltung als besonderer – grundrechtsdeterminierter – Organisationstypus der funktionalen Selbstverwaltung demokratischen Legitimationsmechanismen nicht von vornherein verschlossen ist. Es gilt aber auch nach dieser Auffassung, dass ein verfassungsrechtlich zwingender Modus, der etwa das vom VerfGH postulierte Repräsentationsmodell tragen könnte, gerade nicht existiert. Auch nach dem Modell der kollektiven personellen Legitimation gilt, dass die Entscheidung über die Ausgestaltung des Verhältnisses von Repräsentierten und Repräsentanten in den Organen der Selbstverwaltung dem einfachen Gesetzgeber obliegt.

b) Zusammenfassende Betrachtung zur binnendemokratischen Legitimationsvermittlung in der Hochschulselbstverwaltung

Sieht man einmal von dem – jedenfalls mit Blick auf die Hochschulselbstverwaltung kaum vertretbaren – Modell der autonomen personellen Legitimationsvermittlung ab, mit der unzulässigerweise neben das von Art. 20 Abs. 2, 28 Abs. 1 GG vorausgesetzte (Teil-)Staatsvolk im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung auch noch ein „Verbandsvolk“ treten würde, steht nach der Auseinandersetzung mit den Legitimationsmodellen in der funktionalen Selbstverwaltung fest, dass für das vom VerfGH geforderte Repräsentationsmandat³⁷ kein Raum besteht. Dies gilt selbst unter dem erweiternden Modell der kollektiven personellen Legitimationsvermittlung. Verfassungsrechtlich ist daher die Einbeziehung des demokratischen Prinzips im Sinne der organisatorisch-personellen Legitimationsvermittlung nicht einmal im Ansatz geboten. Es obliegt vielmehr nach wie vor dem einfachen Gesetzgeber, allein unter Berücksichtigung von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG (und in Baden-Württemberg, Art. 20 LV) über die Zusammensetzung und Gruppenvertretung in den Hochschulorganen zu bestimmen.

2. Materieller Hochschullehrerbegriff als Bestimmungskriterium der Gruppenzugehörigkeit

Als maßgebliches weiteres Kriterium bzw. als Argument zur Stützung der Annahme, dass es für die Zugehörigkeit zu einer Mitgliedsgruppe allein auf den Status als Hochschullehrer ankommt, ist der in der bundesverfassungsgerichtlichen bzw. zum Teil auch oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung herausgebildete materielle Hochschullehrerbegriff heranzuziehen.³⁸ Als Hochschullehrer gelten danach die Professoren, die aufgrund des je nach Landesrecht geforderten Qualifikationsnachweises mit der selbständigen Vertretung eines Faches in Forschung und Lehre betraut sind.³⁹ Die Hochschullehrereigenschaft beruht somit auf einer materiellen Qualifikation, für deren Ausfüllung es wiederum vor allem auf die Kriterien Aufgabenstellung, Funktion und Verant-

34 Kluth, Funktionale Selbstverwaltung: Verfassungsrechtlicher Status – verfassungsrechtlicher Schutz, 1997, insb. S. 374 ff.

35 Kluth, Funktionale Selbstverwaltung: Verfassungsrechtlicher Status – verfassungsrechtlicher Schutz, 1997, S. 374 ff., insb. S. 376 f.

36 Kluth, Funktionale Selbstverwaltung: Verfassungsrechtlicher Status – verfassungsrechtlicher Schutz, 1997, S. 374 ff., insb. S. 376 f.

37 VerfGH BW, Urteil v. 14.11.2016, 1 VB 16/15, juris Rn. 88.

38 BVerfGE 35, 79 (128); 43, 242; 47, 327; 51, 369; 56, 192; 61, 210; siehe auch BVerwGE 100, 160.

39 Die Rechtsprechung hatte ursprünglich vor allem auf das tradierte

Berufsbild des Universitätsprofessors, dessen Qualifikation vor allem auf eine Habilitation und die damit verbundene Erteilung der Lehrbefugnis zurückgeht, abgestellt, vgl. Pautsch, in: Pautsch/Dillenburger, Kompendium zum Hochschul- und Wissenschaftsrecht, 2. Aufl. 2016, A Rn. 21; Thieme, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 71. Heute werden nach Maßgabe der Landeshochschulgesetze auch alle übrigen Qualifikationswege, die mit dem Durchlaufen eines ordentlichen Berufungsverfahrens festgestellt werden, als maßgebliche Merkmale des materiellen Hochschullehrerbegriffs angesehen.

wortlichkeit, Einstellungsvoraussetzung und Berufungsverfahren, Dauer der Zugehörigkeit zur Universität und Interessenlage ankommt.⁴⁰ Auch nach Fortfall der bundesrechtlichen Rahmenkompetenz für das Hochschulwesen und der Verlagerung der Zuständigkeit für die Bestimmung der Qualifikationsanforderungen an eine Hochschulprofessur an die Länder hat sich an diesem nach materialen Kriterien zu bestimmenden Begriff des Hochschullehrers, der auch der Mitgliedsgruppenzuordnung zugrunde liegt, nichts Wesentliches geändert. Er kommt einfachgesetzlich so auch in den Einstellungsvooraussetzungen des § 47 LHG, mit Bedeutung für den hiesigen Kontext aber vor allem deutlich auch in § 24 Abs. 3 Satz 1 LHG, zum Ausdruck. Soweit dort auf die „der Fakultät angehörenden hauptberuflichen Professorinnen und Professoren“ Bezug genommen ist, die zur Dekanin oder zum Dekan wählbar sind, wird unterstrichen, dass es sich nur um diejenigen Hochschullehrer handeln kann, die vom verfassungsgerichtlich geprägten materiellen Hochschullehrerbegriff im beschriebenen Sinne umfasst sind. Ihre Tätigkeit und Einbindung in die (i.Ü. nicht hauptberufliche) akademische Selbstverwaltung durch Wahrnehmung etwa des Dekansamtes enthebt sie gerade nicht ihrer Eigenschaft, berufener Hochschullehrer an ihrer Hochschule und Vertreter ihres Faches zu sein. Im Gegenteil: Die Mitwirkung in Angelegenheiten der hochschulischen Selbstverwaltung ist spätestens seit Etablierung des Modells der Gruppenuniversität und Geltung der Anforderungen an die Hochschullehrermehrheit unter den Mitgliedergruppen integraler Bestandteil des Hochschullehrerberufs. Sie ist freilich auch unter dem Modell der „unternehmerischen Hochschule“ nie aufgegeben worden. Die Hochschullehrer repräsentieren ihre Mitgliedergruppe nämlich auch dann, wenn sie Ämter und Funktionen in der akademischen Selbstverwaltung übernehmen und ausüben. Dies ist zugleich Ausdruck dessen, dass es sich bei der Hochschulselbstverwaltung um eine durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG grundrechtsdeterminierte Form der (funktionalen) Selbstverwaltung handelt. Auch vor dem Hintergrund des materiellen Hochschullehrerbegriffs ist die Heraus-

nahme der Professoren, die Amtsmitglieder sind, aus der Mitgliedergruppe der Hochschullehrer – also ihrer „eigenen“ Mitgliedergruppe – somit im besten Falle künstlich und konstruiert. Bei Lichte besehen, offenbart sie indes ein unauflösbares Paradoxon des Urteils des VerfGH.

IV. Schlussbetrachtung

Der Beitrag hat aufgezeigt, dass die Hochschullehrermehrheit insbesondere im akademischen Senat nach Maßgabe des HRWeitEG in Baden-Württemberg künftig grundsätzlich ohne diejenigen Hochschullehrer zu bemessen ist, die sich der Aufgabe stellen, an der Verwaltung der Hochschule mitzuwirken und damit einer hauptberuflichen Hochschullehreraufgabe (§ 46 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 LHG) nachkommen. Der grundsätzliche Ausschluss dieser „Amts-Hochschullehrer“ – insbesondere der Dekane aus dem Senat – und der Stimmrechtsentzug in ihrer „eigenen“ Mitgliedergruppe, der sie zweifellos auch bei Wahrnehmung eines Amtes in der Hochschulselbstverwaltung weiter zugehören bzw. mit Blick auf die Gewährleistungen des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG zugehören müssen, ist das gesetzgeberische Resultat einer Verfassungsrechtsprechung, die sowohl den materiellen Hochschullehrerbegriff als auch die Mechanismen der personellen Legitimationsvermittlung in der funktionalen Selbstverwaltung nicht zutreffend würdigt. Es ist zu hoffen, dass das Urteil des VerfGH – vor allem mit Blick auf die „These vom Repräsentationsdefizit“ und den aufgezeigten hochschulnadäquaten Folgen – eine singuläre Entscheidung bleiben wird. In Baden-Württemberg hat sie einem praxisbewährten Zusammenwirken von Wahl- und Amtsmitgliedern im Senat ein jähes Ende bereitet.

Arne Pautsch ist Inhaber einer Professur für Öffentliches Recht und Kommunalwissenschaften an der Hochschule Ludwigsburg und dort derzeit amtierender Dekan der Fakultät I (Management und Recht). Der Beitrag gibt ausschließlich seine persönliche Auffassung wieder.

40 BVerfGE 47, 327; näher auch *Brehm/Zimmerling*, Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Hochschullehrerrecht, 2001, S. 1.

Elke Luise Barnstedt

Die Verantwortung der Hochschulen für den wissenschaftlichen Nachwuchs

Bund und Länder haben im Juni 2016 eine Verwaltungsvereinbarung zur Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses¹ abgeschlossen. Auf der Basis dieser Vereinbarung werden in zwei Tranchen insgesamt 1000 W1 bzw. W2-Tenure-Track-Professuren für die Dauer von jeweils bis zu acht Jahren ausgelobt und an mit ihren Anträgen erfolgreichen Universitäten und diesen durch das Landesrecht gleichgestellten Hochschulen (nachfolgend Hochschulen) im Umfang von insgesamt 1 Milliarde Euro finanziert. Da nur W1- bzw. W2-Tenure Track-Professuren damit geschaffen werden, erstaunt beim ersten Hinsehen der Titel der Verwaltungsvereinbarung: „Zur Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses“, denn die Gruppe der W1- und W2-Professuren ist (bisher) nur ein kleiner Anteil des wissenschaftlichen Nachwuchses. Jedoch haben Bund und Länder mit diesem Inzektiv, durch W1- bzw. W2-Tenure-Track-Stellen „für junge Wissenschaftler/innen... früher als bisher eine Entscheidung über den dauerhaften Verbleib im Wissenschaftssystem“² zu ermöglichen, mit den Antragsbedingungen Maßnahmen initiiert, die den gesamten wissenschaftlichen Nachwuchs erfassen. So sind:

– als Ziel des Programms in § 1 e) der Verwaltungsvereinbarung vorgesehen, dass mit der Etablierung der Tenure-Track-Professur ein Kulturwandel in den Hochschulen zu fördern ist und die Personalstruktur des *wissenschaftlichen Personals an der gesamten Universität*^{3,4} so weiterzuentwickeln ist, dass diese den neuen Karriereweg optimal ergänzt und auch Karrierewege außerhalb der Professur aufzeigt;

– mit dem Antrag („Gesamtkonzept“) gem. § 5 Abs. 2 a) der Verwaltungsvereinbarung eine Bestandaufnahme der *Personalstruktur und des Berufungs- und Karrieresystems vorzulegen*, die auch den aktuellen Stand der Implementierung von Tenure-Track-Modellen umfassen müssen;

– gem. § 5 Abs. 2 b) der Verwaltungsvereinbarung die *Weiterentwicklung der Personalstruktur und der Karrierewege des wissenschaftlichen Nachwuchses darzustellen*; darin sollen auch Aussagen über die Zusammenhänge zwischen den strategischen Zielen für die Implementierung der Tenure-Track-Professur und *den Zielen und*

Maßnahmen der Nachwuchsförderung und der Personalentwicklungsplanung von den Universitäten im Antrag enthalten sein;

– nachzuweisen, dass *Personalentwicklung für den wissenschaftlichen Nachwuchs und das gesamte wissenschaftliche Personal* ein strategisches Handlungsfeld der Universitätsleitung ist und darüber hinaus, dass die Universität über ein *Personalentwicklungskonzept* verfügt (§ 5 Abs. 1 der Verwaltungsvereinbarung).

Diese Anforderungen gehen weit über den mit der Verwaltungsvereinbarung geförderten Personenkreis der W1- bzw. W2-Tenure-Track-Professuren hinaus. Vielmehr müssen die Hochschulen sich bei einer Beteiligung an diesem Programm mit dem gesamten wissenschaftlichen Nachwuchs befassen und für diesen Personenkreis eine Personalentwicklung und Weiterentwicklung der Personalstruktur sowie der Karrierewege in Angriff nehmen. Damit steckt in dem Programm auch das, was der Name des Programms verheißt: eine Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses insgesamt.

Ergänzend sei erwähnt, dass in dem Programm darüber hinaus noch mehr steckt: Soweit gem. § 1 e) der Verwaltungsvereinbarung *die Personalstruktur des wissenschaftlichen Personals an der gesamten Universität* weiterentwickelt werden soll und gem. § 5 Abs. 1 der Verwaltungsvereinbarung gefordert wird, dass Personalentwicklung für den wissenschaftlichen Nachwuchs und *das gesamte wissenschaftliche Personal* ein strategisches Handlungsfeld der Universitätsleitung ist und darüber hinaus die Universität über ein Personalentwicklungskonzept verfügen muss, beziehen sich die Anforderungen für die Antragstellung auf das gesamte wissenschaftliche Personal. Damit initiiert die Verwaltungsvereinbarung zugleich Maßnahmen (so etwa eine Personalentwicklung und ein Personalentwicklungskonzept) in den Hochschulen und damit der Hochschulleitungen für Personen, die nicht mehr wissenschaftlicher Nachwuchs sind. Dazu zählen etwa auch die Professoren/Professorinnen sowie die wissenschaftlichen Mitarbeiter/innen, sei es im Angestellten oder Beamtenverhältnis, die eben nicht mehr zum wissenschaftlichen Nachwuchs zählen,

1 <http://www.gwk-bonn.de/fileadmin/Papers/Verwaltsatz, ungsvereinbarung-wissenschaftlicher-Nachwuchs-2016.pdf>, zukünftig: Verwaltungsvereinbarung.

2 Verwaltungsvereinbarung, siehe Fußn. 2, Präambel 2. Absatz, Satz 2.

3 Die Verwaltungsvereinbarung verwendet den Begriff Universität für Universitäten und die nach Landesrecht gleichgestellten Hochschulen.

4 Die und die folgenden Hervorhebungen erfolgen durch die Verfasserin.

so etwa jene, die eine dauerhafte Anstellung haben. Viele Hochschulen haben bereits in den vergangenen Jahren begonnen, Personalentwicklung z. B. in Form von Fort- und Weiterbildungsangeboten, Zielvereinbarungen, Mitarbeiter/-innen-Gespräche und zum Teil auch in Gestalt von Personalentwicklungsplänen aktiv zu gestalten. Durch diese Antragsvoraussetzungen werden diese Aktivitäten bestärkt bzw. es müssen im Vorfeld einer Antragstellung derartige Aktivitäten ergriffen werden. Und immerhin haben 75 Hochschulen einen Antrag gestellt.

I. Definition des wissenschaftlichen Nachwuchses

Auf der Basis der Verwaltungsvereinbarung „zur Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses“ werden W1- und W2-Professuren gefördert. Während mit einer W1-Tenure-Track-Professur Nachwuchswissenschaftler/innen nach einer Post-Doc-Phase gewonnen werden sollen, sehen die meisten Hochschulgesetze für W2-Professuren die gleichen Einstellungsvoraussetzungen wie für W3-Professuren⁵ und damit für die Spitzenposition von Wissenschaftler/innen in den Hochschulen vor. Außerdem wird in der Regel eine Habilitation als Einstellungsvoraussetzung verlangt. Dies spricht dafür, dass W2-Stelleninhaber/innen nicht unbedingt Nachwuchswissenschaftler/innen sind, auch wenn das zu Grund liegende Beamtenverhältnis befristet ist. Stellt man aber die Frage nach der Verantwortung der Hochschulen für den wissenschaftlichen Nachwuchs die Festlegung voraus, so setzt dieses vor, dass klar umrissen wird, welche Personen und Personengrup-

pen unter dem Begriff des wissenschaftlichen Nachwuchses zu fassen sind.

Der Bundesbericht Wissenschaftlicher Nachwuchs 2017 befasst sich ausführlich mit den verschiedenen Definitionen des Begriffes wissenschaftlicher Nachwuchs.⁶ Es wird darin zunächst festgestellt, dass mit dem Begriff des wissenschaftlichen Nachwuchses im „engeren“ Sinne Personen gemeint sind, „die sich wissenschaftlich qualifizieren, das heißt eine Promotion anstreben oder das Karriereziel der Professur beziehungsweise einer wissenschaftlichen Leitungsposition“.⁷ Was dann aber unter wissenschaftlichem Nachwuchs im „weiteren“ Sinne zu verstehen ist, sagt der Bericht nicht ausdrücklich. Es wird aber darin nur wenige Zeilen später unter der These, der Begriff des wissenschaftlichen Nachwuchses erscheine „per se problematisch“,⁸ ausgeführt, dass zum wissenschaftlichen Nachwuchs oftmals auch solche gezählt werden, „die keine Professur oder wissenschaftliche Leitungsposition anstreben beziehungsweise bei denen das Qualifizierungs- und Karriereziel aufgrund von mangelnden Informationen nicht eindeutig festgestellt werden kann“.⁹ Es scheint so, als wolle der Bericht jene Wissenschaftler/innen, die nach der Promotion an einer Universität verbleiben, um sich zu qualifizieren, ohne jedoch eine Professur oder eine wissenschaftliche Leitungsposition anzustreben, nicht zum wissenschaftlichen Nachwuchs zählen. Desgleichen sollen wohl auch jene nicht zum wissenschaftlichen Nachwuchs zählen, die nach einem Hochschulabschluss an einer Hochschule wissenschaftlich zur eigenen Qualifikation tätig sind, ohne eine Promotion anzustreben. Aber warum sollten insbesondere die Promovier-

5 § 47 Gesetz über die Hochschulen in Baden-Württemberg (Landeshochschulgesetz - LHG) vom 1. Januar 2005 (GBl. 2005, S. 1) in der Fassung des Gesetzes vom 7. November 2017 (GBl. S. 584); Art.7 Bayerisches Hochschulpersonalgesetz (BayHSchPG) vom 23. Mai 2006 (GVBl. S. 230, BayRS 2030-1-2-K), in der Fassung von § 2 des Gesetzes vom 13. Dezember 2016 (GVBl. S. 369); § 100 Gesetz über die Hochschulen im Land Berlin (Berliner Hochschulgesetz - BerlHG) in der Fassung vom 26. Juli 2011 (GVBl. 2011, S. 378) in der Fassung des Artikel 6 des Gesetzes vom 02.02.2018 (GVBl. S. 160); § 41 Brandenburgisches Hochschulgesetz (BbgHG) vom 28. April 2014 (GVBl.I/14, [Nr. 18]) in der Fassung von Artikel 2 des Gesetzes vom 1. Juli 2015 (GVBl.I/15, [Nr. 18]); § 116 Bremisches Hochschulgesetz (BremHG vom 9. Mai 2007 (Brem.GBl. S. 339) in der Fassung von Artikel 1 des Gesetzes vom 20. Juni 2017 (Brem. GBl. S. 263); § 15 Hamburgisches Hochschulgesetz (HmbHG) vom 18. Juli 2001 (HmbGVBl. 2001, S. 171) in der Fassung von Artikel 2 des Gesetzes vom 28. November 2017 (HmbGVBl. S. 365)6); § 62 Hessisches Hochschulgesetz (HHG) vom 14. Dezember 2009 (GVBl. I S. 666) in der Fassung von Artikel 2 des Gesetzes vom 18. Dezember 2017 (GVBl. S. 482); § 58 Gesetz über die Hochschulen des Landes Mecklenburg-Vorpommern (Landeshochschulgesetz - LHG M-V) vom 25. Januar 2011 (GVOBl. M-V 2011, S. 18) in der Fassung von Artikel 3 des Gesetzes vom 11. Juli 2016 (GVOBl. M-V S. 550, 557); § 25 Niedersächsisches Hochschulgesetz (NHG) vom 26. Februar 2007 (Nds. GVBl. S. 69), in der Fassung von Artikel 1 des Gesetzes vom 15. Dezember 2015 (Nds. GVBl. S. 384); § 36 Gesetz über die

Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (Hochschulgesetz - HG) vom 16. September 2014 (GV. NRW. S. 547) (1) in der Fassung von Artikel 3 des Gesetzes vom 17. Oktober 2017 (GV. NRW. S. 806) (2); § 49 Hochschulgesetz Rheinland-Pfalz (HochSchG) vom 19. November 2010 in der Fassung von Artikel 7 des Gesetzes vom 07.02.2018 (GVBl. S. 9); § 41 Saarländisches Hochschulgesetz (SHSG) vom 30. November 201 (Amtsblatt 2016, S. 1080); § 40 Hochschulgesetz des Landes Sachsen-Anhalt (HSG LSA) vom 14. Dezember 2010 (GVBl. LSA S. 600, ber. 2011 S. 561) in der Fassung von Artikel 7 des Gesetzes vom 25. Februar 2016 (GVBl. LSA S. 89, 94; § 5 Abs.2 Nr. 2 Gesetz über die Freiheit der Hochschulen im Freistaat Sachsen (Sächsisches Hochschulfreiheitsgesetz - SächsHSFG) Sächsisches vom 15. Januar 2013 (SächsGVBl. S. 3), in der Fassung des Gesetzes vom 15. Oktober 2017 (SächsGVBl. S. 546; § 61 Gesetz über die Hochschulen und das Universitätsklinikum Schleswig-Holstein (Hochschulgesetz - HSG) vom 5. Februar 2016 in der Fassung von Art. 4 des Gesetzes vom 21.02.2018 (GVOBl. S. 58); § 77 Thüringer Hochschulgesetz (ThürHG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. September 2016 (GVBl. 2016, S.437).

6 Bundesbericht Wissenschaftlicher Nachwuchs 2017, Herausgeber: Konsortium Bundesbericht Wissenschaftlicher Nachwuchs, S. 65 ff., im Folgenden: Bundesbericht.

7 Bundesbericht, S. 65.

8 Bundesbericht, S. 65.

9 Bundesbericht, S. 65.

ten, die sich im Anschluss daran an einer Hochschule weiterqualifizieren ohne aber eine Hochschullaufbahn anzustreben, nicht zum wissenschaftlichen Nachwuchs gehören, zumal die Promovierenden vollkommen unstrittig zum wissenschaftlichen Nachwuchs zählen, obgleich sie in der Regel und zum allergrößten Teil das Ziel haben, nach der Promotion die Hochschule zu verlassen und dies auch tun. Auch eine Post-Doc-Phase kann und soll in der Regel der weiteren wissenschaftlichen Qualifikation dienen, auch wenn nicht das Ziel einer Professur oder einer wissenschaftlichen Leitungsposition angestrebt wird. Eine Post-Doc-Phase, die sich in der Regel durch eine größere Selbstständigkeit auszeichnet und auch oftmals schon mit einer gewissen Führungsverantwortung verbunden ist, qualifiziert auch für Tätigkeiten in der Wirtschaft oder im allgemeinen öffentlichen Dienst. Die Intention, dass der wissenschaftliche Nachwuchs nicht nur auf eine Karriere in der Wissenschaft beschränkt ist, greift auch die Verwaltungsvereinbarung auf. Diese verlangt in § 1 e) von den Hochschulen, die Personalstruktur des wissenschaftlichen Personals so weiterzuentwickeln, dass nicht nur der neue Karriereweg der Tenure-Track-Professur und damit der Weg zu einer Professur optimal ergänzt werden, sondern dass auch *Karrierewege außerhalb der Professur* aufgezeigt werden.

Die Verengung des Begriffes „wissenschaftlicher Nachwuchs“ auf jene, die eine Professur oder eine wissenschaftlichen Leitungsposition anstreben, verquickt die berufliche Situation einer weiteren Qualifizierung nach dem Hochschulabschluss/der Promotion mit dem Ziel der Qualifizierung. Wenn vom wissenschaftlichen Nachwuchs die Rede ist, dann geht es um den wissenschaftlichen Nachwuchs *in* oder *an* einer Hochschule, nicht aber unbedingt *für* die Hochschule (n). In diesem Sinn hat auch der Wissenschaftsrat bereits 1980 in seinen Empfehlungen zur Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses vom 25. Januar 1980¹⁰ den wissenschaftlichen Nachwuchs definiert als jene Personen, „die sich im Anschluss an einen Studienabschluss durch wissenschaftliche Arbeiten an einer Hochschule oder einer außeruniversitären Forschungseinrichtung für eine Tätigkeit qualifizieren, in der sie an der Mehrung und Weiterentwicklung der wissenschaftlichen Erkenntnisse und technischen Innovation mitwirken

können.“¹¹ Im Folgenden unterscheidet der Wissenschaftsrat sehr differenziert zwischen: 1. Hochschulabsolventen, die sich wissenschaftlich weiterqualifizieren, ohne damit eine Promotion anzustreben (Post-Graduierte), 2. solchen, die sich auf eine Promotion vorbereiten (Doktoranden), 3. Hochschulabsolventen, die sich im Anschluss an die Promotion wissenschaftlich weiterqualifizieren, ohne mit einem unmittelbaren Verbleiben an der Hochschule oder vergleichbaren Institution zu rechnen (Post-Doktoranden) und 4. Hochschulabsolventen, die sich im Anschluss an die Promotion wissenschaftlich weiterqualifizieren mit dem Ziel eines Verbleibens in der Hochschule (Hochschullehrernachwuchs). Insbesondere aus den beiden letztgenannten Differenzierungen wird deutlich, dass der Status bei beiden Gruppen gleich ist und in der weiteren Qualifizierung nach der Promotion besteht. Die unterschiedlichen Ziele, nämlich ein Verbleiben an einer Hochschule in der Regel in Gestalt der Übernahme einer Professur oder aber eine Position außerhalb der Hochschule, sind zunächst individuelle Ziele („Karriereintentionen“¹²) der einzelnen Personen, die oftmals nicht offenkundig sind und sich auch im Laufe der Qualifizierungsphase ändern können. Dass diese beiden Karriereziele oder -intentionen heute von sich nach der Promotion Qualifizierenden prozentual fast schon gleichrangig angestrebt werden, zeigt die WiNbus-Erhebung 2013/2014,¹³ nach der auf die Frage: „Und nun zu Ihren konkreten Absichten: In welchem Bereich streben Sie eine berufliche Tätigkeit an?“ immerhin 40% das Ziel einer Tätigkeit außerhalb der Hochschule angegeben haben.¹⁴ Die Definition des Wissenschaftsrates legt aber auch nahe, dass diejenigen, die sich habilitiert und damit sozusagen das höchste Qualifikationsziel an einer Hochschule erreicht haben, nicht mehr zum wissenschaftlichen Nachwuchs zählen.

Interessant ist, dass der Bericht bei der Suche nach einer Definition überwiegend sich mit beschreibenden Modellen, wie etwa das Phasenmodell der EU-Kommission¹⁵ oder auch das Gruppenmodell des Statistischen Bundesamtes¹⁶ befasst.¹⁷ Da aber der Begriff „wissenschaftlicher Nachwuchs“ einen bestimmten Personenkreis in den/in einer Hochschule/n erfassen und beschreiben will, hätte es nahe gelegen, zu fragen, ob und wenn ja wie die Lan-

10 Abzurufen unter <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/4526-80.pdf>, zuletzt abgerufen am 22. März 2018.

11 S. 3 der Empfehlungen zur Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses vom 25. Januar 1980 (Drucksache 4526/80, abzurufen unter <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/4526-80.pdf>, zuletzt abgerufen am 22. März 2018.

12 Bundesbericht, Nachweis siehe Fußnote 7, Seite 179.

13 K. Briedis, S. Jaksztat, N. Preßler, R. Schürmann, A. Schwarzer (2014): Berufswunsch Wissenschaft? HIS Forum Hochschule, Hannover.

14 K. Briedis, S. Jaksztat, N. Preßler, R. Schürmann, A. Schwarzer

(2014): Berufswunsch Wissenschaft? HIS Forum Hochschule, Hannover, S. 16.

15 European Commission (2011): Towards a European Framework for research careers S. 2, abzurufen unter https://cdn5.euraxess.org/sites/default/files/policy_library/towards_a_european_framework_for_research_careers_final.pdf, zuletzt abgerufen am 25. April 2018.

16 Statistisches Bundesamt (2014): Indikatorenmodell für die Berichterstattung für die Berichterstattung zum wissenschaftlichen Nachwuchs, Endbericht, S.11.

17 Bundesbericht (Nachweis siehe Fußnote 6) S. 65 ff.

deshochschulgesetze diesen Personenkreis bedenken und gegebenenfalls definieren. Hinzukommt, dass in der Regel der wissenschaftliche Nachwuchs auch zugleich in einem Arbeits- oder Dienstverhältnis steht, die Gruppe der mittels Stipendien Finanzierten ist – im Gegensatz zu vielen anderen Hochschultraditionen in anderen Ländern, wie etwa in der USA und auch Großbritannien – in Deutschland bei den Promotionen aber auch bei den weiteren Qualifikationen im Anschluss an die Promotion gering.¹⁸ Eine Änderung ist weder absehbar noch anzustreben, da ein Beschäftigungsverhältnis im Gegensatz zum Stipendium in der Regel zugleich eine soziale Absicherung in Gestalt einer Altersversorgung, Krankenversicherung sowie Arbeitslosenversicherung bedeutet. Eben wegen dieser Arbeitsverhältnisse ist auch die Bundesebene von Bedeutung, denn das Wissenschaftszeitvertragsgesetz¹⁹ (WissZeitVG) will gerade den rechtlichen Rahmen von Arbeitsverhältnissen für eine wissenschaftliche Qualifikation gestalten, in dem es in der Gesetzesbegründung heißt: „Es (*das Wissenschaftszeitgesetz*) stellt zudem sicher, dass sich jede Generation von Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern qualifizieren kann“ und weiter: „die im WissZeitVG verankerten Sonderregelungen zur Befristung in der Qualifizierungsphase und in drittmittelfinanzierten Projekten stellen geeignete und überwiegend belastbare Instrumente dar, um befristete

Beschäftigungsverhältnisse mit Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern eingehen zu können.“²⁰

II. Der wissenschaftliche Nachwuchs in den Landeshochschulgesetzen

Zunächst kann festgestellt werden, dass sich Landeshochschulgesetze in vielfältiger Weise und in sehr unterschiedlichem Umfang mit dem wissenschaftlichen Nachwuchs befassen, aber eine Definition des Begriffes wissenschaftlicher Nachwuchs in keinem enthalten ist. In allen Hochschulgesetzen ist – mit leichten Formulierungsvarianten – geregelt, dass den Hochschulen die Aufgabe obliegt, den wissenschaftlichen und künstlerischen Nachwuchs zu fördern/ zu betreuen/ auszubilden.²¹ Mit dieser zentralen Aussage greifen die Landeshochschulgesetze § 2 Abs. 2 HRG²² auf, wonach die Hochschulen entsprechend ihrer Aufgabenstellung den wissenschaftlichen und künstlerischen Nachwuchs fördern. Zu dieser Vorschrift hat das Bundesverwaltungsgericht²³ festgestellt, dass daraus eine Förderpflicht der Universität und im Falle einer Habilitation eine Betreuungspflicht der „Mutterfakultät“ folge. Diese Betreuungspflicht ende auch bei einer landesrechtlichen Trennung von Habilitation und Lehrbefugnis nicht schon ohne weiteres mit der Erlangung der Lehrbefähigung, sondern

18 Laut dem Statistischen Bundesamt, Promovierende in Deutschland – Wintersemester 2014/2015, S.37 f. wurden im Wintersemester 204/2015 16% der Promovierenden durch Stipendien gefördert. Wobei in Veröffentlichungen die Zahl der sich in einem Beschäftigungsverhältnis befindenden Promovierenden sehr unterschiedlich sind, siehe Statistisches Bundesamt, Indikationenmodell Statistisches Bundesamt (2014): Indikatorenmodell für die Berichterstattung für die Berichterstattung zum wissenschaftlichen Nachwuchs, Endbericht, S.99.

19 Gesetz über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft (Wissenschaftszeitvertragsgesetz - WissZeitVG) vom 12.04.2007 (BGBl. I S. 506), zuletzt geändert durch Artikel 6 Absatz 4 des Gesetzes vom 23. Mai 2017 (BGBl. I S. 1228).

20 BT-Drucksache 18/6489 vom 28.10. 2015, S. 7.

21 § 2 Abs. 1 Gesetz über die Hochschulen in Baden-Württemberg (Landeshochschulgesetz - LHG) vom 1. Januar 2005 (GBl. 2005, S. 1) in der Fassung des Gesetzes vom 7. November 2017 (GBl. S. 584); Art.2 Abs. 2 Bayerisches Hochschulgesetz (BayHSchG) vom 23. Mai 2006 (GVBl. S. 245, BayRS 2210-1-1-K), in der Fassung vom 19. Dezember 2017 (GVBl. S. 568); § 3 Abs. 3 Brandenburgisches Hochschulgesetz (BbgHG) vom 28. April 2014 (GVBl.I/14, [Nr. 18]) in der Fassung von Artikel 2 des Gesetzes vom 1. Juli 2015 (GVBl.I/15, [Nr. 18]); § 4 Abs. 3 Gesetz über die Hochschulen im Land Berlin (Berliner Hochschulgesetz - BerHG) in der Fassung vom 26. Juli 2011 (GVBl. 2011, S. 378) in der Fassung des Artikel 6 des Gesetzes vom 02.02.2018 (GVBl. S. 160); § 3 Abs.3 Bremisches Hochschulgesetz (BremHG) vom 9. Mai 2007 (Brem.GBl. S. 339) in der Fassung von Artikel 1 des Gesetzes vom 20. Juni 2017 (Brem.GBl. S. 263); § 3 Abs. 2 Hamburgisches Hochschulgesetz (HmbHG) vom 18. Juli 2001 (HmbGVBl. 2001, S. 171) in der Fassung von Artikel 2 des Gesetzes vom 28. November 2017 (HmbGVBl. S. 365)6); § 4 Abs. 1-4 Hessisches Hochschulgesetz (HHG) vom 14. Dezember 2009 (GVBl. I S.

666) in der Fassung von Artikel 2 des Gesetzes vom 18. Dezember 2017 (GVBl. S. 482); § 3 Abs. 2 Gesetz über die Hochschulen des Landes Mecklenburg-Vorpommern (Landeshochschulgesetz - LHG M-V) vom 25. Januar 2011 (GVOBl. M-V 2011, S. 18) in der Fassung von Artikel 3 des Gesetzes vom 11. Juli 2016 (GVOBl. M-V S. 550, 557); § 3 As.1 Nr.3 Niedersächsisches Hochschulgesetz (NHG) vom 26. Februar 2007 (Nds. GVBl. S. 69), in der Fassung von Artikel 1 des Gesetzes vom 15. Dezember 2015 (Nds. GVBl. S. 384); § 3 Abs. 1 Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (Hochschulgesetz - HG) vom 16. September 2014 (GV. NRW. S. 547) (1) in der Fassung von Artikel 3 des Gesetzes vom 17. Oktober 2017 (GV. NRW. S. 806) (2); § 5 Abs. 3 Hochschulgesetz Rheinland-Pfalz (HochSchG) vom 19. November 2010 in der Fassung von Artikel 7 des Gesetzes vom 07.02.2018 (GVBl. S. 9); § 3 Abs. 2 und 3 Saarländisches Hochschulgesetz (SHSG) vom 30. November 201 (Amtsblatt 2016, S. 1080); § 3 Abs.3 Hochschulgesetz des Landes Sachsen-Anhalt (HSG LSA) vom 14. Dezember 2010 (GVBl. LSA S. 600, ber. 2011 S. 561) in der Fassung von Artikel 7 des Gesetzes vom 25. Februar 2016 (GVBl. LSA S. 89, 94); § 5 Abs.2 Nr. 2 Gesetz über die Freiheit der Hochschulen im Freistaat Sachsen (Sächsisches Hochschulfreiheitsgesetz – SächsHSFG) Sächsisches vom 15. Januar 2013 (SächsGVBl. S. 3), in der Fassung des Gesetzes vom 15. Oktober 2017 (SächsGVBl. S. 546); § 3 Abs. 6 Gesetz über die Hochschulen und das Universitätsklinikum Schleswig-Holstein (Hochschulgesetz - HSG) vom 5. Februar 2016 in der Fassung von Art. 4 des Gesetzes vom 21.02.2018 (GVOBl. S. 58); § 5 Abs. 3 Thüringer Hochschulgesetz (ThürHG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. September 2016 (GVBl. 2016, S.437).

22 Hochschulrahmengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Januar (BGBl. I s.18), in der Fassung von Art. 6 Abs. 2 des Gesetzes vom 23. Mai 2017 (BGBl. I S. 1228).

23 BVerwGE 91, 24 (44).

erst, wenn das Ziel des Betreuungsverhältnisses, die von der Fakultät zu leistende Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses, erreicht sei. Wann dies der Fall sei, hänge mithin von der Entscheidung ab, ob eine auf dieser Befähigung aufbauende „Laufbahn“ eingeschlagen werden soll. Diese Entscheidung aber liege allein beim Habilitierten.²⁴ Aus dieser Entscheidung wird deutlich, dass das Bundesverwaltungsgericht zwischen der Qualifizierung als solcher und dem Ziel der Qualifizierung unterscheidet und hierzu hervorhebt, dass das Ziel der Qualifizierung (eine Karriere innerhalb oder außerhalb der Hochschule) individuelle Ziele (siehe oben „Karriereintentionen“) sind.

Der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts liegt ein individueller Fall zu Grunde, weshalb sich das Bundesverwaltungsgericht zur Pflicht gegenüber dem/der einzelnen Nachwuchswissenschaftler/in äußert. Das Hochschulrahmengesetz und die Landeshochschulgesetze regeln aber auch eine Pflicht gegenüber der und für die Allgemeinheit, den wissenschaftlichen Nachwuchs zu fördern. Diese Aufgabe leitet da Bundesverfassungsgericht aus Art. 5 Abs. 2 GG her, in dem es in seinem Beschluss vom 24. April 1996 ausführte: „Zur sachgerechten Förderung des akademischen Nachwuchses, einer aus Art. 5 Abs. 3 GG folgenden Aufgabe, ist die generelle Befristung der Beschäftigungsverhältnisse von wissenschaftlichen Mitarbeitern geeignet und auch erforderlich. Arbeitsverhältnisse, die Gelegenheit zur wissenschaftlichen Weiterbildung nach Beendigung eines Studiums geben, sind dazu unentbehrlich. Kontinuierliche Nachwuchsförderung in Arbeitsverhältnissen kann nur betrieben werden, wenn die beschränkt vorhandenen Stellen immer wieder frei werden.“²⁵

Neben der Pflicht, den wissenschaftlichen Nachwuchs zu fördern, befassen sich die Hochschulgesetze der Länder unter verschiedenen Aspekten ausdrücklich mit dem wissenschaftlichen Nachwuchs. Die besondere Bedeutung des wissenschaftlichen Nachwuchses wird dadurch hervorgehoben, dass in vielen Hochschulgesetzen ausdrücklich eine Zuständigkeit des Senats für die (grundsätzlichen) Angelegenheiten des wissenschaftlichen Nachwuchses begründet wird.²⁶ Auch ist in mehre-

ren Hochschulgesetzen eine (zum Teil zusätzliche) Zuständigkeit der Fachbereiche oder Fakultäten für die Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses vorgesehen.²⁷ Das Hochschulgesetz von Sachsen-Anhalt regelt in § 102 HSG LSA darüber hinaus, dass die wissenschaftlichen Einrichtungen verpflichtet sind, den wissenschaftlichen Nachwuchs zu fördern. Hamburg (§ 92 Abs.1 HmbHG) sieht vor, dass die Zuständigkeit der Heranbildung des wissenschaftlichen Nachwuchses auf Fakultäten übertragen werden kann, und Brandenburg (§ 33 BbgHG) schreibt vor, dass die Zuständigkeit zur Entscheidung von grundsätzlichen Fragen betreffend die Förderung des wissenschaftlichen und künstlerischen Nachwuchses in der Grundordnung zu regeln sind. Ähnlich wird in Niedersachsen § 33 Abs. 2 NHG verlangt, dass die Hochschule sich in Fakultäten oder andere Organisationseinheiten zu gliedern hat, die möglichst fächerübergreifend die Aufgaben bei der Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses erfüllen. Insgesamt zeigen auch diese Zuständigkeitsregelungen, dass der wissenschaftliche Nachwuchs eine zentrale Bedeutung in den Landesgesetzen und damit in den Hochschulen hat.

Die zentrale Bedeutung des wissenschaftlichen Nachwuchses kommt ferner in § 5 HRG um Ausdruck, wonach die staatliche Finanzierung sich u.a. an den bei der Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses erbrachten Leistungen zu orientieren hat. Mehrere Landesgesetze haben dies entweder im Wortlaut sehr ähnlich geregelt²⁸ oder vorgesehen, dass die Leistungen bei der Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses ein Kriterium für die interne Mittelverteilung ist (§ 81 Abs.2 BremHG). Eine weitere Variante ist, die Leistungen bei der Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses in der Zielvereinbarung zwischen Ministerium und Hochschule festzulegen.²⁹ Ebenso sehen mehrere Hochschulgesetze entsprechend § 6 HRG vor, dass eine regelmäßige Bewertung der Leistungen u.a. bei der Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses zu erfolgen hat.³⁰

Hervorzuhaben ist, dass viele Landesgesetze ausdrücklich oder zumindest inzident regeln, dass die För-

24 BVerwGE ebenda.

25 BVerfG 1 BvR 712/86, Rdnr. 111, http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1996/04/rs19960424_1bvr071286.html, zuletzt abgerufen am 8. April 2018.

26 Gesetzesfundstellen siehe Fußnote 21, so § 19 Nr. 11 LHG B-W, Art.28 Abs. 3 Nr.2 BayHSchG, § 61 Abs.1 Nr. 9 BerlHG, § 36 Abs. 2 Nr.4 HHG, § 76 Abs. 2 Nr.14 HochSchG R-P, § 21 Abs. 1 Nr. 14 HSG S-H, § 81 Abs. 1 Nr. 8 SächsHSFG und § 67 Abs. 3 Nr. 7 HSG LSA geregelt.

27 Gesetzesfundstellen siehe Fußnote 21, so etwa in § 87 Nr.3

BremHG, § 86 Abs. 2 Nr.7 HochSchG R-P, § 28 Abs. 2 Nr.7 HSG S-H, § 76 Abs.1 Nr. 5 HSG LSA.

28 Gesetzesfundstellen siehe Fußnote 21, so etwa in Art.5 Abs. 2 BayHSchG, § 16 Abs.1 LHG M-V, § 102 HochSchG R-P und § 13 ThürHG.

29 Gesetzesfundstellen siehe Fußnote 21, § 7 Abs.2 HHG, § 1 Abs. 3 Nr.3 NHG, § 10 Abs.2 SHSG, § 57 Abs.2 Nr. 2 HSG LSA, § 12 ThürHG.

30 Gesetzesfundstellen siehe Fußnote 21, Art. 16 BayHchG; § 27 Abs.1 BbgHG, § 8 SHSG, § 9 SächsHSFG; § 8 ThürHG.

derung des wissenschaftlichen Nachwuchses Dienstaufgabe der Hochschullehrer/innen ist.³¹

Alles in allem hat der wissenschaftliche Nachwuchs im Hochschulrahmengesetz und in den Landesgesetzen eine prominente Stellung, die Betreuung und Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses wird nicht nur generell als Aufgabe der Hochschulen bestimmt, sondern die Leistungen der Hochschulen bei der Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses sind Indikatoren für die externe und zum Teil interne Mittelverteilung. Vor allem sind die Zuständigkeiten für die Betreuung und Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses in der Regel auf oberster Ebene in der Organisationsstruktur (Senat) aber auch in der Hierarchie (Hochschullehrer/innen) vorgesehen. Viele Hochschulen haben inzwischen im Rektorat/Präsidium ein Mitglied, das für Forschung und wissenschaftlichen Nachwuchs zuständig ist.³² Insgesamt beinhaltet die Aufgabe, den wissenschaftlichen Nachwuchs zu fördern, die individuelle Förderung und Betreuung des/der einzelnen Nachwuchswissenschaftlers/Nachwuchswissenschaftlerin aber auch die grundsätzliche Pflicht, den Nachwuchs zu fördern und damit mittels befristeter Arbeitsverträge Stellen für den wissenschaftlichen Nachwuchs bereit zu halten.

Bemerkenswert ist, dass kein Hochschulgesetz eine Legaldefinition für die Personengruppe des wissenschaftlichen Nachwuchses enthält. Soweit in den Landesgesetzen das wissenschaftlich tätige Personal und die akademischen Mitarbeiter/innen definiert werden,³³ enthalten diese Definitionen keine Aussagen zum wissenschaftlichen Nachwuchs. Dieser Personenkreis ist zwar in der Gruppe des wissenschaftlichen Personals und der der akademischen Mitarbeiter/innen enthalten, aber die letztgenannten Begriffe sind umfassender und inkludieren z. T. auch Professoren/Professorinnen sowie akademische/wissenschaftliche Mitarbeiter/innen auf

Lebenszeit oder aber Lektorinnen/Lektoren.³⁴ Auch sind die Juniorprofessuren und damit eine Untergruppe des wissenschaftlichen Nachwuchses in der Gruppe der Hochschullehrer/innen enthalten.³⁵ Die Regelungen in den Landesgesetzen erwecken den Eindruck, als bestünde ein allgemeiner Konsens, welche Personen in einer Hochschule als wissenschaftlicher Nachwuchs anzusehen ist. Wie bereits dargestellt,³⁶ ist dies aber keinesfalls der Fall. Nicht nur der Bundesbericht³⁷ sondern auch der des Statistischen Bundesamtes (2014)³⁸ heben dies hervor. Das Statistische Bundesamt vermutet, dies sei darin begründet, weil früher der erste Schritt der wissenschaftlichen Qualifikation die Promotion war, an die sich in wenigen Fällen die Habilitation anschloss; heute aber die Karrierewege zur Professur aber die Karrierewege insbesondere in Gestalt einer Juniorprofessur und auch einer Post-Doc-Phase vielfältiger seien.³⁹ So ganz vermag dies nicht zu überzeugen oder aber das statistische Bundesamt geht mit seiner Deutung weit zurück in die Geschichte. Hat doch der Wissenschaftsrat – wie dargestellt⁴⁰ – bereits in seinen Empfehlungen zur Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses vom 25. Januar 1980 in überzeugender Weise die verschiedenen Qualifikationsstufen dargestellt, die eben vielfältige und auch Qualifikationsziele außerhalb der Hochschule beinhalten.

Ferner verwenden das Hochschulrahmengesetz und zum Teil die Ländergesetze den Begriff des wissenschaftlichen Nachwuchses nicht eindeutig und einheitlich. So etwa regeln § 12 HRG und auch mehrere Landesgesetze,⁴¹ dass Postgraduale Studiengänge zur Heranbildung des wissenschaftlichen und künstlerischen Nachwuchses von den Hochschulen angeboten werden sollen. Durch diese Formulierung wird aber nur eine Teilmenge des wissenschaftlichen Nachwuchses erfasst, nämlich die Promovierenden, während ansonsten in diesen Geset-

31 Gesetzesfundstellen siehe Fußnote 21, § 16 Abs. 2 Nr. 12 LHG B-W - Leistungsbezüge für besondere Leistungen für die Nachwuchsförderung, § 42 BbgHG, § 99 Abs. 4 Nr. 2 BerlHG, § 29 BremHG, § 61 Abs.1 Nr. 2 HHG, § 12 Abs. 4 Nr. 4 HmbHG, § 57 Abs.3 LHG M-V, § 24 Abs.1 NHG, § 67 Abs.3 Nr. 5 SächsHSFG § 73 Abs.1 SHSG – Aufgabe der Forschung ist die Qualifizierung des wissenschaftlichen Nachwuchses, § 34 Abs. 2 Nr. 3 HSG LSA, § 76 Abs. 2 Nr. 8 ThürHG, § 4 Abs. 3 HochSchG R-P: Hochschule regelt, in welchem Umfang die persönliche Anwesenheit der Professorinnen und Professoren in der Regel für die Ausbildung des wissenschaftlichen Nachwuchses erforderlich ist.

32 Beispielhaft die Universität Stuttgart, <https://www.uni-stuttgart.de/universitaet/organisation/leitung/> zuletzt abgerufen am 13. April 2018, die Universität Bielefeld, <https://www.uni-bielefeld.de/Universitaet/Ueberblick/Organisation/Rektorat/Forschung/> zuletzt abgerufen am 13. April 2018, Universität Köln, https://www.portal.uni-koeln.de/prorektorat_planung_wisspersonal1.html zuletzt abgerufen am 13. April 2018.

33 So etwa n § 44 und 52 LHG B.-W. Fundstelle siehe Fußnote 22.

34 Siehe hierzu insbesondere BAG vom 1. Juni 2011 – Az. 7 AZR 827/09, NZA 2011, 1280 ff. zur Abgrenzung wissenschaftliche Mitarbeiter/innen nach dem WissZeitVG und den Landesgesetzen.

35 So etwa § 44 Abs. 1 Ziffer 1 LHG Baden-Württemberg, Gesetzesfundstelle siehe Fußnote 21.

36 Siehe oben unter 1.

37 Bundesbericht (Nachweis siehe Fußnote) S. 64 ff.

38 Statistisches Bundesamt (2014): Indikatorenmodell für die Berichterstattung für die Berichterstattung zum wissenschaftlichen Nachwuchs, Endbericht, S.11 ff.

39 Statistisches Bundesamt ((Nachweis siehe Fußnote zuvor) S. 12

40 Siehe oben unter I. (S. Fußn. 10).

41 Gesetzesfundstellen siehe Fußnote 21, § 38 Abs. 2 LHG B-W, Art. 64 Abs. 2 BayHSchG, § 70 Abs. 5 HmbHG, § 6 Abs.4 NHG, § 61 Abs. 2 SHSG, § 42 bs.1 SächsHSFG, § 54 Abs. 4 ThürHG.

zen mit der Verwendung des Begriffes wissenschaftlicher Nachwuchs der Personenkreis gemeint ist, der sich nach einem Hochschulabschluss oder nach einer Promotion an einer Hochschule weiter qualifiziert, wobei mit der letztgenannten Variante nicht unbedingt Habilitierende gemeint sind;⁴² so etwa auch Patzke,⁴³ der hinsichtlich der Definition des Begriffes „wissenschaftlicher Nachwuchs“ im niedersächsischen Hochschulgesetz auf die oben bereits wiedergegebene⁴⁴ Definition des Wissenschaftsrates von 1980 verweist.

III. Der wissenschaftliche Nachwuchs im Bundesrecht, insbesondere im Wissenschaftszeitvertragsgesetz

Auf das Hochschulrahmengesetz wurde bereits als Rahmen für die Landesgesetze eingegangen. Ohne dass im Gesetzestext ausdrücklich der wissenschaftliche Nachwuchs genannt wird, ist das Wissenschaftszeitvertragsgesetz⁴⁵ das Gesetz, welches – so die Gesetzesbegründung anlässlich der Änderung von 2016 – die Sonderregelungen zur Befristung von wissenschaftlichem und künstlerischem Personal in der Qualifizierungsphase sowie in drittmittelfinanzierten Projekten regelt.^{45,46} Auch wird die Novellierung des Gesetzes 2016 damit begründet, dass dies der Verbesserung der Bedingungen „für den wissenschaftlichen Nachwuchs“ dienen soll.⁴⁷ Damit stellt das Gesetz den arbeitsrechtlichen Rahmen für den wissenschaftlichen Nachwuchs, der an einer Hochschule mittels eines Arbeitsertrages tätig ist. Nicht erfasst werden vom Wissenschaftszeitvertragsgesetz die Nachwuchswissenschaftler/innen, die sich zwar wissenschaftlich im Rahmen einer Promotion oder im Anschluss daran weiterqualifizieren, die aber in einer Hochschule mittels eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses oder eines Beamtenverhältnisses auf Zeit etwa als akademischer Rat auf Zeit oder einer Juniorprofessur, auf der Basis eines Vertrages als wissenschaftliche Hilfskraft tätig sind oder mittels eines Stipendiums sowie auf der Basis eines Arbeitsertrags außerhalb der Hochschule oder aber sonstig privat finanziert etwa durch Eltern sich an einer Hochschule wissenschaftlich qualifizieren. Wie bereits dargestellt, gibt es im Moment noch wenig verlässliche Daten,⁴⁸ wie das zahlenmäßige Verhältnis der sich Qualifizierenden auf der Basis von Arbeits- oder

Beamtenverhältnissen ist. Hinsichtlich der Promovierenden und damit wohl der größten Gruppe innerhalb des wissenschaftlichen Nachwuchses zeigt das Statistische Bundesamt in der Erhebung Promovierende in Deutschland – Wintersemester 2014/2015 auf, dass 83 % der Promovierenden in einem Beschäftigungsverhältnis und insgesamt 64% der Promovierenden in einem Beschäftigungsverhältnis mit einer Hochschule sowie rund 5% mit einer außeruniversitären Einrichtung (die ebenfalls unter den Anwendungsbereich des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes fallen) standen.⁴⁹ Auch wenn aus diesem Bericht nicht zu entnehmen ist, in welchem Umfang die Beschäftigungsverhältnisse auf dem Wissenschaftszeitvertragsgesetz beruhen oder aber Verträge als wissenschaftliche Hilfskraft oder ein Beamtenverhältnis zu Grunde lagen, dürfte wohl unbestritten sein, dass das Wissenschaftszeitvertragsgesetz die maßgeblich Rechtsgrundlage für die Beschäftigungsverhältnisse mit dem wissenschaftlichen Nachwuchs ist. Das Gesetz gestaltet in ganz erheblichen Maße das arbeitsrechtliche Verhältnis von Nachwuchswissenschaftlern/-wissenschaftlerinnen.

Sinn und Zweck des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes ist – so die Gesetzesbegründung – „mit seinen Befristungstatbeständen Fluktuationen beim wissenschaftlichen und künstlerischen Personal und damit einen laufenden Zustrom neuer Ideen an die Hochschulen und Forschungseinrichtungen“ zu ermöglichen.⁵⁰ Und weiter heißt es: „Es (*das Wissenschaftszeitvertragsgesetz*) stellt zu dem sicher, dass sich jede Generation von Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern qualifizieren kann, weil nicht alle Mittelbau-Stellen mit Dauerpersonal besetzt sind. Dies ist auch deshalb sachgerecht, weil die Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler in der Qualifizierungsphase noch nicht auf eine wissenschaftliche Karriere fixiert sind, so dass in dieser Phase zu einem großen Teil für den allgemeinen Arbeitsmarkt ausgebildet werden.“⁵¹

Das Bundesverfassungsgericht hat nicht zur die Zulässigkeit sondern sogar die Notwendigkeit einer derartigen Befristungsregelung festgestellt, damit die aus Art. 5 Abs. 3 GG folgende Aufgabe einer sachgerechten Förderung des akademischen Nachwuchses verwirklicht werden kann. „Kontinuierliche Nachwuchsförderung in

42 *Peine/Richter in Knopp/Peine/Topel*, Brandenburgisches Hochschulgesetz, 3. Auflage, 2018, § 3, Rdnr. 42.

