

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 3 / 2018

Aufsätze

- Matthias Bode* Zwischen Realität und Utopie: Die „Numerus clausus III“-Entscheidung des BVerfG **173-190**
- Georg Sandberger* Zurück zur Professorenmehrheit
– Anmerkungen zum Gesetz zur Weiterentwicklung des Hochschulrechts vom 13. März 2018 – **191-200**
- Tobias Mandler und
Laura Wegmann* Der Befristungsgrund gem. § 14 Abs. 2 TzBfG im Anwendungsbereich des WissZeitVG **201-212**
- Arne Pautsch* Die Nichtzurechnung der Amtsmitglieder im Senat zur Hochschullehrergruppe – Zu Geltung und Grenzen des demokratischen Repräsentationsprinzips in der Hochschulselbstverwaltung **213-222**
- Elke Luise Barnstedt* Die Verantwortung der Hochschulen für den wissenschaftlichen Nachwuchs **223-238**
- Jürgen Heß* 250. Geburtstag von Wilhelm von Humboldt
Eine Ikonografie mit alternativfaktischer Einfärbung **239-242**

Urteilsbesprechung

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

Ausgegraben

- Gerhard Kaiser* Vorlesung ja oder nein? **251-252**

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,⁶ 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.⁷ 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 Problemberei-

chen Kapazitätsnutzung und Zulassungsverfahren“.⁸ Diese „Politik aus Karlsruhe“⁹ 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.¹⁰

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.¹¹ Dies entsprach dem seit den 1960er Jahren vielerorts vorherrschenden Glauben, dass durch Steuerungsmaßnahmen eine Regulierung des Bildungswesens zum allgemeinen Vorteil möglich und nötig sei.¹² 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.¹³

In der Utopie reflektierte sich die *Dahrendorfsche* Forderung nach dem „Bürgerrecht auf Bildung“,¹⁴ 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“.¹⁵

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.¹⁶ 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

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.).

16 *Bode* (Fn. 3), 349 ff.

viel, um Härte abzumildern; beispielsweise wurde ein sog. besonderes Auswahlverfahren konzipiert, das – an 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.¹⁷

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.¹⁸ 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 Hochschulzugangs-

berechtigung 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.¹⁹

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.²⁰

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.²¹

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,²² teilweise auch als „neues Hochschulzulassungsrecht“ bezeichnet.²³ Es wurde argumentiert, dass die Vergleichbarkeit der Hochschulzugangsberechtigungen schon aufgrund der Vielgestaltigkeit der Bildungswege, die den Hochschulzugang eröff-

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 Hochschulzugangs, WissR 1994, 1 (11 ff.); ders., Hochschulzugang, zentrale Studienplatzvergabe und Hochschulwahlverfahren, WissR 2002, 209

(215 ff.); R. Steinberg/H. Müller, Art. 12 GG, Numerus Clausus und die neue Hochschule, NVwZ 2006, 1113 (1113 f.); 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).
23 K. Hailbronner, Verfassungsrechtliche Fragen des Hochschulzugangs, WissR 1996, 1 (23 ff.); vgl. P. Dallinger, Neuordnung des Hochschulzugangs, WissR 1998, 127 (138 f.).

nen, nicht vorliege. Die notwendige „Wissenschaftlichkeit der Hochschulbildung“ erfordere, dass Hochschulen geeignete Bewerber für ihre Studiengänge (mit-)aussuchen.²⁴ 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.²⁵ Auch die Kultusministerkonferenz (KMK) hielt am „Konzept der allgemeinen Hochschulreife als schulischer Abschlussqualifikation zur Zugangsberechtigung für alle Studiengänge“ fest.²⁶

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.²⁷ 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.²⁸

Soweit das bisherige Zulassungssystem als Zulassungskriterium auf die Note der Hochschulzugangsberechtigung zurückgreift, wendet es zwei unterschiedliche Methoden an: Im Auswahlverfahren der Hochschule 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“ berücksichtigt; 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.²⁹

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.³⁰ 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.³¹ 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.³²

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 schwä-

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. Kuhn/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).

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.

cher, wobei die niedrigsten Auswahlgrenzen bei 2,4, 2,5 und 2,8 lagen. Diese Bewerber hatten neben der Hochschulzugangsberechtigung noch weitere der von den Hochschulen erwünschten Kriterien nachgewiesen. In der Wartezeitquote lag die Zulassungsgrenze bei 14 Halbjahren,³³ 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.³⁴ 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.³⁵

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.³⁶ Im Auswahlverfahren der Hochschulen war durch die lan-

desrechtlich unterschiedlich interpretierte Maßgabe des „maßgeblichen Einflusses“ der Abiturnote ein Teil der Bewerber im Ergebnis recht stark an die Abiturnote gebunden,³⁷ 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,³⁸ 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.³⁹ Sollten

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 eigenverantwort-

lichen 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.

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.

so also über Jahrzehnte die falschen Ärzte ausgebildet worden sein?

