

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

**Jahrgang 2016**

ISSN 2197-9197

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

**Jahrgang 2016**

**Herausgeber**

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

*Professor Dr. Thomas Würtenberger,*

*Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht der Universität Freiburg,*

*Dr. Cornelia Feldmann, Rechtsanwältin in Freiburg*

**in Verbindung mit**

*Dr. Nikolaus Blum, Kaufmännischer Geschäftsführer des Helmholtz Zentrums München*      *Wiss. Ang. Dr. Christian Picker, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München*

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

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

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

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

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

ISSN 2197-9197

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

## Impressum

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

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

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

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

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2016

## Aufsätze

- I. *Thomas Würtenberger* Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der Hochschulleitung im Landeshochschulgesetz von Baden-Württemberg **1-18**
- II. *Hartmut Maier* Härtefall und Nachteilsausgleich bei der Vergabe von Studienanfängerplätzen – Rechtsrahmen und Grundstrukturen der Anwendung – **19-32**
- III. *Tobias Mandler und Markus Meißner* Entwurfsdiskussion WissZeitVG – Möglichkeiten, Einschränkungen, Verbesserungspotential **33-50**
- IV. *Uwe Blaurock und Johanna Hennighausen* Der Europäische Verbund territorialer Zusammenarbeit (EVTZ) als Rahmen universitärer Kooperation **73-84**
- V. *Volker M. Haug* Die Gemeinsame Wissenschaftskonferenz (GWK): Das zentrale Steuerungsorgan der nationalen Wissenschaftsförderung **85-93**
- VI. *Georg Sandberger* Governance-Modelle für nicht staatliche Hochschulen - zum Akkreditierungsleitfaden des Wissenschaftsrates **95-112**
- VII. *Sebastian Schmuck* Promotion und Straftaten 113-126 Wirtschaftsausschüsse bei Hochschulen und Universitätsklinika? **75-80**
- VIII. *Joachim von Barga* Konsensuale Konfliktlösung auf dem Campus Mediation in öffentlich-rechtlichen Hochschulen **139-152**

ISSN 2197-9197

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

## Jahresverzeichnis 2016

### Aufsätze

- IX. Manfred Löwisch*    Forschung und Vergaberecht **153-160**
- X. Felicitas Holzer*    International Patent Regimes and Access to Medicines: Is the Health Impact Fund an Effective Solution? **161-168**
- XI. Andreas Schubert und Sarah Tarantino*    Weisungsrecht und Forschungsfreiheit **169-180**
- XII. Max-Emanuel Geis*    Das Bundesverfassungsgericht zur Akkreditierung **193-202**
- XIII. Thomas Würtenberger und Axel Krohn*    Abwahl des Rektors einer Hochschule – Beschluss des VGH Baden-Württemberg vom 26.2.2016 **203-210**
- XIV. Matthias Toepfer*    Bringt die „im besten Sinne bürgerliche Koalition“ auch eine sinnvolle Hochschulpolitik? – Bewertung des Koalitionsvertrages 2016 – 2021 **211-216**
- XV. Tobias Mandler*    Drittmittelverwaltung und -befristung im Verbund zwischen Land, Universität, Medizinischer Fakultät und Universitätsklinikum in Baden-Württemberg **217-228**

### Anmerkungen zur Rechtsprechung

- I. Frank Wertheimer*    Schadensersatzanspruch bei fehlerhaft durchgeführtem Berufungsverfahren – OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 22.7.2014, 6 A 815/11 **51-56**

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

## Jahresverzeichnis 2016

*II. Tobias Mandler  
und Markus Meißner* Der persönliche Anwendungsbereich des  
WissZeitVG – Anmerkung zu BAG Urteil  
vom 29. April 2015 – 7 AZR 519/13 **127-130**

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

### **Buchvorstellungen**

*I. Philip Dylla* Wer oder was beherrscht die Stiftung? – Buch-  
vorstellung der Dissertation „Die Weisungs-  
funktion des Stiftungszwecks“ **63-70**

*II. Susanne Lutz* Übersicht über die WissZeitVG-Kommentare  
**131-134**

*III. Markus Meißner* Entstehung und Entwicklung des  
Hochschulbefristungsrechts **181-186**

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

### **Berichte**

*I. Benjamin Rätz* LL.M. in Japan: Graduiertenstudium  
an der Universität Nagoya **57-62**

*II. Volker M. Haug* Exzellenzinitiative zum Dritten! **187-190**

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2016

## Information

*Manfred Löwisch* Konstanzer Juristenfakultät verweigert sich  
der Pflicht zur Zweitveröffentlichung **135-136**

## Ausgegraben

*I. Edmund Merkel* Mit Trompeten und Doktorschmaus  
– Promotionsfeiern in alter Zeit – **71-72**

*II. Carl Theodor Welcker* Studirfreiheit **137-138**

*III. Johann Wolfgang von Goethe  
und Heinrich Leopold Wagner* Rezensent und Autor **191-192**

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



# Thomas Würtenberger

## Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der Hochschulleitung im Landeshochschulgesetz von Baden-Württemberg

Die baden-württembergische Hochschulreformgesetzgebung hat in den vergangenen 20 Jahren ein neues Steuerungsmodell für das Verhältnis des Landes zu seinen Hochschulen entwickelt. Dieses überträgt in einem ersten Schritt bislang vom Land wahrgenommene hochschulrechtliche Aufgaben auf die Hochschulen. Wesentliche Bereiche sind die „Delegation von Entscheidungszuständigkeiten auf die Hochschulen, Aufhebung von Zustimmungsvorbehalten und Tatbeständen der Fachaufsicht sowie der Einstieg in eine Haushaltsglobalisierung und leistungsbezogene Mittelverteilung“.<sup>1</sup> Rektorat und Dekanat werden hierbei *ganz wesentlich gestärkt*, das Rektorat ist zudem *professionalisiert* worden. Ihnen obliegt nun als *Leitungsorganen* in diesen Bereichen die Wahrnehmung von Aufgaben, die das Land bisher in seiner Verantwortung für die Hochschulen vollzogen hat.

Verfassungsrechtlich ebenso wie politisch ist es nicht zugänglich, dass sich das Land zu weitgehend aus seiner Verantwortung für die Hochschulentwicklung zurückzieht. Die Hochschulreform in Baden-Württemberg hat daher in einem zweiten Schritt das alte *hierarchische durch ein neues kooperatives Steuerungsmodell* abgelöst. In diesem kooperativen Steuerungsmodell erhalten zwar das Rektorat und das Dekanat neue, bisher vom Land wahrgenommene Kompetenzen. In wichtigen Bereichen, wie etwa der Struktur- und Entwicklungsplanung oder bei der Bestellung und Abberufung der hauptamtlichen Leitungsorgane, erfolgt nunmehr eine kooperative,

auf Verständigung angelegte Kompetenzausübung gemeinsam mit dem Land.

Dieses neue Steuerungsmodell ist, wie auch die Steuerungsmodelle anderer Bundesländer, auf den Prüfstand verfassungsgerichtlicher Kontrolle gestellt worden. Mit einer Gesetzesverfassungsbeschwerde zum Staatsgerichtshof Baden-Württemberg ist die Verfassungswidrigkeit der im Landeshochschulgesetz (LHG) in der Fassung des Dritten Gesetzes zur Änderung hochschulrechtlicher Vorschriften (Drittes Hochschuländerungsgesetz)<sup>2</sup> geregelten Hochschulorganisation gerügt worden.<sup>3</sup> Die angegriffenen Vorschriften betreffen die enumerative Aufzählung der Zuständigkeiten des Rektors, die Wahl und die Abberufung der hauptamtlichen Rektorsmitglieder, die Zuständigkeiten des Senats sowie die Regelung dessen Amtsmitglieder, einzelne Zuständigkeiten des Dekans, die Wahl sowie die Abwahl des Dekans sowie die Beratungskompetenz des Fakultätsrates. Alle diese Vorschriften werden für unvereinbar mit Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gehalten, der über Art. 2 Abs. 1 Landesverfassung Baden-Württemberg (LVerf) zur Anwendung gelangt.<sup>4</sup>

Dies ist Anlass, sich mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Maßstäben einer grundgesetzkonformen Hochschulorganisation zu befassen (I.) und anhand dieser Maßstabsbildung nach der Verfassungskonformität des Hochschulorganisationsrechts in Baden-Württemberg (II.) zu fragen.

Dieser Beitrag beruht auf Überlegungen des Verfassers, die in einem Rechtsgutachten für die Landesrektorenkonferenz Baden-Württemberg entwickelt wurden.

1 Vgl. den eindrucksvollen Überblick über Einzeländerungen bei Haug, Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2009, Einführung, Rn. 4 ff.; Sandberger, Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2015, Einl. Rn. 5; König, Länderstudie Baden-Württemberg, in: Institut für Hochschulforschung an der Universität Halle-Wittenberg (Hg.), Steuerungsinstrumente auf der Ebene Land-Hochschule, 2007, S. 40 ff.; In der Smitten/Jaeger, Ziel- und Leistungsvereinbarungen als Instrument der Hochschulfinanzierung, in: HIS. Forum Hochschule 16/2012.

2 Vom 1. April 2014, GBl. S. 99.

3 StGH BW Az. 1VB 16/15.

4 Auf die Frage, in welchem Verhältnis die Grundrechte des Art. 5 Abs. 3 GG zum landesverfassungsrechtlichen, über Art. 2 Abs. 1 LVerf rezipierten Grundrecht der Wissenschafts-, Forschungs- und Lehrfreiheit steht, wird nicht eingegangen. Vgl. hierzu StGH BW, Urteil vom 17.6.2014, 1 VB 15/13, S. 79 f. des Umdrucks; Vofßkuhle, Die Landesverfassungsgerichtsbarkeit im föderalen und europäischen Verfassungsverbund, in: Jahrbuch des Öffentlichen Rechts, Bd. 59 (2011), S. 215, 229 ff.; Dietlein, Die Rezeption von Bundesgrundrechten durch Landesverfassungsrecht, AöR 120 (1995), S. 1 ff.; Nordmann, „Rezipierte“ Grundrechte für Schleswig-Holstein, NordÖR 2009, 97, 99 ff.; Löwer, Das Selbstverwaltungsrecht der Hochschulen nach Landesverfassungsrecht als Erscheinungsform funktionaler Selbstverwaltung, in: Festschrift für Wendt, 2015, S. 285 ff.

### I. Zur Ausdifferenzierung der verfassungsrechtlichen Vorgaben für das Hochschulorganisationsrecht am Maßstab des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG durch das Bundesverfassungsgericht

In seinem Urteil zum niedersächsischen Vorschaltgesetz hat das Bundesverfassungsgericht vor über 40 Jahren eine Organisation der Hochschulen gefordert, die das individuelle Grundrecht der freien wissenschaftlichen Betätigung so weit als möglich verwirklicht.<sup>5</sup> In der Folgezeit blieben Verfassungsbeschwerden gegen die Hochschulorganisation meist erfolglos. Das neue Modell der Hochschulorganisation mit starken, oftmals monokratischen Leitungsorganen an der Spitze der Hochschule und auf Ebene der Fachbereiche<sup>6</sup> hat allerdings zu Gesetzesverfassungsbeschwerden geführt, denen das Bundesverfassungsgericht durch eine differenzierte Fortentwicklung der Partizipationsrechte von Vertretungsorganen an Leitungsentscheidungen der Hochschule in einem begrenztem Umfang abgeholfen hat.

Will man den Stand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben für gesetzliche Regelungen der Kompetenzen der Hochschulleitung bestimmen, so darf nicht an einer einzelnen oder einigen wenigen Entscheidungen angesetzt werden. Aufgabe ist vielmehr, induktiv aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu diesem Problembereich jene verfassungsrechtlichen Maßstäbe herzuleiten, die die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung leiten.<sup>7</sup> Die Verfassungsmäßigkeit von Regelungen der hochschulrechtlichen Leitungsebene bestimmt sich nach folgenden verfassungsrechtlichen Rahmenseetzungen, die das Bundesverfassungsgericht<sup>8</sup> in seiner jüngeren Rechtsprechung vorgegeben hat:

#### 1. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG als objektive Grundsatznorm

Wissenschaft als ein von Fremdbestimmung freier Raum autonomer Verantwortung bedarf eines umfänglichen rechtlichen Schutzes. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet

nicht allein ein Abwehrrecht gegen Eingriffe in die Freiheit von Forschung und Wissenschaft. Er ist zugleich eine *objektive wertentscheidende Grundsatznorm*<sup>9</sup>, die rechtlicher Ausgestaltung bedarf. Diese zielt darauf, dass der Staat durch geeignete organisatorische Maßnahmen für die Funktionsfähigkeit der Institutionen eines freien Wissenschaftsbetriebes sorgt und dabei den Wissenschaftlern die „Teilhabe am Wissenschaftsbetrieb“<sup>10</sup> ermöglicht. Dabei hat der Gesetzgeber dafür Sorge zu tragen, dass das Grundrecht auf freie wissenschaftliche Betätigung *nur durch konkurrierende Grundrechte* der verschiedenen Beteiligten sowie durch die von den *Universitäten zu verfolgenden legitimen Aufgaben*, vor allem der Berufsausbildung, *begrenzt* wird.<sup>11</sup>

#### 2. Der grundsätzlich weite Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Regelung des Hochschulorganisationsrechts

Der demokratisch legitimierte Gesetzgeber verfügt bei der Regelung des Hochschulorganisationsrechts grundsätzlich über einen weiten Gestaltungsspielraum. An überkommene Modelle des Hochschulorganisationsrechts ist er nicht gebunden.<sup>12</sup> Gemäß seiner jeweiligen hochschulpolitischen Auffassung regelt er die Binnenorganisation von Hochschulen, die Legitimation und Verantwortung der einzelnen Hochschulorgane, die Bewirtschaftung der Hochschulhaushalte und anderes mehr.

#### 3. Verwirklichung der Wissenschaftsfreiheit in einem rechtlichen Gesamtgefüge strukturell freier wissenschaftlicher Betätigung und Aufgabenerfüllung

Wissenschaftsfreiheit muss sich in einem *organisationsrechtlichen Gesamtgefüge* entfalten, „in dem Entscheidungsbefugnisse und Mitwirkungsrechte, Einflussnahme, Information und Kontrolle durch die wissenschaftlich Tätigen so beschaffen sind, dass Gefahren für die Freiheit von Forschung und Lehre vermieden werden“.<sup>13</sup> Diese grundrechtlich gebotene Sicherung der Wissenschaftsfreiheit verlangt organisationsrechtliche Regelun-

5 BVerfGE 35, 79 ff.

6 Sandberger, Die Neuordnung der Leitungsorganisation der Hochschulen durch die Hochschulrechtsnovellen der Länder, *WissR* 44 (2011), S. 118 ff., 131 (zur Begrenzung der Zuständigkeiten der Hochschulsenate); kritisch zu dieser Entwicklung Löwer, „Starke Männer“ oder „starke Frauen“ an der Spitze der Universität?, in: Ruffert (Hrsg.), *Recht und Organisation*, 2003, S. 25, 30 ff.

7 Grundlegend zu dieser induktiven Methode: Tanneberger, *Die Sicherheitsverfassung*, 2014, S. 56 ff.

8 BVerfG Beschluss vom 26.10.2004, 1 BvR 911/00, 927/00, 928/00; BVerfG Beschluss vom 20.7.2010, 1 BvR 748/06; BVerfG Beschluss vom 24.6.2014, 1 BvR 3217/07; BVerfG Beschluss vom 12.5.2015, 1 BvR 1501/13, 1682/13; zusammenfassende Darstellung und Würdigung bei Miechelsen, *Hochschulorganisation und Wissenschaftsfreiheit*, 2013, S. 68 ff., 82 ff.; ausführlich zur Verfas-

sungskonformität von neuen Kompetenzen für die Hochschulleitung; Fehling, *Neue Herausforderungen an die Selbstverwaltung in Hochschule und Wissenschaft*, *Die Verwaltung* 35 (2002), 399 ff.; Görisch, *Wissenschaftsfreiheit und Hochschulmanagement*, *DÖV* 2003, 583 ff.; Smedding, *Die deregulierte Hochschule*, *DÖV* 2007, 269 ff.

9 BVerfGE 35, 79, 112; BVerfG 1 BvR 748/06 Rn. 88, - st. Rspr.; Mager, *Freiheit von Forschung und Lehre*, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 166 Rn. 21 ff.

10 Zu dieser Teilhabeseite der Wissenschaftsfreiheit: BVerfG 1 BvR 1501/13, 1682/13, Rn. 68.

11 BVerfG 1 BvR 748/06 Rn. 88.

12 BVerfGE 35, 79, 116, 120; BVerfG 1 BvR 748/06 Rn. 93.

13 BVerfG 1 BvR 1501/13, 1682/13 Rn. 68.

gen, kraft derer die in der Hochschule tätigen Wissenschaftler über ihre Vertretungen in den Gremien Gefährdungen der Wissenschaftsfreiheit abwehren und ihre Vorstellungen einer gelebten Wissenschaftsfreiheit in die Hochschulorganisation einbringen können. Demgemäß müssen die Regelungen der hochschulinternen Willensbildung die Voraussetzungen dafür schaffen, dass in der Hochschule freie Wissenschaft ungestört betrieben werden und *wissenschaftsinadäquate Entscheidungen vermieden* werden.<sup>14</sup>

In dieser Perspektive geht es nicht allein um Einzelregelungen, die möglicherweise die Wissenschaftsfreiheit beeinträchtigen könnten. Es geht vielmehr um eine Gesamtsicht auf das *hochschulrechtliche Gesamtgefüge* mit seinen unterschiedlichen Entscheidungskompetenzen, mit seinem verfahrensrechtlich geordneten Zusammenspiel von Leitungs- und Vertretungsorganen sowie dem Land und nicht zuletzt mit all seinen unterschiedlichen Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten.<sup>15</sup> Dieses äußerst komplexe Gesamtgefüge ist von checks and balances gegenseitiger Kontrolle ebenso wie von vertrauensvoller wissenschaftsadäquater Zusammenarbeit bestimmt. Die Finalität des baden-württembergischen Hochschulorganisationsrechts zielt, wie in Folgendem entwickelt, auf ein wissenschaftsadäquates Hochschulorganisationsrecht, das den Leitungsorganen jene Kompetenzen gibt, derer die Hochschulführung zur Bewältigung der vielfältigen Aufgaben bedarf, und das den Vertretungsorganen jene Mitwirkungs- und Einflussmöglichkeiten gibt, derer gelebte Wissenschaftsfreiheit in der Hochschule bedarf.

Um dies weiter zu präzisieren: Organisationsnormen sind dann nicht mehr mit Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG vereinbar, wenn die freie wissenschaftliche Betätigung und Aufgabenerfüllung strukturell gefährdet erscheint, weil wissenschaftsinadäquate Entscheidungen zu befürchten sind.<sup>16</sup> Eine solche strukturelle Gefährdung wird ausgeschlossen, wenn im „*wissenschaftsorganisatorischen Gesamtgefüge*“ ein hinreichendes Maß an Mitwirkung von Wissenschaftlern an der Planung der Hochschulentwicklung und einzelner Hochschuleinrichtungen, an allen den Wissenschaftsbetrieb prägenden Entscheidungen über die Organisation und den Haushalt sowie am hochschulinternen Satzungsrecht besteht. Die Wichtigkeit der zu treffenden Entscheidung für die Verwirklichung von Wissenschaftsfreiheit spielt bei den erforderlichen Abwägungen naturgemäß eine zentrale Rolle.

Leitgedanke ist dabei, die Wissenschaftler nicht allein vor *wissenschaftsinadäquaten Entscheidungen* zu schützen. Sie sollen darüber hinaus *ihre fachliche Kompetenz* zur Verwirklichung der Wissenschaftsfreiheit in die Hochschule einbringen können.

Für das Hochschulorganisationsrecht ist seit jeher die Absichtung von *Leitungsorganen* und *Vertretungsorganen* unter Beteiligung von Wissenschaftlern strukturprägend. Ein Vorrang von Vertretungsorganen gegenüber Leitungsorganen besteht nicht. Der Gesetzgeber ist nicht daran gehindert, den Leitungsorganen umfangreiche Kompetenzen im Wissenschaftsbereich einzuräumen.<sup>17</sup> „Die Zuweisung von Entscheidungsbefugnissen an Leitungsorgane darf jedoch nur in dem Maße erfolgen, wie sie inhaltlich begrenzt und organisatorisch so abgesichert ist, dass eine strukturelle Gefährdung der Wissenschaft ausscheidet.“<sup>18</sup> Im hochschulrechtlichen Gesamtgefüge müssen „Entscheidungsbefugnisse und Mitwirkungsrechte, Einflussnahme, Information und Kontrolle so beschaffen“ sein, dass Gefahren für die Freiheit von Forschung und Lehre vermieden werden.“<sup>19</sup>

Aus diesen grundsätzlichen Erwägungen folgen nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts gewichtige Selbstverwaltungskompetenzen und Partizipationsmöglichkeiten von Vertretungsorganen im Hochschulbereich, die vom Gesetzgeber zu berücksichtigen sind:

(1) Die Beteiligung der Wissenschaftler kann in unterschiedlichen Formen geschehen, nämlich durch „unmittelbare oder mittelbare Einflussnahme, Entscheidungs-, Veto-, Mitwirkungs- oder Anhörungsrechte, Aufsichts-, Informations- oder Kontrollrechte“.<sup>20</sup> Die Einräumung derartiger Beteiligungsrechte, in Einzelbereichen differenziert nach der jeweiligen Wissenschaftsrelevanz, ist in der Lage, strukturellen Gefährdungen der Wissenschaftsfreiheit entgegenzuwirken.

(2) Es kann erforderlich sein, die Wissenschaftler nicht bloß auf Stellungnahmen zu wissenschaftsrelevanten Entscheidungen zu verweisen, sondern ihnen auch das Recht einzuräumen, ihre Auffassungen bei derartigen Entscheidungen durchzusetzen.

(3) Die Bestellung und auch die Abberufung von Leitungsorganen sind als effektive Einfluss- und Kontrollinstrumente einem plural zusammengesetzten Vertretungsorganen zuzuweisen. Wenn in verfassungsrechtlich noch zulässiger Weise wissenschaftsrelevante Entscheidungsbefugnisse den Selbstverwaltungsorganen entzogen werden sollen, gilt folgende je desto-Formel: „Je

14 BVerfG 1 BvR 911/00, 927/00, 928/00 Rn. 156.

15 BVerfG 1 BvR 748/06 Rn. 92; BVerfG 1 BvR 911/00, 927/00, 928/00 Rn. 158.

16 BVerfG 1 BvR 748/06 Rn. 92.

17 BVerfG 1 BvR 748/06 Rn. 95.

18 BVerfG 1 BvR 3217/07 Rn. 60; BVerfG 1 BvR 748/06 Rn. 97.

19 BVerfG 1 BvR 3217/07 Rn. 57.

20 BVerfG 1 BvR 911/00, 927/00, 928/00 Rn. 160.

mehr, je grundlegender und je substantieller wissenschaftsrelevante personelle und sachliche Entscheidungsbefugnisse dem kollegialen Selbstverwaltungsorgan entzogen und einem Leitungsorgan zugewiesen werden, desto stärker muss im Gegenzug die Mitwirkung des Selbstverwaltungsorgans an der Bestellung und Abberufung dieses Leitungsorgan und an dessen Entscheidungen ausgestaltet sein.<sup>21</sup> Oder anders formuliert: „Je höher Ausmaß und Gewicht der den Leitungspersonen zustehenden Befugnisse sind, desto eher muss die Möglichkeit gegeben sein, sich selbstbestimmt von diesen zu trennen.“<sup>22</sup>

(4) Die Orientierung des Gesetzgebers an einer zweckmäßigen und effizienten Hochschulorganisation ist damit begrenzt: In wissenschaftsrelevanten Angelegenheiten muss von ihm ein *hinreichendes Maß*<sup>23</sup> an Mitwirkung der Wissenschaftler an wissenschaftsrelevanten Entscheidungen der Leitungsorgane garantiert sein. Unter dieser Voraussetzung ist er frei, „den Wissenschaftsbetrieb nach seinem Ermessen zu regeln, um die unterschiedlichen Aufgaben der Wissenschaftseinrichtungen und die Interessen der daran Beteiligten in Wahrnehmung seiner gesamtgesellschaftlichen Verantwortung in angemessenen Ausgleich zu bringen.“

#### 4. Konkretisierung dieser wissenschaftsrelevanten verfassungsrechtlichen Rahmenseetzungen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Die vorstehend zusammengefassten wissenschaftsrelevanten verfassungsrechtlichen Rahmenseetzungen an die Leitungsstrukturen von Hochschulen sind sehr allgemein formuliert. Was „ein hinreichendes Maß an Mitwirkung der wissenschaftlich Tätigen an wissenschaftsrelevanten Entscheidungen von Leitungsorganen“ sein kann, welchen Spielraum die je desto-Formel bei der Austarierung von wissenschaftsrelevanten Entscheidungen, die Leitungs- oder Vertretungsorgan zugewiesen werden, belässt, was unter einem organisatorischen Gesamtgefüge, das die Wissenschaftsfreiheit strukturell gefährdet, zu verstehen ist, ist einer weiteren Konkretisierung bedürftig. Nur dadurch lässt sich jene Rechtssicherheit stiften, an der sich der Hochschulgesetzgeber orientieren kann. Eine derartige Konkretisierung der weitgehend formelhaften Vorgaben kann mit Blick auf die vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Einzelfälle und damit auf das Fallrecht erfolgen:

(1) Verfassungsrechtlich statthaft ist, den Beschluss über den Entwicklungsplan einer Hochschule dem Leitungsorgan zu übertragen, soweit dem Senat die Befugnis zur Entscheidung über die Grundzüge der Entwicklungsplanung zugewiesen ist.<sup>24</sup>

(2) Die Entscheidung über die Errichtung, Änderung und Aufhebung von Organisationseinheiten samt der Festlegung ihrer Aufgaben und Organisationsstrukturen kann nur unter ausschlaggebender Beteiligung des Senats mit seinem *gefächerten Sachverstand*, also mit dessen Einvernehmen, getroffen werden.<sup>25</sup>

(3) Die Entscheidung über den Wirtschaftsplan sowie über die Aufteilung der Sach-, Investitions- und Personalbudgets auf die Organisationseinheiten sind wegen der Angewiesenheit von Forschung und Lehre auf Ressourcen wissenschaftsrelevant.<sup>26</sup> Hier kann der Gesetzgeber die Mittelverwendung rechtlich regeln, wobei dem Schutz der Wissenschaftsfreiheit Rechnung zu tragen ist. Soweit bei der *Budgetaufteilung tiefgreifende wissenschaftsrelevante Entscheidungen* zu treffen sind, bedarf es der Mitwirkung des Senats.<sup>27</sup>

(4) Das Dekanat kann zur Verteilung von Stellen und Mitteln ermächtigt sein. Dies daher, da derartige Allokationsentscheidungen, sollten sie von den Betroffenen Hochschullehrern selbst getroffen werden, wegen mangelnder persönlicher Distanz fehlerbehaftet sein können. Allerdings muss eine umfassende Kompetenz zur Verteilung von Stellen und Mitteln hinreichend kontrolliert und umgrenzt sein.<sup>28</sup>

(5) Die Organisation und Weiterentwicklung von Forschung und Lehre, etwa durch die Bildung von Schwerpunkten, hat unter wesentlicher Beteiligung des Senats zu erfolgen.<sup>29</sup>

(6) Für die Bestellung einer mit weit reichenden Befugnissen ausgestatteten Hochschulleitung bedarf es eines *Findungsverfahrens*, in dem Mitwirkungsrechte der Wissenschaftler gesichert sind. Denn in der Findungskommission wird bereits darüber entschieden, wer überhaupt für die Hochschulleitung infrage kommt. Im hochschulrechtlichen Gesamtgefüge muss die Mitwirkung der Wissenschaftler an der Findung von Leitungsorganen gewichtig sein, damit Gefährdungen der Wissenschaftsfreiheit ausgeschlossen werden.<sup>30</sup> Am zu fordernden Stimmgewicht würde es fehlen, wenn lediglich zwei von elf stimmberechtigten Mitgliedern in der Findungskommission vom Senat bestimmt werden und

21 BVerfG 1 BvR 3217/07 Rn. 60.

22 BVerfG 1 BvR 3217/07 Rn. 60.

23 So ausdrücklich BVerfG 1 BvR 911/00, 927/00, 928/00 Rn. 159, hier auch das folgende Zitat.

24 BVerfG 1 BvR 3217/07 Rn. 67.

25 BVerfG 1 BvR 3217/07 Rn. 69.

26 So bereits BVerfGE 35, 79, 123; 61, 260, 279.

27 BVerfG 1 BvR 3217/07 Rn. 70 ff.

28 BVerfG 1 BvR 748/06 Rn. 113.

29 BVerfG 1 BvR 3217/07 Rn. 76 f.

30 BVerfG 1 BvR 3217/07 Rn. 84.

dem Leitungsorgan gewichtige wissenschaftsrelevante Befugnisse zugewiesen sind.

(7) „Im Gesamtgefüge der Hochschulorganisation kommt der Möglichkeit des Vertretungsorgans, sich von einem Leitungsorgan zu trennen, umso größere Bedeutung zu, je mehr wissenschaftsrelevante Befugnisse diesem zugewiesen und dem Vertretungsorgan entzogen sind.“<sup>31</sup> Dabei ist entscheidend, mit welchem Quorum der Senat die Entlassung eines Leitungsorgans veranlassen kann. Wie auch in vergleichbaren Fällen ist ein besonderes Quorum statthaft, damit nur bei erheblichem Vertrauensverlust eine Abberufung auf den Weg gebracht werden kann. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts stößt es auf erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken, wenn die Wissenschaftler in dem Vertretungsorgan das Quorum nicht erreichen können und die Entlassung im Übrigen an eng gefasste sachliche Voraussetzungen geknüpft wird.<sup>32</sup>

## II. Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der Kompetenzen der Leitungsorgane

Bei den folgenden Überlegungen steht nicht allein im Mittelpunkt, dass das LHG die Kompetenzen der Leitungsorgane in verfassungskonformer Weise regelt. Von zentraler Bedeutung ist zudem die Praxis, *dass und wie* nämlich die hochschulrechtlichen Vorschriften in Baden-Württemberg in *verfassungskonformer* Weise praktiziert und vollzogen werden.<sup>33</sup>

### 1. Hochschulautonomie und Wissenschaftsfreiheit à la carte

Zu den Besonderheiten der Hochschulreform in Baden-Württemberg gehört, dass die Hochschulen in einzelnen Bereichen autonom über die Gestaltung der Wissenschaftsfreiheit entscheiden können. Diese *Organisationsautonomie* gilt etwa, um nur zwei Bereiche zu nennen, für die Gestaltung der Zusammensetzung des Universitätsrates und für die Zusammensetzung des Dekanats bzw. des Rektorats jeweils durch Regelungen in der Grundordnung (§ 23 Abs. 1 S. 2 bzw. § 16 Abs. 1 S. 2 LHG). Hinsichtlich der Zusammensetzung des Universitätsrates können die Hochschulen kraft ihrer Grundordnungautonomie bestimmen, dass auch hochschulinterne Mitglieder Sitz und Stimme haben (§ 20 Abs. 5 S. 3 LHG). Sie haben also die Autonomie, durch Regelung in der Grundordnung den Universitätsrat für eine Mitentscheidung

durch Wissenschaftler und damit Mitglieder der Universität zu öffnen. Es sind Fälle bekannt, in denen sich der Senat erfolgreich gegen Pläne des Rektorats durchgesetzt hat, für den Hochschulrat nur externe Mitglieder vorzusehen.

Soweit die Grundordnung dies vorsieht können neben dem Dekan vier weitere Prodekane, neben dem Rektor fünf weitere Prorektoren gewählt werden. Bei einem Dekanat mit fünf und bei einem Rektorat mit sechs Mitgliedern lässt sich bereits davon sprechen, dass ein *interner (Wissenschafts-)Pluralismus* von Auffassungen über die Verwirklichung von Wissenschaftsfreiheit und die Gestaltung der Hochschule besteht. Gerade ein solcher Pluralismus sichert wissenschaftsadäquate Entscheidungen besser, als wenn sich das Leitungsgremium lediglich aus zwei oder drei Personen zusammensetzt. Derartige Leitungsgremien jedoch, zum Teil auch monokratische Leitungsgremien, waren bislang Gegenstand von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu Fragen einer wissenschaftsfreiheitskonformen Gestaltung des Hochschulorganisationsrechts.<sup>34</sup>

Nach dem baden-württembergischen Hochschulorganisationsrecht haben die Hochschulen also die Möglichkeit, bei ihrer rechtlichen Regelung der Zusammensetzung von Leitungsorganen den Bereich der Wissenschaftsfreiheit sozusagen à la carte zu verwirklichen. Zu ihrer Hochschulautonomie und Wissenschaftsfreiheit gehört, über so zentrale Fragen wie der personellen bzw. zahlenmäßigen Zusammensetzung ihrer Leitungsgremien zu entscheiden. Wenn eine Hochschule diese Möglichkeiten der Ausdehnung von Repräsentation durch Wissenschaftler nicht wahrnimmt, kann diese autonome Gestaltung kein Verstoß gegen die verfassungsrechtlich geschützte Wissenschaftsfreiheit sein. Zur Ausübung seiner Autonomie kann eben niemand, auch keine Institution, gezwungen werden. Bei der verfassungsrechtlichen Würdigung der organisationsrechtlichen Regelungen des LHG lässt sich daher mit guten Gründen davon ausgehen, welche Möglichkeiten die Hochschulen bei der Repräsentation durch Wissenschaftler generell ausschöpfen können.

### 2. Verfassungsmäßigkeit der Kompetenzen des Dekanats nach § 24 Abs. 3 S. 6 Nrn. 2, 3, 4, 5 LHG

Nach § 23 Abs. 1 S. 1 LHG leitet das Dekanat die Fakultät. Soweit das Landeshochschulgesetz nichts anderes regelt, ist das Dekanat für alle Angelegenheiten der Fakultät

31 BVerfG 1 BvR 3217/07 Rn. 92.

32 BVerfG 1 BvR 3217/07 Rn. 95.

33 Welche akademischen Gepflogenheiten vertrauensvollen und an Konsens orientierten Zusammenarbeitens insoweit Usus sind, kennt Verfasser aus seiner über 15jährigen Tätigkeit als Rechtsbe-

rater von vier Rektoren der Freiburger Universität.

34 Vgl. etwa BVerfG 1 BvR 3217/07 zu den Kompetenzen lediglich eines von drei Vorstandsmitgliedern für den Bereich von Forschung und Lehre.

zuständig (§ 23 Abs. 3 S. 1 LHG). Es stellt sich die Frage, ob die Zuständigkeiten des Dekanats für die Aufstellung des Entwurfs des Haushaltsvoranschlags (Nr. 2), für die Entscheidung über die Verwendung der vom Rektorat der Fakultät zugewiesenen Stellen und Mittel nach den Grundsätzen des § 13 Abs. 2 LHG (Nr. 3), für den Vorschlag zur Funktionsbeschreibung von Stellen für Hochschullehrer (Nr. 4) sowie für Evaluationsangelegenheiten nach § 5 Abs. 2 LHG (Nr. 5) verfassungskonform sind.

a) Das Dekanat als Kollegialorgan mit gefächertem wissenschaftlichem Sachverstand

Die verfassungsrechtliche Würdigung der Kompetenzen des Dekanats kann an dessen Zusammensetzung ansetzen. Das Dekanat ist nach § 23 Abs. 2 S. 2 LHG ein *kollegiales Leitungsorgan*, das aus dem Dekan und mindestens zwei Prodekanen gebildet wird. Es ist ein *Vertretungsorgan der Fakultät*, in dem in der Regel Hochschullehrer der Fakultät aufgrund von Wahlen das Amt des Dekans und weiterer Prodekanen ausüben.

Im Kollegialorgan Dekanat wird die Fakultät mit *gefächertem wissenschaftlichem Sachverstand* verwaltet. Der Dekan, der Prodekan, weitere Prodekanen, soweit nach der Grundordnung vorgesehen, sowie der Prodekan für Studienangelegenheiten treffen mehrheitlich die dem Dekanat zugewiesenen Entscheidungen (§ 23 Abs. 2 LHG). Durch derartige Kollegialentscheidungen, vor allem wenn die *höchstzulässige Zahl von Prodekanen ausgeschöpft* wird, ist garantiert, dass in der Fakultät bestehende unterschiedliche Ansichten über die Gestaltung der Fakultät zur Geltung und zum Ausgleich gebracht werden können.<sup>35</sup>

b) Legitimation durch Wahl und Abwahlmöglichkeit

Auf die Wahl des Dekans und der Prodekanen hat der Fakultätsrat als Vertretungsorgan der Mitglieder der Fakultät einen bestimmenden Einfluss. Der Dekan wird auf Vorschlag des Rektors vom Fakultätsrat gewählt. Dabei ist es in Baden-Württemberg *eine gute Übung*, dass sich der Rektor, bevor er den Wahlvorschlag unterbreitet, mit der Fakultät ins Benehmen setzt, wer aus Sicht der Fakultät das Amt des Dekans übernehmen sollte. Ähnlich wie im politischen Bereich wird der Rektor aus nachvollziehbaren Gründen nur jenen Hochschullehrer als Dekan vorschlagen, der auch die Mehrheit im Fakultätsrat finden wird. Jedenfalls kann der Rektor der Fakultät keinen Dekan aufzwingen. Diese Verfahrens-

weise ist vom Bundesverfassungsgericht als verfassungskonform anerkannt worden.<sup>36</sup> Es ergibt sich eben aus der Wissenschaftsfreiheit kein Recht der Fakultät, die Fakultätsleitung ausschließlich autonom zu bestimmen.

Entscheidend ist weiter, dass die Prodekanen vom Fakultätsrat gewählt werden (§ 24 Abs. 4, 5 LHG). Stellt man auf diese Wahlakte ab, hat der Fakultätsrat einen wesentlichen personellen Einfluss auf all jene Entscheidungen, die *kollegial* vom Dekanat zu treffen sind. Diese Einflussmöglichkeiten des Fakultätsrates werden dadurch gestärkt, dass der Dekan auf Vorschlag des Rektors mit der Mehrheit von zwei Dritteln der Mitglieder des Fakultätsrates abgewählt werden kann (§ 24 Abs. 3 S. 8 LHG). Bei einer Abwahl des Dekans endet zudem automatisch die Amtszeit der Prodekanen und der Studiendekane (§ 24 Abs. 4 S. 3, Abs. 5 S. 3 LHG).

Das Dekanat genießt als Kollegialorgan *über die Wahl seiner Mitglieder* das Vertrauen des Fakultätsrates und darüber hinaus der Fakultät insgesamt. Schon deshalb sind wissenschaftsinadäquate Entscheidungen nicht zu befürchten, wenn es über den Haushaltsvoranschlag und den Wirtschaftsplan entscheidet, über die Verwendung der vom Rektorat der Fakultät zugewiesenen Stellen und Mittel verfügt, die Funktionsbeschreibung von Stellen für Hochschullehrer vorschlägt sowie die Evaluationsangelegenheiten regelt.

c) Unterrichtspflicht des Fakultätsrates

In all diese Entscheidungen ist der *Fakultätsrat verfahrensmäßig eingebunden*. Denn die entsprechenden Entscheidungen trifft das Dekanat nicht in Distanz zum Fakultätsrat. Es ist vielmehr verpflichtet, den Fakultätsrat regelmäßig über diese wichtigen Entscheidungen zu *unterrichten* (§ 23 Abs. 3 S. 5 LHG). Dieser Unterrichtspflicht des Dekanats entspricht zweifelsohne ein entsprechender gerichtlich durchsetzbarer *Informationsanspruch* des Fakultätsrates.<sup>37</sup> Nach gutem *akademischem Brauch* verbindet sich mit der Unterrichtung des Fakultätsrates eine Meinungsbildung im Fakultätsrat, die für das Dekanat bei seinen Kollegialentscheidungen von erheblichem Gewicht ist. Gemäß diesem akademischen Brauch, dem *fast* schon die Qualität einer *Observanz* zukommt, ist das Dekanat bei seinen Entscheidungen und seiner Amtsführung darauf festgelegt, was mehrheitlich in den Diskussionen des Fakultätsrates geäußert wurde.<sup>38</sup>

35 Zur Möglichkeit innerhalb der Wissenschaft bestehende Unterschiede in die Hochschulorganisation einbringen zu können: BVerfG 1 BvR 3217/07 Rn. 59.

36 BVerfG 1 BvR 911/00, 927/00, 928/00 Rn. 190.

37 Zur verfassungsrechtlichen Absicherung der Wissenschaftsfrei-

heit durch Informationsrechte des Fakultätsrates: BVerfG 1 BvR 748/06 Rn. 121.

38 Sandberger, Landeshochschulgesetz, § 25 Rn. 2 spricht plastisch von Rückbindung des Dekanats an die Willensbildung im Fakultätsrat.

d) Zustimmung des Fakultätsrates zum Struktur- und Entwicklungsplan

Hinzu kommt, dass der Fakultätsrat dem *Struktur- und Entwicklungsplan der Fakultät zustimmen* muss (§ 25 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 LHG).<sup>39</sup> In diesem Struktur- und Entwicklungsplan wird für den Planungszeitraum festgelegt, welche Mittel mittelfristig benötigt werden. An dieser mittelfristigen Finanzplanung orientiert sich wiederum der Entwurf des Haushaltsvoranschlags für ein Haushaltsjahr. Der Fakultätsrat hat also mit seiner Zustimmung zum Struktur- und Entwicklungsplan zugleich auch seine Zustimmung zu den entsprechenden Haushaltsvoranschlägen gegeben.

Vergleichbares gilt für den Vorschlag des Dekanats an das Rektorat, mit welcher *Funktionsbeschreibung* frei werdende Stellen von Hochschullehrern ausgeschrieben werden sollen. In aller Regel legt bereits der Struktur- und Entwicklungsplan der Fakultät sowie der Universität fest, mit welcher Funktionsbeschreibung frei werdende Stellen ausgeschrieben werden (vgl. § 46 Abs. 3 S. 6 LHG: keine Beteiligung des Wissenschaftsministeriums an der Festlegung der Funktionsbeschreibung, wenn diese mit dem Struktur- und Entwicklungsplan übereinstimmt; unter dieser Voraussetzung auch keine Beteiligung des Senats: § 19 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 LHG). Aus der Fortschreibung des Struktur- und Entwicklungsplans ergibt sich im Großen und Ganzen, welche zusätzlichen Stellen und Mittel von der Fakultät benötigt werden oder künftig wegfallen bzw. umgeschichtet werden sollen.

e) Geringer rechtlicher und finanzieller Spielraum bei der Entscheidung über Stellen und Mittel

Bei der Entscheidung des Dekanats über die Verwendung der vom Rektorat der Fakultät zugewiesenen Stellen und Mitteln ist zu berücksichtigen, dass den Fakultätsgremien die nötige persönliche Distanz für eine sachgerechte Entscheidung fehlt.<sup>40</sup> Soweit sein *Entscheidungsspielraum begrenzt* ist, kann die Mittelverteilung dem Dekanat zugewiesen werden. Wegen des Verweises auf die Grundsätze des § 13 Abs. 2 LHG (§ 23 Abs. 3 S. 6 LHG) hat das Dekanat nur einen *rechtlich begrenzten Entscheidungsspielraum*. Denn aus § 13 Abs. 2 LHG folgen die maßgeblichen Vorgaben für die Mittelverteilung. Davon abgesehen besteht bei der Verteilung von zugewiesenen Stellen und Mitteln nur ein im Vergleich zum Universitäts- oder Fakultätshaushalt eher *geringer Spielraum* sowohl des

Rektorats als auch des Dekanats. Denn die Haushaltsmittel sind trotz aller Flexibilisierung des Haushalts in weitem Umfang durch Berufungszusagen oder anderweitige längerfristige Stellen- und Mittelbindungen festgelegt.<sup>41</sup>

f) Zwischenergebnis

Im *Gesamtgefüge* der Kompetenzen von Fakultätsrat und Dekanat können die Wissenschaftler durch ihre Vertreter in ausreichender Weise an wissenschaftsrelevanten Entscheidungen mitwirken und diese kontrollieren. Der Fakultätsrat bestimmt über die Wahl und über seine Abwahlkompetenz die Zusammensetzung des Dekanats. Dass eine Abwahl nur unter Mitwirkung des Rektors rechtlich möglich ist, ist im Gesamtgefüge der organisationsrechtlichen Regelungen verfassungskonform.<sup>42</sup> Denn zentrale wissenschaftsrelevante Entscheidungen, wie das Votum über Berufungsvorschläge, über die Studien- und Prüfungsordnungen der Fakultät, über die interne Struktur der Fakultät und nicht zuletzt über den Struktur- und Entwicklungsplan (§ 25 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1-4 LHG), bedürfen der *Zustimmung des Fakultätsrates*. Nicht zuletzt: Die Unterrichtungspflicht des Dekanats und damit auch der Informationsanspruch des Fakultätsrates ermöglichen und garantieren eine wissenschaftsadäquate Amtsführung.

3. Verfassungsmäßigkeit der wissenschaftsrelevanten Befugnisse des Rektorates nach § 16 Abs. 3 S. 2 Nrn. 1-14 LHG

§ 16 Abs. 3 LHG regelt die Kompetenzen des Rektorats als Leitungsorgan. Auf den Prüfstand verfassungsrechtlicher Kontrolle lässt sich die enumerative Aufzählung der Rektorskompetenzen in § 16 Abs. 3 S. 2 Nrn. 1-14 LHG stellen. Klärungsbedürftig ist, ob im organisatorischen Gesamtgefüge weichenstellende Entscheidungen über die Entwicklung und die Organisation der Hochschule sowie über die Ressourcen für Forschung und Lehre im Wesentlichen dem Rektorat als zentralem Leitungsorgan in verfassungswidriger Weise zugewiesen und damit dem Senat entzogen worden sind.

Ebenso wie der Fakultätsrat ist auch das Rektorat ein Kollegialorgan. Der Rektor und die Prorektoren leiten die Universität mit, wird die hochschulrechtliche Zahl an Prorektoren ausgeschöpft, *breit gefächertem wissenschaftlichem Sachverstand*. In ihren Kollegialentscheidungen werden *unterschiedliche Ansichten* über die Ge-

39 Zu diesem für die Verwirklichung von Wissenschaftsfreiheit zentralem Mitwirkungsrecht des Fakultätsrates: BVerfG 1 BvR 748/06 Rn. 120.

40 *Fehling*, Die Verwaltung 35 (2002), 399, 405; BVerfG 1 BvR 748/06 Rn. 113.

41 Zu dieser im Ergebnis verfassungskonformen Begrenzung der Dekanatskompetenz zur Mittelvergabe: BVerfG 1 BvR 748/06 Rn. 114.

42 Zu dieser Bilanzierung: BVerfG 1 BvR 748/06 Rn. 130 f.

staltung der Universität zum Ausgleich gebracht. Anlässlich der Wahlverfahren der haupt- und nebenamtlichen Prorektoren wird traditionell von den Vertretungsorganen auf das *wissenschaftliche Profil* des Rektorats eingewirkt. Zu diesem Zweck werden der zu wählende Rektor und die zu wählenden Prorektoren vor dem Wahlgang in aller Regel von den Senatsmitgliedern eindringlich auf ihr Wissenschaftsverständnis und ihre Zielvorstellungen für die Entwicklung der Universität befragt. Die im Rektorat gebündelte und von den *akademischen Wahlorganen gesteuerte „Wissenschaftspluralität“* ist ein wesentliches Element dafür, dass das Rektorat wissenschaftsadäquate Entscheidungen trifft.

a) Verfassungsmäßigkeit der Beschlussfassung über den Struktur- und Entwicklungsplan nach § 16 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 LHG

Nach § 7 Abs. 1 S. 1 LHG stellen die Hochschulen für einen Zeitraum von fünf Jahren Struktur- und Entwicklungspläne auf, die regelmäßig fortgeschrieben werden. In diesen Struktur- und Entwicklungsplänen konkretisieren die Hochschulen „ihre Aufgaben und die vorgesehene fachliche, strukturelle, personelle, bauliche und finanzielle Entwicklung“; es werden zudem „Festlegungen für die künftige Verwendung freiwerdender Stellen von Professuren getroffen“ (S. 2). In diesen Plänen werden „insbesondere die Schwerpunkte der Ausbildung und der Forschung sowie die in den einzelnen Studiengängen angestrebten Studienanfängerplätze“ bezeichnet (S. 4). Der Struktur- und Entwicklungsplan ist geradezu das *Herzstück des Forschungs- und Lehrprofils* und der Zukunftsgestaltung der Universität.

Die Struktur- und Entwicklungsplanung ist *verzahnt* mit anderen Bereichen staatlicher Gemeinwohlverwirklichung. Denn sie bindet die Entwicklung der Hochschule in die Landesentwicklung ein. Im Sinne einer *integrierten Landesentwicklungsplanung* sollen die Struktur- und Entwicklungspläne ein fachlich ausreichendes und regional ausgewogenes Angebot in Forschung und Lehre sicherstellen. Sie sollen darüber hinaus das gemeinschaftliche oder hochschulübergreifende Angebot von Einrichtungen und deren wirtschaftliche Nutzung gewährleisten (§ 7 Abs. 2 LHG). Mit diesem breit gefächerten Aufgabenspektrum wird die Struktur- und Entwicklungsplanung der Hochschulen in die *politisch und demokratisch zu verantwortende Aufgaben-, Ressourcen- und Landesentwicklungsplanung* integriert. Dass bei einer derart integrativen Planung eine Gemengelage zwischen den der Hochschulautonomie zuzuordnenden

und den im öffentlichen Interesse zu verfolgenden Planzielen entsteht, ist zwangsläufig.

Die Struktur- und Entwicklungsplanung als multifunktionales und integratives Steuerungsinstrument der Hochschulentwicklung verfolgt weitere Zielsetzungen, die nicht lehr- und wissenschaftsrelevant sind. Jenseits des engeren Bereiches von Forschung und Lehre geht es um die Aufgabe des Landes, die *Hochschulfinanzierung* sicher zu stellen, eine *hinreichende Kapazität von Studienanfängerplätzen* zu gewährleisten, um die Integration eines ausgewogenen Angebotes in Forschung und Lehre in die Regionalentwicklung, um die wirtschaftliche Nutzung von hochschulübergreifenden Angeboten von Einrichtungen und letztlich auch um eine landesweite Steuerung der Schwerpunkte in Ausbildung und Forschung. In dieser Perspektive ist die hochschulrechtliche Struktur- und Entwicklungsplanung *janusköpfig*: Zum einen ist sie in die *demokratisch legitimierte Landes- und dabei Haushaltspolitik* eingebunden und muss gesamtgesellschaftlich wichtige Aufgaben, wie etwa die Ausbildung für im Wandel begriffen Berufszweige, sicherstellen. Zum anderen geht es um die *Schwerpunktsetzung im Bereich von Forschung und Lehre* an den einzelnen Hochschulen, ihren Fakultäten und ihren Einrichtungen. Die alte Unterscheidung zwischen Hochschule als Körperschaft des öffentlichen Rechts und als staatliche Einrichtung wird bei der Struktur- und Entwicklungsplanung ein Stück weit eingeebnet, bleibt aber für die Mitgestaltungsrechte der Wissenschaftler nach wie vor von Bedeutung.

Mit der Regelung der Struktur- und Entwicklungsplanung hat sich der Gesetzgeber für das eingangs angesprochene *neue Steuerungsmodell* entschieden. Zuvor wurde seitens der Ministerialverwaltung durch Detailsteuerung über die Rechts- und Fachaufsicht sowie vom Landtag über haushaltsrechtliche Mittel- und Stellenzuweisungen auf die Entwicklung der Hochschulen ein ganz *direkter* und die *Hochschulautonomie verkürzender* Einfluss genommen. Nunmehr ist ein *strategisches Steuerungsmodell* gewählt, in dem ein kontinuierlicher Abstimmungsprozess zwischen dem Land und seinen einzelnen Hochschulen sowie innerhalb der Hochschulen stattfindet.<sup>43</sup>

Das Steuerungsmodell der hochschulrechtlichen Struktur- und Entwicklungsplanung bedarf einer besonderen verfahrensmäßigen Gestaltung. Das Verfahren, in dem die Struktur- und Entwicklungspläne der Hochschule zustande kommen, muss zum einen die Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten des Landes gewährleisten,

43 Vgl. LT-Drs. 12/4404, S. 244; Sandberger, Landeshochschulgesetz, § 7 LHG Rn. 2.

zum anderen aber auch eine ausreichende Partizipation der Wissenschaftler in ihren Vertretungsorganen ermöglichen.

Wegen ihrer *Janusköpfigkeit* bedürfen die Struktur- und Entwicklungspläne der Zustimmung des Wissenschaftsministeriums (§ 7 Abs. 2 S. 2 LHG). Diese darf nur verweigert werden, wenn sie nicht mit den Zielen und Vorgaben des Landes in struktureller, finanzieller und ausstattungsbezogener Hinsicht übereinstimmen. Dies bedeutet: Das Land kann den Struktur- und Entwicklungsplänen einzelner Universitäten im Landesinteresse strukturelle, finanzielle und ausstattungsbezogene Vorgaben machen. Dies ist *nichts Neues*. Derartige Steuerungsleistungen sind zuvor unter anderem über die Stellen- und Mittelzuweisungen in den Haushaltsplänen, die vom Landtag verabschiedet wurden, geleistet worden. Da man insoweit mittlerweile weitgehend zu Globalhaushalten übergegangen ist, werden die Hochschulen nunmehr in einer flexiblen Weise durch allgemeine strukturelle und Ressourcen-Vorgaben des Landes sowie durch dessen Beteiligung an der Struktur- und Entwicklungsplanung der Hochschulen gesteuert.

Ergebnis ist also, dass die Struktur- und Entwicklungsplanung der jeweiligen Hochschule sozusagen zur gesamten Hand<sup>44</sup> mit dem Land geschieht. Die Hochschule und das Land müssen einvernehmlich handeln, wobei das Land auf die Verwirklichung hochschulpolitischer und gesamtgesellschaftlicher Zielsetzungen hinwirkt und die Hochschulen diese Zielsetzungen in den wissenschafts- und forschungsrelevanten Bereich integrieren.

Diese Funktion und *Rationalität* der hochschulrechtlichen Struktur- und Entwicklungsplanung erfordern ein Planungsverfahren, das im Sinne einer *planerischen Gesamtverantwortung* die übergeordneten Landesinteressen und den grundrechtlich geschützten Freiraum für Forschung und Lehre mitsamt der gebotenen Partizipation von Vertretungsorganen in Einklang bringt. Diesen Anforderungen genügen die Regelungen der Kompetenzverteilung und verfahrensrechtlichen Mitwirkung. In ihrem Gesamtgefüge regeln sie die planerische Verantwortung für den Bereich der Verwirklichung übergeordneter Interessen sowie für den wissenschaftsrelevanten Bereich in sachgerechter und wissenschaftsadäquater Weise:

(1) § 16 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 LHG regelt lediglich, dass das Rektorat für die Struktur- und Entwicklungsplanung einschließlich der Personalentwicklung zuständig ist. Wer auch sonst könnte den Struktur- und Entwicklungsplan der Hochschule aufstellen? Der Senat ist ein Be-

schlussorgan; mit der *Aufstellung* eines Struktur- und Entwicklungsplanes wären ihm operative Aufgaben zugewiesen, für deren Erledigung er nicht in der Lage wäre. Hochschulrechtlich beschließt das *Rektorat als Kollegium* und damit *bei entsprechender Größe* mit breit gefächertem wissenschaftlichem Sachverstand über den Struktur- und Entwicklungsplan. Im rechtlichen Gesamtgefüge ist dieser Beschluss allerdings *nur vorläufig* und sozusagen nur Entscheidungsgrundlage, da drei weitere Instanzen (Senat, Hochschulrat und Ministerium) zur Zustimmung bzw. zur Beschlussfassung berufen sind.

(2) Nach § 19 Abs. 2 Nr. 3 LHG muss der Senat den Struktur- und Entwicklungsplänen zustimmen. Er hat damit eine *Vetoposition*. Er kann zwar nicht selbst Änderungen beschließen. Wenn er jedoch seine Zustimmung verweigert, ist das Rektorat gehalten, Änderungen vorzuschlagen, die im Senat auf Zustimmung stoßen. Könnte der Senat den Struktur- und Entwicklungsplan gegenüber einer Rektorsvorlage abändern, so hätte er auch Entscheidungskompetenzen über nicht unmittelbar wissenschaftsrelevante Festlegungen im Struktur- und Entwicklungsplan. Derartiges wollte der Gesetzgeber offensichtlich aus guten Gründen vermeiden.

(3) Die Struktur- und Entwicklungsplanung wird unter Beteiligung aller Ebenen der Hochschulorganisation erarbeitet. In einem bottom up-Verfahren haben die Fakultäten *den ersten Zugriff*.<sup>45</sup> Nach § 23 Abs. 3 S. 6 Nr. 1 LHG stellt das Dekanat im Rahmen der vom Land sowie von Hochschulrat und Rektorat getroffenen Festlegungen den Struktur- und Entwicklungsplan der Fakultät auf. Über die Aufstellung des Struktur- und Entwicklungsplans unterrichtet das Dekanat den Fakultätsrat (§ 23 Abs. 3 S. 5 LHG).

In der baden-württembergischen Praxis erfolgt bei der Aufstellung der Struktur- und Entwicklungspläne durch die Fakultäten eine enge Rückkoppelung der jeweiligen Fakultätsinstitute und Professuren mit dem Dekanat. Erst nach diesem internen Abstimmungsprozess, auf den sogleich noch einzugehen ist, erfolgt die *Zustimmung* des Fakultätsrates zum Struktur- und Entwicklungsplan der Fakultät (§ 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 LHG). Auch hier gilt: Gegen den Willen des Fakultätsrates kommt kein Struktur- und Entwicklungsplan der Fakultät zu Stande. Wenn das Gesetz von Zustimmung spricht, so bleiben die *vielfältigen Abstimmungsprozesse* in der Praxis der Hochschulen in Baden-Württemberg, um eben diese Zustimmung zu erreichen, ausgeblendet.

44 Zu den Fragen einer gesamthänderischen Planung im politischen Bereich: Würtenberger, Staatsrechtliche Probleme politischer Planung, 1979, S. 252 ff.

45 Sandberger, WissR 44 (2011), S. 132.

(4) Letzteres gibt Veranlassung, danach zu differenzieren, in welchen Bereichen und mit welcher Wirkung es Zustimmungserfordernisse gibt. Zustimmung kann, um einen Begriff aus der französischen Dogmatik zu bemühen, ein „vote bloqué“ bedeuten. In diesem Fall kann vom Parlament die Zustimmung zu einem Gesetz oder von einer Gemeinde zu einer Planung entweder erteilt oder abgelehnt werden. Tertium non datur. Der Hebel des Zustimmungserfordernisses kann beim „vote bloqué“ nicht dazu benutzt werden, um mit einer Drohung der Verweigerung der Zustimmung Nachverhandlungen zu veranlassen.

Zustimmung in der *akademischen Kultur der baden-württembergischen Hochschulen* hat einen ganz anderen Charakter. Wenn der Senat oder der Fakultätsrat etwa zu Struktur- und Entwicklungsplänen zustimmen müssen, dann ist dies ein rechtlicher Hebel, der dazu genutzt wird, bereits im Vorfeld an der Ausarbeitung der Planung beteiligt zu werden (sog. *Vorwirkung* eines Zustimmungserfordernisses) oder zu beschließen, dass die Zustimmung erst nach Korrektur oder Modifizierung bestimmter Festlegungen in der Planung zu erwarten steht.<sup>46</sup> Ein hochschulrechtliches Zustimmungserfordernis kommt in der Praxis der Hochschulen des Landes faktisch einer Beschlussfassungskompetenz gleich. So ist es wohl an den meisten Hochschulen üblich, dass der Struktur- und Entwicklungsplan mindestens zwei „Lesungen“ im Senat erfährt. Diese Praxis und Kultur des Diskutierens und Verhandeln ist ein ganz wesentliches Element bei auf Konsens und Akzeptanz zielenden hochschulinternen Aushandlungsprozessen.<sup>47</sup> Wenn solches in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Zustimmungserfordernis im Hochschulorganisationsrecht anderer Bundesländer bislang nicht hinreichend gewürdigt worden ist, so mag dies an einer anderen landesspezifischen Kultur hochschulinterner Willensbildung liegen.

(5) Wie diese *akademische Kultur unterhalb der normativen Vorgaben* sich entfaltet, ist fast stellvertretend

für die anderen Landesuniversitäten im Editorial des 246 Seiten umfassenden Struktur- und Entwicklungsplans der Universität Freiburg 2014-2018<sup>48</sup> ausgeführt. Dieser kam in einer „offenen Dialogkultur“ und in „vertrauensvolle(r) und konstruktive(r) Zusammenarbeit aller Akteure und Gremien“ zustande. Am Anfang standen „Strategiegespräche des Rektorats mit den Fakultätsvorständen“. Diese führten zu „Meilensteinen in den Bereichen Forschung, Lehre und institutionelle Infrastruktur vor dem Hintergrund der finanziellen Ressourcen“. Die vom Rektorat zu entwickelnde Struktur- und Entwicklungsplanung wurde sodann „in den universitären Gremien mehrfach diskutiert“, insbesondere auch in der Struktur- und Entwicklungskommission des Senats. In ähnlicher Weise wurde die Struktur- und Entwicklungsplanung auch an anderen Hochschulen des Landes erarbeitet.<sup>49</sup> Der Struktur- und Entwicklungsplan der Universität Tübingen kam in „einem umfassenden Aushandlungsprozess mit allen Akteuren und Gremien“ zustande. Bei der Erarbeitung des Struktur- und Entwicklungsplans der Universität Heidelberg hat man „großen Wert auf eine Transparenz des Verfahrens und eine intensive Abstimmung innerhalb der universitären Gremien gelegt“.<sup>50</sup> Ein Mehr an Beteiligung von Fakultäten, Fakultätsräten und Senat ist kaum vorstellbar.

(6) Wie alle Planung zielt auch die Struktur- und Entwicklungsplanung auf *Realisierung*<sup>51</sup>: Der Struktur- und Entwicklungsplan einer Universität enthält die *wesentlichen Eckdaten* für die Planung der baulichen Entwicklung (§ 16 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 LHG), für die Aufstellung der Ausstattungspläne (Nr. 3), den Abschluss von Hochschulverträgen und Zielvereinbarungen nach § 13 Abs. 2 LHG (Nr. 4), für die Aufstellung des Entwurfs des Haushaltsvoranschlags (Nr. 6), für die Verteilung der für die Hochschule verfügbaren Stellen nach den Grundsätzen von § 13 Abs. 2 LHG (Nr. 8) sowie für die Entscheidung über die Grundstücks- und Raumverteilung nach den Grundsätzen des § 13 Abs. 2 LHG (Nr. 9). Über seine Zustimmung zum Struktur- und Entwicklungsplan hat der Se-

46 Zu den verfassungskonformen Einwirkungsmöglichkeiten des Senats auf die Struktur- und Entwicklungsplanung: BVerfG 1 BvR 3217/07 Rn. 68 (Entscheidung über die Grundzüge der Entwicklungsplanung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden).

47 Dass das Rektorat sich über ein vom Senat mit guten Argumenten geäußertes Meinungsbild in wissenschaftsrelevanten Bereichen hinweggesetzt hätte, hat es während der langen Zeit, in der der Verfasser Rechtsberater der Freiburger Rektoren war, praktisch nie gegeben.

48 Im Internet auf der Internetseite der Universität Freiburg abruf-

bar; die folgenden Zitate auf S. 5; mit ganz ähnlichen Formulierungen schildert die Einleitung zum Struktur- und Entwicklungsplan der Universität Konstanz dessen Ausarbeitung.