43 In *Epping*, Niedersächsisches Hochschulgesetz, Handkommentar, 2016, § 3 Rdnr. 16.

44 Siehe oben unter I. (S. Fußn. 10).

45 Fundstelle siehe Fußnote 10.

46 BT-Drucksache 18/6489 vom 28.10. 2015, S. 1.

47 BT-Drucksache 18/6489 vom 28.10. 2015, S. 7.

48 Siehe oben I. (S.4) sowie Fußnote 18.

49 Statistischen Bundesamt, Promovierende in Deutschland – Wintersemester 2014/2015, S.39.

50 BT-Drucksache 18/6489 vom 28.10. 2015, S. 7.

51 BT-Drucksache 18/6489 vom 28.10. 2015, S. 7.

Arbeitsverhältnissen kann nur betrieben werden, wenn die beschränkt vorhandenen Stellen immer wieder frei werden.⁵² Damit wird deutlich, dass der wissenschaftliche Nachwuchs in der Regel zulässiger und notwendiger Weise sich in einem befristeten Arbeitsverhältnis befindet. Diese Aussage ist insbesondere wegen des in der Presse aber auch von den Gewerkschaften⁵³ immer wiederkehrenden Vorwurfs der prekären, weil befristeten Arbeitsverhältnisse⁵⁴ an Hochschulen hervorzuheben. Hier wird deutlich, dass in Bezug auf den wissenschaftlichen Nachwuchs die Arbeitsverhältnisse aber auch die Personalentwicklung für diesen Personenkreis gerade nicht mit jenen/jener in der Industrie verglichen oder aber auch gleichgesetzt werden kann. Eben weil neben der individuellen Förderung und Betreuung der Nachwuchswissenschaftler/innen die Hochschulen auch die grundsätzliche Aufgabe obliegt, die Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses zu gewährleisten, diesen für den Arbeitsmarkt und im Regelfall nicht nur für wissenschaftliche Einrichtungen zu qualifizieren, sind die Arbeitsverhältnisse auch in der Regel befristet.

Aus diesem Grunde muss auch die Personalentwicklung für diesen Personenkreis grundsätzlich die Intention haben, einen Karriereweg außerhalb der eigenen Hochschule aber auch außerhalb der Wissenschaft zu bedenken. Das alles widerspricht dem Verständnis einer Personalentwicklung in der Industrie. Diese hat in der Regel einen Unternehmens bezogenen Ansatz, in dem u. a. als Erfolgsfaktor für eine gelungene Personalentwicklung eine geringe Personalfuktuation angesehen wird.⁵⁵ Wegen der Aufgabe für die Allgemeinheit, die auch darin zum Ausdruck kommt, dass die Hochschulen in der Regel öffentlich-rechtliche Körperschaften und eben nicht Unternehmen sind, war und ist es ein Erfolgsindikator für Hochschulen, wie viele ihrer Nachwuchswissenschaftler/innen einen „Ruf“ erhalten oder aber Führungspositionen außerhalb der Hochschule erreichen. Die Fluktuation ist – im Gegensatz zum allgemeinen Ziel der Personalentwicklung – ein Erfolgsindikator für Hochschulen. Mit dieser Aussage soll nicht Gegenrede gegen das Ziel der Verwaltungsvereinbarung, Karriere-

wege für den wissenschaftlichen Nachwuchs besser planbarer und transparenter zu gestalten sowie eine im Durchschnitt frühere Entscheidung über den dauerhafte Verbleib von Nachwuchswissenschaftler/-innen im Wissenschaftssystem ermöglichen, gehalten werden. Aber selbst wenn neben den 1000 W1 und W2-Tenure-Track-Stellen aus diesem Programm die Hochschulen mit eigenen Mittel und Stellen die Anzahl der Tenure-Track-Professuren vervielfältigen, wird auch zukünftig der überwiegende Teil des wissenschaftlichen Nachwuchses nach der Qualifizierungsphase die Hochschule aber auch das Wissenschaftssystem als solches verlassen. Dies bringt auch die Verwaltungsvereinbarung zum Ausdruck, wonach auch Karrierewege außerhalb der Hochschule bedacht und bei Karrierewegen zur Professur die TT-Professur neben dem herkömmlichen Berufungsverfahren etabliert werden soll.⁵⁶

1. Die Befristungstatbestände

Kurz zusammengefasst ist in § 2 Abs. 1 WissZeitVG geregelt, dass das Arbeitsverhältnis von nicht Promovierten bis zur Dauer von sechs Jahren (1. Qualifizierungsphase) befristet werden kann, wenn die befristete Beschäftigung zur Förderung der wissenschaftlichen oder künstlerischen Qualifikation erfolgt. Nach einer abgeschlossenen Promotion (2. Qualifizierungsphase) ist eine Befristung bis zu einer Dauer von sechs Jahren, im Bereich der Medizin bis zu einer Dauer von neun Jahren, zulässig, wenn die befristete Beschäftigung der Förderung der eigenen wissenschaftlichen oder künstlerischen Qualifikation erfolgt. Die jeweilige Konkretisierung der Befristung – nämlich zum Zweck der Qualifizierung – wurde durch die Änderung des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes 2016⁵⁷ eingefügt. Jedoch gibt das Wissenschaftszeitvertragsgesetz auch nach dieser Novellierung kein formales Qualifizierungsziel etwa in Gestalt einer Promotion oder Habilitation vor. Ausdrücklich wird hinsichtlich beider Qualifizierungsphasen in der Begründung hervorgehoben, dass diese wissenschaftliche Qualifizierung weniger als Fixierung auf den Erwerb der formalen Qualifikation „Promotion“ oder „Habilitation“ sondern viel-

52 BVerfG 1 BvR 712/86, Rdnr. 111, http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1996/04/rs19960424_1bvr071286.html, zuletzt abgerufen am 8. April 2018.

53 GEW: 93 Prozent der Stellen befristet, „Die Zahl der wissenschaftlichen Nachwuchskräfte steigt: Im Jahr 2000 waren 82.400 von ihnen hauptberuflich an Hochschulen beschäftigt, 2014 fast 145.000 – ein Zuwachs von 76 Prozent. Fast alle von ihnen haben jedoch Zeitverträge“. Abzurufen unter: <https://www.gew.de/aktuelles/detailseite/neuigkeiten/93-prozent-der-stellen-befristet/>, zuletzt abgerufen am 25. April 2018.

54 So etwa „Es zählt nicht der Abschluss, sondern was man daraus macht in Spiegel online vom 22.3. 2018, <http://www.spiegel.de/>

lebenundlernen/schule/anja-karliczek-was-die-neue-bildungsministerin-will-a-1199330.html, zuletzt abgerufen am 8. April 2018, Flexible Dienstleister der Wissenschaft, in Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 21.03.2018.

55 S. Bimmler, A. Kleinert, M. Bonhage: Nachhaltigkeit von Personalentwicklungsmaßnahmen, S. 13 f., abzurufen unter <http://www.mes-partner.de/frontend/media/downloads/downloads/nachhaltigkeit-von-pe.pdf>, letztmalig abgerufen am 27. März 2018.

56 Siehe Präambel der Verwaltungsvereinbarung, 3. Absatz sowie § 1 e) der Verwaltungsvereinbarung.

57 BT-Drucksache 18/6489 vom 28.10. 2015, S. 5.

mehr auf den Erwerb wissenschaftlicher Kompetenzen zu verstehen ist, eben weil nur ein kleiner Teil des wissenschaftlich Qualifizierten auf Dauer in der Wissenschaft verbleiben soll und damit auch kann.⁵⁸ Hinsichtlich der 1. Qualifizierungsphase dürfte und sollte dies insoweit nicht dem Selbstverständnis der Hochschulen und auch nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechen, denn im Regelfall sollte und wird auch in der 1. Qualifizierungsphase die Promotion angestrebt werden, aber auch andere Qualifikationsziele sind in dieser Phase nach dem Wissenschaftszeitvertragsgesetz zulässig. Wichtig sind aber in diesem Kontext die Aussagen in der Gesetzesbegründung, dass der Kompetenzerwerb in der Wissenschaft mehr beinhalten muss, als die Vorbereitung auf eine wissenschaftliche Tätigkeit in Forschung und Lehre, und das Ergebnis der Qualifizierungsphasen zu einer beruflichen Karriere auch und gerade außerhalb der Wissenschaft befähigen soll.⁵⁹ Insoweit entbehrt es jeglichen Realitätssinns und auch Kenntnis, wenn in der Presse der Vorwurf gemacht wird: „Die meisten Doktoranden haben keine Chance jemals eine Professur zu ergattern.“⁶⁰ Hier kann nur erwidert werden, das sollen und wollen sie auch gar nicht.

Insgesamt ist der Ansatz des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes, für die beiden Qualifikationsphasen vor und nach einer Promotion sinnvolle und angemessene⁶¹ Zeiträume vorzugeben und so letztendlich die Gruppe des wissenschaftlichen Nachwuchses zu umschreiben, ein sehr sinnvoller. Es bringt zum Ausdruck, dass die Qualifizierungsphasen befristet Möglichkeiten zur Weiterentwicklung geben, aber nach diesen Zeiträumen in der Regel (die Ausnahme ist die Juniorprofessur) eine praktische Anwendung im beruflichen Alltag außerhalb der anstellenden Hochschule zu erfolgen hat. Demgegenüber ist der vom Statistischen Bundesamt gewählte Ansatz, auf der Basis des Durchschnittsalters der Nachwuchskräfte beim Promotionsabschluss bzw. auf der Basis des durchschnittlichen Eintrittsalters bei Übernahme einer Professur das Lebensalter (bis 35 für Nichtpromovierte und 45 für Promovierte)⁶² als ein Kriterium zu wählen, wenig zielführend, denn das Lebensalter für eine Promotion oder auch eine Berufung kann sehr unterschiedliche biographische (etwa 2. Bildungsweg, späte Promotion im Rahmen einer beruflichen Tätigkeit) oder aber fächerspezifische (in den Ingenieurwissenschaften

wird in der Regel aus der Praxis und ohne Habilitation berufen) Gründe haben.

Zu ergänzen ist noch die Befristungsmöglichkeit nach § 2 Abs.2 WissZeitVG. Danach kann wissenschaftliches Personal befristet eingestellt werden, wenn die Beschäftigung überwiegend aus Mitteln Dritter finanziert wird, die Finanzierung für eine bestimmte Aufgabe und Zeitdauer ist und die Mitarbeiter/in überwiegend der Zweckbestimmung dieser Mittel entsprechend beschäftigt wird. Durch die Novelle des Gesetzes 2016 wurde hier noch hinzugefügt, dass die vereinbarte Befristungsdauer dem bewilligten Projektzeitraum entsprechen soll. Grundsätzlich werden viele Promovierende aus Drittmitteln finanziert, aber in diesen Fällen wählen die Hochschulen dann trotzdem in der Regel die sachgrundlose Befristung gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG, da im Streitfall oftmals schwer zu beweisen ist, dass der/die Mitarbeiter/in tatsächlich überwiegend der Zweckbestimmung der Drittmittel entsprechend beschäftigt wird. Deshalb werden Wissenschaftler/innen häufig dann auf der Basis von § 2 Abs.2 WissZeitVG beschäftigt, wenn die Qualifizierungszeiten nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG ausgeschöpft sind. Hier ist die Kritik, die die Hochschulen vor der Novelle des WissZeitVG erfahren mussten, absolut zutreffend. Die Hochschulen haben hier eine Verantwortung, nach einer Qualifizierungsphase von bis zu 12 Jahren entweder ein Dauerarbeitsverhältnis anzubieten oder aber schon in einem früheren Zeitpunkt das Ende des Arbeitsverhältnisses und den Wechsel in eine Tätigkeit außerhalb der Hochschule mit dem/der Betroffenen zu besprechen. Vor allem aber fallen diese Personen nicht mehr unter die Gruppe des wissenschaftlichen Nachwuchses, weil eben der wissenschaftliche Nachwuchs aus den Personen besteht, die sich an einer Hochschule nach einem Hochschulabschluss oder einer Promotion wissenschaftlich weiterqualifizieren und diese Qualifizierungsphasen eben auf insgesamt 12 Jahr befristet sind.

2. Erfordernis der eigenen wissenschaftlichen Qualifikation

Aber was bedeutet nun für die Hochschulen, dass nach der Novellierung des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes 2016 die befristete Beschäftigung einer/einer Nachwuchswissenschaftlers/-wissenschaftlerin der Förderung der eigenen wissenschaftlichen Qualifikation zu dienen hat. Grundsätzlich hat die Rechtsprechung und hier insbesondere das

58 BT- Drucksache 18/6489 vom 28.10. 2015, S. 10, 4. und 5. Absatz, wobei hinsichtlich der 2. Qualifizierungsphase auf die Aussagen zur 1. Qualifizierungsphase verwiesen wird.

59 BT-Drucksache siehe Fußnote zuvor.

60 So etwa „Es zählt nicht der Abschluss, sondern was man daraus macht“ in Spiegel online vom 22.3. 2018, <http://www.spiegel.de/lebenundlernen/schule/anja-karliczek-was-die-neue-bildungsmi->

[nisterin-will-a-1199330.html](http://www.spiegel.de/lebenundlernen/schule/anja-karliczek-was-die-neue-bildungsmi-) , zuletzt abgerufen am 8. April 2018.

61 So auch U. Preis/ D. Ulber, WissZeitVG, Kommentar zum Wissenschaftszeitvertragsgesetz, 2.Auflage, 2017, § 2 Rdnr. 17.

62 Statistisches Bundesamt (2014): Indikatorenmodell für die Berichterstattung für die Berichterstattung zum wissenschaftlichen Nachwuchs, Endbericht, S.13.

Bundesarbeitsgericht bereits zur Rechtslage von vor 2016 darauf abgestellt, dass die auf der Basis des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes vereinbarten wissenschaftlichen Tätigkeiten der eigenen Qualifikation dienen.⁶³ Deshalb wird in der Literatur vertreten, dass mit der Änderung 2016 keine *substantielle* Verschärfung der gesetzlichen Voraussetzungen der Befristung verbunden sei.⁶⁴ Schon die Formulierung „keine substantielle Veränderung“, lässt eine gewisse Unsicherheit zu Tage treten, wie die Rechtsprechung diese Änderung auslegen wird. Aber unabhängig von der zukünftigen Rechtsprechung sollten die Hochschulen die Änderung des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes zum Anlass nehmen, mit den Sonderbefristungsgründen verantwortungsvoll und im Sinne ihrer Aufgabe, den wissenschaftlichen Nachwuchs zu fördern – und hierzu gehört die Fürsorge für den/die einzelne/n Nachwuchswissenschaftler/in ebenso wie jene, durch rechtssichere befristete Arbeitsverträge auch zukünftig den wissenschaftlichen Nachwuchs fördern zu können – um zu gehen. Dies bedeutet, dass der Abschluss eines Arbeitsvertrages nicht eine allein von der Hochschulverwaltung zu beachtende und einzuhaltende Formalie angesehen wird, sondern dass zwischen dem/der Hochschullehrer/in und dem /der einzustellenden Nachwuchswissenschaftler/in im Vorfeld des Arbeitsvertrages aber auch bei Vertragsverlängerungen nicht nur die Tätigkeiten, sondern auch die damit verbundene angestrebte Qualifizierung vereinbart wird. Dies muss – wie schon ausgeführt⁶⁵ – nicht ein angestrebtes Qualifizierungsziel wie etwa eine Promotion oder Habilitation sein, sondern die Qualifizierung kann etwa in der Vertiefung der eigenen Kenntnisse und Erfahrungen in Forschung und Lehre oder aber im Projektmanagement bestehen⁶⁶. Das sollte dann auch in den Arbeitsertrag Eingang finden und es sollte selbstverständlich sein, dass Arbeitsvertrag und gelebte Praxis eine Einheit sind. Damit würde auf jeden Fall den Anforderungen des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes entsprochen, auch wenn durch die Änderung des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes 2016 die sachgrundlose Befristung aufrechterhalten bleiben⁶⁷ und daher das Erfordernis der eigenen wissenschaftlichen oder künstlerischen Qualifikation keinen spezifischen Sachgrund darstellen soll.⁶⁸

Nicht ganz überzeugend erscheint die Begründung, warum das mit der Novelle 2016 eingefügte Erfordernis der eigenen Qualifikation kein selbständig zu prüfendes Tatbestandsmerkmal sein soll, indem auf die Gesetzesbegründung zur § 57a HRG a. F. und damit den Vorläufer des jetzigen Wissenschaftszeitvertragsgesetzes verwiesen wird⁶⁹. Darin war ausgeführt worden, es werde bei dem wissenschaftlichen Personal unterstellt, dass ihre Beschäftigung der eigenen Aus-, Fort- und Weiterbildung diene⁷⁰ bzw. innerhalb der Befristungshöchstdauer nicht mehr geprüft werden müsse, ob die befristete Beschäftigung zur Aus-, Fort- und Weiterbildung erfolgt.⁷¹ Da die Novelle 2016 auf einer Gesetzesevaluation in 2011 beruht und es in der Gesetzesbegründung heißt, es solle sich „künftig klar aus dem Wissenschaftszeitvertragsgesetz“ ergeben, dass die sachgrundlose Befristung nur zulässig ist, wenn die befristete Beschäftigung zur Förderung der eigenen wissenschaftlichen oder künstlerischen Qualifizierung erfolgt,⁷² ist mit einer Überprüfung durch die Arbeitsgerichte und einer Fokussierung auf diesen Gesetzespassus zu rechnen. Deshalb sollte die Möglichkeit der Qualifikation in den Arbeitsvertrag aufgenommen oder zumindest im Zuge des Vertragsabschlusses dokumentiert werden. Dass in Folge Arbeitsvertrag und gelebte Praxis eine Einheit sind, ist vor allem die Aufgabe der Hochschullehrer/innen, denn ihnen obliegt als Dienstaufgabe die Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses⁷³ und sie sind in der Regel die Vorgesetzten des wissenschaftlichen Nachwuchses. Etwas anderes kann dann gelten, wenn die Hochschule einen hauptamtlichen Dekan (Dean) hat, dem auch die Personalverantwortung für das wissenschaftliche Personal obliegt. Soweit die Hochschullehrer/innen diese Aufgabe an Mitarbeiter/innen delegieren, haben sie die Pflicht, die Einhaltung der gesetzlichen Dienstplichten aber auch der arbeitsvertraglichen Pflichten zu gewährleisten. Letztendlich ist die Verpflichtung, dem wissenschaftlichen Nachwuchs eine eigene Qualifikation zu ermöglichen, eine Konkretisierung der Aufgabe der Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses und damit eine Konkretisierung der Dienstaufgaben der Hochschullehrer/innen. Es wäre und ist zeitgemäß, die Erfüllung dieser vertraglichen Verpflichtung in regelmäßigen Mitarbeiter/-innenge-

63 BAG vom 1. Juni 2011, Rdnr.37, abzurufen unter: https://juris.bundesarbeitsgericht.de/zweitesformat/bag/2015/2015-03-20/7_AZR_827-09.pdf, zuletzt abgerufen am 13. 4.2018.

64 U. Preis/ D. Ulber, WissZeitVG, Kommentar zum Wissenschaftszeitvertragsgesetz, 2.Auflage, 2017, § 2 Rdnr.9 mit weiteren Nachweisen.

65 Siehe III 1.

66 BT- Drucksache 18/6489 vom 28.10. 2015, S. 10, 4. Absatz.

67 BT-Drucksache, eben da, 1. Absatz.

68 U. Preis/ D. Ulber, WissZeitVG, Kommentar zum Wissenschafts-

zeitvertragsgesetz, 2.Auflage, 2017, § 2 Rdnr. 8 mit weiteren Nachweisen.

69 So U. Preis/ D. Ulber, WissZeitVG, Kommentar zum Wissenschaftszeitvertragsgesetz, 2.Auflage, 2017, § 2 Rdnr. 8 mit weiteren Nachweisen.

70 BT-Drucksache 14/6853, S. 30.

71 BT-Drucksache 14/6853, S. 20.

72 BT-Drucksache 18/6489, S. 1.

73 Siehe oben II., insbesondere Nachweise in Fußnote 31.

sprächen zwischen dem Vorgesetzten und dem Beschäftigten zu reflektieren. Gegenstand dieser Gespräche sollten der Fortschritt der Qualifizierung, mögliche Qualifizierungsziele und deren Realisierungsmöglichkeiten, die Befristung des Arbeitsvertrages, Möglichkeiten einer Verlängerung und die weitere berufliche Entwicklung innerhalb oder vor allem auch außerhalb der Hochschule.

Ergänzend ist noch darauf hinzuweisen, dass gerade in Hinblick auf die Qualifikation viele Hochschulen Personalentwicklungskonzepte entwickelt haben, in denen die Qualifizierung des wissenschaftlichen Nachwuchses in Gestalt einer fachlichen und überfachlichen Qualifizierung vorgesehen sind⁷⁴ und eben von entsprechenden Angeboten in der Hochschule begleitet werden. Diese Tendenz und Entwicklung wurde durch die Verwaltungsvereinbarung des Bundes und der Länder⁷⁵ verstärkt, da hierin in § 5 Abs.1 ein Personalentwicklungskonzept für das gesamte wissenschaftliche Personal als Antragsvoraussetzung verlangt wird.

IV. Sonstige Regelungen

Die Landeshochschulgesetze aber auch die Bundesgesetze zeigen, dass die Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses eine herausragende Aufgabe der Hochschulen ist. Zu den dargestellten gesetzlichen Regelungen sind auf Bundes- und Landesebene zahlreiche Regelungen/Vereinbarungen/Empfehlungen hinzugekommen, um diese Förderung aber auch die Pflichten und Rechte der Hochschulen und insbesondere der Hochschullehrer/innen und des wissenschaftlichen Nachwuchses zu konkretisieren. Neben der Verwaltungsvereinbarung und darauf basierend der Förderung von 1000 W1- und W2-Tenure-Track Stellen gibt es auf Bundesebene Regelungen und Orientierungsrahmen wie etwa vom Wissenschaftsrat die „Empfehlungen zu Karriere-

zielen und -wegen an Universitäten (2014)⁷⁶ und das „Positionspapier Anforderungen an die Qualitätssicherung der Promotion (2011)⁷⁷, von der Hochschulrektorenkonferenz der „Orientierungsrahmen zur Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses nach der Promotion und akademischer Karrierewege neben der Professur“ vom 13. Mai 2014⁷⁸ und die „Leitlinien für die Ausgestaltung befristeter Beschäftigungsverhältnisse mit wissenschaftlichem und künstlerischem Personal“ (2012)⁷⁹ sowie von der Deutschen Forschungsgemeinschaft die „Empfehlungen für das Erstellen von Betreuungsvereinbarungen“ DFG-Vordruck 1.90- 10 /14.⁸⁰ Auch auf Länderebene wurden insbesondere zu drei Themen, die mittels Vereinbarungen oder aber Gesetzesänderungen sich diesem Thema widmen, Regelungen/Empfehlungen/ Vereinbarungen erlassen bzw. getroffen worden (wobei die nachfolgende Auflistung nicht abschließend ist):

1. Vereinbarungen, Empfehlungen und Regelungen zur Befristung von Beschäftigungsverhältnissen:

Hier sind beispielhaft zu nennen: „Perspektive 2020“ Hochschulfinanzierungsvertrag in Baden-Württemberg, worin sich die Hochschulen verpflichten, Selbstverpflichtungen zur Befristung von Arbeitsverhältnissen von wissenschaftlichem und nichtwissenschaftlichem Personal zu verabschieden⁸¹ und die „Richtlinie der Landesrektorenkonferenz Baden-Württemberg für die Befristung von Arbeitsverträgen von Wissenschaftlichen Mitarbeitern“,⁸² die „Grundsätze der staatlichen bayerischen Hochschulen zum Umgang mit Befristungen nach dem WissZeitVG und zur Förderung von Karriereperspektiven für den wissenschaftlichen Nachwuchs,⁸³ Code of Conduct „Prekäre Beschäftigungsverhältnisse in der Wissenschaft“ von Hamburg,⁸⁴ die „Dortmunder Erklärung zu Musterleitlinien guter Beschäftigungsbedingun-

74 Vgl. die Erhebung des Deutschen Stifterverbandes, abzurufen unter: <https://www.stifterverband.org/akademische-personalentwicklung> zuletzt abgerufen am 22. April 2018.

75 Nachweis siehe Fußnote 1.

76 Abzurufen unter: <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/4009-14.pdf>, zuletzt abgerufen am 15. April 2018.

77 Abzurufen unter: <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/1704-11.pdf>, zuletzt abgerufen am 15. April 2018.

78 Abzurufen unter: https://www.hrk.de/uploads/tx_szconvention/HRK_Empfehlung_Orientierungsrahmen_13052014.pdf, zuletzt abgerufen am 15. April 2018.

79 Abzurufen unter: <https://www.hrk.de/positionen/beschluss/detail/leitlinien-fuer-die-ausgestaltung-befristeter-beschaefigtungsverhaeltnisse-mit-wissenschaftlichem-und-k/>, zuletzt abgerufen am 15. April 2018.

80 Abzurufen unter: http://www.dfg.de/formulare/1_90/1_90.pdf, letztmalig abgerufen am 15. April 2018.

81 „Perspektive 2020“ Hochschulfinanzierungsvertrag Baden-Württem-

berg 2015-2020, abzurufen unter: <https://mwk.baden-wuerttemberg.de/de/service/publikation/did/perspektive-2020-hochschulfinanzierungsvertrag-baden-wuerttemberg-2015-2020> zuletzt abgerufen am 13. April 2018.

82 Abzurufen unter: https://www.uni-heidelberg.de/md/zuv/personal/rundschreiben/beschluss_lrk_befristungsrichtlinie.pdf, letztmalig abgerufen am 19. April 2018.

83 Abzurufen unter: file:///C:/Users/up5689/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/YFDV2653/grundsaeetze_befristungen.pdf, zuletzt abgerufen am 13. April.

84 Abzurufen unter: <http://www.buergerschaft-hh.de/ParlDok/dokument/43995/faire-arbeitsbedingungen-fuer-gute-wissenschaft-stellungnahme-des-senats-zu-dem-ersuchen-der-buergerschaft-vom-23-mai-2012-„sicherung-von-kontinuitaet.pdf>, letztmalig zuletzt am 13. April 2018.

gen für das Personal an den nordrhein-westfälischen Universitäten⁸⁵ sowie den „Vertrag zwischen dem Land Nordrhein-Westfalen und die dortigen Hochschulen über gute Beschäftigungsbedingungen für das Hochschulpersonal“,⁸⁶ den „Rahmenkodex über den Umgang mit befristeter Beschäftigung und die Förderung von Karriereperspektiven an den Hochschulen in Freistaat Sachsen“.⁸⁷

Auf der Basis dieser Regelungen/ Empfehlungen/ Vereinbarungen zur Befristung von Beschäftigungsverhältnissen aber auch unabhängig davon wurden geradezu bundesweit an allen Hochschulen weitere Regelungen erlassen oder Vereinbarungen⁸⁸ getroffen, die häufig für alle Beschäftigungsverhältnisse vor allem aber für den wissenschaftlichen Nachwuchs gelten. Darin werden die (Mindest-) Dauer und Laufzeiten von befristeten Arbeitsverträgen, die zeitliche Höchstdauer von befristeten Beschäftigungsverhältnissen und einer Post-Doc-Phase, die Kongruenz von Befristungsdauer und Befristungsgrund, die Ausgestaltung der Qualifizierungsphase, Fristen für die Entscheidung über Vertragsverlängerungen sowie Höchstdauer von befristeten Arbeitsverträgen bei Drittmittel finanzierten Verträgen geregelt. Diese geradezu flächendeckende Beschäftigung in den Hochschulen mit Rahmenbedingungen für befristete Arbeitsverträge, den Befristungszeiten und der Befristungsdauer zeigt, dass die Diskussion um die Novelle des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes, aber auch die massive Kritik in der Öffentlichkeit, insbesondere in der Presse,⁸⁹ Früchte getragen haben. Es zeigt aber auch, dass die Hochschulen sich damit intensiv auseinandersetzen und ihrer Verantwortung nachkommen, allen Wissenschaftlern/Wissenschaftlerinnen und insbesondere dem wissenschaftlichen Nachwuchs gute und planbarere Arbeitsverträge und -bedingungen zu bieten. Es ist abzuwarten, ob sich auch tatsächlich etwas ändern wird. Dies ist vor allem in

den Fällen schwierig, wenn Drittmittelfinanzierungen gegeben sind. Das große Drittmittelaufkommen – manche Hochschulen verdoppeln mittels Drittmittel ihren Landeshaushalt⁹⁰ – ist ein Erfolgsindikator von Hochschulen und aus Gründen der Qualitätssicherung durch kompetitive Verfahren aber auch wegen der begrenzten Landesmittel notwendig, jedoch in Folge der nur befristeten Verfügbarkeit dieser Mittel zugleich ein Problem. Oftmals sind die Drittmittel nur gering und lassen daher nur kurzzeitige Beschäftigungen zu. Dies führt zum Abschluss befristeter und bisweilen dann eben auch kurzfristiger Verträge.

2. Vereinbarungen und Regelungen zur Betreuung von Promovierenden

Die Betreuung und Begleitung der Promovierenden durch den Doktorvater oder -mutter ist eine alte Tradition, deren Ausgestaltung aber von sehr unterschiedlicher Intensität und auch Qualität ist. In drei Landeshochschulgesetzen ist vorgesehen, dass zwischen Betreuenden und Promovierenden eine Promotionsvereinbarung abzuschließen ist. Dies ist in § 38 Abs. 5 LHG B.-W.,⁹¹ § 66 Abs. 2 HochSchG NRW⁹² und § 69 Abs. 6 SHSG⁹³ vorgesehen. Noch wesentlich umfassender sind in einigen Bundesländern Vereinbarungen/ Regelungen über die Betreuung und Begleitung der Promovierenden, diese sehen z. B. neben dem Verfahren zur Auswahl und Annahme von Promovierenden, der Dauer von Promotionen auch Promotions- oder Betreuungsvereinbarungen vor. Beispiele hierfür sind: die „Qualitätsstandards für Promotionsverfahren an den Universitäten“ der Konferenz der hessischen Universitätspräsidenten,⁹⁴ die „Leitlinien zur Qualitätssicherung in Promotionsverfahren“ - Gemeinsame Position der Landeshochschulkonferenz Niedersachsen und des Niedersächsischen Ministerium für Wissenschaft und Kultur⁹⁵ und der „Rahmen-

85 Abzurufen unter: <http://www.lrk-nrw.de/lrk/aktuelles/pressemitteilungen/437-01122014-dortmunder-erklarung-zu-muster-leitlinien-guter-beschaeftigungsbedingungen.html>, letztmalig abgerufen am 13. April 2018.

86 Abzurufen unter: https://www.mkw.nrw/fileadmin/Medien/Dokumente/Hochschule/Vertrag_über_gute_Beschäftigungsbedingungen.pdf, zuletzt abgerufen am 15. April 2018.

87 Abzurufen unter: <http://www.studieren.sachsen.de/download/Rahmenkodex.pdf>, zuletzt abgerufen am 15. April 2018.

88 Eine nicht vollständige aber doch sehr umfassende Übersicht gibt die Veröffentlichung der GEW, Kodizes für gute Arbeit in der Wissenschaft wieder. Abzurufen unter: https://www.gew.de/fileadmin/media/publikationen/hv/Hochschule_und_Forschung/Broschuren_und_Ratgeber/Kodizes_Gute_Arbeit_Wissenschaft_2017.pdf, zuletzt abgerufen am 19. April 2018, die Übersicht ist dem Inhaltsverzeichnis S. 4 - 12.

89 So etwa die FAZ vom 10.8. 2014, Befristet, aber nicht beschränkt.

90 Siehe auch Frankfurter Rundschau vom 21. April 2018, S. 21: „Drittmittel werden immer wichtiger“.

91 Gesetz über die Hochschulen in Baden-Württemberg (Landeshochschulgesetz - LHG) vom 1. Januar 2005 (GBl. 2005, S. 1) in der Fassung des Gesetzes vom 7. November 2017 (GBl. S. 584).

92 Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (Hochschulgesetz - HG) vom 16. September 2014 (GV. NRW. S. 547) (1) in der Fassung von Artikel 3 des Gesetzes vom 17. Oktober 2017 (GV. NRW. S. 806) (2).

93 Saarländisches Hochschulgesetz (SHSG) vom 30. November 201 (Amtsblatt 2016, S. 1080).

94 Abzurufen unter: https://www.uni-kassel.de/uni/uploads/media/Anlage_KHU-Empfehlung_zu_kooperativen_Promotionen.pdf, Anlage 2, zuletzt abgerufen am 13. April 2018.

95 Abzurufen unter http://www.lhk-niedersachsen.de/fileadmin/user_upload/Gemeinsame_Position_Leitlinien_Promotion_final.pdf zuletzt abgerufen am 13. April 2018.

kodex über den Umgang mit befristeter Beschäftigung und die Förderung von Karriereperspektiven an den Hochschulen in Freistaat Sachsen“⁹⁶ wobei hier in Art. 4, 2. c) eine Betreuungsvereinbarung für alle wissenschaftlichen Nachwuchskräfte vorgesehen ist.

Mit diesen Regelungen wird die Verantwortung der Hochschulen für die größte Gruppe innerhalb des wissenschaftlichen Nachwuchses, nämlich die Promovierenden, konkretisiert und die Gestaltung der Betreuung und Begleitung vorgegeben. Zeitlich gesehen deutlich früher wurde bereits in § 12 HRG und in vielen Hochschulgesetzen eine stärkere Betreuung und Begleitung der Promovierenden durch die Regelung von postgradualen Studiengängen aufgenommen.⁹⁷ Diese Art der strukturierten Doktorandenausbildung wurde maßgeblich durch die Förderpraxis der Deutschen Forschungsgemeinschaft mittels des Graduiertenkollegs, aber auch die Exzellenzinitiative mit den Graduiertenschulen, wobei bei durch Letztere auch Post-Doc-Stellen gefördert werden, vorangetrieben. Viele Hochschulen haben inzwischen darüber hinaus eigene Promotionskollegs gegründet.

Hinsichtlich der landesrechtlichen Regelungen bezüglich der Promotions- oder Betreuungsvereinbarungen zwischen Betreuenden und Promovierenden werden von *M. Löwisch/ T. Württemberger*, soweit diese verpflichtend zwischen beiden Personen abzuschließen sind, verfassungsrechtliche Bedenken in Gestalt eines Verstoßes gegen Art.5 Abs. 3 GG geltend gemacht.⁹⁸ Zunächst muss insoweit darauf hingewiesen werden, dass die drei genannten Hochschulgesetze sehr unterschiedliche Inhalte haben. Die baden-württembergische und die saarländische Regelungen sehen verpflichtend eine solche Promotionsvereinbarung und einen Mindestinhalt vor (Zeitpläne, Regelungen zur Lösung von Konflikten, die jeweiligen Aufgaben und Pflichten etc., die in der Promotionsvereinbarung zu konkretisieren sind), während § 67 Abs. 2 HochSchG NRW lediglich regelt, dass die Hochschulen den Abschluss einer Betreuungsvereinbarung zu gewährleisten haben. Damit werden wohl die verfassungsrechtlichen Bedenken nur hinsichtlich der baden-württembergischen und der saarländischen Re-

gelungen erhoben. Berücksichtigt man aber, dass das Bundesverfassungsgericht die Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses als eine aus Art.5 Abs.3 GG folgende Pflicht⁹⁹ und in seiner Entscheidung vom 17. Februar 2016 (also nach der Veröffentlichung von *M. Löwisch/ T. Württemberger*) Qualitätssicherungsmaßnahmen zur Verfolgung eines Zieles mit Verfassungsrang als einen zulässigen Eingriff in die vorbehaltlos gewährleistete Wissenschaftsfreiheit angesehen hat,¹⁰⁰ dann relativieren sich diese verfassungsrechtlichen Bedenken. Es dürfte unstrittig sein, dass die Qualität und Intensität der Betreuung von Promovierenden sehr unterschiedlich ist und die genannten Regelungen, wie die Gesetzesbegründung¹⁰¹ zum Ausdruck bringt, der Qualitätssicherung dienen.

Zu ergänzen ist, dass in den Bundesländern mit allgemeinen Regelungen zur Betreuungsvereinbarung in Folge die Hochschulen konkretisierende Regelungen erlassen und etwa in ihre Promotionsordnungen aufgenommen haben. Aber auch in Bundesländern ohne eine gesetzliche Regelung einer Betreuungsvereinbarung sehen inzwischen viele Hochschulen in ihren Promotionsordnungen Promotions- oder Betreuungsvereinbarungen vor, beispielhaft seien genannt die TU Berlin (Betreuungsvereinbarung auf freiwilliger Basis),¹⁰² LMU München (...sollten eine Betreuungsvereinbarung schließen),¹⁰³ Universität Potsdam (es wird eine Betreuungsvereinbarung abgeschlossen)¹⁰⁴ usw.. Durch den Erlass derartiger Vorschriften wird in den Hochschulen das Bewusstsein für die Verantwortung gegenüber dieser Gruppe des wissenschaftlichen Nachwuchses gestärkt und durch die konkrete Promotions- oder Betreuungsvereinbarung die Verantwortlichkeit der Betreuenden aber auch der Betreuten konkretisiert aber auch bewusst gemacht.

Von praktischer aber auch juristischer Relevanz ist das Verhältnis von Promotions- oder Betreuungsvereinbarung und der nach dem Wissenschaftszeitvertragsgesetz vorzusehenden Qualifikation im Rahmen des Arbeitsverhältnisses. Hier wird in der Literatur¹⁰⁵ erörtert, dass im Rahmen des arbeitsrechtlichen Vertrages Betreuungsvereinbarungen abgeschlossen werden sollen. Dies erscheint problematisch, denn die Promo-

96 Abzurufen unter: <http://www.studieren.sachsen.de/download/Rahmenkodex.pdf>, zuletzt abgerufen am 13. April 2018.

97 Vgl. für die Nachweise landesgesetzlicher Regelungen Fußn.41.

98 *M. Löwisch/ T. Württemberger*, Betreuungsvereinbarungen in Promotionsverfahren in Ordnung der Wissenschaft 2014, S. 103 ff, 107f.

99 BVerfG 1 BvR 712/86, Rdnr. 111, http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1996/04/rs19960424_1bvr071286.html, zuletzt abgerufen am 8. April 2018.

100 BVerfG 1 BvL 8/10, Abzurufen unter: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/02/ls20160217_1bvl000810.html, zuletzt abgerufen am 15. April

2018.

101 So etwa ---Landtag-Drs.15/4684 Baden-Württemberg, S. 165f.

102 Abzurufen unter: <https://www.tu-berlin.de/fileadmin/f1/Promotion/Promotionsvereinbarung.pdf>, zuletzt abgerufen am 21. April 2018.

103 Abzurufen unter: http://www.graduatecenter.uni-muenchen.de/promotion/betreuung/gestaltung_promotion.pdf, zuletzt abgerufen am 21. April 2018.

104 Abzurufen unter: <http://www.uni-potsdam.de/am-up/2014/am-bek-2014-06-221-222.pdf>, zuletzt abgerufen am 21. April 2018.

105 *U. Preis / D. Ulber*, WissZeitVG, Kommentar zu Wissenschaftszeitvertragsgesetzes, 2. Auflage, 2017, §2 Rdnr. 14.

tions- bzw. Betreuungsvereinbarung ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag,¹⁰⁶ dessen rechtliche Behandlung und Bewertung nach anderen Regelungen und auch vor anderen Gerichtszweigen als ein Arbeitsvertrag erfolgt (Betreuungs- oder Promotionsvereinbarung vor den Verwaltungsgerichten/ Arbeitsverträge vor den Arbeitsgerichten). Wird aber die Promotions- oder Betreuungsvereinbarung in den Arbeitsvertrag integriert oder mit diesem gekoppelt, besteht die Gefahr, dass die Promotions- oder Betreuungsvereinbarung Teil des Arbeitsvertrages und damit Gegenstand eines arbeitsgerichtlichen Verfahrens wird. Ein Arbeitsvertrag unterliegt aber einer anderen Kontrolle (Kontrolldichte) als ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, weil im Arbeitsrecht andere Schutzpflichten und Rechte bestehen und die Parteien andere Rechte und Pflichten haben. Da aber das Wissenschaftszeitvertragsgesetz gerade nicht die Vereinbarung eines Qualifikationszieles verlangt, sollten daher die Betreuungs- oder Promotionsvereinbarungen nicht zum Gegenstand des Arbeitsvertrages gemacht werden.

3. Regelungen zur Qualitätssicherung für Berufungsverfahren und die Begleitung/Betreuung von Tenure-Track-Juniorprofessuren

Die Hochschulen haben in der Regel auf der Basis der landesgesetzlichen Regelungen über das Berufungsverfahren von Hochschullehrer/innen Berufsordnungen erlassen, die grundsätzlich auch für Juniorprofessuren und damit für eine Gruppe des wissenschaftlichen Nachwuchses gelten. Hinzukommen in den Landeshochschulgesetzen Sonderregelungen für W1- und z.T. auch W2-Tenure-Track-Professuren. So verlangen manche Hochschulgesetze den Erlass von qualitätssichernden Vorschriften für das Berufungsverfahren von Juniorprofessuren, etwa Baden-Württemberg: § 48 Abs. 1 S. 4 LHG B.-W.,¹⁰⁷ wonach Hochschulen ein Qualitätssicherungskonzept für die Berufung von W1-Tenure-Track-Professuren

erlassen müssen. In Ausfüllung dieser gesetzlichen Regelung hat das Wissenschaftsministerium Baden-Württemberg die Rahmenbedingungen „Juniorprofessuren mit verlässlichem Tenure Track, Innovatives und richtungsweisendes Karriere-modell für den wissenschaftlichen Nachwuchs in Baden-Württemberg“¹⁰⁸ erlassen. Ähnliche gesetzliche Vorgaben gibt es u.a. in Bayern: Art. 18 Abs. 3 Satz 5 Bayerisches Hochschulpersonalgesetz (BayHSchPG) (Qualitätssicherungskonzepte für die Berufung von W1- und W2-Tenure-Track-Professuren werden durch die Hochschulen geregelt),¹⁰⁹ Bremen: § 18 Abs.4 BremHG (Hochschulen haben Qualitätsstandards zu regeln),¹¹⁰ Nord-Rheinwestfalen: § 38 Abs. 4 HG NRW (Berufungsordnung der Hochschulen regelt Qualitätssicherung über Entscheidungskriterien einschließlich der Leistungsbeurteilung),¹¹¹ Rheinland-Pfalz: §§ 50 Abs. 1, 3 i. V. m. 55 HochSchG (die Hochschule hat ein Qualitätssicherungskonzept, wobei dies auch für die Berufung von Nachwuchsgruppenleitern/ -leiterinnen gelten soll, zu erlassen).¹¹² Zu diesen gesetzlichen Vorgaben hinzugekommen ist, dass die Verwaltungsvereinbarung zur Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses in § 4 Abs. 1 u.a. als Antragsvoraussetzung die satzungsmäßige Regelung von Strukturen, Verfahren und Qualitätsstandards für Tenure-Track-Professuren, eine internationale Ausschreibung, ein reguläres, qualitätsgesichertes Berufungsverfahren mit Beteiligung international ausgewiesener Gutachter/Gutachterinnen und eine qualitätsgesicherte Evaluierung nach der Berufung mit definierten und transparenten Kriterien verlangt.

In Folge haben zahlreiche Universitäten im Vorfeld der Antragstellung oder wegen der gesetzlichen Vorgaben derartige Qualitätssicherungskonzepte oder entsprechende gesonderte Regelungen erlassen bzw. ihre Berufsordnungen entsprechend ergänzt.¹¹³ Diese Qualitätssicherungskonzepte oder auch die entspre-

106 So auch *M. Löwisch/ T. Würtenberger*, Betreuungsvereinbarungen im promotionsverfahren, in *Ordnung der Wissenschaft 2014*, S. 103 ff.

107 Gesetz über die Hochschulen in Baden-Württemberg (Landeshochschulgesetz - LHG), vom 1. Januar 2005 geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13. März 2018 (GBl. S. 85).

108 Abzurufen unter: https://mwk.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-mwk/intern/dateien/pdf/Forschungsf%C3%B6rderung/Ergebnispapier_-_Juniorprofessuren_mit_verl%C3%A4sslichem_Tenure_Track.pdf, zuletzt abgerufen am 18. April 2018.

109 Bayerisches Hochschulpersonalgesetz (BayHSchPG) vom 23. Mai 2006 (GVBl. S. 230, BayRS 2030-1-2-K), das zuletzt durch § 2 des Gesetzes vom 13. Dezember 2016 (GVBl. S. 369) geändert worden ist.

110 Bremisches Hochschulgesetz (BremHG) vom 9. Mai 2007 (Brem. GBl. S. 339) in der Fassung von Artikel 1 des Gesetzes vom 20. Juni 2017 (Brem.GBl. S. 263).

111 Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (Hochschulgesetz - HG) vom 16. September 2014 (GV. NRW.

S. 547) (1) in der Fassung von Artikel 3 des Gesetzes vom 17. Oktober 2017 (GV. NRW. S. 806) (2).

112 Hochschulgesetz Rheinland-Pfalz (HochSchG) vom 19. November 2010 in der Fassung von Artikel 7 des Gesetzes vom 07.02.2018 (GVBl. S. 9).

113 So etwa: Das Augsburgische Tenure Track-Modell der Uni Augsburg, abzurufen unter: https://www.zv.uni-augsburg.de/abt/abt2/info/dokumente/2017-06-Augsburger-Tenure-Track-Modell_final-1.pdf zuletzt abgerufen am 18. April 2018, Vorschläge zur Qualitätssicherung in Berufungsverfahren der Universität des Saarlandes abzurufen unter: https://www.uni-saarland.de/fileadmin/user_upload/verwaltung/berufungen/berufungsleitlinien_juniorprofessur.pdf zuletzt abgerufen am 18. April 2018, Qualitätssicherungskonzept für Juniorprofessuren mit Tenure Track am Karlsruher Institut für Technologie (KIT), abzurufen unter https://www.sle.kit.edu/downloads/AmtlicheBekanntmachungen/2017_AB_033.pdf zuletzt abgerufen am 18. April 2018, gibt man bei google oder vergleichbaren Suchmaschinen „Qualitätssicherungskonzept Juniorprofessur ein, erhält man eine Vielzahl entsprechender Regelungen der Hochschulen.

chenden Regelungen in den Berufsordnungen haben in der Regel die Ausschreibung, das Berufungsverfahren, die End- und gegebenenfalls die Zwischenevaluation nach der Hälfte der in der Regel sechsjährigen Dienstzeit, die Kriterien oder den Kriterien-Rahmen für die Evaluationen, systematische Begleitung, Mentorate, Statusberatung, Sonderregelungen für extern evaluierte Nachwuchsgruppenleiter/innen, fakultätsübergreifende Tenure-Track-Kommissionen, Zuständigkeiten, Gleichstellungsstandards, Fort- und Weiterbildungsangebote usw. zum Inhalt. Insgesamt ist festzustellen, dass der überwiegende Teil der Hochschulen die Berufung, Begleitung und Betreuung aber auch den verlässlichen Tenure-Track geregelt haben. Damit ist ein guter Rahmen für verlässliche und planbare Karrierewege innerhalb einer Hochschule gegeben. Durch Maßnahmen wie etwa ein Mentorat oder eine systematische Begleitung bieten die den Hochschulen Angebote zur Begleitung, Betreuung sowie Fort- und Weiterbildung an.

4. Regelungen zu Nachwuchsgruppenleiter/innen

Inbesondere durch die Max-Planck-Gesellschaft¹¹⁴ aber auch durch die Förderpraxis der Deutschen Forschungsgemeinschaft,¹¹⁵ die Förderung der EU¹¹⁶ sowie durch die Exzellenzinitiative hat sich in Gestalt der Nachwuchsgruppenleiter/innen seit vielen Jahren eine weitere Gruppe des wissenschaftlichen Nachwuchses herausgebildet.¹¹⁷ Ebenso wie die Juniorprofessur zeichnet sich die Nachwuchsgruppenleiterposition durch eine frühe Selbständigkeit im Anschluss an eine Promotion sowie eine Post-Doc-Phase aus. Häufig werben die Nachwuchsgruppenleiter/innen selbst die Mittel für die eigene Stelle ein. Insgesamt erhalten sie in einem frühen Stadium Einblick in die Aufgaben einer Professur. Die Stelleninhaber/innen haben in der Regel befristete Arbeitsverträge, sind daher keine Beamten und haben im Gegensatz zur Juniorprofessur nicht den Status eines Hochschullehrers. Auch eine Tenure-Track-Zusage ist die Ausnahme. Dies ist z. B. bei den Helmholtz-Nachwuchsgruppenleiter/innen¹¹⁸ der Fall, die nach einer positiven Evaluierung auf eine unbefristete Stelle übernommen werden, wobei dies aber in der Regel nicht eine Professur ist. Inzwischen gibt es Hochschulgesetze, die

gewisse Erleichterungen bei der Berufung zum/zur Hochschullehrer/in auch auf Nachwuchsgruppenleiter/innen ausweiten, so etwa das Absehen von der Ausschreibung der anschließenden Professur.¹¹⁹ Spezielle Regelungen zur Betreuung und Begleitung der Nachwuchsgruppenleiter/innen sind nicht ersichtlich, aber da diese in der Regel einen befristeten Arbeitsvertrag nach dem Wissenschaftszeitvertragsgesetz haben, gelten für diese die dort gemachten Ausführungen hinsichtlich der Vereinbarung von Qualifikationsmöglichkeiten und -ziele.¹²⁰ Auch können Nachwuchsgruppenleiter/innen in der Regel an den Personalentwicklungsmaßnahmen für den wissenschaftlichen Nachwuchs teilnehmen.

V. Resümee

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der wissenschaftliche Nachwuchs in den Hochschulgesetzen der Länder einen hohen Stellenwert hat. Seine Förderung ist in fast allen Hochschulgesetzen als zentrale Aufgabe der Hochschulen vorgesehen, die externe und interne Mittelverteilung richtet sich z. T. an den Erfolgen bei der Förderung dieses Personenkreises und auch die Zuständigkeit für den wissenschaftlichen Nachwuchs ist innerhalb der Hochschulen in der Regel in den obersten Gremien (Senat) und hierarchisch bei den Führungsebenen (benannte Zuständigkeit innerhalb des Rektorats/Präsidiums und disziplinarische und persönliche Zuständigkeit der Hochschullehrer/innen) angesiedelt. Diese hervorgehobene Verantwortung der Hochschulen für den wissenschaftlichen Nachwuchs leitet das Bundesverfassungsgericht aus Art.5 Abs.3 GG her. Inhalt dieser Verantwortung ist die grundsätzliche Aufgabe, den wissenschaftlichen Nachwuchs zu fördern mit der Konsequenz der privilegierten Zulässigkeit von befristeten Arbeitsverträgen. Aber auch die individuelle Förderung der Nachwuchskräfte ist Teil dieser Verantwortung.

Es gibt jedoch keine allgemein anerkannte Definition des wissenschaftlichen Nachwuchses. Soweit Rechte für den wissenschaftlichen Nachwuchs vorgesehen und auch finanzielle Entscheidung an den Erfolg bei der Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses gebunden werden, sollte im jeweiligen Bundesland oder der jewei-

114 Abzurufen unter: https://www.mpg.de/max_planck_forschungsgruppen, zuletzt abgerufen m 1.Mai 2018.

115 Abzurufen unter: http://www.dfg.de/foerderung/programme/einzelfoerderung/emmy_noether/, zuletzt abgerufen m 1.Mai 2018.

116 Siehe die erc-starting-grants, abzurufen unter: <https://erc.europa.eu/funding/starting-grants>, zuletzt abgerufen am 1. Mai 2018.

117 Siehe academics, „Die Zeit“, abzurufen unter https://www.academics.de/ratgeber/nachwuchsgruppenleiter#subnav_die_wichtigsten_nachwuchsgruppenprogramme_und_ihre_auswahlkriterien_stellen_wir_ihnen_stichpunktartig_vor, zuletzt abgerufen am 26. April 2018.

118 Siehe die Helmholtz-Nachwuchsgruppenleiter/innen, abzurufen unter: https://www.helmholtz.de/karriere_talente/foerderprogramme/helmholtz_nachwuchsgruppen/ zuletzt abgerufen am 1. Mai 2018.

119 So etwa § 50 Abs. 1 Nr.5 HochSchG Rheinland-Pfalz, Fundstelle siehe Fußnote 21.

120 Siehe III. 2.

ligen Hochschule der Begriff des wissenschaftlichen Nachwuchses definiert werden. In Anlehnung an die Empfehlungen des Wissenschaftsrats zur Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses vom 25. Januar 1980 und unter Berücksichtigung des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes sind unter dem wissenschaftlichen Nachwuchs alle Personen, die sich in einer Hochschule nach einem Hochschulabschluss oder nach einer Promotion weiter qualifizieren. Dabei geht es um den wissenschaftlichen Nachwuchs *an* und *in* einer Hochschule und nicht *für* eine Hochschule, denn der überwiegende Teil des wissenschaftlichen Nachwuchses (insbesondere die Promovierenden aber auch viele nach einer Post-Doc-Phase) wird nicht für die Wissenschaft sondern für die Gesellschaft qualifiziert.

Da es eine in Art.5 Abs.3 GG verankerte Aufgabe der Hochschule ist, die Qualifizierung des wissenschaftlichen Nachwuchses zu gewährleisten und auch eine Qualifizierung nur eine begrenzte Zeit umfasst, hat der wissenschaftliche Nachwuchs in der Regel ein befristetes Arbeits- oder Beamtenverhältnis zu der Hochschule. Sowohl die zwei mal sechs Jahre nach dem Wissenschaftszeitvertragsgesetz als auch die in der Regel sechs jährige Zeit einer Juniorprofessur stellen angemessene Zeiträume dar. Die Qualifikationsziele in Gestalt von Promotion und Habilitation sind noch häufige Ziele, aber nach dem Wissenschaftszeitvertragsgesetz ist nicht das Qualifikationsziel sondern die Qualifikation als solche entscheidend. Hochschule und Nachwuchswissenschaftler/innen haben sich über die Qualifikation zu einigen und vereinbarte Qualifikation und gelebte Praxis müssen eine Einheit sein. Soweit eine Promotions- oder Betreuungsvereinbarung geschlossen wird, sollte diese nicht Gegenstand eines Arbeitsvertrages sein.

Eben wegen der Befristung der Arbeitsverträge obliegt den Hochschulen eine besondere Verantwortung bei der Begleitung und Betreuung des wissenschaftlichen Nachwuchses. Dies sollte in regelmäßigen Mitarbeiter/-innengesprächen, in denen auch die Befristung und der weitere berufliche Werdegang thematisiert werden aber auch in Qualifizierungsangeboten geschehen. In der Regel sind die betreuenden Hochschullehrer/innen für die Realisierung der dargestellten Einheit, für die Mitarbeiter/-innengespräche und Qualifizierungsmaßnahmen verantwortlich und dafür gemeinsam mit dem/der Nachwuchswissenschaftler/in zuständig.

Bundesweit wurden zwischenzeitlich geradezu eine unüberschaubare Anzahl von Regelungen zum Inhalt und der Verantwortung für die Betreuung und Begleitung des wissenschaftlichen Nachwuchses erlassen. Dies zeigt insbesondere im Hinblick auf die hochschulinternen Regelungen, dass die Hochschulen auf der Führungsebene die Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses eine hohe Priorität geben und die Problematik der dem Status als wissenschaftlicher Nachwuchs inhärenten befristeten Arbeitsverhältnisse im Fokus haben. Wichtig ist nun, die Hochschullehrer/innen in ihrer konkreten Aufgabe der Förderung aber auch der Personalführung des wissenschaftlichen Nachwuchses stärken und zu begleiten.

Elke Luise Barnstedt war von 1994 bis 1998 Kanzlerin der Universität Konstanz und von 2011 bis 2017 Vizepräsidentin für Personal und Recht des Karlsruher Instituts für Technologie. Von 1999 bis Ende 2010 war sie Direktorin beim Bundesverfassungsgericht.

Jürgen Heß

250. Geburtstag von Wilhelm von Humboldt

*Eine Ikonografie mit alternativfaktischer Einfärbung**

I.

Dieser Vortrag hat eine Vorgeschichte: Ich war nach meiner Rückkehr aus Bonn im RC Freiburg-Zähringen am 15. Januar 2008 zu Gast mit dem Vortrag „Der Bologna-Prozess, ein Glaubenskrieg“. In einer äußerst kritischen Diskussion ragte die erste Wortmeldung hinsichtlich Emotion und Duktus heraus. Professor *Helmut Engler*, langjähriger Wissenschaftsminister des Landes Baden-Württemberg und Altrector der Universität Freiburg erklärte mit einem Tremolo in der Stimme: „Leute wie Sie, Freund *Heß*, machen meine Humboldt-Universität kaputt“. Das war der Startschuss für meine Untersuchung, denn irgendwie hatte ich das Gefühl, dass ich in dem letzten halben Jahrhundert auf einem anderen Planeten gelebt hatte als Professor *Engler*.

II.