Die bisher im Auswahlverfahren angewandten Auswahlkriterien (Gesamtnote der Hochschulzugangsberechtigung, 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,⁴⁰ 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.⁴¹ 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 Chancengleichheit gebiete, „den prinzipiellen Ausschluss ganzer Grup-

pen geeigneter Bewerber durch starre Grenzziehungen zu vermeiden sowie für angemessene Ausweichmöglichkeiten 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 vorzulegenden 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.⁴² 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.

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.

42 Vgl. statt vieler BVerfGE 34, 165 (192 f.); 40, 237 (248 f.); 134, 141 (184); 141, 143 (170).

4. Wesentlichkeitstheorie und Ausgestaltungsbefugnis der Hochschulen

Mit der Entscheidung schrieb das Gericht auch die von ihm maßgeblich geprägte Wesentlichkeitstheorie fort,⁴³ nach der wesentliche, grundrechtsrelevante Fragen nur vom parlamentarischen Gesetzgeber in Gesetzesform getroffen werden dürfen.⁴⁴

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.⁴⁵ „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“ dauere und sei auf maximal 7 Halbjahre zu begrenzen. Entsprechende Limitierungen existieren etwa in Bremen, Schleswig-Holstein und Hamburg.⁴⁶ 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.⁴⁷ 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“.⁴⁸ Dennoch wies das Verfahren in der Praxis keine endgültige Ausschlussmöglichkeit auf, so dass spätestens über die Wartezeit eine Zulassung erfolgen konnte.⁴⁹ 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-

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 rechtfertigt 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); *Deppenheuer* (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.

49 Vgl. hierzu grds. *H. Bethge*, in: J. Isensee/P. Kirchhof, *HdbStR*, Bd. 9, 3. Aufl. 2011, § 203.

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.⁵⁰

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.⁵¹ 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.⁵²

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.⁵³

Die Diskussion über originäre oder absolute Leistungsrechte war in den 1970er Jahren – nicht zuletzt in Wechselwirkung mit den gesellschaftlichen Begleitumständen – en vogue.⁵⁴ 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.⁵⁵

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 Aussagen 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 werden aus Sicht des BVerfG „erhebliche Ungleichheiten hingenommen“. Denn „nach dem derzeitigen Stand der

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.

55 Vgl. m.w.N. *S. Boysen*, Gleichheit im Bundesstaat, 2005.

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.⁵⁶ 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 anderem⁵⁷ 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.⁵⁸

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.⁵⁹ 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.⁶⁰ 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.⁶¹ 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.⁶²

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

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. Reinders, 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).

62 Vgl. KMK, Abiturnoten 2015 (Schuljahr 2014/2015), 9.12.2016, verfügbar unter: www.kmk.org.

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 [...]“⁶³ 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.⁶⁴ 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.⁶⁵

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.⁶⁶ 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.⁶⁷ 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.⁶⁸ 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-

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).

68 Neumann/Nagy/Trautwein/Lüdtke (Fn. 60), 694.

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.⁶⁹ 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 Disziplin⁷⁰ – kaum Untersuchungen existierten, „die verlässliche Schlüsse über länderübergreifende Leistungs- und Bewertungsunterschiede am Ende der gymnasialen Oberstufe“ gestatten.⁷¹ Die – auch international – vergleichende Schulleistungsforschung bildet „den Ankerpunkt“ des neuen Zweiges der Bildungswissenschaft.⁷² 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.⁷³ 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.⁷⁴ „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.⁷⁵

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.⁷⁶ 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.⁷⁷

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.⁷⁸

Aufgrund dieser Befunde war im wissenschaftlichen Fachdiskurs bereits früh die Forderung erhoben worden,

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).

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.

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.⁷⁹ 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“.⁸⁰ 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.⁸¹ 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.⁸² 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, Kompetenzen⁸³ 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.⁸⁴ Vor allem aber sind Kompetenzen vielfältig und situativ, was ihre Vergleichbarkeit erschwert.⁸⁵

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).⁸⁶ Es ist unrealistisch, in einem beruflichen Gymnasium⁸⁷ 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

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 Problemlösungen in variablen Situationen erfolgreich und verantwortungsvoll nutzen zu können“. Vgl. F. E. Weinert, Vergleichende Leistungsmessung in Schulen – eine umstrittene Selbstverständlichkeit, in: ders., Leistungs-

messungen 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.

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.