49 So etwa für den Zeitraum von 2012-2017 an der Hochschule der Medien, Stuttgart, S. 8 f.

50 So die Einführung zum Struktur- und Entwicklungsplan der Universität Mannheim, der Universität Heidelberg und der Universität Tübingen.

51 Zur Realisierungsfunktion von Planungen: *Württembergischer*, Staatsrechtliche Probleme politischer Planung, S. 93 ff.

nat die *Road Map* für die vorgenannten Bereiche legitimiert.<sup>52</sup> Dass die Ausführung des Struktur- und Entwicklungsplan in all diesen Bereichen durch das Rektorat geschieht, gehört zu den *genuinen Aufgaben eines Leitungsorgans*.

Davon abgesehen hat der Senat nach 19 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 und 5 LHG das *Recht zur Stellungnahme*. Auch kann er sich über jeden Akt der hochschulinternen Umsetzung des Struktur- und Entwicklungsplans informieren lassen und dies auf die Tagesordnung von Senatssitzungen setzen. Dies bedeutet: Der Senat verfügt mit seinem Zustimmungserfordernis über die große, teils auch schon detaillierte Linie der Hochschulentwicklung, das Rektorat muss gegebenenfalls dem Senat *bei der Umsetzung der Planung Rede und Antwort* stehen. All dies garantiert effektive Beteiligungsmöglichkeiten des Vertretungsgremiums Senat.

(7) Nach § 20 Abs. 1 S. 4 Nr. 2 LHG beschließt der Hochschulrat die Struktur- und Entwicklungspläne sowie die Planung der baulichen Entwicklung der Hochschule. Dieser Beschluss des Hochschulrats betrifft eine Planung, die von den Fakultäten sowie von dem Rektorat erarbeitet wurde und die die Zustimmung des Senats gefunden hat. Eine derartige Planung zeitigt beträchtliche Vor- und Bindungswirkungen.<sup>53</sup> Was den Konsens von Fakultäten, Senat und Rektorat gefunden hat, nämlich ein abgestimmtes und in sich stimmiges Konzept der Hochschulentwicklung, kann vom Hochschulrat nicht mehr aufgebrochen werden. Bei seiner Beschlussfassung ist der Hochschulrat als Kollegialorgan faktisch ohnehin nicht in der Lage, die ihm vorgelegten Struktur- und Entwicklungspläne neu zu gestalten. Dass dem so auch sein soll, ergibt sich aus der *Systematik* des § 20 Abs. 1 LHG. Dessen S. 1 und 2 bezeichnen allgemein die Aufgaben, die dem Hochschulrat übertragen sind: Nach § 20 Abs. 1 S. 1 LHG übernimmt der Hochschulrat Verantwortung in strategischer Hinsicht und schlägt Maßnahmen vor, die der Profilbildung und der Erhöhung der Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit dienen. Dies ist die Perspektive und sind die Zielsetzungen, die der Hochschulrat bei der Beschlussfassung über die

Struktur- und Entwicklungspläne nach § 20 Abs. 1 S. 4 Nr. 2 LHG zu verfolgen hat.<sup>54</sup>

(8) Der *Einfluss der Wissenschaftler auf die Entscheidungen des Hochschulrates* hängt von dessen Zusammensetzung ab. Nach § 20 Abs. 3 S. 1 LHG besteht der Hochschulrat aus mindestens sechs und höchstens zwölf externen Mitgliedern. Dies ist jedoch *nicht zwingend*. Dass sich der Hochschulrat aus *internen und externen* Mitgliedern zusammensetzt, kann, wie bereits erwähnt, durch die *Grundordnung* bestimmt werden (§ 20 Abs. 5 S. 3 LHG).<sup>55</sup> Bei Verabschiedung der Grundordnung wird also über ein Stück Hochschulautonomie entschieden. Die Mehrheit der Mitglieder des Hochschulrates muss extern sein, also außerhalb der Hochschule tätig sein. Die Wissenschaftler als interne Mitglieder im Hochschulrat können in dieser Konstellation auf dessen Entscheidungen einen durchaus beachtlichen Einfluss ausüben. In den Diskussionen und anlässlich der Entscheidungen des Hochschulrates bringen sie die wissenschaftsrelevanten Aspekte zur Geltung und können wissenschaftsinadäquaten Entscheidungen entgegenwirken.

(9) Insgesamt gesehen garantieren die organisationsrechtlichen Vorschriften ein ausgewogenes Maß an wissenschaftsadäquater und auch demokratischer Legitimation bei der normativen Festlegung der Struktur- und Entwicklungspläne der Hochschulen. An der Entwicklung der strategischen Ziele wirken das Rektorat, der Hochschulrat und das zuständige Landesministerium mit. Die hochschulinternen Mitwirkungsrechte der Dekanate und Fakultätsräte sowie vor allem des Senats garantieren, dass die Freiheit von Wissenschaft, Forschung und Lehre im Planungsprozess in wirksamer Weise zur Geltung gebracht werden kann.

b) Verfassungsmäßigkeit der Kompetenzen des Rektorats nach § 16 Abs. 3 S. 2 Nrn. 2-10 LHG

Bei der verfassungsrechtlichen Würdigung der Kompetenzen des Rektorates nach § 16 Abs. 3 S. 2 Nrn. 2-10 LHG muss man auf das *Gesamtgefüge* der Kompetenzen von Rektorat, Senat und auch Hochschulrat abstellen. Für die erforderlichen Abwägungen hat das Bundesverfassungs-

52 Wie detailliert ein Struktur- und Entwicklungsplan ist, zeigt der von der Universität Freiburg verabschiedete: umfassende Aufstellung von Einnahmen und Ausgaben (S. 162 ff.), Maßnahmen effizienter Ressourcennutzung (S. 165 ff.) bauliche Entwicklung, geplante größere Bau- und Sanierungsmaßnahmen (S. 168 ff.), detaillierte Entwicklungsziele für die Fakultäten mit „Professorenplanung“ (S. 176 ff.).

53 Württemberg, Staatsrechtliche Probleme politischer Planung, S. 90 ff. zur allseits bekannten Vorwirkung der Planausarbeitung.

54 So ausdrücklich LT-Drs. 15/4684, S. 164.

55 Es liegt also in der Autonomie der Hochschule, ob sie einen extern oder extern/intern besetzten Hochschulrat wählt. Zwar kommt der extern/intern besetzte Hochschulrat der vom Bundesverfassungsgericht geforderten Beteiligung von Wissenschaftlern in Leitungsgremien näher als ein bloß extern besetzter Hochschulrat. Damit steht aber noch nicht fest, dass der gesetzliche Regelfall eines lediglich extern besetzten Hochschulrates nicht mit den Vorgaben des landesgrundrechtlichen Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG übereinstimmt. Denn die Hochschule hat die Autonomie, zwischen beiden Varianten zu wählen. Sie kann dabei auf einen Teil ihrer Freiheit von Einflüssen Dritter verzichten.

gericht folgende Anforderungen an das Gesamtgefüge des Hochschulorganisationsrechts entwickelt: Dieses „kann insbesondere dann verfassungswidrig sein, wenn dem Leitungsorgan substantielle personelle und sachliche Entscheidungsbefugnisse im wissenschaftsrelevanten Bereich zugewiesen werden, dem mit Hochschullehrern besetzten Vertretungsorgan im Verhältnis hierzu jedoch kaum Kompetenzen und auch keine maßgeblichen Mitwirkungs- und Kontrollrechte verbleiben.“<sup>56</sup> Die Kompetenzen des Senats und des Rektorates müssen also zueinander ins Verhältnis gesetzt werden. Die verhältnismäßige Zuordnung ist erst dann verletzt, wenn dem Senat im wissenschaftsrelevanten Bereich *kaum Kompetenzen* und *keine* maßgeblichen Beteiligungsrechte verbleiben.

aa) Ein Blick auf die Kompetenzen des Senats

Dem Senat sind wichtige Kompetenzen und maßgeblichen Mitwirkungs- und Kontrollrechte zugewiesen: Er hat im akademischen Bereich wichtige *Beschlusskompetenzen*: Wahl der nebenamtlichen Rektoratsmitglieder und damit Einwirkungsmöglichkeit auf das Kollegium Rektorat (§ 19 Abs. 1 S. 2 Nr. 2), Beschlussfassung über Studiengänge, Hochschuleinrichtungen, Fachgruppen etc. (Nr. 7), Beschlussfassung über die Festsetzung der Zulassungszahlen (Nr. 8), Beschlussfassung über die Satzungen für Hochschulprüfungen etc. (Nr. 9), Beschlussfassung über Satzungen für die Benutzung von Hochschuleinrichtungen etc. (Nr. 10), Beschlussfassung über die Grundordnung (Nr. 12), Beschlussfassung über die Evaluationsatzung (§ 5 Abs. 3 S. 4 LHG). In der Grundordnung, die vom Senat erlassen wird, wird die Gliederung der Universität in Fakultäten und weitere Hochschuleinrichtungen geregelt (§ 15 Abs. 6 LHG; vgl. § 8 Grundordnung der Universität Freiburg).

Ergänzend zu diesen Beschlusskompetenzen bestehen für zwei wichtige Bereiche Zustimmungsrechte: zum Struktur- und Entwicklungsplan (Nr. 3) sowie zu den Berufungslisten der Fakultäten (z. B. nach § 24 Abs. 2 Grundordnung der Universität Freiburg). Und nicht zuletzt: An der Wahl der hauptamtlichen Rektoratsmitglieder ist der Senat maßgeblich beteiligt.

Der Senat hat die *Herrschaft über die Tagesordnung und weitreichende Informationsansprüche*. Nach § 19 Abs. 1 S. 3 LHG ist auf Antrag eines Viertels der Senatsmitglieder ein Verhandlungsgegenstand auf die Tagesordnung zu setzen. Mit dem gleichen Quorum kann verlangt werden, dass das Rektorat den Senat in Angelegenheiten unterrichtet, die in die Zuständigkeit des Senats fallen (§ 19 Abs. 3 S. 1 LHG). Darüber hinaus hat jedes Senatsmit-

glied ein Fragerecht und einen Informationsanspruch in dem vorgenannten Bereich (§ 19 Abs. 3 S. 2 LHG). Diese Ansprüche können notfalls in einem Universitätsverfassungsstreitverfahren durchgesetzt werden. Diese Informationsrechte und die Herrschaft über die Tagesordnung garantieren, dass der Senat darüber bestimmt, welche Gegenstände auf umfassender Informationsgrundlage mit dem Rektorat verhandelt und diskutiert werden. Wer die Wirklichkeit von Senatssitzungen kennt, weiß von durchsetzungsstarken Senatoren zu berichten, die auch dann zur Bildung einer dezidierten Meinung beitragen können, wenn lediglich Berichtspunkte auf der Tagesordnung stehen. Dass das Meinungsbild im Senat vom Rektorat bei seinen Entscheidungen berücksichtigt wird, gehört, wie bereits ausgeführt, zu gutem akademischem Brauch.

bb) Die Legitimationswirkung der genehmigten Struktur- und Entwicklungspläne

Die staatliche Finanzierung der Hochschulen orientiert sich an drei Parametern: An ihren Aufgaben, an den vereinbarten Zielen und an ihren Leistungen (§ 13 Abs. 2 S. 1 LHG). Die genehmigten Struktur- und Entwicklungspläne sind Grundlage der staatlichen Finanzierung der Universität (§ 13 Abs. 2 S. 3 LHG). Diese wiederum wird in Hochschulverträgen und Zielvereinbarungen, allesamt unter Vorbehalt des Haushaltsgesetzes, geregelt. Über die Mitwirkung am Struktur- und Entwicklungsplan gewinnt der Senat einen wesentlichen Einfluss auf die fachliche, strukturelle, personelle, bauliche und finanzielle Entwicklung der Universität. Ist der Struktur- und Entwicklungsplan doch die Road Map für die Verwirklichung des universitären wissenschaftlichen Profils *und* mittelbar *desen Finanzierung durch das Land*.

Dies gilt ebenfalls für Entscheidungen des Rektorats über die Verteilung der für die Hochschule verfügbaren Stellen und Mittel nach den Grundsätzen des § 13 Abs. 2 LHG (§ 16 Abs. 3 S. 2 Nr. 8 LHG). Der Wortlaut des § 13 Abs. 2 S. 7 LHG bindet diese Entscheidungen an den Struktur- und Entwicklungsplan der Hochschule, zudem an besondere Leistungs- und Belastungskriterien.

Davon abgesehen kann das Rektorat trotz aller Haushaltsflexibilisierung nur in begrenztem Umfang Stellen und Mittel verteilen, weil diese durch bestehende Bindungen und Zuweisungen über lange Zeiträume hinweg festgelegt sind. Um nur zwei Beispiele zu nennen: Wenn Berufungszusagen einzuhalten sind oder der Senat Hochschuleinrichtungen und Zentren beschließt (§ 19 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 LHG), werden hierdurch zugleich auch längerfristige Raum-, Stellen- und Mittelzuweisungen erforder-

lich. In einer solchen Situation nur begrenzter Möglichkeiten der Verteilung von Mitteln und Stellen muss die Wissenschaftsfreiheit nicht durch weiterreichende organisatorische Vorkehrungen geschützt werden.<sup>57</sup>

Nach § 19 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 LHG nimmt der Senat zum Abschluss von Hochschulverträgen und Zielvereinbarungen (vgl. 13 Abs. 2 S. 3 LHG) Stellung. Auch wenn die Zielvereinbarungen in der Praxis bislang keine Rolle spielen, so gilt dennoch: Hier findet eine Art von *doppelter Beteiligung* des Senats statt: Denn die Hochschulverträge und Zielvereinbarungen müssen auf Grund der gesetzlichen Regelung die Zielsetzungen der genehmigten Struktur- und Entwicklungspläne beachten, denen der Senat bereits seine Zustimmung gegeben hat.<sup>58</sup> Damit ist die verfassungsrechtlich gebotene Beteiligung des Senats, ähnlich wie in einer Kammerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts gefordert<sup>59</sup>, gewahrt.

#### cc) Beteiligung des Senats am Qualitätsmanagement

Nach § 5 Abs. 1 LHG richten die Hochschulen unter der Gesamtverantwortung des Rektorats ein Qualitätsmanagementsystem ein. Nach § 16 Abs. 3 S. 2 Nr. 5 LHG soll ein Qualitätsmanagementsystem der kontinuierlichen Bewertung und Verbesserung der Strukturen und Leistungsprozesse dienen. Zu diesem Qualitätsmanagement gehört nicht allein, aber auch die Lehr- und Forschungsevaluation.

Eine sachadäquate Forschungsevaluation hat allerdings ihre Schwierigkeiten. Überzeugende rechtliche Vorgaben sind weder vom Gesetzgeber noch von Hochschulsatzungen etc. zu erwarten. Es gilt nach wie vor, was das Bundesverfassungsgericht 2004<sup>60</sup> judiziert hat: Wir sind auch wegen der allseits bekannten Wandlungen der Rahmenbedingungen wissenschaftlicher Forschung und wegen der Unterschiede im jeweiligen wissenschaftsspezifischen Umfeld immer noch im Stadium der Diskussion von Praktiken der Wissenschaftsevaluation. So hat der Wissenschaftsrat eine Vielzahl von Kriterien der Evaluation von Wissenschaft vorgeschlagen, ohne vorgeben zu können, ob es Rangordnungen der Kriteri-

en gibt bzw. wie diese im Einzelfall gewichtet werden.<sup>61</sup> Trotz seiner Versuche, die Evaluation wissenschaftlicher Leistung zu strukturieren und zu rationalisieren, musste er jüngst feststellen, „dass viele Wissenschaftler ... die Verfahren der Leistungsmessung und die Formen der Mittelallokation mit Unmut betrachten und hinsichtlich des Nutzens dieser Verfahren für die Wissenschaft zunehmend Skepsis äußern.“<sup>62</sup> In solcher Situation vom Gesetzgeber inhaltliche Vorgaben für Evaluationsverfahren zu verlangen, wäre ein Bärendienst an der Wissenschaftsfreiheit.

Davon abgesehen ist sehr zweifelhaft, ob es zielführend sein kann, die Verteilung von Forschungsmitteln einem bestimmenden Einfluss der Forscher zu überantworten. *Ihnen fehlt die hinreichende persönliche Distanz* zum Entscheidungsgegenstand, so dass Fehlallokationen zu befürchten sind.<sup>63</sup> Es bedarf damit einer *distanzierten*, aber dem Forschungsbereich doch verbundenen Moderation und Organisation. Für die Verteilung der Forschungsmittel kann damit nur das Rektorat zuständig sein.

Davon abgesehen ist der Senat durchaus an der Entwicklung des Qualitätsmanagementsystems beteiligt ist. Über die Beteiligung an der Verabschiedung des Struktur- und Entwicklungsplans wirkt der Senat auch an der Entwicklung des Qualitätsmanagementsystems mit.<sup>64</sup>

Nicht zuletzt erlassen die Hochschulen nach § 5 Abs. 3 S. 4 LHG Evaluationssatzungen. Der Senat ist also *als Satzungsgeber* in der Lage, die internen Evaluationsverfahren zu gestalten.<sup>65</sup> In diesen Evaluationssatzungen kann zum Beispiel vom Satzungsgeber Senat geregelt werden, dass und auch wie Evaluationen Grundlage leistungsorientierter Mittelverteilung sind. Auch nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ist durch die Beteiligung des Senats „die erforderliche Einbeziehung von wissenschaftlichem Sachverstand gewährleistet.“<sup>66</sup> Es besteht damit auch insoweit keine Gefahr wissenschaftsinadäquater Entscheidungen.

57 So BVerfG 1 BvR 3217/07 Rn. 74.

58 Zur Verfassungsmäßigkeit, wenn das Rektorat zum Abschluss von Zielvereinbarungen zuständig ist, die in ihrem wissenschaftsrelevanten Teil an eine vom Senat beschlossene Struktur- und Entwicklungsplanung gebunden sind: BVerfG 1 BvR 3217/07 Rn. 68.

59 BVerfG-K NVwZ-RR 2001, 587.

60 BVerfG 1 BvR 911/00, 927/00, 928/00 Rn. 152, 154.

61 *Wissenschaftsrat*, Aufgaben, Kriterien und Verfahren des Evaluationsausschusses des Wissenschaftsrates, Drs. 4205/14; ebenso Gärditz, Hochschulmanagement und Wissenschaftsadäquanz, NVwZ 2005, 407, 408 ff.

62 *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen zur Bewertung und Steuerung von Forschungsleistungen, Drs. 1656/11, S. 5.

63 So Gärditz, NVwZ 2005, 407, 409 mwN.

64 Vgl. etwa das umfangreiche Kapitel im Struktur- und Entwicklungsplan der Universität Freiburg, im Internet abrufbar, S. 152 ff.

65 Vgl. § 2 S. 1 Nrn. 4 und 5 Ordnung der Universität Freiburg für das Verfahren der Evaluation von Studium und Lehre vom 22. 12. 2011, Amtliche Bekanntmachungen, Jahrg. 42 (2011), Nr. 109, S. 976.

66 BVerfG 1 BvR 911/00, 927/00, 928/00 Rn. 177.

c) Verfassungsmäßigkeit der besoldungsrechtlichen Kompetenzen des Rektorats nach § 16 Abs. 3 S. 2 Nrn. 11–14 LHG

§ 16 Abs. 3 S. 2 Nrn. 11–14 LHG weist dem Rektorat die Kompetenz zu, über Leistungsbezüge sowie Forschungs- und Lehrzulagen zu entscheiden. Die Festsetzung von Leistungsbezügen, etwa aus Anlass von Berufungsverhandlungen, gehört seit jeher zu den *staatlichen Aufgaben*. In historischer Perspektive war die Professorenbesoldung nie eine Angelegenheit, die korporationsrechtlich von den Wissenschaftlern einer Hochschule (mit) zu entscheiden war. Diese staatliche Aufgabe ist dem Rektorat übertragen worden, das die entsprechenden Entscheidungen nach den *beamten- und dienstrechtlichen Vorgaben* zu treffen hat. Konsequenter Weise bindet § 16 Abs. 3 S. 2 Nrn. 11–14 LHG die vom Rektorat als Kollegialorgan zu entscheidenden besoldungsrechtlichen Zulagen an § 38 Abs. 1 und § 60 LBesGBW.

Diese Dezentralisierung der Vergabe von Leistungsbezügen sowie von Forschungs- und Lehrzulagen ermöglicht ein *höheres Maß an Hochschulautonomie*, als wenn die Vergabe dieser Bezüge und Zulagen durch das Ministerium erfolgen würde. Das Rektorat ist ein Kollegialorgan, das, legitimiert durch Wahlen, die LBVO zu vollziehen hat. Diese „Kollegialität“ gewährleistet „wissenschafts- und leistungsrelevante Richtigkeit“ deutlich besser als die Entscheidung einer Landesbehörde.

Davon abgesehen ist äußerst zweifelhaft, ob die Vergabe von Leistungsbezügen sowie von Forschungs- und Lehrzulagen *wissenschaftsrelevant* im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG sein kann. Derartige über die normale Besoldung hinausgehende Zulagen honorieren zwar persönlichen Einsatz und überdurchschnittliche Leistungen. Die Forschungsfreiheit steht aber *nicht in deren Fokus*. Diese wird weder durch besondere finanzielle Zuwendungen optimiert noch gar beeinträchtigt. Dies ist vom Wissenschaftsrat klar formuliert worden: „Zusätzliche externe, vor allem monetäre wettbewerbliche Impulse, die durchsetzungsstärkeren Forschenden ein höheres Einkommen .... versprechen, sind nicht erforderlich, um die Forschungsleistung zu steigern“.<sup>67</sup> Wer Gegenteiliges behaupten wollte, verkennt die persönliche Motivation, die Forschung voranbringt.

Dem steht die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit der W 2-Besoldung

in Hessen nicht entgegen.<sup>68</sup> Streitgegenstand dieser Entscheidung war allein, ob die hessische W 2-Besoldung mit Art. 33 Abs. 5 GG in Einklang stehe, weil sie nicht dem Alimentationsprinzip und der amtsangemessenen Besoldung genüge. Lediglich in einem obiter dictum hat das Bundesverfassungsgericht allerdings die These entwickelt, es bedürfe einer wissenschaftsadäquaten Ausgestaltung der Gewährleistung von Leistungszulagen.<sup>69</sup> In formelhafter Übernahme früherer Rechtsprechung zur Absicherung der Wissenschaftsfreiheit wird behauptet, eine wissenschaftsadäquate Ausgestaltung der Vergabe von Leistungszulagen schütze die Freiheit der Wissenschaft und damit auch den einzelnen Wissenschaftler vor wissenschaftsinadäquaten Entscheidungen.<sup>70</sup> Warum sich dies so verhält, bleibt ohne Begründung, – und lässt sich auch nicht ausreichend begründen. Denn wie bereits bemerkt: Das Ausmaß von Wissenschaftsfreiheit hängt nicht von den Dienstbezügen des Professors ab. Dass es sich hier um ein bloßes obiter dictum handelt, erhellt sich daraus, dass die Wissenschaftsfreiheit nicht in den Leitsätzen<sup>71</sup> der Entscheidung thematisiert wird, dass dem Gesetzgeber keinerlei Hinweise zur prozeduralen Absicherung gegeben werden und dass im Subsumtionsteil der Entscheidung nicht auf Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG Bezug genommen wird.

4. Verfassungsmäßigkeit der Rechte des Senats bei Wahl und Abberufung der hauptamtlichen Rektoratsmitglieder nach § 18 Abs. 1 – 3, Abs. 5 S. 1 und S. 4, § 19 Abs. 2 Nr. 1, 2 LHG

a) Zur Wahl

Die Wahl der hauptamtlichen Rektoratsmitglieder erfolgt in einem gestuften Verfahren:

Nach § 18 Abs. 1 S. 1 LHG wird eine *Findungskommission* zur Vorbereitung der Wahl eines hauptamtlichen Rektoratsmitglieds eingesetzt. Diese Findungskommission beschließt einen Wahlvorschlag, der des *Einvernehmens des Wissenschaftsministeriums* bedarf. Sodann wählen *Hochschulrat und Senat* in gemeinsamer Sitzung die hauptamtlichen Rektoratsmitglieder (§ 18 Abs. 2 S. 2 LHG). Auf Verlangen eines der beiden Wahlgremien, also auch des Senats, werden weitere Bewerber in den Wahlvorschlag aufgenommen, sofern das Wissenschaftsministerium sein Einvernehmen erteilt. Die Quoren für die Wahl regelt § 18 Abs. 2 S. 4–6 LHG. Wird die in den ersten beiden Wahlgängen erforderliche

67 *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen, aaO. S. 6; anders ohne Begründung *Koch*, Leistungsorientierte Professorenbesoldung, 2010, S. 86, wobei Verfasserin die Gewährung von Leistungsbezügen gleichwohl für verfassungswidrig hält, wenn der Staat die Qualität von Wissenschaft beurteilt (S. 136 f.).

68 BVerfG Urteil vom 14. 2. 2012 2 BvL 4/10.

69 BVerfG 2 BvL 4/10 Rn. 161.

70 BVerfG 2 BvL 4/10 Rn. 159.

71 Zu diesem Erfordernis: BVerwGE 73, 263, 268; kritisch *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 489 mwN.

Mehrheit nicht erreicht, reicht im dritten Wahlgang die einfache Mehrheit der Stimmen jeweils beider Wahlgremien. Scheitert eine Wahl, wird ein *Wahlpersonengremium* eingesetzt, das aus der *gleichen Zahl* von externen Mitgliedern des Hochschulrates und von Mitgliedern des Senats besteht. Gewählt ist, wer die Mehrheit der Stimmen in diesem Gremium erhält (zu den Modalitäten: § 17 Abs. 3 S. 4 LHG).

Eine Findungskommission hat, wie vom Bundesverfassungsgericht betont<sup>72</sup>, einen *maßgeblichen Einfluss auf die Wahl* der hauptamtlichen Rektoratsmitglieder. Daher müssen die an der Hochschule tätigen Wissenschaftler in der Findungskommission ausreichend gewichtig repräsentiert sein. Dem wird dadurch Rechnung getragen, dass der Findungskommission die gleiche Zahl an Mitgliedern aus Senat und Hochschulrat angehören müssen (§ 18 Abs. 1 S. 2 LHG). Durch diese *paritätische Besetzung* hat der Senat auch dann ausreichende Mitwirkungskompetenzen, wenn dem Leitungsorgan gewichtige wissenschaftsrelevante Befugnisse zugewiesen sein sollten.<sup>73</sup>

Gegen die Quoren des Wahlverfahrens ist verfassungsrechtlich nichts zu erinnern. Die Senatsmitglieder haben Blockademöglichkeiten, um die Wahl eines ihnen nicht genehmen Kandidaten zu verhindern. Entscheidend ist: Gegen den Willen der Repräsentanten des Senats kann kein hauptamtliches Rektoratsmitglied gewählt werden.

Auch die Mitwirkung des Ministeriums am Wahlverfahren begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Das Ministerium muss sein Einvernehmen mit dem Kandidaten erklären, weil der hauptamtliche Rektor auch für den Vollzug staatlicher Aufgaben zuständig ist.

#### b) Zur Abberufung

Die Abberufung bzw. Abwahl als *actus contrarius* zur Wahl ist in § 18 Abs. 5 S. 1 und 4 LHG geregelt: Im *wechselseitigen Einvernehmen* können Hochschulrat, Senat und Wissenschaftsministerium das Amt eines hauptamtlichen Rektoratsmitglieds vorzeitig beenden. Im Senat und im Hochschulrat ist hierfür eine 2/3 Mehrheit erforderlich.

Ob dieses Quorum den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt, erscheint fraglich. Denn nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts stößt es auf erhebliche

Bedenken, wenn die abstimmenden Wissenschaftler nicht in der Lage sind, das Quorum von 2/3 Dritteln im Senat zu erreichen.<sup>74</sup> In aller Regel wird dieses Quorum im Senat von der Gruppe der Hochschullehrer (auch wenn man die Dekane hinzuzählt) nicht erreicht. Dies macht die „Abwahlregelung“ im LHG gleichwohl nicht verfassungswidrig. Denn das vom Bundesverfassungsgericht geforderte 2/3 Quorum für die Wissenschaftler gilt nur *unter besonderen Voraussetzungen*<sup>75</sup>: Die wissenschaftsrelevanten Entscheidungen müssen größtenteils bei den hauptamtlichen Rektoratsmitgliedern bzw. beim Rektorat konzentriert sein, dem Senat dürfen, abgesehen von einigen wenigen Beschluss- oder Zustimmungsrechten, nur Informations- oder Benehmensrechte zustehen. Gerade dies ist aber bei der Kompetenzverteilung zwischen Senat und Rektorat nicht der Fall. Dem Senat stehen, wie ausgeführt<sup>76</sup>, zahlreiche Beschlusskompetenzen und Zustimmungsrechte zu.

Auch ist nicht verfassungswidrig, dass das zuständige Ministerium an der vorzeitigen Beendigung des Amtes eines hauptamtlichen Rektors mitwirkt. Dieses Mitwirkungsrecht ist dadurch gerechtfertigt, dass das hauptamtliche Rektoratsmitglied auch staatliche Aufgaben zu vollziehen hat, die, jedenfalls zum Teil, vor der Hochschulreform vom Ministerium wahrgenommen wurden. Wegen dieses *Kondominiums* zwischen Ministerium bzw. Land und Rektorat bestehen keine Bedenken an der Mitwirkung des Ministeriums bei der Beendigung des Amtes eines hauptamtlichen Rektoratsmitglieds. Dieses Mitwirkungsrecht wird dann verfassungskonform ausgeübt, wenn das Ministerium zur Ansicht gelangt, die Vertrauensbasis zwischen dem hauptamtlichen Rektoratsmitglied und dem Rektorat sei entfallen.

#### c) Würdigung der Regelungen über Wahl und Abberufung im hochschulrechtlichen Gesamtgefüge

Würdigt man die Regelungen der Wahl und Abberufung der hauptamtlichen Rektoratsmitglieder im hochschulrechtlichen Gesamtgefüge: Nach der hochschulorganisationsrechtlichen je *desto*-Formel des Bundesverfassungsgerichts muss die Mitwirkung des Vertretungsorgans an der Bestellung und Abberufung der (hauptamtlichen) Leitungsorgane *desto* stärker sein, „je mehr, je grundlegender und je substantieller wissenschaftsrelevante personelle und sachliche Entschei-

72 BVerfG 1 BvR 3217/07 Rn. 84.

73 Das BVerfG, aaO. hat es nicht für ausreichend erachtet, wenn nur zwei von elf stimmberechtigten Mitgliedern in der Findungskommission vom Senat bestimmt werden, – ein Missverhältnis, von dem die baden-württembergische Regelung weit entfernt ist.

74 BVerfG 1 BvR 3217/07 Rn. 95.

75 In BVerfG 1 BvR 911/20, 927/00, 928/00 Rn. 188 wird die Abwahlmöglichkeit einer 2/3 Mehrheit von Senatsmitgliedern für verfassungskonform erachtet.

76 Vgl. unter II., 3b, aa.

77 BVerfG 1 BvR 3217/07, LS 2.

dungsbefugnisse dem Vertretungsorgan der akademischen Selbstverwaltung entzogen und einem Leitungsorgan zugewiesen werden<sup>67</sup>. Im Gesamtgefüge des baden-württembergischen Hochschulorganisationsrechts zeigt sich eine verfassungskonforme Austarierung zwischen den Kompetenzen von Senat, Hochschulrat und Rektorat einerseits und den *Bestellungs- und Abberufungsregelungen* der (hauptamtlichen) Rektoratsmitglieder andererseits.

Die Mitwirkungsrechte des Landes sind durch das Kondominium zwischen Land und Hochschule gerechtfertigt. Bei den erforderlichen Quoren liegt zum einen ein hinreichendes Gewicht beim Senat als Organ der akademischen Selbstverwaltung. Zum anderen bestehen nicht zu unterschätzende Möglichkeiten wissenschaftsrelevanter Einflussnahme im Hochschulrat, soweit er auch *interne Mitglieder* umfasst. Soweit der Hochschulrat nur durch externe Mitglieder gebildet wird, haben die Repräsentanten des Senats jedenfalls durch ihre Blockademöglichkeiten einen entscheidenden Einfluss auf die Wahl der hauptamtlichen Rektoratsmitglieder. Bei der Abberufung eines hauptamtlichen Rektoratsmitglieds haben der Senat und die in ihm repräsentierten Wissenschaftler deutlich geringere Einflussmöglichkeiten. Dies erscheint noch verfassungskonform, weil der Senat auf wissenschaftsrelevante Entscheidungen, wie ausgeführt, beträchtliche Einflussmöglichkeiten hat.

### III. Abschließende Würdigung

Eine abschließende Würdigung des im LHG geregelten wissenschaftsorganisatorischen Gesamtgefüges ergibt: Die Zuweisung von Entscheidungsbefugnissen an die Leitungsorgane ist inhaltlich begrenzt und organisatorisch so abgesichert, dass eine strukturelle Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit ausscheidet. Außerdem orientiert sich die akademische Praxis der Leitungs- und Vertretungsorgane ganz selbstverständlich an einer verfassungskonformen Ausübung der ihnen zugewiesenen Kompetenzen und Rechte verfahrensmäßiger Beteiligung.

Das zweite Hochschulrechtsänderungsgesetz von 2005 und das dritte Hochschulrechtsänderungsgesetz von 2014 verfolgen zwei Leitziele: zum einen eine Stärkung der Leitungsorgane durch Übertragung vormals staatlicher Aufgaben, zum anderen eine Stärkung der Hochschulautonomie durch Aufhebung von Fachaufsicht sowie durch Haushaltsglobalisierung und leistungsbezogene Mittelverteilung. In vielen Bereichen erfolgt nunmehr eine von Hochschule und Land kooperative, auf Verständigung angelegte Kompetenzausübung. Die *Hochschulautonomie* ist zudem dadurch *gestärkt*,

dass von den Hochschulen darüber entschieden wird, ob sie *hochschulinterne* Mitglieder in den Hochschulrat entsenden, und dass sie regeln können, ob neben dem Dekan vier weitere Prodekanen und neben dem Rektor fünf weitere Prorektoren Sitz und Stimme im Dekanat bzw. im Rektorat haben. Durch Ausschöpfen der hochschulrechtlichen Höchstzahl haben es die Hochschulen in der Hand, ihre kollegialen, mit Stimmenmehrheit entscheidenden Leitungsorgane wissenschaftspluralistisch zusammenzusetzen. So können in die Beschlüsse der Leitungsorgane innerhalb der Wissenschaft bestehende Unterschiede mit gefächertem wissenschaftlichem Sachverstand und sachverständig eingebracht werden.

Das organisatorische Gesamtgefüge der Fakultäten lässt keine strukturellen Gefährdungen der Wissenschaftsfreiheit befürchten. Das Vertretungsorgan *Fakultätsrat* hat auf die Wahl des Dekans und der Prodekanen einen *bestimmenden Einfluss*. Dies gilt ebenfalls für die Abwahl des Dekans, die eine Zweidrittelmehrheit des Fakultätsrats erfordert. Wissenschaftsinadäquate Entscheidungen des Dekanats sind schon deshalb nicht zu befürchten: Das Dekanat muss den Fakultätsrat regelmäßig über wichtige wissenschaftsrelevante Entscheidungen unterrichten, was sich nach gutem akademischem Brauch mit einer Meinungsbildung im Fakultätsrat verbindet. Es ist fast schon ein *ungeschriebener hochschulrechtlicher Grundsatz*, dass das Dekanat an jenes rückgebunden ist, was mehrheitlich im Fakultätsrat geäußert wurde. Ein wesentliches *Steuerungsinstrument* des Fakultätsrates ist seine Zustimmung zum Struktur- und Entwicklungsplan. Dieses Zustimmungserfordernis ermöglicht es dem Fakultätsrat, die Eckdaten der mittelfristigen Entwicklung der Fakultät festzulegen. In diesem ist etwa geregelt, mit welcher Funktionsbeschreibung freiwerdende Professuren auszuscheiden sind. Was den Haushalt betrifft, so legt er fest, welche Stellen und Mittel von der Fakultät benötigt werden. Nicht zuletzt trifft der Fakultätsrat mit dem Votum über Berufungsvorschläge, über die Studien- und Prüfungsordnungen sowie über ihre innere Struktur zentrale wissenschaftsrelevante Entscheidungen.

Das Rektorat ist das *zentrale Leitungsorgan* der Universität. Seine Zuständigkeiten zur Leitung der Hochschule teilt es mit dem Senat, mit dem Hochschulrat und mit dem Wissenschaftsministerium. Im Rahmen der Zuständigkeitsverteilung hat der Senat wichtige Beschlusskompetenzen: Wahl der nebenamtlichen Rektoratsmitglieder, Beschlussfassung über Studiengänge, Hochschuleinrichtungen, Fachgruppen etc., Beschlussfassung über die Festsetzung der Zulassungszahlen, Beschlussfassung über die Satzungen für Prüfungen, Beschlussfassung über die Grundordnung, und nicht zuletzt Beschlussfassung über die Evaluationssatzung.

Über die Grundordnung regelt der Senat zu dem die Gliederung der Universität in Fakultäten, Hochschuleinrichtungen oder Zentren. Zum Struktur- und Entwicklungsplan, dem zentralen Dokument zum Profil, zur Gestaltung und zur Entwicklung der Hochschule, hat der Senat ein Zustimmungsrecht ebenso wie zu den Berufslisten von Fakultäten gemäß der Grundordnung. In der akademischen Praxis kommt der Struktur- und Entwicklungsplan unter intensiver Beteiligung aller Vertretungsorgane zustande.

Gewiss hat das Rektorat als Leitungsorgan im Wissenschaftsbereich gewichtige Entscheidungskompetenzen, wie etwa den Abschluss von Hochschulverträgen und Zielvereinbarungen, die Aufstellung des Entwurfs des Haushaltsvoranschlags oder die Verteilung der verfügbaren Stellen und Mittel. Mit diesen Entscheidungen des Rektorats wird jedoch nur jenes ausgeführt, was bereits im Struktur- und Entwicklungsplan vorverfügt gewesen ist. Dem hat der Senat zugestimmt und konnte bei der Erteilung seiner Zustimmung auf die Eckpunkte der Hochschulentwicklung Einfluss nehmen. Auch über seine Herrschaft über die Tagesordnung und sein weit reichendes Informationsrecht ist der Senat in der Lage, die Ausarbeitung der Struktur- und Entwicklungsplanung durch das Rektorat frühzeitig und Einfluss nehmend zu begleiten. Mit diesem Bündel an vielfältigen Kompetenzen hat der Senat ganz erhebliche Steuerungsmöglichkeiten hinsichtlich aller Entscheidungen, die wissenschaftsrelevant sind.

Die Wahl der hauptamtlichen Rektoratsmitglieder kann nicht gegen den Willen des Senats geschehen. Der Senat hat eine starke verfahrensmäßige Stellung, die es hindert, dass ein hauptamtliches Rektoratsmitglied der Hochschule aufgezwungen wird. Über die Wahl der weiteren Rektoratsmitglieder entscheidet der Senat eigen-

ständig. Schwächer ist allerdings die Stellung des Senats bei der Abberufung von hauptamtlichen Rektoratsmitgliedern. Dies kann aus zwei Gründen hingenommen werden: Zum einen kann der Senat, wie ausführlich begründet, an wesentlichen wissenschaftsrelevanten Entscheidungen bestimmend mitwirken. Zum anderen bleibt ein Rektoratsmitglied, das das Vertrauen des Senates verloren hat, gleichwohl in Mehrheitsentscheidungen des Rektorats eingebunden.

Bei einer *Gesamtbilanz* führt dieses neue Steuerungsmodell zu einem *substantiellen Gewinn an Hochschulautonomie*. Die Leitungsorgane der Hochschulen nehmen nun *dezentral* und *in Verantwortung gegenüber ihrer Hochschule* Aufgaben wahr, die bislang zentralistisch aus dem „hochschulfernen Stuttgart“ vollzogen wurden. Diese *neue Sachnähe* der Aufgabenerfüllung verbessert die Möglichkeiten zu wissenschaftsadäquaten Entscheidungen.

Im Ergebnis orientieren sich die zentralen organisationsrechtlichen Vorschriften des LHG an einer Balance von starker Leitung auf der einen Seite und weit reichenden Mitwirkungs- und Zustimmungsrechten der Vertretungsorgane auf der anderen Seite. Diese Balance gestattet es der Hochschulleitung, Profil und Entwicklung der Hochschule voranzubringen, und den Vertretungsorganen, die wissenschaftsrelevanten Entscheidungen mitzugestalten und die Hochschule vor wissenschaftsfremden Entscheidungen zu schützen. Das Rektorat kann und muss in umfassenden Aushandlungs- und Zustimmungsverfahren mit allen Gremien und Akteuren die erforderliche Führungsverantwortung übernehmen.

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



# Hartmut Maier

## *Härtefall und Nachteilsausgleich bei der Vergabe von Studienanfängerplätzen – Rechtsrahmen und Grundstrukturen der Anwendung* –<sup>1</sup>

### I. Ausgangslage und normative Rahmenbedingungen

Freude und Erleichterung machen sich breit. Nach Jahren schulischer Mühen dokumentiert das Abiturzeugnis den wohlverdienten Abschluss des Schülerdaseins und weist zugleich die Richtung für den weiteren persönlichen und beruflichen Lebensweg.<sup>2</sup> Die Studienaufnahme ist dabei für einen großen Teil der nunmehr attestierten „Hochschulzugangsberechtigten“ der bevorzugte Weg in ein künftiges Berufsleben.<sup>3</sup> Das gilt insbesondere für diejenigen Berechtigten, deren Durchschnittsnote der Hochschulzugangsberechtigung (HZB) sogar eine „1“ vor dem Komma aufweist. Der Nachkommastelle wird dabei häufig – jedenfalls zunächst – keine besondere Bedeutung beigemessen. Das wird sich jedoch schnell ändern und den Blick des Abiturienten oder der Abiturientin auf die rechtlichen Instrumentarien lenken, die Gegenstand dieses Beitrags sind. Zunächst bewirkt die erreichte Spitzennote „1“ jedenfalls, dass sich Großeltern aufgerufen sehen, das Enkelkind in eine Reihe mit Goethe und Einstein zu stellen. Auch Eltern erkennen, dass langgehegte familiäre Zukunftsplanungen eine reale Form gewinnen könnten. Ist es nicht höchst schwierig, einen Nachfolger für die im ländlichen Bereich ohne Großstadtnähe etablierte Allgemeinanzpraxis zu finden? Drängt es sich deshalb nicht auf, die Praxisnachfolge innerhalb der Familie zu finden, zumal entsprechende Interessen und fachliche Neigungen des Sohnes oder der

Tochter schon zu Schulzeiten hervorgetreten sind? Ähnliche Überlegungen dürften dem Apotheker, dem Partner einer „gut aufgestellten“ Unternehmensberatung oder dem Mitglied der Leitungsebene in einem familiengeführten mittelständischen Unternehmen ebenfalls nicht fremd sein. Sie stimmen nicht selten mit den Berufszielen und Lebensplanungen des Abiturienten überein.<sup>4</sup>

Die nähere Befassung damit, die verständlich motivierten Studienwünsche zeitnah in dem heutigen Vergabesystem für Studienanfängerplätze umzusetzen, lässt jedoch alsbald dunkle Wolken aufziehen. Das gilt für die stark nachgefragten und deshalb in das bundesweite zentrale Vergabeverfahren bei der Stiftung für Hochschulzulassung<sup>5</sup> einbezogenen Studiengänge (Human-) Medizin, Zahnmedizin, Tiermedizin und Pharmazie in besonderer Weise. Die Durchschnittsnote (DN) ist hier die erste Säule der Auswahl unter den in hoher Zahl um einen solchen Studienplatz nachsuchenden Bewerbern. So lag die Auswahlgrenze für einen Studienanfängerplatz im Studiengang Medizin im Wintersemester (WS) 2015/2016 in der Abiturbestenquote (nach Abzug von Sonderquoten sind dies 20 v. H. der zu vergebenden Studienanfängerplätze) je nach dem Land, in dem die HZB erworben wurde, bei 1,0 bzw. 1,1. Für den Studiengang Zahnmedizin lag die Auswahlgrenze in dieser Quote für dieses Bewerbungssemester zwischen 1,1 und 1,4; ähnliche Auswahlgrenzen ergaben sich für das Studium der

- 1 Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung des Autors wieder. Sämtliche auf das Internet bezogenen Nachweise beziehen sich, wenn nicht anders erwähnt, auf den Abfragezeitpunkt 10.10.2015. Werden im Folgenden Personenbezeichnungen aus Gründen der besseren Lesbarkeit lediglich in der männlichen oder weiblichen Form verwendet, so schließt dies das jeweils andere Geschlecht mit ein.
- 2 Bezogen auf die Bundesrepublik Deutschland waren dies im Jahre 2014 insgesamt 432.677 Schülerinnen und Schüler, davon 76,7 v. H. als Inhaber der allgemeinen oder fachgebundenen Hochschulreife, vgl. Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 064 vom 25.2.2015, [www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2015/02/PD15\\_064\\_211.html](http://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2015/02/PD15_064_211.html).
- 3 Die Studienanfängerquote in Deutschland lag im Jahre 2014 bei 57,3 v. H. des jeweiligen Geburtsjahrgangs, vgl. vorläufige Ergebnismitteilung nach Statista, <http://de.statista.com/statistik/>

- daten/studie/72005/umfrage/entwicklung-der-studienanfängerquote/, ausführlich auch: Statistisches Bundesamt Fachreihe 11 Reihe 4.3.1 „Bildung und Kultur, Nichtmonetäre hochschulstatistische Kennzahlen 1980 – 2013, [www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/BildungForschungKultur/Hochschulen/Kennzahlen-Nichtmonetaer2110431137004.pdf?-blob=publicationFile](http://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/BildungForschungKultur/Hochschulen/Kennzahlen-Nichtmonetaer2110431137004.pdf?-blob=publicationFile). Danach lag der Anteil der Studienanfänger an der altersspezifischen Bevölkerung insgesamt im Jahre 2013 bei 48,8 v. H.; der Anteil der Studienanfänger betrug insgesamt 45,8 v. H. der studienberechtigten Schulabgänger mit allgemeiner und fachgebundener Hochschulreife und Fachhochschulreife.
- 4 Beispiele in Anlehnung an den entsprechenden Vortrag in gerichtlichen Zulassungstreitigkeiten bzw. in dabei vorgelegten sog. Motivationsschreiben bei den Bewerbungen um einen kapazitätsbegrenzten Studienplatz in einen Masterstudiengang.
- 5 Im Folgenden: Stiftung.

Tiermedizin (zwischen 1,2 und 1,6) und der Pharmazie (zwischen 1,1 und 1,6).<sup>6</sup> Diese – über die Jahre jedenfalls nicht geringer gewordenen – Anforderungen in der Abiturbestenquote verdeutlichen, dass unter den heutigen schulischen Gegebenheiten eine HZB im „Einserbereich“ nicht mehr nur einen exklusiven Kreis schmückt, sondern dieser schulische Erfolg mit einer hohen Zahl von Mitstreitern geteilt wird. Nach Angaben der Kultusministerkonferenz (KMK) für das Abschlussjahr 2013 lag der Anteil der Schüler und Schülerinnen mit einer Abiturnote von 1,0 bis 1,9 je nach Bundesland zwischen 15,6 v. H. (Niedersachsen mit einem Notenmittel von 2,61) und 37,8 v. H. (Thüringen mit einem Notenmittel von 2,17).<sup>7</sup> Aber nicht nur in der Quote der Abiturbesten sind die Anforderungen dafür, sofort oder jedenfalls ohne eine lange Wartezeit das gewünschte medizinische oder pharmazeutische Studium aufnehmen zu können, hoch. Die Durchschnittsnote der HZB ist nämlich nicht weniger von Bedeutung für die Beteiligung an dem sog. Auswahlverfahren der Hochschule (AdH), in welchem (nach Abzug der Sonderquoten) 60 v. H. der in den Studiengängen Medizin, Tiermedizin, Zahnmedizin und Pharmazie zu vergebenden Studienanfängerplätze ausgebracht werden. In diesem Verfahren muss der Grad der schulischen Qualifikation nach normativer Anordnung<sup>8</sup> den maßgeblichen Einfluss auf die Auswahlentscheidung haben. Die Hochschulen sind hier lediglich befugt, bei der zu bildenden Rangfolge innerhalb dieser Quote zusätzliche – in Punktwerte einmündende – Auswahlkriterien neben der aus der HZB folgenden Qualifikation zu berücksichtigen. Diese können je nach Landesrecht und Hochschule u. a. sein: die Gewichtung von Einzelnoten der HZB, das Ergebnis eines fachspezifischen Studierfähigkeitstests, neben dem schulischen Abschluss absolvierte Berufsausbildungen und -tätigkeiten, das Ergebnis eines Auswahlgesprächs oder Verbindungen der vorgenannten Merkmale. Nicht sämtliche Bewerber haben eine reale Chance, im AdH einen Studienplatz zu erhalten. Eine Einladung zu Auswahlgesprächen der Hochschule oder zu dortigen Studierfähigkeitstests erhält nämlich – neben anderen Anforderungen, etwa der Ortspräferenz – regelmäßig nur derjenige, der zu der

Gruppe der Abiturbesten gehört und nicht bereits über andere Vergabequoten einen Studienplatz erhalten hat. So bestimmt die Satzung der WWU Münster für den Studiengang Medizin auf der Grundlage des Art. 10 Abs. 1 Sätze 3 u. 4 StV 2008, dass am Auswahlverfahren – und damit am dort durchgeführten Studierfähigkeitstest innerhalb des AdH – nur diejenigen teilnehmen, die nach dem Grad der Qualifikation zu den besten 160 Bewerbern zählen.<sup>9</sup>

Schließlich werden auch die Studienanfängerplätze in den vielen – inzwischen die Regel bildenden – Zulassungszahlenbegrenzten Studiengängen außerhalb des bundesweiten zentralen Vergabeverfahrens, die mithin die Hochschulen selbst ausbringen, zu einem großen Teil über das Kriterium der Durchschnittsnote der HZB vergeben. Die dabei bei den einzelnen Hochschulen geltenden und oftmals anspruchsvollen Notengrenzen sind vielen Bewerbern zunächst kaum bekannt. So stellten sich die Grenznoten an der WWU Münster zum WS 2014/2015 (Stand nach Abschluss des Nachrückverfahrens) in den nachgenannten Studiengängen wie folgt dar: Betriebswirtschaftslehre/Bac.: 2,1, Biologie/Zweifach-Bachelor: 2,2, Kommunikationswissenschaft/Bac.: 1,8, Politik und Recht/Bac.: 2,4, Psychologie/Bac.: 1,3, Rechtswissenschaft/Staatsexamen: 1,9.<sup>10</sup> Sogar bei der Auswahl der Bewerber um einen Platz in einem kapazitätsbegrenzten konsekutiven Masterstudiengang sehen sich Hochschulen berechtigt, rangrelevant neben dem Ergebnis und dem inhaltlichen Gehalt des vorausgegangenen Bachelorabschlusses auch der Durchschnittsnote des schulischen Abschlusses Bedeutung zuzumessen.<sup>11</sup> All dies belegt die zentrale Bedeutung der Durchschnittsnote der HZB für die Chance, den gewünschten Studienplatz zu erhalten, und zwar auch und gerade im Nachkommabereich.

Die zweite Säule der Vergabe von kapazitätsbegrenzt zur Verfügung stehenden Studienanfängerplätzen bildet die Auswahl nach der Wartezeit. Diese Wartezeit wird bestimmt durch die Zahl der seit dem Erwerb der HZB bis zum jeweiligen Semesterbeginn, auf den sich die Bewerbung bezieht, verstrichenen vollen Halbjahre. Die Wartezeit kommt allein durch Zeitablauf zustande, ohne

6 Vgl. Übersicht der Stiftung für Hochschulzulassung zum WS 2015/2016 (Stand: 12.8. 2015), [http://www.hochschulstart.de/fileadmin/downloads/NC/wise2015\\_16/nc\\_alle\\_ws15.pdf](http://www.hochschulstart.de/fileadmin/downloads/NC/wise2015_16/nc_alle_ws15.pdf).

7 Vgl. FAZ.net „Abitur: Einser-Inflation und Notenungerechtigkeit“, <http://www.faz.net/aktuell/beruf-chance/campus/abitur-einser-inflation-und-noten-ungerechtigkeit-13640220.html>.

8 Vgl. Art. 10 Abs. 1 S. 2 des Staatsvertrages über die Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung für Hochschulzulassung vom 5.6.2008 – StV 2008.

9 Für das WS 2015/2016 lag hier die Grenznote des letzten zum Studierfähigkeitstest eingeladenen Bewerber im Studiengang

Medizin bei 1,2 und im Studiengang Zahnmedizin bei 1,6; vgl. <https://medicampus.uni-muenster.de/7274.html>. Hinzutritt das Erfordernis der Nennung dieser Hochschule in der 1. Ortspräferenz des Zulassungsantrags bei der Stiftung.

10 Vgl. [www.uni-muenster.de/studium/bewerbung/bew\\_oertlich\\_auswahl\\_ws\\_1415.html](http://www.uni-muenster.de/studium/bewerbung/bew_oertlich_auswahl_ws_1415.html). Zu den Auswahlgrenzen des SS 2015 vgl. [www.uni-muenster.de/studium/bewerbung/bew\\_oertlich\\_auswahl\\_ss\\_15.html](http://www.uni-muenster.de/studium/bewerbung/bew_oertlich_auswahl_ss_15.html).

11 Vgl. VG Münster, Beschlüsse vom 17.11.2010 – 9 L 512/10 – und vom 3.11.2011 – 9 L 417/11 –, jeweils juris.

dass ein tatsächliches „Warten“ auf einen bestimmten Studienplatz – etwa durch eine semesterliche Wiederbewerbung – verdeutlicht werden müsste. Von der Gesamtzahl der Halbjahre wird die Zahl der Halbjahre abgezogen, in denen der Bewerber an einer deutschen Hochschule in einem anderen Studiengang eingeschrieben war. Hier besteht neben der Unkenntnis dieser „Parkstudienregelung“ selbst ein verbreiteter Irrtum darin anzunehmen, durch das Verstreichenlassen einer gewissen Wartezeit nach dem Erwerb der Hochschulzugangsberechtigung würde sich die Durchschnittsnote nach und nach rechnerisch verbessern, um dann schließlich der in der vorherigen Bewerbung nur knapp verpassten Notengrenze in der Abiturbestenquote zu genügen. Das ist nicht der Fall. Die in den jeweiligen Auswahlquoten je nach Bewerberbeteiligung geltenden Grenzwerte sind strikt getrennt. Da allerdings in dem Auswahlverfahren des jeweiligen Semesters regelmäßig zahlreiche Bewerber dieselbe Wartezeit vorzuweisen haben, wird zur Auswahl unter ihnen innerhalb der Wartezeitquote als ein nachrangiges Auswahlkriterium wiederum auf die Durchschnittsnote der HZB abgestellt. Bei einer Ranggleichheit innerhalb der Abiturbestenquote ist die Wartezeit das erste nachrangige Auswahlkriterium, § 18 VergabeVO NRW.<sup>12</sup>

Die zurzeit in den Studiengängen des bundesweiten zentralen Vergabeverfahrens für eine Zulassung zum Wunschstudium erforderliche Wartezeit ist ernüchternd.<sup>13</sup> Sie betrug zum WS 2015/2016 im Studiengang Medizin 14 Wartehalbjahre<sup>14</sup> (mit einer nachrangig relevanten DN von 3,3), im Studiengang Tiermedizin 10 Wartehalbjahre (nachrangig DN von 2,2), im Studiengang Zahnmedizin 12 Wartehalbjahre (nachrangig DN von 3,0) und im Studiengang Pharmazie 2 Wartehalbjahre (nachrangig DN von 1,6).<sup>15</sup>

Die Erfordernisse der Wartezeitquote in den Studiengängen, die von den Hochschulen selbst in ihren örtlichen Auswahlverfahren vergeben werden, sind oftmals auch nicht gering. So mussten Bewerber sechs Wartehalbjahre aufweisen, um zum WS 2014/2015 an der WWU Münster in dieser Quote einen Studienplatz im Bachelorstudium der Betriebswirtschaft oder im Studiengang Kommunikationswissenschaft (Bac.) zu erhalten; für einen Studienplatz der Psychologie (Bac.) lag der Wert bei zehn Halbjahren (mit einer nachrangigen Durchschnittsnote von 2,7).<sup>16</sup> An anderen Hochschulen ist die Situation ähnlich.<sup>17</sup>

Diese – für die Zukunft kaum geringer werdenden – Wartezeiterfordernisse zur Studienaufnahme in kapazitätsbegrenzten Studiengängen, namentlich in denen des zentralen Vergabeverfahrens, werfen für viele Bewerber nicht nur die Frage auf, ob solche zeitlichen Verschiebungen überhaupt in die Lebensplanung eingestellt werden können, sondern auch die, wie man diese (langen) Zeiträume sinnvoll und zielführend überbrücken könnte. Die Aufnahme einer fachnahen beruflichen Ausbildung<sup>18</sup>, die Ableistung eines freiwilligen sozialen Dienstes oder sogar ein Ausweichen in das europäische Ausland<sup>19</sup> wird erwogen, stellt aber vielfach aus verschiedensten Gründen keinen gangbaren Weg dar.

## II. Die Sonderanträge aus Härte- oder Benachteiligungsgründen

Damit rücken – nach Lektüre der hierfür umfangreich von der Stiftung bzw. den Hochschulen online zur Verfügung gestellten Informationen – die im Bewerbungsverfahren offen stehenden Möglichkeiten, Sonderanträge zu stellen, in den Fokus.

12 Aus Darstellungsgründen wird in diesem Beitrag schwerpunktmäßig die in Nordrhein-Westfalen geltende Normenlage zitiert. Diese ist jedoch mit der in den anderen Bundesländern vergleichbar. Die auf das bundesweite zentrale Vergabeverfahren bezogenen Regelungen (§§ 1 – 22) der VergabeVO NRW werden wegen inhaltsgleicher Bestimmungen in den anderen Ländern auch als VergabeVO Stiftung bezeichnet; Übersicht zu den maßgeblichen Vergabeverordnungen der Länder s. bei [www.hochschulstart.de/index.php?id=4251&L=1](http://www.hochschulstart.de/index.php?id=4251&L=1).

13 Eine ausführliche Bestandsaufnahme auch zu den Auswahlgrenzen in der Wartezeitquote enthält der Vorlagebeschluss gem. Art. 100 Abs. 1 GG an das BVerfG des VG Gelsenkirchen – 6z K 4229/13 – vom 18.3.2014, juris.

14 Bei einer Regelstudienzeit dieses Studiums von 12 Semestern.

15 Vgl. Nachweis unter Fn. 6.

16 Vgl. Tabellenwerk der WWU Münster unter [www.uni-muenster.de/studium/bewerbung/bew\\_oertlich\\_auswahl\\_ws\\_1415.html](http://www.uni-muenster.de/studium/bewerbung/bew_oertlich_auswahl_ws_1415.html). Die Auswahlgrenzen im SS 2015 sind, soweit überhaupt eine Studienaufnahme zum Sommersemester angeboten wurde, unter

[www.uni-muenster.de/studium/bewerbung/bew\\_oertlich\\_auswahl\\_ss\\_15.html](http://www.uni-muenster.de/studium/bewerbung/bew_oertlich_auswahl_ss_15.html) veröffentlicht.

17 Zu den Grenzwerten im Auswahlverfahren zum Wintersemester 2015/2016 an der Universität München vgl. [www.uni-muenchen.de/studium/beratung/vor/studienplatz/studienplatz/zulassung\\_beschr/zulas\\_oertl/index.html](http://www.uni-muenchen.de/studium/beratung/vor/studienplatz/studienplatz/zulassung_beschr/zulas_oertl/index.html); zu denen an der Universität Leipzig vgl. [http://www.zv.uni-leipzig.de/studium/bewerbung/zulassung\\_beschaenkung/oertliche-zulassung\\_beschaenkung/nc-tabelle.html](http://www.zv.uni-leipzig.de/studium/bewerbung/zulassung_beschaenkung/oertliche-zulassung_beschaenkung/nc-tabelle.html); Übersicht bundesweit und Links zu den jeweiligen Hochschulen unter [www.auswahlgrenzen.de/37,1,universitaeten.html](http://www.auswahlgrenzen.de/37,1,universitaeten.html).

18 Das VG Gelsenkirchen hat in dem unter Fn. 13 genannten Beschluss vom 18.3.2014 eine umfangreiche Übersicht eingestellt zu abgeschlossenen Berufsausbildungen in bestimmten medizinischen Berufen, die von einzelnen Hochschulen im AdH rangverbeserd berücksichtigt werden.

19 Vgl. insoweit etwa [www.go-out.de/auslandslotse/moeglichkeiten/moeglichkeiten/de/18868-wege-ins-medizinstudium](http://www.go-out.de/auslandslotse/moeglichkeiten/moeglichkeiten/de/18868-wege-ins-medizinstudium) (27.9.2015).

## 1. Härtefallanträge

Hierzu zählt zum Einen ein ergänzend zu der regulären Bewerbung möglicher Antrag auf eine Anerkennung als Härtefall. Ein solcher Härtefallantrag kann sowohl im bundesweiten zentralen Vergabeverfahren bei der Stiftung als auch in den Zulassungsverfahren, die die Hochschule selbst – ggf. in einem Serviceverfahren<sup>20</sup> – durchführt, gestellt werden.<sup>21</sup> Hiermit durchzudringen hat zur Folge, innerhalb der hierfür bestimmten (Vorab-) Quote sofort zum Wunschstudium zugelassen zu werden.<sup>22</sup> Ein solcher Antrag kann allerdings bei zudem hohen formalen und Darlegungs- sowie Nachweiserfordernissen in der Sache nur durchgreifen für Bewerber, für die es eine „außergewöhnliche Härte“ bedeuten würde, wenn sie für den genannten Studiengang keine sofortige Zulassung erhielten. Eine außergewöhnliche Härte liegt vor, wenn „in der eigenen Person liegende besondere soziale oder familiäre Gründe die sofortige Aufnahme des Studiums zwingend erfordern“.<sup>23</sup> Nach der Rechtsprechung ist hier eine strenge Betrachtungsweise geboten. Die Zulassung im Härtewege führt nämlich nach dem geltenden Vergabesystem zwangsläufig zur Zurückweisung eines anderen, noch nicht zugelassenen Mitbewerbers.<sup>24</sup> Zu beachten ist die Funktion, die derartigen Härtefallregelungen in Übereinstimmung mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung<sup>25</sup> nach dem Verständnis des Normgebers zukommen soll. Sie sollen „im Lichte des Gleichheitssatzes die Funktion haben, innerhalb des notwendigerweise schematisierenden Auswahlsystems für Massenverfahren einen Ausgleich für die mit dem System selbst verbundenen Unbilligkeiten im Einzelfall der Studienzulassung zu schaffen“.<sup>26</sup> Die hierzu von der Stiftung herausgegebenen Hinweise<sup>27</sup> zu dem dortigen „Sonderantrag D“ entsprechen dem von der Rechtspre-

chung insbesondere des VG Gelsenkirchen und des OVG NRW in ständiger Spruchpraxis angelegten Prüfungsmaßstab. Bei diesen Gerichten sind die Streit-sachen um Studienzulassung in Studiengängen des bundesweiten zentralen Vergabeverfahrens, soweit die Stiftung dort eigene Zulassungsentscheidungen trifft, konzentriert.<sup>28</sup> Die Hochschulen haben die Hinweise der Stiftung zu den Anforderungen bei Härtefallanträgen für die in ihrer Zuständigkeit liegenden Zulassungsentscheidungen inhaltsgleich oder jedenfalls in der Sache übernommen.<sup>29</sup> Danach kann etwa eine außergewöhnliche Härte i. S. d. § 15 VergabeVO NRW angenommen werden, wenn der Bewerber nachweist, dass er an einer ernsthaften Erkrankung mit Verschlimmerungstendenz leidet, die dazu führen wird, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit in Zukunft die Belastungen des Studiums in diesem Studiengang nicht durchgestanden werden können. Auch weitere Erkrankungen oder Behinderungen können unter engen Voraussetzungen, etwa einem aus diesen Gründen folgenden persönlichen Unvermögen, eine Wartezeit sinnvoll überbrücken zu können, einen solchen Sonderantrag tragen. Der Nachweis muss innerhalb der als Ausschlussfrist<sup>30</sup> ausgestalteten Bewerbungsfrist – einschließlich einer etwaigen Nachfrist zur Ergänzung von Antragsunterlagen – erbracht werden. Die Anforderungen an den Nachweis einer hier beachtlichen gesundheitlichen Beeinträchtigung sind jedoch so hoch, dass sich ein Bewerber glücklich schätzen sollte, sich nicht in einer derartigen Lebenslage zu befinden. Die Darlegung, aus sonstigen persönlichen, insbesondere familiären oder sozialen Gründen die Anerkennung als Härtefall zu erreichen, ist nochmals schwieriger. Hier mag an die Situation gedacht werden, dass der Bewerber früher für diesen Studiengang eine Zulassung erhalten hatte, es ihm jedoch aus zwingenden, etwa schwerwie-

20 Vgl. § 27 VergabeVO NRW.

21 Eine Übersicht zu den landesrechtlichen Regelungen zu Härtefallanträgen bei der Zulassung zu Masterstudiengängen wurde vom Deutschen Studentenwerk unter [www.studentenwerke.de/de/zulassungsverfahren-im-masterstudium](http://www.studentenwerke.de/de/zulassungsverfahren-im-masterstudium) in das Internet eingestellt.