Wilhelm von Humboldt gehört unstreitig mit der Summe seiner Begabungen und herausragenden Tätigkeiten zu dem Typus der *Universalgenies des 17. und 18. Jahrhunderts*. Das außerhalb seines jahrzehntelangen preußischen Staatsdienstes bearbeitete Forschungsfeld ist unermesslich groß. Er gilt als der Begründer der vergleichenden Sprachforschung, hat unzählige Sprachen, auch exotische, unter sprachsystematischen Gesichtspunkten untersucht, Schriften über das griechische Altertum verfasst, ebenso über staatstheoretische, anthropologische, geschlechtsunterscheidende, historische, literaturwissenschaftliche und architekturästhetische Themen.

Alles zusammen ein riesiges Lebenswerk eines Mannes, der allerdings in der kollektiven Erinnerung stark auf eine Art Sankt *Humboldt* der Bildungswelt kanonisiert wird. Bei näherem Hinsehen muss dabei hinsichtlich seines überaus reichhaltigen Lebenslaufes überraschen, dass die Zeit als Leiter der „Sektion Kultus“, einer Abteilung des preußischen Innenministerium, vergleichsweise sehr kurz bemessen war. Er wurde am 20. Februar 1809 als Sektionsleiter ernannt, gab dieses Amt aber auf eigenen Wunsch schon im Juni 1810 wieder ab, verbunden mit der Bitte wieder in den diplomatischen Dienst zurückzukehren.

Richtig ist aber, dass er in dieser kurzen Zeit sich mit Nachdruck vor allem um eine Reform des Schulwesens kümmerte, die Lehrerausbildung professionalisierte und

ein dreistufiges Bildungssystem anstrebte, dem aber kein unmittelbarer Erfolg beschieden war, da seine Schulreform noch in seiner kurzen Amtszeit 1809 abgelehnt wurde.

Richtig ist weiterhin dass die Gründung der Berliner Universität im Jahre 1809, die ja den Namen des damaligen Königs Friedrich-Wilhelm erhielt, in seine Amtszeit fiel. Die Annahme, dass *Wilhelm von Humboldt* die neue Berliner Universität gestaltet und geprägt hat, ist im Hinblick auf die Kürze seiner Amtszeit äußerst spekulativ. Die Gründungsdokumente geben jedenfalls dafür keinen Hinweis. Man darf aber davon ausgehen, dass *Humboldt*, losgelöst von seiner berühmten Universitäts-Idee, mit Schaffenskraft und liberalem Impetus die Gründungsphase kurz aber intensiv begleitet hat.

Schon an dieser Stelle müssen wir uns von der traditionellen Überlieferung Abschied nehmen, dass *Wilhelm von Humboldt* in seiner sehr kurzen Amtszeit quasi die ganze moderne Bildungswelt geschaffen hat einschließlich des Gymnasiums, des Abiturs und der neuhumanistischen Universität. Diese in fast jedem Lexikon aufgezeigte Tradition hat keinerlei reale Basis. *Wilhelm von Humboldt* war gewiss ein großer Geist und Generalist. Beruflich war er aber die weitaus längste Zeit als Diplomat im auswärtigen Dienst tätig, u.a. auch beim Wiener Kongress, und schloss seine Karriere als eine Art Verfassungsminister ab, ein Amt aus dem er wegen seiner liberalen Ideen entlassen wurde.

Für die Umsetzung einer nachhaltigen Universitätsreform fehlte *Humboldt* auch nicht nur die Zeit sondern wohl auch ein hinreichend aufgeschlossenes staatliches Umfeld. Nicht nur König Friedrich-Wilhelm III, sondern auch der vielgelobte Reformler *Hardenberg* vertraten deutlich konservativere Positionen.

III.

Man kann in der Universitätsreform des 18. und 19. Jahrhunderts grob gesagt zwei Reformstränge unterscheiden: Fachlich-inhaltlich war die spätmittelalterliche Universität noch stark geprägt von scholastischen Lehrplänen und theologischem Dogmatismus. Forschung fand im 17. und 18. Jahrhundert eher unter dem Dach der Akademien statt. Die Explosion des Erfahrungswissens und die damit verbundenen Ausdifferenzierung der

* Vortrag gehalten am 6.2.2018 im Rotary Club Freiburg-Zähringen.

Die Vortragsform ist beibehalten.

Fächer, vor allem auch die Einrichtung naturwissenschaftlicher Fakultäten, führte dann im 19. Jahrhundert zu einer weitgehenden Verlagerung der Forschung auf die Universitäten – womit der Boden für die Entwicklung des deutschen Markenzeichens in Gestalt der Forschungsuniversität gelegt wurde. Der andere Strang der Reform war die Organisation der Universität als Körperschaft des Staates. Ohne die damit verbundene Finanzierung wären die neuen Forschungsaufgaben nicht zu meistern gewesen. Der Preis dafür war der Verlust der früher umfassenden Selbstständigkeit. Das Thema ist bekanntlich heute noch aktuell.

Die in den Quellen vor allem genannten Protagonisten der inhaltlichen Reformbewegung waren Leute wie *Wolff*, *Schleiermacher*, *Fichte*, *Schelling* und *Steffens*. Ich habe keinen Zweifel dass *Wilhelm von Humboldt* als genialer Denker und Wissenschaftler sich in diese Reformdiskussion einbrachte. In den Schriften zur Universitätsreform des 19. Jahrhunderts taucht allerdings sein Name nicht auf. Auch die neu gegründete Berliner Universität stand nicht an der Spitze der Reformbewegung. Als Leitbilder der Reformuniversität werden von den Historikern heute vor allem die Universitäten Halle und Göttingen genannt.

Wie ist der sog. Humboldt-Mythos dann überhaupt entstanden?

Ausgangspunkt ist offenkundig die im Zusammenhang mit der Universitätsgründung in Berlin entstandene Schrift mit dem Titel: „Über die innere und äußere Organisation der höheren wissenschaftlichen Anstalt in Berlin“. Sie ist aber als programmatisches Gründungsmanifest der Akt einer nachträglich konstruierten Tradition. Sie wurde nämlich erst rund 100 Jahre nach ihrer Abfassung im Jahre 1903 veröffentlicht. Erst ab diesem Zeitpunkt wurde *Humboldt* zum Säulenheiligen der deutschen Gelehrtenrepublik. Wie immer bei der Instrumentalisierung eines Mythos wurde *Humboldt* je nach Zeitgeist und Interesse für höchst unterschiedliche Zwecke eingesetzt, beginnend mit einer nationalen Komponente, wonach seine Idee im „deutschen Wesen“ wurzele, bis hin in jüngerer Zeit, wo *Humboldt* wie ein großes Kreuz in der Schlacht gegen den mephistophelischen Bologna-Prozess hochgehalten wurde und vielleicht noch wird.

IV.

Phänotyp und Konstruktionsmuster des von *Helmut Engler* hoch gehaltenen Humboldt-Ideals lassen sich in vier Punkten charakterisieren:

Keine berufsspezifische Ausbildung, sondern der Erwerb einer breit gegliederten, interdisziplinär ausgerich-

teten und an den humanistischen Bildungsgrundlagen der Antike orientierten Bildung.

Bildung als *Selbst-bewusst-werden-durch-tätiges Dasein* ohne curriculare Einzwängung.

Kein Einfluss des Staates auf Lehre und Forschung – daher keine religiöse oder sonstige Zweckbildung

Einheit von Forschung und Lehre als forschendes Lehren in der Gemeinschaft der Professoren und Studierenden im Forschen und im Lehren.

Das ist gewiss die beste aller denkbaren akademischen Welten, aber sie hat nicht viel mit *Wilhelm von Humboldt* und fast nichts mit der Wirklichkeit zu tun. Die Realität sah zu allen Zeiten anders aus:

Nimmt man die oben dargestellten Humboldt'schen Leitgedanken seiner Universitätsidee im engeren Sinn zum Maßstab, so kommt man nicht an der Feststellung vorbei, dass sie im 19. Jahrhundert schon deshalb keine Rolle spielten, weil sie gar nicht veröffentlicht wurden. Soweit es Quellen zur Diskussion um die Reform der Universität im 19. Jahrhundert gibt, taucht der Name *Humboldt* nicht auf. Selbst losgelöst von den Humboldt'schen Leitgedanken spricht wenig dafür, dass das neuhumanistische Bildungsideal die Universitätslandschaft entscheidend geprägt hat.

Ein solches idealistisches Menschenbild hätte im Übrigen auch mit der Tatsache zu kämpfen, dass der Zugang zur Universität ein offenkundig schichtenspezifischer war, denn nur knapp ein Prozent eines Jahrgangs bekamen den Zugang zur Universität. Selbst diese kleine Studentenschaft bot nicht das Bild einer neuhumanistischen Elite. Berichte sprechen von verbummelte Studien, Studienorientierungsproblemen und Studienabbrüchen. Zugespitzt gesagt hat der Bildungsbegriff nicht das Menschenbild einer gesamten Gesellschaft geprägt, er wurde eher zum soziologischen Abgrenzungsmerkmal einer „Elite“, die bei Führungsaufgaben neben den Adel trat.

Was war dann der Grund, der namentlich am Ende des 19. Jahrhunderts und am Beginn des 20. Jahrhunderts der deutschen Universität zur Weltgeltung verhalf? Hier sei allen Humboldt-Verehrern gesagt, dass bestimmte Elemente seiner Idee, ohne dass man sie unmittelbar kausal auf sein „Gründungsdokument“ zurückführen kann, sukzessive Wirkung entfaltet haben. Wenn man *Humboldt* aus dem Gravitationsfeld seiner ideell überhöhten Idee herausnimmt und ihn in eine geistige Strömung einordnet, die letztlich eine Folge der Aufklärung ist und an der viele große Geister mitgewirkt haben, so kann man erkennen, dass in der Universitätswelt im 19. Jahrhundert ein Rationalismus Platz gegriffen hat,

der Raum für eine individualistische Weltaneignung geschaffen hat. Das Lernen wurde von einem scholastischen Bildungskanon befreit und die dem Menschen innewohnend Neugier konnte sich in einer Forschung entfalten, die sich von theologischen und staatlichen Eingriffen frei entwickelte. Die Freiheit der Forschung ist in der Tat ein nicht hoch genug zu schätzendes Merkmal gerade der deutschen Universität um die Jahrhundertwende. Hinzu kommt der Siegeszug des Seminars als Veranstaltungsstruktur des forschenden Lehrens, der der deutschen Universität Erfolg und Weltruhm einbrachte.

V.

Welche Rolle spielt die Humboldt'sche Universitätsidee nun aber *im jetzigen tertiären Bildungssystem in Deutschland*? Hier muss ich sogleich die Einschränkung machen, dass sich meine eigene unmittelbare und mit belastbaren Fakten fundierte Beobachtung auf einen Zeitraum bis vor ca. 10 Jahren bezieht. Seither hat sich manches geändert. Man muss als Pensionär aufpassen dass man nicht frühere Befunde ungeprüft fortschreibt. Ich bin aber kühn genug zu behaupten dass ich zumindest die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts seit den sechziger Jahren realistisch beschreibe. Mit dieser Einschränkung wage ich folgende durchaus provokative, scharfe Aussage:

Wer im Rahmen eines Hochschulreformprozesses, damit meine ich nicht nur die Bologna- Diskussion, aufschreit, man mache mit dieser Reform die deutsche Humboldt-Universität kaputt, ist intellektuell unredlich oder in seiner Wahrnehmungsfähigkeit schwerwiegend eingeschränkt. Nicht nur, dass es die Humboldt- Universität systemisch nie gab. Auf der Grundlage der bildungspolitischen Parameter und auch in Ansehung einer strukturell schief gelaufenen Hochschulentwicklung in den ersten fünf Jahrzehnten nach Kriegsende ist der Gedanke, das Humboldt-Ideal als typenprägendes Bildungsideal der Universität zu retten oder zu revitalisieren, schlicht wahnhaft. Leider nimmt sich keiner der rhetorisch so überaus beeindruckenden Gralshüter der Humboldt-Idee die Mühe, sich mit den harten bildungssoziologischen Fakten zu befassen.

Zu Zeiten *Humboldts* haben wie gesagt weniger als ein Prozent eines Jahrgangs den Weg zur Hochschule gefunden. Nimmt man alle Hochschularten zusammen so haben wir heute in Deutschland eine Übergangsquote von über 50 % bezogen auf alle Hochschularten. Derzeit sind über 2,9 Mio. Studierende an deutschen Hochschulen. Teilt man diese Zahl auf die beiden großen Hochschularten Universität und Fachhochschule (unter Vernachlässigung der kleinen Hochschularten) auf, so er-

gibt sich das strukturell höchst verwunderliche Bild, dass die Fachhochschulen, deren Fokus auf qualifizierte Berufsausbildung und auf anwendungsbezogene Forschung gerichtet ist, mit ca. 900 000 Studierenden nur ein knappes Drittel der Studierenden unter ihrem Dach haben, während die Universitäten, die einen vertiefenden wissenschaftlich-methodischen Fokus haben sollten und verstärkt Grundlagenforschung betreiben, rund 1,9 Mio. Studierende betreuen. Das Betreuungsverhältnis an deutschen Universitäten bezogen auf Studierende und Professoren weist die katastrophale Quote von 1: 66 auf während angelsächsische Spitzenuniversitäten ein solches von ca. 1:9 haben. Zudem hat sich die Komplexität der wissenschaftlichen Disziplinen seit *Humboldts* Zeiten um einen Quantensprung vergrößert und verdichtet. Es muss also mit einer defizitären Personalausstattung – neudeutsch gesprochen – ein weitaus komplexerer Wissenstransfer und Erkenntnistransfer an Studierende geleistet werden. Darüber hinaus stehen Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen durch Selbstverwaltungsaufgaben, durch Drittmittelinwerbung und durch Evaluierungsaufgaben unter permanentem Zeitdruck.

Wer will da noch von Einsamkeit und Freiheit im wissenschaftlichen Wirken sprechen oder davon, dass Professoren und Studierende Seite an Seite ihren Forschungsinteressen nachgehen? Wer will behaupten, dass 1,9 Mio. Universitäts-Studierende wirklich die mentale Disposition haben, um auf der einen Seite durch einen quasi freischwebenden akademischen Diskurs und einen zweckfreien Bildungsgewinn ihre Persönlichkeit reifen zu lassen und andererseits ein Höchstmaß an wissenschaftlicher Methodenkompetenz zu erwerben, die es ihnen erlaubt, in der späteren Berufspraxis Probleme gewissermaßen aus der Sicht einer Metaebene zu lösen. Solche Erwartungen sind schlichte Fiktion und Ausdruck eines Realitätsverlustes. 1,9 Mio. Studierende haben nicht alle die Absicht, den ehrenwerten Beruf eines Professors bzw. einer Professorin zu erlangen. Sie wollen auch nicht alle oberste Bundesrichter oder Industrieforscher werden. Sie wollen vor allem eines: Gute Wettbewerbschancen auf einem schwierigen und herausfordernden Arbeitsmarkt erlangen um ihrem Leben eine gute oder zumindest auskömmliche materielle Grundlage zu verschaffen. Es führt kein Weg daran vorbei: Die Universitäten tragen unmittelbare Verantwortung für das auch praktisch gelingende Leben ihrer Schützlinge.

Mithin gilt: Der Ausbildungsaspekt – im humanistischen Universitätsideal als Nützlichkeitsaspekt diskriminiert – muss in Ansehung der genannten tatsächlichen Verhältnisse gegenüber dem vom Ergebnis her durchaus

ehrenwerten aber auch recht wolkigen Versuch einer bildungsgetragenen Selbstverwirklichung den Vorrang haben. Freilich ist eine gute Lehre dadurch gekennzeichnet, dass sie immer auch die Verbindung eines fachlichen Themenkreises zu übergreifenden Bildungsaspekten oder zu interdisziplinären Fragestellungen herstellt. Und gerne fordere ich ganz im Sinne von *Wilhelm von Humboldt*: In jedem Studiengang welcher Disziplin auch immer müsste eine Vorlesung Praktische Philosophie bzw. Erkenntnistheorie obligatorisch sein.

Bleibt da überhaupt noch Raum für *Humboldt* in der Jetztzeit? Bezogen auf die große Fläche des vermassten universitären Bildungsgeschehens sicher nicht. Aber es gibt bestimmte kleinere und spezifische Strukturkomponenten, die Teile der *Humboldt*-Idee wieder aufgreifen und zwar auf ganz unterschiedlichen Stufen des tertiären Systems. In Bayreuth gibt es z.B. seit längerer Zeit einen sehr erfolgreichen Bachelor-Studiengang Philosophy and Economics, wo man offenbar weiß, dass Manager nicht nur Effizienz sondern auch ein Quantum Ethos im Kopf haben sollten. Chancen für eine bessere Interaktion zwischen Professoren und Studierenden gäbe es auch in den Masterstudiengängen, sofern der Staat deutlich mehr Geld für dieses Segment ausgibt und man damit ein besseres Betreuungsverhältnis verwirklicht. Weiterhin ist das Format der Graduiertenkollegs schon seit längerer Zeit eine Erfolgsstory. Es gäbe eine weitere Idee mit

der ich *Wilhelm von Humboldt* ganz auf meiner Seite hätte. Als Generalsekretär der Hochschulrektorenkonferenz habe ich ganz förmlich einen Antrag auf Einführung eines strukturierten Doktorandenstudiums eingebracht und bin damit völlig an die Wand gefahren. Das wäre nun wirklich ein gemeinsames wissenschaftliches Wirken von Professoren und Doktoranden auf höchstem Niveau und wir hätten das Problem der Promotionsplagiate ein für alle Mal aus der Welt geschafft. Vielleicht gibt es ja später noch einen neuen Versuch in diese Richtung.

VI.

Damit komme ich zum Ausgang zurück: Die *Humboldt*-Idee ist ein wunderschöner Traum. In der historischen Realität gab es sie als Gesamtkonzept nie und als Modell für die derzeitige deutsche Universitätssituation geht sie an allen realen Gegebenheiten vorbei. Nur für ganz bestimmte Segmente in einem ausdifferenzierten Universitätssystem ist das *Humboldt*-Konzept in Teilaspekten immer noch eine vorzügliche Leitidee.

Jürgen Heß war von 1988 bis 1994 Kanzler der Universität Konstanz, von 1994 bis 2000 Kanzler der Universität Freiburg und von 2000 bis 2003 Generalsekretär der Hochschulrektorenkonferenz.

Frank Wertheimer

Rückforderung von Berufungs-Leistungsbezügen bei vorzeitigem Hochschulwechsel – BayVGh, Urt. vom 18.8.2017, 3 BV 16.132

In dem Verfahren hatte sich der Bayerische Verwaltungsgerichtshof mit der Frage auseinanderzusetzen, ob eine Hochschule von einer Professorin Leistungsbezüge, die ihr im Rahmen ihrer Berufung auf eine befristete Professur befristet zugesagt und gewährt wurden, zurückverlangen kann, wenn die Professorin innerhalb von drei Jahren an eine andere Hochschule wechselt. Auf diese Rückzahlungsverpflichtung war im Berufungsangebot der Hochschule hingewiesen worden. Der Verwaltungsgerichtshof erachtete die Rückforderung der Berufsleistungsbezüge für rechtswidrig, vertrat dabei aber die Auffassung, dass eine Rückforderung im Falle von unbefristeten Bleibe-Leistungsbezügen zulässig sein könne.

I. Die Fallkonstellation

Die Klägerin war mit Wirkung vom 1.4.2012 unter Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Zeit für die Dauer von 5 Jahren zur Universitätsprofessorin der Besoldungsgruppe W2 ernannt worden. Das Berufsleistungsangebot der Hochschule enthielt die Zusage eines Berufsleistungsbezuges in Höhe von 1.500,00 EUR, der aufschiebend bedingt unbefristet gewährt wurde, ferner einen weiteren – befristeten – Berufsleistungsbezug in Höhe von 600,00 EUR. Das von der Klägerin angenommene Berufsleistungsangebot enthielt am Ende den Hinweis, dass die gewährten Leistungsbezüge nach Maßgabe der Vergabegrundsätze der Universität in voller Höhe zurückzuzahlen sind, wenn innerhalb von drei Jahren seit Gewährung ein Wechsel an eine andere Hochschule erfolgt.

Mit Wirkung vom 1.1.2014 wurde die Klägerin unter Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit auf eine W3 Professur an einer anderen bayerischen Hochschule ernannt. Mit Bescheid vom 14.1.2014 stellte die frühere Hochschule gegenüber der Klägerin fest, dass sie – weil die 3-Jahresfrist noch nicht abgelaufen sei – zur Rückzahlung der seit Dienstantritt gewährten Leistungsbezüge in voller Höhe verpflichtet sei, ferner, dass die Berufsleistungsbezüge vom Landesamt für Finanzen zurückgefordert würden. Die Klägerin erhielt daraufhin

im April 2014 von dort eine entsprechende Zahlungsaufforderung über 42.290,35 EUR.

Hinsichtlich der Rückzahlung der Leistungsbezüge berief sich die Hochschule auf Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG iVm § 3 Abs. 4 S. 2 der Bayerischen Hochschulleistungsbezüge-Verordnung (BayHLeistBV). Danach kann die Hochschule festlegen, dass Berufs- und Bleibeleistungsbezüge zurückzuzahlen sind, wenn der Professor oder die Professorin innerhalb von drei Jahren seit Gewährung dieser Leistungsbezüge an eine andere Hochschule wechselt.

II. Entscheidung der Vorinstanz

Nach erfolglosem Widerspruchsverfahren hatte die Hochschullehrerin Klage gegen den Rückforderungsbescheid erhoben, die das VG Würzburg (W 1 K 14.811) mit Urteil vom 24.11.2015 abgewiesen hat. Das Verwaltungsgericht sah die Verpflichtung der Klägerin zur Rückforderung der Leistungsbezüge durch die Regelungen des Bayerischen Besoldungsrechts gedeckt. Es wies dabei darauf hin, dass ihm bezüglich der hier streitigen Konstellation keine Gerichtsentscheidungen bekannt seien, die sich mit dieser Thematik in der Vergangenheit befasst hätten. In Anknüpfung an die Rechtsprechung zur Rückforderung von Anwärterbezügen bzw. Anwärtersonderzuschlägen bei Nichteinhaltung einer bestimmten Mindestdienstzeit nach Beendigung der Ausbildung¹ hielt das Verwaltungsgericht die Rückforderung für rechtmäßig. Verstöße gegen Art. 33 Abs. 2 GG, 12 Abs. 1 GG oder Art. 5 Abs. 3 GG verneinte das Gericht. Der Feststellungsbescheid der Hochschule scheitere auch nicht am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Bezug auf die volle Rückzahlungsverpflichtung, da das Landesamt für Finanzen im anschließenden Verwaltungsverfahren der eigentlichen Rückforderung einer verfassungskonformen Rechtsanwendung Rechnung tragen könne; hier könnten Billigkeitserwägungen nach § 15 Abs. 2 S. 3 BayBesG angestellt werden, auch könne dort dem Gesichtspunkt Bedeutung zukommen, dass eine verfassungsgemäße Alimentation der Klägerin – ohne die Leistungsbezüge – „mit hoher Wahrscheinlichkeit“ durch das

¹ Unter Verweis auf BVerfG v. 3.7.2007, 2 BvR 733/06, juris; BVerwG v. 27.2.1992, 2 C 28/91, NVwZ 1993, 372 und BVerwG v. 13.9.2001, 2 A 9/00, ZTR 2002, 95.

gewährte W₂-Grundgehalt nicht gewährleistet gewesen sei.

III. Praktische Bedeutung der Entscheidung des BayVGH

Mit dem Berufungsurteil vom 18.8.2017 hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof Neuland betreten, weil bislang weder obergerichtliche noch höchstrichterliche Rechtsprechung zu der Frage vorlag, ob und in welchem Umfang eine Hochschule in einer derartigen Konstellation Berufungsleistungsbezüge zurückfordern kann. Das kommt in der Entscheidung auch insoweit zum Ausdruck, als das Gericht die Revision zugelassen hat, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung habe. Der Freistaat Bayern legte keine Revision ein, die Entscheidung ist rechtskräftig.

Der Interessenwiderstreit ist evident: Die Hochschulen führen ihren Aufwand, den sie mit einem universitären Berufungsverfahren betreiben sowie die Investitionen, die mit einer Berufungszusage verbunden sind, ins Feld, mit dem Rückforderungsvorbehalt könne eine gewisse Verlässlichkeit gewährleistet werden, dass der bzw. die Berufene eine kalkulierbare Zeit an der Hochschule verbleibe. Aus Sicht der Professorin bzw. des Professors stellt sich die Situation anders dar: In der Verhandlungsphase über die Rufannahme besteht praktisch keine Chance durchzusetzen, dass die Hochschule auf einen Rückforderungsvorbehalt verzichtet, zumal die Ruferteilung noch keine gesicherte Rechtsposition verschafft.² Ist die Berufung mit einem Rückforderungsvorbehalt belastet, wird ein Wechsel an eine andere Hochschule erschwert. Vor allem in Konstellationen, in denen – wie hier – ein Wechsel von einer befristeten W₂-Professur ohne konkrete Entfristungsoption auf eine höher dotierte W₃-Lebenszeitprofessur möglich ist, kann sich eine drohende Rückzahlungsverpflichtung nachteilig auswirken.

IV. Urteil des BayVGH vom 18.8.2017

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hielt den Bescheid der Hochschule über die Feststellung der Rückzahlung von Berufungs-Leistungsbezügen für rechtswidrig, dieser verletze die Professorin in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO). In dem Urteil finden sich folgende Aussagen:

1. Ermächtigungsgrundlage für die Rückforderung von Berufungsleistungsbezügen könne allein Art. 70

Abs. 3 S. 2 BayBesG sein. Diese Norm berechtige grundsätzlich zum Erlass eines belastenden Verwaltungsaktes, mit dem gewährte Leistungsbezüge unter den dort genannten Voraussetzungen zurückverlangt werden könnten. In diesem Zusammenhang stellt das Gericht klar, dass Art. 70 Abs. 3 S. 2 zu einer Einzelfallregelung ermächtige, nicht hingegen zu einem entsprechenden Normerlass, so dass dem auf Art. 74 BayBesG beruhenden gleichlautenden § 3 Abs. 4 S. 2 BayHLeistBV keine eigenständige Bedeutung zukommt.

2. Der am Ende des Berufungsangebots enthaltene Hinweis auf die Rückzahlungsverpflichtung unterliege nicht der Inhaltskontrolle gem. § 307 BGB, weil es sich bei der Zusage der Berufungsleistungsbezüge um eine Zusage analog § 38 BayVwVfG handele und nicht um ein Angebot auf Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages.

3. Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG gelte nur für unbefristete Berufungs- und Bleibe-Leistungsbezüge, ein Wille des Gesetzgebers, auch befristet bewilligte Leistungsbezüge mit der Rückforderungsbestimmung zu erfassen, komme nicht rechtssicher zum Ausdruck. Der Verwaltungsgerichtshof schließt dies sowohl aus einer systematischen Binnenauslegung der Vorschrift wie auch aus einer systematischen Vergleichsbetrachtung mit Art. 71 Abs. 2 S. 3 BayBesG, der ebenfalls nur bei unbefristeten Leistungsbezügen für den Fall eines erheblichen Leistungsabfalls des Hochschullehrers eine Widerrufsmöglichkeit vorsieht.

4. Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG auf alle Fälle anzuwenden, in denen ein Professor oder eine Professorin innerhalb von drei Jahren seit Gewährung der Berufungs-Leistungsbezüge an eine andere Hochschule wechselt, sei mit höherrangigem Recht nicht vereinbar, weshalb die Vorschrift einer verfassungskonformen Auslegung bedürfe. Werden Berufungsleistungsbezüge für eine nach Ernennung im Dienstverhältnis erbrachte Leistung gezahlt, bestehe für eine Rückzahlungspflicht bei einem Verlassen der Hochschule kein Raum.

Gefolgert wird dies aus Art. 12 GG. Entgegen der Auffassung des VG Würzburg in der Vorinstanz könne die Rechtsprechung zur Rückzahlung von Ausbildungsaufwendungen³ nicht übertragen werden. Mit der Gewährung von Leistungsbezügen habe die Hochschule nicht in die Klägerin investiert, sondern ihr auf Basis ihrer Vergabegrundsätze eine erhöhte Vergütung dafür zugestanden, weil sie schon mit Dienstantritt in der Lage gewesen sei, Leistungen zu erbringen, die die internationale Reputation der Universität entscheidend mitpräg-

2 Vgl. hierzu *Wertheimer*, OdW 2015, 147 mwN; *Detmer*, in: HSchR-Praxishandbuch, 3. Aufl. 2017, Kap. 4 Rn. 101 f.

3 Hierzu zuletzt BVerwG vom 12.4.2017, 2 C 16.16, BVerwGE 158, 364.

ten.⁴ In einer solchen Situation bestehe kein Vorrang der Belange der Universität vor dem Interesse des befristet beschäftigten Hochschullehrers, Karrierechancen auf eine unbefristete Professur wahrnehmen zu können. Die Belange der Universität, Planungssicherheit zu erhalten und den Aufwand von Berufungsverfahren in einem angemessenen Rahmen zu halten, stellten zwar dem Grunde nach sachgerechte und vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls dar, diese lassen jedoch die Einschränkung der Berufsfreiheit von befristet beschäftigten Hochschullehrern nicht als verhältnismäßig erscheinen. Vielmehr seien die arbeitsrechtlichen Grundlagen heranzuziehen, nach denen für Sonderzahlungen mit Entgeltcharakter Rückzahlungsvorbehalte unzulässig sind, wenn Gegenstand der Zahlung Entgelt für bereits geleistete Arbeit ist.

5. Der Senat hält rechtlich unbedenkliche Anwendungsfälle der Ermächtigungsgrundlage des Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG für möglich. So könne etwa die Rückforderung von unbefristeten Bleibe-Leistungsbezügen in Betracht kommen, weil diese nicht ohne weiteres als Gegenleistung für geleistete Dienste anzusehen sein werden, sondern auch allein deshalb erbracht werden können, um den (möglicherweise) abwanderungswilligen Hochschullehrer davon abzuhalten, dem Ruf einer anderen Universität zu folgen.

6. Der Umstand, dass die Klägerin bereits einen Anteil des Dreijahreszeitraums tatsächlich abgeleistet habe, könne entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht in dem sich anschließenden Verwaltungsverfahren durch eine Teilrückzahlung nach § 15 Abs. 2 BayBesG berücksichtigt werden, weil es sich bei dieser Vorschrift lediglich um eine Rechtsfolgenverweisung handele. Offen ließ das Gericht in diesem Zusammenhang, ob in einer solchen Fallkonstellation auch eine zeitanteilige Abschmelzung des Rückforderungsbetrages in Betracht komme.

V. Bewertung der Entscheidung

Die dem Fall zugrunde liegende Frage, ob die beklagte Hochschule die befristet gewährten Berufungs-Leistungsbezügen auf Basis des Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG zurückverlangen konnte, hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof richtig entschieden. Eine nähere Befassung mit den Urteilsgründen lohnt insbesondere deshalb, weil die Fallkonstellationen bei der Gewährung von Berufungs- oder Bleibe-Leistungsbezügen auch

anders gelagert sein können und Antworten auf die dann vorzunehmende rechtliche Bewertung verlangen.

1. Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG als Ermächtigungsgrundlage

Dass der Verwaltungsgerichtshof Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG als alleinige Ermächtigungsgrundlage für die Rückforderung der Leistungsbezüge betrachtet und diese Norm als Ermächtigung zu einer Einzelfallregelung wertet, ist auf Basis der Gesetzgebungsmaterialien⁵ überzeugend begründet. Dem wortgleichen § 3 Abs. 4 S. 2 BayHLeistBV kommt damit keine eigenständige Bedeutung zu.

Die Gesetzesbegründung, wonach Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG dem Schutz der Hochschule „vor einem unlauteren Abwerbeverhalten anderer Hochschulen“ diene, ist dabei kritisch zu sehen. Bietet, wie im vorliegenden Fall, eine andere Hochschule einer befristet berufenen Professorin eine höher besoldete Lebenszeitprofessur an, so kann darin kein unlauteres Abwerbeverhalten gesehen werden. Nicht einmal die verfassungsmäßig kritisch zu beurteilende Vereinbarung der Kultusministerkonferenz zur Besetzung von C4- und W3-Professuren⁶ hätte hier zu einem Absehen von einer Berufung⁷ geführt. Abgesehen davon begegnet die Argumentation der bayerischen Legislative auch systematischen Bedenken: Es passt nicht zusammen, dass mit der Vorschrift ein unlauteres Abwerbeverhalten einer anderen Hochschule verhindert werden soll, die „Zeche“ aber der betreffende Hochschullehrer bezahlen soll, der die Hochschule innerhalb des Dreijahreszeitraums verlässt. Andere Bundesländer verzichten daher auch auf ein derartiges nicht nur rechtlich, sondern auch hochschulpolitisch fragwürdiges Instrument.

In diesem Zusammenhang enthalten die Urteilsgründe noch eine kleine Ranke. Der Hinweis im Berufungsschreiben auf die Rückzahlungsverpflichtung unterliege, so der Verwaltungsgerichtshof, nicht einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB, weil es sich bei der Zusage der Hochschulleistungsbezüge um eine Zusage analog § 38 BayVwVfG handelt und nicht um ein Angebot auf Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages. Stellt man auf die äußeren Umstände ab, die hier dadurch geprägt waren, dass lediglich eine einseitige Erklärung seitens der Hochschule vorlag, lässt sich in der Tat von einer Zusage ausgehen und nicht vom Angebot auf Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages.⁸ Sieht

4 So § 2 Abs. 2 Stufe 6 der Vergabegrundsätze der beklagten Hochschule.

5 LT-Drs. 16/3200 S. 418.

6 KMK-Vereinbarung über die Besetzung von Professorinnen und Professoren an den Hochschulen, Beschluss vom 10.11.1978 i.d.F.

vom 15.8.2002; siehe hierzu *Detmer*, a.a.O., Kap. 4, Rn. 77.

7 Abschnitt II Nr. 3 Abs. 2 der KMK-Vereinbarung.

8 So auch VG Würzburg v. 24.11.2015, W 1 K 14.811, juris; vgl. hierzu *Detmer*, a.a.O., Kap. 4, Rdnr. 113; *Wertheimer*, *OdW* 2015, 147, 152 mwN.

man, wie die Vorinstanz, in der Rückzahlungsverpflichtung eine Nebenbestimmung gem. § 36 BayVwVfG in Form einer auflösenden Bedingung, so muss in formeller Hinsicht dasselbe wie für den Verwaltungsakt oder die Zusage gelten, insbesondere ist auf die Anforderungen des § 37 BayVwVfG hinzuweisen. Im Zusage-schreiben des Präsidenten der Hochschule waren die für die Klägerin vorgesehenen Besoldungsbezüge (Grundbesoldung nebst Leistungsbezügen) unter I. erwähnt. Es folgten Regelungen zur Ruhegehaltsfähigkeit (II.), zu Besoldungsanpassungen (III.), Sonderzahlungen, Familienzuschlägen, Umzugskosten und Trennungsgeld (IV.). Unter V. ging das Schreiben auf Gestaltungsmöglichkeiten der W-Besoldung ein. Am Ende – nahezu versteckt – findet sich der Passus auf die streitgegenständliche Rückforderung der Leistungsbezüge unter „Weitere Hinweise“, drucktechnisch war dieser Passus nicht hervorgehoben und fiel daher auch nicht auf. In zivilrechtlichen Kategorien hätte die Annahme einer überraschenden Klausel gem. § 305c BGB nahe gelegen. Auch wenn das VwVfG keine dem § 305c BGB vergleichbare Regelung kennt, könnten auf den ersten Blick Bedenken gegen die Wirksamkeit der Rückzahlungsklausel bestehen, etwa wegen eines irreführenden Verhaltens der Hochschule, indem sie die uneingeschränkte Geltung der Leistungsbezüge durch die textlich getrennte Unterbringung der Rückzahlungsklausel verschleierte und somit bei der Klägerin eine Fehlvorstellung hervorrief.⁹ Der BayVGh hat diese Frage letztlich mit dem Hinweis offen gelassen, dass gegen die Rückzahlung von Berufungs- und Bleibe-Leistungsbezügen durch Bescheid keine Bedenken bestünden.¹⁰

In rechtlicher Hinsicht ist dem zwar zu folgen, es bleibt gleichwohl der Beigeschmack fehlender Transparenz: Wenn das Berufsangebot schon einen Hinweis auf die Rückzahlungsverpflichtung aufnimmt, dann gehört er vom inhaltlichen Zusammenhang her an die Stelle, an der die Gewährung der Berufungs-Leistungsbezüge festgehalten wird.

2. Rückforderung nur bei unbefristeten Leistungsbezügen

Überzeugend nimmt der Verwaltungsgerichtshof in den Entscheidungsgründen bei Auslegung von Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG an, dass die Vorschrift nur für eine Rückforderung unbefristeter Leistungsbezüge als Ermächtigungsgrundlage herangezogen werden kann.

Zutreffend sind in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen, dass der Gesetzgeber mit besagter Ermächtigungsnorm nicht auch einen Stellenwechsel ohne Wechsel des Dienstherrn sanktionieren wollte – zur Erinnerung: die Klägerin wechselte an eine andere Hochschule innerhalb des gleichen Bundeslandes.

An dieser Stelle hätte der Verwaltungsgerichtshof „das Buch schließen können“, die Feststellung, dass der Rückforderungsbescheid von Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG nicht gedeckt ist, wäre bereits ausreichend gewesen. Zu begrüßen ist deshalb, dass unter 1 d) der Gründe weitere Ausführungen folgen. Das gilt insbesondere für die Feststellung, dass die Anwendbarkeit der Norm auf alle Fälle, in denen ein Professor oder eine Professorin innerhalb von drei Jahren seit Gewährung der Berufungs-Leistungsbezüge an eine andere Hochschule wechselt, mit höherrangigem Recht nicht vereinbar wäre, die Bestimmung vielmehr einer verfassungskonformen Auslegung bedürfe. Die dann folgenden Ausführungen würden nämlich gerade dann helfen, wenn der Gesetzgeber in Bayern die Rückforderungsbestimmung des Art. 70 Abs. 3 auf befristete Leistungsbezüge erweitern sollte. Vor diesem Hintergrund wirkt die Entscheidung gleichsam „in die Zukunft“.

3. Verfassungskonforme Auslegung

Wenn der Verwaltungsgerichtshof hierbei festhält, dass für eine Rückzahlungsverpflichtung von Berufsleistungsbezügen bei einem Verlassen der Hochschule kein Raum besteht, wenn diese Leistungsbezüge für eine nach Ernennung im Dienstverhältnis erbrachte Leistung bezahlt werden,¹¹ so verdient das uneingeschränkte Zustimmung.

a) In diesem Zusammenhang hat das Gericht auch der Auffassung des VG Würzburg in der ersten Instanz eine Absage erteilt, die eine Parallele zur Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Frage der Rückzahlung von Anwärterbezügen bzw. Anwärtersonderzuschlägen bei Nichteinhaltung einer bestimmten Bleibeverpflichtung von Beamtenanwärtern oder Beamten gezogen hatte. Weil das BVerwG dort Mindestdienstzeiten von 5 Jahren im Hinblick auf Art. 12 Abs. 2 GG für zumutbar erachtet hat, hielt das Verwaltungsgericht Würzburg eine dreijährige Bindungsdauer auf Grundlage der Vergabegrundsätze der Hochschule (noch) für verhältnismäßig. Der Verwaltungsgerichtshof hält dem in den Entscheidungsgrün-

⁹ Vgl. dazu *Stelkens/Bonk/Sachs*, 9. Aufl. 2018, § 36 Rn. 34.

¹⁰ Unter Hinweis auf BVerwG v. 12.4.2017, 2 C 16.16, juris.

¹¹ Hierzu *Preißler* in Reich/Preißler, BBesG, 1. Aufl. 2014, § 33 Rn. 6.

den entgegen, dass die Hochschule mit den Leistungsbezügen nicht in die Person der Klägerin „investiert“, sondern ihr durch Gewährung der höchsten Stufe der Berufungs-Leistungsbezüge ein Entgelt für zu erbringende Leistungen zugesagt habe.

Auf die Rechtsprechung zu Ausbildungs- und Fortbildungsaufwendungen lässt sich hier zurecht nicht rekurrieren: Nach § 59 Abs. 5 BBesG, dem im Übrigen Art. 75 Abs. 2 BayBesG ähnelt, kann für Anwärter, die im Rahmen ihres Vorbereitungsdienstes ein Studium ableisten, die Gewährung der Anwärterbezüge von der Erfüllung von Auflagen abhängig gemacht werden. Die *ratio* dieser Norm hat mit der hiesigen Fragestellung nichts gemein: Nach Sinn und Zweck soll § 59 Abs. 5 BBesG sicherstellen, dass Anwärter, die zunächst im Rahmen ihres Vorbereitungsdienstes an einer Hochschule studieren und nach dem Studienabschluss nicht mehr bereit sind, als Beamte im Dienst eines öffentlich-rechtlichen Dienstherrn zu verbleiben, keine finanziellen Vorteile gegenüber anderen Studierenden erlangen.¹² Maßgeblich für die Rechtfertigung einer Auflage iSd § 59 Abs. 5 BBesG ist ferner, dass ein Studium im Rahmen eines Beamtenverhältnisses gefördert wird und der Beamte auf Widerruf während des Studiums insbesondere einen Anspruch auf Besoldung hat. Diese kostenaufwendige Form der Ausbildung im Rahmen des Vorbereitungsdienstes privilegiert die Anwärterstudierenden im Vergleich mit anderen Beamten auf Widerruf im Vorbereitungsdienst und im Vergleich mit Studierenden, die während ihrer Ausbildung keine Bezüge nach dem BBesG erhalten.¹³

Diese Interessenlage unterscheidet sich maßgeblich von der hier vorliegenden. Während der Anwärter Bezüge nach dem BBesG erhält, ohne dem Dienstherrn eine (Dienst-)Leistung zu schulden und daher mit einer Rückforderung belegt werden kann, wenn er nicht für eine gewisse (Armortisations-) Zeit nach Abschluss der Ausbildung beim Dienstherrn verbleibt, hatte die Klägerin in den 21 Monaten, in denen sie an der Hochschule Forschung und Lehre in ihrem Fach gepflegt hat, eine echte Gegenleistung erbracht. Darauf hat der Verwaltungsgerichtshof bei der Bewertung der Stufen der Vergabegrundsätze der Hochschule zu Recht abgehoben. Man kann dies noch zuspitzen: Die Leistungsbezüge der Vergabegrundsätze definieren den „Marktwert“, der der Klägerin zugemessen wurde. Auf Grundlage dieses

Marktwerts hat sie mit Aufnahme ihres Dienstes Forschungs- und Lehrleistungen und damit Gegenleistungen in einem echten *do-ut-des*-Verhältnis erbracht. Diese Gegenleistung hat durch den Umstand, dass die Klägerin die Hochschule nach 21 Monaten wieder verlassen hat, nicht an Wert verloren.

Nichts anderes praktiziert der Verwaltungsgerichtshof, indem er die arbeitsrechtlichen Grundsätze überträgt, wonach Regelungen unzumutbar sind, die in unzulässiger Weise die freie Arbeitsplatzwahl beschränken, die auch das Recht des Beamten einschließt, den einmal gewählten Arbeitsplatz beizubehalten, aufzugeben oder zu wechseln und die den gleichen Schutz genießt wie die Freiheit der Berufswahl. Dabei entspreche es, so der Verwaltungsgerichtshof, gesicherter arbeitsrechtlicher Dogmatik, dass für Sonderzahlungen mit Entgeltcharakter Rückzahlungsvorbehalte unzulässig sind, wenn Gegenstand der Zahlung Entgelt für bereits geleistete Arbeit ist.¹⁴

b) Abgesehen davon hat das Verwaltungsgericht erstinstanzlich bei der Parallele zur Rückzahlung von Ausbildungs- und Fortbildungskosten zwei weitere Aspekte außer acht gelassen: Zum einen unterfallen Anwärterbezüge nicht dem verfassungsrechtlich verankerten Alimentationsprinzip nach Art. 33 Abs. 5 GG,¹⁵ weshalb die Anforderungen an die Zumutbarkeit einer Rückforderung allein deshalb schon niedriger liegen. Zum anderen ist die Rückzahlungspflicht auf den Teil der Anwärterbezüge begrenzt, der den Betrag in § 2 Abs. 2 S. 2 des Bundeskindergeldgesetzes in der jeweils geltenden Fassung überschreitet und damit der Höhe nach limitiert.¹⁶ Demgegenüber legte die der Klägerin auferlegte Rückzahlungsverpflichtung kein Limit fest.

c) Ein weiterer Aspekt scheint auf, wenn man die besoldungsrechtlichen Regelungen der Beamtenanwärter näher betrachtet. Rückzahlungsverpflichtungen sieht nämlich auch § 63 Abs. 3 BBesG, parallel Art. 78 Abs. 3 BayBesG, in Bezug auf einem Anwärter gewährte Sonderzuschläge vor. Wie aus § 63 Abs. 1 BBesG ersichtlich, handelt es sich hierbei um ein finanzielles Anreizinstrument, um auf einen erheblichen Mangel an qualifizierten Bewerbern zu reagieren. Selbst dort, wo der Sonderzuschlag in erster Linie an die schlechte Bewerberlage und nicht an die besondere Qualifikation eines Anwärters anknüpft, sieht § 63 Abs. 3 S. 2 BBesG noch ein „Abschmelzverfahren“ vor, indem sich der Rückzahlungsbe-

12 BVerwG v. 13.9.2011, 2 A 9/00, ZTR 2002, 95; v. 3.7.2009, 2 B 13/09, juris; vgl. auch BVerwG v. 27.2.1992, 2 C 28/91, NVwZ 1993, 372; gleichermaßen für die Rückforderung von Ausbildungskosten eines ehemaligen Offiziers auf Zeit: BVerwG v. 12.4.2017, 2 C 16.16, BVerwGE 158, 364.

13 BVerwG v. 13.9.2011, a.a.O.

14 Unter Berufung auf BAG v. 13.9.1974, 5 AZR 48/74, NJW 1975, 278 sowie ErfK/Preis, 17. Aufl. 2017, § 611 BGB Rn. 548 mwN.

15 BVerfG v. 12.4.1972, 2 BvR 704/70, BVerfGE 33,44; BVerwG v. 27.2.1992, a.a.O.

16 Vgl. hierzu BayVG v. 12.12.2014, 3 ZB 13.668, NVwZ-RR 2015, 268.

trag für jedes nach Bestehen der Laufbahnprüfung abgeleistete Dienstjahr um jeweils ein Fünftel verringert; ebenso ist das in Art. 78 Abs. 3 S. 2 BayBesG der Fall. Wenn demgegenüber die Rückzahlungsverpflichtung nach Art. 70 Abs. 3 BayBesG eine komplette Rückzahlung festlegt, so ist dies unverhältnismäßig.

d) Einzuziehen ist noch auf die vom Verwaltungsgerichtshof vorgenommene Interessenabwägung. Die Belange der Universität, Planungssicherheit zu erhalten und den Aufwand von Berufungsverfahren in einem angemessenen Rahmen zu halten, hat er dabei hinter das Interesse einer befristet beschäftigten Professorin, Karrierechancen auf eine unbefristete Professur wahrnehmen zu können, zurückgestellt. Das könnte den Eindruck erwecken, dass bei einem unbefristet beschäftigter Hochschullehrer, der einem Ruf einer anderen Universität folgt, die Rückzahlung der gewährten BerufsLeistungsbezüge gerechtfertigt wäre. Dem ist nicht so: Auch in diesem Fall sind ohne Einschränkung die arbeitsrechtlichen Grundsätze, wonach für Sonderzahlungen mit Entgeltcharakter das Entgelt für bereits geleistete Arbeit unzulässig ist,¹⁷ heranzuziehen. Abgesehen davon: Die Durchführung von Berufungsverfahren gehört zum allgemeinen Aufgabenbereich einer Universität, der hierdurch entstehende Aufwand ist Teil der Gemeinkosten – diese könne nicht im Wege einer Rückzahlungsverpflichtung auf einen Hochschullehrer, der die Universität verlässt, „umgelegt“ werden.

e) Dem Verwaltungsgerichtshof ist schließlich in seiner Bewertung zuzustimmen, dass einer verfassungskonformen Rechtsanwendung im anschließenden Verwaltungsverfahren nicht mehr über § 15 Abs. 2 BayBesG Rechnung getragen werden kann. Zur näheren Erläuterung: Die Feststellung der Rückzahlung erfolgte per Bescheid seitens der Hochschule, der konkrete Rückforderungsbetrag wurde der Klägerin über das Landesamt für Finanzen mitgeteilt. Gegen die vom Verwaltungsgericht Würzburg in erster Instanz vertretene Auffassung spricht bereits, dass das Landesamt für Finanzen ausschließlich als „Vollzugsstelle“ fungiert hat, ohne eine eigene Entscheidung getroffen zu haben. Abgesehen davon verfügt das Landesamt für Finanzen gar nicht über die Kompetenz, im Bereich der Rückforderung von Leistungsbezügen eine eigene Sachentscheidung zu treffen. Darauf ist § 15 Abs. 2 BayBesG auch gar nicht ausgelegt. Wie die Parallelvorschrift in § 12 Abs. 2 BBesG handelt es sich um eine bloße Rechtsfolgenverweisung.¹⁸ Im Rahmen von Billigkeitserwägungen kann dabei

lediglich auf das konkrete Rückforderungsbegehren und vor allem auf die Modalitäten der Rückabwicklung und ihre Auswirkungen auf die Lebensumstände des Berechtigten abgestellt werden, wobei die Lage des Schuldners im Zeitpunkt der Rückabwicklung entscheidend ist.¹⁹ Kriterien sind etwa, ob sich dieser in einer unverschuldeten Notlage befindet oder der Lebensunterhalt des Empfängers und seiner Familie auch bei Zugrundelegung einer zumutbaren sparsamen Lebensführung nicht mehr gedeckt ist. Hingegen kann das Landesamt für Finanzen im nachgelagerten Verwaltungsverfahren keine Überlegungen mehr anstellen, ob z.B. wegen der bereits zurückgelegten Dienstzeit der Klägerin nur eine Teilrückzahlung der Leistungsbezüge angemessen wäre.

4. Unbedenkliche Anwendungsfälle von Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG ?

Quasi im Wege eines *obiter dictum* führt der Senat des BayVGH zum Ende der Entscheidung hin aus, dass er „rechtlich unbedenkliche Anwendungsfälle der Ermächtigungsgrundlage des Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG für möglich halte. So könne etwa die Rückforderung von unbefristeten Bleibe-Leistungsbezügen in Betracht kommen, weil diese nicht ohne weiteres als Gegenleistung für geleistete Dienste anzusehen sein werden, sondern auch allein deshalb erbracht werden können, um den (möglicherweise) abwanderungswilligen Hochschullehrer davon abzuhalten, dem Ruf einer anderen Universität zu folgen.

Versucht man, aus dieser im Urteil eher allgemein gehaltenen Aussage rechtliche Schlussfolgerungen zu ziehen, so gilt es zu differenzieren:

a) Werden seitens der Hochschule unbefristete Bleibe-Leistungsbezüge gewährt, die als Gegenleistung für zu leistende Dienste anzusehen sind, muss es bei einer verfassungskonformen Auslegung von Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG bleiben. Hier ist kein Unterschied zu befristeten Leistungsbezügen zu erkennen. Werden diese Leistungsbezüge für im Dienstverhältnis erbrachte Leistungen bezahlt, scheidet eine Rückzahlung ebenfalls aus. So sehen etwa die Vergabegrundsätze der beklagten Hochschule vor, nach dem gleichen leistungsorientierten Stufensystem, das für BerufsLeistungsbezüge maßgeblich ist, auch Bleibe-Leistungsbezüge zu gewähren. Diese Vergabegrundsätze sehen ferner vor, dass auch Bleibe-Leistungsbezüge in der Regel als laufende monatliche Zahlung gewährt werden. Ist das der

¹⁷ Siehe hierzu die in Fn. 14 zitierte Rechtsprechung.

¹⁸ *Kathke* in: Schwegmann/Summer, Besoldungsrecht des Bundes und der Länder, Art. 15 BayBesG Rn. 47; BVerwG v. 28.2.2003, 2 C 2.01, BVerwGE 116; 74; *Mayer* in: Kommentar zum BBesG, 118. AL

2005, § 12 BBesG Rn. 27.

¹⁹ BVerwG Buchholz 232 § 87 BBG Nrn. 25 und 48; *Mayer*, a.a.O., Rn. 37a.

Fall, kommt eine Rückzahlung bei einem Hochschulwechsel nicht in Betracht.

b) Ist bei den gewährten Bleibe-Leistungsbezügen kein Leistungsbezug gegeben, was im Einzelfall zunächst festgestellt werden muss, greift der vom Verwaltungsgerichtshof herangezogene arbeitsrechtliche Grundsatz nicht. Im Umkehrschluss anzunehmen, dass eine vollständige Rückzahlung in einem solchen Fall zulässig ist, begegnet jedoch Bedenken. Auch hier bedarf es im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG einer verfassungskonformen Auslegung.

Dafür kann wiederum auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zurückgegriffen werden, die sich zum Bereich der Fortbildungskosten entwickelt hat. Gerade dort gibt es ähnlich gelagerte Bindungsverpflichtungen, wie sie Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG mit der 3-Jahres-Frist einem Professor bzw. einer Professorin auferlegt. Der Arbeitgeber investiert mit einer Fortbildungsmaßnahme in den Arbeitnehmer, der für den Fall, dass er vor Ablauf einer bestimmten Frist das Unternehmen wieder verlässt, vom Arbeitgeber aufgewandte Kosten auf Grundlage einer Rückzahlungsklausel zurückerstatten muss. Von einem ähnlichen „Invest“ wäre bei einer Hochschule auszugehen, die einem von einer anderen Hochschule umworbenen Professor eine – nicht leistungsbezogene – Bleibebezug gewährt. Wie im Arbeitsrecht ist dann zu prüfen, ob der in Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG vorgesehene Rückzahlungsvorbehalt den Professor oder die Professorin in ihrem Grundrecht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes beeinträchtigt. In den Worten des BAG *„kommt es darauf an, ob den möglichen Nachteilen für den Arbeitnehmer ein angemessener Ausgleich gegenübersteht. Dabei sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Die Rückzahlungspflicht muss vom Standpunkt eines verständigen Betrachters aus einem begründeten und zu billigenden Interesse des Arbeitgebers entsprechen; der Arbeitnehmer muss mit der Ausbildungsmaßnahme eine angemessene Gegenleistung für die Rückzahlungspflicht erhalten haben. Insgesamt muss die Erstattungspflicht dem Arbeitnehmer nach Treu und Glauben zumutbar sein. Dabei kommt es u.a. auf die Dauer der Bindung, den Umfang der Fortbildungsmaßnahme, die Höhe des Rückzahlungsbetrages und dessen Abwicklung an“*.²⁰

Diese für den Arbeitnehmer aus Art. 12 GG abgeleiteten Überlegungen lassen sich auf beamtete Professoren und Professorinnen übertragen. Im jeweiligen Fall ist daher zu prüfen, ob die Höhe der gewährten Bleibebezüge eine dreijährige Bindungsdauer rechtfertigen,²¹ im Rahmen der Interessenabwägung muss, wie im Arbeitsrecht auch, die Abwicklung der Rückzahlungsverpflichtung

mit zunehmendem Verbleib des Professors an der Hochschule eine Rolle spielen und kann somit zu einem angemessenen Interessenausgleich führen. Praktisch ließe sich das durch ein Abschmelzen des Rückzahlungsbetrages erreichen, der sich mit jedem Monat, den der Hochschullehrer an der Universität verbleibt, um 1/36 verringert, geht man von einer zulässigen Bindungsdauer von drei Jahren aus. Der Senat hat diesen Aspekt – wenn auch in anderem Zusammenhang – im vorliegenden Urteil gestreift. Ob ein Rückforderungsbetrag gegebenenfalls zeitanteilig abzuschmelzen wäre, so der VGH, mag sich dem Normgeber oder der Verwaltung bei der Niederlegung ihrer Verwaltungspraxis im Wege der Selbstbindung stellen.

c) Was gilt schließlich für unbefristet gewährte Berufungs-Leistungsbezüge? Von der Ermächtigungsgrundlage des Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG werden sie erfasst. Im Ergebnis führt der Umstand, dass solche Leistungsbezüge unbefristet gewährt wurden, aber zu keiner anderen Bewertung als in den Fällen, in denen sie lediglich für einen gewissen Zeitraum zugesagt worden sind. Im einen wie im anderen Fall stellen die Leistungsbezüge Entgelt für bereits geleistete Dienste dar, das bei einem Hochschulwechsel nicht zurückgefordert werden kann.