– 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“⁸⁸ – *Hailbronner* bezeichnet sie als „Krücke“⁸⁹ – und nicht als Ideal angesehen.⁹⁰ 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.⁹¹ 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 den Beschwerdeführern darin recht, dass „das grobe Mittel eines pauschalen Notenausgleichs [...] wenig befriede-

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.“

91 BVerfGE 37, 104 (108 f., 116 ff.).

dig“; da unklar bleibe, ob die Berechnung „auch in jedem Einzelfall wirklich durch sachliche Gründe gerechtfertigt“ sei.⁹²

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.⁹³

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 BVerfG zu ihrer Verfassungsmäßigkeit fort.⁹⁴ Die Entscheidung des BVerwG konnte höchstens formal überzeugen – der Bund setzte sich im Sinne der Rechtsvereinheitlichung durch.⁹⁵ Auf die vom BayVerfGH kritisierte pauschale Bewertung durch den Malus ging sie nicht einmal ein. Politische Folge dieses rechtlichen „Tauschens“ war übrigens die Einführung von Landes-

quoten, ein Weg, den das BVerfG in seiner Entscheidung bereits angedeutet hatte.⁹⁶ 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“.⁹⁷ 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.⁹⁸ Angesichts der erheblich deutlicheren Leistungs- und Benotungsunterschiede

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 Notenwerte 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.

98 R. Watermann/K. Maaz, Studienergebnisse 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.).

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.“⁹⁹ Die Determinanten schulischer Leistungen stellen sich als sehr vielschichtig dar und umfassen individuelle Dispositionen, Unterrichtsfaktoren aber auch elterliches Unterstützungsverhalten.¹⁰⁰ 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.¹⁰¹

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 Zulassungsgesetze. Auch in den übrigen bundesweit zulassungsbe-

schränkten 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.¹⁰²

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. Landarztquote, also einer Quote für Bewerber, die sich verpflichten, nach Abschluss des Studiums eine gewisse

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.).

102 Vgl. M. Martini/J. Ziekow, Die Landarztquote, 2017.

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.¹⁰³ 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 handele 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.¹⁰⁴ Der 2016 unterzeichnete und bereits in zehn Bundesländern ratifizierte Staatsvertrag über die gemeinsame Einrichtung für Hochschulzulassung¹⁰⁵ ist jedenfalls nach der Entscheidung nicht mehr von Relevanz.¹⁰⁶

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 Medizinierenden 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.¹⁰⁷

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“¹⁰⁸ 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* ge-

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 Medizinierende finden?, Berliner Ärzte 4/2018, 14 (14 ff.).

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.

legt. Die Anerkennung der statistischen Realitäten, die Abkehr vom unmittelbaren Anspruch auf den Studienplatz 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 aufgegebene 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,¹⁰⁹ 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“?¹¹⁰ Das Abitur war längst über die Funktion hinausgewachsen, ein Ausweis konkreten 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.¹¹¹

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 Kosten¹¹² 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.

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 Assoziation 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 Juniorprofessur 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 Leitungämter 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 Hagmann, 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 Hochschuleleitung Angehörigen noch die Dekane

als Amtsmitglieder des Senats einer Mitgliedsgruppe zuordnen will. Erweiternd Hagmann, 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 Hagmann, 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. Insofern 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, sol-len, 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 Pro-zent 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 Hochschulseibstverwaltung 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 (können), 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 wurzele 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 wurzele.

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 Einstellungsbedingungen 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/Verwaltungsvereinbarung-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 Arbeitsertrages 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 nur 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

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 Statistisches 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.

werden kann. „Kontinuierliche Nachwuchsförderung in 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 wesentliche 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, Karrierewege 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 Qualifizierung 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 Qua-

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.

lifikation „Promotion“ oder „Habilitation“ sondern vielmehr 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 befristete 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. Grundsätz-

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->

[ni-sterin-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.

lich hat die Rechtsprechung und hier insbesondere das 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 künst-

lerischen 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 Dienstpflichten 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

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.

und ist zeitgemäß, die Erfüllung dieser vertraglichen Verpflichtung in regelmäßigen Mitarbeiter/-innengesprächen 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 Karrierezielen 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 Beschäftigungsbedingungen

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 April 2018.

77 Abzurufen unter: <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/1704-11.pdf>, zuletzt abgerufen am 15.

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-beschaeftigungsverhaeltnisse-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-Württemberg 2015-2020, abzurufen unter: <https://mwk.baden-wuerttemberg.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 Sachsen⁹⁶, 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

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 Wissenschaftszeitvertragsgesetz, 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 Augsburgere 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_juniorprofessor.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 Aas.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 Berufsungs-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 Bereicherten 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 BleibeLeistungsbezügen 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 BleibeLeistungsbezüge 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 BleibeLeistungsbezüge zu gewähren. Diese Vergabegrundsätze sehen ferner vor, dass auch BleibeLeistungsbezüge in der Regel als laufende monatliche Zahlung gewährt werden. Ist das der Fall, kommt eine Rückzahlung bei einem Hochschulwechsel nicht in Betracht.

b) Ist bei den gewährten BleibeLeistungsbezügen

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.

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 zurückerstatte muss. Von einem ähnlichen „Invest“ wäre bei einer Hochschule auszugehen, die einem von einer anderen Hochschule umworbenen Professor eine – nicht leistungsbezogene – Bleibezulage 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 Bleibezulagen eine dreijährige Bindungsdauer rechtfertigen,²¹ im Rahmen der Interessenabwägung muss, wie im Arbeitsrecht auch, die Abwicklung der Rückzahlungspflicht 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 Lammsgeduld,

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.