22 Vgl. § 32 Abs. 2 S. 1 Hochschulrahmengesetz, Art. 9 Abs. 1 Nr. 1 StV 2008, §§ 6 Abs. 2, 15 VergabeVO NRW.

23 Art. 9 Abs. 3 StV 2008, § 15 S. 2 VergabeVO NRW; s. auch § 32 Abs. 2 Nr. 1 HRG.

24 Vgl. Art. 9 Abs. 2 S. 4 StV 2008, § 6 Abs. 6 S. 1 VergabeVO NRW, wonach die in der Härtefallquote verfügbar gebliebenen Studienplätze sodann in der Wartezeitquote vergeben werden.

25 Vgl. BVerfG, Urteil vom 8.2.1977 – 1 BvF 1/76 u. a. („Numerus Clausus II“), BVerfGE 43, 291, 378.

26 Vgl. hierzu etwa: *Humborg*, Die Vergabe von Studienplätzen durch die ZVS, DVBl. 1982, 469; *Becker/Hauck*, Die Entwicklung des Hochschulzulassungsrechts bis 1982, NVwZ 1983, 204, 206 f. sowie NVwZ 1985, 316, 319; *Hauck*, Neues Recht zur Studienplatzvergabe, NVwZ 1986, 348, 350; *Denninger*, HRG, § 32

Rn. 7 ff.; *Reich*, HRG, § 32 Rn. 3 ff.

27 [www.hochschulstart.de/index.php?id=hilfe1010](http://www.hochschulstart.de/index.php?id=hilfe1010) sowie zusammenfassend unter [www.hochschulstart.de/fileadmin/downloads/Merkblaetter/m07.pdf](http://www.hochschulstart.de/fileadmin/downloads/Merkblaetter/m07.pdf).

28 Vgl. § 52 Nr. 3 S. 4 und 5 VwGO.

29 Vgl. etwa: [www.hu-berlin.de/de/studium/behinderte/bewerbung/bewerb](http://www.hu-berlin.de/de/studium/behinderte/bewerbung/bewerb) (HU Berlin); [www3.uni-bonn.de/studium/im-studium/besondere-anliegen-unterstuetzungsangebote/studieren-mit-handicap/bewerbung-und-zulassung/d-antrag-auf-sofortige-zulassung-in-der-quote-fuer-faelle-aussergewoehnlicher-haerte-haertefallantrag](http://www3.uni-bonn.de/studium/im-studium/besondere-anliegen-unterstuetzungsangebote/studieren-mit-handicap/bewerbung-und-zulassung/d-antrag-auf-sofortige-zulassung-in-der-quote-fuer-faelle-aussergewoehnlicher-haerte-haertefallantrag) (U Bonn); <http://immaamt.verwaltung.uni-halle.de/bewerbung/sonderantraege/> sowie [www.verwaltung.uni-halle.de/dezern2/forms/h%C3%A4rtefallantrag.pdf](http://www.verwaltung.uni-halle.de/dezern2/forms/h%C3%A4rtefallantrag.pdf) (U Halle); [www.uni-regensburg.de/studium/handicap/zulassung-studium/studienplatzvergabe-stiftung-hochschulzulassung/sonderantraege/index.html](http://www.uni-regensburg.de/studium/handicap/zulassung-studium/studienplatzvergabe-stiftung-hochschulzulassung/sonderantraege/index.html) (U Regensburg); [www.studienangelegenheiten.uni-wuerzburg.de/fileadmin/32020000/Ref\\_2.2\\_-\\_SG\\_1/Bewerbunghilfe/Anf\\_Haerte.pdf](http://www.studienangelegenheiten.uni-wuerzburg.de/fileadmin/32020000/Ref_2.2_-_SG_1/Bewerbunghilfe/Anf_Haerte.pdf) (U Würzburg).

30 Vgl. Art. 12 Abs. 1 Nr. 3 StV 2008, § 3 Abs. 7 VergabeVO NRW.

genden gesundheitlichen Gründen unmöglich war, diese Zulassung auszunutzen.

Gemessen hieran drängt sich auf, dass die Nachfragefrage für die Landarztpraxis<sup>31</sup> oder für die Apotheke nicht über einen Härtefallantrag gelöst werden kann. Dasselbe rechtliche Schicksal teilen die meisten sonst von den Bewerbern als außergewöhnliche Härte begriffenen Lebenssachverhalte, und zwar unabhängig davon, ob die angeführten Gründe mit oder ohne eine – subjektiv nachvollziehbare – Aggravierung vorgebracht werden. Einer Kompensation erlittener Schicksalsschläge dient die Härtefallregelung in ständiger Rechtsprechung jedenfalls nicht. Auch dient sie nicht der Heilung oder Linderung psychischer Erkrankungen oder Depressionen<sup>32</sup>, und zwar gleichgültig, ob deren Ursachen gerade in der Enttäuschung liegen, auf lange Zeit nicht das Wunschstudium aufnehmen zu können, oder ob sie auf anderen Umständen beruhen.<sup>33</sup> Auch kann nach dem Quotensystem des Staatsvertrages und der VergabeVO selbst eine langjährige Wartezeit auf den gewünschten Studienplatz, die man mit den konkurrierenden Bewerbern der Wartezeitquote teilt, als solche keinen individuellen und außergewöhnlichen Härtefall begründen. Die Funktion eines quasi automatischen Einrückens der Gruppe langjährig Wartenden in die Härtefallquote hat der Normgeber der individuell ausgebildeten Härtefallregelung nicht zugewiesen.

## 2. Anträge auf einen Nachteilsausgleich

Vor dem Hintergrund der äußerst geringen Erfolgsaussichten eines Härtefallantrags werden andere Sonderanträge, gerichtet auf die Verbesserung der Zulassungschance im Bewerberfeld, in den Blick genommen. Dies sind nach derzeitigem Recht die Anträge, im Studienzulassungsverfahren im Wege des sog. Nachteilsausgleichs eine rechnerische Verbesserung der ausgewiesenen Durchschnittsnote der HZB – nachfolgend unter a) – oder der Wartezeit – nachfolgend unter b) – zu erwirken. Im Verfahren bei der Stiftung werden sie als Sonderanträge E und F bezeichnet. Sie erfordern den Nachweis, aus in eigener Person liegenden, nicht selbst zu vertre-

tenden Gründen gehindert gewesen zu sein, eine bessere als die in der HZB ausgewiesene Durchschnittsnote oder eine höhere als die aus dem Zeitpunkt des Erwerbs der HZB folgende Wartezeit zu erreichen.

Von der Möglichkeit, solche Anträge zu stellen, wird durchaus häufig Gebrauch gemacht. Nach Mitteilung der Stiftung vom 07.09.2015 an den Verfasser gab es in allen in das zentrale Vergabeverfahren einbezogenen Studiengängen die nachfolgend aufgeführten Antragszahlen und Ergebnisse:<sup>34</sup>

| Notenverbesserung<br>Sonderantrag E | Wintersemester<br>2014/15 | Sommersemester<br>2015 |
|-------------------------------------|---------------------------|------------------------|
| Anträge gesamt                      | 898                       | 256                    |
| Anträge anerkannt                   | 125                       | 59                     |
| Anträge abgelehnt                   | 773                       | 197                    |

| Wartezeitverbesserung<br>Sonderantrag F | Wintersemester<br>2014/15 | Sommersemester<br>2015 |
|---|---------------------------|------------------------|
| Anträge gesamt                          | 693                       | 212                    |
| Anträge anerkannt                       | 99                        | 34                     |
| Anträge abgelehnt                       | 594                       | 178                    |

Die auf einen Nachteilsausgleich gerichteten Sonderanträge finden ihre derzeitige Rechtsgrundlage in Art. 9 Abs. 3 S. 2 des Staatsvertrages vom 5.6.2008, den hierauf bezogenen Ratifizierungsgesetzen<sup>35</sup> sowie den ausfüllenden gesetzlichen oder untergesetzlichen Regelungen der Länder, die jeweils Einzelbestimmungen, getrennt nach dem Ziel einer Verbesserung der Durchschnittsnote der HZB oder der Wartezeit, enthalten. In NRW sind dies § 11 Abs. 5 sowie § 14 Abs. 3 VergabeVO NRW. Sie bewirken im Falle des Erfolgs des hierauf bezogenen Sonderantrags, dass der Bewerber in den jeweiligen Vergabequoten mit einer besseren Durchschnittsnote bzw. der höheren Wartezeit berücksichtigt wird. Der erfolgreiche Sonderantrag zum Nachteilsausgleich hat somit nicht zur Folge, dass damit stets und unmittelbar eine Zulassung für den betreffenden Studiengang im Bewerbungssemester erfolgt. Er führt vielmehr zunächst allein zu einem besseren Rangplatz und damit einer Chancenver-

31 Vgl. VG Gelsenkirchen, Gerichtsbescheid vom 8.7.2014 – 6z K 1383/14 – (Übernahme der Zahnarztpraxis des Vaters, auch zwecks Konsolidierung der finanziellen Gesamtsituation der Familie), juris.

32 Dies gilt selbst für den Fall, dass Suizidgedanken attestiert worden sind oder es bereits zu Suizidversuchen gekommen ist, vgl. Nachweise bei *Humborg* (Fn. 26).

33 Umfangreiche Nachweise zu der jüngeren Rspr. des VG Gelsenkirchen und des OVG NRW enthält die Entscheidung des VG Gelsenkirchen vom 18.3.2014 (Fn. 13); s. aus jüngster Zeit auch OVG NRW, Beschlüsse vom 11.12.2014 – 13 B 1207/14 – (Depression und eine zu spät erkannte Hochbegabung) und

vom 27.5.2015 – 13 B 522/15 (PTBS wegen traumatisierender Erlebnisse im Heimatland), jeweils Rspr.-Datenbank NRWE unter [www.juStiz.nrw.de](http://www.juStiz.nrw.de); VG München, Beschluss vom 30.4.2015 – M 3 E 14.5047 – (sofortiger Studienortwechsel), juris.

34 Der auf Anfrage des Verfassers erfolgten Sonderauswertung durch die Stiftung, der hierfür zu danken ist, wurde erläuternd angemerkt, dass sich unter den abgelehnten Anträgen beider Antragsarten auch solche befanden, die aufgrund von Formfehlern abgewiesen wurden.

35 Nachweise zu den einzelnen Ländern bei VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 18.3.2014 (Fn. 13).

besserung. Ob dies in der jeweiligen Vergabequote letztlich für die Zulassung ausreicht, ist dann eine Frage der für das betreffende Bewerbungssemester gegebenen Konkurrenzsituation.

Ursprünglich waren die Grundlagen, einen Nachteilsausgleich im Bereich der Durchschnittsnote der HZB oder der Wartezeit zu erwirken, nur teilweise normiert. Die seit dem Jahre 1973 maßgeblich gewesenen Normen, insbesondere die Regelungen in den älteren Staatsverträgen der Länder über die Vergabe von Studienplätzen<sup>36</sup>, sprachen generell in Gestalt eines unbestimmten Rechtsbegriffs die Situation einer „außergewöhnlichen Härte“ an und wiesen den damit erfolgreichen Bewerber der Vorabquote für Fälle außergewöhnlicher Härte zu. Die damalige VergabeVO<sup>37</sup> war ebenfalls generell gefasst, erwähnte allerdings in § 9 Abs. 3 Nr. 3 als Nachteilsituation jedenfalls „Zeitverluste bei der Aufnahme des Studiums, die vom Bewerber nicht zu vertreten sind“. § 15 Abs. 3 Nr. 2 VergabeVO vom 10.05.1977 benannte als einen im Rahmen der Härtequote beachtlichen Nachteil, wenn „Umstände in der Person des Bewerbers vorliegen, die dieser nicht zu vertreten hat und ihn gehindert haben, die Voraussetzungen für eine Zulassung im Rahmen der Auswahlquoten nach Qualifikation oder Wartezeit zu erfüllen“. Die Rechtsprechung systematisierte seinerzeit die normierte allgemeine Härteklausele im Wege einer Unterscheidung zwischen „kausalitätsabhängigen“ und „kausalitätsunabhängigen“ Härtegründen. Die kausalitätsabhängigen Härtegründe sollten diejenigen Situationen im Wege eines Nachteilsausgleichs (sog. Handikap-Ausgleich) erfassen, in denen besondere Umstände in der Person des Bewerbers, die er nicht zu vertreten hat, ihn gehindert haben, entweder eine bessere Durchschnittsnote oder eine höhere Wartezeit zu erreichen. Als relevante Härtegründe genügten dabei allerdings – wie sich aufdrängt – nur die, die den Bewerber insgesamt gesehen gehindert haben, die Auswahlgrenze des jeweiligen regulären Auswahlkriteriums zu erreichen. Das führte für die Studienbewerber, die solche kausalitätsabhängigen Härtegründe geltend machten, zu der Situation, dass im Vergabeverfahren

und auch nachgehend bei der gerichtlichen Überprüfung vielfach offen bleiben konnte, ob die angeführten Nachteile überhaupt bzw. in dem reklamierten Umfang anerkannt werden. Wenn nämlich der beantragte kausalitätsabhängige Härtegrund, unterstellt die rechtlichen Voraussetzungen lägen in dem geltend gemachten Umfang vor, den Bewerber schon nicht in den Bereich der jeweils maßgeblichen Auswahlgrenze der Regelquote anheben würde, war der Sonderantrag für die Zulassungsentscheidung unerheblich. Die kausalitätsunabhängigen Härtegründe erfassten demgegenüber die Bewerber, deren sofortige Studienaufnahme in dem betreffenden Studiengang wegen besonderer Umstände in ihrer Person als zwingend erforderlich erschien.<sup>38</sup>

Seit dem Inkrafttreten des Staatsvertrages vom 14.06.1985<sup>39</sup>, parallel zum Zweiten Gesetz zur Änderungen des HRG vom 28.03.1985<sup>40</sup> und auch zu der Änderungen in der ländereinheitlichen VergabeVO ZVS<sup>41</sup>, sind die Härtefallregelung und die Bestimmungen zu einem Nachteilsausgleich normativ getrennt worden. Art. 12 StV 1985 regelte in seinem Abs. 3 S. 2 erstmals den Nachteilsausgleich bei der Durchschnittsnote bzw. der Wartezeit eigenständig dahin, dass Bewerber, die dies erfolgreich in Anspruch nehmen, mit dem jeweils dann nachgewiesenen Wert am Vergabeverfahren in den Regelquoten beteiligt werden. § 14 Abs. 3 und § 17 Abs. 3 VergabeVO ZVS 1985 setzten dies auf Verordnungsebene entsprechend um. Hierbei ist es bis heute<sup>42</sup> geblieben, was auch systemgerecht ist.

a) Der Sonderantrag „Verbesserung der Durchschnittsnote der Hochschulzugangsberechtigung“

Die Beurteilung eines auf eine Verbesserung der Durchschnittsnote der HZB gerichteten Sonderantrags im zentralen und auch in den von den Hochschulen durchzuführenden Vergabeverfahren für kapazitätsbeschränkte Studiengänge erfordert, sich zunächst den Gegenstand und den Kontext präsent zu machen, auf den sich ein solches Begehren bezieht. Das ist in den meisten Fällen die Durchschnittsnote, die aus dem Abiturzeugnis<sup>43</sup> nach dem erfolgreichen Abschluss der gymnasialen

36 Vgl. Art. 11 Abs. 2 Nr. 1 STV 1972 und Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 StV 1978.

37 Vgl. § 9 VergabeVO ZVS vom 10.5.1973.

38 Vgl. hierzu ausführlich: *Humborg* a.a.O. (Fn. 26); kritisch zu dieser Rspr. etwa *Becker/ Hauck*, Die Entwicklung des Hochschulzulassungsrechts bis 1982, NVwZ 1983, 204, 206 f., dieselben in: Die Rechtsprechung des Hochschulzulassungsrechts im Jahre 1984, NVwZ 1985, 316, 319 f., *Denninger*, HRG, vor § 27 Rn. 59 und § 32 Rn. 7 ff.; vgl. auch *Reich*, HRG, § 32 Rn. 3 ff.

39 Vgl. Textnachweis und Kommentierung bei *Bahro*, Das Hochschulzulassungsrecht in der BRD, 2. Aufl. 1986.

40 BGBl. I 605.

41 Z.B. in NRW vom 2.9.1985.

42 Nunmehr § 11 Abs. 5 (Nachteilsausgleich HZB) und § 14 Abs. 3 (Nachteilsausgleich Wartezeit) der VergabeVO NRW i.d.F. vom 1.4.2014 für das zentrale Vergabeverfahren; über den Verweis in § 23 Abs. 2 S. 1 VergabeVO NRW auch maßgeblich für das örtliche Vergabeverfahren durch die Hochschule.

43 Auf die weiteren den Hochschulzugang ermöglichenden schulischen und außerschulischen – auch ausländischen – Bildungswege soll hier aus Gründen der Darstellung nicht weiter eingegangen werden.

Oberstufe<sup>44</sup> folgt. In diesem Abiturzeugnis, einer von der Schule ausgestellten Urkunde, werden die vom Schüler in den beiden Abschlussjahren der gymnasialen Oberstufe – dem 1. und 2. Jahr der sog. Qualifikationsphase – in den einzelnen Kursen bzw. Fächern und weiter die in der Abiturprüfung erbrachten Leistungen bewertet ausgewiesen. Die auf die einzelnen Aufgabenfelder<sup>45</sup> der gymnasialen Oberstufe bezogenen Leistungen werden dabei in ein Punktesystem einbezogen und führen zu der Gesamtqualifikation und der zugleich ausgewiesenen Durchschnittsnote. Die Umrechnung der Gesamtpunktzahl des Abiturs in die Durchschnittsnote – auf eine Stelle nach dem Komma – ist in der Anlage 2 zu § 11 Abs. 3 Satz 1 VergabeVO NRW geregelt. Eine nur geringfügige Erhöhung der Gesamtpunktzahl durch eine Punkteverbesserung in einem Fach/Kurs oder in mehreren Fächern/Kursen führt nicht stets zu einer Verbesserung der Durchschnittsnote der HZB im Nachkommabereich, da hier Punktespannen bestehen. Das Zeugnis und die für die einzelnen Leistungsbestandteile festgesetzten Kursnoten bzw. Punkte haben Verwaltungsaktqualität.<sup>46</sup> Die durch Noten/Punkte im Abiturzeugnis ausgedrückten Leistungsbewertungen können mit Widerspruch und Klage angegriffen werden. Sie sind der Bestandskraft fähig.

Das Zeugnis über den erfolgreichen Abschluss der in der Oberstufe schulisch vermittelten Bildung dokumentiert mit seinen Noten/Punktwerten und der ausgewiesenen Durchschnittsnote die „nachgewiesene“ Qualifikation für die Zulassung zu einem Hochschulstudium, § 27 Abs. 1 u. 2 HRG. An diese nachgewiesene Qualifikation knüpft die zu treffende Auswahlentscheidung in der Abiturbestenquote und in der Quote AhH unmittelbar an. Die in dem schulischen Zeugnis nachgewiesene Qualifikation basiert auf den in der Qualifikationsphase der gymnasialen Oberstufe und der Abiturprüfung tatsächlich – „hic et nunc“ – erbrachten und entsprechend bewerteten Leistungen des Schülers. Das macht die rechtlich auch so gewollte Informations- und Beweisfunktion des Zeugnisses aus. Welche Leistungen der Schüler in-

nerhalb der dem Abiturzeugnis zugrunde liegenden Ausbildungsphase nach seinen Anlagen, Fähigkeiten und sonstigen persönlichen Merkmalen, dh. unbeeinflusst von sich wie immer darstellenden äußeren oder inneren Gegebenheiten, hätte erbringen können, ist nicht Gegenstand der Leistungsbewertungen eines schulischen Abschlusszeugnisses. Erst recht ist in den Leistungsbewertungen des Abiturzeugnisses kein Raum für die Berücksichtigung von etwa in den jeweiligen Kompetenzbereichen für die Zukunft zu erwartenden Leistungsständen.<sup>47</sup>

Dieser Aussagegehalt der HZB zu den tatsächlich schulisch erbrachten Leistungen ist im Staatsvertrag und auch im Hochschulrecht des Bundes und der Länder bei der Ausgestaltung des Auswahlsystems ersichtlich als tragend zugrunde gelegt worden. Im zentralen bundesweiten Verfahren wird für zwei der drei dortigen Vergabequoten (Abiturbestenquote und Quote AdH) hieran unmittelbar angeknüpft. Innerhalb der Abiturbestenquote und seiner Untergliederung nach Landesquoten ist die Durchschnittsnote der HZB das primäre rangbildende Kriterium. Innerhalb der Quote AdH hat sie jedenfalls die maßgebliche Bedeutung.<sup>48</sup> In den örtlichen Vergabeverfahren der Hochschulen wird ebenfalls weitgehend auf das Auswahlkriterium der Durchschnittsnote der HZB abgestellt. Den Normgebern ist dabei für das gefundene Regelungssystem zur Vergabe von Studienplätzen in Studiengängen mit Nachfrageüberhang bewusst gewesen, dass die Abiturnoten und deren errechneter Durchschnitt als alleiniges oder jedenfalls maßgebliches Auswahlkriterium für diejenigen Vergabequoten, die hieran anknüpfen, durchaus problemhaft sind.<sup>49</sup> Diese Probleme folgen schon daraus, dass sich die schulische Leistungsbewertung – wie jede Leistungsbeurteilung – stets als ein Wertungsakt mit einem hohen fachlichen Beurteilungsvorrecht der hierzu berufenen Lehrkräfte darstellt und einer stringenten objektivierbaren Ableitung nicht vollständig unterliegt. Auch wird, was allseits bekannt ist, die Leistungserbringung selbst durch verschiedenste Rahmenbedingungen beeinflusst.

44 Vgl. zu dessen Struktur: KMK „Sekundarstufe II/Gymnasiale Oberstufe“ mit Länderübersicht, [www.kmk.org/bildung-schule/allgemeine-bildung/sekundarstufe-ii-gymnasiale-oberstufe.html](http://www.kmk.org/bildung-schule/allgemeine-bildung/sekundarstufe-ii-gymnasiale-oberstufe.html).

45 Dies sind die dem sprachlich-literarisch-künstlerischen, dem gesellschaftswissenschaftlichen und dem mathematisch-naturwissenschaftlich-technischen Aufgabenfeld zuzuordnenden Unterrichtsfächer, die in den meisten Bundesländern jeweils Grund- oder Leistungskursen zugeordnet werden. Vgl. hierzu etwa Ministerium für Schule und Weiterbildung NRW, Die gymnasiale Oberstufe an Gymnasien und Gesamtschulen in NRW (2016), <https://bro.schueren.nordrheinwestfalendirekt.de/broschuerenservice/msw/die-gymnasiale-oberstufe-an-gymnasien-und-gesamtschulen->

[in-nordrhein-westfalen-informationen-fuer-schuelerinnen-und-schueler-die-im-jahr-2016-in-die-gymnasiale-oberstufe-eintreten/1651](http://in-nordrhein-westfalen-informationen-fuer-schuelerinnen-und-schueler-die-im-jahr-2016-in-die-gymnasiale-oberstufe-eintreten/1651).

46 Allg. Auffassung, vgl. etwa: *Rux/Niehues*, Schulrecht, 5. Aufl. Rn. 1454; *Avenarius*, Schulrecht, 8. Aufl., S. 432 Rn. 20.223; VG Aachen, Urteil vom 23.1.2009 – 9 K 902/07 –, juris, jeweils m.w.N.

47 Vgl. *Avenarius*, (Fn. 46), S. 431 Rn. 20.222 und S. 446 Rn. 20.412.

48 Dort allerdings nicht differenziert nach dem Land, in dem sie erworben wurde; vgl. zu den hier ansetzenden Bedenken VG Gelsenkirchen a.a.O. (Fn. 13).

49 Vgl. hierzu bereits BVerfG, Urteil vom 18.7.1972 – 1 BvL 32/70 u.a. -, BVerfGE 33, 303 Rz. 92 (Numerus-Clausus I).

Diese können persönlicher oder sächlich/organisatorischer Art sein. Auch war und ist den Normgebern bekannt, dass Leistungsbewertungen, gerade was die in das Abiturzeugnis einbezogenen Noten/Punkte betrifft, von Land zu Land und weiter heruntergebrochen auch innerhalb eines Landes bis auf die Ebene der einzelnen Gemeinde oder Schule nicht uneingeschränkt gleichförmig sind und dies auch nicht sein können. Das wird nicht zuletzt dadurch belegt, dass § 32 Abs. 3 Nr. 1 HRG einen hierauf bezogenen Auftrag an die Länder zur Herstellung vergleichbarer Anforderungs- und Bewertungssysteme innerhalb eines Landes und im Verhältnis der Länder untereinander enthält. Solange es hieran – wie auch derzeit<sup>50</sup> – fehlt, sind für die Auswahl in der Abiturbestenquote Landesquoten zu bilden. Art. 10 Abs. 1 S. 1 STV 2008 und §§ 12 und 13 VergabeVO setzen dies um. Damit konkurriert der Bewerber nur mit Mitbewerbern, die die HZB im selben Land erworben haben. Trotz all dieser Problemhaltigkeit legt der Normgeber des Vergaberechts<sup>51</sup> jedoch – verfassungsrechtlich wohl unbedenklich – als tragend zugrunde, dass die Abiturdurchschnittsnote auf der Basis erbrachter schulischer Leistungen ein valider Indikator zur Beurteilung der Studieneignung des Bewerbers für den betreffenden Studiengang ist. Sie soll zugleich implizieren, dass der durch die Höhenlage der HZB besonders qualifiziert ausgewiesene Bewerber im Stande ist, die Anforderungen in dem betreffenden Studiengang in angemessener Zeit, vorzugsweise in der Regelstudienzeit, zu bewältigen. Ausgehend von dieser Grundentscheidung zur Bedeutung der Durchschnittsnote der HZB ist sodann eine ergänzende Regelung dahin getroffen worden, dass unter besonderen individuell bezogenen Voraussetzungen eine rangrelevante Verbesserung der Durchschnittsnote vorzunehmen ist. Hiermit wird ein strukturell von dem Grundansatz abweichendes Element prognostischer Betrachtung eingebracht, nämlich die Berücksichtigung einer schulischen Leistungshöhe, die im Einzelfall bei Wegdenken bestimmter Hinderungsgründe möglich gewesen wäre. Die Berücksichtigung einer rückschauend abgeleiteten hypothetischen Leistungshöhe erfolgt ausschließlich für das Vergabeverfahren.<sup>52</sup> Schon dieser vor dem Hintergrund eines Regel-/Ausnahmeverhältnisses stehende Einschluss einer nur prognostisch ableitbaren Leistungshöhe in das Vergabesystem gebietet es, die Vo-

oraussetzungen einer Rangverbesserung in der Abiturbestenquote, die sich unmittelbar zulasten der Mitbewerber auswirkt, nur in Ausnahmefällen als gegeben anzunehmen. Zugleich folgt hieraus, dass keine Umstände als im Rechtssinne „hindernd“ und damit als individuell ausgleichsbedürftig angesehen werden können, die der Normgeber bereits bei seiner Grundentscheidung für die Auswahl nach der Durchschnittsnote in den betreffenden Quoten als systembedingt zu vernachlässigend bewertet hat. Die normative Herkunft der heutigen auf die Durchschnittsnote der HZB bezogenen Bestimmung zum Nachteilsausgleich aus der früher umfassenden Härtefallregelung bekräftigt diesen Befund.

Hiervon ausgehend stellen sich alle von den Bewerbern und Bewerberinnen als Erschwernis geltend gemachten Gründe, die sich auf die „Schullandschaft“, die Schulstruktur, das gegebene Bildungssystem in dem jeweiligen Land und auch auf die Rahmengengebenheiten in der einzelnen Schule beziehen, grundsätzlich nicht als individuell ausgleichsfähige Nachteile i.S.d. Art. 9 Abs. 3 S. 2 StV 2008, § 11 Abs. 5 VergabeVO NRW dar. Dies sind beispielhaft<sup>53</sup> folgende Gründe:

- behauptete Benachteiligung wegen des Besuchs eines Gymnasiums eines bestimmten Typs (etwa bilingual) oder mit einer längeren oder kürzeren Schulzeit (G9 auf G8 oder Rückkehr zu G9);
- behauptete Benachteiligung wegen der Ablegung eines Zentralabiturs, das nicht genügend Rücksicht auf das örtlich durchgeführte Curriculum nehme;
- behauptete Benachteiligung wegen einer angeblich im Vergleich zu anderen Ländern generell schlechteren finanziellen oder personellen bzw. sächlichen Ausstattung der Schulen;
- behauptete Benachteiligung wegen aus der Trägerschaft der Schule folgender Unterschiede in der Lernsituation;
- behauptete Mangelsituation an der besuchten Schule in personeller oder sächlicher Hinsicht mit Auswirkungen auf das Lehrangebot der Oberstufe (reduziertes Angebot an Leistungskursen, mangelhafte Ausstattung bei Labor- und sonstigen Fachräumen, bei der Schülerbibliothek, den Computerarbeitsplätzen mit Internetzugriff, beim Sprachlabor; fehlende oder mangelhafte Aufenthaltsräume im Ganztagsbetrieb, unzureichende oder

50 Vgl. Art. 10 Abs. 1 Nr. 1 StV 2008.

51 Auch für die Vergabe von Studienanfängerplätzen in zulassungszahlenbegrenzten Studiengängen durch die Hochschule selbst, vgl. etwa § 23 Abs. 2 VergabeVO NRW.

52 Die aus dem Abiturzeugnis folgende Durchschnittsnote als solche ändert sich natürlich nicht, vgl. klarstellend Bayerisches Staatsministerium für Unterricht und Kultus, Informationen zum

Sonderantrag Nachteilsausgleich für Spitzensportler bei einer Hochschulzulassung, s. [www.ospbayern.de/cms/upload/Downloads/Infoblatt\\_Nachteilsausgleich\\_Zulassung\\_zum\\_Studium1.pdf](http://www.ospbayern.de/cms/upload/Downloads/Infoblatt_Nachteilsausgleich_Zulassung_zum_Studium1.pdf).

53 Auch in Anknüpfung an die von der Stiftung bzw. den einzelnen Hochschulen in das Internet eingestellten Hinweise zum Nachteilsausgleich.

fehlende Schulmensa, angeblich genereller Lehrermangel an der betreffenden Schule, hoher Kranken- oder sonstiger längerer Ausfallstand der Lehrkräfte mit entspr. Unterrichtsausfall, häufiger Einsatz von – ggf. fachfremden – Vertretungslehrern);

- weiter und zeitraubender Schulweg wegen einer zentralörtlichen Lage der Schule, Zwang zur Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel oder eines Schülerspezialverkehrs;

- behauptete fachliche oder persönliche Defizite bei einzelnen Lehrkräften;

- behauptet mangelhaftes Angebot an individueller Förderung oder Unterstützung bei individuellen Leistungsdefiziten oder in anderen Problemsituationen (Mobbing, individuelle Ausgrenzung wegen eines persönlichen Andersseins, soziale Selektion innerhalb der Schülerschaft, Gruppenverhalten, mangelnder Ausgleich von unterschiedlichen familiären Rahmenbedingungen durch die Schule (Herkunft aus bildungsnahen, bildungsfernen oder finanziell unterschiedlich ausgestatteten Elternhäusern);

- angeblich allgemein schlechte Lernbedingungen an der besuchten Schule .

Für das letztere Beispiel könnte Abweichendes in Betracht kommen, wenn eine einzelne Schule etwa durch einen gravierenden Unglücksfall<sup>54</sup> oder durch tiefgreifende Skandale<sup>55</sup> lange Zeit an der Durchführung eines geordneten Schulbetriebs gehindert gewesen ist und sich dies nachweisbar auf den Leistungsstand des Bewerbers ausgewirkt hat.

Die vorstehend aufgeführten Gründe sind im Übrigen regelmäßig zugleich solche, die nicht „in der eigenen Person“ des Bewerbers liegen, also dort nicht ihren Ursprung finden. Dass sie – jedenfalls reflexhaft – auf die persönliche schulische Leistungsfähigkeit eingewirkt haben mögen, ist nicht maßgeblich.

Nicht durchdringen kann der Antragsteller mit der Begründung, die in die Berechnung der Durchschnittsnote eingegangenen Noten/Punkte der einzelnen Leistungsbereiche seien ungerecht oder sonst fehlerhaft gewesen. Etwaige Fehlbeurteilungen können oder konnten ausschließlich durch Rechtsbehelfe gegen diese Noten verfolgt werden. Eine erkennbare Erkrankung bei der jeweiligen Leistungserbringung (etwa in der Abiturprü-

fung) hätte einen Rücktritt von dieser Prüfung erfordert. Die in Kenntnis der Leistungseinschränkung gleichwohl vom Schüler durchgeführte Prüfung stellt sich als eine von ihm zu vertretende Risikoübernahme dar, die nicht über einen Nachteilsausgleich im Vergabeverfahren kompensiert werden kann. Gleiches gilt nach allgemeinen prüfungsrechtlichen Grundsätzen für angeblich äußere Störungen bei einer Leistungsüberprüfung.

Zahlreiche auch in der Rechtspraxis angeführte Nachteilsgründe scheitern an dem Erfordernis, dass der Bewerber ihre Ursache „nicht selbst zu vertreten“ haben darf. Vertretenmüssen bedeutet hier keine persönliche Vorwerfbarkeit oder gar ein Verschulden in eigener Sache. Maßgeblich ist, ob der angebliche Erschwerungsgrund auf selbst oder zurechenbar durch Dritte (insbesondere den Erziehungsberechtigten) gesetzten Umständen beruht. So handelt es sich um einen zu vertretenden Umstand, wenn bei der Wahl der Grund- oder Leistungskurse Abschätzungen zu der eigenen Leistungsfähigkeit oder Neigung eingeflossen sind, die sich später als zu optimistisch dargestellt haben. Das gilt auch unter Einschluss von dabei erfolgten schulischen Beratungen und Empfehlungen. Wählt der Schüler – bei entsprechender Beurlaubung – einen Auslandsaufenthalt<sup>56</sup> und tritt er nach Rückkehr sofort – also unter Anrechnung der Auslandszeit auf den „heimischen“ Bildungsweg – in die Qualifikationsphase der gymnasialen Oberstufe ein in der von der Schule mitgetragenen Erwartung, danach nahtlos an einen vorherigen hohen Leistungsstand anknüpfen zu können, ist es vom Schüler zu vertreten, wenn diese Erwartung sich später nicht realisiert. Die Entscheidung, im Verlauf des Schulbesuchs eine Klasse oder Jahrgangsstufe zu überspringen<sup>57</sup>, ist – wie andere Maßnahmen der Akzeleration auch – stets vom Schüler zu vertreten.<sup>58</sup> Wird in solchen Fällen später angeführt und sogar schulisch attestiert, es habe ihm in einzelnen Kursen im Vergleich mit den älteren Mitschülern an der erforderlichen Reife und Lebenserfahrung gefehlt, um sein Leistungspotential voll auszuschöpfen, so ist dies für einen Nachteilsausgleich rechtlich unergiebig.

Wird neben der Schule ein zeitintensiver Leistungssport betrieben und kommt es infolgedessen zu schulischen Defiziten, sollten sie denn überhaupt nachvollziehbar durch ein Schulgutachten belegbar sein<sup>59</sup>, so ist

54 Vgl. [www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-03/haltern-am-see-flugzeugabsturz-trauer](http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-03/haltern-am-see-flugzeugabsturz-trauer).

55 Vgl. [www.faz.net/aktuell/rhein-main/hessen/odenwaldschule-schliesst-eine-schule-am-boden-13560599.html](http://www.faz.net/aktuell/rhein-main/hessen/odenwaldschule-schliesst-eine-schule-am-boden-13560599.html).

56 Zumeist in der sog. Einführungsphase der gymnasialen Oberstufe, vgl. Ministerium f. Schule u. Weiterbildung NRW, dort S. 5 (Fn. 45).

57 Vgl. bereits VG Mainz, Beschluss vom 27.4.2011 – 6 L 494/11.Mz –, juris.

58 Vgl. VG Münster, Beschluss vom 29.4.2015 – 9 L 578/15 –, juris.

59 Vgl. Gemeinsame Erklärung von KMK, Sportministerkonferenz, Deutschem Olympischen Sportbund und HRK vom 26.2.2008 (dort 1.1) unter [www.hrk.de/uploads/tx\\_szconvention/Erklaerung\\_Hochschulstudium\\_und\\_Spitzensport.pdf](http://www.hrk.de/uploads/tx_szconvention/Erklaerung_Hochschulstudium_und_Spitzensport.pdf); s. auch Antwort der Niedersächsischen Landesregierung vom 18.11.2003 auf eine kleine Anfrage vom 2.8.2013, LT-Ds 17/933.

dies ein selbst zu vertretender Umstand, der einen Nachteilsausgleich nicht rechtfertigt.<sup>60</sup> Soweit nach der Verwaltungspraxis der Stiftung<sup>61</sup> ein Nachteilsausgleich bei „Zugehörigkeit zum A-, B-, C- oder D/C-Kader der Bundessportfachverbände von mindestens einjähriger ununterbrochener Dauer während der letzten drei Jahre vor Erwerb der HZB“ dem Grunde nach wegen eines hier offenbar gesehenen öffentlichen (nationalen) Interesses gewährt wird, dürfte dies mit dem geltenden Recht nicht vereinbar sein. Auch dieser Personenkreis betreibt den Spitzensport keinesfalls zwangsweise, sondern aufgrund eigener Entscheidung.<sup>62</sup> Derartige auf ein besonderes öffentliches Interesse bezogene Tätigkeiten<sup>63</sup> eines Studienbewerbers während seiner Schulzeit mögen bei einem von der Stiftung zu bescheidenden Sonderantrag (A), gerichtet auf eine bevorzugte Berücksichtigung des ersten Studienortwunsches (§ 21 Abs. 3 VergabeVO NRW) auf der nach Auswahl durchzuführenden Verteilungsstufe, berücksichtigungsfähig sein, nicht jedoch beim Nachteilsausgleich auf der Auswahlstufe.

Schließlich muss es sich bei den geltend gemachten Lebenssachverhalten um solche handeln, die „in der eigenen Person“ des Antragstellers begründet sind. Die hierbei vorzunehmende Beurteilung ist nicht immer einfach, gerade wenn es sich um Problemlagen handelt, die im direkten persönlichen/familiären Umfeld des Schülers verortet sind.

Die Stiftung und ihr folgend auch die Hochschulen in den von ihnen selbst durchzuführenden Auswahlverfahren sehen regelmäßig folgende „besonderen familiären Gründe“ als „in der eigenen Person liegend“ und damit dem Grunde nach als berücksichtigungsfähig an:

- die Versorgung eigener minderjähriger Kinder in den letzten drei Jahren vor Erwerb der HZB;
- die Versorgung pflegebedürftiger Verwandter in aufsteigender Linie oder von Geschwistern in den letzten drei Jahren vor Erwerb der HZB;
- die Betreuung unversorgter minderjähriger Geschwister, die mit dem Bewerber in häuslicher Gemeinschaft lebten, während der letzten drei Jahre vor Erwerb der HZB;
- den Verlust eines Elternteils in den letzten drei Jahren vor Erwerb der HZB oder den Verlust beider Elternteile vor Erwerb der HZB, sofern der Bewerber zu die-

sem Zeitpunkt ledig war und das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet hatte;

- einen mehrmaligen Schulwechsel in den letzten drei Jahren vor Erwerb der HZB wegen Umzugs der Eltern.

Als grundsätzlich nicht durch Verbesserung der Durchschnittsnote auszugleichende Nachteile werden demgegenüber von der Stiftung und den Hochschulen behandelt:

- Mitarbeit während der Schulzeit im elterlichen Haushalt, Geschäft oder Betrieb, ohne dass eine Notlage hierzu gezwungen hat;
- Krankheit der Eltern;
- Zerwürfnis oder Scheidung der Eltern.

Als Handhabungs- und Beurteilungsrichtlinien dürfen die vorgenannten Kriterien zutreffen. Die Berücksichtigung außergewöhnlicher Lebenssituationen, die auf den ersten Blick einer der vorgenannten negativen Fallsituationen zugehören, ist damit allerdings – bei entsprechendem Begründungsaufwand – nicht von vornherein ausgeschlossen. Insbesondere wäre in der Situation der schwerwiegenden Erkrankung eines Elternteils, die in den letzten drei Jahren vor dem Erwerb der HZB eine intensive – jedenfalls ergänzende – persönliche Hilfeleistung durch das allein zur Verfügung stehende Kind erforderlich machte, ein Nachteilsausgleich jedenfalls dem Grunde nach zu erwägen.

Was eigene Erkrankungen oder (Schwer-)Behinderungen des Bewerbers betrifft, dürfte es sich hierbei um die hauptsächlich beachtliche Fallsituation handeln, die einen Antrag auf Nachteilsausgleich in Bezug auf die Durchschnittsnote tragen kann. Auf die hierauf bezogenen Handhabungshinweise der Stiftung wird verwiesen. Hervorzuheben ist Folgendes: Es muss sich grundsätzlich um eine schwerwiegende Erkrankung oder Behinderung handeln, von der der Schüler innerhalb der letzten drei Jahre vor Erwerb der HZB betroffen war. Für zeitlich davor liegende Erkrankungen dürfte ein Kausalitätsnachweis regelmäßig nicht erbracht werden können. Es muss sich um eine längere Erkrankung handeln. Eine Summierung kürzerer Erkrankungen wird nicht ausreichen, zumal hier die während der Schulzeit gegebenen

60 Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 17.12.2012 – 13 B 1396/12 –, juris.

61 Dieser folgend auch Bayerisches Staatsministerium für Unterricht und Kultus (Fn. 50).

62 Offenlassend: OVG NRW, Beschluss vom 17.12.2012 (Fn. 60); kritisch bereits *Humborg*, a.a.O., S. 474 (Fn. 26); s. auch VG Gelsenkirchen, Gerichtsbescheid vom 5.3.2015 – 6z K 3908/14 –

sowie Beschluss vom 30.9.2013 – 6z L 1229/13 –, sämtlich juris. Dort war allerdings der fehlende gutachterliche Nachweis der konkreten Leistungsbeeinträchtigung durch den für den Leistungssport zu erbringenden Zeitaufwand entscheidungstragend.

63 Weitere Beispiele unter Ziff. 4 der Handreichungen der Stiftung „Zulassungschancen können verbessert werden“, [www.hochschulstart.de/fileadmin/downloads/Sonderdrucke/S07.pdf](http://www.hochschulstart.de/fileadmin/downloads/Sonderdrucke/S07.pdf).

Möglichkeiten der schulischen Individualförderung als Kompensation krankheitsbedingter Fehlzeiten nicht vernachlässigt werden dürfen. Hierauf hat der Schüler Anspruch. Darauf, auf welchen Umständen die Erkrankung beruhte, dürfte es nicht ankommen. Es sind jedenfalls keine Entscheidungen bekannt, einen krankheitsbedingten Nachteil in der Leistungserbringung deshalb nicht anzuerkennen, weil die Erkrankung auf selbst gesetzten Umständen beruhte und deshalb von dem Schüler „zu vertreten“ sei.<sup>64</sup>

Bei allen in Betracht kommenden Situationen sind die hohen Nachweisanforderungen gegenüber der Stiftung oder der Hochschule zu beachten.

Der Sonderantrag ist fristgebunden. Es handelt sich um eine strenge Ausschlussfrist.<sup>65</sup> Innerhalb dieser Frist müssen alle zur Begründung vorgesehenen Nachweise vorgelegt werden. Wiedereinsatzmöglichkeiten in die Frist bestehen nicht. Ein Nachbringen von Unterlagen nach Fristablauf, selbst von ergänzenden Erläuterungen, ist damit ausgeschlossen. Das gilt auch für ein sich etwa anschließendes gerichtliches Verfahren. Die einzureichenden Unterlagen (zumeist mit Dienstsiegel zu versehene Kopien in amtlich beglaubigter Form), sämtliche relevanten Zeugnisse aus der Zeit vor dem Eintritt des Nachteilsgrundes bis zum Abitur, aussagefähige fachärztliche Bescheinigungen, das Schulgutachten und/oder ein Gutachten einer pädagogisch-psychologisch ausgebildeten Person, müssen die zur Entscheidung berufene Stiftung oder Hochschule aus sich heraus in den Stand setzen, die Begründung des Sonderantrags nachzuvollziehen und hierüber zu entscheiden. Eine Pflicht zur Amtsermittlung besteht nicht und wäre in einem Massenverfahren mit striktem Zeitrahmen auch nicht möglich. Es besteht für die Stiftung oder die Hochschule keine Pflicht, auf die Vervollständigung unzureichender Unterlagen hinzuweisen. Das Schulgutachten sollte sich an die hierfür von der Stiftung bzw. die Hochschule verlautbarten Grundsätze halten. Es muss aufgrund einer eigenen schulfachlichen Beurteilung mit einer konkret für geboten gehaltenen Notenverbesserung in den einzelnen Teilen des Abiturs und davon abgeleitet mit einer konkret höheren Gesamtpunktzahl der HZB und der dann gegebenen Durchschnittsnote abschließen. Die Anforderungen an die Begründung und die fachlich/pädagogische Ableitung steigen mit der Höhe der für richtig gehaltenen Verbesserung der Durch-

schnittsnote. Es ist ein strenger Maßstab bei der Frage anzulegen, ob tatsächlich eine bessere Durchschnittsnote auf prognostischer Grundlage angegeben werden kann. Bei gesundheitlichen Beeinträchtigungen ist im Schulgutachten auch zu erörtern, in welchem Maß diese bereits während der Schullaufbahn durch einem Nachteilsausgleich bei der jeweiligen Leistungserbringung aufgefangen wurden oder hätten aufgefangen werden können.<sup>66</sup> Die Entscheidung darüber, ob die Schule eine Begutachtung vornimmt, steht als nachgehende Obliegenheit aus dem Schulverhältnis in ihrem pflichtgemäßen Ermessen.<sup>67</sup> Sie kann es ablehnen, wenn sie die für die Begutachtung erforderlichen Kenntnisse über den Schüler, z.B. wegen nur kurzer Zugehörigkeit zur Schule, nicht besitzt. Auch dürfte sie die Begutachtung ablehnen können, wenn sie sich, was offenbar nicht selten ist, vom Schüler und/oder den Eltern massiv unter Druck gesetzt sieht, eine bestimmte Notenverbesserung gutachterlich zu attestieren.

Sind die formellen und materiellen Voraussetzungen für eine Verbesserung der Durchschnittsnote der HZB im Auswahlverfahren gegeben, ist dem Antrag in dem für zutreffend gehaltenen Umfang zu entsprechen. Die Entscheidung hierüber trifft die Stiftung für Hochschulzulassung im bundesweiten zentralen Vergabeverfahren jedenfalls für die Abiturbestenquote. Hierfür ist sie allein zuständig. In den nicht in das zentrale Vergabeverfahren einbezogenen Studiengängen – gleichgültig, ob im sog. Serviceverfahren oder nicht – ist die Hochschule zur Entscheidung berufen. Für die Vergabe der Studienplätze des AdH ist die Hochschule zuständig. Die Stiftung wird insoweit lediglich von den Hochschulen beauftragt, gewisse organisatorischen Hilfestellungen zu erbringen und die Zulassungs- oder Ablehnungsbescheide in Bezug auf diese Quote im Namen und im Auftrag der Hochschule zu versenden. Hieraus folgt, dass die Hochschule nach der rechtlichen Ordnung berufen ist, auch über den Sonderantrag auf Verbesserung der Durchschnittsnote im AdH zu entscheiden. Hiervon wiederum hängt je nach Ausgestaltung bei der einzelnen Hochschule die notengesteuerte Einladung zu Auswahlgesprächen oder Tests ab. Die VergabeVO NRW geht allerdings, wie § 10 Abs. 3 Nr. 3 verdeutlicht, davon aus, dass die Beurteilung zu einem Nachteilsausgleich bei der HZB (§ 11 Abs. 5 VergabeVO NRW) einheitlich von der Stiftung vorgenommen wird. Diese hat nämlich der

64 Zu denken wäre hier etwa an einen Medikamenten- oder Betäubungsmittelmissbrauch oder an einen schweren Unfall anlässlich einer Hochrisikosportart.

65 Vgl. § 3 Abs. 6 u. 7 VergabeVO NRW.

66 Etwa § 7 VOGSV oder § 31 OAVO Hessen, vgl. auch Hessisches

Kultusministerium, Erlass vom 17.12.2014, [www.og-eschwege.de/julio/sites/default/files/erlass\\_schulgutachten\\_17\\_de\\_zember\\_2014.pdf](http://www.og-eschwege.de/julio/sites/default/files/erlass_schulgutachten_17_de_zember_2014.pdf).

67 Vgl. Stiftung, Zulassungschancen können verbessert werden (Fn. 63).

Hochschule für das AdH die nach § 11 Abs. 3 bis 5 VergabeVO NRW ermittelte Durchschnittsnote des Bewerbers zu übermitteln. Eine einheitliche Entscheidungszuweisung der Stiftung wegen einer Notenverbesserung wäre verwaltungspraktisch sicher naheliegend und würde auch deren umfassende Erfahrung berücksichtigen. Die Hochschulen haben hierzu – soweit ersichtlich jedenfalls teilweise<sup>68</sup> – auch korrespondierende eigene Satzungsregelungen getroffen, wonach für das AdH die Stiftung die Feststellung zu einer Notenverbesserung trifft. Allerdings dürften solche Regelungen nur die Rechtsbeziehung zwischen der Hochschule und der Stiftung betreffen. Im Außenrechtsverhältnis zum Bewerber ändert dies wohl nichts daran, dass die jeweilige Hochschule – ggf. mit Hilfe der Stiftung – die Entscheidung zu einem Nachteilsausgleich wegen der DN im AdH zu treffen hat und ein sich anschließendes Rechtsschutzgesuch wegen dieses Nachteilsausgleichs gegenüber der Hochschule als sachliche Streitgegnerin zu führen ist.<sup>69</sup> Eine Beiladung der Stiftung zu diesen gegen die Hochschule gerichteten gerichtlichen Verfahren ist weder geboten noch sonst erforderlich. Eine bestandskräftig gewordene Entscheidung der Stiftung zu Anträgen auf Nachteilsausgleich innerhalb der Abiturbestenquote entfaltet keine Bindungswirkung in dem gegen die Hochschule geführten Verfahren. Das gilt bei Streitigkeiten über die Beteiligung an einer notengesteuerten Zulassung zu Auswahlgesprächen und Testverfahren innerhalb des AdH in gleicher Weise.

Zu beachten ist ferner, dass ein Sonderantrag auf einen Nachteilsausgleich zu jedem Bewerbungsemester neben dem Hauptantrag auf Zulassung erneut gestellt werden muss, und zwar wiederum fristgerecht mit allen erforderlichen Unterlagen. Eine in einem vorausgegangenem Bewerbungsemester zum Sonderantrag positiv ergangene Entscheidung<sup>70</sup> entfaltet keine Feststellungs- und Bindungswirkung für nachfolgende Vergabeverfahren.

#### b) Der Sonderantrag „Verbesserung der Wartezeit“

Auch ein solcher je nach Entscheidungszuständigkeit bei der Stiftung bzw. bei der Hochschule anzubringender

Sonderantrag bezieht sich im Ausgangspunkt auf einen hypothetischen Geschehensablauf. Er betrifft die Frage, ob der Studienbewerber seine Hochschulzugangsberechtigung früher als tatsächlich geschehen hätte erwerben können. Hierzu wird von den Antragstellern in ihren Sonderanträgen ein – teilweise sehr subtiler – Zeitvergleich vorgenommen zwischen einer „idealtypisch“ auf eine Hochschulzugangsberechtigung ausgerichteten schulischen Karriere, bestehend aus einem verzögerungsfreien Durchlaufen der Primarstufe, der Sekundarstufe I und schließlich der Sekundarstufe II (der gymnasialen Oberstufe) bis zum Abitur einerseits und dem in der eigenen konkreten Vita gegebenen Schulablauf andererseits. Ein festzustellender zeitlicher Mehrbedarf, gemessen in Halbjahren, kann verschiedenste Gründe haben. Zu denken ist hier an individuell längere Schulbesuchszeiten aufgrund einer (oder mehrerer) Wiederholungen von Klassen oder Jahrgangsstufen wegen Nichtversetzung, einer – ggf. antragsentsprechenden – schulischen Entscheidung über das Zurücksetzen eines Schülers oder eines sog. Rücktritts in die vorherige Klasse oder Stufe. Derartige Entscheidungen in der Schullaufbahn sind in den schulrechtlichen Vorschriften auf Landesebene in hoher Zahl geregelt.<sup>71</sup> Zeitliche Verzögerungen können ferner darauf beruhen, dass eine zum Abitur führende Schullaufbahn zunächst in einer bestimmten Schulform – oder auch insgesamt – abgebrochen und zu einem späteren Zeitpunkt wieder in derselben oder über einen anderen Bildungsweg aufgenommen wurde.

Schließlich können zeitliche Differenzen dadurch berechnet werden, dass vorgebracht wird, der Bewerber hätte die reguläre Schullaufbahn durch eine vorzeitige Einschulung bzw. durch „Überspringen“ einzelner Klassen oder Stufen individuell verkürzen können.<sup>72</sup> Diese Möglichkeiten seien in Verkennung einer bestehenden Hochbegabung seinerzeit zu Unrecht nicht ergriffen worden. Mit diesem Ansatz wird aber keine als Nachteil ausgleichsfähige Zeitverzögerung anzuerkennen sein. Abgesehen von dem kaum möglichen Nachweis damaliger gravierender Fehleinschätzungen der Eltern bzw. der Schule, derartige antragsbedürftige Maßnahmen der

68 Vgl. § 5 Abs. 3 Satz 2 der Satzung der WWU Münster für das Auswahlverfahren im Studiengang Medizin vom 5.5.2014, Abl. 2014, 1080 sowie [www.uni-muenster.de/imperia/md/content/wwu/ab\\_uni/ab2014/ausgabe17/beitrag04.pdf](http://www.uni-muenster.de/imperia/md/content/wwu/ab_uni/ab2014/ausgabe17/beitrag04.pdf).

69 Vgl. VG Gelsenkirchen, Beschlüsse vom 29.9.2014 – 6z L 1244/14 – und vom 30.9.2014 – 6z L 1243/14 – sowie Gerichtsbescheid vom 5.3.2015 – 6z K 3908/14 –, jeweils juris.

70 Eine solche Entscheidung ist dort ein lediglich unselbständiges Element der Zulassungsentscheidung für jenes Bewerbungsemester gewesen und hat deshalb nicht den Rechtscharakter eines eigenständigen Verwaltungsaktes; s. hierzu und zur – verneinten

– Frage, ob ein Anspruch auf Nachteilsausgleich zum Gegenstand eines vorbeugenden Rechtsschutzgesuchs gemacht werden kann: VG Gelsenkirchen, Gerichtsbescheid vom 5.3.2015 – 6z K 3908/14 –, juris, m.w.N.

71 Vgl. für NRW etwa: VO über den Bildungsgang in der Grundschule – AO-GS –, VO über Ausbildung und die Abschlussprüfungen in der Sekundarstufe I – APO-SI –, VO über den Bildungsgang und die Abiturprüfung in der gymnasialen Oberstufe – APO-GOST –, jeweils BASS 2015/2016.

72 Allgemein hierzu *Avenarius*, Schulrecht, Rn. 20.232 S. 435 (Fn. 46).

Akzeleration überhaupt in den Blick zu nehmen, dürfte eine intellektuelle Hochbegabung, soweit später festgestellt, als solche keine validen Rückschlüsse auf den Verlauf – und Erfolg – der Schulkarriere zulassen.<sup>73</sup> Eine Vorversetzung ist schulrechtlich nur dann vorgesehen, wenn zu erwarten ist, dass der Schüler die Lernanforderungen der nächsthöheren Klasse oder Stufe wird erfüllen können. Ist dies seinerzeit nicht erwogen worden, dürfte es sich zudem vom elterlichen Bestimmungsrecht erfasste und damit vom Bewerber zu vertretende Umstände handeln. Gleiches gilt für die Behauptung, man sei zu Beginn der gymnasialen Oberstufe aus familiären Traditionsgründen zu einem Auslandsaufenthalt mehr oder weniger gezwungen worden, woraus sich eine anschließende Verzögerung in der Fortführung der Schullaufbahn ergeben habe.

Soweit Verzögerungen vereinzelt damit begründet wurden, der Bewerber sei in der früheren DDR durch rechtsstaatswidrige Verfolgungen an der Fortführung seiner schulischen Ausbildung gehindert gewesen<sup>74</sup>, dürfte es sich um zeitlich auslaufende Situationen handeln. Die Problemlage könnte in anderem Zusammenhang, nämlich bei (nunmehr deutschen) Studienbewerbern mit Migrations- oder Flüchtlingshintergrund, wieder aktuell werden.

Die Frage, ob und unter welchen Nachweisanforderungen Aussiedler, die in der Bundesrepublik Deutschland – etwa wegen migrationsbedingter Sprachschwierigkeiten – nicht nahtlos an die Klasse anknüpfen konnten, in der sie sich bei Verlassen des Herkunftslandes befanden, einen Nachteilsausgleich beanspruchen können, ist bereits Gegenstand gerichtlicher Beurteilung gewesen.<sup>75</sup>

Soweit zeitliche Verzögerungen mit dem Durchlaufen eines zweiten Bildungsweges<sup>76</sup> begründet werden, ist § 14 Abs. 4 VergabeVO NRW zu beachten. Die dort enthaltenen Privilegierungen des zweiten Bildungsweges sind auf Fälle begrenzt, in denen die HZB vor dem 16.7.2007 erworben wurde. Es handelt sich insoweit um auslaufendes Recht. Die in früheren Vergabeverordnungen bestimmten Regelungen zu Wartezeitberechnungen im Zusammenhang mit diesen Bildungswegen sind seit längerer Zeit außer Kraft. Vor dem Hintergrund des derzeit geltenden Rechts kann damit ein zeitlicher Mehrauf-

wand wegen eines solchen Bildungsweges nicht mehr weitergehend als in § 14 Abs. 4 VergabeVO NRW bestimmt berücksichtigt werden.

Ist nach Prüfung eine relevante zeitliche Verzögerung festzustellen, kommt eine Berücksichtigung dieser Zeit im Wege des Nachteilsausgleichs nur in Betracht, wenn der Nachweis erbracht wird, dass sie auf Gründen beruht, die in der eigenen Person des Studienbewerbers liegen und von ihm nicht zu vertreten sind.

Auch hier sind hohe Anforderungen zu stellen. Im Vordergrund stehen schwere und lang dauernde gesundheitliche Gründe (Erkrankungen oder Behinderung), die zu den zeitlichen Verzögerungen in der Schullaufbahn geführt haben. Hierzu vorgelegte fachärztliche Gutachten und Bestätigungen der Schule müssen nachvollziehbar sein. Insbesondere darf eine Nichtversetzung, eine sonstige Wiederholung der Klasse oder Stufe oder sogar der Abbruch des Schulbesuchs nicht auf seinerzeit mangelbehafteten schulischen Leistungen oder auf sonstigen Entwicklungs- oder Erziehungsproblemen beruhen. Mangelhafte schulische Leistungen können, müssen aber nicht krankheitsbedingt sein.<sup>77</sup> Beruhen schulische Defizite auf einem neben der Schule betriebenen Hochleistungssport, so ist dies selbst zu vertreten gewesen. Die als Begründung einer zeitlichen Verzögerung oder Unterbrechung der Schullaufbahn angeführte Pflegebedürftigkeit naher Angehöriger oder die angebliche Zwangslage des Antragstellers, er habe wegen einer Notsituation im elterlichen Betrieb dort mitarbeiten müssen, bedarf jedenfalls eines umfassenden und detaillierten Nachweises. Auf die hierzu von der Stiftung verlautbarten Anforderungen wird ergänzend hingewiesen.

Eine Entscheidung über einen Nachteilsausgleich wegen der Wartezeit kann unterbleiben, wenn der geltend gemachte Umfang der Verzögerung offenkundig für das aktuelle Vergabeverfahren in der Wartezeitquote zu keiner Zulassung führen kann.

### III. Zusammenfassung

Auf der Grundlage des geltenden Vergaberechts und der hierauf bezogenen Rechtsprechung muss nach alledem konstatiert werden, dass sich die Hoffnungen, die ein Studienbewerber oder eine Studienbewerberin in die

73 Vgl. VG Gelsenkirchen, Gerichtsbescheid vom 5.3.2015 – 6z K 3908/14 –, juris.

74 Vgl. zu einer derartigen Antragsbegründung: VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 5.6.2012 – 6z L 287/12 –, juris.

75 Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 17.12.2012 – 13 B 1327/12 –, n.v.

76 Etwa im Wege des Erwerbs eines berufsqualifizierenden Abschlusses nach einem mittleren Bildungsabschluss und des

anschließenden erfolgreichen Besuchs eines Kollegs oder Abendgymnasiums.

77 Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 3.6.2011 – 13 B 514/11 –, VG Gelsenkirchen, Beschlüsse vom 12.4.2012 – 6z L 304/12 – und vom 8.4.2013 – 6 L 326/13 –, jeweils juris.

normativ eröffneten Möglichkeiten setzt, einen Härtefall geltend zu machen oder einen Nachteilsausgleich anzustreben, nur in ganz besonderen Lebenssituationen und bei einem umfassenden Nachweis der zugrunde liegenden Umstände erfüllen können. Dies entspricht dem Ausnahmecharakter, den der Normgeber diesen Bestim-

mungen im System des Rechts der Studienplatzvergabe zugewiesen hat.

Hartmut Maier ist Vorsitzender Richter der u.a. mit Studienzulassungsverfahren befassten 9. Kammer des Verwaltungsgerichts Münster.