VI. Fazit

Die Schlussfolgerungen aus dem Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs zeigen, dass Berufungs- oder Bleibe-Leistungsbezüge von einem Hochschullehrer im Falle eines Hochschulwechsels nur in einem eng begrenzten Umfang zurückverlangt werden können. Das würde auch dann gelten, wenn der bayerische Gesetzgeber die Vorschrift des Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG auf befristet gewährte Leistungsbezüge erweitert. Es bleibt zu hoffen, dass diese Erkenntnis andere Bundesländer davon abhält, entsprechende Bestimmungen in ihre Besoldungsgesetze aufzunehmen und das auch hochschulpolitisch fragwürdige Instrument in Bayern bald nur eine Episode sein wird.

Dr. Frank Wertheimer ist Partner der Kanzlei KRAUSS LAW in Lahr/Schwarzwald und hat die Klägerin vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof vertreten. Zuvor war er 17 Jahre im Universitätsbereich, davon über 10 Jahre in der Hochschulmedizin tätig. Zu seinen Beratungsfeldern gehört im Bereich des Arbeitsrechts auch das Hochschulrecht. Er ist Gastmitglied der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg.

²⁰ BAG v. 23.4.1986, 5 AZR 159/85, DB 1986, 2135; v. 5.12.2002, 6 AZR 539/01, NZA 2003, 559; AR/Spelge, 8. Aufl. 2016, Art. 12 GG Rn. 21

²¹ Vgl. ErfK/Preis, 18. Aufl. 2018, § 611 BGB Rn. 441 mwN zur Situation bei Rückzahlungsklauseln im Arbeitsrecht.

Gerhard Kaiser

*Vorlesung – ja oder nein?*¹

Ein besonderes Reizthema der Studentenbewegung war das angebliche Überholtsein der Vorlesung. Von ihren Verächtern wurde die Vorlesung als veraltete Vermittlungstechnik von Wissen und autoritäre, den Studenten den Mund verbietende Indoktrination dargestellt. Beides kann sie sein, und mir persönlich sind Seminare in Form der Rede und Gegenrede immer lieber gewesen. Aber grundsätzlich halte ich das für eine Fehleinschätzung. Die Vorlesung, die mit autoritärer Geste Handbuchwissen verbreitet, ist zumindest im Bereich der Geisteswissenschaften fehl am Platz. Die Vorlesung erfüllt ihre Aufgabe vielmehr als eine repräsentative und hoch konzentrierte Demonstration von Erkenntnisgewinn und -erprobung, wie jeder bestätigen wird, der das Glück hatte, einmal einer großen Vorlesung beizuwohnen. Gewiß hat sie oft etwas Auratisches – warum nicht –: darin liegt gerade eine ihrer Stärken. Sie demonstriert den für die Kulturwissenschaften so kennzeichnenden Wechselbezug von Person und Sache, den Zusammenhang von Lebensstil und Denkstil, der gerade dadurch entstehen kann, daß die Person des Lehrenden mit all ihren Möglichkeiten zum Erkenntnisorgan versachlicht. Mit der Stimme und Körpersprache des Lehrers kann sich lebenslänglich ein Gegenstand einprägen. Die innere Zusammenfassung des Sprechenden und der Zuhörenden, des einzelnen Hörers und der Menge der Mithörenden steigern einander wechselseitig. Nicht die mitschreibende Lammgeduld,

sondern die Helligkeit des Denkens und Mitdenkens hat ihre Stunde. Ausdauer ist gefragt. Kultur läßt sich nicht in Fakten, Features und Statements auflösen.

So bietet die Vorlesung den Raum und demonstriert die Möglichkeit, erhebliche Stoffmassen von großer Komplexität geistig zu organisieren, weite Perspektiven und Horizonte zu entwerfen, exemplarisch minutiös ins Detail einzutauchen, Generalthesen zu erproben, ohne daß sie schon die volle Verbindlichkeit des gedruckten wissenschaftlichen Werks besitzen müßten. Die Vorlesung ist sozusagen die wissenschaftliche Monographie im Erprobungsstadium. Idealerweise kann man hier dem Vorgang der wissenschaftlichen Produktion beiwohnen, und die Vorlesungen Franz Schnabels oder ein Stegreifvortrag Theodor W. Adornos, der erklärte, den Prozeß seines Denkens vorführen zu wollen, sind mir deswegen unvergeßlich. Wer das Schweigen der Hörer während der Vorlesung als aufgenötigte Passivität interpretiert, wie das immer wieder geschah, weiß nicht, wovon er spricht oder will es nicht wissen. Man kann redend nichts als vorgefertigte, passiv übernommene Wort- und Gedankenhülsen auswerfen, und man kann hörend höchst aktiv sein – nicht nur durch mitlaufende Kritik, sondern schon allein durch den unterbrochenen Selektions- und Zuordnungsprozeß, der in der Rezeption stattfindet oder zumindest stattfinden sollte.

¹ Aus *Gerhard Kaiser*, Rede, daß ich dich sehe. Ein Germanist als Zeitzeuge, 2000, S. 177f.

Lothar Zechlin

Institutionelle Akkreditierung von Privathochschulen und Wissenschaftsfreiheit

ÜBERSICHT

I. Fragestellung

II. Wachsender privater Sektor, wachsender Bedarf nach Qualitätssicherung

III. Akkreditierung, Wissenschaftsfreiheit und Qualität

1. Was ist Akkreditierung?

2. Freiheit lässt sich nicht akkreditieren

IV. Staatliche Anerkennung, Wissenschaftsfreiheit und Partizipation

1. Die gesetzliche Entwicklung

2. Freiheit oder Partizipation?

a) Keine Drittwirkung der Wissenschaftsfreiheit

b) „Beleihung mit Freiheit“

3. Hochschulformigkeit

V. Wissenschaftsrat und Wissenschaftsfreiheit

VI. Fazit

I. Fragestellung¹

In regelmäßigen Abständen veröffentlichen der Stifterverband und die Heinz Nixdorf Stiftung das „Hochschul-Barometer“. Ähnlich wie Wirtschaftsforschungsinstitute das Geschäftsklima messen, erfassen sie mit diesem Instrument die Lage und Entwicklung der Hochschulen aus Sicht ihrer Leitungen. Das Ergebnis der Untersuchung für das Jahr 2016 zeigt eine hohe Zufriedenheit, allerdings mit einer Ausnahme: „Stimmungsabfall an privaten Fachhochschulen“ müssen die Autoren vermelden. In diesem Sektor sank der StimmungsindeX von 45,9 im Jahre 2011 auf 25,1 im Jahre 2016.² Private

Hochschulen, so erfährt man auf der Suche nach den Ursachen für die Unzufriedenheit, fühlen sich in ihren Besonderheiten als Alternative zu den staatlichen Hochschulen nicht unterstützt, sondern im Gegenteil zu einer allzu großen Angleichung an die Konkurrenz gedrängt. Sie beklagen ihre „zunehmende Regulierung“. Ein Ärgernis sei „die Einmischung des Wissenschaftsrates in Organisation, Führung und Personalpolitik privater Hochschulen im Rahmen der institutionellen Akkreditierung, der versuche, ihnen das öffentliche Hochschulmodell (Corporate Governance) aufzuzwingen. Dass dieser Eingriff in Rechte der privaten Hochschulen immer noch ohne gesetzliche Rechtsgrundlage geschehe, sei verfassungsrechtlich bedenklich“³.

Im Folgenden geht es nicht um die empirische Frage, ob die Privathochschulen tatsächlich zu einer zu starken Anpassung gezwungen werden.⁴ Hierzu müsste die reale Entscheidungspraxis des Wissenschaftsrates und ihre Implementierung untersucht werden.⁵ Vielmehr geht es auf einer normativen Ebene um den Begründungszusammenhang, mit dem der Wissenschaftsrat die Gewährleistung der Wissenschaftsfreiheit zu einer zentralen Anforderung an die Leitungs- und Entscheidungsstruktur der Privathochschulen erklärt und überprüft. Dieses Grundrecht ist in der Rechtsprechung für *staatliche* Hochschulen von einem individuellen Abwehrrecht gegen den Staat zu einem Recht auf wissenschaftsadäquate Hochschulorganisation durch den Staat weiterentwickelt worden. Das BVerfG⁶ hat in der Gruppenuniversität der 1970er Jahre den Professoren einen ausschlaggebenden oder maßgebenden Einfluss auf Entscheidungen zugesprochen, die „unmittelbar Forschung oder Lehre betreffen“, und später in der „autonomen Hochschule“ den Einfluss der Selbstverwaltungsgremien

1 Der Verfasser dankt Dr. Sigrun Nickel, Gütersloh, für anregende Diskussionen, die die Entstehung dieses Artikel vorangebracht haben.

2 Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft, Hochschul-Barometer, Essen 2017, S. 13.

3 VPH Verband der Privaten Hochschulen, Ursachen für schlechte Stimmung bei den privaten Hochschulen, Pressemitteilung v. 22.8.2017 <https://www.presseportal.de/pm/78075/3714779> (abgerufen am 16.1.2018).

4 Thelen, Privatwirtschaftliche Hochschulen. Wissenschaftsmanagement an der Schnittstelle von privater Trägerschaft und staatlich anerkanntem Hochschulbetrieb. In: Lemmens u.a. (Hrsg.), Wissenschaftsmanagement, Bonn, Berlin 2017, S. 114 ff. vertritt die These „dass hinsichtlich der Funktion und Bedeutung des Wissenschaftsmanagement in privaten und staatlichen Hochschulen

von einer zunehmend konvergenten Entwicklung auszugehen“ sei (122). Das würde bedeuten, dass auch ganz ohne Zwang staatliche Hochschulen Elemente des privatwirtschaftlichen Managements und nichtstaatliche Hochschulen Elemente des tradierten Hochschulsystems übernehmen.

5 Dazu liegt die Untersuchung von Fink/Michel vor: Institutionelle Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat. Eine empirische Analyse der Bewertungspraxis von Gutachter/innen. In: Qualität der Wissenschaft, H. 3 + 4, 2017, S. 74 ff. Die Autorinnen kommen zu dem Ergebnis, dass der Prüfbereich „Leistungsstruktur, Organisation und Verwaltung“ mit Abstand am meisten Auflagen, Empfehlungen und Anregungen auf sich zieht, und stellen die Frage, ob diese hohe Messlatte auch bei staatlichen Hochschulen angelegt wird.

6 BVerfGE 35, 79.

gegenüber den Leitungsorganen gestärkt.⁷ Diese organisationale Dimension des Grundrechts ist in jüngster Zeit durch den Baden-Württembergischen Verfassungsgerichtshof⁸ zu einer nahezu durchgängigen Professorenmehrheit für alle wichtigen Sach- und Personalentscheidungen, weit über „unmittelbar“ Forschung oder Lehre betreffende Angelegenheiten hinaus, weitergetrieben worden. Wenn der Wissenschaftsrat nun auch bei den *nichtstaatlichen* Hochschulen prüft, ob die „Leistungsstruktur und Organisation...die grundgesetzlich garantierte Freiheit von Kunst, Wissenschaft, Forschung und Lehre“ sicherstellen,⁹ führt das aus Sicht der Privaten zu einer paradoxen Situation. Sahen sie sich ursprünglich in der Rolle von Grundrechtsberechtigten, die ähnlich wie z.B. private Forschungseinrichtungen gegen den Staat geschützt sind, fanden sie sich plötzlich in der Rolle von Grundrechtsverpflichteten wieder, die durch ihre Leitungs- und Entscheidungsorganisation für die Wissenschaftsfreiheit ihrer Professoren sorgen sollen. In diesem Zusammenhang geht es auch um die sog. Hochschulformigkeit (dazu unten Ziff. IV. 3). Mittels dieses Begriffs überprüft der Wissenschaftsrat, ob einer privaten Bildungseinrichtung die Eigenschaft als „Hochschule“ zuerkannt werden kann.¹⁰ Auch das lehnen die Privaten als Versuch ab, „die für die staatlichen Hochschulen vorgesehenen Corporate-Governance-Strukturen [...] unter dem Vorwand der Herstellung der sog. ‚Hochschulformigkeit‘“¹¹ auf sie zu übertragen.

„Hochschulpolitische Brisanz hat das Thema allemal“, wird in der Literatur festgehalten.¹² Der folgende Beitrag geht deshalb der Frage nach, welche Bedeutung der Wissenschaftsfreiheit für die institutionelle Akkreditierung von Privathochschulen zukommt.

II. Wachsender privater Sektor, wachsender Bedarf nach Qualitätssicherung

Der private Hochschulsektor wächst seit Ende 1990er Jahre stark an, und das mit steigender Dynamik. Nach

Angaben des Statistischen Bundesamtes¹³ gab es im Studienjahr 2016/17 insgesamt 119 nichtstaatliche Hochschulen, darunter 19 Universitäten und 92 Fachhochschulen (ohne Verwaltungsfachhochschulen). An ihnen waren 211 569 Studierende eingeschrieben, davon 23 419 an Universitäten und 184 982 an Fachhochschulen. Damit hat sich die Zahl ihrer Studierenden gegenüber dem Jahr 2000 mit damals rund 45 000 Studierende beinahe verfünffacht. Auch ihr Anteil an der Gesamtzahl der 2,8 Mio Studierenden in Deutschland ist in diesem Zeitraum von 2,8% auf 7,6 % stark angewachsen. Dieser Trend tritt noch deutlicher zutage, wenn man die Hochschulen in kirchlicher Trägerschaft herausrechnet, deren Studierendenzahlen relativ konstant geblieben sind.

Durch ihr rasantes Wachstum geraten die Privathochschulen allerdings auch stärker in den Fokus der Öffentlichkeit, die sich insbesondere für die Qualität ihrer Angebote interessiert. Eltern wollen wissen, ob das Studium für ihre Kinder den erhofften Berufseinstieg ermöglicht, Arbeitgeber wollen sich auf die Kompetenzen der AbsolventInnen verlassen können und auch die Öffentlichkeit selbst will wissen, was von Doktorgraden oder Professorentiteln zu halten ist, die an privaten Hochschulen erworben wurden. Deshalb ist ihre staatliche Anerkennung für sie von zentraler Bedeutung. Während nämlich bei staatlichen Hochschulen das Vertrauen der Öffentlichkeit in ihre Qualität auf der Trägerschaft des Staates und dem darin liegenden Garantieverprechen beruht, fehlt ein solches Versprechen für die Privaten. Es wird durch die staatliche Anerkennung als „Hochschule“ nachgeholt, allerdings nicht komplett. Die Rechtswirkungen einer solchen Anerkennung bestehen nicht in einer völligen „Gleichstellung mit den staatlichen Hochschulen“,¹⁴ sondern sind auf die Schnittstellen der Hochschule zu ihrer Umwelt, also Bereiche beschränkt, in denen ein legitimes Bedürfnis der „Kunden“ nach Sicherheit besteht. Prägnant kommt das in § 77 Bayerisches Hochschulgesetz zum Ausdruck, wonach

7 BVerfGE 136, 338.

8 VerfGH BW, Urteil v. 14. 11. 2016 – 1 VB 16/15, juris.

9 Wissenschaftsrat (2015 a), Leitfaden der Institutionellen Akkreditierung nichtstaatlicher Hochschulen (Drs. 4395-15 v. 30. 1.2015), Berlin 2015, S.28; zuvor schon ähnlich Wissenschaftsrat (2005), Leitfaden der Institutionellen Akkreditierung, in: Wissenschaftsrat, Empfehlungen und Stellungnahmen 2004, Band II, Köln, 2005, S. 421 ff., 435.

10 Wissenschaftsrat (2015a) (Fn. 9), S. 6, 10 f.; Wissenschaftsrat (2015 b), Leitfaden der Konzeptprüfung nicht-staatlicher Hochschulen in Gründung (Drs. 4396 - 15 v. 30.1. 2015), Berlin, S. 6, 10f.

11 VPH Verband der Privaten Hochschulen, Stellungnahme zum neuen Leitfaden des Wissenschaftsrates der „Institutionellen Akkreditierung nichtstaatlicher Hochschulen“ vom 17. 11. 2015, <http://www.private-hochschulen.net/stellungnahmen-zu-hochschulgesetzen-ua.html>, S. 4 (abgerufen am 16.1.2018)

12 *Lynen*, Hochschulen und Hochschularten. In: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht. Ein Handbuch für die Praxis, 3. Aufl., Heidelberg 2017, S. 83 ff., Rn. 12.

13 <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/BildungForschungKultur/Hochschulen/Hochschulen.html> (abgerufen am 30.1.2018); vgl. auch *Thelen* 2017; Buschle/Haider, Private Hochschulen in Deutschland, Statistisches Bundesamt, WISTA, Heft 1, 2016, S. 75 ff.; Wissenschaftsrat (2012), Private und kirchliche Hochschulen aus Sicht der Institutionellen Akkreditierung, Köln 2012, S. 29 ff.; Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft, Rolle und Zukunft privater Hochschulen in Deutschland, Essen 2010.

14 *Görisch*, Kommentierung von § 72. In: Leuze/Epping, Hochschulgesetz Nordrhein-Westfalen, Bielefeld: Gieseking, 7. Ergänzungslieferung 2009, Rn. 9.

die Anerkennung der nichtstaatlichen Hochschule ermöglicht, „Hochschulprüfungen abzunehmen, Hochschulgrade zu verleihen und Zeugnisse zu erteilen; diese verleihen die gleichen Berechtigungen wie Hochschulprüfungen, Zeugnisse und Hochschulgrade gleicher Studiengänge an staatlichen Hochschulen“. Nur für dieses sog. „Berechtigungswesen“ übernimmt der Staat eine Garantiefunktion, ein darüber hinausgehendes Versprechen gibt er nicht ab. Durch diese Beschränkung werden zwei Fliegen mit einer Klappe geschlagen: Das Vertrauen in die Qualität der von privaten Hochschulen verliehenen Berechtigungen wird durch ein staatliches Versprechen gestützt, und die Privaten können die Andersartigkeit ihrer internen Strukturen und Prozesse gegenüber staatlichen Hochschulen beibehalten.

In diesem Kräftefeld zwischen Staat, zivilgesellschaftlichen Akteuren und Markt besteht eine „schwierige Kollisionslage“¹⁵ oder ein „Konfliktpotential“,¹⁶ das sich mit dem raschen Wachstum des privaten Sektors noch erhöht. Die Ministerialverwaltung trägt deshalb mit den Anerkennungsverfahren eine hohe Verantwortung, der nachzukommen ohne zusätzliche Expertise immer schwieriger wurde. Auf diese Weise kam der Wissenschaftsrat ins Spiel. Er verabschiedete im Jahr 2000 „Empfehlungen zur Akkreditierung privater Hochschulen“, in denen er sich zugleich bereiterklärte, diese Verfahren auch selbst durchzuführen.¹⁷ Nachdem er ein Jahr später mit der International University Bremen erstmals eine Hochschule akkreditiert hatte,¹⁸ ist auch bei ihm ein rasantes Wachstum festzustellen. Bis Anfang 2015 hat er 125 Akkreditierungsverfahren durchgeführt,¹⁹ über deren Ablauf und Anforderungen er in seinem „Leitfaden der Institutionellen Akkreditierung“ informiert. Die erste Fassung aus dem Jahr 2004 wurde 2006 geringfügig und 2010 und 2015 jeweils grundlegend überarbeitet. Die dafür maßgeblichen Überlegungen sind in einer „Stellungnahme“²⁰ aus dem Jahr 2009 zu einem äußerst kritischen Abschlussbericht einer internationalen Evaluationskommission sowie einer umfassenden Bestandsaufnahme²¹ aus dem Jahr 2012 veröffentlicht.

Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat und staatliche Anerkennung hängen also eng zusammen. Faktisch wird ohne Akkreditierung keine Anerkennung

ausgesprochen, in einigen Bundesländern ist das sogar durch Gesetz so vorgeschrieben. Unsere Untersuchung wird sich deshalb mit der Akkreditierung (Ziff. 3.), der Anerkennung (Ziff. 4.) und der Rolle des Wissenschaftsrates zwischen diesen beiden Seiten (Ziff. 5.) beschäftigen.

III. Akkreditierung, Wissenschaftsfreiheit und Qualität

1. Was ist Akkreditierung?

Akkreditierung ist eine Verfahrensweise der Qualitätssicherung. Anders als Qualitätsmanagement, das durch Lernen und Entwicklung innerhalb der Organisation auf die Herstellung von Qualität abzielt, z.B. durch sog. Audits, ist sie auf die externe Feststellung von Qualität gerichtet. Ihre Funktion besteht in der Legitimationsbeschaffung in Wirtschaft, Politik und Gesellschaft. Die Anspruchsgruppen in der Umwelt einer Organisation, im Falle einer Hochschule also hauptsächlich Studienplatzbewerber und Arbeitgeber als potentielle „Nutzer“, sollen auf die Qualität der ihnen angebotenen Leistungen vertrauen, an sie „glauben“ können (lat. „adcredere“). Ursprünglich sind Akkreditierungen als Instrumente des Verbraucherschutzes bei der Produktzulassung von Waren oder Dienstleistungen entstanden. Sie knüpfen an das Konzept der internen „Qualitätskontrolle“ an, mit dem in den 1950er und 60er Jahren in der Industrie das Endprodukt vor Verlassen des Werkes auf festgelegte Standards überprüft wurde. Als extern verantworteter Überprüfung wird ihnen aber eher geglaubt als den internen Kontrolleuren. Zudem haben sie den Vorteil, dass sie die Endkontrolle des Produkts um eine präventive Kontrolle schon des Herstellungsprozesses erweitern, damit Produkte, die die Standards verfehlen, gar nicht erst erzeugt werden.

Die „zentrale Frage“,²² um die es dem Wissenschaftsrat mit der Akkreditierung geht, lautet deshalb, ob eine nichtstaatliche Hochschule „in der Lage ist, Leistungen in Lehre und Forschung zu erbringen, die anerkannten wissenschaftlichen Maßstäben entsprechen“.²³ Die Betonung liegt auf den Worten „in der Lage ist“. Akkreditiert werden nicht die Leistungen selbst, sondern das

15 Groß, Rechtswissenschaftliche Zugänge zur Hochschulforschung. In: die hochschule. journal für wissenschaft und bildung, Heft 2, 20. Jahrgang, 2011, S. 91 ff., 96 unter Verweis auf Steinkemper, Die verfassungsrechtliche Stellung der Privathochschule und ihre staatliche Förderung, Berlin: Duncker & Humblot 2002.

16 Lynen (Fn. 12), Rn. 10 S. 93.

17 Wissenschaftsrat (2000), Empfehlungen zur Akkreditierung privater Hochschulen (Drs. 4419/00 v. 21.1.2000), Köln 2000, S. 30.

18 Wissenschaftsrat 2001, Stellungnahme zur vorläufigen Akkreditierung der International University Bremen (IUB) (Drs. 5068-01 v. 16.11.2001), Berlin 2001.

19 Wissenschaftsrat (2015a) (Fn. 9), S. 6.

20 Wissenschaftsrat (2009), Stellungnahme zur Zukunft der institutionellen Akkreditierung nichtstaatlicher Hochschulen in Deutschland durch den Wissenschaftsrat (Drs. 8925-09); dort findet sich auch der Kommissionsbericht.

21 Wissenschaftsrat (2012), Private und kirchliche Hochschulen aus Sicht der Institutionellen Akkreditierung, Köln 2012.

22 Wissenschaftsrat (2015a) (Fn. 9), 10.

23 Wissenschaftsrat (2005) (Fn. 9), S. 427; Wissenschaftsrat (2012) (Fn. 21), S. 125.

System der Leistungserstellung mit seinen Rahmenbedingungen. Es geht um die „saubere Küche, nicht das Menü, das dort gekocht wird“, wie auf einer HRK-Taugung des Projekts Qualitätssicherung formuliert wurde.²⁴ Überträgt man die Managementlogik von Input – Prozess – Output auf Hochschulen, gehören zu diesen Rahmenbedingungen die Zugangsvoraussetzungen der Studienbewerber, die personellen und monetären Ressourcen (insbes. Lehrkörpermitglieder, Budget), die internen Strukturen und die Prozesse (Lehre, Forschung und Verwaltung bzw. Management). Am Ende der Akkreditierung steht eine abschließende Ja/Nein-Entscheidung zu der Frage, ob die Hochschule „in der Lage ist“ oder nicht. Als Beurteilungsmaßstab dienen dabei sog. Mindeststandards. Das hören Vertreter der Akkreditierungsagenturen zwar nicht gerne, gilt aber auch für den Hochschulbereich. Die 1992 erschienene „Encyclopedia of Higher Education“ definiert Akkreditierung als „process of quality control and assurance in higher education, whereby...an institution or its programs are recognized as meeting minimum acceptable standards“.²⁵ Auch hier besteht Übereinstimmung mit dem Wissenschaftsrat. Gleich in seiner ersten Positionsbestimmung erläutert er „Zum Begriff ‚Akkreditierung‘“, diese bestehe „in der positiven oder negativen Entscheidung über die Erfüllung von Mindeststandards für die Einrichtung [...] einer Hochschule“.²⁶

So wird auch der Zusammenhang zwischen Akkreditierung und staatlicher Anerkennung deutlicher. Die Rechtswirkungen der Anerkennung sind nach außen gerichtet, sie beziehen sich auf die den „Kunden“ angebotenen Leistungen, der Blick der Akkreditierung ist nach innen gerichtet, er bezieht sich auf die für die Leistungserstellung notwendigen institutionellen Bedingungen.

2. Freiheit lässt sich nicht akkreditieren

Damit entsteht allerdings ein Problem. Bei Akkreditierungen geht es um *Qualität*, bei der Wissenschaftsfreiheit hingegen um *Freiheit*.²⁷ Wissenschaftsfreiheit kann zwar zu der Erzeugung von Qualität beitragen, das muss aber nicht der Fall sein. Es kann auch ohne Wissenschaftsfreiheit gute und trotz Wissenschaftsfreiheit schlechte Lehrveranstaltungen, Prüfungen und Absol-

ventInnen geben. Der Zusammenhang ist kontingent. Vor allem aber gilt: Wissenschaftsfreiheit zielt nicht auf die Qualität von Leistungen ab, das ist bestenfalls ihre Nebenfolge. Sie ist nicht Mittel zum Zweck, sondern ein Wert, der aus sich selbst heraus legitimiert ist und auch in Situationen geschützt werden muss, in denen er sich nicht als funktional für die Leistungsproduktion erweist.

Umgekehrt ist „Qualität“, jedenfalls in der Welt der externen Qualitätssicherung, in der wir uns mit dem Instrument der Akkreditierung bewegen, ein zweckrationaler, kein wertrationaler Begriff. Sie wird als Teil eines Planungsprozesses, der von den angestrebten Ergebnissen her auf die hierfür erforderlichen Bedingungen zurückrechnet, rein funktionalistisch als „Fitness for Purpose“ verstanden. In der Abfolge von Input – Prozess – Output müssen die Leistungen der einen Stufe gut genug sein („Mindestanforderungen“), damit die Anforderungen der nächsten Stufe erfüllt werden können.²⁸ Die Qualifikation des Lehrkörpers muss z.B. gut genug sein, damit Studierende die Ziele des Studiums erreichen können. Auch wenn in dieser Planung Freiräume für eigenverantwortliches Handeln vorgesehen sind (und in Hochschulen als Professionsorganisationen vorgesehen sein müssen), handelt sich um „von oben“ gemanagte Partizipation, die aus funktionalen Gründen für zweckmäßig erachtet wird. Freiheit hingegen ist ein widerborstiges Element, das „von unten“ erkämpft und behauptet werden muss. Sie ist nicht Bestandteil funktionalistisch durchgestylter Managementkonzepte.

Akkreditierung ist ein zweckrationales, kein wertrationales Verfahren. Wissenschaftsfreiheit ist deshalb nicht akkreditierungsfähig.

IV. Staatliche Anerkennung, Wissenschaftsfreiheit und Partizipation

Wenn die Wissenschaftsfreiheit in der Logik der Qualitätssicherung keinen Platz hat, wie ist sie dann dort hineingekommen? Vielleicht lässt sich eine Antwort in den Bestimmungen über die staatliche Anerkennung finden, mit der die institutionelle Akkreditierung funktional verbunden ist? Ein näherer Blick darauf offenbart eine aufschlussreiche Entwicklung.

24 Schneider, Arbeitsgruppenbericht. In: Hochschulrektorenkonferenz (Hrsg.), *Qualität an Hochschulen*, Beiträge zur Hochschulpolitik 1/1999, Bonn 1999, S. 79 ff., 80.

25 Clark/Neave, *Encyclopedia of Higher Education*, Volume 3, Analytical Perspectives, Oxford, New York, Seoul, Tokyo 1992, S. 1313.

26 Wissenschaftsrat (2000) (Fn. 17), S. 5.

27 Auf diesen Unterschied weist Mager, *Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Akkreditierung von Studiengängen*, in:

Ordnung der Wissenschaft (4) 2017, S. 237 ff., S. 239 r. Sp. hin.

28 Vgl. insgesamt zu dem Qualitätsbegriff U. Schmidt, *Wie wird Qualität definiert?* In: Winde (Hrsg.), *Von der Qualitätsmessung zum Qualitätsmanagement*, Edition Stifterverband: Essen 2010, S. 10 ff.; Zollondz, *Grundlagen Qualitätsmanagement*, 2. Aufl., München, Wien 2006, S. 155 ff.; Harvey/Knight, *Transforming Higher Education*, Buckingham, Bristol 1996, S. 1–23.

1. Die gesetzliche Entwicklung

Das immer noch vorherrschende Grundverständnis von den Voraussetzungen und Folgen der staatlichen Anerkennung findet sich schon in § 70 Hochschulrahmengesetz aus dem Jahr 1976. Neben den oben (Ziff. II) beschriebenen Rechtswirkungen listet diese Bestimmung fünf Voraussetzungen für die Anerkennung auf. Die ersten vier beziehen sich auf die Ziele des Studiums (in der Akkreditierungslogik das „purpose“), die Mindestgröße der Einrichtung, die Zulassungsvoraussetzungen für die Studienbewerber und die Einstellungsvoraussetzungen für den Lehrkörper. Für unsere Zwecke ist die fünfte Bedingung interessant. Sie fordert, dass „die Angehörigen der Einrichtung an der Gestaltung des Studiums in sinngemäßer Anwendung der für staatliche Hochschulen geltenden Grundsätze mitwirken“. Der starke Einfluss der Professoren, den die Verfassungsrechtsprechung aus der Interpretation der Wissenschaftsfreiheit als Organisationsrecht entnimmt, ist diese Voraussetzung nicht. Anders als „maßgebender“ oder „ausschlaggebender“ Einfluss besteht sie nur in einer „Mitwirkung“, ist begrenzt auf die „Gestaltung des Studiums“ und kommt nur „sinngemäß“ zur Anwendung. Vor allem aber: Mitwirkung ist nicht Ausübung von Freiheit, sondern durch ein kluges Management eingeräumte Partizipation.

Bei diesen Anforderungen bleibt es in den folgenden Jahrzehnten im Wesentlichen auch in den Landeshochschulgesetzen. Zusätzliche Anforderungen entstehen nur vereinzelt. In den letzten Jahren gehen jedoch die Bundesländer NRW, Baden-Württemberg, Berlin und Brandenburg darüber hinaus, indem sie die Wissenschaftsfreiheit zusätzlich und prominent an die Spitze der Anerkennungsvoraussetzungen setzen. Das nordrhein-westfälische „Hochschulzukunftsgesetz“ aus dem Jahr 2014 (das dritte Hochschulgesetz in NRW innerhalb von 10 Jahren) verlangt z. B. in § 72 Abs. 2 Ziff. 1 neu, dass „in der Hochschule die Freiheit von Wissenschaft, Forschung und Lehre sowie der Kunst sichergestellt ist“. In ähnlicher Weise verlangt das Baden-Württembergische Hochschulgesetz seit 2014, dass „die innere Wissenschaftsfreiheit hinreichend gesichert ist; insbesondere muss die akademische Selbstverwaltung maßgeblichen Einfluss auf die Bestellung und Abberufung der Hochschulleitung besitzen, und im akademischen Kernbereich muss eine autonome Entscheidungsbildung durch die akademischen Gremien gewährleistet sein“ (§ 70 Abs. 2 Ziff. 7). Mit derselben Richtung, wenn auch differenzierter, verlangen das Berliner Hochschulgesetz aus

dem Jahr 2011 (§ 123 Abs. 2 Ziff. 1) und – beinahe wortgleich – das Brandenburgische Hochschulgesetz aus dem Jahr 2014 (§ 83 Abs. 2 Ziff. 1), dass in der Einrichtung „die Freiheit der Kunst und Wissenschaft, der Forschung und Lehre im Rahmen des Zwecks und der wirtschaftlichen Interessen des Trägers gewährleistet ist“.

Interessant an diesem Befund ist, dass der Wissenschaftsrat seine Akkreditierungskriterien nur partiell an den Landeshochschulgesetzen ausrichtet. Die Mehrzahl der Gesetze enthält keinen Verweis auf die Wissenschaftsfreiheit als Voraussetzung für die staatliche Anerkennung. Diese Diskrepanz wird spätestens dann problematisch, wenn – wie in dem Thüringischen Hochschulgesetz – die Akkreditierung explizit „durch den Wissenschaftsrat“ vorgeschrieben ist und auf diese Weise die Wissenschaftsfreiheit auch ohne gesetzliche Grundlage implizit zu einer Anerkennungsvoraussetzung wird. Explizit verweisen lediglich die vier Landeshochschulgesetze in NRW, Baden-Württemberg, Berlin und Brandenburg auf die Wissenschaftsfreiheit. Sie sind allerdings erst in den Jahren 2011 und 2014 in Kraft getreten, also *nachdem* der Wissenschaftsrat die Freiheit der Lehre und Forschung im Jahr 2000 zur Voraussetzung der Akkreditierung erklärt und im Jahr 2004 als Prüfkriterium für die Leitungsstruktur aufgelistet hat. Die gesetzliche Anerkennung ist zwar Bezugspunkt der Akkreditierung, insofern richtet sich der Wissenschaftsrat an den Gesetzen aus. Offenbar richten sich aber auch vermehrt Gesetze an dem Wissenschaftsrat aus, der dann zwei Rollen zugleich einnimmt: Er ist einerseits Agentur, die die Anerkennungsentscheidungen der Ministerialverwaltung vorbereitet, die dabei ihrerseits an die Hochschulgesetze gebunden ist, und er ist andererseits politischer Akteur, der mit dazu beiträgt, dass die Hochschulgesetze sich ändern. Er ist Agent und Prinzipal zugleich.

2. Freiheit oder Partizipation?

Aber entsteht überhaupt eine Grundrechtsbindung für Privathochschulen, wenn sie, wie in dem Fall der vier Landeshochschulgesetze, durch ein einfaches Gesetz auf die Gewährleistung der Wissenschaftsfreiheit verpflichtet werden? Ob, für wen und mit welcher Reichweite einem Grundrecht Geltungskraft zukommt, hängt ausschließlich von der Verfassung selbst und nicht dem einfachen Gesetz ab. Entweder beschreibt das Gesetz also rein deklaratorisch eine Grundrechtslage, die ohnehin schon besteht (dazu müsste der Wissenschaftsfreiheit Drittwirkung zukommen, IV. 2. a)), oder es schafft einen

neuen Rechtszustand, der jedoch unterhalb der Grundrechtsebene bleibt (b)).

a) Keine Drittwirkung der Wissenschaftsfreiheit

Privathochschulen sind Träger des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit.²⁹ Sie werden hierdurch gegenüber dem Staat nicht verpflichtet, sondern geschützt. Etwas anderes ergibt sich nur, wenn man annimmt, dass sie durch die staatliche Anerkennung mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse beliehen oder jedenfalls so in das öffentlich verantwortete Hochschulwesen inkorporiert werden, dass sie selber in eine staatsähnliche Position geraten. Dann wären sie wie der Staat durch Grundrechte gebunden. Dieser Rollenwechsel träte aber nicht allgemein für die Hochschule ein, sondern wäre auf die Leistungen beschränkt, die der Staat durch seine Anerkennung beglaubigt, also das Prüfungs- und Berechtigungswesen.³⁰ Weisungen der Geschäftsführung in diesem Bereich, z.B. zu „richtigen“ oder „falschen“ Lehrmeinungen oder Prüfungsfragen, wären unzulässige Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit der betroffenen Wissenschaftler, die diese abwehren könnten. Organisationale Auswirkungen auf die „Leitungs- und Entscheidungsstruktur“ insgesamt gingen hiervon aber nicht aus.

Außerhalb dieses hoheitlich strukturierten Bereichs bestimmen sich die Pflichten der Privathochschule gegenüber ihren Wissenschaftlern nicht durch Grundrechte, sondern den Arbeitsvertrag, den sie mit ihnen geschlossen haben.³¹ Es gilt der Grundsatz der Privatautonomie, mittels der zwei rechtlich gleiche Rechtssubjekte die Vertragsinhalte frei aushandeln. Einer Bindung durch die Wissenschaftsfreiheit unterliegen sie dabei nicht.³² Auch eine mittelbare Drittwirkung, die sich aus dem Charakter der Grundrechte als „objektiver Wertordnung“ ergeben kann, liegt nicht vor.³³ Sie wird nur für Fallkonstellationen erzeugt, bei denen offene Wer-

tungsbegriffe wie z.B. die „Sittenwidrigkeit“ der Schädigung in dem grundlegenden Lüth-Urteil³⁴ ausgelegt werden oder andere Besonderheiten vorliegen, die hier nicht gegeben sind.

b) „Beleihung mit Freiheit“

Teile der Literatur sind gleichwohl von dem Bemühen geprägt, die Wissenschaftsfreiheit in dem Privathochschulbereich zur Geltung zu bringen, wenn auch unterhalb der Ebene einer mittelbaren Drittwirkung. Solche Versuche lassen sich mit dem schönen Begriff der „verkürzten Drittwirkung“³⁵ charakterisieren. Dabei wird z.T. eine sozialstaatsähnliche Gewährleistungsverantwortung betont, die dem Staat als Kulturstaat für die Wissenschaftsfreiheit der Wissenschaftler obliege und der er in seiner Anerkennungspraxis nachkommen müsse,³⁶ z.T. wird auch mit dem Charakter der Wissenschaft selbst argumentiert. Wenn nämlich mit der Anerkennung der Hochschule die Wissenschaftlichkeit ihrer Abschlüsse bestätigt werde, müsse sie der Eigengesetzlichkeit der Wissenschaft Raum geben, und dazu gehöre die Wissenschaftsfreiheit der bei ihr tätigen Wissenschaftler.³⁷ Systemische Eigengesetzlichkeit und personal begründete Wissenschaftsfreiheit sind aber nicht identisch. Schließlich wird argumentiert, dass die Hochschule sich selber nur auf die Wissenschaftsfreiheit berufen könne, wenn sie auch ihren Beschäftigten diese Freiheit „gewähre“.³⁸ Aus all diesen Konstruktionen ergibt sich aber „kein eigenes (Grund)recht“³⁹ der Wissenschaftler gegenüber der Hochschule. „Wenn man eine paradoxe Formulierung wählen wollte“ so schreibt Löwer,⁴⁰ „könnte man sagen, es handele sich um einen Fall der ‚Beleihung mit Freiheit‘“.

Ein Hochschulgesetz schafft also lediglich eine ein-fachgesetzliche Befugnisnorm für die Ministerialverwaltung,⁴¹ der bei ihrer Anerkennungsentscheidung eine

29 Vgl. nur die Akkreditierungsentscheidung des BVerfG – 1 BvL 8/10 – E 141, juris Rn. 48; Kläger des Ausgangsverfahrens war der Träger einer in Hamm ansässigen privaten, staatlich anerkannten Fachhochschule.

30 Lorenz, Privathochschulen. In: Ch. Flämig u.a. (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, Band 1, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg 1996, S. 1157 ff., S. 1167 („Beleihung mit hoheitlicher Gewalt allenfalls für das Prüfungs- und Berechtigungswesen“), 1172 (dort mit dem Gedanken der Inkorporierung begründet: „nicht etwa eine Beleihung“); Steinkemper (Fn. 15), S. 124; offener Lynen (Fn. 12), Rn. 38 („Dieses Thema ist – soweit ersichtlich – noch nicht erschöpfend behandelt“); vgl. auch den Beschluss des Hess. VGH v. 13.1.2016 WissR 2016 (49) 79 ff.

31 Fehling, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit). In: Bonner Kommentar, Loseblattausgabe 2004, Rn. 53; Lorenz (Fn. 30), S. 1171.

32 Löwer, Art. 16. In: Löwer/Tettinger (Hrsg.), Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, Stuttgart u.a. 2002, Rn. 25; Penßel, Nichtstaatliche Hochschulen. In: Geis (Hg), Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2. Aufl. 2017, S. 573 ff., Rn. 49.

33 Lorenz (Fn. 30), S. 1171.

34 BVerfGE 7, 198 ff.).

35 Fehling (Fn. 31), Rn. 54, 246, 261.

36 Fehling (Fn. 31), Rn. 53, 131; Steinkemper (Fn. 15), S. 128 f.

37 Löwer, Freiheit wissenschaftlicher Forschung und Lehre. In: Mertens/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band IV, Heidelberg 2011, S. 699 ff., Rn. 21 S. 722.

38 Fehling (Fn. 31), Rn. 54; Britz, Art. 5 Abs. III (Wissenschaft). In: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 3. Auflage, Tübingen 2013, spricht davon, dass „faktisch“ eine mittelbare Drittwirkung erzeugt werde (Rn. 62); ebenso Krausnick, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, Tübingen 2012, S. 352.

39 Britz (Fn. 38), Rn. 62.

40 Löwer (Fn. 37), Rn. 21 S. 722.

41 Ähnlich Dreier, (2013), Vorbemerkungen vor Art. 1 GG. In: Ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 3. Auflage, Tübingen 2013, Rn. 100 für den vergleichbaren Fall der Antidiskriminierungsgesetzgebung, den er als „prekär“ bezeichnet.

komplizierte Gedankenoperation abverlangt wird. Sie muss in einem 1. Schritt hypothetisch die Anforderungen an die „Governance“ ermitteln, die bestünden, wenn die Privathochschulen denselben Bindungen wie staatlichen Hochschulen unterlägen, und in einem 2. Schritt das Ergebnis wieder so zurückschneiden, dass die realen Grundrechte der Privathochschulen bzw. ihrer Träger nicht beeinträchtigt werden. Eine solche „als ob die Wissenschaftsfreiheit gelte Regelung“ enthält gegenüber der tradierten „sinn-gemäßen Mitwirkung der Lehrenden“ keinen Mehrwert. Auch wenn sie unter der Flagge der Wissenschaftsfreiheit daherkommt, geht sie in ihren Wirkungen nicht über die gemanagte⁴² Partizipation hinaus, die jedoch als Mindeststandard immerhin akkreditierungsfähig wäre. Ein weitergehender, auf das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 gestützter Prüfbereich wird nicht eröffnet.

3. Hochschulformigkeit

Es bleibt die Frage, ob sich an diesem Befund durch die „Hochschulformigkeit“ etwas ändert. Lässt sich argumentieren, schon rein logisch gehöre zu dem Begriff einer Hochschule die Wissenschaftsfreiheit, so dass diese zu den Anerkennungs- und damit auch Akkreditierungsvoraussetzungen gehöre? Der Wissenschaftsrat hat im Jahr 2015 „für die Hochschulformigkeit konstitutive Voraussetzungen“⁴³ in seinen Leitfaden aufgenommen und damit einen den Gesetzen vorgegebenen Hochschulbegriff geschaffen, zu dem auch die Wissenschaftsfreiheit gehört.⁴⁴ In dem „Prüfbereich 2: Leitungsstruktur, Organisation und Qualitätsmanagement“ lautet der Obersatz demzufolge „Leitungsstruktur und Organisation einer Hochschule müssen die grundgesetzlich garantierte Freiheit von Kunst, Wissenschaft, Forschung und Lehre sicherstellen“.⁴⁵ Danach dürfte eine Anerkennung

also überhaupt nur erfolgen, wenn die organisationalen Anforderungen der Wissenschaftsfreiheit sichergestellt sind.

Damit ist die Frage aufgeworfene, „ob die anerkannte Einrichtung schon vorher Hochschulstatus besitzen muss oder diesen erst mit der Anerkennung erhält“.⁴⁶ Die Antwort ist in dem HRG noch offengeblieben, mittlerweile aber geklärt. Die Hochschulgesetze sprechen bis zu der Anerkennung von „Einrichtungen des Bildungswesens“ (z. B. Schulen oder Weiterbildungseinrichtungen), die erst durch die Anerkennung zu „Hochschulen“ transformiert werden (so stellvertretend für die meisten Landeshochschulgesetze § 76 Abs.1 S.1 Bay HG). „Mit der Anerkennung erhält die betreffende Einrichtung überhaupt erst den Status einer Hochschule“, „einen der Staatlichkeit bzw. staatlichen Anerkennung zwingend vorgelagerten Hochschulbegriff“ kennt das Hochschulrecht nicht.⁴⁷ Auch dem BVerfG „fehlen für diesen Begriff [...] noch klare positive Kriterien. Jedoch lässt er sich negativ gegenüber den schulischen Einrichtungen hinreichend deutlich abgrenzen. Für den Hochschulcharakter einer Institution sprechen in Anlehnung an die überlieferte deutsche Hochschultradition u. a. selbständige Rechtspersönlichkeit, Akademische Selbstverwaltung, Satzungsbefugnis und Hochschulreife als Zugangsvoraussetzung“.⁴⁸ Es gilt deshalb eine strikt positivistische Maxime: Staatliche Hochschulen sind diejenigen Einrichtungen, die in den Hochschulgesetzen enumerativ „als solche bezeichnet und aufgelistet werden“, nichtstaatliche Hochschulen sind solche Einrichtungen, „die das Verfahren der staatlichen Anerkennung mit positivem Ergebnis durchlaufen haben“.⁴⁹

Auch die Konstruktion der Hochschulformigkeit erzeugt somit keine Grundrechtsbindung privater Hochschulen. Private Hochschulträger sind für die Organisation der

42 „Governance“ wird so zu einer Frage auch subjektiver Führungskompetenzen, nicht nur objektiver Strukturen (vgl. dazu Zechlin, Governance als Führungshandeln. In: Truniger, L. [Hrsg., Führen in Hochschulen. Anregungen und Reflexionen aus Wissenschaft und Praxis, Wiesbaden 2017, S. 33 ff.), entscheidend ist das Zusammenspiel der beiden Seiten. Dabei könnte ein an systemischen Grundsätzen ausgerichtetes Führungsverständnis (dazu Wimmer, Die neuere Systemtheorie und ihre Implikationen für das Verständnis von Organisation, Führung und Management. In: Rüeegg-Sturm/Bieger [Hrsg.], Unternehmerisches Management. Herausforderungen und Perspektiven, Bern 2012, S. 7 ff.) die Eigengesetzlichkeit der Wissenschaft im Abgleich mit den anderen Anforderungen an die Hochschule möglicherweise besser zum Tragen bringen als die Leitungs- und Entscheidungsstrukturen, die von der Rechtsprechung für die staatlichen Hochschulen erfordert werden. Der Wissenschaftsrat (Fn. 13, S. 74) spricht den Unterschied der beiden Governanceverständnisse an, folgt aber dem Strukturverständnis.

43 Wissenschaftsrat (2015a) (Fn. 9) und 2015 b (Fn. 10), S. 10 f.

44 Wissenschaftsrat (2015a) (Fn. 9) und 2015 b (Fn. 10), S. 10.

45 Wissenschaftsrat (2015a) (Fn. 9) und 2010 b (Fn. 10), S. 28.

46 Dallinger, Kommentierung des § 70. In: Dallinger/Bode/Dellian, Hochschulrahmengesetz. Kommentar, Tübingen 1978, Rn. 7.

47 Görisch (Fn. 14), Rn. 3 und 4; vgl. auch Lorenz (Fn. 30), S. 1158 f.; Lö-

wer (Fn. 32) Rn. 23 weist auf „eine Beschreibung des Wesensgehalts eines materiellen Hochschulbegriffs“ durch das OVG Rheinland-Pfalz aus dem Jahr 1963 hin, die „in Übereinstimmung mit der gewachsenen Tradition“ steht.

48 BVerfGE 37, 314 ff., 321; im Hinblick auf die Selbstverwaltungsgarantie weist Löwer (Fn. 32), Rn. 25 darauf hin, dass sie nur für die „vom Land errichteten und getragenen Einrichtungen“ gilt und aus Art 5 III GG nichts anderes folgt, „da die Vorschrift keine Bindung für private Rechtssubjekte erzeugt“; so auch ausführlich Penßel (Fn. 32) Rn. 54.

49 Lynen (Fn. 12), Rn. 6; zugegebenermaßen ist das intellektuell nicht sehr befriedigend und erinnert an die alte Fußballweisheit „Abseits ist, wenn der Schiedsrichter pfeift“. Das Verhältnis zwischen sozialem Wandel und dem Rechtssystem ist natürlich komplexer, wie jüngst die Diskussion um die „Ehe für alle“ zeigt. Das Abstellen auf die Tradition alleine reicht jedoch für einen materiellen Hochschulbegriff nicht. Er müsste zumindest um Rechtsvergleichung mit anderen Hochschulsystemen, in denen ebenfalls Wissenschaftsfreiheit herrscht, und um Rechtsstatsachenforschung, z.B. zu der rasch zunehmende institutionelle Ausdifferenzierung des Hochschulsystems, ergänzt werden.

Leitungs- und Entscheidungsstruktur nicht an Art. 5 Abs. 3 GG gebunden. Deshalb kann auf diesem Wege die Aufnahme der Wissenschaftsfreiheit in die Akkreditierungsvorschriften nicht gerechtfertigt werden. Indem der Wissenschaftsrat seinen eigenen, den Gesetzen vorgegebenen Hochschulbegriff aufstellt und den Akkreditierungen zugrunde legt, ergibt sich derselbe Befund wie bei der Analyse der gesetzlichen Entwicklung: Auch hier nimmt er zwei Rollen zugleich ein, die der ausführenden Agentur und die eines politischer Akteur, der ihm erforderlich erscheinende Gesetzesänderungen durch eigenes Handeln ersetzt.

V. Wissenschaftsrat und Wissenschaftsfreiheit

An sich wäre der Wissenschaftsrat bei der Ausgestaltung seiner Akkreditierungsverfahren frei. Das ändert sich aber durch seine Nähe zu der staatlichen Anerkennung. Dort agiert er nicht in der Rolle eines Berufsverbandes, der mit der Akkreditierung eines Studiengangs sein privatrechtliches Siegel und das damit verbundene Renommee verleiht,⁵⁰ sondern er übt einen hohen Einfluss auf die Anerkennungsentscheidungen aus und nimmt das auch explizit in Anspruch. Er „erwartet, dass die Prüfung der wissenschaftlichen Qualität im Rahmen der institutionellen Akkreditierung grundsätzlich der endgültigen staatlichen Anerkennung vorausgeht“⁵¹ bzw. „geht davon aus, dass Auflagen und Voraussetzungen, die er im Rahmen seiner Akkreditierungsentscheidungen ausspricht, in der staatlichen Anerkennungspraxis umgesetzt werden“.⁵² Diese Nähe existiert nicht nur faktisch als Folge des behördlichen Beratungsbedarfs, sondern wird durch einzelne Hochschulgesetze auch rechtlich für verbindlich erklärt. Das Thüringer und das Hessische Hochschulgesetz binden die Anerkennungsentscheidung mittlerweile explizit an ein Verfahren, das „durch den Wissenschaftsrat“⁵³ oder „durch den Wissenschaftsrat oder eine vergleichbare Einrichtung“⁵⁴ durchgeführt wird.

Der Wissenschaftsrat ist deshalb in einer ähnlichen Position wie die privatrechtlich organisierten Agenturen bei der Akkreditierung von Studiengängen oder Qualitätssicherungssystemen für Studium und Lehre. Für deren Tätigkeit hat das BVerfG in einem Verfahren, das

durch eine nichtstaatliche Hochschule ausgelöst wurde, klargestellt, dass „die mit der Qualitätssicherung verbundenen Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit“ der betroffenen nichtstaatlichen Hochschule „einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage“ bedürfen.⁵⁵ Das gilt ebenso für die institutionelle Akkreditierung.⁵⁶ Er ist deshalb gut beraten, bei allem Einsatz für die Wissenschaftsfreiheit diese auch in seiner eigenen Praxis zu beachten und den Zuschnitt seiner Akkreditierungskriterien auf die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anerkennung auszurichten und zu beschränken. Falls er diese für unzureichend hält, muss er in seiner Rolle als Politikberater auf ihre Änderung dringen. Was er nicht tun kann, ist, die „Lücke“ in seiner Rolle als Agentur selbständig zu schließen.⁵⁷

VI. Fazit

Als unmittelbares Ergebnis dieses Beitrages lässt sich festhalten, dass an Privathochschulen die Sicherung der Wissenschaftsfreiheit durch eine geeignete Leitungs- und Entscheidungsstruktur nicht Gegenstand der institutionellen Akkreditierung sein kann. Dieses Prinzip gilt nur für staatliche Hochschulen. Es passt nicht zu der funktionalen Qualitätssicherungslogik von Akkreditierungsverfahren, und es ist nicht auf private Hochschulen übertragbar, weil diese für die Organisation ihrer Leitungsebene keiner Grundrechtsbindung aus Art. 5 Abs. 3 GG unterliegen. Zu den Gegenständen der Akkreditierung gehört jedoch die „Mitwirkung“ der Hochschulangehörigen, die als Voraussetzung der staatlichen Anerkennung gesetzlich vorgeschrieben ist. Beurteilungsmaßstab sind dabei die für Akkreditierungsverfahren eigentümlichen Mindeststandards.

Daraus ergeben sich Folgerungen für unterschiedliche Adressaten. Der *Wissenschaftsrat* sollte seine Rollen als Agentur und politischer Akteur stärker trennen und seine Akkreditierungskriterien strikt an den gesetzlichen Anforderungen für die staatliche Anerkennung ausrichten. Das entspricht dem funktionalen Zusammenhang zwischen Akkreditierung und Anerkennung und liegt auf der Linie der Akkreditierungsentscheidung des BVerfG. Die *Landesgesetzgeber* sollten darauf verzichten, Gesetz mit einer gut klingenden, aber relativ

50 Vgl. den Hinweis auf das US-amerikanische System bei Mager (Fn. 27), S. 242.

51 Wissenschaftsrat (2006), Leitfaden der Institutionellen Akkreditierung (Drs. 7078-06 v. 27. 1. 2006), Köln, S. 5.

52 Wissenschaftsrat (2015a) (Fn. 9), S. 15 und 2015b (Fn. 10), S. 12.

53 Thüringer HG § 101 Abs. 2 S. 2; vgl. auch das HSG S-H, das die Einschaltung des Wissenschaftsrates als bloße Möglichkeit vorsieht (§§ 76 Abs. 2 S. 4 und 79 Abs. 3).

54 Hessisches HG § 91 Abs. 3.

55 BVerfGE 141, 143 Rn. 59.

56 Kahl, Die Geschichte der Bayerischen Hochschulen. In: Geis (Hg), Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2. Aufl. 2017, S. 1 ff., 32, Rn. 52.

57 Sandberger, Governance-Modelle für nicht staatliche Hochschulen – zum Akkreditierungsleitfaden des Wissenschaftsrates. In: Ordnung der Wissenschaft (2) 2016, S. 95 ff., begrüßt die Lückenschließung durch den Wissenschaftsrat (S. 109 r. Sp.), plädiert jedoch ebenfalls für Gesetzesänderungen (S. 110 r. Sp.).

substanzlosen Symbolik zu verzieren. Mit der Aufnahme der Wissenschaftsfreiheit in die Hochschulgesetze als Vorgabe für die Anerkennung von Privathochschulen ist ihr ein Bärendienst erwiesen worden, weil sie als Freiheit „von unten“ nicht mehr gegenüber der „von oben“ gewährten Mitwirkung unterschieden werden kann. Damit wird sie einer Relativierung und politischen Verfügbarkeit ausgesetzt, die sie nicht mehr nach eigenen Maßstäben begrenzen kann. Als Alternative bietet sich an, die einfachgesetzlich verankerte „Mitwirkung“ über die Gestaltung des Studiums hinaus auf das gesamte Berechtigungswesen auszuweiten. Die *Privathochschulen* schließlich sollten in ihrem eigenen Interesse genau diese partizipative Mitwirkung vorantreiben und damit zeigen, was ein gutes unternehmerisches Management zu leisten vermag. Wissen ist das eigentliche „Kapital“ von Hochschulen, es „gehört“ aber nicht ihnen als Organisation, sondern ihren Wissenschaftlern. Immer noch gilt deshalb: „Selbst ohne die rechtliche Bindung durch Art. 5 Abs. 3 GG wird freilich auch die Organisation einer privaten Hochschule die Freiheit der Wissenschaft respektieren“.⁵⁸

Schließlich ist in *wissenschaftlicher* Hinsicht deutlich geworden, dass schärfere begriffliche Unterscheidungen Not tun. Wertrationale Freiheit, zweckrationale Qualität, gemanagte Partizipation der Wissenschaftler sowie die Eigengesetzlichkeiten von Wissenschaft, Lehre und Verwaltung sollten genauer unterschieden und in ihren wechselseitigen Beziehungen untersucht werden. Insofern hat die Beschäftigung mit Privathochschulen Fragen aufgeworfen, die auch für staatliche Hochschulen bedeutsam sind. Für solche Untersuchungen dürfte eine stärkere Zusammenarbeit zwischen Rechts- und Sozialwissenschaften, empirischer Hochschulforschung und der Praxis des Hochschul- und Wissenschaftsmanagements förderlich sein.

Lothar Zechlin ist Professor i.R. für Öffentliches Recht und ehemaliger Universitätspräsident. Er leitete von 2009 bis 2015 die Steuerungsgruppe des Institutional Evaluation Program der European University Association und war von 2009-2011 Mitglied des deutschen Akkreditierungsrats.

58 Lorenz (Fn. 30), S. 1172; auf ein solches „Eigeninteresse“ der Hochschule und des Hochschulträgers stellt auch Penßel (Fn. 32) Rn. 52 ab.

Manfred Löwisch und Andreas Schubert

Beschränkung befristeter Arbeitsverträge nach dem Koalitionsvertrag: Auswirkungen auf Hochschulen und Forschungseinrichtungen

I. Vorschläge des Koalitionsvertrags¹

1. Sachgrundlose Befristungen

Nach dem Koalitionsvertrag sollen Arbeitgeber mit mehr als 75 Beschäftigten nur noch maximal 2,5 Prozent der Belegschaft sachgrundlos befristen dürfen. Bei Überschreiten dieser Quote soll jedes weitere sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnis als unbefristet zustande gekommen gelten. Die Quote soll jeweils auf den Zeitpunkt der letzten Einstellung ohne Sachgrund zu beziehen sein.

Weiter soll die Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes nur noch für die Dauer von 18 statt bislang von 24 Monaten zulässig sein. Bis zu dieser Gesamtdauer soll auch nur noch eine einmalige statt einer dreimaligen Verlängerung möglich sein.

2. Kettenbefristungen

Nach dem Koalitionsvertrag soll die Befristung eines Arbeitsverhältnisses dann nicht zulässig sein, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein unbefristetes oder ein oder mehrere befristete Arbeitsverhältnisse mit einer Gesamtdauer von fünf oder mehr Jahren bestanden haben. Eine Ausnahmeregelung soll für den Sachgrund nach § 14 Abs. 1 Nr. 4 Teilzeit- und Befristungsgesetz wegen der Eigenart des Arbeitsverhältnisses (Künstler, Fußballer) zu treffen sein.

Auf die Höchstdauer von fünf Jahren sollen auch eine oder mehrere vorherigen Entleihung(en) des nunmehr befristet eingestellten Arbeitnehmers durch ein oder mehrere Verleihunternehmen angerechnet werden.

Ein erneutes befristetes Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber soll erst nach Ablauf einer Karenzzeit von drei Jahren möglich sein.

II. Relevanz der Vorschläge für Universitäten und Forschungseinrichtungen

1. Im persönlichen Geltungsbereich des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes und des Gesetzes über befristete Arbeitsverträge mit Ärzten in der Weiterbildung

1 Ein neuer Aufbruch für Europa Eine neue Dynamik für Deutschland Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 7. Februar 2018. Die Vorschläge sind im Abschnitt V 1 (Gute Arbeit) auf S. 52 enthalten.

2 Etwa: „Flexible Dienstleister der Wissenschaft“, FAZ

a) Spezialitätscharakter dieser Gesetze

Das WissZeitVG regelt die Befristung von Arbeitsverhältnissen des wissenschaftlichen Personals eigenständig. Wie sich aus § 1 Abs. 1 Satz 5 des Gesetzes ergibt, finden die anderen Vorschriften über befristete Arbeitsverhältnisse nur insoweit Anwendung, wie sie den Regelungen des WissZeitVG nicht widersprechen.

An dieser Rechtslage will der Vorschlag des Koalitionsvertrags trotz gegenläufiger Forderungen² ersichtlich nichts ändern. Zu Recht: Die Auswirkungen der 2016 erfolgten grundlegenden Reform des WissZeitVG sollen nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 8 im Jahr 2020 evaluiert werden. Diesen Fahrplan umzuwerfen besteht kein Anlass.

§ 2 Abs. 1 Sätze 4 bis 6 und Abs. 5 WissZeitVG sehen Verlängerungen der zulässigen Befristungsdauer aus in der Person des wissenschaftlichen Mitarbeiters liegenden besonderen Gründen vor. Die Aufzählung dieser Gründe ist abschließend gemeint. Die Inanspruchnahme der im Koalitionsvertrag ebenfalls vorgesehenen Brückenteilzeit würde deshalb nicht zu einer solchen Verlängerung führen.

Auch das ÄrzteBefrG enthält eine solche eigenständige Regelung (§ 1 Abs. 5 des Gesetzes). Auch an dieser will der Vorschlag ersichtlich nichts ändern.

b) Ergänzende Geltung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (§ 1 Abs. 2 WissZeitVG)

Nach § 1 Abs. 2 WissZeitVG kann das von ihm erfasste wissenschaftliche Personal auch nach den Vorschriften des TzBfG befristet beschäftigt werden. Das gilt auch für die sachgrundlose Befristung des § 14 Abs. 2 TzBfG.

Im Verhältnis zu den Befristungstatbeständen des § 14 Abs. 1 TzBfG hat das BAG in einer Reihe neuerer Entscheidungen den Befristungstatbeständen des § 2 WissZeitVG teilweise Spezialcharakter zugemessen und Hochschulen und Forschungseinrichtungen deshalb die Berufung auf die ersteren versagt.³ Zu der schwierigen Frage, ob und inwieweit § 2 WissZeitVG

vom 27.3.2018.

3 BAG 18.5.2006, 7 AZR 533/14, NZW 2016, 1276; BAG 8.6.2016, 7 AZR 259/14, BeckRS 2016, 73446; BAG 28.9.2016, 7 AZR 549/14, NZA 2017, 249; siehe auch BAG 14.6.20017, 7 AZR 597/15, BeckRS 2017, 128880 zu § 1 ÄArbVtrG.

auch im Verhältnis zu § 14 Abs. 2 TzBfG solcher Spezialcharakter zukommt, hat das BAG bislang noch nicht Stellung genommen.⁴

Zahlenmäßig halten sich sachgrundlose Befristungen des wissenschaftlichen Personals jedenfalls schon wegen der in der Vorschrift enthaltenen Zuvor-Regelung in engen Grenzen. Sie dürften nicht einmal ein Prozent aller wissenschaftlich Beschäftigten betragen.

2. Außerhalb des Geltungsbereichs dieser Gesetze

a) Professoren, Juniorprofessoren

Professoren und Juniorprofessoren können auch als Arbeitnehmer beschäftigt werden. Das WissZeitVG regelt die Befristung solcher Arbeitsverhältnisse nicht. Dementsprechend gelten für diese an sich die Vorschriften des TzBfG und damit auch die geplanten Neuregelungen.

Dem TzBfG gehen insoweit allerdings *landesrechtliche Regelungen* vor: Nach § 23 TzBfG bleiben Befristungen nach anderen gesetzlichen Vorschriften unberührt. Da das Bundesrecht keine Regelungen über die Befristung von Arbeitsverhältnissen von Professoren und Juniorprofessoren enthält und das Arbeitsrecht zur konkurrierenden Gesetzgebung gehört, können deshalb insoweit landesgesetzliche Vorschriften Platz greifen.⁵ An dieser Rechtslage rührt auch der Vorschlag des Koalitionsvertrags nicht. Er will es ersichtlich bei § 23 TzBfG belassen und verzichtet damit auf eine Korrektur der Rechtsprechung des BAG.

Dementsprechend können, soweit die Landeshochschulgesetze das vorsehen, Professoren im Falle der Erstbefristung nach wie vor zunächst zur Erprobung drei Jahre befristet angestellt werden.⁶ Auch steht der sechsjährigen Befristung der Arbeitsverhältnisse von Juniorprofessoren⁷ weiterhin nichts entgegen.

b) Leitendes wissenschaftliches Personal von Forschungseinrichtungen

Für das leitende wissenschaftliche Personal von Forschungseinrichtungen im Sinne von § 5 WissZeitVG gelten an sich sinngemäß die Vorschriften dieses Gesetzes.⁸ Die für § 14 TzBfG vorgeschlagenen Neuregelungen

haben deshalb für sie, nicht anders als für das wissenschaftliche Personal der Hochschulen, Bedeutung nur insoweit als Befristungen außerhalb der Regeln des WissZeitVG vereinbart werden sollen.

c) Lektoren

Soweit Lektoren nicht zum wissenschaftlichen Personal im Sinne des WissZeitVG zu zählen sind, gelten für die Befristung der Arbeitsverhältnisse die Vorschriften des TzBfG und damit künftig auch die vorgeschlagenen Neuregelungen. Relevant werden kann dabei insbesondere die Beschränkung von Kettenbefristungen.

d) Nichtwissenschaftliches Personal

Auch für das nichtwissenschaftliche Personal gilt, gleichgültig, ob es bei den Hochschulen oder bei Forschungseinrichtungen beschäftigt ist, das TzBfG. Dementsprechend wird in diesem Bereich von sachgrundlosen Befristungen durchaus Gebrauch gemacht. Man wird davon ausgehen können, dass hier wie allgemein⁹ etwa fünf Prozent der Beschäftigten sachgrundlos befristet sind.

Insoweit werden sich die Neuregelungen also auswirken. Auf der anderen Seite werden so Sachgrundbefristungen, insbesondere Drittmittelbefristungen zusätzlich Bedeutung erlangen.

III. Sachgrundlose Befristungen

1. Höchstquote

a) „Arbeitgeber“ als Adressat

aa) Arbeitgeberbegriff

„Arbeitgeber“ ist nach der allgemeinen arbeitsrechtlichen Terminologie, wie sie heute insbesondere in § 611a Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 BGB zum Ausdruck kommt, der *Partner der Arbeitsverträge* mit den Arbeitnehmern.¹⁰ Auch das TzBfG geht, wen es wie in § 14 Abs. 2 und § 8 Abs. 7 von „demselben Arbeitgeber“ spricht, von dieser Begriffsbestimmung aus.¹¹ Dass der Koalitionsvertrag den Begriff anders verstehen will, ist nicht ersichtlich.

4 Ausführlich und differenzierend hierzu *Mandler/Wegmann*, Der Befristungsgrund gem. § 14 Abs. 2 TzBfG im Anwendungsbereich des WissZeitVG, OdW 2018, 201ff.

5 BAG 11.9.2013, 7 AZR 843/11, NZA 2013, 1352.

6 So etwa § 50 Abs. 1 Satz 2 LHG Baden-Württemberg.

7 Vgl. etwa § 51 Abs. 8 LHG Baden-Württemberg.

8 *Löwisch/Wertheimer*, Hochschulrecht 3. Aufl. 2017, Rn 221.

9 So waren im Jahr 2017 insgesamt 4,3 Prozent der Beschäftigten ohne sachlichen Grund befristet. In Betrieben mit weniger als 75 Beschäftigten lag die Quote bei 2,7 Prozent, in Betrieben mit mehr als 75 Beschäftigten gar bei 6,1 Prozent: Die Quote sachgrundlos befristeter Beschäftigter ist seit 2001 (damals 1,7 Prozent) bis 2017 um 2,6 Prozent gestiegen, Zahlen entnommen

aus dem IAB-Kurzbericht 16/2018 von *Hohendanner*, S. 6, abrufbar unter <http://doku.iab.de/kurzber/2018/kb1618.pdf> (abgerufen am 23.7.2018); siehe auch *Hohendanner*, Zur Einschränkung befristeter Arbeitsverträge im Koalitionsvertrag <https://www.iab-forum.de/zur-einschraenkung-befristeter-arbeitsvertraege-im-koalitionsvertrag> (Stand 15.2.2018; abgerufen am 29.6.2018).

10 Allgemein zum Arbeitgeberbegriff siehe *AR-Kamanabrou*, 8. Aufl. 2016, § 611 BGB Rn. 23ff.

11 Siehe für § 14 Abs. 2 BAG 10.11.2004, 7 AZR 101/04, AP § 14 TzBfG Nr. 14 und 26.6.2015, 7 AZR 452/13, EzA § 14 TzBfG Nr. 116, für § 8 Abs. 7 TzBfG etwa *Arnold/Gräfl/Vossen*, TzBfG 4. Aufl. 2016, § 8 Rn 177f.

Dementsprechend stellt der Vorschlag für die Berechnung der Höchstquote nicht auf die Größe der Betriebsbelegschaft ab, wie das nach § 17 KSchG auf die Anzeigepflicht bei Massenentlassungen und in den vom BAG gezogenen Grenzen nach § 23 KSchG auf den Geltungsbereich des individuellen Kündigungsschutzes zutrifft.¹² Vielmehr soll maßgeblich sein, mit wie vielen Arbeitnehmern eine natürliche oder juristische Person Arbeitsverträge geschlossen hat.¹³ Ob sie diese in einem Betrieb oder in einer Dienststelle oder in mehreren beschäftigt, spielt danach keine Rolle.

bb) Land als Arbeitgeber

Werden wie in den meisten Bundesländern die Arbeitsverträge der bei den Hochschulen Beschäftigten mit dem Bundesland abgeschlossen, zu dem die Hochschulen gehören, ist für die Höchstquote auf alle Arbeitnehmer des betreffenden Bundeslandes abzustellen. Besondere Quoten für einzelne Dienststellen und Betriebe und damit auch für die einzelnen Hochschulen gibt es nicht.

cc) Hochschule als Arbeitgeber

Sind, wie etwa in Nordrhein-Westfalen,¹⁴ Partner der Arbeitsverträge die Hochschulen selbst, bezieht sich die Höchstquote auf die jeweilige Hochschule. Eine Zusammenrechnung der Beschäftigten mehrerer Hochschulen eines Landes findet nicht statt.

dd) Universitätsklinikum als Arbeitgeber

Soweit Universitätsklinika rechtlich selbständig sind und als solche die Arbeitsverträge mit ihren Beschäftigten abschließen, ist die Zahl dieser Beschäftigten maßgebend. Ist das Universitätsklinikum Partner nur der Arbeitsverträge des Pflege- und Verwaltungspersonals, während Ärzte und Wissenschaftler Angestellte des betreffenden Bundeslandes sind, kommt es für die Quote nur auf die ersteren an.

ee) Forschungseinrichtung als Arbeitgeber

Auch für Forschungseinrichtungen ist maßgebend, wer Partner der Arbeitsverträge ist. Bei der Max-Planck-Gesellschaft und der Fraunhofer Gesellschaft sind das nicht deren Institute, sondern diese selbst.

ff) Selbständige Serviceeinrichtung als Arbeitgeber

Sind bei Hochschulen, Universitätsklinikum oder Forschungseinrichtungen bestimmte Dienstleistungen auf selbständige Serviceeinrichtungen ausgelagert, bezieht sich die Höchstquote auf diese.

Eine Zusammenrechnung mit den Arbeitnehmern der Hochschule, des Universitätsklinikums oder der Forschungseinrichtung unter dem Gesichtspunkt des gemeinsamen Betriebs mehrerer Unternehmen, wie sie für die den persönlichen Geltungsbereich des Allgemeinen Kündigungsschutzes regelnden § 23 KSchG angenommen wird¹⁵, kommt nicht in Betracht, weil der Vorschlag anders als § 23 KSchG nicht auf den Betrieb, sondern auf den Arbeitgeber als Partner der Arbeitsverträge abstellt. Es liegt nicht anders als bei der Zuvor-Regelung des § 14 Abs. 2 TzBfG: Vorbeschäftigung bei „demselben Arbeitgeber“ liegt auch bei Beschäftigung in einem gemeinsamen Betrieb nur vor, wenn dieselbe Person Partner des früheren Arbeitsvertrags und Partner des neuen Arbeitsvertrags ist.¹⁶ Solange für sie wirtschaftliche Gründe maßgeblich sind, liegt in einer solchen Gestaltung auch kein Rechtsmissbrauch.

gg) Hochschullehrer als Arbeitgeber

Nach einer Reihe von Landeshochschulgesetzen können Hochschullehrer unter bestimmten Voraussetzungen wissenschaftliche Mitarbeiter bei sich selbst anstellen. So bestimmt etwa § 41 Abs. 3 Satz 2 LHG Baden-Württemberg, dass das Mitglied der Hochschule in begründeten Fällen mit den aus Drittmitteln bezahlten wissenschaftlichen Mitarbeitern die Arbeitsverträge abschließen kann, sofern dies mit den Bedingungen des jeweiligen Geldgebers vereinbar ist. Für diese Mitarbeiter gilt zwar in der Regel das WissZeitVG.¹⁷ Soweit das aber nicht der Fall ist, etwa weil der Mitarbeiter kein Qualifikationsziel verfolgt oder weil der sich aus § 2 WissZeitVG ergebende Zwölfjahreszeitraum überschritten ist, gälte die Regelung ebenfalls. Die Höchstquote richtete sich dann nach der Zahl der bei dem betreffenden Hochschullehrer angestellten wissenschaftlichen Mitarbeiter. Ob an dem jeweiligen Forschungsvorhaben auch noch bei der Hochschule oder beim Land angestellte Arbeitnehmer mitwirken, spielt keine Rolle.

12 Allgemein zu den Schwellenwerten siehe *Wertheimer*, in: Löwisch/Spinner/Wertheimer, KSchG, 10. Aufl. 2013, § 17 Rn. 23; zu § 23 KSchG siehe *Löwisch*, ebenda, § 23, Rn. 21.

13 *Arnold/Romero*, NZA 2018, 329, 330.

14 Zur Rechtslage in Nordrhein-Westfalen ausführlich *Preis/Ulber*, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 1 Rn 167.

15 BAG 18.1.1990, 2 AZR 355/89, BB 1990, 2192.

16 BAG 25.4.2001, 7 AZR 376/00, DB 2001, 2152 zum früheren § 1 BeschFG.

17 *Krausnick*, BeckOK Hochschulrecht Baden-Württemberg, von *Coelln/Haug*, 7. Edition, Stand: 1.11.2017, § 41 Rn. 18.

b) 75 Beschäftigte als Voraussetzung

aa) Beschäftigtenbegriff

Der Vorschlag des Koalitionsvertrags zielt auf eine Modifikation der Vorschrift des § 14 Abs. 2 TzBfG über die sachgrundlose Befristung von „Arbeitsverträgen“. Dementsprechend meint er mit „Beschäftigten“ die Personen, die auf Grund eines Arbeitsvertrags *als Arbeitnehmer* bei dem betreffenden Arbeitgeber beschäftigt sind. Dass anders als etwa in § 8 Abs. 7 TzBfG, § 622 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 in Verbindung mit Abs. 6 BGB oder § 15 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 BEEG nicht ausdrücklich von „beschäftigten Arbeitnehmern“ die Rede ist, kann keinen Unterschied machen.

Von vornherein nicht mit zu zählen sind mithin Beamte und selbständig Tätige.

Nicht mitzuzählen sind aber auch Leiharbeiter. Dies folgt zusätzlich aus dem Vorschlag über Kettenbefristungen: Wenn für diese ausdrücklich gesagt wird, dass Entleihungen mit gezählt werden sollen, heißt das im Gegenschluss, dass im Vorschlag über sachgrundlose Befristungen diese unberücksichtigt bleiben sollen.

Nicht mitzuzählen sind auch Auszubildende. Wegen der Besonderheiten des Berufsausbildungsverhältnisses sind auf diese die Vorschriften des § 14 TzBfG nicht anzuwenden.¹⁸ Dem entspricht es, sie auch bei der Bestimmung des Geltungsbereichs der Vorschrift über sachgrundlose Befristungen nicht mit zu zählen.

bb) Volleinrechnung von Teilzeitbeschäftigten

Anders als § 23 KSchG für den Geltungsbereich des KSchG sieht der Vorschlag für die Bestimmung des Geltungsbereichs des § 14 Abs. 2 TzBfG keine Einschränkung der Anrechnung von Teilzeitbeschäftigten vor. Es soll insoweit künftig nicht anders liegen als bei § 8 Abs. 7 TzBfG, der bei der für den Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit maßgebenden Beschäftigtengröße Teilzeitbeschäftigte schon bisher voll berücksichtigt.

c) Belegschaft als Bezugspunkt

Da der Vorschlag, wie unter a. aa. ausgeführt, auf den Arbeitgeber als Partner der Arbeitsverträge abhebt, muss es für die Höchstquote auch auf die *Gesamtzahl* der bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer ankommen.

Dabei kann auch nicht zwischen unbefristet und befristet Beschäftigten unterschieden werden. Für die Größe der Belegschaft eines Arbeitgebers kommt es nicht

darauf an, welcher Art die bei ihm bestehenden Arbeitsverhältnisse sind. Dementsprechend sind auch die nach dem WissZeitVG oder dem ÄrzteBefrG befristeten Arbeitsverhältnisse mit zu zählen.

Bei einem Unternehmen mit mehreren Betrieben oder Dienststellen ist nicht deren Belegschaft maßgebend, sondern die Gesamtbelegschaft aller Betriebe und Dienststellen. Es liegt auch hier nicht anders als bei § 8 Abs. 7 TzBfG, wo ebenfalls die Gesamtbelegschaft maßgebend ist.¹⁹

d) 2,5 Prozent als Quote

aa) Letzte Einstellung ohne Sachgrund als Ausgangspunkt der Berechnung

Nach dem Vorschlag soll die Quote „jeweils auf den Zeitpunkt der letzten Einstellung ohne Sachgrund zu beziehen sein“. Gemeint ist mit dieser nicht leicht verständlichen Formulierung wohl, dass eine Neueinstellung ohne Sachgrund nur zulässig sein soll, wenn *diese zusammen mit den schon bestehenden* ohne Sachgrund befristeten Arbeitsverhältnissen die 2,5 Prozent als Quote nicht überschreitet.²⁰ Dieses Verständnis führt zu flexiblen und zugleich dem Zweck des Vorhabens entsprechenden Ergebnissen: Die Beendigung bestehender sachgrundlos befristeter Arbeitsverhältnisse eröffnet dann die Möglichkeit neuer solcher Arbeitsverhältnisse, bis die Quote von 2,5 Prozent wieder erreicht ist.

Indem der Vorschlag auf die sachgrundlos befristeten „Einstellungen“ abstellt, bringt er zum Ausdruck, dass es allein auf den Abschluss entsprechender Arbeitsverträge ankommen soll, nicht aber auf die Frage, ob die vorgenommenen Befristungen wirksam sind oder nicht. Das ist folgerichtig. Die Unwirksamkeit von Befristungen kann nur im Wege der Befristungskontrollklage nach § 17 TzBfG geltend gemacht werden

bb) Auf- oder Abrundung

Die Quote von 2,5 Prozent führt vielfach zu unrunder Zahlen. So ergeben etwa 2,5 Prozent von 75 eine Zahl von 1,875. Das wirft die Frage von Auf- oder Abrundung auf: Sind im gebildeten Beispiel zwei oder nur ein sachgrundlos befristetes Arbeitsverhältnis zulässig?

Der Gesetzgeber könnte diese Frage entscheiden. Etwa könnte er nach dem Vorbild des § 5 Abs. 2 BUrtG bestimmen, dass Bruchteile von mindestens der Hälfte der vollen Zahl auf die volle Zahl aufzurunden sind. Im gebildeten Beispiel wären dann zwei sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnisse zulässig.

¹⁸ KR- Lipke, 11. Aufl. 2016, § 14 TzBfG Rn 80; Arnold/Gräfl/Rambach aaO § 14 TzBfG Rn 6.

Trifft der Gesetzgeber eine solche Entscheidung nicht, bliebe nur die Abrundung, weil die Aufrundung zur Überschreitung der Quote führte.

cc) Kriterien interner Verteilung

Dass der Vorschlag die Höchstquote, wie unter a. dargelegt, auf den Arbeitgeber bezieht, wirft bei Arbeitgebern, die Arbeitnehmer in unterschiedlichen Betrieben oder Dienststellen beschäftigen, die Frage auf wie die begrenzte Zahl zulässiger sachgrundloser Befristungen intern verteilt werden soll. So ist dort, wo Arbeitgeber der Beschäftigten der Hochschulen das Land ist, zu entscheiden, ob diese eine der Zahl ihrer Beschäftigten entsprechende Quote zugeteilt erhalten, ob diese zu Lasten anderer Dienststellen des Landes erhöht oder ob sie zu deren Gunsten vermindert wird. Auch muss eine entsprechende Entscheidung unter den verschiedenen Hochschulen getroffen werden.

Der Vorschlag enthält keine Regelung dieser Frage. Man muss deshalb davon ausgehen, dass es grundsätzlich Sache des Arbeitgebers ist, zu entscheiden, für welche Einrichtungen er die begrenzte Zahl zulässiger sachgrundloser Befristungen einsetzt. Grenzen ziehen ihm insoweit nur die Diskriminierungsverbote des AGG: Nur Schwerbehinderte sachgrundlos zu befristen, ließe sich mit dem Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung nicht vereinbaren.

Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG verpflichtet den Staat im Interesse der Pflege der Wissenschaft, seinen Hochschulen und Forschungseinrichtungen im notwendigen Umfang personelle, organisatorische und finanzieller Mittel zur Verfügung zu stellen.¹⁹ Dazu zählt auch die Verpflichtung, den Hochschulen und Forschungseinrichtungen Zugang zu den Mitteln zu gewähren, über die er verfügt.²⁰ Dieser Verpflichtung entspricht es, den Hochschulen und Forschungseinrichtungen den Zugang zu sachgrundlosen Befristungen nicht ohne besonderen Grund vorzuenthalten. Dementsprechend darf ein Land als Arbeitgeber seine Hochschulen und Forschungseinrichtungen jedenfalls nicht generell von der Zuteilung zulässiger sachgrundloser Befristungen ausschließen.

2. Höchstdauer und Verlängerungen

a) 18 Monate als Höchstdauer

Nach dem Vorschlag sollen sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnisse künftig nicht mehr zwei Jahre, sondern nur 18 Monate dauern dürfen.

Für die Berechnung dieser Zeit gilt § 188 Abs. 2 BGB: Soll, wie in der Regel, ein Arbeitsverhältnis von einem bestimmten Tag an laufen, wird dieser nach § 187 Abs. 2 BGB bei der Berechnung mit gerechnet. So ist die Befristung eines am 1. April 2018 beginnenden Arbeitsverhältnisses bis zum 30.9.2019 zulässig. Beginnt das Arbeitsverhältnis erst im Laufe eines Tages, zählt dieser Tag nach § 187 Abs. 2 BGB bei der Berechnung nicht mit. Im Beispielsfall ist dann eine Befristung bis zum 1. 10. 2019 zulässig.

b) Einmalige Verlängerung

Nach dem Vorschlag soll die Verlängerung eines auf kürzere Zeit als 18 Monate abgeschlossenen sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags künftig nur noch einmal zulässig sein.

Bei einer solchen Verlängerung ist, wie bisher bei den zulässigen drei Verlängerungen, zu beachten, dass eine Verlängerung *nur vor Ablauf* des Vertrages zulässig ist, während eine „Verlängerung“ nach Ablauf als Neuabschluss gewertet werden muss mit der Folge, dass die sachgrundlose Befristung an der in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG getroffenen Zuvor-Regelung scheitert.²³

Zu beachten ist nach wie vor auch § 30 Abs. 2 TV-L, nachdem der sachgrundlos befristete Arbeitsvertrag in der Regel zwölf Monate nicht unterschreiten und die Vertragsdauer mindestens sechs Monate betragen soll.

c) Tarifdispositivität (§ 14 Abs. 2 Sätze 3 und 4 TzBfG)

Dauer der Befristung und Zahl der Verlängerungen stehen nach § 14 Abs. 2 Sätze 3 und 4 einer abweichenden tariflichen Regelung offen, die dann auch von nicht tarifgebundenen Arbeitgebern übernommen werden kann. Diese Regelungen stellt der Vorschlag des Koalitionsvertrags nicht in Frage, so dass wohl auch in Zukunft von solcher Tarifdispositivität ausgegangen werden kann. Sie im Interesse von Hochschulen und Forschungseinrichtungen durch eine weitere Sonderregelung in § 40 TV-L künftig zu nutzen, liegt nahe.

3. Weitergeltung bisheriger Vorschriften

a) Arbeitgeber mit bis zu 75 Beschäftigten (§ 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG)

Der Vorschlag äußert sich nicht zu der Frage, was künftig für Arbeitgeber mit bis zu 75 Beschäftigten gelten soll.

19 Arnold/Gräfl/Vossen, § 8 TzBfG Rn 178.

20 Arnold/Romero, NZA 2018, 329, 330.

21 BVerfG 29.5.1973, 1 BvR 424/712 und 1 BvR 325/72, BVerfGE 35, 79, 95f; Scholz, Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 81. EL September 2017, Art. 5, Rn. 116.

22 Löwisch, Forschung und Vergaberecht, OdW 2016, 143, 154.

23 Ständige Rechtsprechung, etwa BAG 9.9.2015, 7 AZR 190/14, Rn. 21; BAG 18.3.2015, 7 AZR 272/13, Rn. 45; BAG 16.1.2008, 7 AZR 603/06, Rn. 7 = BAGE 125, S. 248; BAG 12.8.2009, 7 AZR 270/08, Rn. 19.

Man kann annehmen, dass die Koalitionsparteien, ohne das näher zu reflektieren, von einer Weitergeltung des § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG in der durch den Vorschlag modifizierten Form (Beschränkung auf 18 Monate, nur einmalige Verlängerung) ausgegangen sind.

Immerhin lassen sich in Bezug auf diese Arbeitgeber auch Gründe für eine weitergehende Zulassung sachgrundlos befristeter Arbeitsverträge ins Feld führen: Einmal führt die ebenfalls vorgeschlagene, unter IV. erörterte Regelung der Kettenbefristungen dazu, dass sachgrundlose Befristungen ohnehin ausgeschlossen sind, wenn mit demselben Arbeitgeber zuvor schon Arbeitsverhältnisse mit einer Gesamtdauer von fünf Jahren oder mehr bestanden haben. Das könnte man als ausreichend ansehen. Zum anderen ließe sich für Arbeitgeber mit bis zu zehn Arbeitnehmern so ein Gleichklang mit § 23 KSchG herstellen, der solche Kleinarbeitgeber vom Kündigungsschutz ausnimmt.

b) Vorbeschäftigungshindernis (§ 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG)

In seiner geltenden Fassung bestimmt § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG, dass eine sachgrundlose Befristung nicht zulässig ist, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat.

Das BAG hat diese „Zuvor-Regelung“ dahin interpretiert, dass Vorbeschäftigungsverhältnisse den Abschluss eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags dann nicht hindern, wenn zwischen der Beendigung des früheren Arbeitsverhältnisses und dem neuen Arbeitsverhältnis ein Zeitraum von mehr als drei Jahren liegt.²⁴

Diese Rechtsprechung hat das BVerfG für verfassungswidrig erklärt. Sie übergehe den klaren Willen des Gesetzgebers und ersetze diesen durch ein eigenes Regelungsmodell. Das sei mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar.²⁵ Bei diesem Verdikt ist das BVerfG aber nicht stehen geblieben. Weil das Vorbeschäftigungsverbot in die Arbeitsvertragsfreiheit der Beschäftigten und die Vertrags- und Dispositionsfreiheit des Arbeitgebers eingreife, müssten die Fachgerichte durch verfassungskonforme Auslegung den Anwendungsbereich der Vorschrift einschränken, was insbesondere in Betracht komme, wenn eine Vorbeschäftigung sehr lange zurück liegt, ganz anders geartet war oder von sehr kurzer Dauer gewesen ist.²⁶

Den Gesetzgeber sollte die aus der Entscheidung des

BVerfG resultierende Rechtsunsicherheit zu einer ausdrücklichen Regelung veranlassen.²⁷ Praktisch könnte eine entsprechende Anwendung der im Rahmen der Regelung von Kettenbefristungen ohnehin vorgesehenen Karenzzeit von drei Jahren angeordnet werden.

c) Sachgrundlose Befristungen (§ 14 Abs. 2 a und Abs. 3 TzBfG)

§ 14 Abs. 2a TzBfG lässt bislang in den ersten vier Jahren nach der Gründung eines Unternehmens, zu denen im Zusammenhang der Vorschrift auch selbständige Hochschulen und Forschungseinrichtungen gezählt werden müssen,²⁸ die sachgrundlose Befristung eines Arbeitsvertrags für die Dauer von vier Jahren zu. Nach § 14 Abs. 3 TzBfG ist bislang bis zur Dauer von fünf Jahren die sachgrundlose Befristung des Arbeitsvertrags mit einem 52jährigen Arbeitnehmer zulässig, der unmittelbar zuvor vier Monate beschäftigungslos war.

Man kann wohl davon ausgehen, dass diese Sonderfälle von der Neuregelung unberührt bleiben sollen. Unter dem Blickwinkel der Erleichterung von Unternehmensgründungen machte keinen Sinn, die Möglichkeit sachgrundlos befristeter Arbeitsverhältnisse auf eine Quote von 2,5 Prozent der Belegschaft zu beschränken. Ebenso sinnwidrig wäre es, die befristete Einstellung älterer, zuvor beschäftigungsloser Arbeitnehmer auf diese Quote zu beschränken.

Folgerichtig können sachgrundlose Befristungen nach diesen Vorschriften dann auch bei der Berechnung der Höchstquote für sachgrundlose Befristungen nach § 14 Abs. 2 TzBfG nicht mit zählen. Sonst erwiese sich die Quotenregelung als praktisches Hindernis für deren Gebrauch.

4. Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit als Rechtsfolge des Verstoßes

a) Außerhalb des persönlichen Geltungsbereichs des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes

Wird die Höchstdauer von 18 Monaten überschritten oder gegen das Verbot mehrmaliger Verlängerungen verstoßen, ist die Rechtsfolge eindeutig: Nach § 16 Satz 1 TzBfG gilt der befristete Vertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Ist keine andere Kündigungsfrist ver-

24 BAG 6.4.2011, 7 AZR 716/09, NZA 2011, 905; BAG 21.9.2011, 7 AZR 375/10, AP Nr. 86 zu § 14 TzBfG.

25 BVerfG 6.6.2019, 1 BvL 7/14 und 1 BvL 13 75/14, Rn 76ff.

26 BVerfG aaO, Rn 63.

27 So auch *Arnold/Romero*, NZA 2018, 329, 331; *Neumann*, GWR 2018, 66f; *Löwisch*, Anm. zu BVerfG aaO, SAE 2018, 4.

28 Vgl. BAG 9.9.2015, 7 AZR 190/14, EzA § 14 TzBfG Nr. 118, nach dem eine Einschränkung der durch § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG eröffneten Befristungsmöglichkeiten für öffentliche Arbeitgeber weder nach dem Gesetzeszweck noch unionsrechtlich geboten ist. Diese Erwägung gilt in gleicher Weise für § 14 Abs. 2a TzBfG.

einbart, kann er frühestens zum vereinbarten Ende und auch dann unter Wahrung der Schranken des KSchG gekündigt werden.

Besteht der Verstoß im Überschreiten der Quote von 2,5 Prozent, soll nach dem Vorschlag jedes weitere sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnis ebenfalls als unbefristet zustande gekommen gelten. Wie unter III. 1. d. aa. ausgeführt, wird man das so verstehen müssen, dass diese Rechtsfolge nur *solange eintritt wie die Quote überschritten ist*. Wird die Quote wieder eingehalten, weil sich die Zahl sachgrundlos befristeter Arbeitsverhältnisse im Zeitverlauf durch Umwandlung sachgrundlos befristeter in unbefristete Arbeitsverhältnisse oder durch Ausscheiden solcher Arbeitnehmer verringert hat, sind neue sachgrundlose Befristungen wieder zulässig. Gleiches gilt, wenn die Quote infolge der Neueinstellung unbefristeter Arbeitnehmer wieder eingehalten ist.

Zu beachten ist, dass die Rechtsfolge des § 16 Satz 1 TzBfG nicht eintritt, wenn für die Befristung ein Sachgrund vorhanden ist. Ob dieser im Arbeitsvertrag ausdrücklich genannt ist oder nicht, spielt außerhalb des Geltungsbereichs des WissZeitVG von vornherein keine Rolle.²⁹

b) Im persönlichen Geltungsbereich des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes

Nach dem Wortlaut des Vorschlags tritt die Rechtsfolge des unbefristeten Arbeitsverhältnisses auch ein, wenn mit dem betreffenden Arbeitnehmer ein nach Maßgabe des WissZeitVG befristetes Arbeitsverhältnis abgeschlossen werden konnte. Ob im Gesetzgebungsverfahren statt dessen die Überführung in ein nach dem WissZeitVG befristetes Arbeitsverhältnis vorgesehen oder ermöglicht wird, ist offen. Eine entsprechende Bestimmung läge im Interesse der Hochschulen und Forschungseinrichtungen.

Geschieht das nicht, ist die Frage, ob eine solche Überführung *vorsorglich* im sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag vereinbart werden kann. Maßgebend für die Entscheidung dieser Frage ist das *Zitiergebot* von § 2 Abs. 4 Sätze 1 und 2 WissZeitVG. Danach ist im Arbeitsvertrag anzugeben, ob die Befristung auf dem WissZeitVG beruht und kann ohne diese Angabe die Befristung nicht auf das WissZeitVG gestützt werden.

Unseres Erachtens genügt die Angabe, die Befristung werde für den Fall auf das WissZeitVG gestützt, dass sich

die in erster Linie beabsichtigte sachgrundlose Befristung als unwirksam erweist, dem Zitiergebot. Das Zitiergebot soll dem Arbeitnehmer Klarheit darüber verschaffen, dass er mit dem Ablauf der nach dem WissZeitVG zulässigen Befristungen mit dem Ende seines Arbeitsverhältnisses bei der Hochschule oder Forschungseinrichtung rechnen muss. Diesem Zweck ist auch genügt, wenn die Angabe unter die Bedingung gestellt wird, dass die in erster Linie beabsichtigte sachgrundlose Befristung sich als unwirksam erweist. § 2 Abs. 2 WissZeitVG bestimmt ausdrücklich, dass wissenschaftliches Personal auch in nach Maßgabe des TzBfG befristeten Arbeitsverhältnissen beschäftigt werden kann. Dem entspricht es, dass befristete Arbeitsverhältnisse mit diesen Mitarbeitern von vornherein auch auf solche Befristungstatbestände gestützt werden können.³⁰ Das muss dann auch umgekehrt gelten.

c) Geltung der Dreiwochenklagfrist (§ 17 TzBfG)

Nach § 17 TzBfG muss die Rechtsunwirksamkeit einer Befristung innerhalb von drei Wochen gerichtlich geltend gemacht werden. Das gilt auch hier. Der Vorschlag des Koalitionsvertrags will die Frage der Zulässigkeit sachgrundloser Befristungen *im Rahmen des TzBfG* neu regeln. Zu diesem zählt auch § 17 TzBfG.

5. Sachgrundbefristungen als Alternativen

a) Vertretungsbefristung (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG)

§ 14 Abs. 2 TzBfG dient heute vielfach zur Bewältigung von zeitlich begrenzter Vertretungssituationen, wie sich durch Krankheit oder Beurlaubung ergeben können. Auch die Vertretung in der Elternzeit wird so einfach geregelt. Dem zieht die Höchstdauer von 18 Monaten eine neue Grenze.

Über 18 Monate hinausreichende Vertretungsfälle müssen deshalb im Wege der Sachgrundbefristung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG und im Fall der Elternzeit nach § 21 BEEG gelöst werden. Das erfordert eine Prognose des Arbeitgebers über den voraussichtlichen Wegfall des Vertretungsbedarfs, wobei die Anforderungen an die Prognose mit zunehmender Zahl der Befristungen steigen.³¹

b) Erprobungsbefristung (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG)

Sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnisse werden bislang auch als Probearbeitsverhältnisse genutzt. Auch das

29 BAG 23.6.2004, 7 AZR 636/03, EzA § 14 TzBfG Nr. 10; Arnold/Gräfl/Gräfl aaO § 14 Rn 377.

30 Arnold/Gräfl/Rambach aaO § 2 WissZeitVG Rn 38.

31 BAG 29.4.2015, 7 AZR 310/13.

ist in Zukunft nur noch bis zur neuen Höchstdauer von 18 Monaten möglich.

§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG, der die Erprobung des Arbeitnehmers als Sachgrund für die Befristung wertet, eröffnet keinen weiteren Spielraum. Denn die Rechtsprechung zieht solchen Sachgrundbefristungen zeitlich engere Grenzen: Im Regelfall sind dies sechs Monate,³² bei wissenschaftlich tätigem Personal 12 Monate.³³

c) Haushaltsbefristung (§ 14 Abs.1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG)

Über 18 Monate hinausreichende Befristungen ermöglicht § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG. Nach dieser Vorschrift stellt es einen Sachgrund dar, wenn der Arbeitnehmer aus Haushaltsmitteln vergütet wird, die haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind, und wenn er entsprechend beschäftigt wird. Voraussetzung ist, dass die Mittel haushaltsrechtlich mit nachvollziehbarer Zwecksetzung für bestimmte zeitlich begrenzte Aufgaben vorgesehen sind und die Beschäftigung nach Maßgabe dieser Zwecksetzung erfolgt. Dafür lässt die Rechtsprechung ausreichen, wenn im Umfang nicht in Anspruch genommener Planstellen befristete Arbeitsverhältnisse für Aushilfskräfte vorgesehen sind.³⁴

Allerdings greift die Vorschrift nur für haushaltsrechtliche Regelungen des Bundes, der Länder und anderer demokratisch legitimierte Gebietskörperschaften, nicht aber für andere Selbstverwaltungskörperschaften des öffentlichen Rechts.³⁵ Ist, wie etwa in Nordrhein-Westfalen, die Hochschule selbst Arbeitgeber ihrer Beschäftigten, scheidet diese Möglichkeit deshalb aus.

d) Drittmittelbefristung

In § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG nicht ausdrücklich geregelt, aber gleichwohl als Sachgrund anerkannt ist die Finanzierung von Arbeitsverhältnissen aus Mitteln Dritter, die für eine befristete Beschäftigung zur Verfügung gestellt werden. Voraussetzung ist, dass die Mittel für einen bestimmten Zeitraum zur Finanzierung eines Arbeitsplatzes im Rahmen eines von dem Dritten geförderten Projekts zur Verfügung gestellt werden und konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Drittmittel mit dem Ende des Bewilligungszeitraumes wegfallen.³⁶

Praktisch sind solche Drittmittelbefristungen heute schon vielfach im Bereich der Forschungsförderung durch die DFG und andere öffentliche Fördereinrich-

tungen. Sie ist aber nicht auf solchen Einrichtungen beschränkt, sondern kann auch durch Private, insbesondere privatrechtliche Stiftungen erfolgen.

Eine zeitliche Grenze zieht solchen Drittmittelbefristungen die Sonderregelung Nr. 8 von § 40 TV-L. Danach sind kalendermäßig befristete Arbeitsverträge mit sachlichem Grund nur zulässig, wenn die Dauer des einzelnen Vertrags sieben Jahre nicht übersteigt.

IV. Kettenbefristung

1. Vorbeschäftigung

a) Anknüpfung an denselben Arbeitgeber

Wie der Vorschlag zur Beschränkung sachgrundloser Befristungen knüpft der Vorschlag zur Beschränkung von Kettenbefristungen nicht an Betrieb oder Unternehmen, sondern an den Arbeitgeber als den Partner des Arbeitsvertrags mit dem Arbeitnehmer an.

Daraus folgt einerseits, dass es nicht darauf ankommt, in welcher Dienststelle oder welchem Betrieb des Arbeitgebers der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbringt. Ist, wie in den meisten Bundesländern, Arbeitgeber das Land, sind Vorbeschäftigungen bei verschiedenen Hochschulen und Forschungseinrichtungen des Landes zusammen zu zählen. Auch Vorbeschäftigungen bei ganz anderen Dienststellen, etwa bei Schulen oder in der Justiz, rechnen mit.

Auf der anderen Seite scheidet damit eine Zusammenrechnung der Arbeitsverhältnisse bei verschiedenen Arbeitgebern aus. Sind Partner der Arbeitsverträge Hochschulen oder Forschungseinrichtungen selbst, können auch nur die dort erreichten Vorbeschäftigungszeiten berücksichtigt werden. Eine Anrechnungsvorschrift wie § 2 Abs. 3 Satz 1 WissZeitVG ist nicht vorgesehen. Grundsätzlich kann mit einem Arbeitnehmer in diesen Fällen also nach einer fünfjährigen befristeten Beschäftigung bei einer Hochschule oder Forschungseinrichtung ein weiteres befristetes Arbeitsverhältnis bei einer anderen Hochschule oder Forschungseinrichtung abgeschlossen werden. Eine Grenze ziehen insoweit nur die Grundsätze über den institutionellen Rechtsmissbrauch: Leistet der Arbeitnehmer nach Abschluss des befristeten Arbeitsvertrags bei der anderen Hochschule seine Dienste nach wie vor bei der bisherigen, ohne dass dafür eine besonderer Grund, etwa die Notwendigkeit, ein Projekt

32 BAG 2.6.2010, 7 AZR 85/09, NZA 2010, 1293.

33 BAG 15.3.1978, 5 AZR 831/76, AP Nr. 45 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

34 BAG 14.2.2007, 7 AZR 193/06; Arnold/Gräfl/Gräfl aaO § 14 Rn 230.

35 BAG 9.3.2011, 7 AZR 728/09; BAG 10.7.2013, 7 AZR 833/11; Arnold/Gräfl/Gräfl aaO § 14 Rn 240.

36 Zuletzt BAG 16.1.2018, 7 AZR 21/16, NZA 2018, 633; Arnold/Gräfl/Gräfl aaO § 14 Rn 251ff.

abzuschließen, besteht, kann das rechtsmissbräuchlich sein.

b) Anrechnung von Arbeitsverhältnissen

Der Vorschlag beschränkt sich auf die Anrechnung von Arbeitsverhältnissen, macht unter diesen aber keinen Unterschied. Angerechnet werden unbefristete wie befristete Arbeitsverhältnisse. Ob letztere mit oder ohne Sachgrund befristet waren, spielt keine Rolle. Erfasst werden auch Arbeitsverhältnisse, die nach dem Wiss-ZeitVG oder dem ÄrzteBefrG befristet waren. Auch auf den Gegenstand der Beschäftigungen in dem oder den vorangegangenen Arbeitsverhältnissen kommt es nicht an. Ein Arbeitnehmer, der nach einer Tätigkeit als wissenschaftlicher Angestellter in eine Tätigkeit in der Verwaltung wechseln will, stößt auch auf das Befristungsverbot. Selbiges gilt auch für Arbeitnehmer, die die Regelaltersgrenze überschritten haben und im Anschluss hieran befristet weiterbeschäftigt werden sollen.³⁷

Auf der anderen Seite werden auch nur Arbeitsverhältnisse angerechnet. Die Anrechnung von Beamtenverhältnissen scheidet damit aus. Wer etwa als Akademischer Rat, wissenschaftlicher Assistent oder auch Juniorprofessor im Beamtenverhältnis gestanden hat, kann anschließend befristet als Arbeitnehmer eingestellt werden.

Auch die Anrechnung von Zeiten eines Berufsausbildungsverhältnisses ist nicht vorgesehen. Auch wer eine dreijährige Berufsausbildung bei einer Hochschule oder Forschungseinrichtung absolviert hat, kann damit unter den allgemeinen Voraussetzungen weitere fünf Jahre bei dieser befristet beschäftigt werden, ehe das Verbot weiterer befristeter Beschäftigung greift.

c) Anrechnung von Leiharbeitsverhältnissen

Der Vorschlag sieht die Anrechnung von Entleihungen durch ein oder mehrere „Verleihunternehmen“ vor. Erfasst werden damit nur Unternehmen, deren Geschäftszweck auf die Arbeitnehmerüberlassung gerichtet ist.

Auf Entleihungen unter juristischen Personen des öffentlichen Rechts im Sinne von § 1 Abs. 3 Nr. c AÜG erstreckt sich die Vorschrift von vornherein nicht. Stellt eine Hochschule einer anderen Hochschule Personal hat das keinen Einfluss auf die Möglichkeit der letzteren, dieses Personal später befristet einzustellen. Vielmehr bewendet es insoweit bei der Grenze des in-

stitutionellen Rechtsmissbrauchs im Sinne des unter b) Gesagten.

d) Dauer

Nach dem Vorschlag soll eine Vorbeschäftigungszeit von „fünf oder mehr Jahren“ gelten. Gemeint ist damit ersichtlich eine *Höchstdauer* von fünf Jahren oder mehr. Für deren Berechnung gelten auch hier die §§ 187, 188 BGB.³⁸

Zusammengerechnet werden alle Arbeitsverhältnisse, die zuvor mit demselben Arbeitgeber bestanden haben. Ob diese unbefristet oder befristet waren, soll ebenso wenig eine Rolle spielen wie die Art des Beschäftigungsverhältnisses.

e) Karenzzeit

Der Vorschlag sieht eine Karenzzeit von drei Jahren vor: Nach Ablauf dieser Zeit soll auch wieder der Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags mit demselben Arbeitgeber zulässig sein.

Der Begriff der „Karenzzeit“ ist im hier in Rede stehenden Zusammenhang als Zeit zu verstehen, die *frei von Vorbeschäftigungsverhältnissen* sein muss. Dementsprechend führen auch neue unbefristete Arbeitsverhältnisse aus dieser Zeit dazu, dass erst wieder nach weiteren drei Jahren ein befristetes Arbeitsverhältnis wirksam abgeschlossen werden kann. Ob das unbefristete Arbeitsverhältnis als solches abgeschlossen worden ist oder aus einem in dieser Zeit unzulässiger Weise befristet abgeschlossenen Arbeitsverhältnis entstanden ist, spielt keine Rolle.

Dem Sinn des Vorschlags entspricht es, auch Entleihungen durch denselben Arbeitgeber mit der Folge als karenzschädlich anzusehen, dass der Arbeitgeber einen in der Karenzzeit entliehenen Arbeitnehmer erst nach drei Jahren befristet anstellen kann. Nicht ausgeschlossen ist aber eine weitere Beschäftigung als Leiharbeiter, soweit diese sich im Rahmen der – möglicherweise tarifvertraglich modifizierten – Vorgaben des AÜG hält.³⁹

In der Formulierung des Vorschlags bezieht sich die Karenzzeit auf den Zeitraum nach Ablauf der Höchstdauer von fünf Jahren. Offen bleibt damit, ob auf diese Höchstdauer *alle jemals zuvor* mit demselben Arbeitgeber bestehenden Arbeitsverhältnisse und Leiharbeitsverhältnisse zusammengerechnet werden sollen oder ob die Berechnung auch der Höchstdauer nach einer Karenz-

37 Zur allgemeinen Zulässigkeit der befristeten Weiterbeschäftigung nach Erreichen der Regelaltersgrenze siehe EuGH 28.2.2018 – C-46/17 (Hubertus John/Freie Hansestadt Bremen).

38 Dazu oben unter II 2 a.

39 Hierzu Löwisch, Kettenbefristungen: Unausgegrenztes im Koalitionsvertrag, DB-Rechtsboard vom 13. 3. 2018.

zeit von drei Jahren neu beginnen soll. Für eine Regelung im letzteren Sinne spricht, dass das BAG die Zuvor-Regelung des § 14 Abs. 2 TzBfG dahin verstanden hat, dass ein früheres Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber einer Befristung nach dieser Vorschrift nicht entgegensteht, wenn die Beendigung des früheren Arbeitsverhältnisses mehr als drei Jahre zurückliegt.⁴⁰ Der diese Entscheidungen tragende Grund, dass ein zeitlich unbeschränktes Anschlussverbot zu einem die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers unverhältnismäßig einschränkenden Einstellungshindernis führt, gilt auch hier.⁴¹

2. Ausnahmen

a) Befristungen wegen der Eigenart des Arbeitsverhältnisses (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG)

Der Vorschlag sieht eine Ausnahme für Befristungen wegen der Eigenart des Arbeitsverhältnisses vor. Wenn er dabei auch nur Künstler und Fußballer ausdrücklich nennt, ist er doch wohl dahin zu verstehen, dass er alle unter § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG fallende Arbeitsverhältnisse erfassen will. Das zeigt schon das Beispiel der Mitarbeiter von Parlamentsfraktionen, die sonst weithin nicht mehr befristet eingestellt werden könnten.

Unter § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG fallen insbesondere Arbeitsverhältnisse, deren Befristung ihren Grund im Schutz der vom Arbeitgeber verfolgten verfassungsrechtlich relevanten *Tendenz* besteht. Zu denken ist im Hinblick auf Art. 5 Abs. 3 GG insoweit an wissenschaftliche Dienstleistungen und Lehrtätigkeiten außerhalb des Anwendungsbereichs des WissZeitVG. So wird die Beschäftigung eines Wissenschaftlers an einem länger dauernden, aber zeitlich begrenzten Forschungsprojekt auch jenseits der Höchstgrenze von fünf Jahren zulässig sein. Erfolgt die Befristung des Arbeitsvertrags eines Lektors wegen des Erfordernisses aktualitätsbezogenen Spezialwissens, dient das der Verwirklichung der Lehrfreiheit der Hochschule, so dass die Befristung auch wegen der Eigenart des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt ist.⁴²

Die in der Wissenschaftsfreiheit von Art. 5 Abs. 3 GG gründende, die Befristung rechtfertigende Eigenart wird man auch den Arbeitsverhältnissen des Leitungspersonals von Forschungseinrichtungen zusprechen müssen. Diese können nicht gehindert sein, auch nach Ablauf der – die Fünfjahresfrist übersteigenden – sich aus § 5 in Verbindung mit § 2 WissZeitVG ergebende Höchstfristen Leitungspersonal befristet einzustellen, um ihre Innovationsfähigkeit langfristig zu sichern.

b) Notwendigkeit weiterer Ausnahmen

Es liegt auf der Hand, dass die isoliert an § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG anknüpfende Ausnahmeregelung auch bei weiter Auslegung den Bedürfnissen von Wissenschaft und Forschung nicht gerecht wird. Dies gilt vor allem für das wissenschaftliche und künstlerische Personal. Dessen Befristung nach dem WissZeitVG „verbraucht“ regelmäßig den Fünfjahreszeitraum, so dass danach eine befristete Anstellung nach den allgemeinen Regeln des TzBfG nicht mehr möglich wäre.

Praktisch würde dies dazu führen, dass wissenschaftliche Mitarbeiter einer Hochschule oder Forschungseinrichtung nach einer fünfjährigen Tätigkeit dort keine befristete Beschäftigung außerhalb des Geltungsbereichs des WissZeitVG übernehmen könnten. Weder eine Anschlussbeschäftigung nach § 14 Abs. 1 Nr. 2 TzBfG noch eine Vertretungsbeschäftigung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG noch eine Probebeschäftigung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5, noch auch eine auf Wunsch des Arbeitnehmers erfolgende Überbrückungsbeschäftigung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG wären zulässig. Auch Ärzten in der Weiterbildung, etwa einer solchen zum Facharzt, wäre nach fünf Jahren eine solche befristeten Beschäftigung verschlossen.

Vermeiden lassen sich diese Unzuträglichkeiten auf verschiedenen Wegen. Zu denken ist zuerst an eine Herausnahme von Beschäftigungen nach dem WissZeitVG und nach dem ÄrzteBefrG aus der anrechenbaren Vorbeschäftigungszeit von fünf Jahren. Dies würde den Bedürfnissen der Angehörigen des wissenschaftlichen Personals und der Ärzte in der Weiterbildung weitgehend genügen.