# Tobias Mandler und Markus Meißner

## Entwurfsdiskussion WissZeitVG

### – Möglichkeiten, Einschränkungen, Verbesserungspotential

Das Wissenschaftszeitvertragsgesetz steht aktuell in der Kritik. Es befördere Kurzzeitverträge, Missbrauch und Perspektivlosigkeit.<sup>1</sup> Deshalb soll im Sinne des Koalitionsvertrages für die 18. Legislaturperiode mit dem Ersten Gesetz zur Änderung des WissZeitVG nachgebessert werden.<sup>2</sup> Der hierzu vorliegende Entwurf ist detailreich und enthält verschiedene Anpassungen, Ergänzungen und Ersetzungen. Diese wurden bereits von *Blum/Vehling* aus der Perspektive der Forschungseinrichtungen vorgestellt und bewertet.<sup>3</sup> Dieser Beitrag soll daran anknüpfen und den Entwurf der Bundesregierung sowie die darauf erfolgte Stellungnahme des Bundesrates<sup>4</sup> im Hinblick auf Hochschulen und Universitätsklinika beurteilen. Die jeweiligen Möglichkeiten, Unklarheiten und Unzulänglichkeiten sollen ihre Darstellung dabei ebenso erfahren, wie vorzugswürdigere neue Lösungen.

Die Ausführungen gliedern sich dazu, im Anschluss an die Vorschläge zur Tarifsperre (I.), systematisch in sachgrundlose (II.) und drittmittelbezogene Befristungen (III.). Ihnen folgen eine Stellungnahme zur ange-dachten Veränderung des Verlängerungstatbestandes nach § 2 Abs. 5 WissZeitVG und der familienpolitischen Komponenten (IV.) sowie Auseinandersetzungen mit der Anrechnungsregelung in § 2 Abs. 3 WissZeitVG (V.) und der Übergangsregelung des Entwurfes (VI.). Den Anmerkungen folgt ein Fazit (VII.). Im Anhang befindet sich der Volltext des WissZeitVG nach den beabsichtigten Änderungen der Bundesregierung (VIII.).

#### I. Anwendungsbereich und Tarifsperre

Der Entwurf der Bundesregierung lässt den Anwendungsbereich des WissZeitVG nach § 1 unangetastet. Lediglich klarstellend soll ergänzend zu den §§ 2 und 3 der nunmehr neugestaltete Befristungstatbestand nach § 6 WissZeitVG-E genannt werden.<sup>5</sup> An der in § 1 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG enthaltenen Tarifsperre soll aus den hinlänglich bekannten Gründen festgehalten werden.<sup>6</sup>

Abweichendes sieht hier der Vorschlag des Bundesrates vor. Dieser regt zunächst an, die Bezugnahme auf den neuen § 6 WissZeitVG-E dahingehend zu ergänzen, dass das WissZeitVG für studentische Hilfskräfte „unabhängig von der Art der Tätigkeit“ gilt.<sup>7</sup> Das soll Unklarheiten im Zusammenhang mit Abgrenzungsfragen bei bloß mittelbar wissenschaftsbezogenen Tätigkeiten beenden.<sup>8</sup>

Kompetenzrechtliche Schwierigkeiten ergeben sich daraus nicht. Auf die Nennung der studentischen Hilfskräfte wurde bei Einführung des WissZeitVG bewusst verzichtet, um länderrechtlichen Regelungen nicht vorzugreifen.<sup>9</sup> Seit der Föderalismusreform I obliegt es allein den Ländern Personalkategorien im Hochschulbereich zu formulieren. Vor dem Hintergrund der Nichtigerklärung des 5. HRGÄndG aufgrund kompetenzrechtlicher Probleme,<sup>10</sup> verzichtet das WissZeitVG bisher auf eine Festlegung von Personalkategorien und damit auch

1 Siehe auch *Jongmanns*, Evaluation des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes S. 43 ff., abrufbar unter [http://www.dzhw.eu/pdf/pub\\_fh/fh-201104.pdf](http://www.dzhw.eu/pdf/pub_fh/fh-201104.pdf), abgerufen am 5.11.2015.

2 BR-Drs. 395/15 S. 1; der Koalitionsvertrag enthält hierzu folgendes (S. 27, abrufbar unter [http://www.bundesregierung.de/Content/DE/\\_Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf;jsessionid=E4E33C214A4483DC859CBC76FA702B9C.s1t1?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](http://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf;jsessionid=E4E33C214A4483DC859CBC76FA702B9C.s1t1?__blob=publicationFile&v=2), abgerufen am 5.11.2015): „Befristete Beschäftigungsverhältnisse aufgrund von Qualifizierungsphasen, zeitlich befristeten Forschungsprojekten und anderen Sachgründen liegen in der Natur des Wissenschaftsbetriebs; ihr Anteil – insbesondere über sehr kurze Zeiträume – hat in den letzten Jahren ein Maß erreicht, das Handlungsbedarf entstehen lässt. An erster Stelle ist ein aktives Gegensteuern Aufgabe der Hochschulen und Forschungseinrichtungen in ihrer Rolle als Arbeitgeber. Wir begrüßen entsprechende Aktivitäten der Wissenschaftsorganisationen und werden deren Bemühungen durch eine Novellierung des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes flankieren.“

Wir wollen für den wissenschaftlichen Nachwuchs planbare und verlässliche Karrierewege schaffen. Der Bund wird im Rahmen seiner Förderung und bei Vereinbarungen zu neuen Instrumenten auf angemessene Laufzeiten der Anstellungsverträge achten.“

3 *Blum/Vehling*, „Alles wird gut?“ – Anmerkungen zur geplanten Novellierung des WissZeitVG OdW 2015 S. 189–198.

4 BR-Drs. 395/15 (Beschluss).

5 BR-Drs. 395/15.

6 Siehe hierzu ausführlich *Blum/Vehling*, „Alles wird gut?“ – Anmerkungen zur geplanten Novellierung des WissZeitVG OdW 2015 S. 195.

7 BR-Drs. 395/15 (Beschluss) S. 4 f.

8 BR-Drs. 395/15 (Beschluss) S. 5; vgl. zu den Abgrenzungsschwierigkeiten *Lehmann-Wandschneider*, Das Sonderbefristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen nach dem WissZeitVG, 2009 S. 94 ff.

9 WT-Drs. 16/4043 S. 9.

10 BVerfG, Urteil vom 27.7.2004 – 2 BvF 2/02.

auf die Kategorie der studentischen Hilfskräfte. Der Vorschlag der Bundesregierung berücksichtigt dies insofern, als dass von studentischem Personal gesprochen wird.

Ungelöst bleibt die Diskussion um die sog. Lektorentätigkeit.<sup>11</sup> Eine Positionierung des Gesetzes wäre in diesem Punkt wünschenswert. Vorzugswürdig scheint die erklärte Anwendbarkeit auch auf Lektoren.<sup>12</sup> Wissenschaft und deren Vermittlung können auch bei Lektoren nicht getrennt werden, da sie jeweils Voraussetzung füreinander sind.<sup>13</sup>

Neben der Klarstellung in Bezug auf den Anwendungsbereich des WissZeitVG, sieht der Vorschlag des Bundesrates allerdings Radikales für die sog. Tarifsperre vor. Diese sei aufzuheben, da die Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen nicht sachgerecht mit den ihnen vom Gesetzgeber gegebenen Befristungsmöglichkeiten umgegangen seien.<sup>14</sup> Die unangemessen kurzen Vertragslaufzeiten könnten über Tarifverträge wirksam eingeschränkt werden. So könne zudem die Akzeptanz befristeter Verträge im Hochschulrecht gesteigert werden und eine befriedende Wirkung eintreten.<sup>15</sup>

Dieser Vorstoß verwundert. Neben den von *Blum/Vehling* bereits ausreichend dargelegten Vorteilen und Notwendigkeiten der bestehenden Tarifsperre,<sup>16</sup> existiert die verlangte Einwirkungsmöglichkeit bereits seit vielen Jahren ungenutzt. § 1 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG-E erlaubt für Befristungen nach § 2 Abs. 1 und 2 WissZeitVG die Vereinbarung verbindlicher Verlängerungen.<sup>17</sup> Hierdurch lässt sich die hervorgehobene Problematik unangemessen kurzer Vertragslaufzeiten bereits

nach aktuellem Rechtsstand tariflich regeln. Einer Abschaffung der Tarifsperre bedarf es daher vor dem Hintergrund dieses Vorwurfes nicht. Im Gegenteil ist aufgrund der tariflichen Möglichkeiten die Notwendigkeit dieser Öffnung selbst kritisch zu hinterfragen.<sup>18</sup>

Mit Blick auf die vorgeschlagene Klarstellung im Anwendungsbereich des WissZeitVG sei darauf hingewiesen, dass auch die Benennung der Universitätsklinik mit Forschungsaufgaben<sup>19</sup> sowie der juristischen Personen, die mit Forschungsaufgaben von Hochschulen oder Universitätskliniken landesrechtlich beliehen sind, sinnvoll erscheint. Insbesondere die Beleihung ist ein zu beobachtendes Phänomen,<sup>20</sup> das immer wieder Fragen hinsichtlich der Anwendbarkeit des WissZeitVG aufwirft. Grundsätzlich ist hier von einer unmittelbaren Anwendbarkeit im Rahmen der jeweiligen Tatbestände auszugehen, wie letztlich schon aus §§ 3-5 WissZeitVG hervorgeht. Es wird daher vorgeschlagen den Anwendungsbereich wie folgt neu zu fassen:

„Für den Abschluss von Arbeitsverträgen für eine bestimmte Zeit (befristete Arbeitsverträge) mit wissenschaftlichem und künstlerischem Personal mit Ausnahme der Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer, an Einrichtungen des Bildungswesens, die nach Landesrecht staatliche Hochschulen, Universitätsklinik mit Forschungsaufgaben oder mit deren Aufgaben beliehene juristische Personen sind, gelten die §§ 2, 3 und 6.“

11 Zur Diskussion *Lehmann-Wandschneider*, Das Sonderbefristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen nach dem WissZeitVG, 2009 S. 97 ff.

12 AR-*Löwisch*, § 2 WissZeitVG Rn. 2 f.; *Rambach/Feldmann ZTR* 2009 S. 288 f.

13 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. Juni 2014 – 1 BvR 3217/07; BVerfGE 136, 338 ff.

14 BR-Drs. 395/15 (Beschluss) S. 4.

15 BR-Drs. 395/15 (Beschluss) S. 4.

16 *Blum/Vehling*, „Alles wird gut?“ – Anmerkungen zur geplanten Novellierung des WissZeitVG OdW 2015 S. 195.

17 Siehe dazu auch *Mandler*, Rechtsmissbrauch bei Drittmittelbefristungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG OdW 2015 S. 221.

18 Im Zuge dieser Überlegung ist hinzuzufügen, dass durch die tatbestandliche Bezugnahme auf „befristete Verträge“ in § 1 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG auch Verträge nach § 6 WissZeitVG-E erfasst sind. Insoweit bleibt das Gesetz konsequent und liefert ein weiteres Argument für die Anwendung dieser Tariföffnung auf Drittmittelbefristungen. Eine strukturelle Schlechterstellung zwischen der Befristung nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG und § 6 WissZeitVG-E wäre bei der entgegengesetzten Lesart nicht erklärlich. Vgl. dazu *Hesse* in Münchner Kommentar zum BGB, 6. Aufl., TzBfG § 23 Rn. 41. Siehe mwN.; *Zimmermann*, Befristete Arbeitsverhältnisse an Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen bei Drittmittel Finanzierung, 2001, S. 213 f.; *Preis*, WissZeitVG § 2 Rn. 61; *Mandler*, Rechtsmissbrauch bei

Drittmittelbefristungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG OdW 2015 S. 226.

19 AR-*Löwisch*, § 2 WissZeitVG Rn. 6; *Schmidt* in *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht, 4. Aufl. 2012 WissZeitVG § 2 Rn. 1; abweichend *Lehmann-Wandschneider*, Das Sonderbefristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen nach dem WissZeitVG, 2009 S. 40. Universitätsklinik betreiben – in untrennbarer Zusammenarbeit mit den medizinischen Fakultäten – Forschung. Der Umweg über die Anstellung bei den Universitäten ist unnötig und findet keine tatsachenbasierte Rechtfertigung. Das Gesetz über befristete Arbeitsverträge mit Ärzten in der Weiterbildung bildet hierzu keinen Widerspruch. Dieses ist nicht auf Universitätsklinik mit eigenen Forschungsaufgaben anzuwenden. Zum Anwendungsbereich siehe *Hesse* in Münchner Kommentar BGB, 6. Aufl. 2012 § 23 Rn. 5. Die Aufnahme in den Gesetzeswortlaut hat damit lediglich klarstellende Funktion.

20 Vgl. z.B. § 4 Abs. 5 UKG BW: „Das Wissenschaftsministerium kann Dritte mit der Wahrnehmung der hoheitlichen Aufgaben und Befugnisse einer Universitätsklinik nach den Absätzen 1 und 3 beleihen. Die Beleihung erfolgt durch Verwaltungsakt auf der Grundlage einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung zwischen dem Universitätsklinikum, der Universität und dem Dritten.“; *Löwisch/Domisch*, Zur Anwendbarkeit des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes auf Personalgestellungen durch juristische Personen des öffentlichen Rechts BB 2012, 1408 ff.

## II. Sachgrundlose Befristungen

Der Entwurf sieht vor, dass es nunmehr nicht zwei, sondern letztlich drei Möglichkeiten zur sachgrundlosen Befristung geben soll. Neben die bereits existierenden Befristungsmöglichkeiten nach § 2 Abs. 1 und Abs. 2 WissZeitVG, soll mit dem neuen § 6 für wissenschaftliche und künstlerische Hilfskräfte ein eigener Befristungsgrund geschaffen werden. Im Folgenden wird deshalb – einer akademischen Laufbahn folgend – nach diesen Fällen unterschieden.

### 1. Wissenschaftliche und künstlerische Hilfskräfte

§ 6 WissZeitVG-E sieht die Möglichkeit zur sachgrundlosen Befristung für insgesamt 4 Jahre von eingeschriebenen Studierenden vor, die wissenschaftliche oder künstlerische Hilfstätigkeiten erbringen.<sup>21</sup> Auch das Masterstudium nach abgeschlossenem Bachelorstudium soll hiervon erfasst werden und Verlängerungen innerhalb des vierjährigen Befristungszeitraumes möglich bleiben. Ausweislich der Entwurfsbegründung, darf eine Anstellung zudem – über den Wortlaut hinaus – den Umfang einer hälftigen oder gar vollständigen regelmäßigen Anstellung nicht erreichen.<sup>22</sup> Das jeweilige Studium müsse im Vordergrund stehen.<sup>23</sup>

Begleitet wird die Neuerung von § 2 Abs. 3 Satz 3 WissZeitVG-E, der eine Anrechnung von befristeten Beschäftigungen nach § 6 WissZeitVG-E und anderen studienbegleitenden Beschäftigungen, deren Befristung auf anderen Rechtsvorschriften beruht, ausschließt.

Die Regelung ist aus dogmatischer Perspektive an sich zu begrüßen, begegnet aber insbesondere in Bezug auf ihre praktische Umsetzbarkeit und sozialen Auswirkungen für Studenten<sup>24</sup> tiefgreifenden Bedenken. Im Einzelnen lassen sich fünf Problemkreise erkennen, für deren interessengerechtere Lösung im Anschluss an deren Analyse geworben werden soll.

#### a) Befristungsdauer

Die Befristungsdauer von 4 Jahren beruht, wie auch die Regelung überhaupt, auf dem ehemaligen § 57e HRG.

Schon damals wurde diese Regelung mit Recht kritisiert.<sup>25</sup> Diese Kritik gilt heute genauso wie damals. Die Befristungsdauer genügt der Studiendauer vieler Studiengänge nicht mehr und kann aus diesem Grund den Entzug zumindest eines Teils der wirtschaftlichen Lebensgrundlage bedeuten. Dies hat auch der Bundesrat erkannt. Dieser fordert eine Befristungshöchstdauer von nunmehr 6 Jahren.<sup>26</sup> Allerdings greift auch diese Forderung zu kurz.

Heute wie damals ist es üblich, dass ein nicht unerheblicher Teil der Studenten sich über eine Anstellung als studentische Hilfskraft zumindest ein Zubrot erwirtschaftet. Mietpreise und Lebenshaltungskosten sind insbesondere in den Studentenstädten gestiegen.<sup>27</sup> Diese generieren vielfach – trotz elterlicher und staatlicher Unterstützung – einen mitunter deutlich weitergehenden finanziellen Bedarf, der durch eine Beschäftigung im universitären oder außeruniversitären Bereich gedeckt werden muss.

Die Anstellung an einer Hochschule stellt dabei für viele Studenten die sinnvollste Alternative dar. Hier werden der Einstieg in das wissenschaftliche Arbeiten und die Möglichkeit zur Erwirtschaftung von Einkommen gleichzeitig realisiert. Insbesondere die vielfach bestehende Chance zum wissenschaftlichen Diskurs zumindest mittelbar beitragen zu können, bedeutet vielfach eine nicht zu unterschätzende Motivation, später auch selbst wissenschaftlich tätig zu werden. Daneben erleichtert die Arbeit an einem Institut, Lehrstuhl oder in einer Forschungseinrichtung auch eine spätere eigene Dissertation. Die frühzeitige Möglichkeit zur Zusammenarbeit zwischen studentischen und wissenschaftlichen Hilfskräften, Doktoranden, Post-Docs, Gastwissenschaftlern, Habilitanden und Professoren verleiht Selbstvertrauen und Sicherheit im Umgang mit eigenen wissenschaftlichen Ambitionen und Arbeiten. Gerade durch die Tätigkeit als studentische Hilfskraft wird daher oft erst eine spätere wissenschaftliche Karriere in Gang gesetzt, die ohne diesen leichten Zugang nie entstanden wäre.

Diese Möglichkeit beschneidet der Entwurf ohne vernünftigen Grund, indem die Befristungsdauer er-

21 BR-Drs. 395/15 S. 11.

22 BR-Drs. 395/15 S. 13.

23 BR-Drs. 395/15 S. 13. Dieser gesetzlichen Beschränkung bedarf es an sich nicht. Der konstitutiv erforderliche Studentenstatus wird bei einer idR. 85 Stunden übersteigenden Tätigkeit aberkannt.

24 Sofern die männliche Form genannt wird, ist stets auch die weibliche mit umfasst. Zum Begriff der Studierenden siehe [http://www.zaar.uni-muenchen.de/studium/studenteninfo/student\\_prof/student/index.html](http://www.zaar.uni-muenchen.de/studium/studenteninfo/student_prof/student/index.html), abgerufen am 22.10.2015.

25 BR-Drs. 395/15 S. 11; kritisch etwa *Löwisch* in *Forschung & Lehre* 2002/4 S. 186: „Die Begrenzung auf vier Jahre kann sich so sehr einschneidend für Studierende auswirken, die auf Nebenverdiens-

te angewiesen sind. Auch vernachlässigt die Regelung die Tatsache, daß viele Studierende ihr Studium heute als Teilzeitstudium neben einem Beschäftigungsverhältnis konzipieren. Die Möglichkeit, ein Beschäftigungsverhältnis als studentische Hilfskraft zu wählen und so gleichzeitig aus der Beschäftigung Nutzen für das Studium zu ziehen, wird nach vier Jahren abgeschnitten. In § 57e Satz 1 sollte daher die Dauer von vier Jahren ersetzt werden durch eine „Dauer von sechs Jahren“.

26 BR-Drs. 395/15 (Beschluss) S. 7.

27 Siehe unlängst <http://www.spiegel.de/wirtschaft/service/wohnkosten-anteil-in-freiburg-im-breisgau-am-hoechsten-a-1060702.html>, abgerufen am 2.11.2015.

kennbar hinter den Regelstudienzeiten und den tatsächlichen Studienzeiten zurückbleibt. So liegt die Regelstudienzeit für Humanmedizin an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg bei 13 Fachsemestern, ohne dass dabei die regelmäßig während des Studiums ausgesetzte Promotionszeit berücksichtigt wäre.<sup>28</sup>

Auch in anderen Studiengängen liegt die Regelstudienzeit regelmäßig über 4 Jahren. So werden etwa für das Studium der Rechtswissenschaften 9 Fachsemester,<sup>29</sup> das Mathematikstudium im gymnasialen Lehramt 10 Fachsemester,<sup>30</sup> Biologie mit Bachelor und Master 10 Fachsemester,<sup>31</sup> Germanistik mit Bachelor und Master 10 Fachsemester<sup>32</sup> usw. als Regelstudienzeit angegeben. Zieht man nun ins Kalkül, dass nach den Angaben des Statistischen Bundesamtes lediglich 39,3 % der Studenten ihr Studium in der Regelstudienzeit abschließen,<sup>33</sup> wird schnell sichtbar, dass mit der 4-Jahresregelung den Studenten vielfach zumindest ein Teil ihrer wirtschaftlichen Lebensgrundlage – gerade gegen Ende des Studiums und vor Beginn einer Dissertation oder sonstigen wissenschaftlichen Qualifizierung – genommen würde.

Teilweise kann hier zwar Abhilfe durch § 14 Abs. 2 TzBfG geschaffen werden, der eine zumindest 2-jährige Aufstockung des 4-Jahreszeitraumes ermöglicht. Die Neuregelung in § 2 Abs. 3 Satz 3 WissZeitVG-E bedeutet insoweit auch keine Anrechnung dieser Befristungen auf die Höchstbefristungszeiten und wird damit konkludent vorausgesetzt.<sup>34</sup> Allerdings beschneidet eine solche Befristung die Verlängerungsmöglichkeiten und ist ausgeschlossen, wenn zuvor eine Befristung nach § 6 WissZeitVG-E bestand. Allein aufgrund der Wahl des Erstbefristungsgrundes würde so die Befristungsdauer zwischen 4 und 6 Jahren schwanken. Ebenso schwankt die Befristungsdauer über § 14 Abs. 2 TzBfG bei einem Hochschul- bzw. Arbeitgeberwechsel. Studenten könnten somit auf der Grundlage der Neuregelung gezwungen sein, zum Erhalt ihrer Lebensgrundlage aus dem universitären Betrieb auszuschneiden oder an eine andere Hochschule zu wechseln, bei der eine Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG noch möglich ist. Damit würde gerade diejenige Pflicht vereitelt, die das Grundgesetz dem Gesetzgeber insoweit aufgibt: Die Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses.<sup>35</sup>

Vor diesem Hintergrund bleibt unklar, warum der Entwurf hier derart engherzig verfährt. Die Vorwürfe, die dem WissZeitVG gemacht werden, beruhen nicht auf Verträgen mit studentischen Hilfskräften. Diese Beschäftigtengruppe ist am wenigsten durch die Befristungsmöglichkeiten betroffen. Vielfach ändert sich die Lebenssituation der Studenten semesterweise. Auslandsaufenthalte, Erasmus, Studien- und Wohnortwechsel treten häufig auf, sodass eine semester- oder jahresweise Befristung sogar im Interesse der Studenten liegen kann. Daneben sei bemerkt, dass trotz der formalen Kurzbefristungen regelmäßig auch bei den Studenten keine Unsicherheit in Bezug auf die Verlängerung ihrer Verträge besteht. Aufgrund der oft überlasteten Personaladministrationen müssen Anträge auf Weiterbeschäftigung bereits Monate vor dem eigentlichen Befristungsende ausgefüllt und eingereicht werden. Auf diesem Weg erhält der Student idR. frühzeitig Kenntnis über seinen weiteren Status.

Zudem setzt die Befristungsregelung falsche Anreize. Studenten, die vertieft studieren oder aus persönlichen Gründen<sup>36</sup> das Studium nicht schneller absolvieren können, werden benachteiligt. So werden insbesondere die Studenten mit Lernbehinderungen, chronischen Erkrankungen oder sonstigen Einschränkungen über die Befristungsdauer mittelbar benachteiligt.

#### b) Zweitstudium und Studienwechsel

Neben dem Problem der Befristungsdauer, bedeutet die Neuregelung auch eine Benachteiligung von Personen, die nach einem Studienabbruch ein weiteres aufnehmen. Selbiges gilt für Personen, die parallel ein Zweitstudium aufgenommen haben, dessen Studienzeiten die des Erststudiums übersteigen. Nach wortlautgetreuer Anwendung des Entwurfs ergäbe sich für diese Personen eine absolute Befristungsgrenze von 4 Jahren an allen deutschen Hochschulen, Universitätsklinik und außeruniversitären Forschungseinrichtungen; und dies unabhängig von Studienart und -umfang.

Die Anzahl der Erst-Studienabbrecher bzw. -wechsler ist bekanntermaßen hoch. Der Studienabbruch bzw. -wechsel in Kombination mit einer Beschäftigung als studentische Hilfskraft kann sich deshalb gerade auch

28 [https://www.studium.uni-freiburg.de/studium/studienfaecher/fachinfo/index.html?id\\_stud=109](https://www.studium.uni-freiburg.de/studium/studienfaecher/fachinfo/index.html?id_stud=109), abgerufen am 22.10.2015.

29 [http://www.studium.uni-freiburg.de/studium/studienfaecher/fachinfo/index.html?id\\_stud=136](http://www.studium.uni-freiburg.de/studium/studienfaecher/fachinfo/index.html?id_stud=136), abgerufen am 22.10.2015.

30 [http://www.studium.uni-freiburg.de/studium/studienfaecher/fachinfo/index.html?id\\_stud=108](http://www.studium.uni-freiburg.de/studium/studienfaecher/fachinfo/index.html?id_stud=108), abgerufen am 22.10.2015.

31 [http://www.studium.uni-freiburg.de/studium/studienfaecher/fachinfo/index.html?id\\_stud=362](http://www.studium.uni-freiburg.de/studium/studienfaecher/fachinfo/index.html?id_stud=362); [http://www.studium.uni-freiburg.de/studium/studienfaecher/fachinfo/index.html?id\\_stud=302](http://www.studium.uni-freiburg.de/studium/studienfaecher/fachinfo/index.html?id_stud=302), abgerufen am 22.10.2015.

32 [http://www.studium.uni-freiburg.de/studium/studienfaecher/fachinfo/index.html?id\\_stud=396](http://www.studium.uni-freiburg.de/studium/studienfaecher/fachinfo/index.html?id_stud=396); [http://www.studium.uni-freiburg.de/studium/studienfaecher/fachinfo/index.html?id\\_stud=372](http://www.studium.uni-freiburg.de/studium/studienfaecher/fachinfo/index.html?id_stud=372), abgerufen am 22.10.2015.

33 Pressemitteilung vom 3. Februar 2014 – 037/14.

34 BR-Drs. 395/15 S. 12.

35 BVerfGE 35, 79, 114 f.; BVerfGE 94, 268, 285; BR-Drs. 395/15 S. 3.

36 Vgl. BR-Drs. 395/15 (Beschluss) S. 7, Teilzeitstudium aus familiären Gründen.

für künftige Beschäftigungen überaus nachteilig auswirken. Es kann jedoch nicht im Sinne des Gesetzes sein, die oft ohnehin schwierige Lebensentscheidung bei der Studienwahl nachträglich weiter zu sanktionieren.

Selbiges gilt für Personen, die in der Lage sind mehrere Fächer zu studieren und daher entsprechend lang unter den Anwendungsbereich des § 6 WissZeitVG-E fallen. Eine Befristung nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG wäre bei wortlautgetreuer Anwendung solange ausgeschlossen, wie das Zweitstudium noch zu einem weiteren berufsqualifizierenden Abschluss führt. Auch diese Wirkung ist nicht gerechtfertigt und bedarf der Korrektur.

#### c) Bachelor- und Masterstudium

Vergleichbare Schwierigkeiten bestehen bei Bachelor-/Masterstudiengängen. Die in § 6 WissZeitVG-E gefundene Regelung soll der Klarstellung dienen.<sup>37</sup> Auch Masterstudenten dürfen danach als studentische Hilfskräfte beschäftigt werden.<sup>38</sup>

Problematisch an dieser Regelung ist indessen das subjektiv auslösende Moment. Ob eine Befristung nach § 6 WissZeitVG-E oder § 2 Abs. 1 WissZeitVG-E möglich ist, entscheidet allein der Student bzw. Bachelorabsolvent. Trifft dieser die Entscheidung gegen ein anschließendes Masterstudium, so braucht er im Beschäftigungsfall seine Höchstbefristungsgrenzen nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG auf. Nimmt er das Masterstudium nach einer Hochschulbeschäftigung wieder auf, so muss er erneut auf seine verbleibenden Zeiten nach § 6 WissZeitVG zurückgreifen. Sind diese bereits verbraucht oder nicht mehr ausreichend vorhanden, so kann eine weitere Beschäftigung nicht einmal auf der Grundlage des § 14 Abs. 2 TzBfG erfolgen. Auf dieser Grundlage zeigt sich die Schwäche der Abhängigkeit vom subjektiven Moment. Der Bachelorabsolvent wird seine Entscheidung, ob er ein Masterstudium beginnt schlechtestenfalls von den jeweils verbleibenden Höchstbefristungszeiten abhängig machen müssen. Sind bspw. Zeiten nach § 6 WissZeitVG-E im Gegensatz zu solchen nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG vorhanden, so kann allein auf der Grundlage der dann evtl. nur vorgeschobenen Entscheidung für ein Masterstudium wiederum ein Befristungsgrund erzeugt werden. Umgekehrt wird der Bachelorabsolvent aber bei bereits aufgebrauchten Zeiten nach § 6 WissZeitVG-E ggf. davon abgehalten, sich in einen Mas-

terstudiengang einzuschreiben. In diesem Fall kann seine Anstellung nicht mehr befristet erfolgen und wird enden müssen. Dem stünde wiederum die verfassungsrechtlich verbürgte Nachwuchsförderungspflicht entgegen.<sup>39</sup>

#### d) Promotion während des Studiums

Ähnliche Problemlagen ergeben sich für Promotionsstudenten bzw. bei Promotionen während des Studiums. Hier zwingt der Entwurf zur Unterscheidung zwischen dem Promotionsstudium während des (Haupt-)Studiums – dann wohl § 6 WissZeitVG-E – und dem Promotionsstudium nach dem Hochschulabschluss – dann wie bisher § 2 Abs. 1 WissZeitVG-E.<sup>40</sup>

Der erste Fall, der wohl mehrheitlich nur im Bereich der Humanmedizin auftritt und damit besonders für die Universitätsklinika und medizinischen Fakultäten der Hochschulen von Interesse ist, wirft Fragen auf. Unklar ist, ob die Voraussetzungen des § 6 WissZeitVG-E noch gegeben sind, wenn das Promotionsstudium neben dem Hauptstudium erfolgt bzw. eine Immatrikulation als Promotionsstudent nicht erfolgt. Vielfach wird sich der Promotionsstudent im Hinblick auf die Regelstudienzeit beurlauben lassen oder einfach ohne als solcher immatrikuliert zu sein während seines regulären Studiums promovieren<sup>41</sup> und ein bis drei Semester seiner Doktorarbeit widmen. Während dieser Zeit bleibt er weiterhin eingeschrieben; erfüllt insoweit also die Voraussetzungen des § 6 WissZeitVG-E. Sein (Haupt-)Studium ist nach wie vor auf einen berufsqualifizierenden Abschluss gerichtet, obwohl die Promotion an sich nicht berufsqualifizierend wäre. Hierdurch entsteht die eigenartige Situation, dass Promotionszeiten während des Studiums als Zeiten nach § 6 WissZeitVG-E gewertet würden und so eine Anrechnung auf die Höchstbefristungszeit des § 2 Abs. 1 WissZeitVG nicht stattfindet. § 2 Abs. 3 WissZeitVG-E sieht keine Anrechnung für die Zeiten nach § 6 WissZeitVG-E vor. Damit würde der immatrikulierte Promotionsstudent nicht nur weniger Zeit, als die in § 2 Abs. 1 WissZeitVG veranschlagten 6 Promotionsjahre haben, er würde auch die Verlängerungsmöglichkeit bei zügiger Promotion nach § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG-E einbüßen. Diese bezieht sich eindeutig nur auf Befristungen nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG und erfasst damit § 6-Befristungen nicht. Dies bedeutet eine gravierende Schlechterstellung insbesondere der medizi-

37 BR-Drs. 395/15 S. 11 f.

38 BR-Drs. 395/15 S. 11.

39 BVerfGE 35, 79, 114 f.; BVerfGE 94, 268, 285; BR-Drs. 395/15 S. 3.

40 Promotionsstudenten sind zwar immatrikulierte Studenten. Ihr Studium führt allerdings nicht zu einem ersten oder einem weiteren berufsqualifizierenden Abschluss iSv. § 6 WissZeitVG-E.

41 BR-Drs. 395/15 S. 12: „Befristete Beschäftigungen als wissenschaftliche Hilfskraft außerhalb eines Studiums, die zur Förderung der eigenen Qualifizierung der wissenschaftlichen Hilfskraft erfolgen, unterfallen auch künftig dem § 2 Absatz 1“.

nischen Fakultäten, der Universitätsklinik und auch der Beschäftigten, die diese Zeiten trotz zügiger Promotion für die Post-Doc-Phase nicht mehr nutzen können. Für diese strukturelle Schlechterstellung – vor allem von Doktoranden der Humanmedizin – gibt es keine sachliche Rechtfertigung.

Diese Problematik besteht unter anderem Vorzeichen auch gegenwärtig. Es ist unklar, ob Promotionszeiten, die während des Studiums absolviert wurden, nach § 2 Abs. 3 WissZeitVG anzurechnen sind.<sup>42</sup> Hier schafft die Neuregelung zwar Klarheit, indem eine Anrechnung nur im Rahmen der Zeiten nach § 6 WissZeitVG-E erfolgen kann, diese wohl ungewollte Klar(Schlechter-)stellung ist jedoch aus den vorgenannten Gründen abzulehnen.

#### e) Familienpolitische Komponente

Die Neuregelung entkoppelt die studentische Hilfskraft von den sog. familienpolitischen Komponenten, die nach § 2 WissZeitVG gelten. Insbesondere die in § 2 Abs. 5 WissZeitVG gegenwärtig noch zu berücksichtigenden Zeiten sind nicht verwertbar. Auch nach der Entwurfsfassung finden Nichtanrechnungen nur statt, „sofern sie zu einer Verlängerung führen können“. Nur in Fällen des § 2 Abs. 1 WissZeitVG und nicht des § 6 WissZeitVG-E kann eine Verlängerung nach Abs. 5 erzeugt werden.

Für diese Schlechterstellung bedarf es eines rechtfertigenden Grundes. Dieser mag darin gesehen werden, dass Hilfskräfte nicht für ihre eigene wissenschaftliche oder künstlerische Qualifikation tätig werden.<sup>43</sup> Gleichwohl erlaubt die angedachte starre Regelung hier keine Spielräume. Es ist zwar aus Gründen der Planungssicherheit vernünftig, die Hilfskräfte nicht in die Position einer einseitigen Verlängerungsoption nach § 2 Abs. 5 WissZeitVG zu setzen, allerdings steht der Nichtanrechnung dieser Zeiten auf die Zeiten nach § 6 WissZeitVG-E eine solche Erwägung nicht entgegen. In diesem Fall liegt eine willkürlich erscheinende Schlechterstellung der Hilfskräfte vor. Insbesondere Elternzeiten oder Zeiten, in denen Angehörige betreut werden und Zeiten nach der Nr. 6-E<sup>44</sup> sind hier von Relevanz.

#### f) Verbesserungspotential

Vor dem Hintergrund der genannten Mängel ist nach einer interessengerechteren Lösung zu suchen. Diese

muss sich zur Vermeidung von analogen Schlüssen und teleologischen Reduktionen insbesondere im Gesetzestext niederschlagen. Hierzu wird folgender Vorschlag unterbreitet:

„§ 6 Wissenschaftliche und künstlerische Hilfstätigkeiten

<sup>1</sup>Studierende, die an einer deutschen Hochschule immatrikuliert sind, einen ersten oder fortführenden berufsqualifizierenden Abschluss anstreben und wissenschaftliche oder künstlerische Hilfstätigkeiten erbringen, können für die Dauer von 8 Jahren jeweils befristet beschäftigt werden. <sup>2</sup>Promoviert der Beschäftigte während einer befristeten Beschäftigung nach dieser Vorschrift, so kann insoweit eine Befristung für die Dauer von weiteren 6 Jahren erfolgen. <sup>3</sup>Zeiten nach Satz 2 gelten als Zeiten im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 HS 2. Die Verlängerungstatbestände nach § 2 Abs. 1 Satz 5, 6 und Abs. 5 Satz 2 finden entsprechende Anwendung. <sup>4</sup>Innerhalb der zulässigen Befristungsdauer sind Verlängerungen eines befristeten Arbeitsvertrages möglich. <sup>5</sup>Beschäftigungen nach Satz 1, die aufgrund anderer Rechtsvorschriften befristet wurden, sind auf die Zeiten nach Satz 1 und 2 anzurechnen.“

Der Vorschlag räumt die genannten Problemlagen aus. So wird durch Befristungsdauer von 8 Jahren erreicht, dass Studenten ihr gesamtes Studium über beschäftigt werden können.<sup>45</sup> Die Dauer von 8 Jahren ergibt sich aus der Erkenntnis, dass im Bereich der Humanmedizin Studiendauern von 13-16 Fachsemestern nach den Erhebungen des Statistischen Bundesamtes<sup>46</sup> üblich sind. Da nach Satz 5 eine Anrechnung von Beschäftigungszeiten erfolgt, die auf anderen Befristungstatbeständen beruht, erledigt sich die Problematik um den willkürlichen Einsatz von § 14 Abs. 2 TzBfG. Selbiges gilt für Umgehungstatbestände nach § 14 Abs. 1 TzBfG.

Dieses Ergebnis erzielt im Übrigen auch der Vorschlag des Bundesrates, wenn er 6 Jahre fordert, die Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG jedoch nicht ausschließt. Der Vorzug des hiesigen Vorschlages liegt demgegenüber in der Vermeidung administrativen Aufwandes sowie von Rechtsunsicherheiten und Willkür in Bezug auf § 14 TzBfG.

Die Möglichkeit zur erneuten Nutzung der Befristungszeiträume bei einem Studienabbruch oder -wechsel wird daran sichtbar, dass die Beschäftigung „jeweils

42 Preis, WissZeitVG § 2 Rn. 26 f., 28.

43 BR-Drs. 395/15 S. 12.

44 Siehe unten unter IV. 2.

45 Ebenso denkbar wäre eine Kopplung der Befristungsdauer an die jeweilige Regelstudienzeit. Diese Regelung hätte den Vorteil einer individuellen Anpassung an die jeweiligen Studiengänge

und bedürfte nur noch eines ergänzenden einmaligen 2-jährigen Zeitzuschlages. Allerdings birgt diese Lösung die Gefahr, dass bundesweit unterschiedliche Befristungszeiten entstehen und die Hochschulen die Regelstudienzeiten nicht unbeeinflusst von der Befristungsdauer festlegen.

46 Pressemitteilung vom 3. Februar 2014 – 037/14.

befristet“ erfolgt. Damit wird auch die Schwierigkeit des Zweitstudiums umgangen. Hier kann ebenso wie bei einem Studienabbruch- oder -wechsel die gesamte Befristungszeit erneut genutzt werden, denn es handelt sich nicht um einen fortführenden berufsqualifizierenden Abschluss, wie etwa beim Bachelor/Master-Modell. Dieses ist in der Befristungshöchstdauer von 8 Jahren ausreichend umfasst, sodass eine mittelbare Einflussnahme auf die Studienentscheidung ausgeschlossen ist.

Durch Satz 2 wird klargestellt, dass eine Promotion während des Studiums zwar im Befristungsgrund auf § 6 WissZeitVG-E beruht, die hier zurückgelegten Zeiten aber denen nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG entsprechen. Eine Schlechterstellung der Promotion also nicht erfolgen kann. Satz 3 erklärt weiter die Verlängerungsregelung aus § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG-E für anwendbar.

Satz 4 stellt klar, dass die familienpolitischen Komponenten für Hilfskräfte entsprechend gelten. Nicht umfasst ist damit die Möglichkeit zur einseitigen Verlängerung des Arbeitsvertrages, was über die mangelnde eigene wissenschaftliche Qualifizierung gerechtfertigt werden kann. Im Übrigen sind aber die bekannten Verlängerungstatbestände analog zur Anwendung zu bringen. Dies erlaubt die vollständige Nutzung der auch bisher nutzbaren Verlängerungszeiten durch die Hochschulen, Universitätsklinika oder außeruniversitären Forschungseinrichtungen.

Satz 5 stellt die Möglichkeit zur Verlängerung sicher. Satz 6 löst die TzBfG-Problematik<sup>47</sup> über eine Anrechnungsregelung. Dadurch werden Fragen einer vormaligen Beschäftigung etwa beim Land obsolet und der Verwaltungsaufwand damit rechtssicher gesenkt.

#### e) Zwischenfazit

Die geplante Novellierung bedeutet für die studentischen Hilfskräfte erhebliche Schlechterstellungen. Diese gefährden den staatlichen Schutzauftrag im Hinblick auf seine wissenschaftsbezogene Nachwuchsförderungspflicht sowie die wirtschaftliche Lebensgrundlage einer Vielzahl von wissenschaftsinteressierten Studenten. Eine Anpassung der Regelung im Sinne des Beschlusses des Bundesrates, die allein eine Heraufsetzung der Befristungsdauer vorsieht, ist ungenügend. Es bedarf neben einer Heraufsetzung auf 8 Jahre weiterer Ergänzungen in Bezug auf Zweitstudium, Bachelor- und Masterstudien-

gänge, Promotionsstudium und familienpolitische Komponenten.

#### 2. Promotionsphase

Neuerungen sind auch hinsichtlich der Befristung in der sog. Promotionsphase nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG vorgesehen. Hierbei weichen der Entwurf der Bundesregierung und der Vorschlag des Bundesrates jedoch deutlich voneinander ab. Diese werden daher getrennt besprochen und letztlich in Bezug auf mögliche Kombinationen und Verbesserungen analysiert.

##### a) Entwurf der Bundesregierung

Hinsichtlich der Befristung in der Promotionsphase nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG-E enthält der Entwurf nunmehr die Klarstellung, dass eine Befristung nur „zur Förderung der eigenen wissenschaftlichen oder künstlerischen Qualifizierung“ erfolgen darf. Diese sprachliche Ergänzung schafft – entgegen der unbefangenen Lektüre des Gesetzes – keine neuen tatbestandlichen Anforderungen.<sup>48</sup> Das Kriterium der Förderung eigener wissenschaftlicher oder künstlerischer Qualifizierung bestand seit je her; wenngleich dieses nicht im Wortlaut wiedergegeben wurde, sondern aus den Gesetzesmaterialien<sup>49</sup> und dem Telos der Befristung abgeleitet werden musste.<sup>50</sup>

Die Aufnahme dieses bisher ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals ist aus methodischer Perspektive zu begrüßen. Dennoch darf nicht verkannt werden, dass der Begriff der wissenschaftlichen oder künstlerischen Qualifizierung letztlich nicht aussagekräftig ist. Die eigene Qualifizierung wird auch durch Tätigkeiten gefördert, die mit ihr nur mittelbar in Beziehung stehen. Wechselwirkungen sind insbesondere in der Krankenversorgung sichtbar. Die Krankenversorgung ist untrennbarer Bestandteil wissenschaftlicher Forschung.<sup>51</sup> Auf der Grundlage dieser Argumentation lässt sich fast jede Tätigkeit der Förderung der eigenen wissenschaftlichen Qualifizierung zuordnen. Die beabsichtigte Präventivwirkung wird daher wohl nicht eintreten, da der Beschäftigte aufgrund seiner Abhängigkeit zum/zur Doktorvater/-mutter typischerweise keine Einwände während der Promotionsphase erheben wird.

Weiter geht der Novellierungsvorschlag in § 2 Satz 3 WissZeitVG-E. Dieser fordert ein angemessenes Verhältnis zwischen der vereinbarten Befristungsdauer und der angestrebten Qualifizierung.<sup>52</sup> Jenes Verhältnis soll

47 Siehe oben unter II. 1. a).

48 BR-Drs. 395/15 S. 7.

49 BT-Drs. 16/3438 S. 11: „Zwar sind die von den entsprechenden Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern wahrgenommenen wissenschaftlichen Dienstleistungen oftmals Daueraufgaben der Hochschule. Die Befristungsmöglichkeit wird aber bei diesen

Mitarbeitergruppen ausnahmslos im Interesse der Nachwuchs- und Qualifikationsförderung eröffnet.“

50 BR-Drs. 395/15 S. 7; Vgl. dazu Preis, WissZeitVG § 2 Rn. 12

51 BVerfG, Beschluss vom 24. Juni 2014 – 1 BvR 3217/07 = BVerfGE 136, 338 ff.

52 BR-Drs. 395/15 S. 8.

sich daran orientieren, was im Hinblick auf die wissenschaftliche oder künstlerische Qualifizierung „sinnvoll“ ist.<sup>53</sup> Dies lässt freilich einen beträchtlichen Raum für Unsicherheiten. Diese sollen über die von den Wissenschaftseinrichtungen selbst entwickelten internen Richtlinien ausgeräumt werden.<sup>54</sup> Exemplarisch werden neben diesen auch die Codes of Conduct, der Orientierungsrahmen zur Förderung des wissenschaftlichen Personals nach der Promotion und akademischer Karrierewege neben der Professur (2014),<sup>55</sup> die Leitlinien für die Ausgestaltung befristeter Beschäftigungsverhältnisse mit wissenschaftlichem und künstlerischem Personal (2012)<sup>56</sup> usw. genannt.<sup>57</sup>

Die genannten Leitlinien sind aber selbst wenig konkret und geben vielmehr nur das wieder, was ohnehin im Entwurf steht. Daneben bietet gerade die Möglichkeit zum Erlass hochschuleigener Richtlinien wiederum die Gefahr einer sich weiter ausdifferenzierenden uneinheitlichen Befristungshandhabung. Zusätzlich trägt diese Lösung den Anreiz zum Erlass günstiger einrichtungseigener Leitlinien mit möglichst großem Befristungsrahmen in sich. Das aktuelle Problem wird sich daher auf dem vorgeschlagenen Weg kaum beseitigen lassen, sondern lediglich verlagern. Dies verdeutlichen auch die Rechtsfolgen.

Indem Satz 3 die jeweilige Befristungsdauer von der Angemessenheit im Einzelfall abhängig macht, wird diese auch Teil der notwendigen Prognoseentscheidung bei Vertragsschluss.<sup>58</sup> Ein Verstoß muss damit letztlich die Unwirksamkeit der jeweiligen Befristung bedeuten. Al-

lerdings ist den Hochschulen, Universitätsklinik und außeruniversitären Forschungseinrichtungen auf der Grundlage der Wissenschaftsfreiheit ein beträchtlicher Einschätzungsspielraum einzuräumen.<sup>59</sup> Unabhängig davon, ob eigene Leitlinien existieren oder nicht, wird man nicht bei jeder Inkongruenz zwischen Qualifizierung und Vertragslaufzeit auf einen Rechtsverstoß schließen können.<sup>60</sup> So schließt die Begründung bereits auf eine Angemessenheit, wenn Personal für die Zeiten ihrer drittmittelfinanzierten Projekte befristet wird.<sup>61</sup> Die Projekte haben mit der Förderung der eigenen Qualifizierung letztlich nicht zwingend zu tun und sind vielfach auf Jahreszeiträume unabhängig von der Dauer des Gesamtprojektes angelegt.<sup>62</sup> Auch ist es nicht unüblich, dass gerade Doktoranden über Projekte drittmittelfinanziert werden, mit denen sie gar nichts zu tun haben. Dies hängt von der jeweiligen Widmung ab. Daneben wird der Beschäftigte im Einzelfall überhaupt nicht wissen, ob er drittmittelfinanziert ist oder über den Haushalt finanziert wird. Eine Verpflichtung zur Benennung der Finanzierungsgrundlage besteht nicht. Aus dieser Unsicherheit heraus werden sich erwogene Rechtsstreitigkeiten schnell zerschlagen. Die Mittelbewilligung kann zudem letztlich willkürlich zwischen Drittmittelgeber und Hochschule, Universitätsklinik oder außeruniversitären Forschungseinrichtung festgelegt werden. Dadurch kann letztlich für jedweden Zeitraum ein Grund für kurze Befristungszeiten geschaffen werden, der gerichtlich kaum angreifbar wäre.<sup>63</sup> Die Neuregelung ist aus diesen Gründen nicht geeignet, die als Missstände empfundene

53 BR-Drs. 395/15 S. 8.

54 BR-Drs. 395/15 S. 8.

55 <http://www.hrk.de/positionen/gesamtliste-beschluesse/position/convention/orientierungsrahmen-zur-foerderung-des-wissenschaftlichen-nachwuchses-nach-der-promotion-und-akademi/>, abgerufen am 31.10.2015: „Befristungsregeln: Durch geeignete Maßnahmen sind auch bei befristeten Arbeitsverträgen angemessene Beschäftigungsverhältnisse zu ermöglichen, indem sich die Befristungen von projektbezogenen Verträgen an der Laufzeit der Projekte orientieren. Wenn es sich um befristete Aufgaben handelt, fällt es in die Verantwortung der jeweiligen Dienstvorgesetzten, dieses den Betroffenen klar zu kommunizieren und ihnen Gespräche über die weitere Karriereentwicklung anzubieten.“

56 <http://www.hrk.de/positionen/gesamtliste-beschluesse/position/convention/leitlinien-fuer-die-ausgestaltung-befristeter-beschaeftigungsverhaeltnisse-mit-wissenschaftlichem-un/>, abgerufen am 31.10.2015: „1. Planbarkeit ... Die konkrete Befristung muss möglichst zielbezogen erfolgen, d.h. in jeder Phase ist das Qualifikationsziel zu der Dauer des Beschäftigungsverhältnisses in Beziehung zu setzen. Um dieses angemessen zu erreichen, müssen die Vorgesetzten den Qualifizierungsfortschritt bewusst begleiten und kontinuierlich evaluieren. Die Vorgesetzten haben eine realistische Betreuung aus Personalentwicklungsperspektive - d. h. auch die Bestimmung von Zielen und Zeitschritten in

der Befristungszeit - zu gewährleisten. Dazu zählt im Sinne einer wohlverstandenen, verantwortungsbewussten Personalentwicklung, dem wissenschaftlichen Nachwuchs Karrierewege innerhalb und außerhalb der Wissenschaft aufzuzeigen und für diese Wege zu qualifizieren. Dies kann aber auch das Abraten vom Weiterverfolgen einer wissenschaftlichen Karriere beinhalten.“

57 BR-Drs. 395/15 S. 8 mwN.

58 Vgl. *Mandler*, Rechtsmissbrauch bei Drittmittelbefristungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG OdW 2015 S. 219.

59 Vgl. BAG, Urteil vom 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – juris Rn. 47; *Mandler*, Rechtsmissbrauch bei Drittmittelbefristungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG OdW 2015 S. 218, 221 f.

60 Vgl. dazu BAG, Urteil vom 29.7.2009 – 7 AZR 907/07; LAG Sachsen, Urteil vom 6.3.2014 – 6 Sa 676/13 – juris Rn. 27; LAG Köln, Urteil vom 9.9.2009 – 3 Sa 746/09; Preis, *WissZeitVG* § 2 Rn. 58; *Mandler*, Rechtsmissbrauch bei Drittmittelbefristungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG OdW 2015 S. 223 f.

61 BR-Drs. 395/15 S. 8.

62 *Mandler*, Rechtsmissbrauch bei Drittmittelbefristungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG OdW 2015 S. 223 f.

63 Vgl. AR-*Löwisch*, § 2 WissZeitVG Rn. 12; siehe dazu umfassender auch *Stiller*, Das Drittmittel finanzierte Arbeitsverhältnis, Diss. 2000, S. 118; *Mandler*, Rechtsmissbrauch bei Drittmittelbefristungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG OdW 2015 S. 221.

nen Gegebenheiten zu ändern. Allein über den Gedanken des Rechtsmissbrauchs wäre an der Angemessenheit vorbei eine Sanktionierung im Einzelfall denkbar.<sup>64</sup>

#### b) Vorschlag des Bundesrates

Ausgereifter ist der Vorschlag des Bundesrates. Dieser fordert eine Neufassung des Satz 3:<sup>65</sup>

„Die vereinbarte Befristungsdauer soll bei einer ersten nach den Sätzen 1 und 2 befristeten Beschäftigung 24 Monate nicht unterschreiten, sofern keine sachlichen Gründe eine kürzere Dauer rechtfertigen.“

Jener Vorschlag ist gegenüber dem der Bundesregierung vorzugswürdiger. Er sieht eine andere Verteilung der Beweislast vor. Der jeweilige Arbeitgeber muss sich bei Befristungen über 24 Monaten keine Gedanken über deren Angemessenheit machen. Diese ist gesetzt. Nur im Falle der Unterschreitung hat er besondere sachliche Gründe darzulegen. Damit wird sowohl der Verwaltungsaufwand begrenzt als auch Rechtssicherheit hergestellt, die die Lösung der Bundesregierung nicht erreichen wird.

#### c) Verbesserungspotential

Die vorhandenen Bestimmungen bedeuten für die Hochschulen, Universitätsklinik und außeruniversitären Forschungseinrichtungen größtmögliche Flexibilität und Rechtssicherheit, wie sie die Wissenschaftsfreiheit garantiert und fordert. Eine Notwendigkeit zur Anpassung besteht gegenwärtig nicht.

Erkennt man allerdings im Lichte der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers auf einen stattfindenden Missbrauch im Bereich der Kurzzeitverträge, so ist letztlich dem Vorschlag des Bundesrates aus Gründen der Rechtssicherheit der Vorzug zu geben.

Die vorgeschlagenen 24 Mindestmonate mit der Möglichkeit zur Abweichung sind vertretbar. Die Regelung scheint allerdings ergänzungswürdig hinsichtlich der Unterschreitung des 24-Monatszeitraumes. Hier kann, wie auch nach dem Entwurf der Bundesregierung, nur die Angemessenheit zwischen Vertragslaufzeit und eigener wissenschaftlicher oder künstlerischer Qualifizierung maßgeblich sein. Die Angemessenheit als normatives Tatbestandsmerkmal ist jedoch kaum verallge-

meinerbar und bedeutet deshalb ein erhöhtes Maß an Rechtsunsicherheit. Daher sollte der Vorschlag des Bundesrates um klarstellende Regelbeispiele ergänzt werden:

„Ein besonderer sachlicher Grund im Sinne des Satzes 3 liegt insbesondere vor,

a) soweit die Beschäftigung überwiegend im Rahmen eines Projektes oder Drittmittelprojektes nach § 2 Abs. 2 erfolgt und dieses vor Ablauf von 24 Monaten ab Beschäftigungsbeginn voraussichtlich endet,

b) soweit die fachliche Expertise des Beschäftigten nur für einen bestimmten Projektabschnitt benötigt wird,<sup>66</sup>

c) die Beschäftigung auf Wunsch des Beschäftigten kürzer erfolgt, wobei dies schriftlich im Arbeitsvertrag zu vermerken ist,

d) die eigene wissenschaftliche oder künstlerische Qualifizierung, Promotion oder Habilitation des Beschäftigten vor Ablauf der 24 Monate voraussichtlich abgeschlossen sein wird, wobei dies schriftlich im Arbeitsvertrag zu vermerken ist.“

Die Formulierung „insbesondere“ zeigt an, dass die Auflistung nicht abschließend ist. Lit. a) trägt dem Umstand Rechnung, dass Projekte auch kürzer als 24 Monate laufen. Um hier einen Wechsel in die Drittmittelbefristung nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG zu vermeiden, muss dieser Grund genannt werden. Dies gilt sowohl für Drittmittelprojekte nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG als auch für sonstige Projekte, bei denen eine überwiegende Drittfinanzierung nicht gegeben ist.

Lit. b) fasst den Fall, den auch die Begründung der Bundesregierung enthält.<sup>67</sup> Für bestimmte Projekte werden nicht über den gesamten Projektzeitraum hinweg Personen mit bestimmten Qualifikationen benötigt.<sup>68</sup>

Lit. c) behandelt diejenigen Fälle, in denen Beschäftigte bspw. in Vorbereitung auf einen Auslandsaufenthalt oder Kinderbetreuung selbst eine kürzere Beschäftigungsdauer präferieren. Dies erleichtert eine spätere Auseinandersetzung hinsichtlich der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses und ist der Sachgrundbefristung nach § 14 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG nachempfunden.<sup>69</sup> Die Pflicht zur Aufnahme des Wunsches in den Vertragstext dient der Dokumentation und Rechtssicherheit für beide Seiten.

64 Mandler, Rechtsmissbrauch bei Drittmittelbefristungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG OdW 2015 S. 224 f.

65 BR-Drs. 395/15 (Beschluss) S. 5.

66 Siehe dazu Blum/Vehling, „Alles wird gut?“ – Anmerkungen zur geplanten Novellierung des WissZeitVG OdW 2015 S. 197.

67 BR-Drs. 395/15 S. 9.

68 BR-Drs. 395/15 S. 9; vgl. auch Blum/Vehling, „Alles wird gut?“ – Anmerkungen zur geplanten Novellierung des WissZeitVG OdW 2015 S. 197.

69 BAG, Urteil vom 6.11.1996 – 7 AZR 909/95; BAG, Urteil vom 26.4.1985 – 7 AZR 316/84.

Lit. d) nimmt Bezug auf den Befristungsgrund. Angestrebt werden die Promotion, Habilitation oder die eigene wissenschaftliche bzw. künstlerische Qualifizierung. Kann dieses Ziel bspw. aufgrund bereits geleisteter Forschungsarbeit unterhalb des Zweijahreszeitraumes erreicht werden, so besteht kein Bedarf für eine längere Vertragsdauer. Auch dies ist zur Dokumentation und Rechtssicherheit im Vertrag zu vermerken.

#### d) Zwischenfazit

Der Entwurf der Bundesregierung sowie der Vorschlag des Bundesrates sind im Hinblick auf die Vertragslaufzeiten an sich überflüssig. Auf der Grundlage bestehender Regelungen wird die Wissenschaftsfreiheit am ehesten gewährleistet. Sollte man sich allerdings zu einer Neuregelung bekennen wollen, so ist der Vorschlag des Bundesrates aus Gründen der Rechtssicherheit vorzuzugewürdiger. Die vorgeschlagenen Regelungen bieten die Möglichkeit zu einem ausgewogenen Ausgleich zwischen den betroffenen Interessen. Zur Absicherung dieser Interessenlagen bedarf der Vorschlag allerdings klarstellender Konkretisierungen, um seine Praxistauglichkeit und deutschlandweit einheitliche Handhabung sicherzustellen.

#### 3. Post-Doc Phase

Auch in der Post-Doc Phase gilt § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG-E. Die für die Promotionsphase bestehenden Schwierigkeiten gelten auch hier. Die Angemessenheit ist auch hier keine interessengerechte und missbrauchsverhindernde Lösung. Der Vorschlag des Bundesrates unter den genannten Modifikationen muss hier entsprechend gelten.<sup>70</sup>

### III. Drittmittelbefristung

Modifikationen sind auch für die Drittmittelbefristungen vorgesehen. Diese lassen sich nach dem persönlichen Anwendungsbereiches des Befristungstatbestandes in § 2 Abs. 2 WissZeitVG trennen.

#### 1. Wissenschaftliches Personal

Eine Drittmittelbefristung soll für wissenschaftliches Personal unter den altbekannten Voraussetzungen möglich bleiben. Allerdings erhält Satz 1 einen angefügten

Halbsatz, der hinsichtlich der vereinbarten Befristungsdauer auf die Dauer der Mittelbewilligung verweist. Die Bindungswirkung kommt dabei der Angemessenheit gleich, für die die Mittelbewilligung als legitimes Angemessenheitskriterium erklärt wurde.<sup>71</sup> Die Kopplung der Vertragslaufzeit an die Mittelbewilligung ist als Sollbestimmung ausgestaltet und lässt somit Raum für Abweichungen.

Diese letztlich nachvollziehbare Umgestaltung der Drittmittelbefristung birgt allerdings unter Beachtung der gegenwärtigen Begründung einen ganz wesentlichen Fehler. Nach der Begründung soll die Bindung nicht an die Mittelbewilligung, sondern vornehmlich an die Projektlaufzeit erfolgen.<sup>72</sup> Die Projektlaufzeit und Mittelbewilligung sind aber keinesfalls identisch. Vielfach werden Mittelbewilligungen jährlich vergeben bzw. angepasst, wohingegen die eigentliche Projektlaufzeit mehrere Jahre, gar Jahrzehnte, umfassen kann. Insoweit muss eine Klarstellung erfolgen, denn würde tatsächlich die Befristung anhand der Mittelbewilligungen zugelassen, so ergäbe sich hieraus die Möglichkeit zur unzulässigen Transformation des Finanzierungsrisikos auf den jeweils Beschäftigten.<sup>73</sup>

Klargestellt werden sollte daher, dass allein eine Bindung an die Projektlaufzeit zulässig ist. Darüber hinaus bietet sich hinsichtlich der Möglichkeit der auflösenden Bedingung eine Klarstellung im Gesetz an:

„Die Befristung kann zusätzlich unter den auflösenden Bedingungen insbesondere der Nichtverlängerung des Projektes im Sinne des Satzes 1 durch den Drittmittelgeber sowie auf den Wegfall des Forschungsbedarfes aufgrund des wissenschaftlichen Fortschritts erfolgen.“

Durch die Formulierung „insbesondere“ wird klargestellt, dass die Auflistung nur der Rechtssicherheit in Bezug auf bestimmte Gründe dient. Die Anknüpfung an das Projekt an sich und nicht an dessen Mittelbewilligung oder Finanzierung bleibt die Bedingung im zulässigen Rahmen. Es handelt sich insoweit um einen externen Grund außerhalb des Finanzierungsrisikos. Daneben kann die Bedingung auch an einen Wegfall des Forschungsbedarfes geknüpft werden. Auch hier handelt es sich um einen externen Grund.

70 Siehe oben unter II. b), c).

71 BR-Drs. 395/15 S. 9.

72 BR-Drs. 395/15 S. 9: „Bei mehrjährigen Projekten, für die die konkrete Mittelbereitstellung aus haushaltsrechtlichen Gründen, z.B. jährlich erfolgt, ist maßgeblicher Orientierungspunkt vielmehr der bewilligte Projektzeitraum ... Bei Vertragsabschlüssen, die während eines schon laufenden Projektes ... erfolgen, bildet

die verbleibende Projekt- oder Bewilligungsdauer den maßgeblichen Orientierungspunkt.“

73 Mandler, Rechtsmissbrauch bei Drittmittelbefristungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG OdW 2015 S. 226; Stiller, Das Drittmittel finanzierte Arbeitsverhältnis, Diss. 2000, S. 276; Preis, WissZeitVG § 2 Rn. 56; in diesem Sinne auch WR-Drs. 4009-14 S. 77.

Der Vorteil liegt auf der Hand. Die Hochschulen, Universitätsklinika und außeruniversitären Forschungseinrichtungen können in der Gewissheit der Zulässigkeit der Bedingung längerfristige Verträge auf die gesamte Projektlaufzeit schließen ohne sich dem Vorwurf des Rechtsmissbrauches auszusetzen,<sup>74</sup> dem Beschäftigten ein erhöhtes Maß an Planungssicherheit geben und gleichzeitig ihren Verwaltungsaufwand deutlich senken.<sup>75</sup> Eine bspw. jährliche Verlängerung der Verträge ist dann nicht mehr notwendig. Ressourcen könnten so in erheblichem Umfang eingespart werden.

## 2. Nicht-Wissenschaftliches Personal

Erhebliche Änderungen sieht der Entwurf für das im Rahmen von Drittmittelprojekten beschäftigte nicht-wissenschaftliche Personal vor. Befristungen dieses Personals werden insgesamt aus dem Anwendungsbereich des WissZeitVG herausgelöst. Sog. akzessorisches Projektpersonal ist damit nicht mehr nach dem WissZeitVG befristbar. Begründet wird dieser Schritt damit, dass die Rechtfertigung für das Sonderbefristungsrecht nicht in gleicher Weise wie für das wissenschaftliche Personal gilt.<sup>76</sup> Ein stetiger Zufluss neuer Ideen und die Notwendigkeit einer ständigen Fluktuation sei hier nicht erforderlich.<sup>77</sup> Auch eine Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses, die vom BVerfG besonders als Rechtfertigungsgrund für die Befristungszeiten des WissZeitVG bestätigt wurde,<sup>78</sup> ist im Bereich des nicht-wissenschaftlichen Personals nicht notwendig.

Diese Grundentscheidung ist für die Hochschulen, Universitätsklinika und außeruniversitären Forschungseinrichtungen sicher die schmerzhafteste. Insbesondere im Rahmen langjähriger Großprojekte steigt der Bedarf an akzessorischem Wissenschafts- und Verwaltungspersonal. Endet das Projekt, so kann je nach Größe der Einrichtung ein nicht zu unterschätzender Leerlauf des angestellten Personales entstehen und damit eine unerwünschte Mittelbindung eintreten.<sup>79</sup> Gerade den kleineren nach Landesrecht anerkannten Hochschulen

könnten hierdurch nicht unbeachtliche Risiken aufgebürdet werden. Betriebsbedingte Kündigungen mit den bekannten Untiefen wären zu befürchten.

Allerdings lässt der Entwurf eine teilweise übersehene<sup>80</sup> bedeutsame Lücke. Ausdrücklich darf das nicht-wissenschaftliche Personal nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz befristet werden.<sup>81</sup> In § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG ist der Befristungsgrund der Projektbefristung normiert. Nach der Rechtsprechung muss bei der Projektbefristung bereits im Zeitpunkt des Vertragschlusses zu erwarten sein, dass die im Rahmen des Projekts durchgeführten Aufgaben nicht dauerhaft anfallen. Für eine solche Prognose müssen ausreichend konkrete Anhaltspunkte vorliegen.<sup>82</sup> Zur Drittmittelbefristung besteht der Unterschied, dass § 2 Abs. 2 WissZeitVG eine gesetzliche Vermutung formuliert, die nur im Extremfall durch den Vorwurf des Rechtsmissbrauches widerlegt werden kann.<sup>83</sup> Sie führt damit zu einem Mehr an Rechtssicherheit.

Dass es praktische Schwierigkeiten bei der Projektbefristung geben wird, ist offenkundig. An die Hochschulverwaltungen werden höhere Anforderungen gestellt, denen sie in der Vergangenheit nicht immer gerecht wurden.<sup>84</sup> Ein Ausschluss des TzBfG wäre indes unzulässig, da hierin eine strukturelle Schlechterstellung der Einrichtungen gegenüber privaten Arbeitgebern entstünde.

Aus diesem Grund wird aus der historischen Perspektive hier dafür geworben die Regelung in ihrer jetzigen Fassung beizubehalten. Wie schon vor der Einführung der Drittmittelbefristung im WissZeitVG, ist alleinige Folge der Gesetzesnovelle eine höhere Rechtsunsicherheit, mit der allen Beteiligten wenig geholfen sein dürfte. Die besonderen Rechtfertigungsgründe für spezifisches Befristungsrecht für wissenschaftliches Personal bestehen zwar nicht; auf die staatliche Pflicht zur Förderung der Wissenschaft sei aber hingewiesen. Diese gilt nicht nur gegenüber den im Entwurf genannten Gründen, sondern gewährleistet auch eine Sicherstel-

74 Mandler, Rechtsmissbrauch bei Drittmittelbefristungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG OdW 2015 S. 226.

75 Mandler, Rechtsmissbrauch bei Drittmittelbefristungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG OdW 2015 S. 226.

76 BR-Drs. 395/15 S. 9.

77 BR-Drs. 395/15 S. 9.

78 BVerfG, Beschluss vom 24.4.1996 – 1 BvR 712/86.

79 AR-Löwisch, § 2 WissZeitVG Rn. 8.

80 [http://www.deutschlandfunk.de/baden-wuerttemberg-neueperspektiven-fuer-den.680.de.html?dram:article\\_id=335385](http://www.deutschlandfunk.de/baden-wuerttemberg-neueperspektiven-fuer-den.680.de.html?dram:article_id=335385), abgerufen am 31.10.2015, baden-württembergischen Wissenschaftsministerin *Theresia Bauer*. „Es wird der gesamte nicht-wissenschaftliche Dienst aus diesem Wissenschafts-Zeitvertragsgesetz herausgenommen. Das wieder bedeutet: Nach zwei Jahren folgt eine Dauerstelle. Wenn aber keine Dauerstelle vorhanden

ist, bedeutet das schlicht und ergreifend: Die Leute sind nach zwei Jahren draußen - oder auf einer Dauerstelle. Die gibt es aber ganz selten.“

81 BR-Drs. 395/15 S. 3, 9.

82 BAG, Urteil vom 13.2.2013 – 7 AZR 284/11.

83 Mandler, Rechtsmissbrauch bei Drittmittelbefristungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG OdW 2015 S. 218 ff.; LAG Hessen, Urteil vom 6.8.2015 – 2 Sa 1210/14.

84 Bezüglich der Drittmittelbefristung bei wissenschaftlichem Personal: *Lieb*, Zur Befristung von Beschäftigungsverhältnissen im Bereich der Rundfunkfreiheit, Dieterich/ Gamillscheg/Wiedemann, Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf, 1983, S. 425, *Preis*, Protokoll Öffentliche Anhörung zum WissZeitVG am 29.11.2006, S. 13.

lung der Wissenschaftsförderung durch – denklogisch – notwendiges akzessorisches Personal.<sup>85</sup> Zwar dürfte die Grenze eines nicht zu rechtfertigenden Eingriffs noch nicht erreicht sein; es bleibt jedoch der Eindruck, dass sich die Geschichte<sup>86</sup> wiederholen wird und wie schon zuvor die Drittmittelbefristung für wissenschaftliches und auch für nicht-wissenschaftliches Personal zur Herstellung von Rechtssicherheit letztlich wieder Eingang in das WissZeitVG findet.<sup>87</sup>

#### IV. Verlängerungstatbestände

Begleitend zu diesen Änderungen, enthält der Entwurf auch Anpassungen und Erweiterungen in Bezug auf die sog. familienpolitischen Komponenten. Diesen sind ihre verlängernden Rechtswirkungen für die Höchstbefristungszeiten gemeinsam. Danach kann zwischen abstrakten und konkreten Verlängerungstatbeständen unterschieden werden.

##### 1. Abstrakte Verlängerungstatbestände

Die abstrakten Verlängerungstatbestände zeichnen sich dadurch aus, dass bei ihrer tatbestandlichen Erfüllung abstrakt und damit ohne Prüfung der konkret aufgewandten Zeiten eine Erhöhung der Höchstbefristungsgrenzen eintritt.

Für diese sieht der Entwurf eine Anpassung und eine Erweiterung vor. Zum einen wird klargestellt, dass die pauschale Verlängerung für die Kindesbetreuung von 2 Jahren auch dann erfolgt, sofern hinsichtlich des Kindes die Voraussetzungen nach § 15 Abs. 1 Satz 1 BEEG vorliegen; zum anderen wird ein neuer zweijähriger Verlängerungstatbestand für die Fälle einer Behinderung nach § 2 Abs. 1 SGB IX oder einer schwerwiegenden chronischen Erkrankung<sup>88</sup> eingeführt.

Die Klarstellung gegenüber der Kinderbetreuung ist begrüßenswert.<sup>89</sup> Allerdings sollte der Verweis auf § 15 Abs. 1 BEEG insgesamt erfolgen, um die Geltung des Zustimmungserfordernisses nach Satz 2 einheitlich auf den Verlängerungstatbestand im WissZeitVG zu übertragen.<sup>90</sup>

Der neueingefügte Verlängerungstatbestand nach § 2 Abs. 1 Satz 6 WissZeitVG-E ist ebenfalls dem Grunde nach sinnvoll. Die jeweilige Höchstbefristungszeit erhöht sich beim Vorliegen einer Behinderung im Sinne von § 2 Abs. 1 SGB IX oder einer schwerwiegenden chronischen Erkrankung pauschal um zwei Jahre. Damit soll den Vorgaben der UN-Behindertenrechtskonvention entsprochen sowie die Vereinbarkeit von Behinderung und Wissenschaft ermöglicht werden.<sup>91</sup>

Allerdings lässt die Formulierung wie auch die der Sätze 4 und 5 Fragen im Hinblick auf die zeitliche Geltung aufkommen. Vielfach scheuen die Hochschulen, Universitätsklinika und außeruniversitären Forschungseinrichtungen eine Inanspruchnahme dieser Verlängerungstatbestände, sofern die abstrakten Verlängerungszeiten tatsächlich noch nicht erfüllt sind; das betreute Kind etwa erst ein Jahr alt ist oder die Behinderung erst seit 3 Monaten feststeht.

Diese Rechtsunsicherheit behebt der Entwurf bisher noch nicht. Da aber die Gewährung der abstrakten Verlängerungszeit ohne eine Einzelfallprüfung erfolgt, sollte sich das Gesetz klar dazu bekennen, dass eine Verlängerung unabhängig davon genutzt werden kann, ob der jeweilige Tatbestand tatsächlich schon in entsprechender Länge vorliegt.<sup>92</sup> Andernfalls muss befürchtet werden, dass wie bisher verfahren wird, d.h. Kurzbefristungen erfolgen, die den jeweils bereits absolvierten Zeiten nachfolgen. Die Klarstellung hierzu kann in der Gesetzesbegründung oder im Gesetzestext erfolgen:

„Die Verlängerungen nach den Sätzen 4-6 erfolgen mit Eintritt des Tatbestandes.“

##### 2. Konkrete Verlängerungstatbestände

Neben den abstrakt zu gewährenden Verlängerungen, sieht der Entwurf auch hinsichtlich der konkreten Verlängerungstatbestände des § 2 Abs. 5 WissZeitVG Änderungen vor. So wird ein neuer Verlängerungstatbestand eingeführt und daneben der Anrechnungsmodus insgesamt von der bisher notwendigen Verlängerungserklärung entkoppelt.

85 Es besteht die Verpflichtung die Hochschulen durch die Bereitstellung von personellen, finanziellen und organisatorischen Mitteln zu ermöglichen und zu fördern, vgl. BR-Drs. 395/15 S. 3 unter Berufung auf BVerfGE 35, 79, 114 f.; BVerfGE 94, 268, 285.

86 BR-Drs. 395/15 S. 9; siehe auch AR-Löwisch, § 2 WissZeitVG Rn. 8.

87 Eine Drittmittelregelung für wissenschaftliches Personal war ursprünglich Auslöser für die Entwicklung von Sonderbefristungsrecht für den Wissenschaftsbereich und wurde 1985 in das HRG eingeführt. Nachdem die Regelung zwischenzeitlich aufgehoben wurde, stieg der Druck der Wissenschaftseinrichtungen auf den Gesetzgeber derart an, dass im WissZeitVG wieder eine Drittmittelregelung aufgenommen wurde.

88 Unklar bleibt hier welche Art und welcher Grad der Erkrankung

genügt. Was schwerwiegend chronisch ist, wird nicht näher umschrieben und damit der Rechtsprechung überlassen. Genügt bspw. schon eine chronische Sehenscheidenentzündung, die etwa für einen Juristen schwerwiegend ist, einen Biologen aber andererseits nicht hindern würde?

89 Vgl. in diesem Sinne bspw. LAG Köln, Urteil vom 27. April 2012 – 4 Sa 1320/11.

90 BR-Drs. 395/15 S. 8: „Damit wird einerseits der Kindbegriff im WissZeitVG vereinheitlicht und andererseits ein Gleichklang zu den Regelungen der Elternzeit im BEEG hergestellt.“

91 BR-Drs. 395/15 S. 9.

92 In diesem Sinne schon bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs AR-Löwisch, § 2 WissZeitVG Rn. 5.

### a) Krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit als Verlängerungstatbestand

In Nr. 6 werden nunmehr Zeiten einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit, in denen ein gesetzlicher oder tarifvertraglicher Anspruch auf Entgeltfortzahlung nicht besteht, für einseitig verlängerungswürdig erklärt. Übersehen wird dabei, dass auch die Krankheit während der Karenzzeit nach § 3 Abs. 3 EFZG den Tatbestand erfüllt. Dies führt zu unnötigem Rechenaufwand, der so sicher auch nicht beabsichtigt war. Dem Tatbestand ist daher anzufügen:

„und das Beschäftigungsverhältnis seit mindestens vier Wochen ununterbrochen andauert.“

Daneben ist dieser Verlängerungstatbestand in Bezug auf die einseitige Verlängerungsoption insgesamt fragwürdig. Es ist an sich das Risiko des Arbeitnehmers, wenn dieser arbeitsunfähig erkrankt. Ein zwingender Zusammenhang zwischen Wissenschaft, Qualifizierung und Familie besteht im Gegensatz zu den übrigen Tatbeständen nicht. Krankheit ist dem allgemeinen Lebensrisiko zuzurechnen, die nicht durch eine einseitige Verlängerungserklärung auf die Arbeitgeber übertragen werden darf. Es scheint daher vorzugswürdig die Langzeiterkrankung zur Sicherung des Beschäftigtenstatus zwar in Bezug auf die Verlängerungszeiten anzuerkennen, die einseitige Verlängerungsoption<sup>93</sup> nach § 2 Abs. 5 Satz 1 WissZeitVG aber nicht zu gewähren. Insoweit wäre an das Ende des fünften Absatzes Folgendes zu stellen:

„Zeiten im Sinne des Satzes 3 sind auch Zeiten einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit, in denen kein gesetzlicher oder tarifvertraglicher Anspruch auf Entgeltfortzahlung besteht und das Beschäftigungsverhältnis seit mindestens vier Wochen ununterbrochen andauert.“

### b) Automatischer Nichtanrechnungsmechanismus

Die vorgeschlagene Änderung des Verlängerungsmechanismus ist bereits in den vorherigen Vorschlägen zur

Novellierung des WissZeitVG enthalten.<sup>94</sup> Eine Nichtanrechnung auf die Höchstbefristungszeiten soll danach auch ohne vorherige Verlängerungserklärung gem. § 2 Abs. 5 Satz 1 WissZeitVG möglich sein.<sup>95</sup> Gelöst wird damit die bekannte Problematik, wonach Zeiten, für die keine Verlängerung gegenüber dem alten Arbeitgeber erklärt wurde, gegenüber den Höchstbefristungsgrenzen „verloren gehen“.<sup>96</sup>

Die beabsichtigte Änderung ist notwendig und zu begrüßen. Sie beachtet die Trennung zwischen Verlängerungsoption und Anrechnung auf die Höchstbefristungsgrenzen in zulässiger Weise. Die Verlängerungstatbestände erfreuen sich unter den Beschäftigten großer Beliebtheit.<sup>97</sup> Zudem nehmen die Beschäftigungsverhältnisse, welche die Höchstbefristungsgrenzen regulär erreichen, stetig zu. Gerade der Wechsel einer Hochschule sollte im Lichte eines notwendigen intellektuellen und personellen Austausches zwischen den Einrichtungen begünstigt werden.

Hinsichtlich der Anrechnungsregelungen sollte das Gesetz indes noch weiter konkretisiert werden. So findet sich nach wie vor die zweifelhafte Sollbestimmung in § 2 Abs. 5 Satz 2 WissZeitVG-E. Es ist unsinnig, dem Arbeitgeber eine Entscheidung über die anrechenbaren Zeiträume zuzumuten. Dieser wird aus der bestehenden Rechtsunsicherheit heraus stets nur auf den Zweijahreszeitraum erkennen. Vorzuschlagen ist eine verbindliche Regelung oder die Angabe von Kriterien, die eine überschießende Verlängerung erlauben.<sup>98</sup>

Daneben bedarf Abs. 5 Nr. 1 einer Klarstellung in Bezug auf die anrechenbaren Zeiträume. Angerechnet werden dürfen nur solche Zeiten, die tatsächlich ausgefallen sind. Daher muss der jeweilige Beschäftigungsumfang vor und während der Betreuung einbezogen werden. Schwierigkeiten ergeben sich hierbei allerdings dann, wenn die Betreuung mit schwankendem Beschäftigungsumfang über einen Zeitraum von mehr als 2 Jahren erfolgt. Hier ist zunächst bei der Verlängerungserklärung nach § 2 Abs. 5 Satz 1 WissZeitVG, spätestens aber bei der Berechnung der Verlängerungszeiten im Nachhinein unklar in welchem Umfang angerechnet werden darf. Zur Entlastung der Einrichtungen wird da-

93 Mandler, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG OdW 2014 S. 221.

94 Vgl. BT-Drs 17/12531 S. 5; Mandler, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG OdW 2014 S. 222.

95 BR-Drs. 395/15 S. 5, 10 f.

96 Letztlich nimmt diese Entscheidung dem Beschäftigten aber auch die Möglichkeit selbst darüber zu entscheiden, wann nur noch eine unbefristete Beschäftigung möglich wäre. Vgl. Mandler, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG OdW 2014 S. 222.

97 Mandler, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG OdW 2014 S. 221 ff.; anders noch auf der

Grundlage der Evaluierung 2011 BR-Drs. 395/15 (Beschluss) S. 3. Insbesondere an Universitätsklinik, die typischerweise Höchstbefristungsgrenzen überhaupt erreichen, kommt dem Verlängerungstatbestand zunehmende Bedeutung zu. Hochschulen bedürfen der Verlängerungstatbestände in der Regel nicht, da die Beschäftigten hier zuvor ausscheiden.

98 Dies legt der Entwurf selbst nahe, indem er zwingend von einer Verlängerungsdauer von 2 Jahren bei einem dreijährigem Auslandsaufenthalt ausgeht, BR-Drs. 395/15 S. 11: „So kann beispielsweise eine Beurlaubung nach Satz 1 Nummer 2 für 3 Jahre erfolgen; nach Satz 2 ist eine hierdurch ausgelöste Verlängerung aber auf zwei Jahre begrenzt.“

her vorgeschlagen diesen Tatbestand, sofern er die Kinderbetreuung betrifft aus dem Abs. 5 herauszunehmen und in § 2 Abs. 1 Satz 4 WissZeitVG zu integrieren. Damit sollte dort ein Aufschlag von 1 Jahr zu insgesamt 3 Jahren je Kind gegeben werden. Dies spart Rechenaufwand und kommt der durch Teilzeit geprägten Praxis nahe. Vielfach begeben sich gerade Mütter in Teilzeit außerhalb der Elternzeit, um ihre Kinder zu betreuen. Diese Zeiten liegen – unter Beachtung einer gewöhnlichen Betreuungssituation in Teilzeit – im Minimum bei einem Zeitraum von 3 Jahren je Kind. Dies gilt auch außerhalb der nunmehr über das Elterngeld-Plus erreichbaren Betreuungszeiten, die bereits nach Nr. 3 Berücksichtigung finden.

#### V. Anrechnung von Beschäftigungszeiten

Der Bundesrat deutet in seinem Beschluss bereits auf die europarechtsbezogene Unzulässigkeit der 25 %-Regelung in § 2 Abs. 3 WissZeitVG bezogen auf die Teilzeitrichtlinie hin.<sup>99</sup> Dem kann auch vor dem Hintergrund der Befristungsrichtlinie nur beigespflichtet werden. Letztlich erlaubt die Regelung eine zweifelhafte schranken- und grundlose Befristungsmöglichkeit.<sup>100</sup> Aufgrund der Schaffung eines eigenen Befristungsgrundes in § 6 WissZeitVG für studentische Hilfskräfte wird vorgeschlagen die Regelung gänzlich zu streichen. Die Höchstbefristungsgrenzen eröffnen bezogen auf die eigene wissenschaftliche oder künstlerische Qualifizierung einen angemessenen zeitlichen Umfang. Vielfach hindert gerade auch ein zu hoher Beschäftigungsumfang die eigene Qualifizierung. So werden bspw. Doktoranden kein Interesse daran haben neben einer Vollzeitanstellung ihre eigene Promotion zu betreiben. Vielmehr genügt ihnen eine Anstellung in Teilzeit, die den Lebensunterhalt zumindest partiell abdeckt, sodass die eigene Promotion zügig vorangetrieben werden kann. Gleichsam sind diese Zeiten letztlich der Qualifizierung in Vollzeit gewidmet und als solche auch anzurechnen. Die Anrechnungsregelung ist demgemäß entsprechend einzukürzen.

Daneben schlägt der Bundesrat vor, die Drittmittelbefristungszeiten nur auf die nach § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2

WissZeitVG insgesamt zur Verfügung stehende Befristungsdauer anzurechnen und so letztlich potentielle Promotionszeiten vor zwischenzeitlichen Drittmittelbefristungszeiten zu schützen.<sup>101</sup> Diese Überlegung ist nachvollziehbar, letztlich aber nicht in das Gesetz zu integrieren. Traditionell benötigt gerade die Habilitation mehr Zeit, sodass eine solche Anrechnungsregelung letztlich Habilitanden als künftig dauerhafte Wissenschaftler hindern kann. Die berechtigt befürchtete Konstellation einer langjährigen Drittmittelbefristung ohne gleichzeitige Promotion, dürfte eher selten sein und muss hier zurückstehen.<sup>102</sup> Die Einrichtungen nutzen zuerst die Rechtssicherheit der sachgrundlosen Befristung.

#### VI. Übergangsregelung

Hinsichtlich der Anwendung des neuen Rechtes, sieht der Entwurf in Art. 2 das Inkrafttreten am Tage nach der Verkündung vor. Diese an sich nicht zu beanstandende Regelung kann jedoch zugunsten der Beschäftigten sowie der Hochschulen, Universitätsklinika und außeruniversitären Forschungseinrichtungen verändert werden.

So ist nicht ersichtlich, warum § 2 Abs. 5 Satz 2 und 3 WissZeitVG-E nicht rückwirkend Geltung erlangen sollen. Die Beschäftigten können so alte ansonsten verlorene Höchstbefristungszeiten zurückerhalten und die Einrichtungen diese einseitig nutzen. Andernfalls wird es Jahre dauern, bis die Regelungen tatsächlich Relevanz entfalten; solange die Grund-Höchstbefristungszeiten noch nicht ausgeschöpft sind, besteht keine Notwendigkeit zur Verlängerung. Sofern keine Ausweitung der Rückwirkung auf § 2 Abs. 5 Satz 1 WissZeitVG-E erfolgt, wirft dieser Schritt keine Schwierigkeiten in Bezug auf die verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer Rechtfertigung dieser echten Rückwirkung auf. Die Hochschulen, Universitätsklinika und außeruniversitären Forschungseinrichtungen können einseitig über die Nutzung dieser Zeiten entscheiden. Es würde sich daher um eine für alle Seiten günstige Regelung handeln.

99 BR-Drs. 395/15 (Beschluss) S. 3 f.

100 BR-Drs. 395/15 (Beschluss) S. 4; Vgl. dazu bspw. Preis WissZeitVG § 2 Rn. 103 ff. a.A. AR-Löwisch, § 2 WissZeitVG Rn. 3.

101 BR-Drs. 395/15 (Beschluss) S. 6.

102 Vgl. auch AR-Löwisch, § 2 WissZeitVG Rn. 1.

## VII. Fazit

Der Entwurf der Bundesregierung sowie die Erwiderung des Bundesrates enthalten jeweils sinnvolle und umzusetzende Änderungen des WissZeitVG. Zu befürworten ist, dass an den beiden wesentlichen Aspekten der Befristungsmöglichkeiten keine grundlegenden Änderungen vorgesehen sind. Sowohl die sachgrundlose Befristung als auch die Drittmittelregelung haben sich bewährt.

Hinsichtlich der vorgeschlagenen Änderungen besteht allerdings noch Änderungs- bzw. Ergänzungsbedarf. Auch die Kombination beider Vorschläge vermag in Teilen nicht zu überzeugen. Insbesondere praktisch relevante Einzelfragen und mittelbare Einwirkungen von anderen Rechtsvorschriften werden nur unzureichend berücksichtigt.

Tobias Mandler und Markus Meißner sind wissenschaftliche Mitarbeiter der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

## VIII. Anhang

Die Neuerungen des Entwurfes<sup>103</sup> sind durch Unterstreichung hervorgehoben. Soweit Regelungen getilgt wurden, sind diese nicht gesondert vermerkt:

### § 1 Befristung von Arbeitsverträgen

(1) Für den Abschluss von Arbeitsverträgen für eine bestimmte Zeit (befristete Arbeitsverträge) mit wissenschaftlichem und künstlerischem Personal mit Ausnahme der Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer an Einrichtungen des Bildungswesens, die nach Landesrecht staatliche Hochschulen sind, gelten die §§ 2, 3 und 6. Von diesen Vorschriften kann durch Vereinbarung nicht abgewichen werden. Durch Tarifvertrag kann für bestimmte Fachrichtungen und Forschungsbereiche von den in § 2 Abs. 1 vorgesehenen Fristen abgewichen und die Anzahl der zulässigen Verlängerungen befristeter Arbeitsverträge festgelegt werden. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Vertragsparteien die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren. Die arbeitsrechtlichen Vorschriften und Grundsätze über befristete Arbeitsverträge und deren Kündigung sind anzuwenden, soweit sie den

Vorschriften der §§ 2 bis 6 nicht widersprechen.

(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.

### § 2 Befristungsdauer; Befristung wegen Drittmittelfinanzierung

(1) Die Befristung von Arbeitsverträgen des in § 1 Absatz 1 Satz 1 genannten Personals, das nicht promoviert ist, ist bis zu einer Dauer von sechs Jahren zulässig, wenn die befristete Beschäftigung zur Förderung der eigenen wissenschaftlichen oder künstlerischen Qualifizierung erfolgt. <sup>2</sup>Nach abgeschlossener Promotion 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 zur Förderung der eigenen wissenschaftlichen oder künstlerischen Qualifizierung erfolgt.<sup>HS2</sup> die zulässige Befristungsdauer verlängert sich in dem Umfang, in dem Zeiten einer befristeten Beschäftigung nach Satz 1 und Promotionszeiten ohne Beschäftigung nach Satz 1 zusammen weniger als sechs Jahre betragen haben. <sup>3</sup>Die vereinbarte Befristungsdauer ist jeweils so zu bemessen, dass sie der angestrebten Qualifizierung angemessen ist. <sup>4</sup>Die nach den Sätzen 1 und 2 insgesamt zulässige Befristungsdauer verlängert sich bei Betreuung eines oder mehrerer Kinder unter 18 Jahren um zwei Jahre je Kind. <sup>5</sup>Satz 4 gilt auch, wenn hinsichtlich des Kindes die Voraussetzungen des § 15 Absatz 1 Satz 1 des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes vorliegen. <sup>6</sup>Die nach den Sätzen 1 und 2 zulässige Befristungsdauer verlängert sich bei Vorliegen einer Behinderung nach § 2 Absatz 1 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch oder einer schwerwiegenden chronischen Erkrankung um zwei Jahre. <sup>7</sup>Innerhalb der jeweils zulässigen Befristungsdauer sind auch Verlängerungen eines befristeten Arbeitsvertrages möglich.

(2) Die Befristung von Arbeitsverträgen des in § 1 Abs. 1 Satz 1 genannten Personals ist auch zulässig, wenn die Beschäftigung überwiegend aus Mitteln Dritter finanziert wird, die Finanzierung für eine bestimmte Aufgabe und Zeitdauer bewilligt ist und die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter überwiegend der Zweckbestimmung dieser Mittel entsprechend beschäftigt wird; die vereinbarte Befristungsdauer soll der Dauer der Mittelbewilligung entsprechen.

103 BR-Drs. 395/15: „§ 2 Abs 1 S 3 WissZeitVG verlangt keinen Nachweis des mit der „Betreuung“ verbundenen Zeitaufwands. Auch Elternzeit oder Teilzeitarbeit müssen nicht vorliegen. Es genügt, dass das Kind im gemeinsamen Haushalt lebt und dem befristet beschäftigten Elternteil das Sorgerecht zusteht.“

(3) Auf die in Absatz 1 geregelte zulässige Befristungsdauer sind alle befristeten Arbeitsverhältnisse mit mehr als einem Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit, die mit einer deutschen Hochschule oder einer Forschungseinrichtung im Sinne des § 5 abgeschlossen wurden, sowie entsprechende Beamtenverhältnisse auf Zeit und Privatdienstverträge nach § 3 anzurechnen. Angerechnet werden auch befristete Arbeitsverhältnisse, die nach anderen Rechtsvorschriften abgeschlossen wurden. Die Sätze 1 und 2 gelten nicht für Arbeitsverhältnisse nach § 6 sowie vergleichbare studienbegleitende Beschäftigungen, die auf anderen Rechtsvorschriften beruhen.

(4) Im Arbeitsvertrag ist anzugeben, ob die Befristung auf den Vorschriften dieses Gesetzes beruht. Fehlt diese Angabe, kann die Befristung nicht auf Vorschriften dieses Gesetzes gestützt werden. Die Dauer der Befristung muss bei Arbeitsverträgen nach Absatz 1 kalendermäßig bestimmt oder bestimmbar sein.

(5) Die jeweilige Dauer eines befristeten Arbeitsvertrages nach Absatz 1 verlängert sich im Einverständnis mit der Mitarbeiterin oder dem Mitarbeiter um

1. Zeiten einer Beurlaubung oder einer Ermäßigung der Arbeitszeit um mindestens ein Fünftel der regelmäßigen Arbeitszeit, die für die Betreuung oder Pflege eines oder mehrerer Kinder unter 18 Jahren, auch wenn hinsichtlich des Kindes die Voraussetzungen des § 15 Absatz 1 Satz 1 des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes vorliegen, oder pflegebedürftiger sonstiger Angehöriger gewährt worden sind,

2. Zeiten einer Beurlaubung für eine wissenschaftliche oder künstlerische Tätigkeit oder eine außerhalb des Hochschulbereichs oder im Ausland durchgeführte wissenschaftliche, künstlerische oder berufliche Aus-, Fort- oder Weiterbildung,

3. Zeiten einer Inanspruchnahme von Elternzeit nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz und Zeiten eines Beschäftigungsverbots nach den §§ 3, 4, 6 und 8 des Mutterschutzgesetzes in dem Umfang, in dem eine Erwerbstätigkeit nicht erfolgt ist,

4. Zeiten des Grundwehr- und Zivildienstes,

5. Zeiten einer Freistellung im Umfang von mindestens einem Fünftel der regelmäßigen Arbeitszeit zur Wahrnehmung von Aufgaben in einer Personal- oder Schwerbehindertenvertretung, von Aufgaben eines oder einer Frauen- oder Gleichstellungsbeauftragten oder zur Ausübung eines mit dem Arbeitsverhältnis zu vereinbarenden Mandats und

6. Zeiten einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit, in denen ein gesetzlicher oder tarifvertraglicher Anspruch auf Entgeltfortzahlung nicht besteht.

In den Fällen des Satzes 1 Nummer 1, 2 und 5 soll die Verlängerung die Dauer von jeweils zwei Jahren nicht überschreiten. Zeiten nach Satz 1 Nummer 1 bis 6 werden in dem Umfang, in dem sie zu einer Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages führen können, nicht auf die nach Absatz 1 zulässige Befristungsdauer angerechnet.

### § 3 Privatdienstvertrag

Für einen befristeten Arbeitsvertrag, den ein Mitglied einer Hochschule, das Aufgaben seiner Hochschule selbstständig wahrnimmt, zur Unterstützung bei der Erfüllung dieser Aufgaben mit überwiegend aus Mitteln Dritter vergütetem Personal im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 abschließt, gelten die Vorschriften der §§ 1, 2 und 6 entsprechend.

### § 4 Wissenschaftliches Personal an staatlich anerkannten Hochschulen

Für den Abschluss befristeter Arbeitsverträge mit wissenschaftlichem und künstlerischem Personal an nach Landesrecht staatlich anerkannten Hochschulen gelten die Vorschriften der §§ 1 bis 3 und 6 entsprechend.

### § 5 Wissenschaftliches Personal an Forschungseinrichtungen

Für den Abschluss befristeter Arbeitsverträge mit wissenschaftlichem Personal an staatlichen Forschungseinrichtungen sowie an überwiegend staatlich, an institutionell überwiegend staatlich oder auf der Grundlage von Artikel 91b des Grundgesetzes finanzierten Forschungseinrichtungen gelten die Vorschriften der §§ 1 bis 3 und 6 entsprechend.

### § 6 Wissenschaftliche und künstlerische Hilfstätigkeiten

Befristete Arbeitsverträge zur Erbringung wissenschaftlicher oder künstlerischer Hilfstätigkeiten mit Studierenden, die an einer deutschen Hochschule für ein Studium, das zu einem ersten oder einem weiteren berufsqualifizierenden Abschluss führt, eingeschrieben sind, sind bis zur Dauer von insgesamt vier Jahren zulässig. Innerhalb der zulässigen Befristungsdauer sind auch Verlängerungen eines befristeten Arbeitsvertrages möglich.

### § 7 Rechtsgrundlage für bereits abgeschlossene Verträge; Übergangsregelung

(1) Für die seit dem 23. Februar 2002 bis zum 17. April 2007 an staatlichen und staatlich anerkannten Hochschulen sowie an Forschungseinrichtungen im Sinne des § 5 abgeschlossenen Arbeitsverträge gelten die §§ 57a bis 57f des Hochschulrahmengesetzes in der ab 31. Dezem-

ber 2004 geltenden Fassung fort. Für vor dem 23. Februar 2002 an staatlichen und staatlich anerkannten Hochschulen sowie an Forschungseinrichtungen im Sinne des § 5 abgeschlossene Arbeitsverträge gelten die §§ 57a bis 57e des Hochschulrahmengesetzes in der vor dem 23. Februar 2002 geltenden Fassung fort. Satz 2 gilt entsprechend für Arbeitsverträge, die zwischen dem 27. Juli 2004 und dem 31. Dezember 2004 abgeschlossen wurden.

(2) Der Abschluss befristeter Arbeitsverträge nach § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 mit Personen, die bereits vor dem 23. Februar 2002 in einem befristeten Arbeitsverhältnis zu einer Hochschule, einem Hochschulmitglied im Sinne von § 3 oder einer Forschungseinrichtung im Sinne von § 5 standen, ist auch nach Ablauf der in § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 geregelten jeweils zulässigen Befristungs-

dauer mit einer Laufzeit bis zum 29. Februar 2008 zulässig. Satz 1 gilt entsprechend für Personen, die vor dem 23. Februar 2002 in einem Dienstverhältnis als wissenschaftlicher oder künstlerischer Assistent standen. § 2 Abs. 5 gilt entsprechend.

#### § 8 Evaluation

Die Auswirkungen dieses Gesetzes werden im Jahr 2020 evaluiert.

#### Artikel 2

Dieses Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft.



Frank Wertheimer

*Schadensersatzanspruch bei fehlerhaft durchgeführtem Berufungsverfahren – OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 22.7.2014, 6 A 815/11<sup>1</sup>*

Die Entscheidung des OVG NRW betrifft den Themenkreis der Konkurrentenstreitigkeiten im Hochschulbereich. Der Kläger hatte sich auf eine ausgeschriebene W<sub>3</sub>-Professur beworben, wurde von der Berufungskommission aber nicht berücksichtigt. Weil diese u.a. Publikationsleistungen des Klägers, die kurz vor der Veröffentlichung standen, nicht berücksichtigt hatte, erhob der Kläger nach der Ernennung eines Mitwewerbers zum W<sub>3</sub>-Professor Klage. In der Entscheidung setzte sich das OVG schwerpunktmäßig mit der Frage auseinander, unter welchen Voraussetzungen einem nicht berücksichtigten Bewerber ein Schadensersatzanspruch zusteht. In diesem Zusammenhang wurde auch die Frage erörtert, zu welchem Zeitpunkt eines Berufungsverfahrens ein unterlegener Bewerber sich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die bevorstehende Ernennung eines Mitbewerbers wenden muss.

### **I. Zentrale Aussagen der Entscheidung**

Das OVG hat in den Urteilsgründen zunächst festgehalten, dass einem Bewerber grundsätzlich kein – gebundener – Anspruch auf Ernennung zusteht, ein solcher kommt nur im Ausnahmefall in Betracht (dazu nachfolgend II.). Wer sich auf eine ausgeschriebene Professorenstelle bewirbt, habe lediglich einen sog. Bewerbungsverfahrensanspruch, also einen Anspruch auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung (III.). Dieser Anspruch erlischt aber mit der rechtsbeständigen Ernennung eines anderen Bewerbers. Nach Ernennung eines Mitbewerbers kommt nur ein Schadensersatzanspruch in Betracht (IV.). Dieser setzt einen schuldhaften Ermessensfehler der Berufungskommission voraus, der für die unterbliebene Ernennung kausal gewesen sein muss. Schadensersatz kann der unterlegene Bewerber hingegen nicht verlangen, wenn er es seinerseits schuldhaft unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels gegen das als rechtswidrig beanstandete Verhalten der Hochschule abzuwenden.

Das Urteil des OVG NRW weicht von der bisherigen Rechtsprechung, die die Durchführung von Berufungsverfahren zum Gegenstand hat, nicht ab. Es ist gleichwohl deshalb von Interesse, weil ihm sowohl für die Hochschulen als auch für Bewerber um ausgeschriebene Professorenstellen wichtige Konsequenzen zu entnehmen sind, die hohe Praxisrelevanz haben (V.).

### **II. Kein Anspruch auf Ernennung**

Wenn das OVG in den Entscheidungsgründen zunächst festgehalten hat, dass ein Bewerber grundsätzlich keinen – gebundenen – Anspruch auf Ernennung hat, so ist dies letztlich selbsterklärend, weil eine ausgeschriebene Professur, um die sich mehrere Wissenschaftlicher bewerben, nur mit einer Person besetzt werden kann. So gewährt Art. 33 Abs. 2 GG nur ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu einem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung, garantiert aber eben nicht, dass der Bewerber die Stelle auch erhält.

In Anlehnung an die zu Beförderungen von Beamten ergangene Rechtsprechung hielt das OVG einen Anspruch auf Ernennung zum Professor nur in dem Ausnahmefall für möglich, dass eine freie und besetzbare Stelle vorhanden ist, die der Dienstherr im Zeitpunkt der Entscheidung über die Bewerbung auch tatsächlich besetzen will, und er sein Ermessen dahin ausgeübt hat, dass er nur den betreffenden Beamten für den am besten Geeigneten hält.<sup>2</sup> Eine solche Konstellation ist in Berufungsverfahren praktisch kaum vorstellbar. So garantiert ein erster Listenplatz einem Bewerber noch keinen Anspruch auf Ernennung, zumal er damit rechnen muss, dass der zuständige Landesminister oder, wenn die Zuständigkeit über die Ruferteilung bei der Hochschule liegt, der Rektor bzw. Präsident vom Berufungsvorschlag abweicht und beispielsweise den Zweitplatzierten beruft.<sup>3</sup> Selbst aus einem erteilten Ruf lässt sich ein Ernennungsanspruch nicht ableiten, weil dieser wieder zurückgenommen werden kann.<sup>4</sup>

1 DÖD 2014, 304 = NWVBl 2015, 30.

2 BVerwG, Gerichtsbescheid v. 21.9.2005, 2 A 5/04, juris; BayVGh, Beschl. v. 13.12.2013, 3 ZB 09.3245, juris; VGH Hessen, Beschl. v. 7.1.1993, 1 TG 1777/92, NVwZ-RR 1993, 361.

3 Zu den Anforderungen an eine abweichende Entscheidung vgl.

VGH Hessen, Beschl. v. 7.11.1993, a.a.O.

4 Hierzu Wertheimer, OdW 2015, 148, 151 sowie F&L 2015, 636; vgl. auch BayVGh, Beschl. v. 29.4.2015, 7 CE 15.54, ZBR 2015, 319.

### III. Bewerbungsverfahrensanspruch

Wer sich auf eine ausgeschriebene Professur beruft, hat, so das OVG NRW, lediglich einen aus Art. 33 Abs. 2 GG resultierenden Bewerbungsverfahrensanspruch, also einen Anspruch auf ermessens- und beurteilungsfreie Entscheidung über seine Bewerbung. In diesem Zusammenhang gilt es zu berücksichtigen, dass der Hochschule eine besondere, durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG verfassungsrechtlich geschützte, Beurteilungskompetenz über die Qualifikation eines Bewerbers zusteht. Dass Entscheidungen einer Berufungskommission nur daraufhin überprüfbar sind, ob sie verfahrensfehlerfrei zustande gekommen sind und ob der ihnen eingeräumte Beurteilungsspielraum überschritten ist, entspricht der ständigen Rechtsprechung.<sup>5</sup>

Auf Linie der bisherigen Rechtsprechung liegt das OVG dann auch mit der Feststellung, dass der Bewerbungsverfahrensanspruch durch eine rechtsbeständige Ernennung eines Mitbewerbers erlischt.<sup>6</sup> Das gilt auch dann, wenn die Hochschule das Berufungsverfahren berechtigt abbricht.<sup>7</sup>

Bis hierher enthält die Entscheidung nichts Neues.

### IV. Anspruch auf Schadensersatz wegen unterbliebener Ernennung

Anerkannt war in der Rechtsprechung bislang auch, dass einem unterlegenen Bewerber um eine Professorenstelle, dessen Mitbewerber bereits ernannt wurde, ein Schadensersatzanspruch wegen unterbliebener Einstellung zustehen kann. Ein solcher Anspruch resultiert aus Art. 33 Abs. 2 GG iVm § 9 BeamtStG sowie der jeweiligen Vorschrift aus dem einschlägigen Landesbeamtengesetz, die die Regelungen aus Art. 33 Abs. 2 GG sowie § 9 BeamtStG aufnimmt, im streitigen Fall § 15 Abs. 3 S. 1 LBG NRW.

#### 1. Pflichtverletzung

Fehlerquellen in Auswahlverfahren bestehen reichlich.<sup>8</sup> In Betracht kommen formelle Verfahrensfehler, wie etwa die fehlerhafte Zusammensetzung einer Berufungskommission oder die Beteiligung eines befangenen Kommissionsmitglieds. Verstößt die Kommission gegen die Prinzipien des Art. 33 Abs. 3 GG, ist der Beurteilungsspielraum überschritten. Davon ist auch auszugehen, wenn

Bewerber mit nicht näher begründeten Pauschalbewertungen nicht weiter berücksichtigt werden.<sup>9</sup>

Vorliegend sah das OVG NRW die Pflichtverletzung der Berufungskommission darin, dass deren Entscheidung, den Kläger nicht zum Probevortrag einzuladen, auf unzureichender Erkenntnisgrundlage getroffen wurde. Die Kommission hatte bei der Beurteilung der fachlichen Qualifikation des Klägers dessen Beiträge für einen Strafrechtskommentar unberücksichtigt gelassen. Wird die Einbeziehung eines Bewerbers in die engere Wahl mit Zweifeln an dessen Qualifikation aufgrund der bislang erbrachten wissenschaftlichen Leistungen begründet, ist es zutreffend, einen Ermessensfehler anzunehmen, wenn vorhandene Publikationen von der Kommission nicht einbezogen worden sind. Damit ist allerdings nicht gesagt, dass jedwede Nichtberücksichtigung von Forschungsleistungen stets zu einer unzureichenden Erkenntnisgrundlage und in der Folge zu einer Überschreitung des Beurteilungsspielraums führt. Zum Beurteilungsspielraum der Berufungskommission gehört es nämlich auch festzulegen, welche Leistungen eines Bewerbers in die Beurteilung seiner Qualifikation einfließen. Ein Ermessensfehler liegt danach, insoweit ist dem OVG zu folgen, jedenfalls dann vor, soweit es sich bei den nicht berücksichtigten Leistungen um einen wesentlichen Teil der Tätigkeit des Bewerbers handelt.<sup>10</sup>

Das Besondere an der hiesigen Fallgestaltung lag darin, dass der Strafrechtskommentar, in dessen Rahmen der Kläger Kommentierungsarbeiten verfasst hatte, noch nicht erschienen war, der Verlag während des Laufs des Bewerbungsverfahrens aber bereits die Druckfreigabe erteilt hatte. Auf diese Kommentierungsarbeiten hatte der Kläger im Rahmen der eingereichten Publikationsliste auch hingewiesen. Nach Auffassung des OVG hätte der Vorsitzende der Berufungskommission den Kläger zur Überlassung des Manuskripts auffordern müssen. In diesem Unterlassen, welches in der Folge zu einer Entscheidung auf unzureichender Erkenntnisgrundlage geführt hat, sah das OVG die maßgebliche Pflichtverletzung. Im Ergebnis hat das OVG der Berufungskommission damit eine „Holschuld“ hinsichtlich der Erkenntnisgrundlage aufgebürdet. Dem ist hier zuzustimmen, weil der Kläger in seiner Bewerbung darauf hingewiesen hatte, dass die Kommentierungsleistungen erbracht wurden. Indessen wird man eine solche „Holschuld“ nicht

5 BayVGh, Beschl. v. 5.1.2012, 7 CE 11.1432, juris; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 29.3.2007, OVG 4 S 16.06, juris; *Detmer*, in: HSchR-Praxishandbuch, 2. Aufl. 2011, S. 143 (Rn. 94).

6 BVerwG, Urt. v. 29.11.2012, 2 C 6/11, ZTR 2013, 345.

7 BVerwG, Urt. v. 29.11.2012, a.a.O.; zum Abbruch vgl. OVG Schleswig-Holstein, Urt. v. 14.2.1994, 3 M 7/94, juris; OVG Kob-

lenz, Beschl. v. 9.3.1993, 2 B 11743/93, n.v.

8 Beispiele bei *Detmer*, WissR 1995, 1, 18 ff. und *Detmer*, in: HSchR-Praxishandbuch, S. 136 f. Rn. 76 ff.

9 Z.B. OVG Lüneburg, Urt. v. 11.2.1987, 2 OVG A 170/85, n.v.

10 So auch OVG NRW, Beschl. v. 26.6.2014, 6 B 294/14, juris; OVG NRW, Beschl. v. 20.12.2006, 6 B 2214/06, IÖD 2007, 38.

annehmen können, wenn sich für die Berufungskommission aus den eingereichten Bewerbungsunterlagen keine Hinweise ergeben, dass weitere wissenschaftliche Leistungen des Klägers vorhanden sind.

Aus Sicht der Berufungskommission, insbesondere dessen Vorsitzenden, folgt daraus eine erhöhte Aufmerksamkeitspflicht beim Studium der Bewerbungsunterlagen. Dieser Gedanke lässt sich auch auf andere berücksichtigungsbedürftige wissenschaftliche Leistungen eines Bewerbers übertragen. Gibt dieser beispielsweise an, Forschungsanträge auf die Bewilligung von Drittmitteln gestellt zu haben, über die zum Zeitpunkt, zu dem der Bewerber seine Unterlagen eingereicht hat, noch nicht entschieden ist, so dürfte folgendes gelten: Wurde der Antrag den Unterlagen nicht beigelegt, müsste dessen Vorlage vom Vorsitzenden der Berufungskommission erbeten werden, wenn die Thematik für die Beurteilung der Qualifikation des Bewerbers relevant sein kann. Hingegen geht die „Holschuld“ nicht soweit, dass der Kommissionsvorsitzende beim Bewerber während des Verfahrens nachfragen muss, ob der Drittmittelantrag zwischenzeitlich bewilligt wurde. Ist das der Fall, liegt die Verpflichtung beim Bewerber, den Kommissionsvorsitzenden hierüber zu informieren und den Bewilligungsbescheid nachzureichen.

## 2. Verschulden der Hochschule

Nach Auffassung des OVG hatte die beklagte Hochschule den im Berufungsverfahren begangenen Rechtsverstoß verschuldet. Angelegt wurde hierbei der allgemeine zivilrechtliche Verschuldensmaßstab des § 276 Abs. 1 BGB. Fahrlässigkeit wurde bejaht, weil die Berufungskommission bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können, dass weitere Publikationsleistungen des Klägers verfügbar sind, die zur Beurteilung seiner Qualifikation hätten herangezogen werden müssen.

Unabhängig von der vorliegenden Fallgestaltung kann sich die Frage stellen, wer die Beweislast für ein Verschulden der Hochschule zu tragen hat. Da das Verschulden zu den anspruchsbegründenden Tatsachen gehört, wäre dies der unterlegene Bewerber, der mit seiner Klage Schadensersatz geltend macht. Da der Rechtsverstoß aber aus der Sphäre der Hochschule kommt, liegt es nahe, dass das Verschulden bei feststehendem Pflichtverstoß indiziert ist. So hält es die Rechtsprechung auch bei der Amtshaftung nach § 839 Abs. 1 BGB, bei der der in Anspruch Genommene nachweisen muss, dass Umstände vorliegen, unter denen die Amtspflichtverletzung

nicht schuldhaft wäre.<sup>11</sup> Eine Orientierung an der bei § 839 BGB geltenden Beweislastverteilung erscheint konsequent, da sich das OVG auch bei der Kausalitätsfrage auf die bei der Amtshaftung geltenden Grundsätze beruft.

## 3. Kausalität

In der Entscheidung setzte sich das OVG auch mit der Kausalitätsfrage auseinander. Der Anspruch auf Schadensersatz setzt nämlich voraus, dass dem Kläger als unterlegenem Bewerber ohne den Rechtsverstoß der Berufungskommission die angestrebte Professur voraussichtlich übertragen worden wäre. Zu ermitteln ist vom Gericht der hypothetische Kausalverlauf, den das Auswahlverfahren ohne den Rechtsverstoß genommen hätte. Erkennbar nahm das OVG eine Beweislastumkehr zu Gunsten des Klägers an und ließ es ausreichen, wenn er zumindest reelle Ernennungschancen gehabt hätte, wenn also seine Ernennung ohne den schuldhaften Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG nach Lage der Dinge ernsthaft möglich gewesen wäre. Das wurde in der Folge bejaht.

Die vom OVG in Bezug genommene Rechtsprechung sieht Beweiserleichterungen bis hin zu einer Beweislastumkehr einerseits dann vor, wenn das Auswahlverfahren besonders fehlerhaft war, insbesondere wenn mehrere Verfahrensfehler begangen wurden, andererseits auch dann, wenn der Dienstherr zur Aufklärung des hypothetischen Kausalverlaufs nichts beiträgt, etwa durch umfassende Aktenvorlage.<sup>12</sup> Eine Subsumtion, ob diese Voraussetzungen vorliegend erfüllt waren, ist den Urteilsgründen dann aber nicht weiter zu entnehmen. Wenn das OVG es als ausreichend ansah, dass der unterlegene Bewerber zumindest reelle Ernennungschancen gehabt hätte, so entspricht dies einer Beweiserleichterung, während in den Gründen von einer Beweislastumkehr die Rede ist.<sup>13</sup> Hier wäre mehr Klarheit wünschenswert gewesen. Man kann deshalb nur vermuten, dass das OVG die vom BVerwG aufgestellten Kriterien für eine Beweiserleichterung bzw. Beweislastumkehr als erfüllt angesehen hat, insbesondere von einem gravierenden Verfahrensfehler ausgegangen ist.

Für die Praxis folgt daraus, dass das Risiko einer Hochschule, von einem unterlegenen Bewerber in einem Berufungsverfahren mit einem Schadensersatzanspruch überzogen zu werden, größer wird, je mehr Verfahrensfehler ihr im Auswahlverfahren unterlaufen und je schwerwiegender diese Fehler sind. Dem kann nur durch

11 So z.B. BGH, Urt. v. 28.9.2002, IX ZR 279/99, BGHZ 145, 265; Palandt/Sprau, BGB, 74. Aufl. 2015, § 839 Rn. 84.

12 BVerwG, Urt. v. 26.1.2012, 2 A 7/09, NVwZ 2012, 1477; Urt. v.

21.8.2003, 2 C 14/02, DVBl 2004, 317.

13 OVG NRW, Urt. v. 22.7.2014, a.a.O., juris Rn.56.

eine nachvollziehbare und sorgfältige Dokumentation der Kommission entgegengewirkt werden. Dann besteht nämlich die Chance darzulegen, dass der Anspruchsteller auch ohne den Rechtsverstoß nicht zum Zuge gekommen wäre.

Für die hier gegebene Konstellation, dass wesentliche Unterlagen eines Bewerbers von der Berufungskommission nicht berücksichtigt worden sind, enthält das Urteil noch einen weiteren, wichtigen Aspekt: Die Hochschule kann zur Abwendung des Schadensersatzanspruches später nicht argumentieren, die Auswertung der – im Berufungsverfahren – nicht berücksichtigten Unterlagen hätten die Vorbehalte gegen die Qualifikation des Bewerbers gestützt. Dem kann man nur zustimmen. Wäre die Hochschule mit einer solchen Argumentation zu hören, müsste sich das erkennende Gericht mit inhaltlichen Fragen der Qualifikation des Bewerbers, die durch den der Berufungskommission zugestandenem Beurteilungsspielraum gerade einer gerichtlichen Kontrolle entzogen sind, auseinandersetzen. So gesehen wendet sich der üblicherweise bestehende „Vorteil“ der beschränkten Justiziabilität bei Entscheidungen auf unzureichender Erkenntnisgrundlage im Ergebnis gegen die Hochschule.

#### 4. Unterlassene Schadensabwehr?

In Anlehnung an § 839 Abs. 3 BGB setzte sich das OVG schließlich mit der Frage auseinander, ob dem Schadensersatzanspruch des Klägers entgegensteht, dass er den Schaden nicht durch rechtzeitige Geltendmachung eines Rechtsmittels abgewendet hat. Damit ist das Problem angesprochen, zu welchem Zeitpunkt ein im Berufungsverfahren unterlegener Bewerber mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung versuchen muss, die Ernennung eines Mitbewerbers zu verhindern.

Ausgehend von dem Grundsatz, dass der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz gegen behördliche Maßnahmen oder Handlungen aus Gründen der Verfahrensökonomie grundsätzlich nachträglich gewährt wird, bestehen Ausnahmen dann, wenn bei Abwarten einer endgültigen Entscheidung wirksamer Rechtsschutz verkürzt oder versagt würde. Das ist der Fall, wenn durch die behördliche Entscheidung irreversible Fakten geschaffen werden. Vor diesem Hintergrund ist es richtig, den Rechtsschutz vorzuverlagern, allerdings nur soweit, als die Gefahr eines sich verändernden Zustandes unmittelbar bevorsteht oder konkret droht.<sup>14</sup>

In einem Berufungsverfahren kommen hierfür mehrere Fallgestaltungen in Betracht:

a) Der Bewerber wird von Anfang an nicht in die engere Wahl genommen und von der Berufungskommission zu Beginn gleich „aussortiert“.

b) Er wird – wie im Fall der OVG-Entscheidung – nicht zu den Probevorträgen eingeladen.

c) Die Berufungskommission beschließt nach den Probevorträgen und nach Vorliegen der externen Gutachten eine Liste, die den Bewerber nicht berücksichtigt.

d) Der zuständige Landesminister oder der Rektor bzw. Präsident der Hochschule erteilt einem Mitbewerber den Ruf.

e) Die Hochschule teilt dem Bewerber mit, dass das Berufungsverfahren abgeschlossen ist, er (unter Angabe der Gründe) nicht berücksichtigt wurde und der Rufinhaber in Kürze auf die ausgeschriebene Professur ernannt wird.

Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass ein Berufungsverfahren aus mehreren Teilschritten besteht, die einschließlich der Ruferteilung rechtlich unselbständig sind und keine Rechtswirkung nach außen erzeugen. Auch die Ruferteilung wird nach ständiger Rechtsprechung nicht als Verwaltungsakt eingestuft, sondern lediglich als rechtlich unbeachtliche *invitatio ad offerendum*.<sup>15</sup> Das bedeutet, und hierin besteht einer der Kernaussagen der OVG-Entscheidung, dass in den Fällen a)–d) ein Antrag des nicht berücksichtigten Bewerbers nach § 123 VwGO mangels Vorliegen eines Anordnungsgrundes scheitern würde. Erst dann, wenn die Hochschule gegenüber den abgelehnten Bewerbern die sog. Konkurrentenmitteilung überbringt, d.h. den erfolgreichen Bewerber bekannt gibt, droht durch die anstehende Ernennung die Gefahr eines sich verändernden Zustandes, durch den irreversible Fakten geschaffen werden. Dem OVG ist folglich auch in diesem Punkt zuzustimmen.

Diese Auffassung gilt auch für den Bewerber, dem zunächst ein Ruf erteilt, dieser aber durch die ruferteilende Stelle – Minister oder Rektor bzw. Präsident – spä-

<sup>14</sup> So auch die Literatur, vgl. *Schoch/Schneider/Bier*, VwGO, 2013, § 44a Rn. 3, § 123 Rn. 10, 76 ff.

<sup>15</sup> BVerwG, Urt. v. 19.2.1998, 2 C 14/97, BVerwGE 106, 187;

VG Wiesbaden, Urt. v. 20.3.1995, 8/V 844/93, NVwZ-RR 1996, 207; ausführlich *Wertheimer*, OdW 2015, 147 ff.

ter wieder zurückgenommen wurde.<sup>16</sup> Zwar ist die Rücknahme eines Rufs, im Unterschied zu seiner Erteilung, als Verwaltungsakt zu qualifizieren;<sup>17</sup> gleichwohl nimmt das Berufungsverfahren nach der Rufrücknahme seinen Fortgang und ist noch nicht formell abgeschlossen. Auch in diesem Fall ist es ausreichend, wenn der durch den Rufentzug unterlegene Bewerber den Antrag nach § 123 VwGO erst dann stellt, nachdem ihm die Konkurrentenmitteilung zugegangen ist. Ist das Rufrücknahmeschreiben mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen, muss er allerdings innerhalb der Frist des § 74 VwGO zunächst Widerspruch einlegen.

Was aber gilt, wenn die Hochschule die Konkurrentenmitteilung unterlässt, was in der Praxis durchaus vorkommt?<sup>18</sup> Zum Teil begnügen Hochschulen sich auch damit, die unterlegenen Bewerber über die Ruferteilung zu informieren, später aber nicht mehr über die bevorstehende Ernennung eines Mitbewerbers. Erfährt der unterlegene Bewerber vom Verfahrensabschluss erst, wenn der Mitbewerber bereits auf die ausgeschriebene Professur ernannt ist, kommt er mit einem Antrag nach § 123 VwGO zu spät. Dann kann ihm die Hochschule, wenn er nun Schadensersatz verlangt, nicht mehr entgegenhalten, er hätte den Schadenseintritt durch Beantragung einer einstweiligen Anordnung verhindern können.

## V. Praktische Konsequenzen der Entscheidung

Aus der Entscheidung wird – ein weiteres Mal – deutlich, welche Sorgfaltsanforderungen an die Arbeit einer Berufungskommission, letztlich an deren Vorsitzenden, gestellt werden. Mitunter kann sich für ihn die Verpflichtung ergeben, beim Bewerber vorhandene, aber nicht vorgelegte Unterlagen anzufordern; dies jedenfalls dann, wenn sie Wissenschaftsleistungen betreffen, die einen wesentlichen Teil der Tätigkeit des Bewerbers ausmachen.

Die Ausführungen des OVG zur Kausalität zwischen Rechtsverstoß und unterbliebener Ernennung zeigen auf, dass das Haftungsrisiko einer Hochschule bei einer Häufung von Verfahrensfehlern und/oder dem Vorliegen gravierender Ermessensfehler steigt. Und: Je sorgfältiger die Berufungskommission ihre Argumentation bzgl. der getroffenen Auswahl dokumentiert und diese Dokumentation im Streitfall offen legt, desto größer sind die Chancen, dass einem unterlegenen Bewerber eine Beweiserleichterung oder gar eine Beweislastumkehr zu seinen Gunsten bei der Kausalitätsfrage nicht zugute kommt.

Wichtige Hinweise gibt die Entscheidung zu den Informationspflichten einer Hochschule im Rahmen eines Berufungsverfahrens. Verfahrensrechtlich ausschlaggebend ist letztlich nur die sog. Konkurrentenmitteilung, also die Mitteilung an die unterlegenen Bewerber, warum sie nicht berücksichtigt wurden und welcher Bewerber demnächst auf die Professur ernannt wird. Für den unterlegenen Bewerber bedeutet sie, dass er jetzt erst einstweiligen Rechtsschutz gem. § 123 VwGO beantragen kann. Umgekehrt bedeutet dies, dass die Hochschule zuvor nicht zu Zwischeninformationen über den Stand des Verfahrens verpflichtet ist. Entsprechenden administrativen Aufwand kann sie sich auch sparen, indem sie für Stellenbewerber den aktuellen Stand des Berufungsverfahrens auf ihrer Homepage darstellt.<sup>19</sup> Die Konkurrentenmitteilung vermag ein solches System allerdings nicht zu ersetzen, da der Bewerber nicht verpflichtet werden kann, den Stand des Berufungsverfahrens von sich aus abzurufen.

Frank Wertheimer ist Partner der Kanzlei KRAUSS LAW in Lahr/Schwarzwald. Zuvor war er 17 Jahre im Universitätsbereich, davon über 10 Jahre in der Hochschulmedizin tätig. Zu seinen Beratungsfeldern gehört im Bereich des Arbeitsrechts auch das Hochschulrecht.

16 Zum rechtlichen Rahmen einer Rufrücknahme vgl. zuletzt Wertheimer, *OdW* 2015, 147, 150 ff m.w.N.

17 BVerwG, Urt. v. 19.2.1998, juris, Rn. 21; ebenso Wertheimer, a.a.O., S. 150.

18 Vgl. insoweit Detmer, *HSchR-Praxishandbuch*, a.a.O., S. 145 (Rn. 103).

19 Vgl. hierzu Detmer, in: *HSchR-Praxishandbuch*, a.a.O., S. 143 (Rn. 96). Ein Beispiel hierzu findet sich für die Med. Fak. der Univ. Freiburg unter <http://www.med.uni-freiburg.de/dekanat/berufungsverfahren>; vgl. auch den *Berufungsmonitor* der RWTH Aachen – zu finden auf den Internet-Seiten der RWTH Aachen.



# Benjamin Rätz

## *LL.M. in Japan: Graduiertenstudium an der Universität Nagoya*

### I. Einführung

Der „Master of Laws“ (LL.M.) erfreut sich als Postgraduierten-Abschluss großer Beliebtheit bei Juristinnen und Juristen. Ein LL.M.-Studium im Ausland kann den Erwerb spezialisierter Rechts- und Sprachkenntnisse fördern und bietet die Möglichkeit, interkulturelle Kompetenz sowie ein internationales Netzwerk aufzubauen.

Wenige deutsche Studierende absolvieren einen LL.M.-Studiengang in Japan. Dabei stellt das Land als drittgrößte<sup>1</sup> Wirtschaftsnation weltweit und wichtiger Handelspartner Deutschlands ein interessantes Ziel für deutsche Absolventinnen und Absolventen dar. Beide Länder verbindet ein intensiver wirtschaftlicher, kultureller und wissenschaftlicher Austausch. Für Juristinnen und Juristen lohnt sich eine Beschäftigung mit dem Recht Japans, welches durch eine umfassende Rezeption deutschen Zivilrechts<sup>2</sup> geprägt ist. Darüber hinaus ist der Erwerb fortgeschrittener japanischer Sprachkenntnisse wohl nur durch einen längeren Aufenthalt im Land zu bewältigen, wofür sich ein LL.M.-Studium besonders eignet.

Während viele japanische Universitäten juristische Magisterstudiengänge in der Landessprache anbieten, so ist die Zahl englischsprachiger Programme noch gering. Diese werden aktuell von der Universität Nagoya<sup>3</sup>, der Universität Kyūshū<sup>4</sup> und der Temple University<sup>5</sup> angeboten. Im Folgenden soll auf das Angebot der Universität Nagoya eingegangen werden.