Nicht Rechnung getragen wäre damit indes betrieblichen Bedürfnissen der Hochschulen und Forschungseinrichtungen hinsichtlich des nichtwissenschaftlichen Personals und des Verwaltungspersonals und den Interessen dieses Personals selbst. Insoweit könnte eine Erweiterung der vorgesehenen Ausnahmegesetzgebung auf weitere Nummern des Sachgrundkatalogs des § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG, insbesondere dessen Erstreckung auf die Nrn. 1, 2, 5 und 6 ins Auge gefasst werden; auch Nr. 8 (Befristung aufgrund gerichtlichen Vergleichs) müsste einbezogen werden.

Vorzuziehen wäre allerdings eine generelle Regelung, welche auch nach Ablauf der Vorbeschäftigungszeit den Abschluss befristeter Arbeitsverhältnisse aus besonderen Sachgründen zulässt. Das knüpfte auch

40 BAG 6.4.2011, 7 AZR 716/09, NZA 2011, 905 und BAG 28. 9. 2011, 7 AZR 375/10, AP § 14 TzBfG Nr.86.

41 Näher hierzu oben unter III 3 b.

42 Allgemein hierzu Gräfl/Arnold/Gräfl, TzBfG 4. Aufl. 2016, § 14 Rn 194.

an die bisherige Rechtsprechung des BAG an, die das Überschreiten der von ihm gezogenen zahlenmäßigen Begrenzung aneinander gereihter befristeter Arbeitsverhältnisse bei Vorliegen besonderer Sachgründe zulässt.⁴³ Die Befugnis zu einer entsprechenden Regelung könnte auch den Tarifvertragsparteien eingeräumt werden.

3. Rechtsfolgen

a) bei Einhaltung der Vorbeschäftigungsgrenze

Wird die Vorbeschäftigungsgrenze eingehalten, ist der Abschluss befristeter Arbeitsverträge nach den allgemeinen dafür geltenden Regeln zulässig. Sachgrundbefristungen müssen die Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 TzBfG erfüllen und die sich aus Nr. 8 der Sonderregelung zu § 30 TV-L ergebende Höchstfrist von sieben Jahren einhalten. Beim Abschluss von Folgeverträgen ist darauf zu achten, dass der erste befristete Vertrag in die Höchstdauer von fünf Jahren einzurechnen ist.

Sachgrundlose Befristungen scheitern regelmäßig an der Zuvor-Regelung des § 14 Abs. 2 TzBfG. In Betracht kommen aber Befristungen nach § 14 Abs. 3 TzBfG.

b) bei Überschreiten der Vorbeschäftigungsgrenze

Wird die Vorbeschäftigungszeitgrenze nicht eingehalten, führt das nach § 16 TzBfG zur Entstehung eines Arbeitsverhältnisses auf unbestimmte Zeit, das, wenn nichts anderes vereinbart ist, auch erst zum vereinbarten Ende gekündigt werden kann.

Auch die Unwirksamkeit dieser Befristung muss nach § 17 Satz 1 TzBfG innerhalb der Drei-Wochen-Frist klageweise geltend gemacht werden. Geschieht das nicht, endet das Arbeitsverhältnis trotz Unwirksamkeit der Befristung zum vereinbarten Zeitpunkt.

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

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

Josef Franz Lindner

Das NC-Urteil des BVerfG vom 19.12.2017 aus grundrechtsdogmatischer Sicht*

I. Einleitung

Das Hochschulzulassungsrecht ist ein wichtiges Kapitel aus dem großen Buch der Mangelverwaltung.¹ Insofern teilt das es das Schicksal etwa des Organtransplantationsrechts. Während letzteres in einem rechtsstaatlich und grundrechtlich desaströsen Zustand ist – nach 20 Jahren Transplantationsgesetz ist das Organtransplantationsrecht heute von grundrechtlichen und rechtsstaatlichen Mindeststandards weit entfernt² – weist das Hochschulzulassungsrecht dank der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG)³ und der Verwaltungsgerichte rechtsstaatlich und grundrechtlich annehmbare Konturen auf. Diese hat das BVerfG in seiner jüngsten Entscheidung vom 19.12.2017⁴ weitgehend bestätigt und konsolidiert. Auch wenn die Wissenschaftsministerien der Länder, auf die nun eine Menge Umsetzungsarbeit zukommt, dies anders sehen mögen, so handelt es sich bei der Entscheidung des BVerfG um ein in der Sache doch eher unspektakuläres Urteil. Das Gericht enthält sich sowohl im dogmatischen Grundansatz als auch in den Konsequenzen grundlegender Änderungen seiner bisherigen Rechtsprechung. Das System des Hochschulzulassungsrechts mit zentralen und dezentralen Elementen sowie Vorab- und Hauptquoten bleibt vom BVerfG unangetastet.⁵ Pointierte Optionen zur Lösung des Mangelproblems lässt es beiseite.

Für die Lösung eines Mangelproblems kommen drei Optionen in Betracht:

(1) Man kann erstens das knappe Gut, das es zu verteilen gilt, vermehren. Diese Option steht freilich nicht stets zur Verfügung, wie ein Blick auf das Organtransplantationsrecht zeigt. Im Hochschulzulassungsrecht wäre diese Lösung indes gangbar, denn die Erhöhung der Zahl der Studienplätze, also die Ausweitung der Kapazität, ist weder denklogisch noch rechtlich unmöglich. Gleichwohl – und hier liegt die erste dogmatische Bedeutung des Urteils – lehnt das Bundesverfassungsge-

richt eine Pflicht des Staates zur Kapazitätserhöhung ab. Eine solche folge insbesondere nicht aus dem grundrechtlichen Teilhabeanspruch aus Art. 12 und Art. 3 des Grundgesetzes. In Randnummer 105 der Entscheidung schreibt das Gericht:⁶

„Das Teilhaberecht reicht nicht so weit, dass es einen individuellen Anspruch begründen könnte, Ausbildungskapazitäten in einem Umfang zu schaffen, welcher der jeweiligen Nachfrage gerecht wird. Die Frage der Bemessung der Anzahl verfügbarer Ausbildungsplätze obliegt der Entscheidung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, der bei seiner Haushaltswirtschaft neben den Grundrechten der Studienplatzbewerberinnen und -bewerber auch andere Gemeinwohlbelange berücksichtigt. Das Recht auf chancengleichen Zugang zum Hochschulstudium besteht damit nur in dem Rahmen, in dem der Staat tatsächlich Ausbildungskapazitäten zur Verfügung stellt.“

(2) Eine zweite Option bestünde darin, zwar nicht die Menge des zu verteilenden Gutes zu erhöhen, wohl aber die Anzahl der Nachfrager zu reduzieren. Dieser Weg bestünde entweder darin, die Zahl der Hochschulzugangsberechtigten zu begrenzen, etwa Bewerber mit einer außerschulischen Hochschulzugangsberechtigung⁷ auszuschließen, oder die materiellen Zugangs- also Qualifizierungsvoraussetzungen zu verschärfen. Dieser Weg wäre in der Tat ein spektakulärer und liefe dem hochschulpolitischen Mainstream, die Zahl der Hochschulzugangsberechtigten immer weiter zu erhöhen, diametral entgegen. Man mag sich den Aufschrei vorstellen, wenn das BVerfG den Weg der Reduzierung der Nachfrage beschränkt hätte.

(3) Bleibt schließlich nur noch die dritte, eben unspektakuläre Option zum Umgang mit dem Mangelproblem, nämlich die gleichheitskonforme Verteilung des knappen Gutes. Diesen Weg, den das BVerfG auch schon bisher beschränkt hat, geht es auch im jüngsten Urteil. Dabei wird das im Hochschulrahmengesetz, im Staatsvertrag und in den Hochschulzulassungsgesetzen der

* Schriftliche Fassung des Vortrags auf dem 13. Deutschen Hochschulrechtstag am 15.5.2018 in Erlangen.

1 Grundsätzlich F. Wollenschläger, Verteilungsverfahren, 2010.

2 S. dazu nur W. Höfling, 20 Jahre Transplantations(verhinderungs)gesetz – eine kritische Bilanz ZRP 2017, 233.

3 Beginnend mit dem ersten NC-Urteil aus dem Jahr 1972: BVerfGE, 33, 303; zur weiteren Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG und des Hochschulzulassungsrecht insgesamt s. den Überblick bei J.F. Lindner, in: Hartmer/Detmer (Hg.), Hochschul-

recht, 3. Aufl. 2017, XI, Rn. 97 ff.

4 BVerfG, Urt. v. 19.12.2017 – 1 BvL 3/14 und 4/14 – NJW 2018, 361.

5 Umfassender Überblick über den durch die Entscheidung ausgelösten Änderungsbedarf bei R. Brehm/A. Brehm-Kaiser, Das Dritte Numerus-Clausus-Urteil des BVerfG, NVwZ-Extra, 2018, 1; M. Bode, Zwischen Realität und Utopie: Die „Numerus Clausus III“-Entscheidung des BVerfG, OdW 2018, 173.

6 BVerfG, aaO, Rn. 106.

Länder angelegte Hochschulzulassungsrecht im System nicht angetastet. Zwar werden dem Gesetzgeber Änderungen im Detail aufgegeben – insbesondere bei der Wartezeitquote und der Ausgestaltung des Auswahlverfahrens der Hochschulen, das System aus zentraler und dezentraler Auswahlentscheidung, aus der Bildung von Vorab- und Hauptquoten bleibt ebenso unberührt, wie der gesamte Bereich der Kapazitätsermittlung.

Gleichwohl hat die Entscheidung in der Öffentlichkeit große Resonanz hervorgerufen. Dies mag an der Grundrechtssensibilität des Themas, der Zahl der Betroffenen und vor allem an der Fokussierung auf das in der bildungspolitischen Diskussion beliebte Thema der Unvergleichbarkeit von Abiturabschlüssen liegen. Von daher verdient auch ein in der Sache eher unspektakuläres Urteil der wissenschaftlichen Analyse. Im Folgenden soll zunächst auf die grundrechtsdogmatische Konstruktion des Bundesverfassungsgerichts eingegangen werden (II.) und sodann ein Blick auf die Eignung als Paradigma gleichheitskonformer Vergabe gerichtet werden (III.). Schließlich sind einige Konsequenzen anzusprechen, die sich aus der Entscheidung ergeben oder ergeben können.

II. Die grundrechtsdogmatische Konstruktion des BVerfG

Zunächst zur grundrechtsdogmatischen Konstruktion, die das BVerfG seiner Entscheidung vom 19.12.2017 zu Grunde legt. Auch diese ist unspektakulär.

1. Das BVerfG legt seiner Entscheidung einen grundrechtlichen Teilhabeanspruch zugrunde, den es aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG ableitet. Diese Konstruktion besteht seit der ersten NC-Entscheidung aus dem Jahr 1972.⁸ Blickt man genauer hin, bleibt der exakte grundrechtsdogmatische Ansatz – wie so häufig, wenn das BVerfG sog. „in Verbindung mit“-Grundrechte etabliert – eher unklar. Handelt es sich nun um einen freiheitsrechtlichen, um einen gleichheitsrechtlichen oder um einen freiheits- und gleichheitsrechtlichen Anspruch oder um einen solchen Anspruch, der zwar ein freiheitsrechtlicher ist, seine Anspruchsqualität aber nur über den Gleichheitssatz erlangt? Kurz: Handelt es sich um einen originären oder um einen derivativen Leistungsanspruch? Diese Frage ist keineswegs belanglos. Denn entnimmt man dem Artikel 12 Abs. 1 GG einen originären Leistungs- oder Teilhabeanspruch, so könnte sich der Staat letztlich zur Rechtfertigung der Vorenthaltung

nicht auf Kapazitätserwägungen berufen. Ebenso wie sich der Staat beim originären Leistungsanspruch auf ein (menschenwürdiges) Existenzminimum⁹ nicht auf Haushaltsknappheit berufen kann, könnte sich der Staat bei Verweigerung eines Studienplatzes auch nicht auf die Begrenzung der zur Verfügung stehenden Studienplätze berufen.

Einem solchen originären Leistungsanspruch, der letztlich auf einen Anspruch auf Kapazitätserweiterung hinausläuft, erteilt das Gericht wie bereits erwähnt eine deutliche Absage: Das Teilhaberecht reiche nicht so weit, dass es einen individuellen Anspruch begründen könnte, Ausbildungskapazitäten in einem Umfang zu schaffen, der der jeweiligen Nachfrage gerecht werde. Das Recht auf chancengleichen Zugang zum Hochschulstudium bestehe nur in dem Rahmen, in dem der Staat tatsächlich Ausbildungskapazitäten zur Verfügung stelle. In Rn. 106 betont das BVerfG ausdrücklich: „*Es handelt sich hierbei um ein derivatives Teilhaberecht*“. Die Bedeutung dieser Aussage ist in ihrer verfassungsrechtlichen Relevanz und Brisanz kaum zu überschätzen. Denn nimmt man die Ausschließlichkeit des derivativen Ansatzes ernst, ließe sich auch gegen einen Abbau von Studienplatzkapazitäten aus verfassungsrechtlicher, zumal grundrechtlicher Sicht, nichts einwenden.

Das Bundesverfassungsgericht scheint es also ausschließlich dem politischen Gestaltungsspielraum des Haushaltsgesetzgebers zu überantworten, in welchem Umfang er Studienplätze zur Verfügung stellt. Nicht ausgeschlossen erschiene es bei einem derivativen Ansatz auch, dass der Staat sich aus der Finanzierung des Medizinstudiums vollständig zurückzieht und die Ausbildung des medizinischen Nachwuchses dem Privatsektor oder Angeboten im Ausland überantwortet.

Insgesamt durchziehen die Entscheidung des Gerichts durchaus Sätze von bemerkenswerter Härte. Zwei davon seien nachfolgend zitiert:

(1) „*Das Teilhaberecht reicht nicht so weit, dass jeder und jede Hochschulzugangsberechtigte beanspruchen könnte, die Zulassung zu dem gewählten Studium tatsächlich eines Tages zu erhalten. In Fächern wie der Humanmedizin, in denen die Anzahl an Bewerbungen das Angebot an Studienplätzen weit übersteigt, kann der Teilhabeanspruch die tatsächliche Studienleistung von vorneherein nicht garantieren. Die verfassungsrechtlich gebotene Chancenoffenheit schließt das Risiko des Fehlschlags einer Bewerbung auf einen Studienplatz ein, da bei der Vergabe knapper unteilbarer Güter jedes Auswahlverfahren – wie im-*

7 Zur grundsätzlichen Unterscheidung zwischen dem Hochschulzugang- und dem Hochschulzulassungsrecht s. Lindner (Fn. 3), Rn. 1 ff.; zur Entwicklung des Hochschulzugangsrechts ebenda

Rn. 54 ff.

8 BVerfGE 33, 303.

9 BVerfGE 125, 175; 137, 34.

mer es ausgestaltet ist – nur einem Teil der Bewerberinnen und Bewerber reale Aussichten eröffnen kann, auch tatsächlichen Erfolg zu haben.“¹⁰

(2) Und ein zweites Zitat direkt im Zusammenhang mit den kritischen Ausführungen des Gerichts zur Wartezeit: „Der Gesetzgeber kann im Rahmen seiner Gestaltungsbefugnis vielmehr auch ganz auf die Zulassung einer Wartezeit verzichten. Aus verfassungsrechtlicher Sicht muss nicht jeder grundsätzlich hochschulreife Bewerber den Anspruch auf Zulassung zu seinem Wunschstudium im Ergebnis tatsächlich realisieren können.“¹¹

Letztlich löst das Bundesverfassungsgericht damit den Hochschulzulassungsanspruch maßgeblich von dessen freiheitsrechtlicher, in Art. 12 Abs. 1 des Grundgesetzes verankerter Dimension und legt den Schwerpunkt eindeutig auf die gleichheitsrechtliche Dimension. Die zur Verfügung stehenden Plätze müssen gleichheitskonform verteilt werden. Damit erfährt das Hochschulzulassungsrecht insgesamt eine schwächere grundrechtsdogmatische Verankerung, denn der Gleichheitssatz ist aus der Perspektive der Betroffenen ein schwächeres Grundrecht als ein Freiheitsrecht. Dies mag durch die dogmatisch teilweise vorgenommene Annäherung der grundrechtsdogmatischen Prüfung von Freiheitseingriffen und Ungleichbehandlungen auch anders gesehen werden können. Jedoch erscheint eine Ungleichbehandlung stets leichter begründbar als eine Freiheitsbeschränkung.

2. Im Zusammenhang damit steht eine zweite grundrechtsdogmatische Erkenntnis des Urteils. Das Bundesverfassungsgericht geht – von seinem Ansatz her ganz konsequent – von einem teilhaberechtlichen, also letztlich der leistungsrechtlichen Dimension der Grundrechte zuzuordnenden Konstellation aus. Es versucht aber nicht, dieser leistungsrechtlichen Dimension eigene dogmatische Konturen zu erschließen, so dass wir trotz Hundertausenden von Seiten grundrechtsdogmatischer Literatur und hundertvierzig Bänden Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen immer noch keine klare grundrechtsdogmatische Konturierung der leistungsrechtlichen Dimension¹² der Grundrechte haben. Das Verfahren hätte Gelegenheit gegeben, die leistungsrechtliche Dimension dogmatisch näher zu entfalten. Darauf konnte das BVerfG, leider möchte man sagen, verzichten, weil es die teilhaberechtliche Dimension des Art. 12 Abs. 1 GG ausschließlich über den gleichheitsrechtlichen Gehalt, also über Art. 3 Abs. 1 GG konturiert. Aus der leistungsrechtlichen Dimension wird dadurch schlicht eine Gleichheitsprüfung.

Immerhin hätte es schon von der Betroffenheit der Einzelnen, die keinen Studienplatz erhalten, nahe gelegen, die Vorenthaltung einer Leistung einem Grundrechtseingriff gleichzustellen. Denn macht es einen Unterschied, ob man einer Person die Ausübung eines bestimmten Berufes verbietet oder ob man ihr das zur Ausübung des Berufes notwendige Studium bzw. der dafür erforderlichen Studienplatz vorenthalte? Die Vorenthaltung einer Leistung, also die Verweigerung des Studienplatzes, wird hier zum Eingriffsäquivalent.

Es hätte sich daher durchaus angeboten, das vorhandene Regelungsinstrumentarium zur Vergabe von Studienplätzen weniger über Art. 3 Abs. 1 GG als vielmehr über die eingriffsabwehrrechtliche Dimension der Grundrechte zu verarbeiten. Die Vorenthaltung eines Studienplatzes wäre dann ein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG, der sich nach dem üblichen eingriffsabwehrrechtlichen Prüfungsschema rechtfertigen lassen muss, ansonsten er sich als Grundrechtsverletzung erweist.

Ein solcher Ansatz hätte den Vorteil, dass insbesondere mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ein griffigeres Instrumentarium zur Verfügung steht als im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG, es sei denn, man wendet die Verhältnismäßigkeitsdogmatik eins zu eins auch beim Gleichheitsrecht an,¹³ was das BVerfG vorliegend aber nicht getan hat.

Nach einem streng freiheitsrechtlichen Ansatz liessen sich die einzelnen Verteilungsregeln, die Verteilungskriterien, der mittlerweile entstandene Wildwuchs an Vorabquoten und Sonderregelungen sich nicht mehr einfach über Art. 3 Abs. 1 GG oder das Sozialstaatsprinzip rechtfertigen, es müsste vielmehr nach den dahinterstehenden Zwecken und deren Legitimation gefragt werden. Und diese Zwecke müssten ins Verhältnis zum freiheitsrechtlichen Kern des Art. 12 Abs. 1 GG gesetzt werden.

3. In grundrechtsdogmatischer Hinsicht ist drittens zu bemerken, dass das BVerfG den gleichheitsrechtlich fundierten Teilhabeanspruch erneut mit dem Sozialstaatsprinzip verknüpft. Die Bedeutung dessen wird nicht ganz klar.

Sicher dürfte sein, dass das BVerfG das Sozialstaatsprinzip nicht zur Verstärkung der Anspruchsgrundlage heranzieht, sondern eher zur Ausgestaltung des Hochschulzulassungsrechts insgesamt.

So formuliert das Gericht in Leitsatz 2: „Regeln für die Verteilung knapper Studienplätze haben sich grundsätzlich am Kriterium der Eignung zu orientieren. Daneben

10 BVerfG, aaO, Rn. 106.

11 BVerfG, aaO, Rn. 218.

12 Zu den Grundlagen und Problemen der leistungsrechtlichen Dimension der Grundrechte s. R. Alexy, Theorie der Grundrecht-

te, 2. Aufl. 1994, S. 171 ff., 395 ff.; J.F. Lindner, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, S. 338 ff.

13 Zu dieser Diskussion Lindner (Fn. 12), S. 412 ff.

*berücksichtigt der Gesetzgeber Gemeinwohlbelange und trägt dem Sozialstaatsprinzip Rechnung.*¹⁴

Wirklich näher dogmatisch ausgeformt wird das im weiteren Verlauf des Urteils nicht. Dass das BVerfG das Sozialstaatsprinzip vor allem im Zusammenhang mit der Legitimation der sog. Vorabquoten heranzieht, zeigt, dass es ihm zur Rechtfertigung von Privilegierungen, die über den Bereich der Eignung hinausgehen, dient. Eine Anerkennung von Vorabquoten zur Verfolgung gewichtiger öffentlicher Interessen und aus sozialstaatlichen Erwägungen sei im Blick auf die dadurch bedingte Beschränkung der Zahl der in den Hauptquoten verfügbaren Studienplätze mit den Gleichheitsanforderungen grundsätzlich vereinbar.¹⁵

Gerade im Zusammenhang mit den Vorabquoten macht es sich das BVerfG aber doch ein wenig leicht. Blickt man auf die Vorabquoten und deren privilegierte Destinatäre, so hat man schon den Eindruck, dass insofern durchaus – ähnlich wie im Steuerrecht – starke Interessengruppen am Werk sind. So findet sich etwa im bayerischen Hochschulzulassungsgesetz¹⁶ – freilich im Zusammenhang mit dem örtlichen Auswahlverfahren – eine Vorabquote für Angehörige von Sportkadern.

III. Die „Eignung“ als zentrales Vergabekriterium

Dass der freiheitsrechtliche Eingriffsabwehransatz der dogmatisch geeignetere wäre, zeigt sich auch am Umgang des BVerfG mit dem Kriterium der Eignung. Das Gericht sieht die Eignung als Kernkriterium, gewissermaßen als Paradigma einer gleichheitsgerechten Auswahlentscheidung an.

Die gesamten Ableitungen und Konsequenzen des Gerichts im Hinblick auf die Bedeutung der Abiturbestandenquote und der Vergleichbarkeit der Abiturzeugnisse, der zusätzlich geforderten Qualifizierungsmerkmale, der Einordnung der Wartezeit, etc., beruhen letztlich auf dem Kriterium der Eignung.

In Randnummer 109 formuliert das Gericht: *„Aus dem Gebot der Gleichheitsgerechtigkeit folgt, dass sich die Regeln über die Vergabe von Studienplätzen grundsätzlich an dem Kriterium der Eignung orientieren müssen. Das kann die Ungleichbehandlung rechtfertigen, welche mit der Verteilung einer den Bedarf nicht deckenden Zahl von Studienplätzen zwangsläufig verbunden ist.“*

Nun ist es zweifelsohne sachgerecht, auf die Eignung abzustellen. Allerdings erstaunt das Gericht insoweit nicht nur durch eine blumige Sprache, wenn es von „Gleichheitsgerechtigkeit“ spricht, es lässt vielmehr auch

analytische Klarheit vermissen. Denn was soll Kriterium der Eignung eigentlich bedeuten? Hier hätte es nahegelegen, für die Grundlegung der weiteren Ableitungen zwischen einem Eignungskonzept und den darauf zu beziehenden *Eignungskriterien* zu unterscheiden.

Es wäre also zu unterscheiden zwischen der Frage „Eignung in Bezug auf was“ und „Eignung wodurch“? Kurz: Wofür muss ein Studienplatzbewerber geeignet sein und wie lässt sich eine zuverlässige Prognose darüber bilden, ob diese Eignung gegeben ist? Zwar tauchen an verschiedenen Stellen des Urteils verschiedene Eignungskonzeptionen auf, insbesondere mit den Ausführungen zum Erfordernis weiterer Eignungskriterien. Hier ist dann u.a. von kommunikativen und sozialen Kompetenzen und ähnlichem die Rede.¹⁷

Die Frage ist allerdings, wie sich diese Einzelaspekte zu einem *grundsätzlichen Eignungskonzept* verdichten lassen.

Nun mag man dagegenhalten, dass dies zu formulieren Sache des Gesetzgebers sei. Im Hinblick auf den paradigmatischen Charakter des Begriffs der Eignung hätte man aber schon erwartet, dass das Gericht hier eine stärkere analytische Klarheit walten lässt und auch einige nähere Hinweise zu einem verfassungskonformen Eignungskonzept gibt.

IV. Einige Konsequenzen

Abschließend seien noch einige Konsequenzen wenigstens kurz benannt, die sich aus dem Urteil ergeben.

1. Zunächst gibt das BVerfG dem Gesetzgeber auf, das Hochschulzugangsrecht bis Ende 2019 den Maßgaben des Gerichts anzupassen und grundrechtskonform auszugestalten. Es hat dabei insbesondere den Landesgesetzgeber im Auge, der das Hochschulzulassungsrecht im Staatsvertrag und in den Landeshochschulzulassungsgesetzen regelt. Dementsprechend gelten die lediglich für verfassungswidrig erklärten Vorschriften der Landeshochschulgesetze und des Hochschulrahmengesetzes bis zum 31.12.2019 weiter. Fraglich ist, was passiert, wenn die Länder diese Frist nicht einhalten können, sei es, dass eine Neuregelung erst nach dem genannten Stichtag politisch ins Werk gesetzt werden kann, sei es, dass ein entsprechender Staatsvertrag bereits vorher zustande kommt, jedoch Bedarf für einen Übergangszeitraum besteht, insbesondere zur softwaretechnischen Umsetzung der neuen Regelungen. Da das BVerfG die übergangsweise Weitergeltung der bisherigen Rege-

14 BVerfG, aaO.

15 BVerfG, aaO, Rn. 123 ff.

16 Art. 5 Abs. 3 Satz 2 BayHZG.

17 BVerfG, aaO, Rn. 197 ff.

lungen ausdrücklich auf den 31.12.2019 befristet hat, wäre ein Reißen dieser Frist verheerend. Denn in diesem Fall würden die alten Regelungen nicht mehr oder nur noch im Umfang ihrer Verfassungsmäßigkeit gelten, neue wären indes noch nicht in Kraft oder noch nicht anwendbar oder vollziehbar. Die Länder sollten nicht darauf vertrauen, dass das BVerfG diese Frist irgendwie verlängern würde – in welchem Verfahren auch?¹⁸ Es muss von den Ländern geleistet werden, dass der Staatsvertrag so rechtzeitig in Kraft tritt, dass bereits das Zulassungsverfahren für das Sommersemester 2020 nach verfassungskonformen Regelungen abläuft. Denkbar wäre eine Übergangsphase, soweit diese ihrerseits verfassungskonform ausgestaltet ist.

2. Fraglich ist, ob der Bund etwas regeln darf oder muss. Dürfen tut der Bund freilich. Er hat die Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 GG für das Hochschulzulassungswesen in der gesamten Breite. Er könnte also ein Hochschulzulassungsgesetz erlassen. Von diesem freilich könnten die Länder wiederum im Rahmen der Abweichungsgesetzgebung nach Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 GG abweichen.

Fraglich ist, ob der Bund tätig werden *muss*? Diese Frage ist nicht so leicht zu beantworten, wie es den Anschein hat. Natürlich folgt *prima facie* aus einer Gesetzgebungskompetenz noch keine Pflicht, von dieser auch Gebrauch zu machen. Sollte sich jedoch herausstellen, dass die Länder ihrer Pflicht zur Umsetzung der verfassungsgerichtlichen Vorgaben nicht oder nicht rechtzeitig nachkommen wollen oder werden, könnte sich der politische Ermessensspielraum von einer Kompetenz auf eine Pflicht verdichten, um das völlige Lahmlegen der Hochschulzulassung zu verhindern. Auch vor diesem Hintergrund sind die Länder gut beraten, in größtmöglicher Konzentration ihre Umsetzungspflicht zu erfüllen.

3. Ein schwieriges, praktisch wichtiges Spezialproblem stellt sich in Folge der notwendig werdenden Änderungen im Bereich der Wartezeitquote. Zwar hat das BVerfG die Wartezeitquote, die im neuen (noch nicht in Kraft getretenen) Staatsvertrag Bewerbungssemesterquote heißt, nicht für verfassungsrechtlich unzulässig erklärt, jedoch die verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer Begrenzung der Wartezeitdauer betont.¹⁹ Zudem dürfe der Gesetzgeber auch auf eine Wartezeitquote verzichten.

Würde dies in einem neuen Staatsvertrag umgesetzt und würde die Wartezeitquote ganz abgeschafft oder würden in die Bewerbungssemesterquote dieje-

nigen, die schon länger als sieben Semester warten, nicht mehr einbezogen, stünde die Problematik von Übergangs- und Vertrauensschutzregelungen für solche „Altwarter“ im Raum. Das BVerfG hat zwar vor langer Zeit schon einmal über den Vertrauensschutz von „Altwartern“ bei Änderungen im Wartezeitregime entschieden.²⁰ Diese Entscheidungen sind aber schon deswegen nicht ohne Weiteres auf die hiesige Konstellation übertragbar, weil es damals um Änderungen des Gesetzgebers ging, die nicht auf einer Verfassungswidrigerklärung der einschlägigen Vorschriften durch das BVerfG beruhten.

4. Das BVerfG hat mit deutlicher Klarheit festgestellt, dass die Abiturabschlüsse der Länder nach wie vor miteinander nicht vergleichbar sind. Es hat zwar nicht die Abiturbestenquoten als solche für verfassungswidrig erklärt, jedoch gefordert, die mangelnde Vergleichbarkeit zu kompensieren. Hierbei hat es die im zentralen Vergabeverfahren zu bildenden *Landesquoten* gebilligt, jedoch das Auswahlverfahren der Hochschulen, in dem die Abiturbestenquote ebenfalls eine Rolle spielt, wegen des Fehlens von Kompensationsmechanismen beanstandet.²¹

Zwischen den Zeilen wird deutlich, dass das BVerfG den Bemühungen der Kultusministerkonferenz um eine stärkere Vergleichbarkeit der Abiturnoten *äußerst skeptisch*, um es vorsichtig auszudrücken, gegenübersteht. Gleichwohl lässt sich dem Urteil keine Pflicht der Länder entnehmen, für eine stärkere Vergleichbarkeit der Abiturnoten zu sorgen. Weder aus Art. 12 GG noch aus Art. 3 GG leitet das BVerfG eine Pflicht der Länder zu entsprechenden Bemühungen ab. Das Gericht scheint sich also mit der mangelnden Vergleichbarkeit der Abiturnoten abzufinden und sieht keinen verfassungsrechtlichen Hebel, dies zu ändern. Vielmehr überantwortet es die Frage der Herstellung der Vergleichbarkeit dem politischen Handlungswillen der Länder. Solange diese diesbezüglich nicht oder nur unzureichend tätig werden, verbleibt es eben beim Erfordernis, die mangelnde Vergleichbarkeit im Rahmen der Abiturbestenquoten durch Kompensationsregelungen zu flankieren.

Bildungspolitisch freilich ist das Urteil des BVerfG ein deutlicher Impuls nicht nur für den Hochschulzulassungsgesetzgeber, sondern auch für den Schulgesetzgeber. Nicht von ungefähr, sind die Forderungen nach einem Schul- oder Bildungsstaatsvertrag der Länder gerade auch in der Folge des Urteils des BVerfG lauter geworden.

Wir werden es also in Zukunft nicht nur mit einem neuen Hochschulzulassungsstaatsvertrag zu tun haben,

18 In Betracht käme allenfalls ein Vorgehen über § 35 BVerfGG in direkter oder analoger Anwendung.

19 BVerfG, aaO, Rn. 215 ff.

20 BVerfGE, 43, 291; 59, 1.

21 BVerfG vom 19.12.2017, Rn. 173 ff.

sondern vielleicht auch mit einem Schul- oder Bildungsstaatsvertrag²².

Josef Franz Lindner ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Medizinrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Augsburg.

22 Dazu näher *J.F. Lindner*, Reform des deutschen Bildungsföderalismus, ZRP 2018, 94.

Josef Pfeilschifter

Das NC-Urteil des BVerfG vom 19.12.2017 aus Sicht der universitären Ausbildung^{*1}

A. Übersicht

I. Einleitung

II. Blick in die Geschichte – Zulassungsfragen als Dauerthema für die Medizinischen Fakultäten

III. Gemeinsames Modell der Studierendenauswahl von MFT und bvmd

1. Ziele

2. Modell

3. Umsetzung

IV. Fazit

I. Einleitung

Warten passt nicht mehr in unser Gesellschaftsmodell. Die Wartehallen auf den Bahnhöfen – wo es sie denn noch gibt – heißen DB-Lounge und als Kunde hat nur Zugang, wer ein Ticket 1. Klasse hat. In den Wartezimmern niedergelassener Ärzte trifft sich Tag für Tag halb Deutschland – kein Land der Welt hat so viele Arztkontakte wie wir –, aber keiner will mehr warten, weshalb Gesundheitsminister Spahn jetzt die Sprechzeiten per Gesetz ausweiten lassen will. Es bleibt abzuwarten, was daraus wird.

„Wartezeit“ gilt als sinnlos verbrachte Lebenszeit. „Warten auf Godot“, das existenzialistische Theaterstück von *Samuel Beckett*, 1953 in Paris uraufgeführt – das den Zwang zu langem, sinnlosem und vergeblichem Warten als Lebensmetapher hat – wird auf unseren Bühnen kaum mehr gespielt.

Daher war es nur folgerichtig, dass auch die Wartezeit als Teil der Zulassungsregeln für Medizin und Zahnmedizin in den Fokus der Rechtsprechung umso intensiver geriet, je länger sie dauerte. Das VG Gelsenkirchen war zu der Überzeugung gekommen, dass die immer länger dauernde Wartezeit auf einen Studienplatz nicht mehr verfassungskonform sei und hatte dies im April 2012 dem Bundesverfassungsgericht als Vorlagebeschluss vorgelegt. Dieses wies den Vorlagebeschluss als unzulässig ab – mit einer wenig überzeugenden Begründung, wie sie der ansonsten hohen Qualität seiner Urteile nicht entspricht.² Die Wartezeit ging weiter, das VG Gelsenkirchen legte 2014 erneut – und noch-

mals umfassend begründet – einen Vorlagebeschluss vor,³ der vom Verfassungsgericht nun auch ernst genommen und bereits 3 ½ Jahre später entschieden wurden. Insgesamt dauerte es 5 Jahre und 8 Monate – also keine 14 Semester, bis es zum wegweisenden Urteil vom 19.12.2017⁴ kam – auch eine schöne Wartezeit!⁵

II. Blick in die Geschichte – Zulassungsfragen als Dauerthema für die Medizinischen Fakultäten

Für die Medizinischen Fakultäten in Deutschland und ihre Dachorganisation, den Medizinischen Fakultätentag (MFT), sind Diskussionen über die Zugangsregelungen zum Studium ein Dauerthema. Der Numerus clausus – allerdings für ausländische Bewerber – stand bereits auf der Gründungsversammlung des MFT im Jahre 1913 auf der Tagesordnung. Über Abiturnoten als Zulassungsbeschränkung hat der MFT bereits 1928 und 1931 diskutiert, über ein Punktesystem bei der Zulassung in den Jahren 1948 und 1963, über Mehrfachbewerbungen wurde erstmals 1962 beraten, der Losentscheid bei Zulassungen zum Studium war erstmals 1962 und 1963 Thema. Ein zentrales Zulassungsbüro wurde bereits 1962 gefordert. Der Numerus clausus war Thema in den Jahren 1927 und 1931, nach dem 2. Weltkrieg ab 1948 wurde immer wieder darüber diskutiert, ob die Auswahlverfahren vernünftig und gerecht sind, ob sie im Hinblick auf die künftige ärztliche Tätigkeit die Richtigen auswählen.⁶

Auch den ärztlichen Standesorganisationen war das Auswahlverfahren immer ein wichtiges Anliegen. Sewering – der spätere Präsident der Bundesärztekammer – hat den seinerzeitigen Diskussionsstand treffend zusammengefasst:

„Es gibt manche Stimmen und Vorschläge für ein Auswahlverfahren. Es wird von Beurteilung durch die Schule, von Eignungsprüfungen, von Charakter- und Intelligenz-Tests, von Interviews gesprochen. Aber alle sind sich letzten Endes darüber klar, wie viele Schwächen solche Methoden haben. Wer will bei einem jungen Abiturienten mit genügender Sicherheit schon über die Eignung zum Arzt entscheiden können, ohne die hohe, kaum tragbare Verant-

* Danksagung: Der Autor dankt Herrn Dr. Reinhard Lohölter für seine Mitarbeit bei der Erstellung des Manuskripts.

1 Der Artikel basiert auf dem Vortrag des Autors zum Thema „Das NC-Urteil aus Sicht der universitären Ausbildung“, gehalten auf dem 13. Hochschulrechtstag am 15. Mai 2018 in Erlangen.

2 J. Müller, Warten auf Godot – Das BVerfG und die Wartezeit,

NVwZ 2013, 35.

3 Urt. v. 18.3.2014, Az. 6z K 4229/13.

4 Urt. v. 19.12.2017, Az.: 1 BvL 3/14, 1 BvL 4/14 Rn. (1 – 253).

5 s. dazu auch J. Heidmann, A. Schwibbe, M. Kadmon, W. Hampe: Warten aufs Medizinstudium – Sieben lange Jahre, Deutsches Ärzteblatt 2016, A1636-1638.

wortung der häufigen Fehlentscheidungen auf sich zu nehmen?“⁶⁷

Seither sind 60 Jahre ins Land gegangen – und man hat nicht den Eindruck, dass wir in allen Aspekten des Zulassungswesens grundlegend an Sicherheit, an wissenschaftlicher Evidenz gewonnen haben.

III. Gemeinsames Modell der Studierendenauswahl von MFT und bvmd

Eine neue Qualität hat diese Diskussion in den letzten Jahren gewonnen: Der MFT hat in enger Kooperation mit der Bundesvertretung der Medizinstudierenden in Deutschland (bvmd) ein neues, verfassungskonformes Modell der Studierendenauswahl entwickelt. Eine gemeinsame Arbeitsgruppe hatte in einem sehr konstruktiven Prozess das neue Konzept erarbeitet. Das Ergebnis ist ein gutes Beispiel dafür, was erreicht werden kann, wenn die Vertretungen der Fakultäten und der Studierenden gemeinsam einen Vorschlag ausarbeiten und in die politische Debatte geben. Dieses gemeinsam erarbeitete Modell wird nachfolgend vorgestellt.⁸

Die Fakultäten und die Studierenden halten das derzeitige Zulassungssystem für reformbedürftig. Bei den über die Wartezeit zugelassenen Studierenden ist die Abbrecherquote, meist in den ersten Semestern, deutlich höher als bei den anderen Quoten. Ein Problem ist auch die Abiturbestenquote. Selbst eine 1,0 reicht nicht mehr, um sicher einen Studienplatz zu erhalten. Durch den deutlichen Anstieg bei den sehr guten Abiturnoten ist es kaum mehr möglich, die Bewerber im obersten Notenbereich zu differenzieren. Es ist politischer Wille, die im Auswahlverfahren der Hochschulen bereits berücksichtigten Kriterien (Studierfähigkeitstests, Assessment Center, Interviews, freiwilliges Engagement und berufspraktische Erfahrungen) auch auf breiterer Basis stärker einzubeziehen.⁹ Daher hatten bvmd und MFT bereits im Mai 2017 einen Vorschlag für ein reformiertes Zulassungsverfahren vorgelegt, der bereits viele Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts erfüllt. Nachfolgend wird der aktualisierte Vorschlag, der das Urteil des BVerfG vom 19.1.2017 aufnimmt, vorgestellt.

1. Ziele

Folgende Ziele werden formuliert:

1. Wartezeitquote und Abiturbestenquote entfallen künftig.

2. Die Abiturnote bleibt wesentliches Auswahlkriterium, wird aber durch weitere, eignungsrelevante Auswahlkriterien für alle Bewerber an allen Hochschulen ergänzt.

3. Das Auswahlverfahren soll deutschlandweit einheitlich, strukturiert, standardisiert und validiert sein.

4. Entsprechend der Profilbildung der Universitäten muss ein AdH-Verfahren mit zusätzlichen, von den Standorten aus einem gesetzlichen Katalog selbst zu wählenden Auswahlkriterien möglich sein. Auch sie müssen strukturiert, standardisiert und validiert sein.

5. Die Ortspräferenzen der Bewerber sollen als nachrangiges Kriterium nach Ermittlung der Studieneignung für die Zuteilung zu einem Studienort berücksichtigt werden.

6. Die Umsetzung muss rechtssicher, mit vertretbaren Ressourcen und entsprechendem zeitlichen Aufwand realisierbar sein.

7. Die Überlegungen zur Studierendenauswahl im Masterplan Medizinstudium 2020 sollen aufgegriffen werden.

8. Die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts in seinem Urteil vom 19.12.2017 sollen zeitnah umgesetzt werden.

2. Modell

Darauf aufbauend wird folgendes Modell vorgeschlagen:

a) Vorabquote

Die jetzige Vorabquote (Härtefälle, Nicht-EU-Ausländer, Sanitätsoffiziersanwärter usw.) bleibt erhalten. Sofern zusätzlich eine sogenannte Landarztquote eingeführt wird, wäre diese als Vorabquote abzubilden.

b) Auswahlquote

Aus drei bisher separaten Quoten (Abiturbeste, AdH und Wartezeit) wird künftig eine einzige Quote mit beliebig vielen Ortspräferenzen.

Zunächst erfolgt für alle Bewerber eine zentrale deutschlandweite Auswahlstufe über die Stiftung für Hochschulzulassung unter Zugrundelegung folgender Kriterien:

1. Abiturnote (max. 40 Punkte): Das Notenspektrum des Abiturs wird nach Ausgleich der Unterschiede zwischen den verschiedenen Bundesländern über eine Punkteskala von 40 Punkten abgebildet.

6 J. Nachtigal, Der Deutsche Medizinische Fakultätentag 1913 bis 1972. Med. Diss., Erlangen 1973.

7 H.-J. Sewering, Reform des Medizinstudiums, Deutsches Ärzteblatt 1959, 959.

8 Medizinischer Fakultätentag (MFT) und Bundesvertretung der Medizinstudierenden in Deutschland (bvmd), Verfassungs-

konformes Modell der Studierendenauswahl in der Medizin. Gemeinsames Modell. Berlin 2018.

9 Masterplan Medizinstudium 2020, https://www.bmbf.de/files/2017-03-31_Masterplan%20Beschluss%20text.pdf (Abrufdatum 27.6.2018).

2. Medizinspezifischer Studierfähigkeitstest (max. 40 Punkte): Der Test soll durch die Abiturnote nur unzureichend abgebildete Fähigkeiten prüfen. Dies kann durch Weiterentwicklung der etablierten Tests TMS (Test für Medizinische Studiengänge) und HAM-Nat (Hamburger Naturwissenschaftstest) erfolgen. Auf der Skala von 40 Punkten erlaubt dies eine Differenzierung vor allem im Bereich der sehr guten Testleistungen.

3. Berufspraktische Erfahrung in einem medizinischen Bereich oder ein staatlich anerkannter Freiwilligendienst (max. 10 Punkte): Maximal 10 Punkte werden für eine Tätigkeit von 12 Monaten vergeben. Längere Zeiten sollten nicht zusätzlich berücksichtigt werden, um Konkurrenz mit Ausbildungsberufen zu vermeiden. Die anzuerkennende Tätigkeit muss eignungsrelevant für das Medizinstudium sein und einheitlich geregelt werden.

4. Situational Judgement Test (SJT) (max. 10 Punkte): In einem validierten schriftlichen bzw. computergestützten Verfahren soll das soziale Urteilsvermögen anhand konkreter Situationen aus dem Studien- und Berufskontext getestet werden. Der Test sollte deutschlandweit einheitlich, strukturiert und transparent sein, er könnte zusammen mit dem Studierfähigkeitstest durchgeführt werden.

Es wird eine Punktesumme gebildet, sie ist die Grundlage für eine bundesweite Rangliste. 50% der insgesamt zu vergebenden Studienplätze werden auf Basis der Rangliste vergeben:

„Hierbei wird beginnend mit dem Bewerber mit der höchsten Punktesumme jeder Bewerber dem Studienort zugeteilt, an dem noch nicht 50% der lokal verfügbaren Plätze vergeben sind und den er mit höchster Präferenz gewählt hat.

Die übrigen 50% der Plätze eines jeden Standorts werden im Rahmen eines standortspezifischen Auswahlverfahrens vergeben. Jeder Bewerber kann hierbei an Verfahren an mehreren Orten teilnehmen. Bei aufwändigen Auswahlverfahren können die Fakultäten die Anzahl der Teilnehmer einschränken und nur solche Teilnehmer berücksichtigen, die die Fakultät mit einer vorgegebenen Ortspräferenz genannt haben. Die Vorauswahl erfolgt dann entsprechend der bundesweiten Rangliste.“¹⁰

Die Fakultäten können ggf. weitere eignungsrelevante Kriterien aus einem gesetzlich festgelegten Katalog wie strukturierte Interviewverfahren zur Ermittlung kommunikativer und sozialer Kompetenzen oder der Motivation in ihr Auswahlverfahren aufnehmen. Diese müssen zielorientiert, transparent, strukturiert und dis-

kriminierungsfrei gestaltet werden. Die fakultären Auswahlkriterien können allein oder in Kombination mit zentral erhobenen Kriterien für die Auswahlentscheidung eingesetzt werden.

Die Fakultäten können auch auf ein aufwändiges standortspezifisches Verfahren verzichten und ihre weiteren Studienplätze gemäß der Rangliste aus dem zentralen Verfahren besetzen oder dabei die bereits zentral erfassten Kriterien anders gewichten. Eine Vorauswahl nach Ortspräferenz darf dann nicht erfolgen.

Die erste Auswahlstufe mit den oben genannten Kriterien sollte bei Einführung einer Landarztquote – die von MFT und bvmf im Übrigen abgelehnt wird – auch für die Bewerber innerhalb dieser Quote gelten – ebenso für die Quote der Nicht-EU-Ausländer. Hierfür müsste ein geeignetes Verfahren gefunden werden. Die Anwendung für weitere Gruppen der Vorabquote wäre zu prüfen.

3. Umsetzung

MFT und bvmf fordern eine zügige Umsetzung dieses Vorschlags durch Bund und Länder, um innerhalb der vom Bundesverfassungsgericht gesetzten Frist bis zum 31.12.2019 ein validiertes, praktikables und verfassungskonformes Zulassungsverfahren zu etablieren.

In einem Verbundantrag auf die vom Bundesministerium für Bildung und Forschung ausgeschriebene Begleitförderung der Forschung zur Studierendenauswahl im Rahmen des Masterplans Medizinstudium 2020¹¹ haben 18 medizinische Fakultäten zusammen mit weiteren Kooperationspartnern Projekte beantragt, die auf dem hier vorgestellten Vorschlag zur Studierendenauswahl aufbauen:

„Dabei sollen

- die in Deutschland bereits bestehenden und erprobten Studierfähigkeitstests zusammengeführt und weiterentwickelt werden,
- ein Situational Judgement Test entwickelt und validiert werden,
- die Fakultäten beim Einsatz strukturierter Interviews zur Messung psychosozialer und kommunikativer Kompetenzen im AdH unterstützt werden,
- andere Auswahlkriterien wie z.B. Berufserfahrung validiert werden,
- eine zentrale Servicestelle im Auftrag der Hochschulen zur Unterstützung bei der Entwicklung von AdH-Verfahren und der Durchführung bundesweiter Auswahltests aufgebaut werden.

10 S. Fußnote 8.

11 <https://www.bmbf.de/foerderungen/bekanntmachung-1424.html> (Abrufdatum: 29.6.2018).

MFT, bvmd und der Forschungsverbund stehen bereit für eine konstruktive Zusammenarbeit bei der Neugestaltung des Hochschulwahlrechts¹².

Der MFT hat das MFT/bvmd-Modell im Hinblick darauf prüfen lassen, ob es den Vorgaben des Urteils vom 19. Dezember 2017 gerecht wird.¹³

Die Prüfung kommt zu dem Ergebnis, dass das Modell die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts erfüllt. Vorteile sind die

- erwünschte Relativierung der Abiturnote,
- erwünschte Einbeziehung von soft skills,
- Gewährleistung fakultärer Freiräume,
- Beschränkung der Ortspräferenz in der Vorauswahl auf und
- hohe Transparenz durch Beschränkung auf 5 Kriterien.

Im Vergleich zu der von Sewering Ende der 50er Jahre konstatierten Situation haben wir heute eine viel größere Evidenz in etlichen Bereichen, etwa beim Abitur oder beim TMS. Wir haben – weltweit betrachtet – eine Vielzahl von Daten und Publikationen zur Rolle des Interviews beim Studienzugang, allerdings mit mäßiger Überzeugungskraft. Wir haben wenig überzeugende Ergebnisse zu Auswahlverfahren, die auf soziale oder kommunikative Kompetenzen ausgerichtet sind.¹⁴ Insofern ist es wichtig, dass der Verbändeantrag jetzt gefördert wird – hoffentlich mit langem Atem. Es wird nämlich dauern, bis wirklich belastbare – und justiziable – Daten etwa zur späteren beruflichen Orientierung von Absolventen vorliegen.

Jetzt hat das Warten wohl bald ein Ende. Das Bundesverfassungsgericht hat am 17.12.2017 festgestellt, dass eine Wartezeitquote verfassungsrechtlich nicht geboten sei.¹⁵ Eine richtige und überfällige Entscheidung. Die Wartezeit aller Beteiligten hätte durchaus verkürzt werden können. Die neuen Konzepte für die Studienplatzvergabe kommen denn auch ohne Wartezeit aus.

Je nachdem, wie die Länder den neuen Staatsvertrag entwerfen, könnte sich allerdings für einen Teil der Altbewerber das Warten durchaus als ‚Warten auf Godot‘ herausstellen, nämlich dann, wenn es keine umfängliche Übergangsregelung geben sollte. Auch die Bundesregierung – zieht man den Koalitionsver-

trag vom 12. März 2018 zu Rate¹⁶ – will sich engagieren:

„Der Bund wird die Länder bei der Novellierung der Hochschulzulassung zum Medizinstudium begleiten, die im Zuge des Bundesverfassungsgerichtsurteils notwendig geworden ist.“

Und weiter hinten im Vertrag wird hinzugefügt: „Den Masterplan Medizinstudium 2020 wollen wir insbesondere im Hinblick auf die Neuregelung des Studienzugangs (...) zügig umsetzen. Dazu gehören auch mehr Medizinstudienplätze.“¹⁷

IV. Fazit

Was ist aus Sicht der Fakultäten besonders wichtig, was muss das neue Verfahren gewährleisten?

1. Es darf nicht – nach einer Phase der hochschulrechtlichen Deregulierung und Gewährung von Gestaltungsräumen für die Universitäten – zu einem Rollback mit restriktiven Vorgaben von staatlicher Seite kommen. Das neue Verfahren muss weiterhin erhebliche Gestaltungsspielräume für die Fakultäten ermöglichen. Profilbildung und Vielfalt müssen erhalten werden.

2. Die Neuregelung muss so ausgestaltet werden, dass sie rechtssicher ist und eine hohe Akzeptanz findet; wie auch immer sie ausfällt, sie wird weiterhin ein attraktives juristisches Betätigungsfeld bieten.

3. Die Neuregelung der Zulassungswege wird die Diskussion über den rechten Weg ins Medizinstudium und in den Arztberuf nicht beenden. Neue Regeln werden neue Auswirkungen und Diskussionen nach sich ziehen. Solange das Medizinstudium seine hohe Attraktivität behält – und es spricht nichts dafür, dass sich dies in absehbarer Zeit ändern wird –, werden wesentlich mehr Bewerber um die nach wie vor begrenzten Plätze konkurrieren und die Kritik an neuen Auswahlverfahren wird uns weiterhin begleiten.

Josef Pfeilschifter ist Dekan des Fachbereichs Medizin der Goethe-Universität, 1. Vizepräsident des Deutschen Hochschulverbands; er war bis Ende Juni 2018 langjähriges Mitglied im Präsidium des Medizinischen Fakultätentages.

12 S. Fußnote 8.

13 G. Werner, Erfüllt der Vorschlag des MFT/bvmd die verfassungsrechtlichen Vorgaben des BVerfG? Aus: Verfassungskonforme Zulassung zum Medizinstudium; MFT/bvmd-Forum, Berlin 26.2.2018.

14 A. Schwibbe, J. Lackamp, M. Knorr, J. Hissbach, M. Kadmon, W. Hampe, Medizinstudierendenauswahl in Deutschland – Messung kognitiver Fähigkeiten und psychosozialer Kompetenzen, Bundesgesundheitsblatt 2018, 178.

15 Ur. v. 19.12.2017, Az.: 1 BvL 3/14, 1 BvL 4/14 Rn. 216.

16 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD. 19. Legislaturperiode: Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land. Berlin, den 18.3.2018; https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2018/03/2018-03-14-koalitionsvertrag.pdf?__blob=publicationFile&v=2, Zeilen 1426 - 1429 (Aufrufdatum 27.6.2018).

17 S. Anm. 15, Zeilen 4655 – 4658.

Louisa Specht

Die neue Schrankenregelung für Text und Data Mining und ihre Bedeutung für die Wissenschaft

I. Einleitung

Am 1. März 2018 ist das Gesetz zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft in Kraft getreten.¹ Es enthält eine Reihe neuer oder jedenfalls modifizierter Schrankenbestimmungen, mit denen geregelt wird, welche Nutzungshandlungen im Bereich Bildung und Wissenschaft gesetzlich gestattet sind, ohne dass es einer Zustimmung des Urhebers bedarf. Hierzu gehört auch die Schrankenregelung zugunsten des sogenannten Text und Data Minings. Dieser Begriff umschreibt einen mehrstufigen Prozess, bei dem große Text- und Datenmengen in digitaler Form gesammelt, aufbereitet und automatisiert nach bestimmten Merkmalen durchsucht und ausgewertet werden.² Technisch erfordert dies (nicht zwingend aber in der Regel) einen Vervielfältigungsvorgang und damit die Vornahme einer im Grundsatz ausschließlich dem Urheber zugewiesenen Handlung (§ 16 UrhG). Die Monopolisierung der für Zwecke des Text und Data Minings erforderlichen Nutzungshandlungen in der Hand des Urhebers erscheint aber aufgrund der erheblichen Bedeutung für Wissenschaft und Forschung nicht angemessen. Denn das Urheberrecht dient nicht allein dem Schutz des Urhebers, sondern soll einen angemessenen Ausgleich u.a. zwischen den Interessen von Urhebern und der Allgemeinheit herbeiführen. § 60d UrhG soll zu diesem angemessenen Ausgleich führen.

Der hier vorliegende Beitrag stellt die Neuregelung im Anschluss an eine kurze Einführung in die technischen Vorgänge des Text und Data Minings und die Rechtslage vor Einführung des § 60d UrhG vor (II.), erläutert seinen Anwendungsbereich sowie sein Verhältnis zu vertraglichen Regelungen (III.), identifiziert ungelöste Fragen (IV.) und gibt einen Ausblick auf mögliche unionsrechtliche Lösungen (V.). Der Beitrag schließt mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse (VI.).

II. Technischer Ablauf des Text und Data Minings

Das Ursprungsmaterial des Text- und Data Minings kann aus verschiedenen Quellen stammen, z.B. von aus Texten verschiedener Verlage. Z.T. wurde die Auswertung dieses Materials mittels Text- und Data Minings in der Vergangenheit von den Rechteinhabern am Ursprungsmaterial explizit verboten. Urheberrechtlich relevant sind v.a. die technisch vor und nach dem eigentlichen Auswertungsvorgang erforderlichen Handlungen. Denn technisch erfordert das Text und Data Mining neben der urheberrechtlich relevanten Vervielfältigung des Ursprungsmaterials (sogenanntes Extrahieren: Schritt 1), die Überführung in ein maschinenlesbares Format (Schritt 2), die Analyse des Datenmaterials und ihre Anreicherung des Datenmaterials mit Meta-Informationen (Schritt 3) sowie ggf. die anschließende Veröffentlichung des durch die Schritte 1 – 3 erstellten Korpus sowie eines Analysereports (Schritt 4).