Die Universität Nagoya nahm ihren Anfang im Jahr 1871 als Schule für Medizin, welche 1931 den Status einer Hochschule erhielt um dann 1939 als medizinische Fakultät in die neu gegründete Kaiserliche Universität Nagoya aufzugehen. Nach dem Zweiten Weltkrieg kam es

zu mehreren Zusammenlegungen, aus denen 1949 die heutige Universität Nagoya hervorging. Heute gehört die Universität zu den renommiertesten Hochschulen Japans und belegt regelmäßig Spitzenplätze in Rankings.<sup>6</sup> Über 16.000 Studierende, davon etwa ein Zehntel aus dem Ausland, lernen an neun Fakultäten und vierzehn Graduiertenschulen.<sup>7</sup> Fünf Nobelpreisträger stammen aus den Reihen der Universität.<sup>8</sup>

Fast alle Einrichtungen der Universität befinden sich auf dem weitläufigen Higashiyama-Campus im Osten der Stadt Nagoya. Die Stadt formt mit über 2,2 Millionen Einwohnern den Kern der nach Tokio und Osaka drittgrößten Metropolregion Japans. Nagoya ist die Hauptstadt der Präfektur Aichi im Zentrum der japanischen Hauptinsel Honshū und bietet durch seine zentrale Lage einfachen Zugang nach Tokio, Osaka und Kyoto.

### II. Das Studium

Die Graduiertenschule für Rechtswissenschaft der Universität Nagoya bietet jeweils vier Magister- und Promotionsstudiengänge an. Hiervon werden der zweijährige „LL.M. (Comparative Law) in Law and Political Science“ sowie der dreijährige „LL.D. (Comparative Law) in Law and Political Science“ in englischer Sprache angeboten. Im Folgenden soll vor allem auf die Anforderungen des LL.M.-Studiums eingegangen werden.

#### 1. Bewerbung und Finanzierung

##### a) Bewerbungsprozess

Die Universität Nagoya nimmt jährlich 35 LL.M.-Studenten auf, wobei zwanzig Studienplätze für Stipendiaten der japanischen Regierung<sup>9</sup> vorgesehen

1 Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2014, S. 653.

2 *Rahn*, Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan, 1990, S. 113.

3 LL.M. (Comparative Law) in Law and Political Science, Universität Nagoya, Nagoya, <http://law.nagoya-u.ac.jp/en/programs/> (15.8.2015).

4 LL.M. in International Economic and Business Law, Universität Kyūshū, Fukuoka, <http://www.law.kyushu-u.ac.jp/~iebl/> (15.8.2015) – s. auch *Bauer*, LL.M. Studium „International Economics and Business Law“ (IEBL) an der Universität Kyūshū, Japan, im Studienjahr 2013/2014, *ZJapanR* 38 (2014), S. 293; *Wrbka*, LL.M.-Studium an der Universität Kyushu, *ZJapanR* 19 (2005), S. 297; *Elben*, LL.M. Programm an der Universität Kyushu (Fukuoka), *ZJapanR* 7 (1999), S. 204; *Prüfer*, Bericht über das LL.M. Programm der Universität Kyushu, *ZJapanR* 1 (1995), S.127.

5 LL.M. in U.S. Law/LL.M. in Transnational Law, Beasley School of Law, Temple University, Tokio, <http://www.tuj.ac.jp/law/programs/llm-programs.html> (15.8.2015).

6 Shanghai Jiao Tong Universität, Academic Ranking of World Universities 2014, Japan, <http://www.shanghairanking.com/World-University-Rankings-2014/Japan.html> (15.8.2015).

7 2014 waren insgesamt 16.574 Studierende, darunter 1.791 internationale Studierende, an der Universität eingeschrieben, s. Universität Nagoya, Nagoya University Factbook 2014, S. 6 ff. [http://en.nagoya-u.ac.jp/about\\_nu/upload\\_images/factbook2014\\_en.pdf](http://en.nagoya-u.ac.jp/about_nu/upload_images/factbook2014_en.pdf).

8 Universität Nagoya, World Class Researchers, <http://en.nagoya-u.ac.jp/people/nobel/> (15.8.2015).

9 Dazu s. unten b) bb), S. 59.

sind. Der Bewerbungsprozess ist vor allem geprägt durch den Anspruch an potentielle Kandidaten, ein zweijähriges Graduiertenstudium sowie die Erstellung einer Master-Arbeit erfolgreich bewältigen zu können. Daher wird einerseits der Nachweis ausreichender Sprachkenntnisse und andererseits ein bereits im Zeitpunkt der Bewerbung konkretisierter Forschungsplan gefordert.

aa) Für einen Nachweis hinreichender Sprachkenntnisse genügt das von der Universität bereitgestellte Formular<sup>10</sup>, welches von einem Sprachprüfer oder einer sonst qualifizierten Person auszufüllen ist. International anerkannte Sprachzertifikate, etwa TOEFL oder IELTS, können ebenfalls eingereicht werden. Für das erforderliche Sprachniveau ist von etwa 80 Punkten im TOEFL-ibt-Test sowie von 6 im IELTS-Test auszugehen.

bb) Den Kern der Bewerbung bildet der Forschungsplan. Es mag fraglich erscheinen, ob ein solcher vor Beginn des eigentlichen Studiums zielführend für eine erfolgreiche Master-Arbeit zum Studienende ist. Dennoch wird bei der Auswahl erfolgreicher Kandidaten besonderes Augenmerk auf den Forschungsplan gelegt, da dieser Hinweise auf die sprachliche sowie akademische Kompetenz der Kandidaten geben soll. Unter Benutzung des von der Universität bereitgestellten Formulars teilt sich der Forschungsplan in zwei Abschnitte auf. Zunächst ist eine allgemeine Beschreibung des Hintergrunds sowie der akademischen Eignung der Bewerber einzureichen. Im Anschluss wird eine detaillierte Darstellung des erstrebten Forschungsthemas verlangt. Insgesamt ist hierbei ein Umfang von jeweils 1.500 Wörtern nicht zu überschreiten.

cc) Weiterhin erfordert die Bewerbung ein Empfehlungsschreiben in englischer oder japanischer Sprache sowie die allgemein üblichen Abschlusszeugnisse und Notenübersichten.

dd) Für eine erfolgreiche Bewerbung wird schließlich die frühe Kontaktaufnahme mit einem Mitglied des Professorenkollegiums der juristischen Fakultät nahegelegt.

Da sämtliche Studierenden während ihres gesamten Aufenthaltes durch eine Professorin oder einen Professor betreut werden, ist der frühe Beginn eines fachlichen Austauschs lohnenswert.

ee) Ist der Bewerbungsprozess erfolgreich verlaufen, werden die Studierenden zunächst als sogenannte Forschungsstudierende in die juristische Fakultät aufgenommen. Forschungsstudierende verbringen ein erstes Semester mit der Vorbereitung auf die vor Ort stattfindende LL.M.-Aufnahmeprüfung sowie mit der Teilnahme an japanischen Sprachkursen. Die Aufnahmeprüfung selbst besteht für das englischsprachige Programm aus einer erneuten Einreichung eines Forschungsplans sowie einem Aufnahmegespräch mit mehreren Mitgliedern des Kollegiums. Da an diesem Hindernis kaum ein Kandidat scheitert, ist dieses erste Semester vor allem als Zeit für den Erwerb japanischer Sprachkenntnisse geeignet.

#### b) Finanzierung

Die größte Hürde für ein Studienvorhaben in Japan dürfte die Finanzierung darstellen. Mit dem Studium geht eine schon rein zeitlich bedingte, aber auch immigrationsrechtliche<sup>11</sup> Beschränkung der Arbeitsaufnahme einher, sodass oft ein Stipendium oder ein Studienkredit herangezogen werden muss. Dabei unterscheidet sich Japan als Studienort nicht von anderen Universitätsstandorten. Zwar hat das Land immer noch den Ruf vergleichsweise hoher Lebenshaltungskosten, dieser beruht aber vor allem auf hohen Immobilienpreisen in der Hauptstadt Tokio.<sup>12</sup> In Nagoya werden die durchschnittlichen monatlichen Lebenshaltungskosten für Studenten auf 110.000 Yen (ca. 800 Euro)<sup>13</sup> geschätzt.<sup>14</sup>

aa) Studiengebühren: Bei der Bewerbung an der Universität Nagoya wird zunächst eine Bewerbungsgebühr von 30.000 Yen (ca. 218 Euro) fällig. Die jährlichen Studiengebühren des LL.M.-Programms betragen anschließend 535.800 Yen (ca. 3.880 Euro). Sofern man der Universität zunächst als Forschungsstudent beitrifft, ist eine Semestergebühr von 178.200 Yen (ca. 1.290 Euro) zu ent-

10 Abrufbar unter <http://www.law.nagoya-u.ac.jp/en/admissions/llm-applications/> (15.8.2015).

11 Inhaber eines Studienvisums können eine Sondererlaubnis zur Aufnahme einer Nebentätigkeit beantragen, vgl. Japanisches Amt für Immigration, Residence Procedures for Foreign Nationals, <http://www.immi-moj.go.jp/english/tetuduki/index.html> (15.8.2015).

12 Deutsche Industrie- und Handelskammer in Japan, Konten und

Lebenserhaltungskosten in Japan, <http://www.japan.ahk.de/japan-tipps/leben-in-japan/finanzen/> (15.8.2015).

13 Diese und die nachfolgenden Währungsumrechnungen basieren auf dem Tageskurs vom 15.8.2015.

14 Nagoya University Graduate School & School of Law, Prospektus 2015, S. 20, abrufbar unter <http://www.law.nagoya-u.ac.jp/en/programs/prospectus/prospectus-gsl-2015.pdf> (15.8.2015).

richten. In Ausnahmefällen kann ein Gebührenerlass beantragt werden, der nach Ermessensgrundsätzen erteilt wird.

bb) Stipendien: Der Großteil der LL.M.-Studierenden finanziert das Studium durch ein Stipendium. Weit verbreitet ist das für deutsche Interessierte vor allem in Betracht kommende Monbukagakushô-Stipendium der japanischen Regierung<sup>15</sup>. Das Stipendium lässt sowohl die Bewerbungs- als auch die Studiengebühren entfallen und deckt die Lebenshaltungskosten ab.<sup>16</sup> Eine Stipendienbewerbung ist grundsätzlich an die japanische Auslandsvertretung im Land des gewöhnlichen Aufenthaltes zu richten. In Deutschland stellt die Bewerbung beim Deutschen Akademischen Austauschdienst in Bonn eine notwendige Vorstufe dar.<sup>17</sup> Für in Japan Ansässige steht außerdem der Weg über eine direkte Bewerbung beim japanischen Bildungsministerium offen. In jedem Fall ist durch die relativ lange Vorlaufzeit des Bewerbungsverfahrens eine frühe Planung des Auslandsaufenthaltes geboten, da die entsprechenden Fristen weit vor denen der eigentlichen Universitätsbewerbung liegen.

cc) Unterbringung: Neben den gegebenenfalls anfallenden Studiengebühren stellen Mietkosten den größten Kostenpunkt dar. Während des ersten Semesters nach Ankunft in Japan stellt die Universität ein Zimmer in einem Studentenwohnheim zur Verfügung. Im Anschluss sind die Studierenden verpflichtet, selbst eine Wohnung anzumieten. Das Mietniveau in Nagoya entspricht dabei dem vieler deutscher Universitätsstädte. Die Monatsmiete für ein Einzelapartment liegt zwischen 40.000 Yen und 50.000 Yen (ca. 290-360 Euro). Eine Kautionszahlung fällt zusätzlich an. Das in Japan früher übliche sogenannte „Schlüsselgeld“, eine bei Einzug zu tätige, nicht erstattungsfähige Zahlung an den Vermieter, wird immer seltener verlangt.

## 2. Studieninhalt

### a) Lehrveranstaltungen

Um das LL.M.-Programm erfolgreich abzuschließen, müssen die Studierenden vier Semester an der Universität verbringen, Lehrveranstaltungen im Umfang von 30 Credits absolvieren sowie eine Master-Arbeit schreiben und verteidigen. Die Lehrveranstaltungen finden dabei

entweder als Vorlesungen oder als Seminare statt. Die Bewertung von akademischen Leistungen wird dabei wenig einheitlich gehandhabt und basiert vor allem auf Vorträgen und Seminarbeiträgen der Studierenden während einer Veranstaltung. Die in englischer Sprache zur Verfügung stehenden Themen umfassen die Einführung in das japanische Recht sowie zivil- und öffentlich-rechtliche Schwerpunkte. Neben den regulären Vorlesungen und Seminaren werden regelmäßig Vortragsveranstaltungen ausländischer Gastwissenschaftler sowie Seminare zu Spezialthemen angeboten. Eine Spezialisierung auf ein bestimmtes Rechtsgebiet lässt sich allerdings nicht durch eine entsprechende Auswahl an Lehrveranstaltungen realisieren, da es hierzu an einer ausreichend hohen Anzahl von englischsprachigen Angeboten fehlt. Der Besuch japanischsprachiger Vorlesungen und Seminare ist bei entsprechendem Sprachniveau möglich. Durch das vergleichsweise niedrige Credit-Erfordernis lässt sich eine Spezialisierung ohne Weiteres durch selbständiges wissenschaftliches Engagement ermöglichen. Von den 30 erforderlichen Credits sind 2 Credits für die Pflichtveranstaltung „Academic Writing I“ sowie 8 Credits für persönliche Tutorials mit der akademischen Betreuerin bzw. dem akademischen Betreuer, in denen der eigene Forschungsfortschritt besprochen wird, vorgesehen. Dadurch bleiben 20 Credits frei zu verteilen, wobei ein Credit einer Semesterwochenstunde entspricht. Das Pensum an hinreichenden Lehrveranstaltungen ist meist mit Abschluss des zweiten oder dritten Semesters erfüllt, sodass ausreichend Zeit für die Erstellung der Master-Arbeit bleibt. Diese ist meist zur Mitte des vierten Semesters in einem Umfang von etwa 20.000 Wörtern einzureichen. Unterstützt werden die Studierenden dabei von einem „Academic Writing Team“, welches Hilfestellung bei inhaltlichen und sprachlichen Fragen bietet.

### b) Zusätzliches Engagement

aa) Eigene Forschung: Ein Hauptanreiz des LL.M.-Programms mag in der Flexibilität und dem Freiraum liegen, der den Studierenden eingeräumt wird. Durch das vergleichsweise geringe Credit-Erfordernis bleibt genügend Zeit, um eigene Forschungs- und Publikationsinteressen zu verfolgen. Dabei werden die Studierenden durch die betreuenden Professorinnen und Professoren unterstützt. Das Betreuungsniveau der LL.M.-Studierenden durch die

15 Näheres unter: Botschaft von Japan in Deutschland, Stipendien der japanischen Regierung, <http://www.de.emb-japan.go.jp/aus-tausch/stipendien.html> (15.8.2015).

16 Die Höhe des Stipendiums wurde in den vergangenen Jahren mehrmals angepasst und ist sowohl vom Studierendenstatus (Forschungs-, Magister- oder Promotionsstudierende) als auch

vom Universitätsstandort abhängig. Im Jahr 2014 erhielten Studierende eines Magisterstudiengangs an der Universität Nagoya ein monatliches Stipendium von 147.000 Yen (ca. 1.065 Euro).

17 Näheres unter <https://www.daad.de/ausland/studieren/stipendium/de/70-stipendien-finden-und-bewerben/?detail=50015266> (15.8.2015).

Professorenschaft liegt oft wesentlich über dem, was an einer deutschen Hochschule üblich ist. So besteht bei entsprechendem Engagement früh die Möglichkeit, mit entsprechender Förderung an Konferenzen teilzunehmen und eigene Publikationen zu verfassen. Die persönliche Diskussion rechtlicher Fragestellungen ist jederzeit möglich und gewünscht. Die besondere Eignung des LL.M.-Programms, eigene Forschung zu ermöglichen, mag insbesondere für Kandidatinnen und Kandidaten interessant sein, die parallel ein Promotionsvorhaben an einer deutschen Universität verfolgen. Dabei stehen den Studierenden die umfangreiche Universitätsbibliothek sowie die Fakultätsbibliothek zur Seite, welche unter anderem mit zahlreichen deutschsprachigen Publikationen bestückt sind.<sup>18</sup>

bb) Moot Court: Neben dem Besuch regulärer Lehrveranstaltungen steht den Studierenden die Teilnahme an Moot-Court-Veranstaltungen frei. Die Universität Nagoya nimmt jährlich am renommierten Willem C. Vis (East) International Commercial Arbitration Moot<sup>19</sup> in Hong Kong teil, zu dem auch nationale Vorrunden gegen andere japanische Universitäten durchgeführt werden.<sup>20</sup> Darüber hinaus stellt die Universität jährlich ein Team für die Intercollegiate Negotiation Competition<sup>21</sup> in Tokio, einem internationalen Wettbewerb in Verhandlungsführung. Die Teilnahme an solchen Wettbewerben stellt eine sinnvolle Ergänzung des Auslandsstudiums dar und eröffnet den Studierenden die Möglichkeit, vertiefte Kenntnisse des Rechts der Schiedsverfahren, der Verhandlungsführung und natürlich der englischen Rechtssprache zu erwerben.<sup>22</sup>

cc) Praktika: Grundsätzlich steht es den Studierenden frei, Praktika bei Unternehmen, Rechtsanwaltskanzleien oder sonstigen Stellen zu absolvieren. Durch die regelmäßige Zusammenarbeit der Universität mit der Toyota-Unternehmensgruppe werden jährlich mehrere Kurzpraktika in verschiedenen Rechtsabteilungen ausgeschrieben, welche sich zwar auf nur ein bis zwei Wo-

chen beschränken, aber vor allem den seltenen Einblick in ein japanisches Unternehmen gewähren sollen. Viele Studierende absolvieren darüber hinaus selbstorganisierte Praktika, wobei oft ein Mindestmaß an japanischen Sprachkenntnissen zu empfehlen ist.<sup>23</sup>

#### c) Internationales

Die Universität Nagoya sticht unter den japanischen Universitäten durch die hohe Anzahl ausländischer Studierender heraus. Die Studierenden des englischsprachigen LL.M.-Studiengangs kommen fast ausschließlich aus dem Ausland. Die juristische Fakultät unterhält durch das „Center for Asian Legal Exchange“ (CALE) eigene Forschungs- und Ausbildungszentren in Usbekistan, Vietnam, Kambodscha, Myanmar, Indonesien, Laos sowie in der Mongolei, aus denen sich ein Großteil der Studierenden rekrutiert. Weitere signifikante Gruppen kommen aus der Volksrepublik China, Südkorea sowie aus Taiwan. Europäische, Australische oder Nord- und Süd-Amerikanische Studierende finden seltener den Weg nach Nagoya. Dennoch waren im Herbst 2014 insgesamt 29 Nationen an der Fakultät vertreten.<sup>24</sup> Die Präsenz von Studierenden aus den unterschiedlichsten Kulturen Asiens führt zu einem lebhaften Austausch innerhalb der Fakultät und erlaubt europäischen Studierenden eine neue Perspektive auf den eigenen Rechtskreis.

#### d) Sprachausbildung

Jedem Mitglied des LL.M.-Programms steht die Teilnahme an einem japanischen Sprachkurs frei. Dieser ist für einen erfolgreichen, langfristigen Aufenthalt in Japan als notwendig anzusehen. Dabei werden sämtliche Sprachniveaus sowohl in einem Standard-Format von fünf Semesterwochenstunden sowie in einem Intensiv-Format von zehn Semesterwochenstunden bedient. Darüber hinaus stehen Sprachkurse in anderen asiatischen sowie europäischen Sprachen zur Verfügung.

18 Die Universitätsbibliothek umfasst über 3.200.000 Bände und 2.300 Zeitschriftentitel. Die Bibliothek der juristischen Fakultät enthält über 243.000 Bände, darunter mehr als 100.000 in ausländischen Sprachen, insbesondere Deutsch und Englisch, sowie 940 japanische und 100 ausländische, insbesondere deutsche, Zeitschriftentitel. Auf dem gesamten Universitätscampus sind zahlreiche elektronische Datenbanken zugänglich, darunter Beck Online, Juris Online, LexisNexis und Westlaw International.

19 Näheres unter <http://www.cisgmoot.org> (15.8.2015).

20 Die Universität Nagoya konnte sich beim letzten Termin im Frühjahr 2015 zwei ehrenvolle Erwähnungen („honourable

mentions“) in Hong Kong sowie den ersten Platz unter den japanischen Universitäten sichern.

21 Näheres unter <http://www.negocom.jp/eng/> (15.8.2015).

22 Pröstler, Willem C. Vis Moot – mehr als ein Studentenwettbewerb, *SchiedsVZ* 2014, 248; Koch, *Prozessrechtslehre aus Anwaltsicht*, *JuS* 2000, S. 320 (323).

23 Die Deutsch-Japanische Juristenvereinigung (DJJV) e.V. bietet Hilfestellung bei der Suche nach einem Praktikumsplatz für deutsche Juristinnen und Juristen, vgl. <http://djvv.org/Deutsch/praktika.htm> (15.8.2015).

24 Nagoya University Graduate School of Law & School of Law,

### III. Fazit

Das LL.M.-Studium in Nagoya bietet die bislang noch seltene Möglichkeit, einen englischsprachigen juristischen Abschluss in Japan zu erwerben. Der rege wirtschaftliche und wissenschaftliche Austausch zwischen Deutschland und Japan wird auch in Zukunft den Bedarf an entsprechend qualifizierten Juristinnen und Juristen nicht sinken lassen. Wer an einer solchen Spezi-

alisierung einerseits und der vertieften Beschäftigung mit japanischer Kultur und Sprache andererseits interessiert ist, dem sei die Ergänzung der deutschen Juristenausbildung mit einem japanischen LL.M. der Universität Nagoya dringlichst nahegelegt.

Benjamin Rätz ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Graduiertenschule für Rechtswissenschaft der Universität Nagoya.



Philip Dylla

*Wer oder was beherrscht die Stiftung? –*

*Buchvorstellung der Dissertation*

*„Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks“*

Die Dissertation „Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks“ wurde an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg erstellt. Betreut wurde die Arbeit von Prof. Dr. Stefan J. Geibel, Maître en droit. Die Drucklegung wurde durch einen Zuschuss des Deutschen Stiftungszentrums gefördert. Die Arbeit ist im Jahr 2015 als 46. Band der Schriftenreihe zum Stiftungswesen beim Nomos Verlag erschienen.

### **I. Das Kernproblem: Wer oder was beherrscht die Stiftung?**

Die Augen von Deutschlands Stiftungsrechtlern werden sich in den kommenden Monaten und Jahren wohl verstärkt auf die Stadt Friedrichshafen richten. Dies liegt – was die Leser einer juristischen Publikation nicht überraschen wird – weniger an den reizvollen Bodenseeprovenenaden, als an einem sich anbahnenden spektakulären Rechtsstreit. Dieser betrifft die Zeppelin-Stiftung, die im Jahr 1908 vom Luftfahrtpionier Ferdinand Graf von Zeppelin gegründet wurde. Im Wesentlichen sollte die Stiftung der Luftschiffahrt sowie der Förderung weiterer Unternehmungen im Bereich der Luftfahrt dienen.<sup>1</sup> In der Stiftungssatzung wurde festgelegt, dass das Stiftungsvermögen der Stadt Friedrichshafen zufallen und zu wohltätigen Zwecken verwendet werden sollte, falls der Zweck nicht mehr erfüllbar sei.<sup>2</sup> Nach dem zweiten Weltkrieg wurde die Stiftung – nicht zuletzt auch auf das Betreiben der französischen Besatzungsmacht – auf die Stadt Friedrichshafen übertragen. Die Stiftung wurde als selbstständige privatrechtliche Stiftung aufgelöst und

besteht seitdem als eine rechtlich unselbstständige Gemeindestiftung der Stadt Friedrichshafen.<sup>3</sup> Als solche hält die Stiftung unter anderem mehr als 90 Prozent der Anteile an der ZF Friedrichshafen AG, sie finanziert soziale und kulturelle Projekte der Stadt Friedrichshafen und unterstützt unter anderem auch die Zeppelin-Universität und das Zeppelin-Museum.<sup>4</sup> Der sich anbahnende Rechtsstreit rührt daher, dass der Urenkel des Stiftungsgründers, Albrecht Graf von Brandenstein-Zeppelin, die Forderung erhebt, die Stiftung müsse als rechtsfähige Stiftung wieder eingesetzt werden. Zudem müsse dem historischen im Stiftergeschäft niedergelegten Stifterwillen – und damit dem Zweck „Förderung der Luftfahrt“ – Geltung verschafft werden.<sup>5</sup> Mit der Rückumwandlung der Stiftung könnte nach den Plänen des Zeppelin-Nachfahren eine Hochschule der Luft- und Raumfahrtforschung errichtet werden.<sup>6</sup>

Die Frage, wer in der Zeppelin-Stiftung künftig das Sagen haben wird, beziehungsweise welcher Wille, welches Interesse als Leitgedanke für das Stiftungshandeln anzusehen ist, sorgt bereits für ein erhebliches Aufsehen. Die Rede ist von einem Fall, der Rechtsgeschichte schreiben werde,<sup>7</sup> von einem Streit, der Friedrichshafen bedrohe<sup>8</sup> sowie davon, dass der Zeppelin-Urenkel der Stadt den Krieg erklärt habe.<sup>9</sup> Der Friedrichshafener Fall verdeutlicht die Grundproblematik von Stiftungen. Sie sind mitgliederlose Organisationen, die auf eine grundsätzlich ewig anhaltende Verfolgung eines ihnen vom Stifter verliehenen Zwecks angelegt sind. Vor allem nach dem Ableben des Stifters, nach politischen, gesellschaftlichen und technischen Veränderungen sind Konflikte über das

1 Der Stiftungszweck ist z.B. abgedruckt bei Oellers, in: Zeppelin 1908 bis 2008, Stiftung und Unternehmen, 2008, S. 31, 49.

2 Fuchsloch, Das Erbe des Grafen, in: Schwäbische Zeitung vom 1.10.2015, S. 3; siehe auch: [www.badische-zeitung.de/suedwest-1/der-urenkel-will-beim-verteilen-der-millionen-mitredden--113144640.html](http://www.badische-zeitung.de/suedwest-1/der-urenkel-will-beim-verteilen-der-millionen-mitredden--113144640.html) [abgerufen am 1.11.2015].

3 Fuchsloch, Das Erbe des Grafen, in: Schwäbische Zeitung vom 1.10.2015, S. 3; Grupe/Hennings/Range, Machtkampf um die Stiftung, in: Schwäbische Zeitung vom 25.9.2015, S. 3; siehe auch: [www.die-stiftung.de/news/nachfahren-wollen-rechtsform-der-zeppelin-stiftung-aendern-49026](http://www.die-stiftung.de/news/nachfahren-wollen-rechtsform-der-zeppelin-stiftung-aendern-49026) [abgerufen am 1.11.2015]; ausführlich zur Geschichte der Zeppelin-Stiftung: Oellers/Semmler, Der Graf und die Stiftung, Der Friedrichshafener Zeppelin-Pfad, 2008, S. 12 ff., 20 ff., 57 ff.; Oellers (S. 46 ff.) / Waibel (S. 131 ff.) / Tholander (S. 204, 219 ff.) / Semmler (S. 249 ff.), in: Zeppelin 1908 bis 2008, Stiftung und Unternehmen, 2008.

4 Grupe/Hennings/Range, Geschäftsgrundlage in Gefahr, in: Schwä-

bische Zeitung vom 25.9.2015, S. 3; siehe auch: [www.badische-zeitung.de/suedwest-1/der-urenkel-will-beim-verteilen-der-millionen-mitredden--113144640.html](http://www.badische-zeitung.de/suedwest-1/der-urenkel-will-beim-verteilen-der-millionen-mitredden--113144640.html), [abgerufen am 1.11.2015].

5 Grupe/Hennings/Range, Geschäftsgrundlage in Gefahr, in: Schwäbische Zeitung vom 25.9.2015, S. 3; Range, Die Zeppelin-Stiftung schreibt Rechtsgeschichte, in: Schwäbische Zeitung vom 30.9.2015, S. 7.

6 Grupe/Hennings/Range, Geschäftsgrundlage in Gefahr, in: Schwäbische Zeitung vom 25.9.2015, S. 3; siehe auch: [www.badische-zeitung.de/suedwest-1/der-urenkel-will-beim-verteilen-der-millionen-mitredden--113144640.html](http://www.badische-zeitung.de/suedwest-1/der-urenkel-will-beim-verteilen-der-millionen-mitredden--113144640.html), abgerufen am [1.11.2015].

7 Range, Die Zeppelin-Stiftung schreibt Rechtsgeschichte, in: Schwäbische Zeitung vom 30.9.2015, S. 7.

8 Gruppe/Hennings/Range, Streit um Stiftung bedroht Friedrichshafen, in: Schwäbische Zeitung vom 25.9.2015, S. 1.

9 Fuchsloch, Das Erbe des Grafen, in: Schwäbische Zeitung vom 1.10.2015, S. 3.

richtige Stiftungshandeln alles andere als unüblich. Eventuell sind derartige Konflikte gelegentlich sogar nötig, damit sich die Entscheidungsträger von Neuem der relevanten Stiftungsaufgaben bewusst werden.

## II. Der Stiftungszweck als entscheidendes rechtliches Kriterium

Von entscheidender Bedeutung für die Entscheidungen der Stiftungsorgane und die Kontrolltätigkeit der Stiftungsaufsicht ist die Funktion des Stiftungszwecks. Der Stiftungszweck ist als rechtliches Strukturmerkmal der selbstständigen privatrechtlichen Stiftung in §§ 80, 81 BGB normiert. Der Stifter bestimmt den Stiftungszweck im Stiftungsgeschäft, dem Gründungsakt einer Stiftung. Das Gründen der Stiftung ist ein privatautonomer, verfassungsrechtlich durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützter Akt. Trotz der weitreichenden Konsequenzen dieses Gründungsaktes ist das Stiften – und damit gerade auch die Bestimmung eines Stiftungszwecks – als verfassungsrechtlich geschützter Rechtsakt anzuerkennen. Denn die Privatautonomie schützt jedes aus freiem Willen geschlossene Rechtsgeschäft und kennt keine Ausnahme bezüglich der Gründung juristischer Personen – auch nicht hinsichtlich der mitgliederlosen Stiftung.<sup>10</sup> Der Stiftungszweck ist als Strukturmerkmal einer privaten juristischen Person nicht mit den subjektiven Ideen und Interessen des Stifters gleichzusetzen.<sup>11</sup> Der Stiftungszweck ist objektiv auszulegen. Denn der Stifter hat sich bei einer privatrechtlichen Stiftung gerade für die Gründung einer mitgliederlosen, unabhängig vom Stifter fortwirkenden juristischen Person entschieden.<sup>12</sup>

## III. Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks

Die hier vorgestellte Dissertation ist der Zielsetzung entspringen, genauere dogmatische Feststellungen über die Funktion des Stiftungszwecks bei einer selbstständigen

privatrechtlichen Stiftung gemäß §§ 80 ff. BGB zu treffen. Zwar war es vor der Veröffentlichung der Arbeit im Stiftungsrecht kein Geheimnis, dass der Stiftungszweck – insbesondere in Anbetracht der Mitgliederlosigkeit der Stiftung – eine herausgehobene Rolle haben muss. Charakterisiert wird er als die „Seele“<sup>13</sup> oder das „Herzstück“<sup>14</sup> der Stiftung. Etwas weniger metaphorisch ist die Beschreibung des Stiftungszwecks durch *Rawert* als das identitätsbildende Merkmal der Stiftung, welches die Leitlinien ihrer Tätigkeit bestimmt.<sup>15</sup> Der Autor ist jedoch beim Verfassen der Dissertation zu der Überzeugung gelangt, dass die Funktion des Stiftungszwecks genauer erfasst werden muss. Denn nur hierdurch können präzise Schlüsse gezogen werden, welche Implikationen für das Stiftungshandeln aus dem Zweck folgen und welche nicht.<sup>16</sup>

Grundthese der Dissertation ist, dass der Stiftungszweck eine Weisungsfunktion hat; dass der Stiftungszweck innerhalb der Handlungsorganisation der Stiftung eine Rolle hat, wie sie bei einer GmbH den Weisungen der Gesellschafter an die Geschäftsführung zufällt. Hieraus ergeben sich Folgepflichten der Stiftungsorgane, die zu einer optimalen dauerhaften Zweckverfolgung verpflichtet sind. Eine Verfolgung zweckfremder Interessen ist somit ausgeschlossen.<sup>17</sup> Dadurch lässt sich die These *Schwinteks* bestätigen, dass der Stiftungszweck als das „Vollzugsorgan der Stiftung“ angesehen werden kann.<sup>18</sup>

Zur dogmatischen Herleitung der Weisungsfunktion des Stiftungszwecks stützt sich der Autor zunächst darauf, dass die bürgerlich-rechtliche Stiftung eine juristische Person ist.<sup>19</sup> Anzuknüpfen ist an das heute herrschende rechtstechnische Verständnis der juristischen Person, welches von *John* begründet wurde. Danach ist die juristische Person ein eigenständiger Rechtsträger, der eine eigene Handlungsorganisation, einen eigenen Haftungsverband und eine eigene Identitätsausstattung mit eigenem Namen und Sitz hat.<sup>20</sup> Der Stiftungszweck

10 Siehe hierzu *Dylla*, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 40 ff.

11 Siehe *Dylla*, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 46 ff.

12 Siehe *Dylla*, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 78 ff. Ebenfalls für einen objektiven Auslegungsmaßstab: *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, 2010, § 85, Rn. 7; *Weitemeyer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., 2015, Rn. 7. *Weitemeyer* geht davon aus, dass die Stiftungssatzung Normcharakter hat. Diese Ansicht teilt der Autor nicht, sondern leitet den objektiven Auslegungsmaßstab aus der freiwilligen rechtsgeschäftlichen Stiftungsgründung her. Für eine subjektive Auslegung unter Beachtung eines objektiven Empfängerhorizonts empfangsbereiter und – bestimmter Personen hingegen: *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, 2006, S. 193 ff.; *Hof*, in: v. Campenhausen/Richter, Stiftungsrechtshandbuch, 2014, § 7, Rn. 18 ff.

13 *Nissel*, in: Werner/Saenger, Stiftungsrecht, 2008, Kap. VI, Rn. 207; *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, 2010, vor § 80, Rn. 5; *Happ*, Stifterwille und Zweckänderung, 2007, S. 9; *Nietzer/Stadie*, NJW 2000, S. 3457.

14 *Hof*, in: v. Campenhausen/Richter, Stiftungsrechtshandbuch, 2014, § 7, Rn. 1.

15 *Rawert*, in: Hopt/Reuter, Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 109, S. 115.

16 *Dylla*, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 23 f., S. 38.

17 *Dylla*, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 56 ff.

18 *Schwintek*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen bürgerlichen Rechts, 2001, S. 123.

19 *Dylla*, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 49 ff.

20 *John*, Die organisierte Rechtsperson, 1977, S. 72 ff., S. 115 ff.

muss folglich ein eigenständiger – von außerhalb der Stiftung liegenden Umständen unabhängiger – Bestandteil der Handlungsorganisation der Stiftung sein.<sup>21</sup> Er muss zudem aber auch als Ergebnis eines privatautonomen Organisationsaktes des Stifters verstanden werden, welcher gemäß Art. 2 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützt ist.<sup>22</sup> Da der privatautonome Akt des Stiftens auf die Gründung einer mitgliederlosen Rechtsperson gerichtet ist, kann auf eine Weisungsfunktion des Stiftungszwecks geschlossen werden.<sup>23</sup> Eine Weisungsfunktion des Stiftungszwecks kompensiert es, dass der Stifter nicht wie ein Gesellschafter über Weisungsrechte oder sonstige Einwirkungsrechte das Geschehen der Stiftung beeinflussen und seine Grundrechtsposition als Gründer der Stiftung bewahren kann. Der Stiftungszweck kann damit als die einzige Weisung des Stifters verstanden werden. Durch die Weisungsfunktion des Zwecks ist letzterer ein Scharnier zwischen dem einmalig im Stiftungsgeschäft erklärten Willen des Stifters und der nach der Anerkennung grundsätzlich nicht mehr veränderbaren Handlungsorganisation der Stiftung.<sup>24</sup> Der weisungsgebende Stiftungszweck muss stets im Zusammenhang mit dem dauerhaften – im Grundsatz auf ewige Existenz angelegten – Charakter der Stiftung gesehen werden. Die Weisungsfunktion muss so verstanden werden, dass sie auf die bestmögliche dauerhafte Zweckerfüllung gerichtet ist; umgekehrt muss die Stiftung dauerhaft so ausgestattet und ausgerichtet sein, dass tatsächlich auch eine fortwährende Zweckverfolgung erfolgen kann.

#### IV. Die Konsequenzen der Weisungsfunktion

Wenn die Frage, welche genaue Funktion des Stiftungszwecks auszumachen ist, Ausgangspunkt der Dissertation war, drängt sich, nachdem der Autor eine Weisungsfunktion des Stiftungszwecks hergeleitet hat, die Frage nach der Bedeutung dieser Funktion für einzelne Rechtsfragen im Stiftungsrecht auf. Ist die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks ein Erkenntnisgewinn mit praktischen Konsequenzen oder ein bloßes theoretisches Glasperlenspiel?

##### 1. Folgepflichten der Stiftungsorgane

Praxisrelevant sind zunächst die auf eine bestmögliche Umsetzung gerichteten Folgepflichten der Stiftungsorga-

ne. Hier zeigt sich eine klare Handlungsanweisung, die keinen Spielraum für die Einbringung zweckfremder Belange in die Stiftung lässt. Für die Stiftungsorgane zeigt die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks – möge es noch so viele Interessen außenstehender Person geben – eines auf: Die Stiftung wird nicht von einer Person beherrscht, sondern von dem ihr vom Stifter verliehenen Zweck.

##### 2. Bedeutung für Voraussetzungen zur Zulässigkeit des Zwecks

Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks trägt zudem zum Verständnis und zur genaueren Definition derjenigen gesetzlichen Voraussetzungen bei, welche hinsichtlich der Zulässigkeit von Stiftungszwecken bestehen.<sup>25</sup> So lässt sich die Anforderung eines hinreichend bestimmten Stiftungszwecks dahingehend definieren, dass der Stiftungszweck so präzise sein muss, dass von ihm eine Richtungsweisung ausgehen kann; die bloße Nennung allgemeiner Oberbegriffe wie „Sport“ oder „Kunst“ genügt dem Bestimmtheitsgebot nicht.<sup>26</sup> Außerdem ist die Weisungsfunktion aber auch beim zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot gemäß § 19 AGG relevant. Denn § 3 Abs. 5 AGG untersagt die Anweisung zu einer Benachteiligung. Hat ein Stiftungszweck einen diskriminierenden Charakter, so weist er gemäß § 3 Abs. 5 AGG zu einer Diskriminierung an und ist daher gemäß § 134 BGB iVm § 21 Abs. 4 AGG nichtig.<sup>27</sup>

##### 3. Verhältnis von Zweck und sonstigen Regelungen der Stiftungssatzung

Eine Frage, die sich in Folge der Weisungsfunktion des Stiftungszwecks aufdrängt, betrifft die Funktion der sonstigen Regelungen der Stiftungssatzung und deren Rangverhältnis gegenüber dem Zweck. Die weiteren Bestimmungen der Satzung haben keine Weisungsfunktion. Wie auch bei den Satzungen von Gesellschaften geben sie den Rahmen vor, in welchem der Zweck zu erreichen ist.<sup>28</sup> Auch bei der Bestimmung dieses Handlungsrahmens gilt die Privatautonomie des Stifters. Daher müssen die sonstigen Bestimmungen der Stiftungssatzung auch nicht zwingendermaßen auf eine optimale Zweckerfüllung zugeschnitten sein.<sup>29</sup> Aufgrund des in § 80 Abs. 2 BGB erfassten Grundsatzes der dauernden und nachhaltigen Zweckerfüllung – welches auf die dauerhafte Erhaltung der Wirksamkeit des wei-

21 Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 51 f.

22 Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 52 f.

23 Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 53 ff.

24 Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 56.

25 Siehe Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 87 ff.

26 Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 87 ff.

27 Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 118 ff.

28 Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 61 ff.

29 A.A.: Reuter, NZG 2005, S. 649 ff.

sungsgebenden Stiftungszwecks gerichtet ist – muss jedoch stets ein förderndes Verhältnis zum Stiftungszweck gegeben sein.<sup>30</sup> Dieser Maßstab kann in der Praxis insbesondere bei den Regelungen des Stiftungsgeschäfts zur Vermögensverwaltung relevant werden, welche hinsichtlich einer dauerhaften Zweckverfolgung wirtschaftlich sinnvoll gestaltet sein müssen.<sup>31</sup>

#### 4. Durchsetzung der Weisungsfunktion und Haftung der Organwalter

Handelt ein Stiftungsorgan der Weisungsfunktion des Stiftungszwecks zuwider, so kommt einerseits ein Eingreifen der behördlichen Stiftungsaufsicht und andererseits eine Haftung der Organwalter gemäß § 280 Abs. 1 BGB in Betracht. Hier ist beispielsweise an Fälle risikoreicher Vermögensanlageentscheidungen zu denken, die eine dauerhafte Zweckverfolgung gefährden können.<sup>32</sup> Ein Dilemma liegt für die Stiftungsorgane darin, dass der Weg der bestmöglichen Zweckverfolgung nicht stets eindeutig vor Augen liegt. In der Vorstandspraxis ist es erforderlich, verschiedene Handlungsvarianten zu diskutieren und Prognoseentscheidungen zu treffen. Bei der Überprüfung des Organhandelns ist daher die ex ante Perspektive zu wahren. Liegt danach kein evidentes Fehlverhalten vor, muss sich die Überprüfung darauf beschränken, ob das Entscheidungsverfahren des Stiftungsorgans ordnungsgemäß war.<sup>33</sup> Aufgrund der erforderlichen ex ante Perspektive ist es bezüglich der Haftung von Stiftungsorganen auch sinnvoll, den Rechtsgedanken der in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kodifizierten business judgement rule auf das Stiftungsrecht zu übertragen.<sup>34</sup> Gemäß dieser Vorschrift liegt eine Pflichtverletzung nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.

#### 5. Grenzen der Gestaltungsfreiheit des Stifters

Ein wesentlicher Bezugspunkt der hier vorgestellten Dissertation sind die Aussagen, welche sich aus der Weisungsfunktion des Stiftungszwecks für die Gestaltungsfreiheit des Stifters und deren Grenzen ableiten lassen.<sup>35</sup> Hinsichtlich der Gestaltungsfreiheit bei Stiftungen hat in der wissenschaftlichen Diskussion vor allem die Habilitationsschrift von *Burgard* für Aufsehen gesorgt.<sup>36</sup> *Burgard* ist der Ansicht, dass auch der bürgerlich-rechtlichen Stiftung gemäß §§ 80 ff. BGB eine korporative Struktur insofern verliehen werden könne, dass sich die Willensbildung der Stiftung „als eine von dem Willen der Beteiligten getragene Interessengemeinschaft und nicht stiftungstypisch als Instrument zur Verewigung des Stifterwillens“ darstellen könne.<sup>37</sup> Damit stellt sich *Burgard* gegen die herrschende Auffassung, die in derartigen Gestaltungen einen Widerspruch zur erforderlichen Grundstruktur und den Typus von Stiftungen sieht.<sup>38</sup> *Burgard* trifft durchaus einen Schwachpunkt der herrschenden Meinung, wenn er darauf verweist, dass typologischen Argumentationen nicht zwingend zu folgen ist; aus dem Gesellschaftsrecht sind „untypische“ – aber zulässige – Konstellationen bekannt (z.B. die GmbH & Co. KG).<sup>39</sup> Dennoch ist die Einrichtung von Stiftungsorganen, deren Organwalter nach ihrem freien Willen die Richtlinien der Stiftung bestimmen, unzulässig.

Die herrschende Meinung gelangt zu dem rechtsdogmatisch richtigen Ergebnis. Der Grund dafür liegt nach der Überzeugung des Autors in der Weisungsfunktion des Stiftungszwecks. Denn die Weisungsfunktion würde durch autonom entscheidende Stiftungsorgane durchbrochen werden. Da die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks ein aus dem Charakter als juristische Person, aus der Mitgliederlosigkeit und der Stifterfreiheit bei der Stiftungsgründung herzuleitendes Strukturmerk-

30 *Dylla*, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 155 ff.; hingegen für ein völlig gleichstufiges Verhältnis von Stiftungszweck und sonstigen Bestimmungen der Stiftungssatzung: *Scholz/Langer*, Stiftung und Verfassung, 1990, S. 15 ff.

31 Siehe *Dylla*, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 173 ff.

32 Siehe BGH, Urteil vom 20.11.2014 – III ZR 509/13, NZG 2015, S. 38 ff. Eine Haftung kann bei einer falschen Anlageentscheidung auch die Berater der Stiftung treffen; siehe OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 28.1.2015 – 1 U 32/13, NZG 2015, S. 600 ff.

33 *Dylla*, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 186 ff.; zur sorgfältigen Entscheidung bei der Zweckbefolgung: *Schwintek*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen bürgerlichen Rechts, 2001, S. 131 ff.

34 *Dylla*, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 195 f. (dort weitere Nachweise); ausführlich zur Anwendung der business judgement rule im Stiftungsrecht: *Gollan*, Vorstandshaftung in der Stiftung, 2009, S. 267 ff.

35 *Dylla*, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 206 ff.

36 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, 2006, S. 1 ff.

37 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, 2006, S. 668 f. In eine ähnliche Richtung weisen die von einer rechtsvergleichenden Betrachtung ausgehenden Arbeiten von *Hippels* und *Schlüters*: Siehe von *Hippel*, Grundprobleme von Nonprofit-Organisationen, 2007, S. 421 ff.; *Schlüter*, Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung, 2004, S. 256 f.

38 Siehe *Wiesner*, Korporative Strukturen bei der Stiftung bürgerlichen Rechts, 2012, S. 37 ff.; *Hüttemann/Rawert*, in: *Staudinger*, § 85, Rn. 9 ff.; *Rawert*, in: *Festschrift für Hans-Joachim Priester zum 70. Geburtstag*, 2007, S. 649 ff.; *Reuter*, AcP 207 (2007), 1, S. 6 ff.; *Happ*, Stifterwille und Zweckänderung, 2007, S. 42 ff.; *Jacob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 209 f.; *Flume*, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, I/2 Die juristische Person, S. 131; *Muscheler*, ZSt 2003, S. 67, 77.

39 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, 2006, S. 675 ff.

mal ist, darf sie auch durch Gestaltungen des Stifters nicht ausgehebelt werden. Die Stiftungsgründung ist nämlich eine bewusste Entscheidung des Stifters für die in den §§ 80 ff. BGB mitgliederlose juristische Person. Ein Stifter muss sich vor der Stiftungserrichtung der Konsequenzen seiner Entscheidung bewusst sein.<sup>40</sup> Ist – anders als bei *Burgard* – aber mit der Schaffung korporativer Strukturen lediglich gemeint, dass Beratungs- oder Mitwirkungsorgane geschaffen werden (z.B. bei Bürgerstiftungen), so steht dem die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks nicht entgegen, so lange das jeweilige Organ zweckgebunden und nicht autonom handelt.<sup>41</sup>

#### 6. Änderungen von Stiftungszweck und anderen Regelungen der Stiftungssatzung

Von erheblicher Bedeutung war bei der hier vorgestellten Arbeit zudem die Frage, welche Möglichkeiten bestehen, den Zweck oder sonstige Bestimmungen der Stiftungssatzung zu ändern. Neben dem sehr restriktiven § 87 BGB (Fälle der Unmöglichkeit und der Gefährdung des Gemeinwohls) bestehen zu Änderungen des Stiftungszwecks Regelungen in verschiedenen Landesstiftungsgesetzen (z.B. § 6 StiftG BW). Der herrschenden Ansicht ist jedoch darin zu folgen, dass § 87 BGB hinsichtlich einer Zweckänderung durch die Stiftungsaufsicht von Amts wegen als abschließendes Bundesrecht anzusehen ist, welches die landesrechtlichen Normen verdrängt.<sup>42</sup> Unter Heranziehung der Weisungsfunktion des Stiftungszwecks sieht der Autor neben den Fällen des § 87 BGB eine Zweckänderung auch dann als möglich an, wenn im Stiftungsgeschäft der Fall und der Weg einer solchen Zweckänderung vorgezeichnet sind.<sup>43</sup> Als gesetzesnormativer Anknüpfungspunkt für eine solche Zweckänderung kann mit *Nissel*<sup>44</sup> § 81 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 BGB angesehen werden. Die Änderungsbestimmung ist selbst als ein Teilbestandteil des weisungsgebenden Stiftungszwecks anzusehen, der unter den gegebenen Umständen zu einer Änderung der Stiftungstätigkeit anweist.<sup>45</sup> Eine Änderung sonstiger Bestimmungen der Stiftungssatzung kann einerseits beim Eintreffen von in der Satzung selbst geregelten Voraussetzungen erfolgen, solange die Zweckbindung des Stiftungshandelns gewahrt bleibt. Andererseits muss eine solche Änderung

auch stets dann möglich sein, wenn die zu ändernde Regelung der Stiftungssatzung in keinem fördernden Verhältnis mehr zum Stiftungszweck steht.<sup>46</sup>

#### 7. Relevanz der Weisungsfunktion für Außenrechtsverhältnisse der Stiftung

Ein Kapitel der hier vorgestellten Dissertation behandelt die Bedeutung der Weisungsfunktion des Stiftungszwecks für die Rechtsverhältnisse der Stiftung zu anderen natürlichen oder juristischen Personen.<sup>47</sup> Hierzu muss beachtet werden, dass die Weisung des Stiftungszwecks, wie auch beispielsweise eine Weisung eines GmbH-Geschafters an die Geschäftsführung, im Innenverhältnis wirkt. Eine unmittelbare Außenwirkung kann ihr nicht entnommen werden; eine Bedeutung des Stiftungszwecks kann aber in einem Schuldverhältnis (z.B. einem Arbeitsverhältnis oder einer Zustiftungsvereinbarung) erfasst werden. Vor dem Hintergrund der primären Wirkung des weisungsgebenden Stiftungszwecks im Innenverhältnis ist die Auffassung des BGH durchaus kritikwürdig, wonach der Stiftungszweck und nicht ein Schenkungsvertrag der Rechtsgrund sei, wenn eine Stiftung zur Erfüllung ihres Stiftungszwecks einen Finanzierungsvertrag mit einem Destinatär schließt.<sup>48</sup> Hier hat der BGH aus der Sicht des Autors die Reichweite des Stiftungszwecks überspannt. Denn auch im Beispiel einer von den Gesellschaftern einer GmbH angelegten Werbegeschenkaktion ist nicht die Gesellschafterweisung sondern ein Schenkungsvertrag Rechtsgrund für das Behaltendürfen des Werbegeschenks.<sup>49</sup>

#### 8. Bedeutung für das Gemeinnützigkeitsrecht

Im abschließenden Teil der Dissertation befasst sich der Autor mit der Bedeutung der Weisungsfunktion des Stiftungszwecks für das Gemeinnützigkeitsrecht.<sup>50</sup> Aus Sicht des Autors kann die Annahme einer Weisungsfunktion des Zwecks mit den gemeinnützigkeitsrechtlichen Bestimmungen der Abgabenordnung gut in Einklang gebracht werden. Die Weisungsfunktion vereinfacht sogar die Einhaltung gemeinnützigkeitsrechtlicher Grundsätze wie der Selbstlosigkeit und Ausschließlichkeit gemäß §§ 55 f. AO.<sup>51</sup> Für den Autor noch offene Fragen bestehen bezüglich der dogmatischen Einordnung

40 Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 212 ff.

41 Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 215 ff.

42 Happ, Stifterwille und Zweckänderung, 2007, S. 138 ff.; Nissel, in: Werner/Saenger, Stiftungsrecht, 2008, Kap. VI, Rn. 237; Hüttemann/Rawert, in: Staudinger, 2010, § 87, Rn. 4.

43 Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 222 ff. Zu einer erforderlichen Vorzeichnung einer Zweckänderung im Stiftungsgeschäft siehe auch Muscheler, ZERB 2005, S. 4, 7 ff., der die erbrechtlichen Grundsätze des § 2065 Abs. 2 BGB überträgt.

44 Nissel, in: Werner/Saenger, Stiftungsrecht, 2008, Kap. VI, Rn. 235.

45 Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 225 f.

46 Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 230 ff.

47 Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 233 ff. (5. Kapitel).

48 BGH, Urteil vom 7. 10. 2009 – Xa ZR 8/08, NZG 2009, S. 1433 ff.

49 Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 253 f.

50 Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 267 ff.

51 Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 271 f.

von § 56 Nr. 6 AO. Hier spricht er sich für die Annahme eines ausnahmsweise von der Abgabenordnung zugelassenen Nebenstiftungszwecks aus.<sup>52</sup>

## V. Der weisungsgebende Stiftungszweck in der Rechtspraxis – der Fall Zeppelin

Ziel der hier vorgestellten Dissertation ist es, einen Beitrag zur Erforschung und Diskussion der rechtsstrukturellen Grundlagen des Stiftungsrechts zu leisten. Das Gründen der rechtsfähigen Stiftung gemäß §§ 80 ff. BGB ist aus sozialer und rechtlicher Sicht eine außergewöhnliche Entscheidung. Durch das Gründen einer auf Dauer angelegten juristischen Person ohne jegliche Mitglieder ist das Stiften meist eine Entscheidung mit weit über den Tod des Stifters hinausragenden Wirkungen. Diese Wirkungen werden wegen der Weisungsfunktion des Stiftungszwecks erzielt. Dies ist nicht für jeden potentiellen und aktuellen Stifter attraktiv, da auch der lebende Stifter nach der Stiftungsgründung den objektiv auszulegenden Stiftungszweck nicht mehr verändern und in seine Weisungswirkung eingreifen kann. Die Entscheidung für eine Gründung einer selbstständigen privaten Stiftung sollte daher nicht leichtfertig – etwa nur wegen des gesellschaftlichen Prestiges des Stifters – erfolgen. Derjenige aber, der an der konsequenten Verwendung von Stiftungsmitteln für einen bestimmten Zweck interessiert ist, findet gerade in der bürgerlich-rechtlichen Stiftung mit ihrem weisungsgebenden Stiftungszweck eine reizvolle Gründungsmöglichkeit. Denn die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks führt zu einer – in anderen Rechtsformen nicht zu erreichenden – Beständigkeit des Stiftungshandelns. Die Wahlmöglichkeit für oder gegen die vom weisungsgebenden Zweck angetriebene Stiftung gemäß §§ 80 ff. BGB ist insbesondere in Zeiten rasch wechselnder politischer und sozialer Trends reizvoll. Weniger reizvoll für die betroffenen Entscheidungsträger sind die Konfliktsituationen, die hinsichtlich des korrekten Umgangs mit dem Stiftungszweck auftreten können. Der eingangs berichtete Fall der Friedrichshafener Zeppelin-Stiftung ist hierfür ein gutes Beispiel. Einerseits ist der Fall für die Stadt Friedrichshafen besorgniserregend; neben dem städtischen Haushalt in Höhe von 307 Millionen Euro stellten für das Jahr 2015 Stiftungsgelder der Zeppelin-Stiftung einen ausgegliederten Posten von 94 Millionen Euro dar.<sup>53</sup> Andererseits ist der

Vorwurf des Urenkels des Stiftungsgründers, dass der wahre Stiftungszweck nicht befolgt werde, in Anbetracht der Weisungsfunktion des Stiftungszwecks schwerwiegend.

### 1. Missachtung der Weisungsfunktion des Stiftungszwecks?

Der aktuelle Streit über die Friedrichshafener Zeppelin-Stiftung – genauer gesagt die darüber aus der Presse bekannten Tatsachen – legen nahe, dass es auf eine genaue Betrachtung des konkreten Stiftungszwecks und dessen Funktion innerhalb der Stiftung ankommen wird. Die Auffassung Albrecht Graf von Brandenstein-Zepplins, dass der Stiftungszweck – Förderung der Luftschiffahrt und der weiteren Luftfahrt – nicht hätte aufgegeben werden dürfen, ist jedenfalls zunächst durchaus nachvollziehbar. Denn ein Stiftungszweck muss wegen seiner Weisungsfunktion konsequent verfolgt werden. Einen Automatismus, dass der Zweck in Krisenzeiten nicht mehr befolgt werden muss und abgeändert werden kann, gibt es nicht.

### 2. Möglichkeit der Zweckänderung / Umwandlung?

Demgegenüber bestehen allerdings Möglichkeiten der Zweckänderung. § 87 Abs. 1 BGB regelt die Zweckänderung von Amts wegen, für den Fall, dass der Stiftungszweck unmöglich wird oder das Gemeinwohl gefährdet. Die Regelung bestand bereits in der Fassung des BGB zum Ende des 2. Weltkriegs.<sup>54</sup> Es liegt nahe, jedenfalls den Rechtsgedanken dieser Regelung auch auf die bei Zeppelin vorgenommene Zweckänderung anzuwenden, die mit einer Umwandlung der bürgerlich-rechtlichen Stiftung in eine unselbstständige Stiftung der Stadt Friedrichshafen verbunden war. Dafür spricht, dass § 87 BGB sogar als schärfste Maßnahme die Auflösung der Stiftung vorsieht; eine Umwandlung in eine andere Stiftungsart ist diesbezüglich ein milderer Mittel. Zudem spricht der Wortlaut von § 87 Abs. 2 und Abs. 3 von einer „Umwandlung“ des Zwecks. Für den Fall der fehlenden Erfüllbarkeit des Stiftungszwecks sah hier zudem die Satzung den Stiftungsübergang auf die Stadt Friedrichshafen vor.<sup>55</sup>

### 3. Unmöglichkeit der Zweckverfolgung?

Zunächst könnte man bei der Zeppelin-Stiftung annehmen, dass eine weitere Verfolgung des bisherigen Stiftungszwecks nach der Kriegsniederlage Deutschlands

52 Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 278 ff.

53 Gruppe/Hennings/Range, Geschäftsgrundlage in Gefahr, in: Schwäbische Zeitung vom 25.9.2015, S. 3.

54 Vgl. die verschiedenen Fassungen des BGB in der online publizierten Quellensammlung des Innsbrucker Rechtshistorikers Gerhard Köbler, www.koeblergerhard.de.

55 Bei dieser Bestimmung kann man darüber diskutieren, ob sie als Zweckänderungsbestimmung zu verstehen war oder wegen der Auflösung einer selbstständigen Stiftung zu Gunsten einer unselbstständigen Stiftung der Stadt eine Regelung des Vermögensfalls gemäß § 88 BGB darstellte.

und den Bedenken der französischen Besatzungsmacht gegenüber dem in der Rüstungsindustrie tätigen Zeppelin-Konzern unmöglich war. Bezüglich der Unmöglichkeit der Zweckverfolgung gelten die von § 275 Abs. 1 BGB bekannten Maßstäbe der tatsächlichen und rechtlichen Unmöglichkeit. Unmöglichkeit liegt vor, wenn aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen der Stiftungszweck nicht (mehr) dauerhaft verfolgt werden kann.<sup>56</sup> Ob bei der Zeppelin-Stiftung nach dem 2. Weltkrieg eine Unmöglichkeit der weiteren Verfolgung des bisherigen Stiftungszwecks bestand, ist schwer zu beurteilen. Einerseits ist es einleuchtend, dass Handlungszwänge gegenüber der Besatzungsmacht bestanden. Andererseits wird von einem Machtkampf um die Stiftungsinteressen berichtet, der in den Jahren 1945 bis 1947 geherrscht haben soll, unter Beteiligung der Stadt Friedrichshafen, der provisorischen Landesregierung in Tübingen, der französischen Besatzungsmacht und lokaler Interessengruppen (darunter der langjährige Stiftungsvorstand Hugo Eckener).<sup>57</sup> Inwiefern es tatsächlich zum damaligen Zeitpunkt noch möglich war, einen von der Besatzungsmacht nicht mehr erwünschten Stiftungszweck zu verfolgen, ist fraglich. Zur Klärung dieser Frage könnte im Friedrichshafener Fall aber ein historisches Sachverständigengutachten einzuholen sein. Jedenfalls muss man – nimmt man eine Unmöglichkeit des Stiftungszwecks an – konstatieren, dass in der Folge eine zweckkonforme Umwandlung der Stiftung vorgenommen worden wäre. Denn die dem Zweck beigefügte Weisung, wie mit dem Wegfall der Erfüllbarkeit des Zwecks umzugehen sein würde, wäre mit dem Übergang der Stiftung auf die Stadt Friedrichshafen zu mildtätigen Zwecken befolgt worden.

#### 4. Gefährdung des Gemeinwohls?

Auf die zweite Alternative des § 87 Abs. 1 BGB, wonach eine Zweckänderung bei einer Gefährdung des Gemeinwohls zulässig ist, wird man die Umwandlung der Zeppelin-Stiftung aus heutiger Sicht nicht stützen können. Zwar lässt der Wortlaut „Gemeinwohl“ verschiedene Auslegungen zu, wie auch diejenige, dass eine Zweckänderung bereits bei einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung möglich sein könnte. Demnach könnte der

Zweck bereits schon dann geändert werden, wenn er den herrschenden sittlichen Ansichten in einem betroffenen Gebiet zuwiderliefe.<sup>58</sup> Die Bedenken der französischen Besatzungsmacht gegen den ursprünglichen Zweck der Stiftung und der daraus resultierende Konflikt um die Stiftungsausrichtung könnten durchaus die öffentliche Ordnung in diesem Sinne gefährdet haben. Aus heutiger Sicht verlangt die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Stifterfreiheit einen restriktiveren Maßstab für die Annahme einer Gemeinwohlgefährdung. Eine solche wäre nur bei der konkreten Gefährdung anderer – nach einer Abwägung im Einzelfall vorrangiger – Verfassungsgüter durch den Stiftungszweck anzunehmen.<sup>59</sup> Eine so zu definierende Gemeinwohlgefährdung lässt sich bei einem Zweck „Förderung der Luftschiffahrt/Luftfahrt“ nicht begründen.

#### 5. Besonderheiten des Zeitpunkts der Umwandlung

Allerdings wird es im Fall der Zeppelin-Stiftung eine nicht nur geringe Rolle spielen, dass die Umwandlung nach dem 2. Weltkrieg und vor der Gründung der Bundesrepublik vorgenommen wurde. Gerade die Definition unbestimmter Rechtsbegriffe wie des Gemeinwohls wird von verfassungsrechtlichen Wertungen geprägt. Das Grundgesetz war jedoch zur Zeit der Umwandlung der Zeppelin-Stiftung noch nicht in Kraft. Gerade die stiftungsrechtliche Dogmatik wird wesentlich von einem modernen Verständnis der Privatautonomie gemäß Art. 2 Abs. 1 GG geprägt. Die rechtswissenschaftliche Diskussion über die Stifterfreiheit wurde maßgeblich durch das Referat *Ernst-Joachim Mestmäckers* auf dem Deutschen Juristentag im Jahr 1962 vorangetrieben.<sup>60</sup> Auch die in der vorgestellten Dissertation dargelegte Weisungsfunktion des Stiftungszwecks beruht auf einem durch die Privatautonomie geprägten Verständnis des Stiftens – der Stiftungszweck als Scharnier zwischen der Stifterfreiheit bei der Stiftungsgründung und der mitgliederlosen Rechtsperson Stiftung. Es ist durchaus fraglich, in welchem Umfang Albrecht Graf von Brandenstein-Zeppelin heutige Maßstäbe des Stiftungszweck-Schutzes auf die Umwandlung der Zeppelin-Stiftung vor Gründung der Bundesrepublik übertragen können wird. Außerdem

56 Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 92 ff. Wegen der Prüfung, ob der Zweck dauerhaft weisungsgebend wirken kann, bedarf es eines eigenen Maßstabs des § 275 Abs. 2 BGB hier nicht. Siehe Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 93; vgl. Backert, in: BeckOK BGB, 36. Ed., 2015, § 87, Rn. 3; a.A.: Weitemayer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., 2015, § 87, Rn. 6; ebenfalls für eine Geltung des Maßstabs von § 275 Abs. 2 BGB im Ergebnis aber mit gleicher Wertung wie der Autor, dass die dauerhafte und nachhaltige Zweckerfüllung möglich sein muss: Hüttemann/Rawert, in: Staudinger, 2010, § 87, Rn. 5.