Bislang war es zwar umstritten, ob das Text- und Data Mining einer Erlaubnis des Urhebers bedarf, denn die Analyse selbst als Kern des Text und Data Minings ist urheberrechtlich nicht relevant und auch die Überführung in ein maschinenlesbares Format sowie die Anreicherung mit Metadaten ist keine Bearbeitung i.S.d. 23 UrhG.³ Dies stellt § 23 S. 3 UrhG nun explizit klar.

Auch existieren durchaus Formen des Text und Data Minings, die ohne eine Vervielfältigungshandlung des Ursprungsmaterials auskommen. Die Regel ist dies allerdings nicht. Werden urheberrechtlich oder leistungsschutzrechtlich geschützte Texte (z.B. wissenschaftliche Publikationen) oder Datenbanken bzw. Datenbankwerke⁴ zu Zwecken des Text- und Data Minings vervielfältigt, bedurfte es hierzu bislang der Erlaubnis des Urhebers. Zwar existierte bereits vor Einführung des § 60d UrhG eine Schrankenregelung für kurzzeitige Zwischenspeicherungen (§ 44a UrhG) ohne eigene wirtschaftliche

¹ Vgl. hierzu eingehend: *Berger*, GRUR 2017, 953.

² BT-Drs. 18/12329, S. 40.

³ *Spindler*, GRUR 2016, 1112, 1114; *Ernst* in Hoeren/Sieber/Holznaegel, Hdb. MultimediaR, 46. EL 2017, Teil 7.1. Rn. 51; *Loewenheim* in Schrickel/Loewenheim, § 23 Rn. 7; *Backhaus* in Gounalakis, RechtshdB. Electronic Business, 2003, § 23 Rn. 23; *Spindler*, GRUR 2016, 1112, 1113 f.

⁴ Das europäische Urheberrecht kennt sowohl einen Schutz schöpferischer Datenbanken gem. § 4 UrhG, als auch einen Leistungsschutz nicht schöpferischer Datenbanken gem. § 87a UrhG.

Bedeutung. Die Speicherung der Daten zu Zwecken des Text- und Data Minings erfolgt jedoch dauerhaft und dürfte darüber hinaus auch nicht unerhebliche eigene wirtschaftliche Bedeutung haben, was eine Anwendbarkeit des § 44a UrhG ausschließt.⁵ Die Schrankenregelung der Privatkopie, § 53 UrhG, ist ebenfalls im Kontext des Text und Data Minings untauglich, da sie allein natürliche, nicht aber juristische Personen privilegiert. Das Zitatrecht, § 51 UrhG, kommt nicht in Betracht, da im Falle des Text- und Data Minings keine Auseinandersetzung mit dem Werk stattfindet. Auch die Entnahme von wesentlichen Teilen geschützter Datenbanken bedurfte vor Einführung des § 60d UrhG der Erlaubnis des Urhebers des Analysematerials, ebenso wie eine wiederholte und systematische Entnahme unwesentlicher Teile einer Datenbank.

III. Die Neuregelung des § 60d UrhG

§ 60d UrhG erlaubt es nunmehr, zu Zwecken der automatisierten Auswertung einer Vielzahl von Werken diese auch automatisiert und systematisch zu vervielfältigen, um daraus insbesondere durch Normalisierung, Strukturierung und Kategorisierung ein auszuwertendes Korpus zu erstellen, und das Korpus einem bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen für die gemeinsame wissenschaftliche Forschung sowie einzelnen Dritten zur Überprüfung der Qualität wissenschaftlicher Forschung öffentlich zugänglich zu machen. Die Nutzung ist allerdings auf nicht-kommerzielle Zwecke begrenzt. Für schöpferische Datenbankwerke gilt, dass eine Nutzung nach dieser Maßgabe zulässig nach Maßgabe des § 55a UrhG (übliche Benutzung) ist und für nicht-schöpferische Datenbanken enthält § 60d Abs. 2 S. 2 UrhG die Vorgabe, dass jedenfalls die Nutzung unwesentlicher Teile im dargestellten Umfang nach Maßgabe von §§ 87b Abs. 1 S. 2, 87e UrhG zulässig ist.

Das Korpus und die Vervielfältigungen des Ursprungsmaterials sind nach Abschluss der Forschungsarbeiten allerdings zu löschen, die öffentliche Zugänglichmachung ist zu beenden. Zulässig ist es allein, das Korpus und die Vervielfältigungen des Ursprungsmaterials den im § 60e (Bibliotheken) und §60f (Archive, Museen und Bildungseinrichtungen) genannten Institutionen zur dauerhaften Aufbewahrung zu übermitteln.

Unabhängig vom konkreten Forschungszweck ist eine Speicherung nur nach Maßgabe des § 60c UrhG zulässig.⁶ Nutzungshandlungen nach § 60d UrhG sind nach § 60h UrhG zu vergüten.

1. Erfasste Werkarten und Nutzungshandlungen

Die Neuregelung des § 60d UrhG gilt für alle Werkarten⁷ und umfasst im Wege des Erst-Recht-Schlusses auch die automatisierte Auswertung eines einzelnen Werkes, z.B. eines Werkes der Literatur.⁸ Das Merkmal „automatisiert“ bestimmt, dass die Inhalte nicht nur manuell verarbeitet werden dürfen.⁹ Die erlaubnisfreien Handlungen sind abschließend aufgezählt (Vervielfältigung des Ursprungsmaterials und öffentliche Zugänglichmachung des Korpus). Auf die grundsätzlich nach § 63 Abs. 1 S. 1 UrhG erforderliche Quellenangabe wird man in richtlinienkonformer Auslegung verzichten können, weil sie unmöglich i.S.d. Art. 5 Abs. 3 lit. a InfoSoc-Richtlinie ist.¹⁰ Ein entgegenstehender Gesetzeswortlaut ist mit der Argumentation des EuGH in der Rechtssache *Quelle*¹¹ (entgegenstehender Gesetzeswortlaut nicht maßgeblich, wenn der Gesetzgeber die europäische Richtlinie insgesamt richtlinienkonform umsetzen wollte, denn hieraus ergibt sich eine planwidrige Unvollständigkeit des nationalen Gesetzes, die im Wege der teleologischen Reduktion zu schließen ist) nicht maßgeblich.¹² Auch die Digitalisierung dem Nutzer analog zugänglicher Materialien ist von § 60d UrhG erfasst.¹³ Der Zugang zum betreffenden Werk wird allerdings vorausgesetzt und kann über § 60d UrhG nicht etwa begehrt werden.¹⁴ Dieser Zugang des Nutzers muss rechtmäßig erfolgen, nicht aber ist es erheblich, ob das Werk mit oder ohne Zustimmung des Rechteinhabers zugänglich gemacht wurde. Es kommt also auf die Rechtmäßigkeit des Zugangs, nicht auf die Rechtmäßigkeit der Zugänglichmachung an.¹⁵ Technische Schutzmechanismen dürfen vom Nutzer nicht umgangen werden, um seine Befugnisse nach § 60d UrhG auszuüben, der Nutzer kann allenfalls und im Rahmen online zugänglicher Inhalte durch § 95b Abs. 3 UrhG wesentlich begrenzt, vom Rechtsinhaber verlangen, dass dieser ihm Mittel zur Verfügung stellt, um seine Befugnisse nach § 60d UrhG auszuüben. Dieses Missverhältnis zwischen technischen Befugnissen des Rechteinhabers und den Schrankenbefugnissen des Nutzers (Vorrang technischer Schrankenbestimmungen) kann aufgrund der Vorgabe des Art. 6

5 Spindler, GRUR 2016, 1113, 1115.

6 Raue, CR 2017, 656, 658.

7 BT-Drs. 18/12329, S. 41.

8 Raue, CR 2017, 656, 658.

9 BT-Drs. 18/12329, S. 41.

10 So zutreffend: Raue, CR 2017, 656, 659.

11 EuGH NJW 2008, 1433, ECLI:EU:C:2008:231.

12 EuZW 2008, 310; vgl. auch: BGH NJW 2006, 3200 – Quelle AG; BGH NJW 2009, 427 – Quelle II.

13 Raue, CR 2017, 656, 657.

14 BT-Drs. 18/12329, S. 41.

15 So zutreffend: Raue, CR 2017, 656, 658.

InfoSoc-Richtlinie allein der europäische Gesetzgeber korrigieren.

Die öffentliche Zugänglichmachung der Ergebnisse für einen unbestimmten Personenkreis ist von § 60d UrhG explizit nicht erfasst. Ob es sich bei einer solchen öffentlichen Zugänglichmachung um eine urheberrechtlich relevante Handlung handelt, hängt davon ab, ob das öffentlich zugänglich gemachte Material schutzfähige Bestandteile des analysierten Materials beinhalten. Wird der Korpus selbst veröffentlicht, wird dies der Fall sein, wird lediglich ein Analysebericht veröffentlicht, sind die Einzelfallumstände entscheidend. Insbesondere bei Schriftwerken ist zu beachten, dass bereits die öffentliche Zugänglichmachung von elf Worten ausreichen kann, um eine Rechtsverletzung zu begründen.¹⁶

2. Reichweite der Zweckbestimmung

§ 60d UrhG wirft vor allem zwei Fragen auf: Erstens, wann wird das Text- und Data Mining zu einem kommerziellen Zweck vorgenommen, sodass § 60d UrhG nicht eingreift und die für das Text und Data Mining erforderlichen Vervielfältigungshandlungen daher grundsätzlich der Zustimmung des Urhebers bedürfen? Und zweitens, kann § 60d UrhG durch vertragliche Vereinbarung abbedungen werden?

§ 60d UrhG unterliegt den Vorgaben der InfoSoc-Richtlinie.¹⁷ Nach Art. 5 Abs. 1 lit. a InfoSoc-Richtlinie darf der nationale Gesetzgeber Schrankenbestimmungen allein für nicht-kommerzielle Zwecke der wissenschaftlichen Forschung vorsehen. Das der InfoSoc-Richtlinie zugrundeliegende Verständnis wissenschaftlicher Forschung einerseits sowie des nicht-kommerziellen Zwecks andererseits ist bei unionsrechtskonformer Auslegung auch der nationalen Regelung immanent. Art. 13 GrCh definiert Forschung als jede methodische und systematische Tätigkeit mit dem Ziel, in nachprüfbarer Weise Erkenntnisse zu gewinnen. Die private Forschung ist dabei ebenso umfasst, wie die Forschung für Qualifikationstätigkeiten, z.B. Promotions- oder Seminararbeiten.¹⁸

Kommerziell ist eine Forschung nicht bereits dann, wenn die Forschungsinstitution von Privaten finanziert wird, auch privat finanzierte Drittmittelforschung kann daher einen nicht-kommerziellen Zweck verfolgen.¹⁹ Auch der Umstand, dass der Autor eine Vergütung für

seine Tätigkeit erhält, begründet allein noch keinen kommerziellen Zweck.²⁰ Forschung, die ein Unternehmen betreibt, um Waren oder Dienstleistungen zu entwickeln und diese dann zu vermarkten, dient allerdings kommerziellen Zwecken.²¹ Die Forschung selbst muss insofern nicht-gewinnorientiert erfolgen.²²

3. Verhältnis zu vertraglichen Regelungen

Das Verhältnis von gesetzlichen Schrankenregelungen und Vertrag ist seit jeher umstritten. Erfasst das jeweilige Ausschließlichkeitsrecht in seinem Schutzbereich zunächst grundsätzlich auch den von der Schrankenbestimmung abgedeckten Bereich, so kann der Rechtsinhaber vorbehaltlich anderslautender gesetzlicher Regelungen im Grundsatz auch mit dinglicher Wirkung über diesen Bereich disponieren, die Schrankenregelungen also abbedingen und einschränken. Wird die Schrankenregelung indes so verstanden, dass sie das Ausschließlichkeitsrecht beschränkt, ist dem Rechtsinhaber eine Disposition über den Bereich der Schrankenregelung jedenfalls mit dinglicher Wirkung entzogen.²³ Daran an schließt sich die Frage der Dispositionsbefugnis über den Vergütungsanspruch für erlaubnisfreie Nutzungen nach § 60h UrhG. Auch über ihn kann der Rechtsinhaber nur disponieren, wenn der Bereich der Schrankenregelung vom Ausschließlichkeitsrecht mitumfasst ist.

Art. 5 Abs. 2 und 3 InfoSoc-Richtlinie nennt für die Ausgestaltung des Verhältnisses von Schrankenbestimmungen und Vertrag die Möglichkeit, die Schrankenbestimmungen als Ausnahme zum Ausschließlichkeitsrecht auszugestalten, oder aber als Beschränkung.²⁴ Der nationale Gesetzgeber kann also entscheiden, im materiellen Geltungsbereich einer Schrankenbestimmung jede Befugnis der Rechtsinhaber zur Genehmigung der Vervielfältigung ihrer Werke oder sonstigen Schutzgegenstände auszuschließen. In diesem Fall bestimmt die Schrankenbestimmung die Reichweite des Ausschließlichkeitsrechts („Ausnahme“). Zweitens kann er regeln, dass die Befugnis der Rechtsinhaber, die jeweilige Nutzungshandlung zu genehmigen, nicht völlig ausgeschlossen, sondern lediglich beschränkt ist. In diesem Fall muss der Gesetzgeber entscheiden, ob das Ausschließlichkeitsrecht dabei aufrecht erhalten bleibt oder durch die Schrankenregelung in seiner Reichweite begrenzt wird.²⁵ Der deutsche Gesetzgeber wollte zunächst von

16 Urt. v. 16. 7. 2009 - C-5/08, EuZW 2009, 655.

17 RL 2001/29/EG.

18 BeckOK Urheberrecht, Ahlberg/Götting-Hagemeier, 20. Edition, Stand: 20.04.2018, § 60d Rn. 9; Raue, CR 2017, 656, 657 m.w.Nachw.

19 ErwGr 42 InfoSoc-Richtlinie, BT-Drs. 18/12329, S. 39; Raue, CR 2017, 656, 657.

20 Raue, CR 2017, 656, 657; BT-Drs. 18/12329, S. 39.

21 BT-Drs. 18/12329, S. 39.

22 BeckOK Urheberrecht, Ahlberg/Götting-Hagemeier, 20. Edition, Stand: 20.04.2018, § 60d Rn. 8.

23 Dazu ausführlich: Specht, Diktat der Technik, im Erscheinen.

24 EuGH ECLI:EU:C:2003:294, GRUR 2013, 812 Tz. 37 ff. – Drucker und Plotter II.

25 EuGH ECLI:EU:C:2003:294, GRUR 2013, 812 Tz. 37 ff. – Drucker und Plotter II.

letztenbenanntem Modell Gebrauch machen, hat sich dann aber unter teils massiver Kritik der Verlage dafür entschieden, das Ausschließlichkeitsrecht aufrecht zu erhalten und die Befugnisse des Rechtsinhabers lediglich zu beschränken.²⁶ § 60g UrhG bestimmt dann zwar, dass sich der Rechtsinhaber auf Vereinbarungen, die erlaubte Nutzungen nach den §§ 60a bis 60f UrhG zum Nachteil der Nutzungsberechtigten beschränken oder untersagen, nicht berufen kann (dies allerdings allein für Verträge, die ab dem 01.03.2018 geschlossen wurden, § 1370 UrhG). Der Unterschied zwischen dem zunächst vorgesehenen und dem dann gewählten Modell liegt aber darin, dass die Vergütungsansprüche auch für solche Nutzungen, die gesetzlich gestattet sind, der Höhe nach von den Vertragsparteien festgelegt und an den Vertragspartner (und nicht an die Verwertungsgesellschaft) ausgeschüttet werden, sofern der Vertrag dies vorsieht.²⁷

Ökonomisch betrachtet, ist die Grundausrichtung des gewählten Modells falsch. Bedenkt man, dass das Urheberrecht einen Interessenausgleich v.a. zwischen den Rechteinhabern und der Allgemeinheit vornimmt und insofern – auf ökonomischen Modellannahmen beruhend – exakt so zugeschnitten ist, dass es weder zu einer Unter- noch einer Übernutzung des geschützten Werkes führt, geht jede Verschiebung im Sinne einer vertraglichen Erweiterung der Monopolstellung des Rechtsinhabers zulasten der Nachahmungsfreiheit und bedeutet daher einen ungerechtfertigten Wohlfahrtsverlust.²⁸ Vor diesem Hintergrund kann es allein überzeugen, das Urheberrecht als Insel von Exklusivität in einem Meer von Freiheit zu erachten,²⁹ die Schrankenregelungen als Rechtstechnik zur Bestimmung seines Inhalts und seiner Grenzen.³⁰ Der Regelungsbereich der Schrankenbestimmungen und damit auch der Vergütungsanspruch für erlaubnisfreie Nutzungen muss insofern (bei

Ermangelung einer explizit gegenteiligen gesetzlichen Regelung, die die Schrankenregelung abdingbar ausgestaltet) von vornherein vom Schutzbereich des Ausschließlichkeitsrechts exkludiert sein.³¹ Dogmatisch wäre es freilich dennoch möglich, eine Schrankenregelung vergütungspflichtig auszugestalten und die Vergütung für diese eigentlich freigestellte Nutzung durch entsprechende gesetzliche Regelung zur Disposition der Vertragsparteien zu stellen. Der Effekt wäre derselbe, rechtstechnisch aber würde dies eine sehr viel sauberere Lösung bedeuten.

IV. Ungelöste Fragen und Ausblick auf unionsrechtliche Lösungen

Wird die kommerzielle Forschung vom Anwendungsbereich des § 60d UrhG nicht erfasst, droht das Potential des Text- und Data Minings in diesem Bereich nicht abgerufen werden zu können.³² Die vorerst auf europäischer Ebene gescheiterte Richtlinie für den digitalen Binnenmarkt wollte daher zumindest auch solche Nutzungen im Rahmen des Text- und Data Minings gestatten, die Forschungseinrichtungen in Partnerschaft mit der Privatwirtschaft vornehmen.³³

Nicht unionsrechtlich erforderlich ist die Vergütungspflicht nach § 60h UrhG. Der vorerst gescheiterte Richtlinienvorschlag sah daher auch keine solche Vergütung vor.³⁴ Die Handlungen des Text- und Data Minings sind einerseits zwar schwer aufzudecken, sie verursachen andererseits aber auch keine erhebliche Beeinträchtigung des Rechtsinhabers, weil sie den Zugang zum Werk bereits voraussetzen und diesen nicht erst konstituieren.³⁵ Auf europäischer Ebene sollte daher insbesondere auch weiterhin auf eine Vergütungsfreiheit hingewirkt werden.³⁶

26 Vgl. hierzu auch: De la Durantaye, GRUR 2017, 558, 563; Hoeren, IWRZ 2018, 120, 124.

27 De la Durantaye, GRUR 2017, 558, 563 ff.

28 Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2005, S. 618.

29 Voorhoof, Freedom of Expression, Parody, Copyright and Trademarks, in: Ginsburg/Besek, Adjuncts and Alternatives to Copyright, Proceedings of the ALAI Congress 2001, 2002, S. 636, 639: „Copyright and trademark protections are the monopoly islands in the ocean of freedom.“; Geiger, GRUR Int. 2004, 815; 818 ff.; ders., GRUR Int. 2008, 459, 461; Geiger, Die Schranken des Urheberrechts im Lichte der Grundrechte Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, in: Hilty/Peukert, Interessenausgleich im Urheberrecht, 2004, S. 143, 150; Dreier, GRUR Int. 2015, 648, 656; hierzu ausführlich: Specht, Diktat der Technik, im Erscheinen.

30 So auch: Dreier, GRUR Int. 2015, 648, 656; Geiger, GRUR Int. 2004, 815; 818 ff.; ders., GRUR Int. 2008, 459, 461; Geiger, Die Schranken des Urheberrechts im Lichte der Grundrechte, Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, in: Hilty/

Peukert, Interessenausgleich im Urheberrecht, 2004, S. 143, 150; Hugenholtz, Fierce Creatures, Copyright Exemptions: Towards Extinction?, in: IFLA/Imprimatur, Rights, Limitations and Exceptions: Striking a Proper Balance, 1997, S. 4.; ders., Adapting Copyright to the Information Superhighway, in: Hugenholtz, The Future of Copyright in a Digital Environment, 1996, S. 81, 93.: „Copyright exemptions are not, necessarily, exemptions.“; vgl. hierzu ausführlich: Specht, Diktat der Technik, im Erscheinen.

31 Hierzu ausführlich: Specht, Diktat der Technik, im Erscheinen; Ausführlich hierzu ebenfalls: Stieper, Schranken des Urheberrechts.

32 Schack, ZUM 2017, 802, 806; Spindler, GRUR 2016, 1112, 1118; Raue, GRUR 2017, 11, 15.

33 De la Durantaye, GRUR 2017, 558, 562.

34 De la Durantaye, GRUR 2017, 558, 562.

35 Raue, CR 2017, 656, 656; De la Durantaye, GRUR 2017, 558, 562; De la Durantaye, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, 2014, 8; Schack, ZUM 2016, 266; ErwGr 13 EU DS-GVO.

36 ErwGr 13 EU DS-GVO; De la Durantaye, GRUR 2017, 558, 562; Schack, ZUM 2016, 266; Spindler, GRUR 2016, 1112, 1119.

Im Gegensatz zum Urheberrecht hält das Datenschutzrecht für das Text- und Data Mining keine explizite Regelung vor. Kommt es zur Analyse personenbezogener Daten mit den dargestellten Nutzungshandlungen (Vervielfältigung, öffentliche Zugänglichmachung etc.) richtet sich die Rechtmäßigkeit dieser Datenverarbeitungsvorgänge vielmehr nach einer Interessenabwägung im Einzelfall, Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO. Die hierdurch entstehende Rechtsunsicherheit dürfte erheblich wiegen.³⁷ Die langfristige Aufbewahrung von Korpus und Vervielfältigungen des Ursprungsmaterials dürfte datenschutzrechtlich nur schwerlich mit dem Grundsatz der Speicherbegrenzung vereinbar sein.

VI. Fazit

Die Schrankenbestimmung des Text- und Data Minings ist insgesamt eine begrüßenswerte Neuregelung für die wissenschaftliche Forschung, auf die sich zwar nur berufen kann, wer nicht-kommerzielle Zwecke verfolgt. In

Anbetracht der Vorgaben der InfoSoc-Richtlinie³⁸ kann der nationale Gesetzgeber die kommerziellen Zwecke aber keiner erweiterten Schrankenregelung für das Text- und Data Mining zuführen.

Auch die Vergütungspflicht für das Text und Data Mining ist kritisch zu betrachten und die Ausgestaltung des § 60d UrhG als Beschränkung des und nicht als Ausnahme vom Ausschließlichkeitsrecht ist ökonomisch und rechtstechnisch fraglich. Dies darf aber den Blick darauf nicht verstellen, dass § 60d UrhG in einem technisch nicht leicht zu fassenden Umfeld in vielerlei Hinsicht Rechtsklarheit mit sich bringt und inhaltlich einen durchaus angemessenen Interessenausgleich zwischen den beteiligten Akteuren herbeiführt. Das Datenschutzrecht sollte hier gleichziehen.

Die Verfasserin ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Informations- und Datenrecht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn und Direktorin des Instituts für Handels- und Wirtschaftsrecht.

37 Specht, GRUR Int. 2017, 1040, 1046.

38 RL 2001/29/EG.

Stefan Danz

Zur Offenlegung von Gutachternamen im Wissenschaftsbereich

Die Forderung nach Transparenz von Entscheidungen in der Wissenschaft ist kein neues Phänomen, sondern hat schon in der Vergangenheit zu kontroversen Diskussionen geführt, seien es die Entscheidungen von Berufungs- oder Evaluierungskommissionen oder von Förderentscheidungen wissenschaftlicher Organisationen. Soweit sich diese auf Gutachten stützen, wird das Interesse an einer Offenlegung dieser Gutachten oder auch nur an deren Autoren regelmäßig mit Verweis auf die Gewährleistung einer unabhängigen und unbefangenen Begutachtung zurückgewiesen. In dem nachfolgenden Beitrag sollen die sich damit stellenden rechtlichen Fragen nach der Zulässigkeit eines wissenschaftlichen Sonderrechts im Lichte einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahre 2017 nachgezeichnet werden. Ob diese Grundsatzentscheidung darüber hinaus auch den Bereich der Forschungsförderung durch Mittlerorganisationen, wie die Deutsche Forschungsgemeinschaft, betrifft, soll daran anschließend betrachtet werden.

I. Ausgangslage

Das Recht auf Akteneinsicht ist eine der verfassungsrechtlichen Säulen des Rechtsstaates, mit dem eine effektive Gewährung des Rechtsschutzes gewährleistet und rechtliches Gehör verwirklicht werden. Nicht zuletzt dient es der öffentlichen Kontrolle der Verwaltung und ist damit auch Ausdruck des demokratischen Rechtsstaatsprinzips.¹ Das Recht auf Einsicht in die das Verfahren betreffenden Akten ist daher jedem zu gewähren, soweit deren Kenntnis zur Geltendmachung oder Verteidigung seiner rechtlichen Interessen erforderlich ist (§ 29 Abs. 1 Satz 1 VwVfG). Abgelehnt werden kann dies nur, soweit durch die Akteneinsicht die ordnungsgemäße Erfüllung der Aufgaben der Behörde beeinträchtigt, das Bekanntwerden des Inhalts der Akten dem Wohl des

Bundes oder eines Landes Nachteile bereiten würde oder soweit die Vorgänge nach einem Gesetz oder ihrem Wesen nach, namentlich wegen der berechtigten Interessen der Beteiligten oder dritter Personen, geheim gehalten werden müssen (§ 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO).

Trotz dieser verfassungsrechtlichen Garantie ist es umso erstaunlicher, dass sich dieses Recht gerade bei den Hochschulen und in der Wissenschaft mit Verweis auf die Besonderheiten des Hochschulbereichs und tradierte Rechtsverständnisse, als unvollkommen erweist und dies insbesondere in den Berufungsverfahren, von denen jährlich bundesweit immerhin ungefähr 1.500 stattfinden. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich jedoch in den Verwaltungsgesetzen der Länder gerade in Bezug auf das Einsichtsrecht in Berufungsverfahren ein heterogenes Bild. Während die Mehrzahl der Gesetze trotz eingeschränkter Anwendbarkeit im Hochschulbereich das Akteneinsichtsrecht davon wiederum ausnehmen, so dass es uneingeschränkt gilt,² nehmen einige Länder die Berufungsverfahren insgesamt aus der Anwendbarkeit des gesamten Gesetzes heraus, so in Hessen (§ 2 Abs. 2 Nr. 6 HessVwVfG) und Thüringen (§ 2 Abs. 2 Nr. 6 ThürVwVfG). In Hamburg (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 HmbVwVfG) und Baden-Württemberg (§ 2 Abs. 4 Satz 2 VwVfG BW) sind die Berufungsverfahren dagegen nur vom Akteneinsichtsrecht ausgenommen oder – so in Niedersachsen und Bremen – zumindest die Gutachten (§ 2 Abs. 3 Nr. 4 NdsVwVfG, § 2 Abs. 3 Nr. 4 BremVwVfG). Darüber hinaus finden sich im Nordrhein-Westfälischen Hochschulgesetz (§ 38 Abs. 5)³ sowie im Thüringer Hochschulgesetz (§ 85 Abs. 10)⁴ spezialgesetzlich geregelte Ausnahmen, mit denen in Berufungsverfahren das Recht auf Akteneinsicht in die Gutachten selbst oder soweit diese ganz oder teilweise wiedergeben werden, ausgeschlossen ist, im Hochschulgesetz von Mecklenburg-Vorpommern betrifft der Ausschluss sogar die gesamte Berufsakte und insbesondere die Gutachten (§ 59 Abs. 5 Satz 4).⁵

1 Kopp/Ramsauer, VwVfG, 18. Auflage 2017, § 29 Rdnr. 2, 3.

2 Nachweise bei Wolff/Stemmer, Das Akteneinsichtsrecht gem. § 29 VwVfG, WissR 47 (2014), S. 361 (362).

3 Nach der Begründung des Gesetzes über die wissenschaftlichen Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (WissHG) aus dem Jahre 1978 soll die Vorschrift das Vertrauen des Gutachters auf die vertrauliche Behandlung seines Gutachtens schützen, um eine bessere Würdigung der Bewerber zu erhalten (LT-Drs. 8/3880, S. 177), bestätigend VG Düsseldorf, Beschluss v. 18.2.1998 – 2 L 5476/97, FuL 1999, S. 150. Zu den verfassungsrechtlichen Bedenken Pernice-Warnke, Gerichtliche Kontrollrechte und Bedeutung des Verfahrens, WissR 47 (2014), S. 371 (388 f.) sowie

dies., in: von Coelln/Schemmer (Hrsg.), BeckOK Hochschulrecht Nordrhein-Westfalen, 6. Ed. (Stand: 1.1.2018), § 38 HG Rdnr. 46 f.

4 Der Thüringer Landesgesetzgeber mit der am 27. April 2018 beschlossenen und am 24. Mai 2018 in Kraft Novelle des Thüringer Hochschulgesetzes („Thüringer Gesetz zur Stärkung der Mitbestimmung an Hochschulen sowie zur Änderung weiterer hochschulrechtlicher Vorschriften“ vom 10. Mai 2018, GVBl. 149) die Vorgängerregelung in § 78 Abs. 11 unverändert übernommen.

5 Kritisch zu den gesetzlichen Einschränkungen *Beaucamp/Seifert*, Rechtsschutz von Kandidatinnen und Kandidaten in Promotions-, Habilitations- und Berufungsverfahren, WissR 44 (2011), S. 24 (29).

Unabhängig von diesem einfachrechtlichen Befund hat die Rechtsprechung jedoch schon in der Vergangenheit ein höherrangiges, verfassungsrechtlich gebotenes Einsichtsrecht angenommen, sofern die Betroffenen hierfür ein berechtigtes Interesse nachgewiesen haben.⁶

Mit den Gutachten im Berufungsverfahren wird die wissenschaftliche Qualität der Leistungen oder die fachliche Eignung einer oder eines in die engere Auswahl einbezogenen Bewerberin oder Bewerbers bewertet. Gesetzlich vorgeschrieben ist in der Regel zudem, dass sie von auswärtigen Wissenschaftlern zu erstellen sind.⁷ Die Beteiligung von Externen, insbesondere in Berufungsverfahren, ist dabei weitestgehend anerkannt, da sie als unabhängiges und unvoreingenommenes Korrektiv in einem selbstreferentiellen System, wie dem der Wissenschaft, für Objektivität sorgen,⁸ das Misstrauen in die hochschulinternen Entscheidungen verhindern⁹ und nicht zuletzt die Qualität der Verfahren insgesamt steigern sollen.¹⁰ Mit der gesetzlichen Intention, durch die Beteiligung externer Wissenschaftler sachgerechte und transparente (Berufungs-)Verfahren zu gewährleisten, werden nicht zuletzt Forderungen des Wissenschaftsrats aufgegriffen, der den damit verbundenen Gewinn an Transparenz für unabdingbar hält.¹¹ Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Beteiligung Externer an den Berufungsverfahren – als Mitglieder der Kommission oder als Gutachter – mit dem Ziel, „die wissenschaftliche Pluralität der Entscheidungsträger und die Qualität der Auswahlentscheidungen zu verbessern“, hat nicht zuletzt das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Hamburgischen Hochschulgesetz ausdrücklich anerkannt und bestätigt.¹² Die Transparenz reicht jedoch nicht so weit, dass Gutachten oder zumindest die Namen

der Gutachter offenbart werden. Als besonders wichtig wird diese Geheimhaltung daher vor allem im Rahmen von Berufungsverfahren angesehen, in dem nach dem Prinzip der Bestenauslese der geeignetste Bewerber auszuwählen ist. Um eine unabhängige sowie offene und ungeschönte Einschätzung der Bewerber zu erhalten, wird den Gutachtern daher regelmäßig die Vertraulichkeit ihrer Namen zugesichert oder diese unausgesprochen vorausgesetzt.¹³

Mit diesem Widerspruch zwischen rechtsstaatlichen Garantien und einem angeblich wissenschaftsspezifischen Sonderrecht hatte sich bereits in der Vergangenheit die Rechtsprechung befasst, die einen so weitgehenden Geheimnisschutz für ein verwaltungsgerichtliches Konkurrentenverfahren um eine Professorenstelle überwiegend abgelehnt haben.¹⁴ So entschied das Hamburgische Obergericht 1986 zu einem Berufungsverfahren, in dem durch die Behörde die Vorlage von Gutachten mit Verweis auf deren Geheimhaltung verwehrt wurde, dass es weder eine gesetzliche Pflicht zur Geheimhaltung gebe, auch nicht aus der fehlenden Geltung des Einsichtsrechts nach dem Landesverwaltungsverfahrensgesetz (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 HmbVwVfG), noch diese Gutachten ihrem Wesen nach geheim gehalten werden müssen.¹⁵ Vielmehr erfordern die rechtsstaatlich gebotenen Ansprüche auf rechtliches Gehör und effektiven Rechtsschutz zwingend deren Vorlage, da anderenfalls eine umfassende Sachverhaltsaufklärung nicht möglich ist. Da selbst eine zugesicherte Vertraulichkeit dies nicht begründen könne, muss eine Behörde entscheiden, ob sie entweder die Vertraulichkeit breche oder – da eine Vorlage gerichtlich auch nicht erzwungen werden könne – die negativen prozessualen Konsequen-

6 BVerwG, Urteil v. 30.6.1983 – 2 C 76.81, DVBl 1984, 53; Urteil v. 16.3.1994 – 6 C 1.93, BVerwGE 95, 237; *Kopp/Ramsauer* (Fn 1) § 29 Rdnr. 5; *Wolff/Stemmer* (Fn. 2) S. 362; *Beaucamp/Seifert* (Fn. 5) S. 27.

7 So bspw. § 48 Abs. 3 Satz 4 BW LHG. Nach § 26 Abs. 5 Satz 3 NdsHG kann jedoch auf Gutachten auswärtiger sachverständiger Personen verzichtet werden, wenn der Berufungskommission mindestens drei externe Mitglieder angehören.

8 *Jaburek* in: Coelln/Lindner (Hrsg.), BeckOK Hochschulrecht Bayern, 8. Ed. (Stand: 1.2.2018), Art. 18 BayHSchPG, Rdnr. 32.

9 *Mehde*, Externe in Berufungsverfahren, WissR 50 (2017), 28 (32).

10 *Epping/Nölle*, in: Epping (Hrsg.), Niedersächsisches Hochschulgesetz, § 26 Rdnr. 79.

11 Wissenschaftsrat, Empfehlungen zur Ausgestaltung von Berufungsverfahren, Jena 2005 (<https://www.wissenschaftsrat.de/downloads/archiv/6709-05.pdf> [zuletzt abgerufen am 1.6.2018]), S. 31, 50 f. Ausführlich zur Beteiligung von Externen in Berufungsverfahren *Mehde* (Fn. 9).

12 Beschluss v. 20.7.2010 – 1 BvR 748/06, BVerfGE 127, 87 (123). Zur Beteiligung Externer in Universitätsgremien wie dem Hochschulrat siehe Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung v. 7.5.2008 – Vf. 19-VII-06, NVwZ 2009, 177 (180), der zudem die Rückkoppelung an die hochschulinterne Willensbildung

betont, da im Kernbereich der akademischen Angelegenheiten zur Vermeidung einer strukturellen Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit die Hochschullehrermehrheit gewährleistet sein muss. Dazu auch *Burgi/Gräf*, Das (Verwaltungs-)Organisationsrecht der Hochschulen im Spiegel der neueren Gesetzgebung und Verfassungsrechtsprechung, DVBl. 2010, S. 1125 (1131); *Wendel*, Der Hochschulrat, 2016, S. 84 ff.

13 *Wolff/Stemmer* (Fn. 2) S. 365 f.; *Pernice-Warnke* (Fn. 3) S. 388.

Das die Identität der auswärtigen Gutachter den Bewerbern üblicherweise unbekannt ist, legt auch der Wissenschaftsrat (Fn. 11) S. 31, zu Grunde.

14 VGH Kassel, Beschluss v. 21.7.1983 – 1 TE 14/83, NJW 1985, 216; OVG Hamburg, Beschluss v. 8.7.1986 – Bs III 432/86, WissR 20 (1987), 180; a. A. VG Düsseldorf (Fn. 3).

15 OVG Hamburg (Fn. 14) S. 183 f. Anders in dem vom VG Düsseldorf (Fn. 3) entschiedenen Verfahren, in dem eine Pflicht zur Vorlage der Gutachten mit Verweis auf die bereits damals bestehende Regelung im Landeshochschulgesetz abgelehnt wurde, da das Gericht eine gesetzliche Geheimhaltungspflicht annahm. Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung *Brehm/Zimmerling*, Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Hochschullehrerrecht, WissR 34 (2001), S. 329 (342); kritisch bereits *Kehler*, in: Denninger (Hrsg.), HRG, § 45, Rdnr. 34.

zen hinnehme.¹⁶ In diesem Sinne hatte bereits zuvor der Hessische Verwaltungsgerichtshof entschieden. Eine Dozentin hatte in dem Verfahren ihre Übernahme als Professorin auf Lebenszeit angestrebt und begehrte die Vorlage der auswärtigen Gutachten über ihre wissenschaftliche Qualifikation. Da die gerichtliche Überprüfung nur auf die Feststellung von Verfahrensmängeln beschränkt ist und damit letztlich nur die Sachlichkeit des Verfahrens überprüft und der Eindruck von Unregelmäßigkeiten vermieden werde, werde die Unabhängigkeit und Unvoreingenommenheit der Gutachter hierdurch, so der Gerichtshof, nicht beeinträchtigt.¹⁷

II. Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. Januar 2017

Anfang 2017 hatte schließlich das Bundesverwaltungsgericht über einen vergleichbaren Sachverhalt zu entscheiden.¹⁸ Wie in den vorangegangenen Rechtsstreiten war auch hier der konkrete Anlass ein Zwischenverfahren gemäß § 99 Abs. 2 VwGO, in dem über die Rechtmäßigkeit von Sperrvermerken gemäß § 99 Abs. 1 VwGO zu entscheiden war. In einem solchen Verfahren geht es nicht um die Erheblichkeit des Inhaltes der Akten für die Entscheidung des Ausgangsverfahrens, dies bleibt allein dem Hauptsacheverfahren vorbehalten, sondern allein die Frage, ob glaubhaft Gründe geltend gemacht werden, dass in Abweichung von der gesetzlichen Vorlagepflicht diese verwehrt werden kann.¹⁹

Dem vom Bundesverwaltungsgericht entschiedenen Zwischenstreit ging ein Verwaltungsstreit in Niedersachsen voraus, der seinen Ursprung in der 2005 vollzogenen Fusion der Universität Lüneburg mit der Fachhochschule Nordostniedersachsen²⁰ hatte, aus der die jetzige Stiftung Leuphana Universität Lüneburg hervorging. Nach § 5 des Fusionsgesetzes war es möglich, die Art und den Umfang der Dienstaufgaben der nach § 2 Abs. 4 Fusionsgesetz (von der Fachhochschule) übernommenen Professorinnen und Professoren denen von Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren anzugleichen, wenn im Einzelfall die von ihnen erbrachten wissenschaftlichen Leistungen in der anwendungsbezogenen Forschung dies rechtfertigen. Ist dies der Fall, so sind den ehemaligen Fachhochschulprofessoren auf Antrag das Amt einer Universitätsprofessorin oder eines

Universitätsprofessors zu übertragen. Die Entscheidung hierüber oblag dem Präsidium der Universität auf der Grundlage des Berichtes einer internen Evaluationskommission sowie eines externen Gutachtens. Der Kläger des Ausgangsverfahrens, ein beamteter Professor der Fachhochschule Nordostniedersachsen, hatte einen solchen Antrag gestellt, der nach Durchführung der Evaluation abgelehnt wurde. In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren legte die beklagte Universität die Verwaltungsvorgänge einschließlich des auswärtigen Fachgutachtens vor, die Namen des Gutachters wie auch der Mitglieder der Kommission wurden jedoch unkenntlich gemacht. Nachdem das Verwaltungsgericht die Universität zur Offenlegung aufforderte, erließ das zuständige Landesministerium eine Sperrerklärung nach § 99 Abs. 1 VwGO mit der Begründung, dass die Namen ihrem Wesen nach geheim zu halten seien. Auf den daraufhin gemäß § 99 Abs. 2 Satz 1 VwGO gestellten Antrag des Klägers stellte das zuständige OVG Lüneburg die Rechtswidrigkeit der Sperrerklärung fest.²¹ Diese Entscheidung wurde dann gemäß § 99 Abs. 2 Satz 13 und 14 VwGO mit Beschwerde der Beklagten zum Bundesverwaltungsgericht angefochten.

Mit seinem Beschluss vom 10. Januar 2017 bestätigte der zuständige Senat des Bundesverwaltungsgerichts die Entscheidung des OVG Lüneburg, dass die Gutachternamen offenzulegen sind,²² und damit, dass es bei dem Grundsatz des § 99 Abs. 1 Satz 1 VwGO bleibt, wonach eine Behörde grundsätzlich zur Vorlage der vollständigen Akten verpflichtet ist. Eine solche könnte zwar nach Satz 2 verweigert werden, wenn das Bekanntwerden des Inhalts der Akten dem Wohl des Bundes oder des Landes Nachteile bereiten würde oder wenn die Vorgänge nach einem Gesetz oder ihrem Wesen nach geheim gehalten werden müssen. Auf diese Weigerungsgründe kann sich die Hochschule nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts jedoch nicht berufen, um in diesem Fall eine Offenlegung der Namen zu verweigern. Weder ist das Wohl des Landes betroffen, noch besteht eine gesetzliche Pflicht zur Geheimhaltung und vor allem sind die Namen der Gutachter- und Kommissionsmitglieder nicht ihrem Wesen nach geheim zu halten. Damit erging die Sperrerklärung nicht rechtmäßig und die beklagte Universität ist zu verpflichten, die Namen der Kommissionsmitglieder und der externen Fachgutachter offen-

16 OVG Hamburg (Fn. 14) S.184 f.

17 VGH Kassel (Fn. 14), S. 217. Siehe bereits OVG Münster, Beschluss v. 12.9.1972 – V B 138/71, NJW 1972, 2243, zur Vorlage von Gutachten und Voten in einem Habilitationsverfahren.

18 Beschluss v. 10.1.2017 – 20 F 3.16, juris; Kugele, jurisPR-BVerwG 5/2017 Anm. 3.

19 OVG Hamburg (Fn. 14) S.182.

20 Gesetz zur Fusion der Universität Lüneburg und der Fachhoch-

schule Nordostniedersachsen und über die Änderung der Stiftung Universität Lüneburg vom 16. September 2004 (Nds. GVBl. S. 352), geändert durch Artikel 8 Abs. 2 Nr. 4 des Gesetzes zur Änderung des Niedersächsischen Hochschulgesetzes und anderer Gesetze vom 21. November 2006 (Nds. GVBl. S. 538).

21 Beschluss v. 8.2.2016 – 14 PS 6/15, NordÖR 2016, 327.

22 Anders noch OVG Lüneburg, Beschluss v. 24.8.1982 – 2 OVG B 34/82 (zitiert nach Kehler [Fn. 15]).

zulegen, so dass das Gericht der Hauptsache in die Lage versetzt werden kann, den Einwänden des Klägers gegen die (fachliche) Zusammensetzung und die Auswahl des externen Gutachters nachzugehen. Dies ist auch entscheidungserheblich, denn bei der personellen Besetzung von Kommissionen sowie der Entscheidung über die auswärtigen Gutachter sind sowohl deren fachliche Kompetenz zu beachten als auch (persönliche) Befangenheitsgründe auszuschließen. Anderenfalls würden Verfahrensfehler vorliegen, die zugleich die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung der Kommission indizieren könnten. Eine solche Feststellung kann daher durch das prüfende Gericht nur getroffen werden, wenn die Namen bekannt sind.²³

Hatten Land und Universität die Geheimhaltung mit einem (öffentlichen) Interesse an der Sicherstellung der Handlungsfähigkeit der Hochschulen begründet und geltend gemacht, dass ohne die Wahrung der Vertraulichkeit die Gefahr bestehe, dass die beauftragten Personen sich nicht mehr oder zumindest nicht mehr so offen über Bewerber äußerten und daher deren Unabhängigkeit nicht mehr ausreichend gewährleistet sei, Hochschulen jedoch auf Auskünfte und Einschätzung durch Fachkollegen angewiesen seien, hat das Bundesverwaltungsgericht darin keinen durchgreifenden Geheimhaltungsgrund gesehen. An die „wesensmäßige“ Geheimhaltungsbedürftigkeit ist vielmehr, so der Fachsenat, ein strenger Maßstab anzulegen, der insbesondere durch grundrechtlich geschützte Interessen markiert ist und vor allem personenbezogene Daten Dritter, die ein durch die informationelle Selbstbestimmung gesichertes Interesse an Geheimhaltung besitzen, umfasst. Gemessen an den hohen verfassungsrechtlichen Gütern eines umfassenden Rechtsschutzes sowie einer effektiven gerichtlichen Kontrolle der Verwaltungsentscheidungen, der in der Regel (nur) durch vollständige und ungeschwärzte Aktenvorlage verwirklicht werden kann, bedarf das geltend gemachte individuelle Geheimhaltungsinteresse einer besonderen Rechtfertigung.²⁴

Eine tradierte „akademische Regel“, die die Anonymität von Gutachtern voraussetze, genügt diesen hohen Rechtfertigungsanforderungen nicht, wobei das Bundesverwaltungsgericht bereits Zweifel hat, ob es sich hierbei (noch) um einen gewohnheitsrechtlichen Rechtsatz handelt, wenn es ihn denn überhaupt je gab. Die verwal-

tungsgerichtliche Praxis in den Konkurrentenstreitigkeiten zeige vielmehr, dass die Vorlage von Gutachten einschließlich der Offenlegung der Gutachternamen eher die Regel als die Ausnahme ist.²⁵ Vor allem lässt sich die Geheimhaltung nicht mit dem Aspekt der Qualitätssicherung begründen, denn von einem Gutachter, so das Gericht, müsse man erwarten dürfen, dass er in der Lage ist, die wissenschaftliche Leistung des zu Begutachtenden nach nachvollziehbaren Kriterien differenziert zu bewerten sowie zu seiner Meinung offen zu stehen und diese zu verteidigen. Eine solche fachliche Auseinandersetzung und die kritische Würdigung fachlicher Ansichten ist nicht zuletzt der Inbegriff des wissenschaftlichen Diskurses. Zwar ist eine wertende Gesamtschau des wissenschaftlichen OEuvre mehr als die Auseinandersetzung mit einer einzelnen wissenschaftlichen Veröffentlichung, nicht zuletzt da hieran unter Umständen das weitere akademische Fortkommen des zu Begutachteten hängt und damit eine kritische Würdigung ein weitaus größere Auswirkung auf dieses haben könne, es sei aber – so die Annahme des Bundesverwaltungsgerichts – auch nicht erkennbar, dass die Offenlegung des Namens geeignet wäre, Gutachter davon abzuhalten, Gutachten zu übernehmen oder dass ihnen aus einer kritischen Begutachtung und Bewertung Nachteile für deren berufliche Tätigkeit erwachsen würden.²⁶ Selbst wenn (auch) der Wissenschaftsbetrieb nicht frei von persönlichen Empfindlichkeiten sei und Belastungen in der Zusammenarbeit von Personen, die die wissenschaftliche Kompetenz unterschiedlich bewerten, nicht auszuschließen seien, folge daraus dennoch kein akademisch konnotiertes Geheimhaltungsinteresse.

Vergleichen ließe sich diese Bewertungssituation nicht zuletzt mit dem Habilitationsverfahren, in dem die Qualifizierungsschrift ebenso gutachterlich zu bewerten ist und hier die Pflicht zur Offenlegung schon seit Längerem, auch verfassungsgerichtlich anerkannt ist.²⁷ Durch die Offenlegung von Gutachten und Gutachternamen im Verwaltungsstreitverfahren wird – so die einhellige Meinung – die für die sachgerechte Beurteilung derartiger Schriften erforderliche Unabhängigkeit und Unvoreingenommenheit der Gutachter nicht beeinträchtigt. So hatte das Oberverwaltungsgericht für Nordrhein-Westfalen bereits 1972 festgehalten, dass „die Qualifikation eines Prüfers – insbesondere eines Hochschullehrers –

23 An die Feststellung der Entscheidungserheblichkeit sind die gemäß § 99 Abs. 2 VwGO zur Entscheidung berufenen Gerichte grundsätzlich auch gebunden (BVerwG, Beschluss v. 28.3.2006 – 20 F 1.05, DVBl 2006, 851).

24 BVerwG, Beschluss v. 19.6.2013 – 20 F 10.12, ZIP 2014, 442.

25 Wolff/Stemmer (Fn. 2) S. 367 f.

26 Bull, Geheimhaltung für Gutachten?, WissR 20 (1987), S. 111

(118), verweist auch auf eigene Motive der Gutachter, wie Einflussnahme auf Auswahlentscheidungen und „Freundschaftsdienste“.

27 So bereits OVG Münster (Fn. 17); BVerfG, Kammerbeschluss v. 4.11.2010 – 1 BvR 3389/08, BVerfGK 18, 158 (174 ff.); BVerwG (Fn. 6).

notwendig voraussetzt, wissenschaftliche Beurteilungen fremder Leistungen unbeeinflusst von der Möglichkeit späterer Kritik abzugeben.“ Von einem Gutachter müsse daher „erwartet werden, daß er sein Votum auch dann mit der nötigen Unvoreingenommenheit abgibt, wenn seine Beurteilung dem Gericht und dem Habilitanden im Streitfall vorzulegen ist.“²⁸ Daher spricht auch vieles dafür, dass dieser Grundsatz auch in einem „Quasi-Prüfungsverfahren“²⁹ gilt. Dem ist zwar entgegenzuhalten, dass es statt einer fachlichen Gesamteinschätzung in einem Habilitationsverfahren vorrangig um eine überprüfbare, singuläre Prüfungsbewertung geht und der Vergleich daher etwas kurz greift. Im Ergebnis ist dies dennoch folgerichtig und daher zuzustimmen. Eine Gutachterin oder ein Gutachter, die ihre Expertise in den Dienst der Wissenschaftsverwaltung stellen, können daher nicht erwarten, dass eine im Verwaltungsverfahren gegebenenfalls gewährte Anonymität im verwaltungsgerichtlichen Verfahren fortwirkt.

Wenn die Funktion des Verfahrens durch eine Offenlegung nicht gefährdet werden kann, ist schließlich für das Bundesverwaltungsgericht auch nicht erkennbar, dass das Wohl des Landes (oder des Bundes) als weiterer Hinderungsgrund für eine Offenlegung betroffen sein könnte. Um eine solche Gefährdung oder Beeinträchtigung der Interessen annehmen zu können, müsste die Bekanntgabe des fraglichen Inhalts – neben der hier nicht relevanten Gefährdung von Leben, Gesundheit oder Freiheit von Personen – die künftige staatliche Aufgabenerfüllung erschweren.³⁰ Dies wäre nur dann der Fall, wenn der Bestand oder die Funktionsfähigkeit des Staates oder seiner wesentlichen Einrichtungen beeinträchtigt oder gefährdet wären.³¹ Jedoch erfahren weder das Bildungswesen insgesamt noch die Funktionsfähigkeit der Hochschulen durch die Bekanntgabe der Namen eine Beeinträchtigung, die in Ausmaß und Bedeutung der – hierfür erforderlichen – Gefährdung der Funktionsfähigkeit des Landes und der Bedrohung der inneren Sicherheit nahekäme.

Im Ergebnis sind danach auch für das Bundesverwaltungsgericht keine sich aus § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO ergebenden Gründe erkennbar, aufgrund derer die Offenlegung der Namen in diesem Fall hätte abgelehnt werden können. Damit bleibt es bei der Pflicht zur umfassenden Vorlage aller Dokumente und entscheidungserheblichen Tatsachen.

III. Bewertung der Entscheidung und Folgen für die Praxis

Nachdem die (obergerichtliche) Rechtsprechung schon seit Längerem der Offenlegung von Gutachten und Gutachternamen den Vorrang einräumte, hat damit nun auch das Bundesverwaltungsgericht diese Auffassung höchstrichterlich bestätigt, womit diese Rechtsfrage weitestgehend geklärt sein dürfte. Die klare Entscheidung des Gerichts bezieht sich zwar nur auf das streitgegenständliche Evaluierungsverfahren, innerhalb dessen die Namen der Mitglieder einer Entscheidungskommission und eines Fachgutachters nicht im Sinne von § 99 Abs. 2 Satz 2 Alt. 3 VwGO ihrem Wesen nach geheim zu halten sind, einer in der Praxis eher selten auftretenden Konstellation. Gleichwohl gehen die vom Gericht aufgestellten Grundsätze über diesen Einzelfall hinaus, denn der Evaluierung vergleichbare Beurteilungssituationen gibt es im Wissenschaftsbereich vielfach, namentlich in den Berufungsverfahren, aber auch andere gutachterliche Verfahren rücken damit in den Fokus. Damit kommt der Entscheidung eine weit über den konkreten Fall hinausgehende Bedeutung für die akademische Selbstverwaltung insgesamt zu, so dass sie zukünftig regelmäßig zitiert werden dürfte. Einschränkend ist jedoch ebenso festzuhalten, wie der Senat ausdrücklich betont, dass diese Offenlegungspflicht nur das gerichtliche Verfahren betrifft, nicht dagegen die (vorangehenden) Verwaltungsverfahren, so dass auch die einschränkenden gesetzlichen Regelungen in den Hochschulgesetzen in Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen oder Thüringen der Entscheidung nicht entgegenstehen, sondern vielmehr in diesem Sinne verfassungskonform auszulegen und anzuwenden sind.³² Können daher im Verwaltungsverfahren (noch) keine rechtlichen Ansprüche geltend gemacht werden, sind (spätestens) im Verwaltungsprozess die Namen von Gutachtern offenzulegen. Insofern ist derjenige, der eine rechtliche Überprüfung anstrebt, bei entgegenstehender einfachgesetzlicher Rechtslage oder mangelnder Bereitschaft der Hochschulen zur Offenlegung immer auch gehalten, den Rechtsweg zu beschreiten, was – auch hier aus Sorge um das akademische Fortkommen – durchaus eine psychologische Hürde bedeuten dürfte.

Gleichwohl schafft die höchstrichterliche Entscheidung die nötige Rechtssicherheit, denn auch wenn sich

28 OVG Münster (Fn. 17).

29 *Detmer*, Konkurrentenstreit und Rechtsschutz im Berufungsverfahren, *WissR* 28 (1995) 1 (22).

30 BVerwG, Urteil v. 19.8.1986 – 1 C 7.85, *NJW* 1987, 202 (205); *Kopp/Schenke*, *VwGO*, 23. Auflage 2017, § 99 Rdnr. 10; *Rudisile*, in: *Schoch/Schneider/Bier* (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, 33. EL (Juni 2017), § 99 Rdnr. 16; *Posser*, in: *Posser/Wolff*, *BeckOK VwGO*, 44. Ed. (Stand: 1.7.2016), § 99 Rdnr. 20.1.

31 So hat das Bundesverwaltungsgericht (Beschluss v. 30.11.2015 – 20 F 7.15, juris; dazu *Kugele*, jurisPR-BVerwG 5/2016, Anm. 6) Nachteile für das Wohl des Bundes angenommen, wenn die geheim zu haltenden Informationen genutzt werden könnten, um in unlauterer Weise auf Verwaltungsverfahren einzuwirken, die zahlenmäßig und in ihren Folgewirkungen von bedeutendem Gewicht sind.

32 So im Ergebnis auch *Beaucamp/Seifert* (Fn. 5) S. 29.

die akademische Welt gelegentlich in einem rechtsfreien Raum wähnt, hat das Bundesverwaltungsgericht dem Grenzen gesetzt und seine gefestigten Abwägungskriterien zur Verweigerung einer Aktenvorlage konsequent auf den Wissenschaftsbereich übertragen. Danach überwiegt auch hier das verfassungsrechtlich geschützte Rechtsschutzinteresse des Einzelnen und das öffentliche Interesse an effektiver gerichtlicher Kontrolle gegenüber überkommenen akademischen Traditionen und Sorgen. Soweit daher in der Vergangenheit Gutachtern die vollständige Anonymität zugesichert wurde, gilt dies zukünftig nicht mehr im Hinblick auf mögliche Rechtsschutzverfahren. Ob dies dazu führt, dass die Bereitschaft zur Übernahme von Gutachten nachlässt, bleibt abzuwarten, wahrscheinlich ist sie nicht, jedenfalls nicht aus diesem Grund, da die Nachfrage nach gutachterlichen Bewertung in Zeiten von Exzellenz, Akkreditierung und Drittmittelanträgen insgesamt spürbar zugenommen haben.