57 Gruppe/Hennings/Range, Machtkampf um die Stiftung, in:

Schwäbische Zeitung vom 25.9.2015, S. 3, siehe hierzu auch: Oellers/Semmler, Der Graf und die Stiftung, Der Friedrichshafener Zeppelin-Pfad, 2008, S. 57 ff.; Semmler, in: Zeppelin 1908 bis 2008, Stiftung und Unternehmen, 2008, S. 249 ff.

58 Siehe Depenheuer, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 74. EL, 2015, Art. 8, Rn. 155; Rühl, NVwZ 2003, S. 531, 532.

59 Siehe Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 110 ff.

60 Mestmäcker, in: Verhandlungen des vierundvierzigsten Deutschen Juristentags, 1964, S. G 3 ff.

könnten besondere rechtliche Wertungen aufgrund der damaligen Besetzung Deutschlands zu berücksichtigen sein. Es ist daher nicht überraschend, dass bereits über die erforderliche Einholung eines rechtshistorischen Sachverständigengutachtens nachgedacht wird.<sup>61</sup>

#### 6. Bestandsschutz

Gelangt man trotz dieser Besonderheiten zu dem Ergebnis, dass die Umwandlung der Stiftung zweck- und damit rechtswidrig war, so stellt sich die Frage, inwiefern ein Bestandsschutz der Stiftung zu beachten ist. *Stolte* hat bereits die Frage aufgeworfen, ob hier die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf die Stiftung übertragen werden müssen.<sup>62</sup> Fraglich ist aber bereits, ob der Übergang der Zeppelin-Stiftung nicht evtl. durch einen bestandskräftig gewordenen Verwaltungsakt erfolgte. Die Umwandlung der Stiftung von Amts wegen ist ein rechtsgestaltender Verwaltungsakt.<sup>63</sup> Eine offensichtliche Fehlerhaftigkeit der Umwandlung - Nichtigkeitsvoraussetzung des heutigen § 44 Abs. 1 VwVfG - kann angesichts der erörterten Probleme bei der stiftungsrechtlichen Bewertung des Falles kaum angenommen werden. Es würde sich sodann die Frage stellen, ob die Stiftungsaufsicht dazu verpflichtet ist, den Verwaltungsakt gemäß § 48 VwVfG zurückzunehmen. Diesbezüglich besteht jedoch ein Ermessen. Fraglich ist, ob im Falle einer rechtswidrigen aber bestandskräftigen Zweckänderung die Stifterfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG zu einer gebundenen Entscheidung der Verwaltung zu Gunsten des ursprünglichen Stiftungszwecks führt.

#### 7. Antrags- und Klagebefugnis

Die hier zuletzt zu behandelnde – im Verwaltungsverfahren und -rechtsstreit aber primäre – Frage ist, ob dem Urenkel des Stiftungsgründers überhaupt eine Antrags-/Klagebefugnis zusteht. Der Stifter selbst ist zwar der Begründer des weisungsgebenden Stiftungszwecks; er ist aber nicht selbst Mitglied der Stiftung und damit Weisungsgeber. Dennoch verlangt aber die Stifterfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG nach effektiven prozessualen

Möglichkeiten des Rechtsschutzes und der Rechtsverteidigung.<sup>64</sup> Vor diesem Hintergrund ist die Ansicht *Weitemeyers*, dem Stifter sei gegenüber einer Zweckänderung von Amts wegen eine Befugnis zu einer Anfechtungsklage einzuräumen, Zustimmungswürdig.<sup>65</sup> Aufgrund des engen sachlichen Zusammenhangs ist auch die Antrags- und Klagebefugnis des Stifters bezüglich einer Rücknahme im Sinne von § 48 VwVfG zu bejahen. Äußerst problematisch ist hingegen, ob ein Urenkel des Stifters – als Erbe, aus einem berechtigten familiären Interesse an der Stiftung oder als eine Art Prozessstandschafter für den Stifterwillen – Befugnisse gegenüber der Stiftungsaufsicht geltend machen kann. Die aufgrund der Mitgliederlosigkeit der Stiftung naheliegende Antwort lautet nein. Und dennoch: Wissenschaft und Rechtsprechung müssen sich Gedanken machen, wie auch nach dem Tod des Stifters dessen Stifterfreiheit, die in einen weisungsgebenden Stiftungszweck mündet, effektiv geschützt werden kann. Dies könnte in der Tat für eine Ererbbarkeit der Antrags- und Klagebefugnis sprechen.

#### 8. Ausblick

Gerade auch bei dem Fall der Friedrichshafener Zeppelin Stiftung scheinen wesentliche Grundcharakteristika einer Stiftung auf. Der dauerhafte Bestand der mitgliederlosen Stiftung unabhängig vom Stifter; aber auch das Beruhen der Stiftung auf ihrer privatautonomen Gründung durch den Stifter. Aus beiden Charakteristika resultiert bei bürgerlich-rechtlichen Stiftungen gemäß §§ 80 ff. BGB eine Weisungsfunktion des Stiftungszwecks. Um diesen beiden Charakteristika gerecht zu werden, könnte – soweit verwaltungsrechtlich möglich – für die Beteiligten des Zeppelin-Falles durchaus auch eine gütliche Lösung reizvoll sein: Etwa der Erhalt der aktuellen Stiftungsstruktur bei einer Gewährleistung, dass die Stiftung in Zukunft gewisse Forschungsprojekte hinsichtlich der Luftfahrt unterstützt.

Philip Dylla ist beim Amtsgericht Schweinfurt als Richter für Zivil- und Nachlasssachen zuständig.

61 Siehe *Stolte*, zitiert in: Schwäbische Zeitung vom 30.9.2015, S. 7.

62 *Stolte*, zitiert in: Schwäbische Zeitung vom 30.9.2015, S. 7.

63 *Weitemeyer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 87, Rn. 27; *Schlüter/Stolte*, Stiftungsrecht, 2. Aufl., 2013, Kap. 3, Rn. 44 ff.

64 Siehe *Dylla*, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S.

236 ff. Siehe insbesondere auch die ausführliche Auseinandersetzung mit dieser Problematik bei *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 140 ff.

65 *Weitemeyer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 87, Rn. 27.

## *Mit Trompeten und Doktorschmaus – Promotionsfeiern in alter Zeit<sup>1</sup> –*

Zunächst geleiteten die Universitätsmitglieder und die Gäste den Doktoranden auf feierliche Weise in einem sogenannten „*Conductus doctoralis*“ zum Ort der Graduierung ins Freiburger Münster. Den Anfang dieses Doktorzuges bildeten drei oder vier Trompeter, denen drei Schauspieler folgten. Nach den Pedellen mit ihren Zeptern schritten zwei Hochschüler mit Leuchtern und danach zwei mit den Doktorgeschenken. Ihnen folgte der Doktorand mit seinem aus der Mitte der Fakultät erwählten Promotor.

Mehrere Hochschüler trugen dann die verschiedenen Doktorinsignien; zunächst zwei mit dem Doktorhut und der goldenen Kette, dahinter drei, die den Siegelring und die Bücher mit sich führten. Vor zwei weiteren Hochschülern mit Leuchtern gingen Dekan und Prodekan der Juristischen Fakultät. Den Abschluß des Zuges bildete der Universitätsrektor mit den geladenen Gästen.

Der eigentliche feierliche Promotionsakt begann mit dem Einzug des *Conductus doctoralis* in das Münster unter Glockengeläut und Orgelspiel. Prompeter und Schauspieler begleiteten die Eintretenden zu ihren Sitzplätzen, wo alle auf ihren vorbestimmten Sitzen Platz nahmen. Nunmehr überreichte einer der Hochschüler dem Pedellen die Doktorinsignien, die dieser auf den dafür vorbereiteten Tisch legte. Diese Handlung wurde von Orchestermusik untermalt. Dann betrat der Kandidat das Podium und bat den Promotor, ihm die Würde eines Lizentiaten zu verleihen, worauf er sich zu seinem Sitzplatz zurückbegab. Nach einer neuerlichen musikalischen Einlage hielt der Promotor eine Schlussrede. Im Anschluss daran legte der Doktorand den Eid auf die Universität und die Juristische Fakultät ab, der ihm vom Universitätsnotar vorgelesen wurde. Diese Eidesformel ist nicht mehr im Wortlaut erhalten; ihrem Inhalt nach dürfte sie aber jener anderer Fakultäten und Universitäten entsprochen haben. Der Lizentiand musste schwören, dass er das Wohl der Universität und Fakultät und die Eintracht zwischen den Fakultäten nach Kräften fördern, sich des Grades würdig erweisen, weder die Lizentiatenwürde an einer anderen Universität wiederholen, noch dort den Doktorgrad erlangen und eine bestimmte Zeit an der Universität lehren werde. Danach überreich-

te man ihm das Fakultätszepter, und er empfing mit gebeugtem Knie die Lizentiatenwürde.

Nach einem musikalischen Zwischenspiel des Orchesters oder einer unterhaltenden Einlage durch die Schauspieler bat der neu kreierte Lizentiat um die Verleihung der Doktorwürde. Dabei hatte der Doktorand auf Neue die vom Notar vorgelesene Eidesformel zu beschwören. Spätestens seit dem 5. August 1660 musste der Graduand zusätzlich das Glaubensbekenntnis und den Eid betr. die unbefleckte Empfängnis Mariens ablegen. Dann wurde dem sich niederknienenden Promovenden die Doktorwürde verliehen. Nach einem unterhaltenden Zwischenspiel der Schauspieler und Trompeter rief der Promotor den neu kreierte Doktor zum oberen Katheder und überreichte ihm mit aufklärenden Worten über die Bedeutung der einzelnen Symbole den Doktorhut, häufig mit der Krone oder dem Lorbeerkranz verglichen oder als Symbol der Kirche gedeutet, den Doktorring als Symbol der Zugehörigkeit zu einem höheren Stande bzw. als Symbol der Verlobung mit *Justitia*, das geschlossene und geöffnete Buch als Ermahnung zum fortdauernden Studium und Nachdenken. Kuss und Segnung folgten als Zeichen kollektiver Eintracht. Den Schluss dieses Aktes bildete das Umhängen der goldenen Kette zum Zeichen der erlangten Freiheit und Würde. In unmittelbarem Anschluss daran gab der neu kreierte Doktor eine Probe seines Könnens ab, vermutlich in Form eines Lehrvortrages.

Beim Ausklang der Feierstunde erfolgten die Geschenkverteilung an die Gäste. Ende des 17. Jahrhunderts waren dies vor allem Handschuhe, die zumindest dem Rektor und jenen Mitgliedern der Fakultät überreicht wurde, unter denen der neue Doktor promoviert hatte. Möglicherweise verteilte man noch weitere Geschenke an die die geladenen Gäste, z.B. Birette, wie im 15. und 16. Jahrhundert üblich. Zum Abschluss dankte ein Zeuge, und nach dem Anzünden der Altarkerzen wurde das *Te Deum* angestimmt. Nach dem feierlichen Auszug aus dem Münster fanden sich die geladenen Gäste zum Doktormahl ein. Das Statut der Juristischen Fakultät von 1471 zählte im Detail auf, welche Universitätsmitglieder einzuladen waren: alle Doktoren der drei höheren Fakultäten, der Dekan der Artistischen Fakultät und zwei oder

1 Aus *Merkel*, Die Doktorpromotionen der juristischen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau, Freiburg 1976, S. 17 ff. Die Schilderung beruht auf einer von Merkel im Freiburger

Universitätsarchiv (Jur. Fak., Abt. VII/Nr. 6) aufgefundenen Aufzeichnung aus den letzten Jahrzehnten des 17. Jahrhunderts.

drei der Senioren jeder Fakultät. Daneben nahmen unter anderem die Spitzen des städtischen Adels und der Geistlichkeit daran teil.

Einen genauen Eindruck von dem Umfang eines Doktorschmauses vermittelt das bei *Schreiber* dargelegte, zu jener Zeit übliche Festmahl, welches am 6. Mai 1574 im Gasthaus zum wilden Mann abgehalten worden war:

„Die Speisen wurden in drei Gängen aufgetragen:

1. Junge Tauben in Pasteten
2. Suppe und (Ochsen-) Fleisch, samt gesottene Hennen
3. Kleine Fische, Grundeln, Groppen, Neunaugen
4. Grünes Kraut mit getrocknetem Fleisch und gebackenen Kalbsfüßen
5. Braten: Kitzlein (Ziege), Kalbsbraten, Geflügel
6. Salmen oder Krebse
7. Confect (Bellaria), Käse, Mai-Anken (Butter), Obst, Nüs-

se usw. Frisches Brod erster Sorte, nebst altem, rothen und weißen Wein zur Genüge, bis die Gäste sich von selbst (sua sponte) erheben.“<sup>2</sup>

In Einzelfällen erlaubte die Fakultät, das Dokormahl im Hause des neu kreierten Doktors und nicht in einem Gasthaus abzuhalten. Zu weit ging ihr allerdings der Antrag des Kandidaten Graiss, der im Jahre 1536 die Doktorfeierlichkeiten mit seiner Hochzeitsfeier verbinden wollte. Sie beschloss daher: „... facultas non voluit aut vult in futurum Doctorali dignitati, matrimoniales nuptias adiungi, sed separatim fieri.“

Im Laufe der Zeit ermöglichte es die Fakultät, den Doktorschmaus durch Zahlung eines gewissen Geldbetrages an die davon betroffenen Universitätsmitglieder zu ersetzen (Präsenzgelder). Der Doktorschmaus scheint aber auch noch in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts hin und wieder abgehalten worden zu sein.

2 *Schreiber*, Geschichte der Universität Freiburg, Bd. 1, S. 173 f.

# Uwe Blaurock und Johanna Hennighausen

## *Der Europäische Verbund territorialer Zusammenarbeit (EVTZ) als Rahmen universitärer Kooperation*

### Summary

Although the European Grouping of Territorial Cooperation (EGCT) as a European legal form of cross-border collaboration implemented by the Regulation (EG) No 1082/2006 and revised by the Regulation (EU) No 1302/2013 has already existed for 10 years now, the EGCT is still a new and partly unknown instrument of transnational cooperation. Until now, 57 EGCTs have been created,<sup>1</sup> mostly between regional authorities to strengthen and reinforce the interregional cooperation beyond the borders. But apart from that, the EGCT can also be used for a mainly thematically focused collaboration. Exactly this aim has been implemented with the formation of the EGCT “Eucor – The European Campus”.

Originally, the European Confederation of Upper Rhine Universities (Eucor) was founded in 1989 as an association of the five universities located within 200 kilometers of each other: Basel, Freiburg, Haute-Alsace, Karlsruhe, und Strasbourg. As a key player in research and education in the tri-nation, metropolitan Upper Rhine region, Eucor has always pursued the objective of creating a European university network with clearly defined and shared structures of organization. After a successful cooperation for over 25 years the members of Eucor decided to take the next step and to intensify the relations between the five universities by transforming Eucor into the EGCT “Eucor – The European Campus”. Due to the fact that all members pursued a transformation of Eucor exclusively into a European legal structure, other legal forms as a public agency or a German foundation of public law had been dropped because of their national character.

Apart from difficulties concerning the founding procedure, i.e. consensus about a common seat, agreement of the convention and statutes considering the requirements of the Regulation, the main benefits of an EGCT with regard to an inter university cooperation are its own legal personality, its uniform structures and its clear definition of the applicable law based on the EGCT-Regu-

lation and binding all members of the EGCT. Especially the own legal personality allows the EGCT to apply directly for EU funds and other external funds which simplifies the transnational collaboration enormously. Furthermore, apart from the five founding members, other universities can enter into the EGCT without a need to change the structures. Additionally, by transforming Eucor into the EGCT “Eucor – The European Campus”, Eucor in its new form can achieve an outstanding position and leading role as the first EGCT comprised exclusively by universities of both member states and of a university of a third country.

### I. Einleitung

Der Europäische Verbund für territoriale Zusammenarbeit (EVTZ) in seiner heute gültigen Form ist noch ein sehr junges Instrument grenzüberschreitender europäischer Zusammenarbeit. Als Rechtskleid mit eigener Rechtspersönlichkeit entspricht der EVTZ dem Wunsch und den immer stärker werdenden Bedürfnissen eines wachsenden Europas hinsichtlich einer gemeinsamen europäischen Rechtsform, welche die bisherigen, teilweise zu schwerfälligen, bilateralen Vereinbarungen ablöst bzw. ergänzt. Dabei wurde der EVTZ bislang insbesondere von Gebietskörperschaften zum Zwecke einer überregionalen Kooperation gegründet. Die Anwendbarkeit des EVTZ beschränkt sich jedoch nicht auf die Zusammenarbeit von Gebietskörperschaften. Vielmehr kann der EVTZ auch für eine vorwiegend thematisch ausgerichtete Zusammenarbeit grenzübergreifend eingesetzt werden. Dieser Aspekt steht auch bei der Gründung eines interuniversitär und grenzübergreifend agierenden EVTZ im Vordergrund.

Im folgenden Beitrag werden der EVTZ sowie sein Potential für eine transnationale Zusammenarbeit von Hochschulen und Universitäten beleuchtet. Hierbei geht es insbesondere um die Vor- und Nachteile sowie die Herausforderungen und verfahrenstechnischen Abläufe bei der Gründung eines interuniversitären EVTZ.

1 <https://portal.cor.europa.eu/egtc/Regiſter/Pages/DE.aspx> (10.1.2016).

## II. Der EVTZ als neues Instrument europäischer Kooperation

Der EVTZ als europäische Rechtsform in seiner heutigen Gestalt besteht erst seit wenigen Jahren. Eingeführt wurde er 2006 durch die Verordnung (EG) Nr. 1082/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates, seine letzte Änderung zum Zweck der Vereinfachung von Einrichtung und Arbeitsweise des EVTZ erfuhr er im Jahr 2013 durch die Verordnung (EU) Nr. 1302/2013 vom 17. Dezember 2013.

### 1. Ziele des EVTZ

Das Ziel, das mit der Gründung eines EVTZ verfolgt werden kann, bestimmt sich nach Art. 1 Abs. 2 EVTZ-VO: Demzufolge dient der EVTZ der Erleichterung und Förderung der territorialen Zusammenarbeit zwischen seinen Mitgliedern und der Stärkung des wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalts der Union. Was unter dem Begriff der „territorialen Zusammenarbeit“ zu verstehen ist, wird in Art. 3 Abs. 2 c) VO (EG) Nr. 1083/2006<sup>2</sup> näher definiert. Danach besteht das Ziel „Europäische territoriale Zusammenarbeit“ in der Stärkung der grenzübergreifenden Zusammenarbeit durch gemeinsame lokale und regionale Initiativen, der Stärkung der transnationalen Zusammenarbeit in Gestalt von den Prioritäten der Gemeinschaft entsprechenden Aktionen zur integrierten Raumentwicklung und dem Ausbau der interregionalen Zusammenarbeit und des Erfahrungsaustauschs auf der geeigneten territorialen Ebene.<sup>3</sup> Erfasst werden von diesem Ziel nicht nur die Einrichtung grenzüberschreitender Wasser-, Abfallentsorgungs- und Energieanlagen, sondern auch die Nutzung einer Infrastruktur auf den Gebieten Kultur, Tourismus und Bildung.<sup>4</sup> Durch sein breites Anwendungsspektrum bietet der EVTZ damit sowohl die Möglichkeit, bereits bestehende grenzüberschreitende Kooperationen zu vertiefen und auf eine neue Ebene zu führen, als auch die Möglichkeit, neue Beziehungen zu schaffen und so europäische Potenziale besser zu nutzen.

### 2. Die Rechtsform des EVTZ

Der EVTZ besitzt gem. Art. 1 Abs. 3 und 4 der EVTZ-VO eigene Rechtspersönlichkeit und ist rechts- und geschäftsfähig. Damit einher gehen die Möglichkeiten, bewegliches und unbewegliches Vermögen zu erwerben

und zu veräußern, Personal einzustellen sowie die Fähigkeit vor Gericht aufzutreten. Im Vergleich zu bisherigen grenzüberschreitenden Kooperationen, basierend auf einem gemeinsamen Willensakt aller Beteiligten, bietet der EVTZ erstmals eine im europäischen Recht verankerte Möglichkeit, im Bereich grenzübergreifender Zusammenarbeit als rechtliche Einheit nach außen hin aufzutreten und zu agieren.

### 3. Die Mitglieder des EVTZ

Art. 3 und 3a der EVTZ-VO normieren die Zusammensetzung eines EVTZ. Danach können Mitglieder eines EVTZ u.a. sein: Mitgliedstaaten oder Gebietskörperschaften auf nationaler Ebene, regionale sowie lokale Gebietskörperschaften öffentliche Unternehmen sowie Einrichtungen, die der Vergabeordnung unterliegen (hierzu gehören auch Universitäten).<sup>5</sup> Darüber hinaus können nach Maßgabe der Verordnung auch Mitglieder aus Drittländern oder überseeischen Ländern und Gebieten dem EVTZ beitreten.<sup>6</sup> Es muss jedoch stets mindestens ein EU-Mitgliedstaat am EVTZ beteiligt sein (Art. 3a Abs. 2 EVTZ-VO) und das Drittland muss an mindestens einen Mitgliedstaat angrenzen.

### 4. Die Organe des EVTZ sowie Satzung und Übereinkunft als Grundlage

Nach Art. 10 EVTZ-VO muss jeder EVTZ zumindest folgende zwei Organe einrichten: eine Versammlung, die aus den Vertretern der Mitglieder des Verbunds besteht sowie einen Direktor, der den EVTZ vertritt und für ihn handelt. Zusätzlich können die Mitglieder weitere, den Anforderungen des EVTZ entsprechende Organe vorsehen.

Darüber hinaus müssen die Mitglieder als Grundlage des EVTZ eine Übereinkunft sowie eine Satzung beschließen. Diese sind die beiden maßgebenden Dokumente, welche u.a. die Zielsetzung des EVTZ, seine Organe und ihre Kompetenzen sowie Fragen der Haftung regeln. Bei Abfassung von Übereinkunft und Satzung sind die durch die EVTZ-VO vorgegebenen Mindestinhalte zu berücksichtigen.<sup>7</sup>

Zudem müssen sich die Mitglieder in Satzung und Übereinkunft auf einen gemeinsamen Sitzstaat des EVTZ einigen. Dieser ist unter anderem deshalb von Bedeutung, weil der EVTZ in den Bereichen, die nicht durch die EVTZ-VO geregelt sind, dem nationalen Recht seines Sitzstaates unterliegt.

2 VO (EG) Nr. 1083/2006 des Rates vom 11.7.2006 mit allgemeinen Bestimmungen über den Europäischen Fonds für regionale Entwicklung, den Europäischen Sozialfonds und den Kohäsionsfonds und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1260/1999.

3 VO (EG) Nr. 1083/2006 des Rates vom 11.7.2006, ABL. EU L 210/37.

4 *Pechstein/Deja*, Was ist und wie funktioniert ein EVTZ?, EuR 2011, 357 (362).

5 Vgl. zu den Einzelheiten die Regelungen in Artt. 3 f. EVTZ-VO.

6 Vgl. hierzu Art. 3a EVTZ-VO.

7 Vgl. Art. 8 EVTZ-VO für die Übereinkunft und Art. 9 EVTZ-VO für die Satzung.

## 5. Genehmigungsverfahren

Darüber hinaus sind bei der Gründung eines EVTZ die Regelungen des Genehmigungsverfahrens zu beachten, welche die EVTZ-VO definiert.<sup>8</sup> Eingeleitet wird das Verfahren mit der Einreichung von Satzung und Übereinkunft bei den jeweils beteiligten Mitgliedstaaten, welche sodann die Teilnahme des potenziellen Mitglieds an dem EVTZ prüfen. Dabei entscheidet der Mitgliedstaat hinsichtlich der Genehmigung innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten. Verläuft das Genehmigungsverfahren erfolgreich, so erwirbt der EVTZ seine Rechtspersönlichkeit an dem Tag seiner Registrierung bzw. Veröffentlichung im Sitzstaat.

### III. Der EVTZ im Rahmen interuniversitärer Zusammenarbeit

#### 1. Interuniversitäre Kooperation außerhalb eines EVTZ

Die Kooperation von Universitäten verschiedener Länder ist zunächst nichts Neues. So haben viele Hochschulen in den vergangenen Jahrzehnten eine intensive Partnerschaft mit Universitäten anderer Länder aufgebaut, in deren Rahmen gemeinsame Veranstaltungen und Projekte zur Förderung eines wissenschaftlichen Austauschs abgehalten werden. Als Beispiel seien nur die Universitäten Heidelberg und Freiburg genannt: Die Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg unterhält seit Begründung der Städtepartnerschaft mit Montpellier im Jahr 1961 und der im Jahr 1963 zwischen Deutschland und Frankreich geschlossenen Elysée-Verträge eine intensive Partnerschaft zwischen den Juristischen Fakultäten beider Universitäten,<sup>9</sup> und auch die Albert-Ludwigs-Universität Freiburg verfügt sowohl auf internationaler wie auch auf regionaler Ebene über ein großes Netzwerk an Partnerschaften.<sup>10</sup> Hervorgehoben sei hier die Europäische Konföderation der Oberrheinischen Universitäten (Eucor).

Eucor ist ein Zusammenschluss von fünf oberrheinischen Universitäten und Hochschulen, i.e. Freiburg, Karlsruhe, Straßburg, Mulhouse-Colmar und Basel. Dieser Zusammenschluss ermöglicht bereits heute einer großen Anzahl von Studierenden und Forschenden den freien Zugang zu Lehrveranstaltungen an anderen Mitgliedsuniversitäten, sodass eigene Studien ergänzt, Auslandsaufenthalte gesammelt und Sprachkenntnisse vertieft werden können.<sup>11</sup>

#### 2. Der EVTZ als geeignetes Rechtskleid für eine interuniversitäre Kooperation

Zusammenschlüsse und Kooperationen auf interuniversitärer Ebene basieren in der Regel auf dem gemeinsamen Willen der beteiligten Universitäten und Hochschulen. Eine Rechtsgrundlage oder ein Rechtskleid, in das diese Partnerschaften eingebettet wären, gibt es hingegen nicht. Zwar bestehen oftmals Dokumente, welche die gemeinsame Kooperation manifestieren und einen Rahmen schaffen, eine eigene Rechtspersönlichkeit ist einem interuniversitären Zusammenschluss jedoch bislang fremd.

##### a) Gebietskörperschaften und Regionalverbände als „klassische“ Mitglieder eines EVTZ

Bisher wurde der EVTZ in der Regel von Gebietskörperschaften und Regionalverbänden als institutioneller Rahmen für eine intensive gemeinsame Zusammenarbeit genutzt. Beispiele hierfür sind der Eurodistrikt Strasbourg-Ortenau sowie der Eurodistrikt Saar-Moselle mit jeweils auch deutscher Beteiligung. In beiden Fällen dient der EVTZ der Zusammenführung der Regionen, der Überwindung bzw. Erleichterung administrativer Hindernisse und einer regionalen Stärkung in sämtlichen Bereichen wie Wirtschaft, Kultur und Tourismus.

##### b) Universitäten und Hochschulen als potenzielle Mitglieder eines EVTZ

Auch wenn der EVTZ bisher hauptsächlich von Gebietskörperschaften und Regionalverbänden eingesetzt wurde, so schließt dies eine Anwendung auf den interuniversitären Bereich nicht aus. Im Gegenteil – gem. Art. 3 Abs. 1 d) Alt. 2 der EVTZ-VO i.V.m. Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2, Anh. III, Unterpunkt III.1.1. der RL 2004/18/EG – zählen wissenschaftliche Hochschulen ausdrücklich zu den potenziellen Mitgliedern eines EVTZ.<sup>12</sup> Universitäten und Hochschulen können daher einen EVTZ gründen und als institutionellen Rahmen für eine interuniversitäre Zusammenarbeit nutzen.

##### c) Alternative Rechtsformen?

Auch wenn der EVTZ als Rechtsform für einen universitären Zusammenschluss grundsätzlich in Betracht kommt, so stellt sich die Frage, inwieweit sich der EVTZ als Rechtsform eignet und welche Vorteile er im Vergleich zu anderen Rechtsformen, insbesondere der Stiftung und der Anstalt des öffentlichen Rechts, bietet.

8 Vgl. Art. 4 EVTZ-VO.

9 <http://www.ipr.uni-heidelberg.de/montpellier/#Historie> (10.1.2016).

10 <http://www.uni-freiburg.de/universitaet/partnerschaften> (10.1.2016).

11 <http://www.uni-freiburg.de/universitaet/partnerschaften>

(10.1.2016); <http://www.studium.uni-freiburg.de/studienbewerbung/austausch/eucor> (10.1.2016).

12 Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. EU L 134/171.

## aa) Die Stiftung

Eine Stiftung im Rechtssinne ist eine vom Stifter geschaffene Institution, die die Aufgabe hat, mit Hilfe des der Stiftung gewidmeten Vermögens den festgelegten Stiftungszweck dauernd zu verfolgen.<sup>13</sup> Sie ist eine reine, nicht mitgliederschaflich ausgestaltete Verwaltungsorganisation, mit deren Hilfe der vom Stifter gewollte Zweck verwirklicht werden soll.<sup>14</sup> Ihr Zweck kann sowohl privater wie auch öffentlicher Natur sein: Während private Stiftungen nur einem begrenzten Personenkreis zugutekommen sollen (Familien, Verein), begünstigen öffentliche Stiftungen stets die Allgemeinheit. Anerkannt als Zwecke einer öffentlichen Stiftung sind u.a. Wissenschaft, Bildung und Forschung.<sup>15</sup> Zudem kann die Stiftung sowohl privat- als auch öffentlich-rechtlich ausgestaltet werden, wobei der öffentlich-rechtliche Status durch Gesetz, Verwaltungsakt oder in der Satzung selbst festgelegt werden kann.<sup>16</sup> Im Unterschied zur privaten Stiftung kann die öffentlich-rechtliche Stiftung hoheitliche Befugnisse ausüben.<sup>17</sup> Die Stiftung ist damit insgesamt eine an ihrem Zweck und diesem dienenden Vermögen ausgerichtete Organisationseinheit. Sie hat keine Mitglieder und weist – ist sie einmal wirksam gegründet – einen eher statischen Charakter auf. Dies schließt den Anwendungsbereich auf Universitäten oder Hochschulen jedoch nicht aus. So existiert in Deutschland bereits eine Reihe von Stiftungsuniversitäten, die im Rechtskleid der Stiftung über ihre Mittel unabhängig vom Staat verfügen. Genannt seien z.B. die Goethe-Universität Frankfurt, die Universität Lübeck, die Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) und die Universität Hildesheim.

Die Zielsetzung und die einer interuniversitären, grenzüberschreitenden Kooperation zugrundeliegenden Absichten hingegen sind von einem europäischen Charakter geprägt. Dieser sollte auch in der gemeinsam gewählten Rechtsform zum Ausdruck kommen, sodass die Stiftung insbesondere aufgrund ihres nationalen Charakters nicht für eine interuniversitäre und grenzüberschreitende Zusammenarbeit geeignet erscheint: Denn

vergleicht man das Stiftungsrecht der Mitgliedsstaaten, so ergeben sich neben Gemeinsamkeiten auch erhebliche Unterschiede wie etwa in Rechtsprechung, im Stiftungszivilrecht und im Steuerrecht.<sup>18</sup> Eine Rechtsform im Sinne einer Europäischen Stiftung, welche diese Hemmnisse überwindet, gibt es bislang nicht. Aus den genannten Aspekten ist die Stiftung daher nicht als Rechtsform für einen interuniversitären, grenzüberschreitenden Zusammenschluss geeignet.

## bb) Die Anstalt des öffentlichen Rechts

Darüber hinaus könnte in Deutschland als Rechtsform die Anstalt des öffentlichen Rechts in Frage kommen. Die Anstalt des öffentlichen Rechts ist eine mit Personal- und Sachmitteln ausgestattete Organisation, die keine Mitglieder, sondern nur Benutzer hat.<sup>19</sup> Ihr liegen drei wesentliche Merkmale zugrunde: (1.) Die Organisation in Form einer Zusammenfassung von Verwaltungsbediensteten und Sachmitteln zu einer verselbständigten Verwaltungseinheit, (2.) die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben entsprechend ihrer Zweckbestimmung sowie (3.) die Wahrnehmung von Anstaltsaufgaben durch Bedienstete und die Inanspruchnahme der Leistungen durch Benutzer.<sup>20</sup> Ihr zugrunde liegt das Prinzip der Dezentralisation: die Verlagerung staatlicher Aufgaben auf selbständige Verwaltungsträger zur Entlastung der Staatsverwaltung.<sup>21</sup> Beispiele für bundesunmittelbare Anstalten im Sinne des Art. 86 GG sind die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) sowie die Bundesanstalt für Immobilienaufgaben oder die Rundfunkanstalten.<sup>22</sup>

Unter Betrachtung der oben aufgeführten Charakteristika, insbesondere des Aspekts der Dezentralisation staatlicher Aufgaben, zeigt sich, dass die Anstalt des öffentlichen Rechts – ebenso wie auch die Stiftung – nicht auf eine Zusammenführung unterschiedlicher Mitglieder bei gleichzeitiger Selbständigkeit derselben zu einem neuen rechtsfähigen Subjekt gerichtet ist und mithin nicht den speziellen Anforderungen einer interuniversitären und grenzüberschreitenden Zusammenarbeit gerecht wird.

13 V. Campenhausen/Stumpf, in: v. Campenhausen/Richter, Stiftungsrechtshandbuch, 4. Aufl. 2014, § 1 Rn. 6.

14 BGHZ 99, 344 (350); Roth, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, Neub. 2010, Vorb. §§ 80 bis 88 Rn. 2; Schauhoff, Handbuch der Gemeinnützigkeit, 3. Aufl. 2010, § 3 Rn. 1.

15 V. Campenhausen/Stumpf, in: v. Campenhausen/Richter, § 1 Rn. 10.

16 Sauerbaum, in: Stumpf/Sauerbaum/Schulte/Pauli, Kommentar zum Stiftungsrecht, 2. Aufl. 2015, vC Rn. 394; v. Campenhausen/

Stumpf, in: v. Campenhausen/Richter, § 16 Rn. 5; Schlüter/Stolte, in: Schlüter/Stolte, Stiftungsrecht, 2. Aufl. 2013, Kapitel 1, Rn. 47.

17 Schlüter/Stolte, in: Schlüter/Stolte, Kapitel 1, Rn. 47.

18 Schulte/Stumpf, in: Stumpf/Sauerbaum/Schulte/Pauli, A Rn. 54.

19 Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2015, Rn. 180, 188.

20 Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 23 Rn. 46; Berg, Die öffentliche Anstalt, NJW 1985, 2294 (2295).

21 Maurer, § 23 Rn. 50.

22 Ibler, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand: 74. Lieferung Mai 2015, Art. 86 GG Rn. 73.

## d) Der EVTZ als geeignete Rechtsform

Auch wenn der EVTZ bislang vorrangig von Gebietskörperschaften und Regionalverbänden zum Zwecke einer überregionalen Kooperation genutzt wurde, so schließt dies seine Anwendung im interuniversitären Bereich in keiner Weise aus. Im Vergleich zu anderen Rechtsformen genießt der EVTZ dabei insbesondere den Vorteil der ihm bereits immanenten Ziel- und Zwecksetzung der Förderung einer territorialen Zusammenarbeit in sämtlichen Bereichen (Art. 1 Abs. 2 EVTZ-VO). Zusätzlich ermöglicht er gem. Art. 3 c EVTZ-VO die Aufnahme von Drittstaaten und damit eine Zusammenarbeit über die Grenzen der Europäischen Union hinaus. Ferner bietet er durch die ihm nach Art. 1 Abs. 3 EVTZ-VO zugesprochene eigene Rechtspersönlichkeit die Möglichkeit eines einheitlichen und geschlossenen Handelns und Auftretens seiner Mitglieder nach außen.

Darüber hinaus werden Schwierigkeiten und Hemmnisse, die bei Anwendung einer nationalen Rechtsform auftreten könnten, durch die in der EVTZ-VO bereits getroffenen Regelungen überwunden. Die EVTZ-VO wurde unter Mitwirkung der EU-Mitgliedsstaaten vom Europäischen Parlament und Rat und damit für alle Mitglieder gleichermaßen bindend erlassen. Das Vorliegen einer Verordnung, welche bereits in jeder Landessprache vorliegt und die Arbeitsbasis für alle (potenziellen) EVTZ-Mitglieder bildet, bietet die Möglichkeit einer Zusammenarbeit und Kooperation auf Augenhöhe, bei der sich jede Universität und Hochschule gleichermaßen einbringen kann. Zudem schafft der EVTZ mit seiner bereits vorgegebenen Organstruktur in Form der Einrichtung einer *Versammlung* und des Amtes des *Direktors* einen Rahmen, der eine strukturelle Basis bei gleichzeitiger Flexibilität schafft. So können Übereinkunft und Satzung des EVTZ – unter Einhaltung der Mindestanforderungen – nach den eigenen Bedürfnissen und Anforderungen ausgestaltet werden. Darüber hinaus ist der EVTZ in seiner Mitgliederstruktur nicht festgelegt: Es können weitere Universitäten und Hochschulen aufgenommen werden, es können aber auch Universitäten und Hochschulen den EVTZ verlassen. Der EVTZ als solcher bleibt von diesen Veränderungen unberührt, solange die Anzahl der mindestens erforderlichen Mitglieder nicht unterschritten wird.

Auf diese Weise ist es Universitäten und Hochschulen möglich, einen Zusammenschluss bei gleichzeitiger

Selbständigkeit seiner Mitglieder zu bilden, der durch seine Struktur und vor allem durch seine ihm zustehende eigene Rechtspersönlichkeit einen viel weittragenden Charakter hat als bisher zwischen Hochschulen verschiedener Länder bestehende Partnerschaften.

#### IV. Die Vorteile und Herausforderungen bei der Gründung eines EVTZ im grenzüberschreitenden, interuniversitären Bereich

##### 1. Die Vorteile eines EVZT

Der EVTZ als Rechtsform bietet verschiedene Vorzüge hinsichtlich einer interuniversitären, grenzüberschreitenden Zusammenarbeit.

##### a) Eigene Rechtspersönlichkeit

Der EVTZ besitzt gem. Art. 1 Abs. 3 EVTZ-VO eine eigene Rechtspersönlichkeit. Er selbst, und nicht die hinter ihm stehenden Universitäten, ist Träger von Rechten und Pflichten und kann Vermögen besitzen. Dadurch kommt ihm, verglichen mit einer interuniversitären Partnerschaft außerhalb einer Rechtsform, ein gesteigertes Ansehen zu, welches darüber hinaus die bereits bestehende hervorgehobene Stellung eines grenzüberschreitenden, interuniversitärer agierenden Verbundes verstärkt.<sup>23</sup> Zudem kann der EVTZ aufgrund seiner Rechtspersönlichkeit durch seine Vertreter nach außen hin handeln und selbst EU-Gelder und sonstige Drittmittel beantragen und diese intern verteilen.

##### b) Einheitlicher struktureller Rahmen

Darüber hinaus schafft der Verbund aufgrund der strukturellen Vorgaben der EVTZ-VO einen einheitlichen Rahmen für die Verwaltung europäischer Projekte und gewährleistet aufgrund der grenzüberschreitend einheitlich tätigen Organe Stabilität und Effektivität bei der Zusammenarbeit.<sup>24</sup> Die einheitlichen und für alle gleichermaßen geltenden Regelungen erleichtern Entscheidungsprozesse und die getroffenen Weichenstellungen bieten aufgrund ihrer Rechtsverbindlichkeit Sicherheit für die Mitglieder bei der Umsetzung.<sup>25</sup> Auf diese Weise ist es Hochschulen und Universitäten möglich, auch im grenzüberschreitenden Bereich eine verlässliche, koordinierte und effektive Zusammenarbeit zu erreichen. Dies wiederum ist eine wichtige Voraussetzung für die Schaffung von grenzüberschreitenden Studiengängen und Forschungseinrichtungen.

23 So auch für regionale Zusammenschlüsse: Pechstein/Deja, EuR 2011, 357 (360).

24 Pechstein/Deja, EuR 2011, 357 (360).

25 So auch für Euroregionen: Pechstein/Deja, EuR 2011, 357 (361).

### c) Einheitlich anwendbares Recht

Ein weiterer Vorteil des EVTZ ist das klar definierte und auf ihn und seine Handlungen anwendbare Recht; dies insbesondere im Hinblick auf den einem stetigen Wandel unterliegenden Bereich der Bildung. Ferner bestehen zwischen den Regularien und Systemen der Universitäten und Hochschulen teilweise große Unterschiede. Diese gilt es im Rahmen eines EVTZ zusammen und effektiv in Einklang zu bringen.

Das anwendbare Recht ist in Art. 2 EVTZ-VO geregelt. Danach finden die EVTZ-VO (Art. 2 Abs. 1 lit. a EVTZ-VO), die Übereinkunft (Art. 2 Abs. 1 lit. b EVTZ-VO) sowie in Bezug auf von der EVTZ-VO nicht oder nur zum Teil geregelten Bereiche die Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats Anwendung, in dem der EVTZ seinen Sitz hat (Art. 2 Abs. 1 lit. c EVTZ-VO). Die mit der Bestimmung des Sitzstaates einhergehende Festlegung des anwendbaren nationalen Rechts ist insbesondere bei der Registrierung und Veröffentlichung von Satzung und Übereinkunft (Art. 5 EVTZ-VO), bei Haftungsfragen (Art. 12 Abs. 1 EVTZ-VO), der Kontrolle der Verwaltung öffentlicher Mittel (Art. 6 Abs. 1 EVTZ-VO) sowie bei der Auflösung des EVTZ von Amts wegen (Art. 14 EVTZ-VO) von Bedeutung.<sup>26</sup> Darüber hinaus kommt das nationale Recht bei der Arbeitsweise des EVTZ, der Personalverwaltung, den Einstellungsverfahren und der Gestaltung der Arbeitsverträge zum Tragen.<sup>27</sup>

## 2. Die Herausforderungen bei der Gründung eines interuniversitären EVTZ

### a) Einigung auf einen gemeinsamen Sitzstaat

Die Vorteile, die klare Regelungen hinsichtlich des anwendbaren nationalen Rechts auf den EVTZ aufgrund der Festlegung des Sitzstaates mit sich bringen, stellen Universitäten und Hochschulen gleichermaßen vor die Herausforderung, sich auf einen gemeinsamen Sitz zu einigen. Dieser Entscheidungsprozess kann insbesondere bei einem EVTZ zu Schwierigkeiten führen, an dem sich Universitäten und Hochschulen aus mehr als zwei Mitgliedstaaten beteiligen. Die Einigung auf den Sitz im Mitgliedstaat einer Universität oder Hochschule und die damit einhergehende Festlegung des anwendbaren nationalen Rechts, bedeutet jedoch nicht automatisch die Unterordnung der übrigen Mitglieder. Um einer Konzentration auf das Sitzland entgegenzuwirken, können beispielsweise weitere Organe oder Einrichtungen in

Übereinkunft und Satzung eingeführt werden, die ihren Sitz in den Staaten der anderen Mitglieder haben und dort tragende Aufgaben übernehmen.<sup>28</sup> Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass eine zu starke Dekonzentration durch die Verlegung von Stellen in vom Sitzland abweichende Mitgliedstaaten zu einer Zersplitterung des EVTZ führen und diesen handlungsunfähig machen kann. Daher sollte im Fall der Einrichtung weiterer Stellen und Organe zumindest die Geschäftsstelle als zentrale Organisationseinheit im Sitzstaat verbleiben.

### b) Satzung und Übereinkunft als zentrale Dokumente

Eine weitere Herausforderung für die Gründung eines interuniversitären, grenzüberschreitenden EVTZ ist die einvernehmliche Fassung von Satzung und Übereinkunft. Beide Dokumente bilden die Grundlage des EVTZ und bedürfen der Zustimmung aller Mitglieder (Art. 8 und 9 EVTZ-VO).

Bei der konkreten Formulierung dienen die in der EVTZ-VO getroffenen Vorgaben zum Mindestinhalt als Basis.<sup>29</sup> Diese Vorgaben gilt es umzusetzen und darüber hinausgehende, den Anforderungen des künftigen EVTZ entsprechende Regelungen zu treffen. Dabei sollten beide Dokumente, unabhängig von deren genauen inhaltlichen Gestaltung, zwingend in der Landessprache eines jeden beteiligten Mitgliedes verfasst werden. Denn nur so können ein Gleichlauf der Zielsetzung und eine Zusammenarbeit auf Augenhöhe sichergestellt werden. Entscheidend ist, dass im Ergebnis Satzung und Übereinkunft in der Sprache eines jeden Mitglieds so formuliert sind, dass jede Fassung gleichermaßen gelten kann. Denn nur unter dieser Voraussetzung ist eine gleichberechtigte Zusammenarbeit von Hochschulen und Universitäten verschiedener Länder bei gleichzeitiger Selbständigkeit derselben möglich.

Daher darf bei mehreren Sprachfassungen keine der jeweils anderen über- bzw. untergeordnet sein. Vielmehr müssen alle Fassungen gleichermaßen gelten. Und damit es im Fall einer Rechtsfrage nicht zu unterschiedlichen Auslegungen ein und derselben Passage je nach sprachlicher Version kommt, ist die genaue Abstimmung von Satzung und Übereinkunft von tragender Bedeutung. Nur unter dieser Voraussetzung kann der EVTZ als Akteur für seine Mitglieder einheitlich agieren.

### c) Genehmigungsverfahren in den jeweiligen Ländern

Ein weiterer Aspekt, der aber nicht auf Universitäten und Hochschulen beschränkt ist, ist das Genehmigungs-

<sup>26</sup> Pechstein/Deja, EuR 2011, 357 (372).

<sup>27</sup> Pechstein/Deja, EuR 2011, 357 (373).

<sup>28</sup> So befindet sich beispielsweise sowohl beim Eurodistrikt Strasbourg-Ortenau als auch beim Eurodistrikt Saar-Moselle

der Sitz jeweils in Frankreich, die Geschäftsstelle hingegen in Deutschland.

<sup>29</sup> Art. 8 und 9 EVTZ-VO.

verfahren. Gem. Art. 4 EVTZ-VO hat jedes potenzielle EVTZ-Mitglied seinem Mitgliedstaat die Absicht einer Teilnahme an einem EVTZ mitzuteilen und seinem Land eine Abschrift des Vorschlags von Übereinkunft und Satzung zu übermitteln. Den jeweiligen Mitgliedstaaten obliegt dann nach Art. 4 Abs. 3 EVTZ-VO die Prüfung von Übereinkunft und Satzung und die Erteilung einer Genehmigung. Hierbei kann es je nach Mitgliedstaat zu mehr oder weniger zeitintensiven Genehmigungsverfahren kommen; dies mit Sicherheit auch bedingt durch die Tatsache, dass es bisher noch keinen EVTZ im Sinne eines „Europäischen Verbundes *universitärer Zusammenarbeit*“ gab.

## V. Die konkrete Ausgestaltung eines EVTZ im Rahmen interuniversitärer Zusammenarbeit am Beispiel von Eucor

### 1. Die Europäische Konföderation der Oberrheinischen Universitäten (Eucor)

Bereits 1989 wurde die Europäische Konföderation der Oberrheinischen Universitäten (Eucor) als Verbund und zentraler Akteur in der trinationalen Metropolregion Oberrhein im Bereich Forschung und Lehre gegründet. Eucor umfasst heute fünf Universitäten und Hochschulen aus Deutschland, Frankreich und der Schweiz, die sich in einem Radius von nur 200 km befinden: die Universität Basel, die Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau Freiburg, Université de Haute-Alsace (Mulhouse-Colmar), das Karlsruher Institut für Technologie sowie die Universität de Strasbourg. Durch die sehr hohe Dichte an wissenschaftlichen Einrichtungen bietet die Oberrheinregion ideale Bedingungen für Forschende, Doktoranden und Studierende. Durch Eucor wurden in seiner bisherigen Form bereits zahlreiche Kooperationen und grenzübergreifende Angebote an den beteiligten Universitäten ermöglicht, so z.B. gemeinsame Lehrveranstaltungen und interuniversitäre, zweisprachige Promotionsverfahren.

### 2. „Eucor – The European Campus“

Auch wenn mit Eucor bereits ein ausgeprägtes Kooperationsnetz zwischen seinen Mitgliedern besteht, so kam mit „Eucor – The European Campus“ die Vision einer „Europauniversität“ in Form eines EVTZ auf. Dieser sollte über die bisherige Partnerschaft der Universitäten und Hochschulen hinausgehen und einen eigenen, neuen interuniversitären Rahmen für die zahlreichen Studierenden, Forschenden und Doktoranden schaffen. Mit

der Gründung eines European Campus als eines europäischen Universitätsverbundes mit klar definierten gemeinsamen Strukturen sollten Kompetenzen und Potenziale gebündelt und ein Wissenschafts- und Forschungsraum mit internationaler Ausstrahlung geschaffen werden. Dabei soll der EVTZ „Eucor – The European Campus“ die Aufgaben und Projekte der Europäischen Konföderation übernehmen und fortführen sowie neue Kooperationen ausbauen: gemeinsame Professuren, gemeinsames Verwaltungspersonal und Servicestellen sowie gemeinsame Studienabschlüsse sind nur ein Teil der anvisierten Ziele, die durch die Gründung eines interuniversitären EVTZ erreicht werden sollen.

### 3. Die Struktur des EVTZ in Anwendung auf „Eucor – The European Campus“

Grundlage für die Umwandlung des Eucor-Zusammenschlusses in den EVTZ „Eucor – The European Campus“ war die bereits Eucor zugrundeliegende Gründungsvereinbarung von 1989. In dieser Vereinbarung haben die fünf oberrheinischen Universitäten und Hochschulen – Freiburg, Karlsruhe, Basel, Strasbourg und Mulhouse-Colmar – ihren Zusammenschluss in der Absicht einer Zusammenarbeit in allen Bereichen von Lehre und Forschung erklärt.<sup>30</sup> Ferner sind in der Gründungsvereinbarung Organisationsstrukturen innerhalb Eucors festgelegt worden, die im Wesentlichen auf zwei Organen basieren: dem *Präsidium* als Entscheidungsorgan, welches aus den amtierenden Rektoren und Präsidenten der Mitglieder besteht, und dem *Sekretariat*, das sich aus je einem Administrator der oberrheinischen Universitäten zusammensetzt und für die Zusammenarbeit im Rahmen der Konföderation verantwortlich ist.<sup>31</sup> Diese Struktur bildete die Grundlage für die Umwandlung des Eucor-Zusammenschlusses in den EVTZ „Eucor – The European Campus“.

#### a) Die Versammlung als Entscheidungsorgan

Art. 10 Abs. 1 lit. a) und b) EVTZ-VO bestimmen, dass der EVTZ zumindest zwei Organe hat: eine *Versammlung*, welche aus den Vertretern der Mitglieder des Verbundes besteht, sowie ein Direktor, der den EVTZ vertritt und für ihn handelt. In Anbetracht der bereits bestehenden Eucor-Struktur lag es nahe, das bisherige *Präsidium* in die nach Art. 10 Abs. 1 lit. a) EVTZ-VO vorgegebene *Versammlung* umzuwandeln. Vertreter der Mitglieder im Sinne des Art. 10 Abs. 1 lit. a) EVTZ-VO sind innerhalb eines interuniversitären Zusammenschlusses zunächst die amtierenden Rektoren und Präsidenten der

30 Gründungsvereinbarung von 1989, [http://www.eucor-uni.org/sites/eucor-uni.org/files/convention\\_fondatrice\\_eucor.pdf](http://www.eucor-uni.org/sites/eucor-uni.org/files/convention_fondatrice_eucor.pdf)

(10.1.2016).

31 Art. 3 der Eucor-Gründungsvereinbarung von 1989.

jeweiligen Hochschulen und Universitäten. Zum Zwecke der Flexibilität und vor dem Hintergrund zeitlicher Engpässe und organisatorischer Hürden sollte dem Präsidenten/dem Rektor jedoch die Kompetenz eingeräumt werden, eine dritte Person dauerhaft mit der Vertretung der Hochschule im EVTZ beauftragen zu können.

Ferner sind die inhaltlichen Vorgaben der EVTZ-VO zu beachten: Zum einen regelt Art. 11 Abs. 1 EVTZ-VO, dass der jährlich aufgestellte Haushaltsplan von der *Versammlung* verabschiedet wird; zum anderen sind nach Art. 8 Abs. 2 lit. f) und Art. 9 Abs. 2 lit. a) EVTZ-VO die Organe und ihre jeweiligen Kompetenzen in der Übereinkunft und in der Satzung zusätzlich die Anzahl der Vertreter der Mitglieder in den Organen zu bezeichnen.

Wird die *Versammlung* als Entscheidungsorgan ausgestaltet, so sollten insbesondere auch Regelungen zu den Mehrheitsanforderungen im Rahmen von Entscheidungsverfahren, zum Vorsitz der *Versammlung* sowie zum Abhalten von Sitzungen getroffen werden.

#### b) Der Direktor als Vertreter und Handlungsorgan

Als weiteres obligatorisch einzurichtendes Organ sieht Art. 10 Abs. 2 lit. b) EVTZ-VO den *Direktor* vor. Er vertritt den EVTZ nach außen und handelt für ihn. Die Terminologie des „Direktors“ ist dabei nicht zwingend. Bei der Umwandlung von Eucor in den EVTZ „Eucor – The European Campus“ wurde auch hier auf die Eucor-Gründungsvereinbarung zurückgegriffen: Diese sieht vor, dass die das *Präsidium* bildenden amtierenden Rektoren und Präsidenten aus ihrer Mitte einen Vorsitzenden wählen. Das Amt des Vorsitzenden wurde nun in das Amt des *Direktors* übergeleitet, wobei die Terminologie in „*Präsident*“ geändert wurde. Hinsichtlich der Regelung in Satzung und Übereinkunft sind ebenfalls die Vorschriften der Art. 8 Abs. 2 lit. f) und Art. 9 Abs. 2 lit. a) EVTZ-VO zu beachten.

#### c) Weitergehende inhaltliche Regelungen und Einrichtung weiterer Organe und Stellen

Hinsichtlich der inhaltlichen Anforderungen an Satzung und Übereinkunft sehen Art. 8 Abs. 2 und Art. 9 Abs. 2 EVTZ-VO einen fest definierten Rahmen vor. Die dort genannten Punkte sind zweifelsohne in die jeweilige Vereinbarung aufzunehmen. Darüber hinaus stellt sich die Frage, welche weiteren, über den Mindestinhalt hinausgehenden inhaltlichen Aspekten in Satzung und Übereinkunft aufzunehmen sind. Bestimmt wird dies maßgeblich durch die bereits bestehenden und anvisierten Strukturen sowie durch das Vorhaben des zu grün-

denden EVTZ. Kriterien können eine funktionierende Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedern sowie die Koordination der täglichen Anforderungen und des laufenden Geschäfts sein. Im Fall von „Eucor – The European Campus“ wurden als weitere Einrichtungen die *Geschäftsstelle*, die *Koordinationsstelle* sowie der Ausschuss der *Vizepräsidenten/Vizepräsidentinnen* geschaffen, welche insbesondere die Koordination der Zusammenarbeit, die Organisation des laufenden Geschäfts sowie die Vorbereitung der *Versammlungssitzungen* zur Aufgabe haben.

#### 4. Reduzierte Fassung der Übereinkunft

Neben der Frage, *welche* weitergehenden inhaltlichen Vereinbarungen zu treffen sind, stellt sich darüber hinaus die Frage, *in welchem* der beiden Dokumente – Satzung oder Übereinkunft – diese zu regeln sind. Ein Kriterium können dabei die in der EVTZ-VO unterschiedlich getroffenen Anforderungen an eine spätere Änderung von Satzung und Übereinkunft sein: Während Art. 4 Abs. 6 S. 1 EVTZ-VO für Änderungen beider Dokumente ein Mitteilungserfordernis an die Mitgliedstaaten vorsieht, enthält Art. 4 Abs. 6 S. 2 EVTZ-VO hinsichtlich einer Änderung der Übereinkunft das weitergehende Erfordernis einer Zustimmung der Mitgliedstaaten: Danach müssen die Mitgliedstaaten, deren Recht die Mitglieder des EVTZ unterliegen, jeder Änderung der Übereinkunft zustimmen.<sup>32</sup> Mit diesem Zustimmungsvorbehalt einher gehen sowohl eine verstärkte Kontrolle sowie ein zeitlich intensiveres Verfahren.

Für die Überlegung, welche Regelungen in der Satzung und welche in der Übereinkunft getroffen werden, bedeutet dies, dass alle Bereiche, die (i) nicht dem Mindestinhalt der Übereinkunft unterliegen, (ii) von einem Wandel und (iii) dem Bedürfnis einer zeitnahen Anpassung geprägt sind, in der Satzung geregelt werden sollten. Für die Frage der Bildung weiterer Organe kann es daher zweckmäßig sein, der *Versammlung* die Kompetenz der Einrichtung weiterer Ressorts und Ausschüssen zuzusprechen, anstatt weitere, neben der *Versammlung* und dem *Direktor* bestehende Organe zu bilden. Denn fällt das Aufgabengebiet eines Organs weg und wird das Organ selbst obsolet, so unterfällt die Änderung der Übereinkunft den weitergehenden Anforderungen des Art. 4 Abs. 6 S. 2 EVTZ-VO. Die Einrichtung einer weiteren Stelle, eines Ressorts oder Ausschusses, ebenso wie deren Auflösung, könnten hingegen bei Regelung in der Satzung durch „bloße“ Änderungsänderung erfolgen. Aus diesem Grund empfiehlt es sich, sich im Rahmen ei-

<sup>32</sup> Ausgenommen ist gem. Art. 4 Abs. 6 S. 2 i.V.m. Abs. 6 a lit. a) EVTZO der Beitritt eines neuen Mitglieds aus einem Mitgliedstaat, der die Übereinkunft bereits genehmigt hat.

ner interuniversitären grenzüberschreitenden Zusammenarbeit auf die in der Verordnung vorgegebenen Organe – *Versammlung* und *Direktor* – zu beschränken und die Einrichtung weiterer Stellen, Ressorts und Ausschüsse in der Satzung vorzunehmen.

#### 5. Festlegung auf ein Sitzland

Eine weitere Herausforderung bei der Gründung des EVTZ Eucor – The European Campus war die Festlegung des gemeinsamen Sitzstaates. Aufgrund der Beteiligung der Universität Basel als eine aus einem Drittland stammende Hochschule, kamen unter Anwendung des Art. 1 Abs. 5 EVTZ-VO nur Frankreich und Deutschland als potenzieller Sitzstaat in Betracht. In Frankreich gibt es bereits eine beachtliche Anzahl von EVTZ,<sup>33</sup> darunter auch mit deutscher Beteiligung wie der Eurodistrikt Strasbourg-Ortenau und der Eurodistrikt Saar-Moselle, allerdings befindet sich bei den meisten bislang gegründeten EVZT mit französischer Beteiligung der Sitz in Frankreich. Da sich hier der rechtliche Sitz jedoch in Freiburg im Breisgau befinden sollte, stellte die Festlegung des Sitzstaates einen weiteren, der gegenseitigen Abstimmung bedürftigen Aspekt dar. Im Ergebnis erfolgte eine Einigung und Festlegung auf Freiburg im Breisgau als rechtlichen Sitz des EVTZ. Ein Kompromiss wurde dabei durch die Einrichtung der *Koordinationsstelle* mit Sitz in Straßburg geschaffen, welche insbesondere für die Planung und Betreuung von Aufgaben und Projekten, die Kommunikation, Koordination und Zusammenarbeit innerhalb des EVTZ zuständig ist und der damit eine bedeutende Rolle zukommt.

#### 6. Umsetzung der Haftungsregelungen

Ferner bedurfte es bei der Umwandlung des Eucor-Zusammenschlusses in „Eucor – The European Campus“ der Vereinbarung von Haftungsregelungen.

Nach der EVTZ-VO ist die Haftung des EVTZ sowohl im Hinblick auf die Zurechnung des Handelns seiner Mitglieder als auch hinsichtlich des Umfangs sehr weit ausgestaltet: Gem. Art. 10 Abs. 3 EVTZ-VO haftet der EVTZ gegenüber Dritten für Handlungen seiner Organe und zwar auch dann, wenn solche Handlungen nicht zu den Aufgaben des EVTZ gehören und damit *ultra vires* erfolgt sind.<sup>34</sup> Der Umfang der Haftung des EVTZ ist dabei grundsätzlich unbeschränkt (Art. 12 Abs. 1 Unterabs. 1 EVTZ-VO). Darüber hinaus ist die Haftung eng an die Mitglieder des EVTZ geknüpft. So haften

gem. Art. 12 Abs. 2 EVTZ-VO die Mitglieder für jegliche Schulden des EVTZ, wenn die Mittel des EVTZ zur Deckung nicht ausreichen. Der Anteil an der Haftung eines jeden Mitglieds wird dabei entsprechend seinem Beitrag festgelegt.

Gleichwohl können die Mitglieder des EVTZ ihre Haftung unter den besonderen Voraussetzungen des Art. 12 Abs. 2a EVTZ-VO in der Übereinkunft beschränken.<sup>35</sup> Für diesen Fall muss die Bezeichnung des EVTZ jedoch den Zusatz „mit beschränkter Haftung“ tragen (Art. 12 Abs. 2a Unterabs. 2 EVTZ-VO).

Aufgrund der umfassenden Haftung des EVTZ nach außen und der umfangreichen Zurechnung des Handelns seiner Organe erscheint eine zusätzliche, das Innenverhältnis der Mitglieder betreffende Haftungsvereinbarung in der Satzung sinnvoll. Insbesondere in Bezug auf eine etwaige Fehlverwendung von Drittmitteln kann eine Regelung ratsam sein, welche vorsieht, dass das jeweilige EVTZ-Mitglied, in dessen Verantwortungsbereich sich die Fehlverwendung ereignet hat, die anderen Mitglieder insoweit freistellt. So wurde das auch beim EVTZ „Eucor – The European Campus“ geregelt.

#### 7. Das Genehmigungsverfahren

##### a) Prüfung und Genehmigung von Übereinkunft und Satzung

Wie bei allen sich in der Gründung befindenden EVTZ war auch bei „Eucor – The European Campus“ die Verständigung aller Mitglieder auf eine gemeinsame Satzung und Übereinkunft die wichtigste Voraussetzung für die Einleitung des Genehmigungsverfahrens.

Die Regelung in der EVTZ-VO ist allerdings wenig glücklich. Danach beginnt das Genehmigungsverfahren gem. Art. 4 Abs. 3 EVTZ-VO mit der Mitteilung der geplanten Beteiligung des jeweiligen Mitglieds an einem EVTZ sowie der Übermittlung einer Abschrift von Satzung und Übereinkunft an den eigenen Mitgliedstaat. Im Anschluss prüft und genehmigt gem. Art. 4 Abs. 3 EVTZ-VO das jeweilige Mitgliedsland entsprechend seiner verfassungsmäßigen Struktur die Teilnahme des potenziellen Mitglieds an dem EVTZ sowie die Übereinkunft. Das Genehmigungsverfahren endet mit der Registrierung oder Veröffentlichung von Übereinkunft und Satzung und der damit verbundenen Erlangung der Rechtspersönlichkeit des EVTZ.

33 Frankreich ist bereits an 17 EVTZ beteiligt, wovon 11 ihren Sitz in Frankreich haben, EVTZ-Register, <https://portal.cor.europa.eu/egtc/Regiſter/Pages/DE.aspx> (10.1.2016).

34 *Pechtstein/Deja*, EuR 2011, 357 (376).

35 Voraussetzung gem. Art. 12 Abs. 2a EVTZ-VO ist, dass die Haf-

tung mindestens eines EVTZ-Mitglieds aus einem Mitgliedstaat nach Maßgabe des nationalen Rechts, dem dieses Mitglied unterliegt, beschränkt ist, und dass eine Haftungsbeschränkung nach den nationalen Vorschriften zur Durchführung der Verordnung gestattet ist.