IV. Recht auf Akteneinsicht und Offenlegung der Gutachternamen in den Auswahl- und Begutachtungsverfahren der Forschungsförderung

Während von einer uneingeschränkten Übertragung der Grundsätze aus der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes vor allem auf Berufungsverfahren auszugehen ist, stellt sich jedoch die Frage, ob damit auch in Bereichen außerhalb von Berufungen mehr Transparenz möglich ist und beispielsweise Rechtsansprüche auf Einsichtnahmen und die Offenlegung der Gutachternamen in der Begutachtung von Forschungsanträgen, namentlich durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG), bestehen. Auf den ersten Blick scheint dies nahezu liegen, geht doch das Bundesverwaltungsgericht von einem umfassenden Rechtsschutz aus und die Argumente, die aus der Sicht der Gerichte für eine Offenlegung bei der wissenschaftlichen Begutachtung von Personen sprechen oder dieser nicht entgegenstehen, könnten in gleicher Weise auch auf die Bewertung von Forschungsanträgen entsprechend herangezogen werden. Dies gilt jedenfalls, wenn es sich bei den Fördermittelgebern um

öffentlich-rechtliche Einrichtungen handelt, die Verwaltungsakte erlassen und damit die Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder Anwendung finden oder wenn es sich zumindest – so wie dies bei den Projektträgern der Fall ist – um Beliehene handelt, die damit in diesem Umfang hoheitliche Aufgaben wahrnehmen.³³ Eng verbunden mit der Forschungsförderung für die Hochschulen ist jedoch vor allem die DFG, bei der es sich aber gerade nicht um eine (staatliche) Behörde handelt und sie auch den Status als Beliehener nicht innehat, der Umfang der Forschungsförderung jedoch besonders hoch ist, sei es im Rahmen der Normalverfahren und der koordinierten Programme oder nicht zuletzt in der derzeit erneut laufenden Exzellenzinitiative, mit der Förderungen in Millionenhöhe für Exzellenzcluster und Exzellenzhochschulen über viele Jahre verteilt werden.³⁴

Die nichtstaatliche Stellung der DFG als der „Selbstverwaltungsorganisation der Wissenschaft“³⁵ soll in erster Linie die notwendige Unabhängigkeit vom Staat, der lediglich die finanziellen Rahmenbedingungen schafft, sichern, damit allein auf wissenschaftlichen Qualitätskriterien von Fachkollegien und Fachgutachtern die Förderentscheidungen getroffen werden und damit letztlich im Gemeinwohlinteresse liegende Aufgaben wirksam erfüllt werden.³⁶ Handelt jedoch keine Behörde, können auch die Verwaltungsverfahrensgesetze keine unmittelbare Anwendung finden und damit grundsätzlich auch keine einklagbaren Akteneinsichtsrechte bestehen. Soweit daher Wissenschaftler in der Vergangenheit versucht hatten, eine Einsichtnahme in die Gutachten zu Förderentscheidungen gerichtlich zu erstreiten, sind sie damit an einer verwaltungsgerichtlichen wie zivilgerichtlichen Rechtsprechung gescheitert, die jedwede Ansprüche strikt ablehnt.

So ist für die Verwaltungsgerichte bereits der Verwaltungsrechtsweg für einen Anspruch aus § 29 VwVG nicht eröffnet, da es sich bei der DFG um eine privatrechtliche Organisation handelt und selbst wenn sie ihre Aufgaben mit öffentlichen Mitteln erfüllt, sind ihr dennoch keine hoheitlichen Befugnisse durch oder aufgrund eines Gesetzes übertragen worden und sie ist mit-

33 *Sieweke*, Die Rechte der Antragsteller in den Förderverfahren der DFG, *KritV* 2010, S. 49 (52); *Dittrich*, Bundeshaushaltsordnung, Kommentar, 52. AL (Stand: Januar 2017), § 44 Rdnr. 79 ff.

34 *Möller*, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 3. Aufl. 2017, S. 897. Zur aktuellen Exzellenzstrategie siehe <https://www.gwk-bonn.de/fileadmin/Redaktion/Dokumente/Papers/Verwaltungsvereinbarung-Exzellenzstrategie-2016.pdf> (zuletzt abgerufen am 1.6.2018) sowie zur Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit der Exzellenzinitiative *Sieweke*, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Fortsetzung der Exzellenzinitiative, *DÖV*

2009, S. 946; ders., Die Verfassungswidrigkeit der Exzellenzinitiative des Bundes und der Länder, *DÖV* 2011, S. 435; *Wagner*, Die Verfassungsmäßigkeit der Exzellenzinitiative des Bundes und der Länder, *DÖV* 2011, S. 427.

35 http://www.dfg.de/dfg_profil/aufgaben/was_ist_die_dfg/index.html (zuletzt abgerufen am 1.6.2018).

36 *Dittrich*. (Fn. 33) § 44 Rdnr. 80.2; *Trute*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, S. 661 ff.

hin keine Beliehene.³⁷ Aber selbst wenn die Tätigkeit der DFG damit grundsätzlich der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte unterfällt, fehlt es für die Durchsetzung einer Akteneinsicht an einer zivilrechtlichen Anspruchsgrundlage.³⁸ In Betracht käme zwar – neben einem Anspruch aus Treu und Glauben gemäß § 242 BGB, durch den die Grundrechte, namentlich die Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG, auch ins Zivilrecht ausstrahlen³⁹ – vor allem ein dem Akteneinsichtsrecht vergleichbarer Anspruch auf Einsichtnahme in Urkunden aus § 810 BGB, ein hierfür notwendiges rechtliches Interesse wird aber regelmäßig von den Zivilgerichten verneint.⁴⁰ So hatte bereits das Landgericht Bonn in einer Entscheidung aus dem Jahr 2001 einen aus den Grundrechten abgeleiteten zivilrechtlichen Anspruch auf Akteneinsicht in die Unterlagen des Ombudsmann der DFG⁴¹ abgelehnt, da der Ombudsmann gerade nicht im staatlichen Auftrag tätig werde. Auch wenn die grundgesetzlich garantierten Rechte des Einzelnen auf die Beziehungen der Bürger untereinander ausstrahlen, genügt dies nicht, um ein rechtliches Interesse im Sinne von § 810 BGB zu begründen.⁴² Zudem lehnen die Zivilgerichte nicht nur die unmittelbare, sondern auch die analoge Anwendung von § 29 VwVfG ab. Selbst wenn staatliche Aufgaben in privatrechtlicher Form erbracht werden, hat der Gesetzgeber dennoch die verfahrensrechtlichen Regelungen ganz auf die Tätigkeit der hoheitlich agierenden Behörden zugeschnitten.⁴³ Nicht zuletzt wird mit Verweis auf das seit 2005 bestehende Informationsfreiheitsgesetz bereits eine planwidrige Regelungslücke abgelehnt, da danach auch gegen Behörden, die sich einer juristischen Person des

Privatrechts zur Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgaben bedienen (§ 1 Abs. 1 S. 3 i.V.m. § 7 Abs. 1 S. 2 IFG) einklagbare Rechte bestehen.⁴⁴

Aufgrund dieser rechtsdogmatisch konsequenten, aber dennoch als unbefriedigend empfundene Rechtsprechung wird daher in der Literatur versucht, basierend auf der Idee des Verwaltungsprivatrechts,⁴⁵ verwaltungsverfahrenrechtliche Ansprüche jenseits einer unmittelbaren oder entsprechenden Anwendung der Verwaltungsverfahrensgesetze zu begründen, da in diesen einzelnen Ansprüchen allgemeingültige Rechtsgedanken und Rechtsgrundsätze zum Ausdruck kämen.⁴⁶ Trotz ihrer Privatrechtssubjektivität erfüllt die DFG, ohne Verwaltungshelfer oder Beliehene zu sein, unbestritten eine im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe, so dass sie insofern (auch) einer Grundrechtsbindung unterliege.⁴⁷ Diese ergebe sich aus einer tatsächlichen Staatsnähe, die sich neben der fast ausschließlichen staatlichen Finanzierung vor allem aus dem staatlichen Einfluss bei den (Förder-)Entscheidungen und damit einer organisationsrechtlichen Beherrschung zeige, denn nicht nur staatliche Vertreter sitzen in den zur Entscheidung berufenen Gremien, auch (staatliche) Hochschulen und öffentlich-rechtliche Forschungseinrichtungen selbst sind darin Mitglieder.⁴⁸ Insofern sei die DFG der staatlichen Sphäre zuzuordnen, so dass deren Tätigkeit eine Form der Ausübung von Staatsgewalt darstelle.⁴⁹ Daraus resultieren wiederum öffentlich-rechtliche Bindungen und die ohnehin bestehenden privatrechtlichen Regelungen werden nicht nur durch öffentlich-rechtliche Regelungen ergänzt oder auch überlagert und modi-

37 VG Köln, Beschluss v. 8.3.2004 – 16 K 9090/03, WissR 2004, 178 (Leitsatz); Beschluss v. 8.6.2005 – 27 K 1413/05, n.v.; LG Bonn, Beschluss v. 23.9.2008 – 5 S 118/08, juris; *Dittrich* (Fn. 33) Rdnr. 80.2 mit Verweis auf OVG Münster, Beschluss v. 14.12.1981 – 1 B 1514/81, n.v.

38 AG Bonn, Urteil v. 21.12.2005 – Az. 9 C 390/05, juris. Kläger in dem Verfahren war der Chemie-Professor *Harro Lentz*, dessen Fall auch eine mediale Aufmerksamkeit erlangte (so u.a. Spiegel-Online vom 17. Januar 2006, „Das geheime Milliardenspiel“, <http://www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/forschungsfoerderung-das-geheime-milliardenspiel-a-394373.html> [zuletzt abgerufen am 1.6.2018]).

39 Zur Drittwirkung der Grundrechte im Zivilrecht *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 18 Rdnr.14 ff. (S. 190 ff.), insb. Rdnr. 22 (S. 192).

40 LG Bonn, Beschluss v. 23.9.2008 – 5 S 118/08, juris.

41 2010 in „Ombudsmann für die Wissenschaft“ umbenannt, siehe hierzu http://www.dfg.de/foerderung/grundlagen_rahmenbedingungen/gwp/ombudsmann/ (zuletzt abgerufen am 1.6.2018).

42 LG Bonn, Urteil v. 3.7.2001 – 18 O 25/01, NJW 2002, 3260.

43 So bereits ohne nähere Begründung BGH, Urteil v. 8.4.1981 – VIII ZR 98/80, NJW 1981, 1733.

44 LG Bonn (Fn. 40). So auch *Sieweke* (Fn. 33) S. 58 f., wonach sich der Informationszugang gegen die hinter der DFG stehende finanzierende Behörde richtet. Ablehnend *Groß/Karaalp*, Über-

tragbarkeit verwaltungsrechtlicher Verfahrensgrundsätze auf DFG-Verfahren, DVBl. 2010, S. 1135 (1142).

45 *Zippelius/Würtenberger* (Fn. 39) § 18 Rdnr. 8 (S. 189).

46 BGH, Urteil v. 17.6.2003 – XI ZR 195/02, NJW 2003, 2451; *Sieweke* (Fn. 33) S. 53 f., 57; *Trute* (Fn. 36) S. 689; *Kopp/Ramsauer* (Fn. 1) § 29 Rdnr. 5.

47 *Gärditz*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2011, Band IX, § 189, Rdnr. 61; *Groß/Karaalp* (Fn. 44) S. 1139 f.; *Sieweke* (Fn. 33) S. 57.

48 *Groß/Karaalp* (Fn. 44) S. 1139. *Sieweke* (Fn. 33) S. 55 f., differenziert bezüglich des staatlichen Entscheidungseinflusses zwischen den Normalverfahren, bei dem aufgrund der Mehrheitsverhältnisse keine staatliche gelenkte Entscheidung möglich ist, und den koordinierten Programmen, bei denen die staatlichen Vertreter zumindest eine Sperrminorität hätten, so dass gegen sie keine Entscheidung möglich und damit ein ausreichender staatlicher Einfluss zu bejahen sei.

49 Dies würde aufgrund der in der Bund-Länder-Vereinbarung vom 19. Oktober 2016 (<https://www.gwk-bonn.de/fileadmin/Redaktion/Dokumente/Papers/Verwaltungsvereinbarung-Exzellenzstrategie-2016.pdf> [zuletzt abgerufen am 1.6.2018]) festgelegten Zweckbindung der Fördermittel damit im Ergebnis auch für die aktuelle Exzellenzstrategie, die der Exzellenzinitiative nachfolgte, gelten.

fiziert,⁵⁰ sondern diese „Halbstaatlichkeit“⁵¹ führt zugleich zu einer Grundrechtsbindung, was nicht zuletzt mit dem die Flucht ins Privatrecht ausschließenden Grundsatz kontrastiert wird.⁵² Selbst wenn die Verfahrensgesetze (des Bundes oder der Länder) weder unmittelbar noch analog angewendet werden, da sich an der privatrechtlichen Natur der DFG nichts ändert, sollen zumindest wesentliche Verfahrensrechte und -grundsätze bei den Auswahlentscheidungen Anwendung finden.⁵³ Neben Anhörungs- und Begründungspflichten, dem Grundsatz der Unparteilichkeit und einer Rechtsschutzgewährung betrifft dies vor allem den ungehinderten und vollständigen Zugang zu Informationen und Offenlegung der Gutachternamen im Rahmen einer Akteneinsicht.⁵⁴

Mit der Statuierung solcher wesentlichen Verfahrensrechte soll nicht zuletzt dem Verdacht von Willkür und Missbrauch entgegengewirkt werden, die aufgrund fehlender Transparenz gelegentlich unterstellt werden.⁵⁵ Mit Verweis auf internationale Standards und einer breiten Akzeptanz des Verfahrens unter den Wissenschaftlern widerspricht dem die DFG zwar regelmäßig und verweist hierzu auf bestehende (interne) Kontrollmechanismen, die die fachliche Gutachterausswahl betreffen und zudem die Beachtung von Befangenheitsregelungen sowohl für die Gutachter wie auch den Mitgliedern der Fachkollegien (in den Normalverfahren) und der Bewilligungsausschüsse (in den koordinierten Programmen) zwingend vorschreibt.⁵⁶ Nicht zuletzt werden die schriftlichen Gutachten im Falle einer Ablehnung in der Regel vollständig, wenn auch anonymisiert wiedergegeben.⁵⁷ An der Nichtoffenlegung von Gutachternamen hält die

DFG jedoch unbeirrt fest und verpflichtet auch die Gutachter selbst zur Vertraulichkeit.⁵⁸ Dieses Verfahrensweise wird mit der Annahme begründet, dass Gutachter nur dann zur Begutachtung bereit seien und eine objektives Votum abgeben könnten, wenn ihnen Vertraulichkeit zugesichert wird und sie dadurch unabhängig und unvoreingenommen Förderanträge beurteilen können. Insofern ist die mangelhafte Transparenz dem Gegenstand der Begutachtung geschuldet und damit systembedingt und systemrelevant, denn während in einem Berufungs- oder Evaluierungsverfahren das bisherige wissenschaftliche Werk oder in einem Habilitationsverfahren die Qualifizierungsschrift des zu Begutachtenden bewertet wird und mit dem Bundesverwaltungsgericht auch erwartet werden kann, dass man sich der wissenschaftlichen Auseinandersetzung stellt, geht es bei Förderanträgen zunächst nur um eine Prognoseentscheidung zur wissenschaftlichen Relevanz eines Projektes und damit um ein in der Zukunft liegendes Ergebnis. Vor allem aber, und da zeigt sich in besonderer Weise der Unterschied zum Berufungsverfahren, können diejenigen, die Förderanträge Dritter begutachten, auch selbst Antragsteller (im Normalverfahren) oder an Anträgen als Principal Investigators (PI) in koordinierten Programmen beteiligt sein und damit dann selbst begutachtet werden. Eine Namenstransparenz kann daher – nachvollziehbar – einen Verhaltens- und Erwartungsdruck verursachen, der eine offene, distanzierte und kritische Befassung mit Forschungsanträgen wiederum nahezu unmöglich macht.⁵⁹ Damit würde aber letztlich die Funktionsfähigkeit des gesamten Begutachtungssystems gefährdet werden. Dagegen birgt die Anonymität den unverkennbaren

50 *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, 13. Aufl. 2017, § 23 Rdnr. 62.

51 *Trute* (Fn. 36) S. 661.

52 *Kopp/Ramsauer* (Fn. 1) Einführung I, Rdnr. 51; siehe auch *Groß/Karaalp* (Fn. 44) S. 1140, die umgekehrt auch konsequent eine Grundrechtsberechtigung der DFG ablehnen.

53 *Kopp/Ramsauer* (Fn. 1) Einführung I, Rdnr. 51a.

54 *Groß/Karaalp* (Fn. 44) S. 1141 ff.; *Sieweke* (Fn. 33) S. 58 ff.

55 Siehe hierzu insbesondere die Kontroverse zwischen dem Heidelberger Literaturprofessor *Roland Reuß*, unterstützt durch den Münchner Rechtswissenschaftler *Volker Rieble*, u.a. *Reuß/Rieble*, Die freie Wissenschaft ist bedroht, FAZ vom 19. Oktober 2011 (<http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/forschung-und-lehre/kritik-an-der-dfg-die-freie-wissenschaft-ist-bedroht-11497511.html> [zuletzt abgerufen am 1.6.2018]) und der DFG, Stellungnahme zum Beitrag „Die Freiheit der Wissenschaft ist bedroht“ von *Roland Reuß* und *Volker Rieble* (http://www.dfg.de/download/pdf/dfg_im_profil/reden_stellungnahmen/2011/stellungnahme_zu_faz_artikel_111027.pdf [zuletzt abgerufen am 1.6.2018]).

56 Hinweise für die schriftliche Begutachtung, DFG-Vordruck 10.20 – 02/16, Punkt IV Ziff. 3 (https://www.dfg.de/formulare/10_20/10_20_de.pdf [zuletzt abgerufen am 1.6.2018]); Rahmengeschäftsordnung (RahmenGO) für Fachkollegien, DFG-Vordruck 70.02 – 03/16, Ziff. 10 (<https://www.dfg.de/>

formulare/70_02/70_02.pdf [zuletzt abgerufen am 1.6.2018]), mit Verweis auf die Hinweise der DFG zu Fragen der Befangenheit, DFG-Vordruck 10.201 – 04/10 (https://www.dfg.de/formulare/10_201/10_201_de.pdf [zuletzt abgerufen am 1.6.2018]); § 4 der Geschäftsordnung der Bewilligungsausschüsse für die Graduiertenkollegs und Sonderforschungsbereiche der DFG (http://www.dfg.de/download/pdf/dfg_im_profil/gremien/hauptausschuss/sfb_ausschuss/geschaeftsordnung_grk_sfb_ausschuss.pdf [zuletzt abgerufen am 1.6.2018]); *Groß/Karaalp* (Fn. 44) S. 1137.

57 Dies betrifft sowohl die Normalverfahren wie auch die koordinierten Verfahren, auch wenn in den koordinierten Programmen die Begutachtungsgruppe selbst bei der Begehung der antragstellenden Einrichtung insgesamt anwesend und damit namentlich bekannt ist.

58 Siehe Hinweise für die schriftliche Begutachtung, DFG-Vordruck 10.20 – 02/16, Punkt III, IV Ziff. 1 (https://www.dfg.de/formulare/10_20/10_20_de.pdf [zuletzt abgerufen am 1.6.2018]) sowie Hinweise zur Begutachtung von Anträgen im Programm Sonderforschungsbereiche, DFG-Vordruck 60.14 – 0/16, Punkt II Ziff. 1 (www.dfg.de/formulare/60_14/60_14_de.pdf [zuletzt abgerufen am 1.6.2018]).

59 *Groß/Karaalp* (Fn. 44) S. 1142 mit Verweis auf *Hornbostel/Olbrecht*, Peer Review in der DFG: Die Fachkollegiaten, iFQ-Working Paper No. 2 (November 2007), S. 50 ff., 81.

Vorteil, dass sie nicht nur vor Rücksichtnahme gegenüber Freunden und den einflussreichen Protagonisten des Fachbereichs schützt, sondern auch jenseits des wissenschaftlichen Mainstreams kreativen und originellen Projektanträgen eher eine Chance gegeben würde.⁶⁰ Für den Erfolg des durch die DFG repräsentierten Wissenschaftssystem ist daher ein hohes Maß an Autonomie und Distanz zu staatlichen Steuerungsinteressen, die ihren Ausdruck in der Vertraulichkeit der Gutachternamen findet, unerlässlich. Die Nachteile einer völligen Offenheit sind auch nicht von der Hand zu weisen, so dass sich die in der Verwaltungsrechtsprechung entwickelten Grundsätze nicht nur aus formalen Gründen nicht auf das Privatrechtssubjekt DFG übertragen lassen können, sondern auch inhaltliche Aspekte gegen eine vollständige Offenlegung sprechen. Da jedes in gewisser Weise intransparente Verfahren auch Gefährdungen unterliegt und eine fehlende Kontrolle Missbrauchs- und Fehlentscheidungen befördern könnte, nicht zuletzt da bei ablehnenden Entscheidungen über eine Förderung die Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG berührt wird,⁶¹ sind somit ausreichende Kontrollmechanismen innerhalb der DFG vorzusehen, beispielsweise durch ein Ombuds- und Beschwerdegremium, das bei tatsächlichen und begründeten Anhaltspunkten für eine nicht wissenschaftsadäquate Förderentscheidung eine Begutachtung durch weitere Gutachter veranlasst, wobei eine Offenlegung der Namen in diesem Fall nicht zwingend geboten wäre.⁶²

Eine darüber hinausgehende „Lückenfüllung“ durch die Übertragung von Verfahrensrechten scheidet dagegen (noch) aus, da es hierfür an einer gesetzlichen Grundlage fehlt, auch und gerade im Vergleich zu anderen europäischen Ländern⁶³ oder der europäischen Union im Rahmen des European Research Council. Offenheit und Transparenz kann insofern nur *de lege ferenda* erreicht werden und dem parlamentarischen Gesetzgeber wurde bereits eine „bedenkliche“⁶⁴ Untätigkeit hinsichtlich dieser defizitären Situation vorgeworfen sowie eine Pflicht zugewiesen, zum Schutz der Grundrechte der betroffenen Wissenschaftler Verfahrensrechte zu erlassen.⁶⁵ Dem Gesetzgeber wäre es hier auch ohne weiteres möglich, gesetzgeberisch tätig zu werden, allein es fehlen dafür

die Anzeichen. Jedoch müssten auch diese Regelungen das sensible System der Vertraulichkeit zu wahren versuchen und so neben einem fairen und chancengleichen Verfahren auch das Vertrauen in die Unabhängigkeit der Entscheidungen für deren Akzeptanz in der wissenschaftlichen Gemeinschaft berücksichtigen.

V. Fazit

„Es ist zu hoffen, daß sich künftig auch in diesem Bereich staatlichen Handelns die Tendenz zu größerer Offenheit gegenüber den Betroffenen durchsetzen wird“,⁶⁶ so das programmatische Resümee Hans Peter Bulls in seiner Besprechung zum Beschluss des Hamburgischen Obergerichtes aus dem Jahre 1986, in dem das Gericht schon seinerzeit keinen Verweigerungsgrund sah, Gutachten in Berufungsverfahren geheim zu halten.⁶⁷ Das Bundesverwaltungsgericht hat mit seiner Entscheidung drei Jahrzehnte später nicht nur diese Auffassung nunmehr nachdrücklich bestätigt, sondern damit einen allgemeinen Rechtssatz formuliert, dass Gutachten, die die wissenschaftliche Leistung einer Person betreffen, weder nach einem Gesetz noch ihrem Wesen nach geheimhaltungsbedürftig sind. In gerichtlichen Auseinandersetzungen sollte dies daher zukünftig keiner weiteren Diskussion bedürfen. Für die Verwaltungs- und insbesondere Widerspruchsverfahren gilt dies dagegen nicht unmittelbar, die Entscheidung könnte dem Gesetzgeber wie den Hochschulen jedoch Anlass geben, auch hier zu mehr Transparenz zu gelangen, um dem Wunsch Bulls auch da Wirklichkeit werden zu lassen. Was schließlich die Begutachtungsverfahren in Wissenschaftsorganisationen wie die DFG anbelangt, stehen einer völligen Offenlegung und Transparenz nicht nur rechtsdogmatische Gründe entgegen, aufgrund der die Rechtsprechung nicht anders entscheiden kann, sondern auch Gründe der Sicherung der damit verbundenen wissenschaftsadäquaten Ziele. Möchte man unabhängige Entscheidungen zur Forschungsförderung, wird man nicht umhinkommen, Gutachter zu schützen und diesen Schutz in der vorzunehmenden Abwägung der Interessen auch höher zu gewichten. Die notwendige Missbrauchs- und Willkürkontrolle kann mangels einer

60 Neidhardt, Fehlerquellen und Fehlerkontrollen in den Begutachtungssystemen der Wissenschaft, in: Hornboitel/Simon (Hrsg.), Wie viel (In-)Transparenz ist notwendig, ifQ-Working Paper No. 1 (Dezember 2006), S. 7 (8).

61 Sieweke (Fn. 33) S. 59 f.

62 Wilden, Die Erforderlichkeit gesetzlicher Regelungen für die außeruniversitäre Forschung und die Forschungsförderung, 2009, S. 105.

63 Zu nennen sind hier der Danish Research Council (siehe Horn-

boitel/Olbrecht [Fn. 59] S. 50), in Frankreich die Agence Nationale de la recherche sowie die Österreichische Forschungsförderungsgesellschaft.

64 Sieweke (Fn. 33) S. 63.

65 Gärditz (Fn. 47) Rdnr. 62; Groß/Karaalp (Fn. 44) S. 1140; Wilden (Fn. 62) S. 105 f.

66 Bull (Fn. 25) S. 119.

67 OVG Hamburg (Fn. 14).

rechtlichen Grundlage nur durch entsprechende Verfahren innerhalb der DFG gewährleistet werden.

Stefan Danz ist Leiter des Rechtsamtes und Justiziar der Friedrich-Schiller-Universität Jena. Der Beitrag gibt seine persönliche Auffassung wieder.

Frank Wertheimer

Forschungszulagen für Hochschullehrer – wer entscheidet?

Die Vergabe von Forschungszulagen hat sich in Baden-Württemberg zu einem brisanten Thema entwickelt, zwei Hochschulen sind wegen angeblich unberechtigter Zahlungen an Wissenschaftler in den Focus des Wissenschaftsministeriums, z.T. auch der Staatsanwaltschaft geraten. Der Landtag hat gar einen Untersuchungsausschuss eingesetzt, der die „Zulagenaffäre“¹ aufklären soll. Auch der Landesrechnungshof hat sich mit dem Thema befasst und hierzu einen Beitrag in der Denkschrift 2018 verfasst.² Der Rechnungshof hat 2017 Forschungszulagen und Sonderzahlungen aus Drittmitteln an den Hochschulen für angewandte Wissenschaften geprüft. Einbezogen waren nur die Hochschulen, die zum Geschäftsbereich des Wissenschaftsministeriums gehören. Untersucht wurden Forschungszulagen und Sonderzahlungen, die im Zeitraum 2013 – August 2017 gewährt worden waren. Fehlerquellen bei der Gewährung von Forschungszulagen sieht der Rechnungshof diverse. Diese erstrecken sich z.B. von der Frage, ob die Zulage tatsächlich für ein Forschungsvorhaben gewährt wurde, über die Problematik einer ausreichenden Kostendeckung, die Beschränkung auf private Drittmittel-einnahmen bis hin zu der Frage, wer innerhalb der Hochschule für deren Gewährung überhaupt zuständig ist. Diesem letzten Punkt geht der Beitrag nach.

I. Ausgangslage

Aus der baden-württembergischen Hochschulpraxis sind zwei Vorgehensweisen bei der Vergabe von Forschungszulagen an Hochschullehrer und Hochschullehrerinnen ersichtlich. Entweder entscheidet das Rektorat als Kollegialgremium oder delegiert dieses die Entscheidung per Beschluss auf eines oder mehrere Rektoratsmitglieder. Dabei kommt es sowohl vor, dass Rektor sowie ein Prorektor über die Vergabe entscheiden oder dass die Entscheidung von Rektor und Kanzler getroffen

wird. Grundlage derartiger Entscheidungsstrukturen sind von den Hochschulen erlassene Richtlinien über das Verfahren und die Vergabe von Leistungsbezügen für Hochschullehrer gem. § 9 Abs. 1 der Leistungsbezügeverordnung (LBVO).³

Im Rahmen seiner Prüfung der Hochschulen für angewandte Wissenschaften vertrat der Rechnungshof die Auffassung, die Vergabe einer Forschungszulage bedürfe einer Rektoratsentscheidung, d.h. einer Entscheidung des Kollegialorgans. Konkret führt der Rechnungshof unter Ziff. 5 seines Denkschriftbeitrages⁴ aus: „Die Zuständigkeit des Rektorats als Kollegium für die Vergabe der Forschungszulagen ist in § 8 Abs. 3 Leistungsbezügeverordnung abschließend geregelt. Diese Regelung ist angesichts der finanziellen Bedeutung der Zulagengewährung auch sachgerecht. § 9 der Leistungsbezügeverordnung regelt nicht die Zuständigkeit, sondern das vom Rektorat als Gremium zu praktizierende Verfahren“. Eine Delegation der Vergabe auf einzelne Rektoratsmitglieder hält der Rechnungshof nicht für zulässig, sie führe zur formellen Rechtswidrigkeit der Vergabeentscheidung. Gleichwohl könne dieser formelle Fehler durch eine nachträgliche Entscheidung des Rektorats geheilt werden, wenn die materiellen Voraussetzungen für die Gewährung der Forschungszulage gegeben sind.⁵

II. Sedes materiae

Ob für die Vergabe einer Forschungszulage eine Entscheidung des kollegialen Rektoratsgremiums erforderlich ist oder dieses die Entscheidung auf einzelne Rektoratsmitglieder übertragen kann, ist auf Grundlage der bestehenden gesetzlichen Regelungen in Baden-Württemberg zu bestimmen.

1. Nach § 16 Abs. 3 S. 2 Nr. 14 LHG BW ist das Rektorat zuständig für die Festsetzung von Forschungs- und Lehrzulagen nach § 60 LBesG BW.⁶ Diese Vorschrift re-

1 Vgl. hierzu etwa „Ministerin will Aufsicht über Zulagen“ in Badische Zeitung v. 11.07.2018, www.badische-zeitung.de/suedwest-1/ministerin-will-aufsicht-ueber-zulagen--154507546.html.

2 Forschungszulagen und Sonderzahlungen aus Drittmitteln an Hochschulen für angewandte Wissenschaften [Beitrag Nr. 23] in: Denkschrift des Rechnungshofs Baden-Württemberg v. 16.7.2018, abrufbar unter www.rechnungshof.baden-wuerttemberg.de/veroeffentlichungen/denkschriften/320933.html.

3 Verordnung des Wissenschaftsministeriums, des Innenministe-

riums und des Justizministeriums über Leistungsbezüge sowie Forschungs- u. Lehrzulagen (für Professoren und Leiter von Leitungsgremien an Hochschulen) v. 14.1.2005 (GBl. 2005, 125), zuletzt geändert am 18.7.2017 (GBl. S. 334, 339).

4 Siehe hierzu oben Fn 2.

5 Vgl. Ziff. 2.2.1 des Denkschriftbeitrages, a.a.O.

6 Landesbesoldungsgesetz Baden-Württemberg v. 9.11.2010 (GBl. S. 793) i.d.F. v. 17.7.2018.

gelt allerdings nur die – grundsätzliche – Zuständigkeit des Rektorats in Abgrenzung zu anderen Gremien der Hochschule, insbesondere zum Senat sowie zum Hochschulrat. Der Bestimmung lässt sich aber nicht entnehmen, dass die Festsetzung einer Forschungszulage vom gesamten Rektoratskollegium beschlossen werden muss. Hinsichtlich der Aufteilung der Kompetenzen innerhalb des Rektorates ist auf § 16 Abs. 2 LHG BW abzustellen. Daraus ergibt sich, dass das Rektorat bestimmte Geschäftsbereiche für seine Mitglieder festlegen kann, in denen sie die Geschäfte der laufenden Verwaltung in eigener Zuständigkeit erledigen. Damit ist einerseits gesagt, dass Entscheidungen, die in den Zuständigkeitsbereich des Rektorates fallen, nicht stets vom gesamten Gremium getroffen werden müssen, andererseits hilft § 16 Abs. 2 S. 1 1. Hs hier nicht weiter, da es sich bei der Vergabe einer Forschungszulage nicht um ein Geschäft der laufenden Verwaltung handelt. Eine strikte Vorgabe, Forschungszulagen ausschließlich durch Beschluss durch das (gesamte) Rektoratsgremium zu vergeben, lässt sich auch nicht den Grundordnungen der Hochschulen entnehmen. Mit „Gremien“ im Sinne der jeweiligen Grundordnungen sind im Zusammenspiel mit § 10 LHG BW die Gremien der Hochschule gemeint, in denen die einzelnen Mitgliedergruppen vertreten sind, insbesondere also der Senat und die Fakultätsräte, nicht aber das Rektorat als Leitungsorgan.

Ein Hinweis, dass eine Entscheidung über die Vergabe einer Forschungszulage grundsätzlich delegationsfähig ist, könnte sich aus § 16 Abs. 3 S. 5 LHG BW ergeben. Immerhin ist dort bestimmt, dass, soweit es um Forschungszulagen in der Medizinischen Fakultät geht, die Entscheidung auf deren Dekan bzw. deren Dekanin übertragen werden kann. Dieser Gedanke ist gleichwohl nicht verallgemeinerungsfähig, weil diese Bestimmung dem Umstand Rechnung trägt, dass die Dekanin bzw. der Dekan der Medizinischen Fakultät Beauftragte(r) für den Haushalt ist (vgl. § 27 Abs. 2 LHG BW), da die Fakultät nach § 27 Abs. 2 S. 1 wie ein Landesbetrieb gem. § 26 Abs. 1 LHO BW geführt wird.

2. Die Grundlage dafür, dass Hochschullehrern aus Mitteln privater Dritter überhaupt Forschungs- und Lehrzulagen bewilligt werden können, bildet § 60 Abs. 1 LBesG BW. Die Vorschrift legt aber die Zuständigkeit für die Vergabe einer Forschungszulage nicht fest, vielmehr enthält deren Abs. 3 eine Verordnungsermächtigung. Mit dieser kann das für die jeweilige Hochschule zuständige Ministerium durch Rechtsverordnung das Nähere zur Gewährung von Forschungs- und Lehr-

zulagen regeln, insbesondere zum Vergabeverfahren, zur Zuständigkeit sowie zu den weiteren Voraussetzungen und Kriterien der Vergabe.

3. Die Beantwortung der Frage, ob es für die Vergabe einer Forschungszulage eines kollegialen Rektoratsbeschlusses bedarf, kann sich damit nur aus der Leistungsbezügeverordnung (LBVO) ergeben, die von Wissenschaftsministerium, Innenministerium und Justizministerium auf Grundlage des § 60 Abs. 3 LBesG BW erlassen worden ist.

a) Ein Vergleich mit anderen Bundesländern zeigt zunächst, dass Entscheidungen zur Vergabe von Forschungszulagen nicht zwingend von den Hochschulleitungen als Kollegialorgan getroffen werden müssen, auch wenn die Entscheidungskompetenz regelmäßig bei der Hochschulleitung verankert ist.⁷ So liegt etwa in Bayern gem. § 6 Abs. 1 BayHLeistBV, die auf Grundlage des im Vergleich zu § 60 Abs. 3 LBesG BW nahezu inhaltsgleichen Art. 74 BayBesG erlassen wurde, die Zuständigkeit allein beim Präsidenten der Hochschule. Entsprechendes gilt nach § 8 Abs. 2 LBVO NRW, der auf § 39 HLeistBVO NRW basiert. Der Hinweis des baden-württembergischen Rechnungshofes im Denkschriftbeitrag,⁸ die Zuständigkeit des Rektorats als Kollegium sei angesichts der finanziellen Bedeutung der Zulagengewährung sachgerecht, verfängt daher nicht.

b) Im Rahmen der LBVO BW kommt es auf das Verständnis der Regelungen in §§ 8 Abs. 3 sowie 9 Abs. 1 an. Nach § 8 Abs. 3 LBVO BW entscheidet über die Festsetzung von Forschungs- und Lehrzulagen das Rektorat einer Hochschule nach Maßgabe der hochschulrechtlichen Bestimmungen. Diese Norm legt aber nicht fest, dass Entscheidungen über die Gewährungen einer Forschungszulage nur vom kollegialen Rektoratsgremium getroffen werden können. Vielmehr nimmt § 8 Abs. 3 LBVO BW nur die allgemeine Zuständigkeitsregelung, wie sie auch § 16 Abs. 3 S. 2 Nr. 14 LHG BW enthält, auf. Das ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang mit § 9 Abs. 1 LBVO BW. Mit dieser Norm eröffnet der Verordnungsgeber einen Gestaltungsspielraum für das Rektorat, was das Verfahren und die Vergabe von Forschungs- und Lehrzulagen nach § 8 betrifft. Zu Verfahren und Vergabe solcher Zulagen gehört auch die Bestimmung der Zuständigkeit, die § 60 Abs. 3 LBesG BW ausdrücklich dem Verordnungsgeber, also u.a. dem Wissenschaftsministerium, überlassen hat.

4. Von dieser aus § 9 Abs. 1 LBVO BW folgenden Gestaltungsmöglichkeit kann eine Hochschule im Wege ei-

7 Vgl. insoweit *Detmer*, in: HSchR-Praxishandbuch, 3. Aufl., 2017, Kap. 4 Rn. 251.

8 Vgl. Ziff. 5 des Denkschriftbeitrags Nr. 23 v. 16.7.2018.

ner Richtlinie zur Umsetzung von § 9 Abs. 1 LBVO BW Gebrauch machen. Das Rektorat kann somit die Gewährung von Forschungszulagen auf einzelne Rektoratsmitglieder delegieren.

Im Rahmen einer solchen Delegierung muss aber den Regelungen in § 16 Abs. 2 S. 4 und 5 LHG BW Rechnung getragen werden. Nach S. 4 können Beschlüsse in Haushaltsangelegenheiten nur mit Zustimmung der Rektorin oder des Rektors gefasst werden. S. 5 regelt das Vetorecht des Kanzlers bzw. der Kanzlerin gegen Maßnahmen, die für rechtswidrig oder mit dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit nicht für vertretbar erachtet werden mit der Folge, dass vom Rektor dann eine Entscheidung des Hochschulrates herbeizuführen ist. Beides findet Berücksichtigung, wenn das Rektorat die Vergabe einer Forschungs- oder Lehrzulage auf Rektor *und* Kanzler delegiert und diese dann gemeinsam entscheiden.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass für die Vergabe einer Forschungszulage (gleiches gilt für die Vergabe von Lehrzulagen sowie die Festsetzung von Leistungsbezügen gem. § 38 LHG BW) eine Entscheidung des kollegialen Rektoratsgremiums nicht zwingend ist, dieses vielmehr die Entscheidung auf einzelne Rekto-

ratsmitglieder übertragen kann. Ein solches Delegieren auf Grundlage einer von einer Hochschule in Umsetzung von § 9 Abs. 1 LHG BW erlassenen Richtlinie ist jedenfalls dann unbedenklich, wenn Rektor und Kanzler an der Vergabeentscheidung beteiligt sind. Die Vergabeentscheidung bedarf im Übrigen gem. § 9 Abs. 2 LBVO BW der Schriftform und ist aktenkundig zu machen.

Um für die Zukunft Rechtssicherheit in diesem Punkt zu schaffen, wäre es hilfreich, wenn der Verordnungsgeber, ggf. durch eine Präzisierung von § 9 Abs. 1 LBVO BW, klarstellte, dass ein Delegieren der Zulagengewährung auf einzelne Rektoratsmitglieder möglich ist.

Frank Wertheimer ist Partner der Kanzlei KRAUSS LAW in Lahr/Schwarzwald. Zuvor war er 17 Jahre im Universitätsbereich, davon über 10 Jahre in der Hochschulmedizin tätig. Zu seinen Beratungsfeldern gehört im Bereich des Arbeitsrechts auch das Hochschulrecht. Er ist Gastmitglied der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg.

Evelina Will

*Der Brexit und die Forschung in der EU –
Ein Update anlässlich des Weißbuchs der britischen
Regierung vom 12. Juli 2018*

I. Einleitung

Die potentiellen Auswirkungen des Brexit auf Forschung, Wissenschaft und die akademische Ausbildung in der EU wurden bereits in OdW beleuchtet.¹ Da die britische Regierung am 12. Juli 2018 – mehr als zwei Jahre nach dem Brexit-Referendum – ein Weißbuch mit dem Titel „The Future Relationship between the United Kingdom and the European Union“ (im Folgenden: das Weißbuch) vorgestellt hat, tut allerdings eine Neubewertung der Situation Not. Hierfür sind zunächst allgemeine Erwägungen zu dem Weißbuch anzustellen (II). Sodann werden die von der britischen Regierung unterbreiteten Vorschläge mit Relevanz für die Themenbereiche Forschung, Wissenschaft sowie akademische Ausbildung präsentiert und analysiert (III.). Ein Fazit rundet den Bericht ab (IV.).

II. Allgemeines zum Weißbuch der britischen Regierung

Das Weißbuch der britischen Regierung gehört zu der Kategorie der sogenannten Buntbücher. Hierbei handelt es sich um amtliche Veröffentlichungen einer Regierung zur auswärtigen Politik, die unregelmäßig, meist aus besonderem politischen Anlass, herausgegeben werden.² Das Weißbuch ist rechtlich unverbindlich und beinhaltet ein Bündel von Vorschlägen der britischen Regierung, das die bislang vagen Planungen für die Zeit nach Vollzug des Brexit konkretisiert und eine Diskussionsgrundlage für die Verhandlungen mit den verbliebenen 27 Mitgliedstaaten der EU bildet.³

Das Weißbuch besteht aus vier Kapiteln, die von einer einleitenden „Executive Summary“ und einem abschließenden Fazit flankiert werden.⁴ Während sich die ersten beiden Kapitel dem zukünftigen wirtschaftlichen Verhältnis zwischen UK und EU („Economic partnership“) sowie der Zusammenarbeit in Sicherheitsfragen

(„Security partnership“) widmen, behandelt das dritte Kapitel („Cross-cutting and other cooperation“) sonstige Themenfelder, in denen Kooperationen – aus Sicht des UK – fruchtbar erscheinen. Das vierte Kapitel („Institutional arrangements“) thematisiert schließlich institutionelle Vereinbarungen, durch die die einzelnen Kooperationen zwischen UK und EU rechtssicher verwirklicht werden sollen.

III. Forschung, Wissenschaft und akademische Ausbildung

Für Forschung, Wissenschaft und akademische Ausbildung ist insbesondere das dritte Kapitel relevant. Schon die Zusammenfassung des Kapitels im Rahmen der einleitenden „Executive Summary“ lässt erahnen, dass das UK auch nach dem Brexit ein signifikantes Interesse an Kooperationen auf diesen Themenfeldern hat. So erklärt die britische Regierung, dass sie es für sinnvoll erachtet, „cooperative accords [kooperative Vereinbarungen] for science and innovation, culture and education, development and international action, defence research and development, and space“ zu etablieren.⁵

1. Forschung und Wissenschaft

Das bislang umfangreichste Forschungs- und Innovationsprogramm der EU ist das Rahmenprogramm *Horizont 2020*, in das Forschung und Wissenschaft im UK stark involviert sind.⁶ Die Regierung des UK zielt vor allem auf eine Partizipation an diesem Programm, wenn sie eine Kooperation auf den Gebieten „science and innovation“ vorschlägt.⁷ Darüber hinaus strebt sie eine Zusammenarbeit im Rahmen des *Euratom Research and Training Programme* sowie der Projekte *Joint European Torus* und *International Thermonuclear Experimental Reactor* an.⁸ Schließlich ist das UK daran interessiert, an Projekten der EU-Verteidigungsforschung teilzuhaben.⁹

1 Vgl. dazu Will, *Der Brexit und die Forschung in der EU*, OdW 2017, 211 (213 f.).

2 Vgl. Creifelds/Weber/Cassarid, *Rechtswörterbuch*, 22. Aufl. 2017, 274 f.

3 Vgl. in diesem Zusammenhang das Vorwort des Brexit-Ministers Dominic Raab in Weißbuch, S. 3, in dem es heißt: „The White Paper details our proposals (...), setting out a comprehensive vision for the future relationship.“

4 Eine Gesamtwürdigung findet sich bei Ferry/Röttgen/Sapir/Tucker/Wolff, *Europa sollte einen harten Brexit vermeiden*,

FAZ v. 24.7.2018.

5 Weißbuch, S. 10.

6 Will, *Der Brexit und die Forschung in der EU*, OdW 2017, 211 (211 f.); ausführlich zu diesem Programm Bekker, *Horizont 2020 – Das Rahmenprogramm der Europäischen Union für Forschung und Innovation*, OdW 2014, 97 (97 ff.).

7 Weißbuch, S. 78.

8 Weißbuch, S. 78.

9 Weißbuch, S. 80 f.

Das Programm *Horizont 2020* ist grundsätzlich für Staaten außerhalb der EU zugänglich, wobei zwischen zwei Kategorien – assoziierten Staaten und Drittstaaten – unterschieden wird.¹⁰ Das UK favorisiert den Status eines assoziierten Staates, was den Zugang zu den Förderpöften von *Horizont 2020* erleichtern würde, und weist in diesem Zusammenhang auf die Assoziierung von immerhin 16 Staaten, die nicht der EU angehören, hin.¹¹ Mit Blick auf die Forschungsprogramme zur Nuklearenergie verweist die britische Regierung auf ein Abkommen mit der Schweiz, das eine wissenschaftliche und technische Kooperation mit *Euratom* ermöglicht.¹²

Die skizzierten Vorschläge im *Weißbuch* lassen insgesamt einen starken Willen des UK erkennen, die europäische Forschung und Wissenschaft auch nach dem Brexit voranzutreiben. Die britische Regierung bringt ihre grundsätzliche Wertschätzung für die bisherigen Arbeiten auf diesem Gebiet zum Ausdruck, wenn sie konstatiert: „Working in partnership has increased the impact of our scientific activity, leading to major breakthroughs, such as the development of an Ebola vaccine and the discovery of graphene, the toughest material ever tested.“¹³

Die britischen Vorschläge werfen jedoch auch Fragen auf. Zwar erklärt sich UK bereit, „appropriate financial contributions“ für den Fall einer Kooperation in Angelegenheiten der Forschung und Wissenschaft zu leisten;¹⁴ Details eines solchen Finanzierungsmodells werden indes nicht angekündigt. Schwerer wiegt jedoch die Frage nach der Mobilität der an grenzüberschreitenden Forschungsprojekten beteiligten Wissenschaftler. Der in Art. 179 AEUV verankerte europäische Raum der Forschung sieht die Freizügigkeit für Forscher vor. Nach Vollzug des Austritts besitzt diese Vorschrift für UK keine Gültigkeit mehr. Da die Begrenzung der Freizügigkeit eines der zentralen Anliegen des Referendumsentscheids war, verwundert die klare diesbezügliche Positionierung der britischen Regierung im *Weißbuch* nicht: „Free movement of people will end as the UK leaves the EU.“¹⁵ Wenngleich das UK Bereitschaft signalisiert, diese strikte Linie für einzelne Personengruppen aufzuweichen, und die Freizügigkeit als „key element of (...) scientific cooperation“ identifiziert,¹⁶ ist damit zu rechnen, dass es zukünftig schwerer wird, zu Forschungszwecken in das UK zu reisen.

2. Akademische Ausbildung

Im Bereich der grenzüberschreitenden akademischen Ausbildung spielt das am 15. Juni 1987 durch Beschluss des Rates ins Leben gerufene Erasmus-Programm,¹⁷ das 2014 in *Erasmus+* umbenannt und inhaltlich modifiziert wurde, eine tragende Rolle. Aus dem *Weißbuch* geht hervor, dass sich die britische Regierung der Bedeutung des Programms für die universitäre Ausbildung innerhalb Europas bewusst ist.¹⁸ So hebt sie hervor, dass „[t]he UK and the EU should continue to give young people and students the chance to benefit from each other’s world leading universities (...)“. Das Programm *Erasmus+* kennt Programm- und Partnerländer, wobei die beiden Qualifizierungen grundsätzlich unabhängig von der EU-Mitgliedschaft sind.¹⁹ Das UK hätte daher die Möglichkeit, weiterhin an diesem Programm zu partizipieren. Das *Weißbuch* spricht jedoch nur vage von einer Teilnahme an einem nicht näher beschriebenen Nachfolgeprogramm („successor scheme“).²⁰

Es favorisiert offenbar ein „youth mobility scheme“, wie es bereits heute zwischen dem UK und Australien oder Kanada existiert und das die Freizügigkeit von Studierenden gewährleistet.²¹

IV. Fazit

Die Bereitschaft des UK, bestehende Kooperationen in Wissenschaft, Forschung und akademischer Ausbildung fortzuführen, ist grundsätzlich positiv zu bewerten. Das *Weißbuch* stellt insofern eine gelungene Grundlage für die Verhandlungen zwischen EU und UK dar. Allerdings bedarf es bis März 2019 zwingend einer Konkretisierung der noch offenen Fragen, insbesondere der Freizügigkeitsproblematik.

Evelina Will ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Sie dankt Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch herzlich für die Unterstützung bei der Erstellung dieses Berichts.

10 Will, Der Brexit und die Forschung in der EU, OdW 2017, 211 (213 f.).

11 *Weißbuch*, S. 78.

12 *Weißbuch*, S. 78.

13 *Weißbuch*, S. 77 f.

14 *Weißbuch*, S. 77.

15 *Weißbuch*, S. 32.

16 *Weißbuch*, S. 33.

17 Beschluss des Rates vom 15. Juni 1987 über ein gemeinschaftliches Aktionsprogramm zur Förderung der Mobilität von Hoch-

schulstudenten (ERASMUS), 87/327/EWG; ausführlich zur Rolle des UK in dem Programm Will, Der Brexit und die Forschung in der EU, OdW 2017, 211 (212).

18 *Weißbuch*, S. 34, 79.

19 So gehören beispielsweise auch Norwegen und die Türkei zu den Programmländern, vgl. Will, Der Brexit und die Forschung in der EU, OdW 2017, 211 (212).

20 *Weißbuch*, S. 79.

21 *Weißbuch*, S. 34.

Friedrich Paulsen

Die drei Grundtypen der Universitäten in historischer Perspektive¹

Die mannichfachen Formen der gegenwärtigen bestehenden Hochschulen lassen sich auf drei Grundtypen zurückführen: den englischen, den französischen und den deutschen Typus.

Der englische Typus, wie ihn die beiden altherwürdigen Universitäten Oxford und Cambridge darstellen, ist der älteste; in ihm ist die ursprüngliche Form der mittelalterlichen Universität am meisten erhalten, wie denn England überhaupt das konservativste, altes Herkommen am treuesten bewahrende Land in Europa ist. Von hier ist er nach Nordamerika übergegangen. Die Universität ist in diesen Ländern eine autonome Körperschaft; sie regiert sich selbst und unterhält sich aus eigenem, auf Stiftung beruhenden Vermögen; die Staatsregierung hat mit der regelmäßigen Verwaltung nichts zu thun. Die Lebensordnungen sind in den Grundzügen die der mittelalterlichen Universität, Lehrer und Scholaren wohnen in den colleges und halls in einer Art klösterlichen Gemeinschaft beisammen. Auch der Unterricht gleicht nach Inhalt und Form dem Unterricht der alten Universität und ihrer Hauptfakultät, der *facultas artium*. Sein Ziel ist wesentlich eine erweiterte und vertiefte allgemeine Bildung, wie sie für einen Gentleman sich schickt; die eigentlich wissenschaftliche Forschung liegt ebenso wie die fachwissenschaftliche Vorbildung für den praktischen Beruf ausserhalb der regelmäßigen Aufgabe. Unterrichtsgegenstände sind vor allem die allgemein bildenden Wissenschaften: Sprachen, Geschichte, Mathematik, Naturwissenschaften, Philosophie.

Der französische Typus der Hochschule hat sich am weitesten von der alten Form entfernt. Die Revolution zog, wie über so viele andere historische Bildungen, so auch über die freilich längst altersschwachen Universitäten einen Strich, um für einen großen Neubau nach geometrischem Schema Raum zu gewinnen. Erst unter dem Kaisertum kam es zur Ausführung des Neubaus. An die Stelle der alten Universitäten traten isolierte staatliche Fachschulen für die einzelnen Berufe, die einer wissenschaftlichen Vorbildung bedürfen, vor allem Rechtsfakultäten und medizinische Schulen, neben denen die in zwei Hälften, *faculté des lettres* und *des sciences*, gespal-

tene philosophische Fakultät ein mehr als bescheidenes Dasein fristete. Die alte Zusammenfassung der Fakultäten zur Einheit der Universität wurde aufgegeben; selbst der Name der Universität wäre verschwunden, wenn er nicht mit veränderter Bedeutung in der *université de France* erhalten geblieben wäre: er bedeutet hier die grosse, das ganze Land umfassende einheitliche Verwaltungskörperschaft für das Unterrichtswesen, von der Elementarschule bis zur fachwissenschaftlichen Hochschule. Die wissenschaftliche Forschung und die allgemein-wissenschaftliche Ausbildung gehören nicht eigentlich zu ihrer Aufgabe, jene ist Sache der Akademie, diese der Vorbereitungsschule. Erst die dritte Republik hat sich die Wiedervereinigung der Fakultäten zu Universitäten, die mit gewissen korporativen Rechten und Funktionen ausgestattet sind, sowie die Belegung der theoretisch-wissenschaftlichen Studien an ihnen nicht ohne Erfolg angelegen sein lassen.

Der deutsche Typus steht, was die äussere Verfassung anlangt, in der Mitte zwischen dem englischen und dem französischen Typus. Er hat von der ursprünglichen Form mehr behalten als der französische, andererseits hat er den Forderungen der Neuzeit mehr nachgegeben als der englische. Die deutsche Universität ist, wie die französische, Staatsanstalt, sie wird vom Staat errichtet und unterhalten und steht unter der Staatsverwaltung. Doch hat sie nicht unwichtige Stücke der alten korporativen Verfassung sich erhalten: sie besitzt ein gewisses Mass von Selbstverwaltung; sie wählt ihre Behörden, Rektor, Senat und Dekane selbst; sie übt endlich einen bedeutenden Einfluss auf die Besetzung der Lehrstühle aus.

Fasst man das innere Wesen der Universität ins Auge, so tritt als ihr besonderer Charakter hervor, dass sie zugleich Werkstatt der wissenschaftlichen Forschung und Anstalt für den höchsten wissenschaftlichen Unterricht, und zwar sowohl für den allgemein-wissenschaftlichen als auch fach-wissenschaftlichen und beruflichen Unterricht ist. Wie die englischen Universitäten, bieten sie einen erweiterten und vertieften allgemein-wissenschaftlichen Unterricht. Wie die französischen fa-

¹ Aus Friedrich Paulsen, *Die deutschen Universitäten und das Universitätsstudium*, 1902, S. 1ff.

cultés, bietet sie den fachwissenschaftlichen Unterricht für die gelehrten Berufe, nämlich des Geistlichen, des Richters und des höheren Verwaltungsbeamten, des Arztes und des Gymnasiallehrers. Sodann aber ist sie, was die englischen und französischen Hochschulen beide nicht sind, der vornehme Sitz der wissenschaftlichen Arbeit in Deutschland und zugleich die Pflanzschule der

wissenschaftlichen Forschung. Nach deutscher Auffassung ist der Universitätsprofessor zugleich Lehrer und wissenschaftlicher Forscher, und zwar steht letzteres in erster Linie, so dass man eigentlich sagen muss: in Deutschland sind die wissenschaftlichen Forscher zugleich die Lehrer der akademischen Jugend.