Im Fall von „Eucor – The European Campus“, der seinen Sitz in Freiburg, Baden-Württemberg hat, ist die zuständige Stelle für die Genehmigung das Regierungspräsidium Freiburg. Anders als in der VO vorgesehen, wurde das Regierungspräsidium hier von vornherein in die Ausarbeitung von Übereinkunft und Satzung mit einbezogen. So konnte bei der Beratung zwischen den beteiligten Universitäten die Auffassung des Regierungspräsidiums von Anfang an berücksichtigt werden. Auf diese Weise war das Regierungspräsidium nicht nur Genehmigungsbehörde sondern zugleich Beratungsinstanz, die auch als Mittler zum zuständigen Ministerium sowie zu den Genehmigungsbehörden der anderen Länder auftrat. Nur so war die rasche und problemlose formelle Genehmigung möglich. Es zeigt sich hier, dass anders als in der EVTZ-VO vorgesehen, die Genehmigungsbehörde von Anfang an in die Beratungen einbezogen werden sollte.

#### b) Besonderheiten bei der Beteiligung der Universität Basel

Eine Besonderheit im Rahmen von „Eucor – The European Campus“ ist zudem die Beteiligung der Universität Basel als eine aus einem Drittland stammende Hochschule. Dass die Universität Basel als Einrichtung des öffentlichen Rechts eines Drittstaates Mitglied eines EVTZ sein kann, regelt Art. 3 Abs. 1 lit. f EVTZ-VO, welcher auf die weitergehenden Anforderungen des Art. 3a EVTZ-VO verweist. Da im vorliegenden Fall bereits zwei Mitglieder aus EU-Staaten (Deutschland und Frankreich) am EVTZ beteiligt sind, richtet sich die Beteiligung der Universität Basel nach Art. 3a Abs. 1 EVTZ-VO. Danach ist Voraussetzung, dass das zu beteiligende Drittland und die Mitgliedstaaten gemeinsam Maßnahmen der territorialen Zusammenarbeit oder von der Union unterstützte Programme durchführen und dass das Drittland an eines der beiden Mitgliedstaaten unmittelbar angrenzt.<sup>36</sup> Beide Voraussetzungen sind im Fall des EVTZ „Eucor – The European Campus“ erfüllt: Zum einen soll durch den EVTZ die bereits bestehende, auf Eucor basierende interuniversitäre Kooperation verstärkt werden, zum anderen grenzt die Schweiz sowohl an Deutschland, als auch an Frankreich unmittelbar an.

Darüber hinaus müssen die in Art. 4 Abs. 3a EVTZ-VO erhöhten Anforderungen im Rahmen der Genehmigung beachtet werden: Danach vergewissert sich der Mitgliedstaat, in dem der EVTZ seinen Sitz haben soll,

in Absprache mit den anderen betroffenen Mitgliedstaaten, dass die Bedingungen des Art. 3a EVTZ-VO erfüllt sind und dass das Drittland die Teilnahme des potenziellen Mitglieds unter Zugrundelegung der Bedingungen und Verfahren gemäß der EVTZ-VO oder einer Vereinbarung zwischen mindestens einem Mitgliedstaat, dessen Rechtsvorschriften ein potenzielles Mitglied unterliegt, und diesem Drittstaat genehmigt (Art. 4 Abs. 3a lit. a und b EVTZ-VO).

#### VI. Fazit

Das Modell eines Europäischen Verbundes territorialer Zusammenarbeit ist nicht nur auf Gebietskörperschaften und deren überregionales Zusammenwirken, sondern auch auf eine grenzüberschreitende Zusammenarbeit von Universitäten und Hochschulen verschiedener Staaten anwendbar. Dabei zeigt sich am Beispiel von Eucor, dass sich der EVTZ bei entsprechender Gestaltung, auch wenn die Einbettung interuniversitären Zusammenwirkens in eine Rechtsform bisher fremd war, durchaus als Rechtskleid eignet.

Der EVTZ bietet mit seinen klar definierten und für alle Mitgliedstaaten gleichermaßen geltenden Vorgaben einen Rahmen, an dem sich die potenziellen Mitglieder orientieren und ausrichten können. Zugleich gewährt er durch die Möglichkeit weitergehender inhaltlicher Regelungen genügend Spielraum für eine Anpassung des EVTZ auf die jeweiligen Bedürfnisse, Anforderungen und Vorhaben des Verbundes.

Herausforderungen bei der Gründung eines interuniversitär und grenzüberschreitend agierenden EVTZ stellen sich insbesondere bei der Fassung einer gemeinsamen Übereinkunft und Satzung in den jeweiligen Sprachen sowie bei der Festlegung eines gemeinsamen Sitzstaates. Darüber hinaus bedarf es einer einvernehmlichen Ausgestaltung in den Bereichen Haftung, Koordination, Organisation und Entscheidungsfindung durch die Organe.

Diesen Herausforderungen stehen jedoch die maßgeblichen Vorteile einer eigenen Rechtspersönlichkeit, eines festen Rahmens hinsichtlich Organisation und Rechtsanwendung, sowie der Möglichkeit einer bisher nicht realisierbaren interuniversitären Zusammenarbeit gegenüber. Durch die Bündelung von Forschungskapazitäten und der Einrichtung von Großforschungseinrichtungen können Projekte in einem Umfang durchgeführt

<sup>36</sup> Vgl. zu den Voraussetzungen auch *Krzymuski/Kubicki*, EVTZ-2.0 – Neue Chance für die grenzübergreifende Zusammenarbeit öffentlicher Einrichtungen?, NVwZ 2014, 1338 (1342).

werden, die ohne einen solchen grenzübergreifenden Verbund nicht möglich wären.

Damit stellt der EVTZ im Bildungszweig, konkret in dem Bereich der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit von Hochschulen und Universitäten, eine neue Form interuniversitären Wirkens und Schaffens dar, die den zahlreichen Studierenden, Doktoranden und Forschenden der beteiligten Hochschulen und Universitäten die Wahrnehmung und Integration eines weit umfassenderen Spektrums an Lehrveranstaltungen und Projekten ermöglicht als bisher. Auf diese Weise können die Grenzen zwischen den beteiligten Universitäten und

Hochschulen auch außerhalb eines gezielten Auslandsaufenthaltes auf Dauer geöffnet und ein internationales Studieren und Forschen in kontinuierlicher Weise ermöglicht werden.

Uwe Blaurock ist emeritierter Professor an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Johanna Hennighausen ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Wirtschaftsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.



# Volker M. Haug

## *Die Gemeinsame Wissenschaftskonferenz (GWK): Das zentrale Steuerungsorgan der nationalen Wissenschaftsförderung*

### ÜBERSICHT

#### I. Einleitung

#### II. Rechtliche Grundlagen

##### 1. Entstehungsgeschichte von Art. 91b GG

###### a) Ursprungsfassung des 1969

###### b) Föderalismusreform von 2006

###### c) Reform von Art. 91b GG von 2014

##### 2. Auslegungsfragen des Art. 91b GG

###### a) Überregionale Bedeutung

###### b) Vereinbarungen

###### c) Im Schwerpunkt Hochschulen betreffend

###### d) Kostentragung

##### 3. Vereinbarungen und Beschlüsse

#### III. Aufgabe und Bedeutung

##### 1. Generelle Aufgabenstellung

##### 2. Fördertätigkeit im Einzelnen

###### a) Große Forschungsorganisationen

###### b) Wissenschaftspakte

###### c) Sonstige Förderungen

#### IV. Organisation und Arbeitsweise

##### 1. Zusammensetzung

##### 2. Wichtige Parameter für die Arbeitsweise

###### a) „Interne Fronten“

###### b) „Externe Fronten“

##### 3. Innere Strukturen

###### a) Leitung

###### b) Struktur der Willensbildung

###### c) Gremien- und Organisationsstruktur

#### V. Fazit

### I. Einleitung

Die Finanzierung des deutschen Wissenschaftssystems ist wesentlich durch das föderale System der Bundesre-

publik geprägt. Danach obliegt die Finanzierung von Wissenschaft und Hochschulen grundsätzlich den Ländern. Als Teil der sogenannten Kulturhoheit stellt dieses Politikfeld einen der wesentlichen politischen Gestaltungsspielräume auf Landesebene dar. Nach dem strikten Trennungsgrundsatz des Art. 104a Abs. 1 GG können und dürfen Bund und Länder nur diejenigen Aufgabefelder finanzieren, für deren Wahrnehmung sie auch zuständig sind. Doch dieser grundsätzliche Ausschluss des Bundes aus der Hochschul- und Wissenschaftsfinanzierung kontrastiert mit den extrem hohen Mittelbedarfen auf diesem Politikfeld. Eines von vielen Beispielen dafür bilden die großen Höchstleistungsrechner, die sich selbst die leistungsstarken Bundesländer wie Nordrhein-Westfalen, Bayern oder Baden-Württemberg nicht aus eigener Kraft leisten können.<sup>1</sup> Noch wesentlich gravierender ist die Situation in denjenigen (zahlreichen) Bundesländern, die schon durch die regulären staatlichen Aufgaben an ihre Leistungsgrenze kommen oder gar überfordert sind. Dies zeigt sich exemplarisch daran, dass in einigen Ländern über den Abbau von Studienplätzen nachgedacht wurde, während – auf ganz Deutschland bezogen – mit einem Anstieg von Studienanfängerzahlen das Gegenteil indiziert war.<sup>2</sup>

Deshalb erlaubt das Grundgesetz als Ausnahme zu Art. 104a Abs. 1 GG Bund und Ländern in Art. 91b, „auf Grund von Vereinbarungen in Fällen überregionaler Bedeutung [...] bei der Förderung von Wissenschaft, Forschung und Lehre“ zusammenzuwirken. Um diese Gemeinschaftsaufgabe operativ umzusetzen, haben Bund und Länder die „Gemeinsame Wissenschaftskonferenz“ (GWK) ins Leben gerufen. Der größte Teil der Bundesmittel,<sup>3</sup> die in das Wissenschaftssystem fließen, werden nach Ergänzung durch die Mittelanteile der Länder über die GWK als politisches Zuwendungskonsortium an verschiedene Förderorganisationen und -strukturen

1 Allein die jüngste Erweiterung des Münchner Großrechners „SuperMUC“ kostete 49 Mio. €, vgl. [http://www.focus.de/regional/muenchen/computer-hoehstleistungsrechner-supermuc-verdoppelt-leistungskraft\\_id\\_4783350.html](http://www.focus.de/regional/muenchen/computer-hoehstleistungsrechner-supermuc-verdoppelt-leistungskraft_id_4783350.html) (7.1.2016).

2 Als die einschlägige KMK-Prognose (Statistische Veröffentlichungen der Kultusministerkonferenz Nr. 176 vom Oktober 2005, S. 28 ff., online: [http://www.kmk.org/fileadmin/veroeffentlichungen\\_beschluesse/2005/2005\\_10\\_01-Studienanfaenger-Absolventen-2020.pdf](http://www.kmk.org/fileadmin/veroeffentlichungen_beschluesse/2005/2005_10_01-Studienanfaenger-Absolventen-2020.pdf)) vor rund zehn Jahren einen Anstieg an Studienanfängern prognostizierte, konnten die neuen Bundesländer und

die Stadtstaaten nur durch eine Finanzierungsgarantie im Rahmen des Hochschulpaktes von einem Abbau ihrer Studienplätze abgehalten werden, vgl. Art. 1 § 3 Abs. 3 – 5 der Verwaltungsvereinbarung über den Hochschulpakt 2020 vom 20.8.2007, BAnz v. 12.9.2007, S. 7480.

3 Andere Bundesmittel stellen solche von Projektförderungen (gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 13, 87 Abs. 3, 104a Abs. 1 GG) insbesondere des BMBF sowie Ressortforschungsmittel dar, vgl. auch BT-Drs. 16/813, S. 16; Henneke, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 91b Rn. 6.

ausgeschüttet. Damit stellt diese Organisation die zentrale Institution der nationalen Wissenschaftsförderung dar.

## II. Rechtliche Grundlagen

### 1. Entstehungsgeschichte des Art. 91b GG

Die zentrale Rechtsgrundlage für die Tätigkeit der GWK ist Art. 91b GG. Bevor diese Gemeinschaftsaufgabe im Jahr 1969 grundgesetzlich verankert wurde,<sup>4</sup> war die Mitwirkung und -finanzierung des Bundes in Wissenschaftsbelangen verfassungsrechtlich fragwürdig. Immerhin konnte der Bund auf eine – freilich nicht genutzte – materielle Gesetzgebungskompetenz verweisen (Art. 74 Abs. 1 Nr. 13 GG). Wie viele Verfassungsergänzungen hatte aber auch Art. 91b GG eine Vorgeschichte. So hatten Bund und Länder – jeweils gestützt auf verschiedene Verwaltungsabkommen – schon seit 1957 im Rahmen des (allerdings nur mit Beratungskompetenzen ausgestatteten) Wissenschaftsrats eine gemeinsame Förderfähigkeit von DFG und MPG betrieben. Bereits 1949 hatten sich die Länder im Königsteiner Staatsabkommen auf eine gemeinsame Förderung der überregionalen Forschung verständigt und damit deren gesamtstaatliche Bedeutung anerkannt.<sup>5</sup>

#### a) Ursprungsfassung von 1969

In seiner ersten Fassung von 1969, die bis 2006 Geltung hatte, erlaubte Art. 91b GG Bund und Ländern, dass sie „auf Grund von Vereinbarungen [...] bei der Förderung von Einrichtungen und Vorhaben der wissenschaftlichen Forschung von überregionaler Bedeutung zusammenwirken“ können. Die operative Umsetzung der Gemeinschaftsaufgabe oblag der „Bund-Länder-Kommission für Bildungsplanung und Forschungsförderung“ (BLK), die als Vorgängereinrichtung der GWK vergleichbar strukturiert war.<sup>6</sup> Die Aufteilung der Förderkosten war dem konsensualen politischen Ermessen von Bund und Ländern überlassen (Art. 91b S. 2 GG 1969), womit nun die Bundesmitfinanzierung jeglichen verfassungsrechtlichen Zweifeln enthoben war. Sie umfasste sowohl mit dem Begriff der „Vorhaben“ die

Projektförderung als auch mit dem Begriff der „Einrichtungen“ die institutionelle Förderung,<sup>7</sup> war allerdings – wie die vorausgegangene Förderpraxis – auf die Forschung beschränkt. Hierzu zählen alle auf die Gewinnung neuer Erkenntnisse gerichtete Tätigkeiten, die nach wissenschaftlich-rationalen Gesetzmäßigkeiten erfolgen.<sup>8</sup> Die institutionelle Förderung durfte sich dabei nicht pauschal auf Universitäten oder Hochschulen beziehen, zu deren Aufgaben u.a. auch die Lehre zählt, sondern nur auf klar abgrenzbare Forschungsbereiche an Hochschulen oder auf reine (außeruniversitäre) Forschungseinrichtungen bzw. -organisationen (wie z.B. die MPG).<sup>9</sup> In den Folgejahrzehnten wurde der damit verbundene Ausschluss des Bundes von einer Mitfinanzierung der Lehre zunehmend als problematisch empfunden. Dazu trug zum einen der Öffnungsbeschluss von 1977 bei, der die Universitäten zu den heutigen Masseneinrichtungen machte.<sup>10</sup> Zum anderen drängten in den 80er und 90er Jahren geburtenstarke Jahrgänge an die Hochschulen, was vor allem die kleineren und schwachen Länder an ihre Leistungsgrenze brachte. Deshalb ging der Bund ab 1989 zu einer verfassungsrechtlich grenzwertigen Konstruktion über: Indem er den Ländern versprach, sich zu ihren Gunsten stärker in der Forschungsförderung zu engagieren, ließ er sich zusichern, dass diese die freiwerdenden Mittel in einen qualitativen und quantitativen Ausbau der Lehre investieren würden.<sup>11</sup> Durch diese Hochschulsonderprogramme wurden insgesamt zusätzlich 5,8 Mrd. € (davon 3,3 Mrd. € Bundesmittel) für die Lehre zur Verfügung gestellt.<sup>12</sup> Zugleich machte dieses „Umgehungsgeschäft“ den Bedarf nach einer Mitfinanzierung des Bundes in der Lehre deutlich.

#### b) Föderalismusreform von 2006

Dies führte zu einer Neufassung des Art. 91b GG im Rahmen der Föderalismusreform I im Jahr 2006. Da hierbei die bis dahin ebenfalls in Art. 91b GG enthaltenen Mitwirkungsrechte des Bundes in der Bildungsplanung beseitigt wurden und der Schulbereich zur ausschließlichen Länderdomäne umgestaltet wurde, ist der neue Art. 91b GG von unitaristischen Stimmen mit dem

4 21. Gesetz zur Änderung des GG (Finanzreformgesetz) v. 12.5.1969, BGBl. I S. 359.

5 Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, Erg.-Lfg. 18, Art. 91b Rn. 3 m.w.N., 4.

6 Näher dazu Schlegel, in: Flämig/Kimminich u.a. (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, S. 1689 ff. Zur GWK-Struktur s.u. IV. 3.

7 Speiser, Das „Kooperationsverbot“, DÖV 2014, S. 555 (557).

8 Vgl. Maunz (Fn. 5), Art. 91b Rn. 32.

9 Maunz (Fn. 5), Art. 91b Rn. 23, 30.

10 Beschluss der Ministerpräsidenten der Länder vom 15.7.1977, der im Beschluss der Regierungschefs von Bund und Ländern zur Sicherung der Ausbildungschancen vom 4.11.1977 auch die Zustimmung des Bundeskanzlers fand; näher dazu Schiedermaier, in: Flämig/Kimminich u.a. (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, S. 37 (58 f.).

11 [Http://www.tagespiegel.de/wissen/bund-laender-kommission-die-heimlichen-herrscher/1132308.html](http://www.tagespiegel.de/wissen/bund-laender-kommission-die-heimlichen-herrscher/1132308.html) (7.1.2016); vgl. auch Schiedermaier (Fn. 10), S. 37 (60 ff.).

12 [Http://www.blk-bonn.de/blk-rueckblick.htm](http://www.blk-bonn.de/blk-rueckblick.htm) (7.1.2016).

ideologisch aufgeladenen Kampfbegriff des „Kooperationsverbotes“ belegt worden.<sup>13</sup> Leider ist dieser Begriff auch auf das Zusammenwirken von Bund und Ländern im Wissenschaftsbereich angewendet worden, obwohl auf diesem Feld das Gegenteil erfolgt ist: Die gemeinsame Förderpolitik durfte sich nach Art. 91b Abs. 1 GG 2006<sup>14</sup> nicht nur auf „Einrichtungen und Vorhaben der wissenschaftlichen Forschung außerhalb von Hochschulen“ beziehen, sondern auch auf „Vorhaben der Wissenschaft und Forschung an Hochschulen“.<sup>15</sup> Da der Wissenschaftsbegriff auch die Lehre umfasst, war mit dieser GG-Änderung das Tor aufgestoßen für eine reguläre (freilich projektbezogene) Mitfinanzierungskompetenz des Bundes in der Hochschullehre.<sup>16</sup> Diese Kooperationserweiterung nutzten Bund und Länder dann auch umgehend für den milliardenschweren Hochschulpakt 2020,<sup>17</sup> der ohne diese Reform nicht möglich gewesen wäre. Mit dieser Reform ging außerdem die aus dem Wegfall der Bildungsplanung folgende Abschaffung der BLK einher. Für die Wissenschaftsförderung wurde an ihrer Stelle die GWK gegründet.

#### c) Reform des Art. 91b GG von 2014

Dessen ungeachtet wurde im politischen Raum die Einschränkung auf „Vorhaben“ (also Projektfinanzierungen) im Hochschulbereich als kritikwürdig angesehen. Sowohl die die chronische Unterfinanzierung der Hochschulen beklagende Hochschulvertreter, als auch unitaristisch ausgerichtete Bundespolitiker und Vertreter von insbesondere finanzschwächeren Ländern verstärkten den Ruf nach der Ermöglichung einer institutionellen Bund-Länder-Finanzierung von Hochschulen.<sup>18</sup> Dies führte zu einer abermaligen Reform des Art. 91b GG im Jahr 2014,<sup>19</sup> die nun eine – mit Ausnahme des Erfordernisses der überregionalen Bedeutung – voraussetzungs-

lose Gemeinschaftsfinanzierung „von Wissenschaft, Forschung und Lehre“ ermöglicht. Dies schließt nun auch eine zeitlich und thematisch unbegrenzte Bundesförderung von Hochschulen mit ein.<sup>20</sup> Auch wenn in Art. 91b Abs. 1 S. 2 GG 2014 solche Vereinbarungen, „die im Schwerpunkt Hochschulen betreffen“, nur mit Zustimmung aller Länder möglich sind,<sup>21</sup> stellt Art. 91b GG in seiner heute geltenden Fassung eine nahezu schrankenlose Blankettermächtigung zur Politik des goldenen Zügels durch den Bund dar.<sup>22</sup> Indem die Länder diesen Einschnitt in ihre Hoheitsdomäne der Hochschulfinanzierung und damit auch der Hochschulpolitik zugelassen haben, sind die Kulturhoheit und die föderale Ordnung nicht unwesentlich geschwächt worden. Gleichwohl findet die jüngste Reform des Art. 91b GG im Schrifttum weit überwiegend Zustimmung.<sup>23</sup>

#### 2. Auslegungsfragen von Art. 91b GG

Auch wenn mit dem Wechsel vom Enumerativprinzip zum „einheitlichen Ansatz“<sup>24</sup> des neuen Art. 91b GG einige Auslegungsprobleme entfallen sind (v.a. die Begriffsabgrenzungen von „Vorhaben“ und „Einrichtungen“), bleiben einige Fragen erhalten und kommen neue hinzu.

##### a) Überregionale Bedeutung

Das einzige verbliebende materielle Tatbestandsmerkmal, das die Gemeinschaftsaufgabe der Wissenschaftsförderung einhegt, ist das der überregionalen Bedeutung. Die Anforderungen an dieses Merkmal sind jedoch traditionell überschaubar: Die h.M. versteht darunter eine über ein einziges Bundesland hinausgehende Bedeutung, weshalb bereits eine Relevanz für zwei Bundesländer ausreichen soll.<sup>25</sup> Bei der Einschätzung dieser Bedeutung wird Bund und Ländern zudem ein weiter

13 Vgl. *Seckelmann*, „Föderalismusreform III“ im Wissenschaftsbereich? Zur aktuellen Neuordnung der föderalen Kooperation, *NVwZ* 2015, S. 248; krit. zum Begriff des „Kooperationsverbotes“ *Henneke* (Fn. 3), Art. 91b Rn. 24 f., 36; auch *Kloepfer*, *Verfassungsrecht I*, § 22 Rn. 149, betont die nach Art. 91b GG 2006 bestehenden starken Einwirkungsmöglichkeiten des Bundes auf Kernkompetenzen der Länder.

14 Art. 1 Nr. 13 des Gesetzes zur Änderung des GG v. 28.8.2006, *BGBI. I S.* 2034 (2036).

15 Lediglich im Bereich des Hochschulbaus wurde mit der Abschaffung der Gemeinschaftsaufgabe des Hochschulbaus (Art. 91a Abs. 1 Nr. 1 GG a.F.) eine Reduzierung der gemeinsamen Förderung auf die Forschungsbauten (Art. 91b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GG 2006) vorgenommen.

16 *BVerfGE* 35, S. 79 (112); *Scholz*, in: *Maunz/Dürig, GG, Erg.-Lfg.* 74, Art. 5 Abs. 3 Rn. 9; *Henneke* (Fn. 3), Art. 91b Rn. 16; *Wendt*, in: *v. Münch/Kunig*, Art. 5 Rn. 100; davon geht auch die Bundesregierung in der Begründung des Gesetzentwurfs für die Reform des Art. 91b GG 2014 aus, *BT-Drs. 18/2710*, S. 7.

17 Näher dazu unten, III.2.b).

18 Siehe z. B. <http://www.spiegel.de/uni/spiegel/studium/bildungsfoederalismus-das-kooperationsverbot-kippelt-a-814584.html> (7.1.2016); vgl. auch *Seckelmann* (Fn. 13), S. 248 (249).

19 Gesetz zur Änderung des GG (Art. 91b) v. 23.12.2014, *BGBI. I S.* 2438.

20 *Wolff*, *Der neue Artikel 91b GG*, *DÖV* 2015, S. 771 (773).

21 Durch dieses Einstimmigkeitserfordernis auf Länderseite kommt nach den Worten der Bundesregierung die „Wahrung der föderalen Kompetenzordnung ... zum Ausdruck“, *BT-Drs. 18/2710*, S. 7.

22 Zur grundsätzlichen Kritik an den Gemeinschaftsaufgaben bzw. Mischfinanzierungen vgl. *Henneke* (Fn. 3), *Vorb. v. Art. 91a Rn. 5*; *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig, GG, Erg.-Lfg.* 75, Art. 20 IV Rn. 151, §pricht insoweit vom „trojanische[n] Pferd des Bundesstaates“.

23 Vgl. *Seckelmann* (Fn. 13), S. 348 (251); *Wolff* (Fn. 20), S. 771 (780), sieht darin zumindest „einen ersten guten Kompromiss“.

24 *Wolff* (Fn. 20), S. 771 (772).

25 *Wolff* (Fn. 20), S. 771 (777); *Volkman*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 91b Rn. 9*.

politischer Beurteilungsspielraum zugesprochen.<sup>26</sup> Diese Auslegung ist letztlich wenig überzeugend, nicht zuletzt deshalb, weil ihr eine gehörige Portion Willkürlichkeit angesichts der unterschiedlichen Ländergröße innewohnt. So wäre eine Fördermaßnahme, die für Schleswig-Holstein und Hamburg relevant wäre, bereits von überregionaler Bedeutung, während dies für eine nur im Land Nordrhein-Westfalen oder Baden-Württemberg relevante Maßnahme zu verneinen wäre – obwohl Fläche, Bevölkerungszahl und wirtschaftliche Potenz dieser beiden Bundesländer jeweils erheblich über dem genannten Nordverbund liegen. Daher erscheint eine teleologische Betrachtung des Tatbestandsmerkmals sinnvoller: Grundsätzlich ist die Wissenschaftsförderung und -politik gem. Art. 30 GG Ländersache; hierzu stellt die Gemeinschaftsaufgabe des Art. 91b GG eine Ausnahme dar, indem hier dem Bund eine Mitfinanzierungs- und Mitverwaltungskompetenz eingeräumt wird.<sup>27</sup> Das Tatbestandsmerkmal der überregionalen Bedeutung stellt für diese Ausnahme die materielle Rechtfertigung dar, weshalb dieser Begriff stärker im Sinne eines gesamtstaatlichen Bedürfnisses zu verstehen ist, wie das auch in der Gesetzesbegründung zur jüngsten Reform des Art. 91b GG ausgeführt wird. Danach muss der Fördergegenstand nicht nur „Ausstrahlungskraft über das einzelne Land hinaus“ haben, sondern außerdem – kumulativ – „bedeutend [...] im nationalen oder internationalen Kontext“ sein.<sup>28</sup> Deshalb benennt die Gesetzesbegründung aus guten Gründen den Hochschulpakt 2020, den Qualitätspakt Lehre und das Professorinnenprogramm – mit denen alle oder sehr viele Hochschulen in der ganzen Republik erreicht werden – als Beispiele für die überregionale Bedeutung.<sup>29</sup> Die gemeinsame Wissenschaftsförderung ist also insbesondere dann geboten, wenn es um die Stärkung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wissenschafts- und Forschungslandschaft geht.<sup>30</sup> Dies wird man bei vielen Projekten, die nur zwei oder wenige Länder betreffen, kaum behaupten können – zumal es dann diesen Ländern jederzeit unbenommen bleibt, im Rahmen ihrer Kompetenzen durch Verwaltungsabkommen oder Staatsverträge zusammenzuwirken. Soweit es um die Konkretisierung der überregionalen Bedeutung geht, steht Bund und Ländern außerdem ein nur begrenzter Beurteilungsspielraum zu, weil es sich dabei um einen unbestimmten Verfassungsbegriff handelt, der

der verfassungsgerichtlichen Überprüfung zugänglich ist. Allerdings ist zuzugestehen, dass der Begriff der „Bedeutung“ genuin politische Bewertungen voraussetzt, weshalb insoweit ein vom Bundesverfassungsgericht zu respektierender Einschätzungsspielraum besteht.<sup>31</sup>

#### b) Vereinbarungen

Der Begriff der Vereinbarungen stellt einen Sammelterminus für alle Formen zwischenstaatlich wechselseitig eingegangener Verpflichtungen dar. Er umfasst damit sowohl Staatsverträge, die der parlamentarischen Ratifikation bedürfen, als auch Verwaltungsabkommen, die nur zwischen den Exekutiven der beteiligten Staaten abgeschlossen werden. In jedem Fall wird man einen von den Betroffenen gefundenen und in einer gemeinsamen Urkunde dokumentierten Konsens verlangen müssen, weshalb bloße Briefwechsel oder einseitige Bescheide nicht ausreichen.<sup>32</sup> In der Praxis sind bislang – soweit ersichtlich – zur Umsetzung von Art. 91b GG ausnahmslos Verwaltungsabkommen gewählt worden. Diese können mangels parlamentarischer Einbindung keine Bindungswirkung für die jeweiligen gesetzgebenden Körperschaften entfalten<sup>33</sup> und haben nicht einmal eine unmittelbare Außenwirkung gegenüber den Förderungsempfängern.<sup>34</sup> In Ermangelung eines gesetzlichen Charakters erfüllen Verwaltungsabkommen außerdem nicht die Anforderungen des Gesetzesvorbehalts, wenn man diesen hier für anwendbar halten will. Legt man dafür die insoweit maßgebliche Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts<sup>35</sup> zugrunde, finden sich nicht zuletzt wegen der Grundrechtsrelevanz von Lehre und Forschung gem. Art. 5 Abs. 3 GG starke Argumente für die Bejahung des Gesetzesvorbehalts.<sup>36</sup> Auf der anderen Seite erlaubt das GG selbst den Abschluss von untergesetzlichen Verwaltungsabkommen in einem grundrechtssensiblen Bereich, weshalb die Inanspruchnahme dieser Erlaubnis schwerlich als grundgesetzwidrig anzusehen ist.<sup>37</sup>

#### c) Im Schwerpunkt Hochschulen betreffend

Neu ist das Tatbestandsmerkmal von „im Schwerpunkt Hochschulen betreffenden“ Vereinbarungen, für die – soweit keine Forschungsbauten und Großgeräte betref-

26 Maunz (Fn. 5), Art. 91b Rn. 33.

27 Kloepfer (Fn. 13), § 22 Rn. 140.

28 BT-Drs. 18/2710, S. 7; Henneke (Fn. 3), Art. 91b Rn. 8.

29 BT-Drs. 18/2710, S. 7; so erreicht der Hochschulpakt 2020 alle staatlichen Hochschulen; außerdem profitieren vom Qualitätspakt Lehre 186 und vom Professorinnenprogramm 115 Hochschulen.

30 Vgl. BT-Drs. 18/2710, S. 1.

31 Hierzu näher Wolff (Fn. 20), S. 771 (776 f.).

32 Henneke (Fn. 3), Art. 91b Rn. 3; Volkmann (Fn. 25), Art. 91b Rn. 7.

33 Maunz (Fn. 5), Art. 91b Rn. 9; Mager, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 91b Rn. 9 gelangt daher konsequent zur einer Rückholbarkeit von Vereinbarungsinhalten seitens der beteiligten Staaten.

34 Mager (Fn. 33), Art. 91b Rn. 12.

35 BVerfGE 83, S. 130 (142, 152); BVerfGE 95, S. 267 (307 f.).

36 Vgl. Mager (Fn. 33), Art. 91b Rn. 12.

37 Volkmann (Fn. 25), Art. 91b Rn. 7.

fen sind – die Zustimmung aller Länder erforderlich sind. Geringe Probleme bereitet dabei der Hochschulbegriff, der nach ganz h.M. einen weiten Oberbegriff darstellt. Er erfasst daher alle Hochschularten (Universitäten, Pädagogische Hochschulen, Fachhochschulen, Kunsthochschulen, Duale Hochschulen) in öffentlicher wie privater Trägerschaft.<sup>38</sup> Schwieriger ist die Auslegung des Begriffs der Schwerpunktbetroffenheit. Klar ist lediglich, dass der Verfassungsgeber nicht jede auch noch so geringe Hochschulbetroffenheit dem Einstimmigkeitserfordernis unterstellen, sondern dafür eine qualitative Hürde errichten wollte. Die Bundesregierung stellt in der Gesetzesbegründung einen unmittelbaren Zusammenhang mit der föderalen Kompetenzordnung her;<sup>39</sup> folglich soll mit diesem Zustimmungsvorbehalt ein bundesseitiges Übergreifen in den ureigenen Zuständigkeitsbereich der Länder gegen den Willen eines Landes ausgeschlossen werden. Deshalb kann weder auf den Grad der Direktheit einer Förderung (so der Bundesrat in seiner Stellungnahme)<sup>40</sup> noch auf die Anzahl der betroffenen Hochschulen oder Länder abgestellt werden.<sup>41</sup> Maßgeblich kann vielmehr nur eine qualitative Auslegung sein, die sich an dem Ausnahmecharakter zur normalen Kompetenzordnung orientiert. Da die institutionelle Finanzierung der Hochschulen trotz des neuen Art. 91b GG immer noch zu den Grundaufgaben der Länder zählt, kommt es für den Begriff der Schwerpunktbetroffenheit darauf an, ob mit der betreffenden Fördermaßnahme substantiell von dieser Regelkompetenz abgewichen wird. Dies wird dann zu bejahen sein, wenn die Hochschulförderung entweder zeitlich unbegrenzt angelegt ist oder bezüglich des finanziellen Volumens einen die Grundfinanzierung der betroffenen Hochschule(n) mitprägenden Charakter bekommt.

#### d) Kostentragung

In seiner Ursprungsfassung sprach Art. 91b GG noch von einer „Aufteilung der Kosten“. Da mit dem Begriff „Teilung“ sprachlich verbunden ist, dass sowohl der Bund als auch die Länder einen zu definierenden „Teil“ tragen müssen, war eine Alleinfinanzierung durch den Bund damals ausgeschlossen.<sup>42</sup> Seit 2006 wird jedoch der Begriff der „Kostentragung“ verwendet, wodurch der sprachliche Zwang einer Teilung entfallen ist. Daran ändert auch die Formulierung des Zusammenwirkens von Bund und Ländern nichts, weil der Begriff der

Zusammenwirkung neben der Finanzierung weitere Elemente enthalten kann, etwa die konzeptionelle Grundlage und politische Zielsetzung, aber auch die administrative Begleitung einer Förderung. Folglich ist seit 2006 auch eine Alleinfinanzierung des Bundes (bzw. theoretisch auch der Länderseite) im Rahmen einer Bund-Länder-Vereinbarung gem. Art. 91b GG möglich.<sup>43</sup>

#### 3. Vereinbarungen und Beschlüsse

Die Gemeinschaftsaufgabe des Art. 91b GG ist als verfassungsrechtliche Basis eine notwendige, aber nicht hinreichende Rechtsgrundlage für die GWK. Denn die Errichtung und Existenz der GWK ergibt sich nicht aus Art. 91b GG, sondern erst aus dem auf dessen Grundlage zwischen Bund und Ländern vereinbarten GWK-Abkommen (GWKA). Darin sind neben der Errichtung der GWK auch ihre Aufgaben und ihre Verfasstheit geregelt. Ergänzend tritt die von der GWK gem. Art. 4 Abs. 7 GWKA beschlossene Geschäftsordnung hinzu (GWK-GO). Die inhaltliche Arbeit der GWK beruht im Wesentlichen auf von ihr herbeigeführten Bund-Länder-Vereinbarungen (v.a. die zahlreichen Ausführungsvereinbarungen) sowie Beschlüssen der Regierungschefs von Bund und Ländern oder der GWK selbst.

### III. Aufgabe und Bedeutung

#### 1. Generelle Aufgabenstellung

Die Aufgabe der GWK besteht im Kern darin, die Gemeinschaftsaufgabe des Art. 91b GG mit Leben zu erfüllen und umzusetzen. Sie hat damit die Funktion eines Organs des kooperativen Föderalismus,<sup>44</sup> weil die häufig divergierenden Interessen der verschiedenen Länder und des Bundes zu einem Ausgleich gebracht werden müssen. Damit leistet sie einen unverzichtbaren Beitrag für die internationale Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wissenschafts- und Forschungslandschaft und „zur Innovationsfähigkeit Deutschlands in einer globalisierten Welt“.<sup>45</sup> Etwas profaner formuliert es Art. 2 GWKA, der die enge Koordination von Bund und Ländern „auf dem Gebiet der nationalen, europäischen und internationalen Wissenschafts- und Forschungspolitik“ (Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 GWKA) und deren Zusammenwirken bei der Förderung von Wissenschaft, Forschung und Lehre in Fällen überregionaler Bedeutung (Art. 2 Abs. 1 Nr. 2 GWKA) betont. Im Ergebnis geht es damit

38 Henneke (Fn. 3), Art. 91b Rn. 14; Wolff (Fn. 20), S. 771 (778).

39 BT-Drs. 18/2710, S. 7, bekräftigt in der Gegenäußerung auf S. 10.

40 BT-Drs. 18/2710, S. 8, Ziffer 2.

41 Wolff (Fn. 20), S. 771 (779).

42 Maunz (Fn. 5), Art. 91b Rn. 40.

43 Volkmann (Fn. 25), Art. 91b Rn. 20; Mager (Fn. 33), Art. 91b Rn. 31; die Möglichkeit der alleinigen Bundesförderung war auch das erklärte gesetzgeberische Ziel, BT-Drs. 16/813, S. 16.

44 Speiser (Fn. 7), S. 555 (556); Wolff (Fn. 20), S. 771 (772).

45 BT-Drs. 18/2710, S. 1.

auch um die Erfüllung des gesamtstaatlichen Interesses an einer bestmöglichen Wissenschaftsförderung. Im Einzelnen erfolgt die Erfüllung dieser Aufgabe durch vielfältige Fördermaßnahmen.

## 2. Fördertätigkeit im Einzelnen

### a) Große Forschungsorganisationen

Dies beginnt bei der Hauptfinanzierung der großen Wissenschaftsorganisationen (vgl. Anlage zum GWKA, § 1 Abs. 1 Nr. 1–5). Dies sind die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG), die Max-Planck-Gesellschaft (MPG), die Leibniz-Gemeinschaft (WGL),<sup>46</sup> die Fraunhofer-Gesellschaft (FhG) und die Helmholtz-Gemeinschaft (HGF). Die Finanzierungsanteile von Bund und Ländern sind dabei unterschiedlich. Im Jahr 2015 betrug allein der Bundesanteil an der Förderung der großen Wissenschaftsorganisationen 5.182 Mio. €:

Die Tätigkeit der DFG ist im Wesentlichen auf die Förderung von Forschungsprojekten an Hochschulen, hauptsächlich Universitäten, bezogen (bis hin zu zehnjährigen Sonderforschungsbereichen). Gemeinsam mit

dem Wissenschaftsrat ist sie aber auch in den ersten beiden Programmphasen mit der Durchführung des wissenschaftsgeleiteten Auswahlverfahrens im Rahmen der Exzellenzinitiative betraut worden, was sich sehr bewährt hat. Während die DFG also andere in deren Forschungstätigkeit unterstützt, betreiben die übrigen großen Wissenschaftsorganisationen eigene Forschung in ihren zahlreichen Instituten und Forschungszentren. Die MPG,<sup>49</sup> die WGL<sup>50</sup> und die FhG<sup>51</sup> unterhalten in allen Bundesländern und teilweise sogar im Ausland<sup>52</sup> jeweils zwischen über 80 und fast 100 Institute auf allen relevanten Wissenschaftsfeldern der Technik, der Naturwissenschaften, der Sozial- und der Rechtswissenschaften sowie der Medizin (vgl. Anlagen zur AV-MPG, zur AV-WGL und zur AV-FhG). Ebenso institutionell geprägt ist die Helmholtz-Gemeinschaft, die insgesamt 18 Helmholtz-Zentren zu ihren Mitgliedern zählt.<sup>53</sup> In dieser unterschiedlichen Fördertätigkeit von DFG einerseits (projektbezogen) und den anderen großen Wissenschaftsorganisationen andererseits (institutionenbezogen) liegt zugleich eine das deutsche Wissenschaftssystem stark prägende Zerklüftung: Während die DFG-Mittel hauptsächlich in die Forschung an den Universitäten fließen, stel-

| Wissenschaftsorganisation | Bundesanteil in % | Bundesanteil in € (2015) <sup>47</sup> | Länderanteil   | Rechtsgrundlage                         |
|---------------------------|-------------------|--|--|---|
| DFG                       | 58 %              | 1.137 Mio.                             | 42 % Alle Länder   | §§ 3 Abs. 1, 4 AV-DFG                   |
| MPG                       | 50 %              | 786 Mio.                               | 25 % Das betroffene Sitzland<br>25 % Alle Länder (gemeinsam)   | §§ 3 Abs. 1, 4 AV-DFG                   |
| WGL                       | 50 %              | 439 Mio.                               | Bei wiss. Infrastruktureinrichtungen:<br>12,5 % Das betroffene Sitzland<br>37,5 % Alle Länder (gemeinsam)<br>Sonst umgekehrt | §§ 3 Abs. 1, 5 AV-WGL                   |
| FhG                       | 90 %              | 540 Mio.                               | 6,6 % Alle Sitzländer gemeinsam<br>3,3 % Alle Länder (gemeinsam)   | §§ 3 Abs. 1, 4 AV-FhG                   |
| HGF                       | 90 %              | 2.280 Mio.                             | 10 %   | Art. 6 Abs. 1 Nr. 4 RV-Fo <sup>48</sup> |

46 Das Akronym WGL steht für die vollständige Bezeichnung „Wissenschaftsgemeinschaft Gottfried Wilhelm Leibniz e. V.“.

47 Bundeshaushalt 2015, Einzelplan 30 ([www.bundshaushalt-info.de/fileadmin/de.bundshaushalt/content\\_de/dokumente/2015/soll/epl30.pdf](http://www.bundshaushalt-info.de/fileadmin/de.bundshaushalt/content_de/dokumente/2015/soll/epl30.pdf)), Kap. 3003 (DFG, MPG, WGL) und 3004 (FhG, HGF).

48 Rahmenvereinbarung Forschungsförderung v. 28.11.1975, zuletzt geändert durch Vereinbarung v. 25.10.2001 (online: <http://www.kmk.org/fileadmin/pdf/foederalismus/Dok21.pdf>); allerdings erfolgt die Förderung bei der HGF – im Gegensatz zu MPG, WGL und FhG – nicht zugunsten des Gesamtverbundes, sondern jeweils gesondert für jedes einzelne Forschungszentrum; daher gibt es auch nur Einzelvereinbarungen zwischen dem Bund und dem jeweiligen Sitzland anstelle einer (Gesamt-)Ausführungsvereinbarung zur HGF.

49 Bekannte Beispiele in Baden-Württemberg sind das MPI für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg und das MPI für medizinische Forschung in Heidelberg.

50 Bekannte Beispiele in Baden-Württemberg sind das GESIS-Leibniz-Institut für Sozialwissenschaften in Mannheim, das Mathematische Forschungsinstitut Oberwolfach oder das Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW) Mannheim.

51 Bekannte Beispiele in Baden-Württemberg sind das FhI für Produktionstechnik und Automatisierung (IPA) in Stuttgart, das FhI für Solare Energiesysteme (ISE) in Freiburg und das FhI für System- und Innovationsforschung (ISI) in Karlsruhe.

52 Wie etwa das Kunsthistorische Institut der MPG in Florenz, vgl. GWK, Grundlagen der GWK 2015 (online: <http://www.gwk-bonn.de/fileadmin/Papers/GWK-Info-08-2015.pdf>), S. 38.

53 Liste der nach Art. 3 GWKA und § 1 Abs. 1 Nr. 2 der Anlage zum GWKA geförderten Mitgliedseinrichtungen der Hermann von Helmholtz-Gemeinschaft Deutscher Forschungszentren e.V., in: GWK (Fn. 52), S. 67 f.

len die Institute und Zentren der anderen Organisationen die außeruniversitäre Forschung dar. Diese international nicht übliche Trennung wird im Vergleich zu besonders forschungsstarken Universitäten im Ausland – wie etwa die ETH Zürich in der Schweiz, die Universitäten Oxford und Cambridge in Großbritannien oder die bekannten us-amerikanischen Universitäten Stanford, Yale oder MIT – häufig als struktureller Wettbewerbsnachteil der deutschen Universitäten beklagt.<sup>54</sup>

#### b) Wissenschaftspakte

Ein weiterer zentraler Block der Fördertätigkeit der GWK umfasst die Wissenschaftspakte. Hierzu zählen die Exzellenzinitiative zur Förderung besonders forschungsstarker Universitäten, der Hochschulpakt 2020 zur Förderung des Studienplatzausbaus und der Qualitätspakt zur Förderung der Studienbedingungen und Lehrqualität. Allein im Jahr 2015 umfasst der Bundesanteil an diesen Wissenschaftspakten 2.718 Mio. €. <sup>55</sup> Ebenfalls zu den Wissenschaftspakten gehört der Pakt für Forschung und Innovation, der verlässliche Steigerungsraten der Förderung der großen Wissenschaftsorganisationen vorsieht (und deshalb finanziell bereits in den dort genannten Zahlen enthalten ist). Der finanziell umfangreichste Pakt ist der Hochschulpakt 2020, der bis 2020 rund 1.568.844 zusätzliche Studienanfängerplätze in Deutschland<sup>56</sup> ermöglicht haben wird und über alle drei Förderphasen (2007 – 2023) auf ein Programmvolumen von 38,8 Mrd. € kommt.<sup>57</sup> Dies stellt trotz des langen Förderzeitraums eine äußerst stattliche Summe dar.

#### c) Sonstige Förderungen

Weitere Fördermaßnahmen betreffen besondere Wissenschaftsakademien (Leopoldina, acatech, in Baden-Württemberg die Heidelberger Akademie der Wissenschaften), die Förderung der angewandten Forschung und Entwicklung an Fachhochschulen, den Wettbewerb „Aufstieg durch Bildung: offene Hochschulen“, das Professorinnenprogramm und die Programme „Qualitätsoffensive Lehrerbildung“, die Chancengleichheit und die Nationale Kohorte im Rahmen der Gesundheitsforschung.<sup>58</sup> Von besonderer Bedeutung ist schließlich das Programm zur Förderung von Forschungsbauten, an dem sich der Bund zu 50 % mit jährlich 213 Mio. € für Forschungsbauten und 85 Mio. € für Großgeräte beteiligt; die andere Hälfte wird vom jeweiligen Sitzland getragen (§ 9 Abs. 1 AV-FuG). Auch hier liegt die Letztentscheidung nach Begutachtung durch den Wissenschaftsrat (§ 3 Abs. 4 S. 2 AV-FuG) bei der GWK (§ 1 Abs. 1 Nr. 11 Anlage zum GWKA).

ten), die Förderung der angewandten Forschung und Entwicklung an Fachhochschulen, den Wettbewerb „Aufstieg durch Bildung: offene Hochschulen“, das Professorinnenprogramm und die Programme „Qualitätsoffensive Lehrerbildung“, die Chancengleichheit und die Nationale Kohorte im Rahmen der Gesundheitsforschung.<sup>58</sup> Von besonderer Bedeutung ist schließlich das Programm zur Förderung von Forschungsbauten, an dem sich der Bund zu 50 % mit jährlich 213 Mio. € für Forschungsbauten und 85 Mio. € für Großgeräte beteiligt; die andere Hälfte wird vom jeweiligen Sitzland getragen (§ 9 Abs. 1 AV-FuG). Auch hier liegt die Letztentscheidung nach Begutachtung durch den Wissenschaftsrat (§ 3 Abs. 4 S. 2 AV-FuG) bei der GWK (§ 1 Abs. 1 Nr. 11 Anlage zum GWKA).

### IV. Organisation und Arbeitsweise

#### 1. Zusammensetzung

Wie bei einem politischen Koordinationsorgan einer Gemeinschaftsaufgabe zu erwarten ist, sind unter den Mitgliedern der GWK beide staatliche Ebenen – Bund und Länder – jeweils grundsätzlich auf Ministeriebene vertreten (Art. 1 GWKA). Abweichend von der Ministervorgabe in Art. 1 GWKA ist das BMF nicht durch den Minister, sondern durch einen beamteten Staatssekretär vertreten. Bemerkenswert ist allerdings, dass dies nicht nur für die für Wissenschaft und Forschung zuständigen Fachressorts gilt, sondern auch für die Finanzressorts. Damit gehören der GWK für den Bund eine Ministerin und für das BMF ein Staatssekretär<sup>59</sup> sowie für jedes Land regelmäßig zwei Minister an.<sup>60</sup> Die enge Einbindung der Finanzseite erklärt sich dadurch, dass die GWK keineswegs nur solches Geld verteilt, das schon bewilligt ist. Sie ist vielmehr auch das Forum, auf dem finanzielle

54 Die einzige Durchbrechung dieser Versäulung stellt die Zusammenführung der Universität Karlsruhe mit dem Helmholtz-Forschungszentrum Karlsruhe zum „Karlsruher Institut für Technologie“ (KIT) im Jahr 2009 dar. Ob damit allerdings wirklich die Fesseln für eine hohe internationale Strahlkraft des KIT gesprengt sind, bleibt noch abzuwarten.

55 Im Einzelnen: 2.120 Mio. Hochschulpakt 2020, 200 Mio. Qualitätspakt Lehre, 398 Mio. Exzellenzinitiative; Zahlen nach [www.bmbf.de/de/bildung-und-forschung-in-zahlen-1810.html](http://www.bmbf.de/de/bildung-und-forschung-in-zahlen-1810.html) (3.1.2016).

56 Die Phase I (2007 – 2010) umfasste mit 185.024 mehr als doppelt so viel wie die ursprünglich erwarteten 91.370 zusätzlichen Studienanfänger, vgl. GWK, Heft 27: Hochschulpakt 2020, Bericht zur Umsetzung in den Jahren 2007 bis 2010 und Jahresbericht 2010 (online: <http://www.gwk-bonn.de/fileadmin/Papers/GWK-Heft-27-Hochschulpakt-Umsetzung-2010.pdf>), Tab. 2; Phase II (2011 – 2015) umfasst nach Art. 1 § 1 Abs. 1 der Verwaltungsvereinbarung Hochschulpakt II v. 13.6.2013 (online: [https://www.bmbf.de/files/verwaltungsvereinbarung\\_hochschulpakt\\_zweite\\_programmphase\\_2013.pdf](https://www.bmbf.de/files/verwaltungsvereinbarung_hochschulpakt_zweite_programmphase_2013.pdf)) 623.787 zusätzliche Studienanfänger und Phase III (2016 – 2020) will darüber hinaus 760.033 zusätzliche Studienanfänger finanzieren, vgl. Art. 1 § 1 Abs. 1 der Verwaltungsvereinbarung

Hochschulpakt III v. 11.12.2014 (online: [https://www.bmbf.de/files/Verwaltungsvereinbarung\\_Hochschulpakt\\_III\\_vom\\_11.12.2014.pdf](https://www.bmbf.de/files/Verwaltungsvereinbarung_Hochschulpakt_III_vom_11.12.2014.pdf)); näher zu den Zahlen und Hintergründen *Heinbach/Kühnle*, *Überschwemmt der doppelte Abiturjahrgang die Hochschulen? Auswirkungen der verkürzten gymnasialen Schulzeit auf den Hochschulbereich – Ein Vergleich zwischen Baden-Württemberg und Bayern*, Beiträge zur Hochschulforschung, 4/2012, S. 54 ff.

57 Laut GWK, Heft 43: Hochschulpakt 2020 Bericht zur Umsetzung im Jahr 2013 (online: <http://www.gwk-bonn.de/fileadmin/Papers/GWK-Heft-43-Hochschulpakt-Umsetzung-2013.pdf>), Tabelle 13 S. 1, entfallen auf den Bund 20,2 Mrd. € und auf die Länder 18,6 Mrd. €.

58 GWK (Fn. 52), S. 4; vgl. auch § 1 Abs. 1 der Anlage zum GWKA; hierzu zählen z.B. das Deutsche Krebsforschungszentrum in Heidelberg und das Helmholtz-Zentrum für Umweltforschung in Leipzig.

59 Vgl. <http://www.gwk-bonn.de/die-gwk/mitglieder/> (7.1.2016).

60 Art. 1 GWKA nimmt aber keine präzise Zahlenvorgabe pro Landesregierung vor, weshalb zwei Länder mit drei Mitgliedern in der GWK vertreten sind: Neben Wissenschafts- und Finanzressort sind für Berlin und Bayern auch die Wirtschaftsressorts (wohl wegen der wirtschaftsnahen Forschung, etwa in der FhG und MPG) dabei, vgl. <http://www.gwk-bonn.de/die-gwk/mitglieder/> (7.1.2016).

Zukunftsbedarfe – wie zur Zeit bezüglich einer dritten Förderperiode der Exzellenzinitiative – ermittelt, diskutiert und auf ihre politische Durchsetzbarkeit geprüft werden. Vor allem für Letzteres werden die Finanzminister benötigt. Die Alternative, dass der BMBF und jeder Landes-Wissenschaftsminister dies separat mit seinem Finanzministerium abklärt, dürfte kaum dazu geeignet sein, innerhalb einer zumutbaren Zeitspanne eine gemeinsame Position des Bundes und aller Länder zu erarbeiten. Durch die Zusammenführung sowohl der Wissenschafts- als auch Finanzminister von Bund und Ländern in der GWK wurde ein Verhandlungs- und Entscheidungsformat geschaffen, das umsetzbare Verständigungen hervorbringt, auf die dann die Regierungschefs von Bund und Ländern aufbauen können. Dies wäre bei einem auf die Wissenschaftsressorts beschränkten Gremium so nicht der Fall. Ein weiteres, weniger gewichtiges Argument für die Beteiligung der Finanzseite sind zudem die von der Gemeinschaftsaufgabe ausdrücklich mit umfassten Forschungsbauten einschließlich Großgeräte (Art. 91b Abs. 1 S. 2 GG), da die Zuständigkeit für Liegenschaften und Baumaßnahmen sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene klassischerweise bei den Finanzressorts liegt.

## 2. Wichtige Parameter für die Arbeitsweise

### a) „Interne Fronten“

Die Arbeit der GWK ist durch verschiedene Fronten geprägt. Dies gilt zunächst für die doppelte interne Frontbildung zwischen Bund und Länder einerseits und zwischen Wissenschafts- und Finanzressorts andererseits. Denn die Einbindung aller vier Eckpunkte der nationalen Wissenschaftsförderung beseitigt ja nicht die funktionsbedingten Interessenunterschiede. So ist das Interesse des Bundes primär darauf gerichtet, die als gesamtstaatlich oder national besonders bedeutsam empfundenen inhaltlichen Förderanliegen (z.B. die sog. „internationalen Leuchttürme“) durchzusetzen und einen seinem finanziellen Engagement entsprechenden inhaltlichen Einfluss auf die Förderpolitik auszuüben. Die Länder demgegenüber sind regelmäßig bemüht, möglichst umfangreiche Bundesmittel einzuwerben, ohne ihre originäre Gestaltungshoheit und -kompetenz im Wissenschafts- und Hochschulsektor zu stark einzubüßen. Neben dieses föderale Spannungsverhältnis tritt das fachliche zwischen Wissenschafts- und Finanzseite: Die Wissenschaftspolitik arbeitet angesichts großer Herausforderungen in Forschung und Lehre, die in den täglichen Arbeitsbeziehungen mit den Hochschulen und Forschungseinrichtungen zu erfahren sind, sowie angesichts der kaum zu überschätzenden Bedeutung von For-

schung, Innovation und hochwertiger Ausbildung für die globale Wettbewerbsfähigkeit Deutschlands ständig daran, die dafür erforderlichen finanziellen Ressourcen zu beschaffen und zu erhöhen. Demgegenüber muss die Finanzseite die zahlreichen – ebenfalls legitimen – Finanzbedarfe der anderen Politikbereiche sowie das haushaltspolitische Gesamtgleichgewicht zwischen Einnahmen und Ausgaben im Blick behalten, was naturgemäß zu einer Limitierung der für die Wissenschaft zur Verfügung stehenden Ressourcen führen muss.

### b) „Externe Fronten“

Eine weitere, anders gelagerte (externe) Front in der Tätigkeit der GWK ist schließlich die Gegenüberstellung von Politik und Wissenschaft. Die GWK agiert zwar als politisches Gremium nach politischen Gesetzmäßigkeiten, aber auf dem Feld der Wissenschaft und gegenüber wissenschaftlichen Institutionen. Sie stellt damit ein Organ an der Grenze zwischen politik- und wissenschaftsgeleitetem Verfahren mit jeweils völlig unterschiedlichen Maßstäben, Abläufen und Entscheidungsmechanismen dar. Während in politischen Prozessen häufig standort- und parteipolitische Gesichtspunkte eine Rolle spielen, stehen für die Wissenschaft die fachliche Qualität und die inhaltlichen Perspektiven meist im Vordergrund. Diese Grenze ist auch deshalb so sensibel, weil Wissenschaft ein genuin gegen Eingriffe des – hier von der Politik repräsentierten – Staates geschützter Freiheitsbereich der Verfassung ist (Art. 5 Abs. 3 GG). Umso mehr die Politik unmittelbaren Einfluss auf Inhalte, Fragestellungen und Methoden wissenschaftlicher Tätigkeiten (sowohl in der Forschung als auch in der Lehre) nimmt, desto stärker ist die Wissenschaftsfreiheit tangiert. Die Kunst der Tätigkeit der GWK besteht folglich darin, die erheblichen finanziellen Ressourcen mit möglichst geringer Eingriffstiefe in die Wissenschaftsfreiheit zuzuwenden, ohne aber auf jeden politischen Einfluss zu verzichten. Denn so legitim die Eigengesetzlichkeiten und der Freiheitsanspruch der Wissenschaft sind, so berechtigt ist auch das Anliegen der Politik, durch einen Einsatz öffentlicher Mittel – für die zunächst die Politik den Steuerzahlern gegenüber verantwortlich ist – bestimmte politische Anliegen umzusetzen, wie z.B. die Erhöhung von Studienanfängerzahlen oder die besondere Förderung von MINT-Fächern. Die Wahrung dieser Grenze erfolgt dadurch, dass sich die GWK auf strukturelle und forschungspolitische Grundentscheidungen beschränkt. So strebt sie – beispielsweise – bezüglich der DFG an, „fachliche Schwerpunkte [...] zu entwickeln und die hierzu notwendige Zusammenfassung von Personal und Sachmitteln zu bewirken“ und „die Zusammenarbeit in der Forschung zwischen den

Hochschulen sowie zwischen Hochschulen, anderen Forschungseinrichtungen und Einrichtungen der überregionalen und internationalen Forschungsplanung und Forschungsförderung zu verstärken“ (§ 2 Abs. 2 S. 2 AV-DFG). Bei den institutionell geprägten Forschungsorganisationen entscheidet die GWK mit der Aufnahme einer bestimmten Einrichtung in die Förderung über die Unterstützung des von dieser Einrichtung betreuten Forschungsgebietes (z.B. § 2 Abs. 1 AV-MPG). Zugleich machen alle Ausführungsvereinbarungen das politische Interesse an einer regionalen Ausgewogenheit der Förderung deutlich (z.B. § 2 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 AV-MPG, § 2 AV-WGL, § 2 Abs. 2 AV-FhG). Die konkrete Umsetzung genereller Anliegen ist dagegen dann regelmäßig den Förderempfängern (v.a. Hochschulen und Forschungsorganisationen) überlassen. So ist es beispielsweise nicht mehr vom Auftrag der GWK gedeckt, bestimmte Forschungsfragen an einzelne Forschungsinstitute zu formulieren oder der DFG bei einzelnen Förderprojekten Maßgaben zu machen. Damit gelingt es der GWK, den Spagat zwischen den so unterschiedlichen Welten der Politik und der Wissenschaft unter Wahrung der Interessen beider Seiten zu bewältigen.

### 3. Innere Strukturen

#### a) Leitung

Die Leitung der GWK obliegt jeweils für zwei Jahre einem der beiden Vertreter der Bundesministerien (in der Regel übernimmt dies die Bundesforschungsministerin) und einem der Landesminister (auch hier regelmäßig einer der Wissenschaftsminister), wobei die beiden jeweils ein Jahr den Vorsitz und ein Jahr den stellvertretenden Vorsitz innehaben (Art. 4 Abs. 1 GWKA). In diesem Jahr liegen der Vorsitz bei Bundesforschungsministerin Wanka und die Stellvertretung bei der bremischen Wissenschaftssenatorin Quante-Brandt.

#### b) Struktur der Willensbildung

Die insgesamt 32 Stimmen in der GWK verteilen sich auf 16 Bundesstimmen, die von den beiden Bundesvertretern nur einheitlich abgegeben werden können (Art. 4 Abs. 3 GWKA), und auf jeweils eine Stimme pro Bundesland. Für eine wirksame Beschlussfassung sind im Normalfall 29 Stimmen erforderlich, also die Stimmen des Bundes und von mindestens 13 Ländern (Art. 4 Abs. 4 GWKA). Bis zu drei Länder können folglich überstimmt werden. Davon abweichend gilt bei Vereinbarungen, die im Schwerpunkt Hochschulen betreffen, ein Einstimmigkeitsgebot (Art. 4 Abs. 5 GWKA). Dieses

Einstimmigkeitsgebot ist Fluch und Segen zugleich: Während es der föderalen Kompetenzordnung einen gewissen Schutz gegen zu starke Unitarisierungsbestrebungen bietet, schafft es zugleich eine Veto-Position für jedes einzelne Bundesland.<sup>61</sup> Insbesondere kleine Bundesländer, die bei wichtigen Fördermaßnahmen mangels eigener Substanz außen vor bleiben müssten, können so auch sachwidrige Partikularförderungen durchsetzen. Verbindlichkeit erlangen die GWK-Beschlüsse nicht schon durch ihre Beschlussfassung, sondern erst durch deren Bestätigung durch die Regierungschefs von Bund und Ländern (Art. 4 Abs. 6 S. 1 GWKA). Um sicherzustellen, dass die Regierungschefs nur mit echten Konfliktfällen befasst werden, fingiert Art. 4 Abs. 6 S. 2, 3 GWKA deren Zustimmung, wenn der GWK-Beschluss einstimmig erfolgt ist oder – bei nicht einstimmigen Beschlüssen – keiner der beteiligten Akteure binnen vier Wochen die Entscheidung der Regierungschefs beantragt.

#### c) Gremien- und Organisationsstruktur

Das zentrale Entscheidungsorgan der GWK ist die Konferenz der Regierungsvertreter auf Ministerebene gem. Art. 1 GWKA. Die Mitglieder haben dabei die Möglichkeit, Stellvertreter zu benennen (Art. 4 Abs. 2 GWKA), was in aller Regel der Staatssekretärs- bzw. Amtschefebene übertragen ist.<sup>62</sup> Neben den stimmberechtigten Mitgliedern können mit beratender Funktion auch je ein Vertreter des Wissenschaftsrates und der KMK an den GWK-Sitzungen teilnehmen (§ 2 Abs. 1 GWKGO). Zur Unterstützung der politisch besetzten GWK ist ihr auf Arbeitsebene ein Ausschuss zur Seite gestellt, der regelmäßig auf Abteilungsleitersebene beschickt wird (vgl. Art. 6 Abs. 1 GWKA, wonach auch eine Entsendung von Amtschefs möglich wäre). Für die Leitung und die erforderlichen Mehrheiten bei Beschlussfassungen des Ausschusses gelten dieselben Vorgaben wie für die GWK selbst (Art. 6 Abs. 2, 3 GWKA). Der Ausschuss bereitet die Beratungen und Beschlüsse der GWK vor (Art. 5 Abs. 2 GWKA) und kann in deren Auftrag auch Angelegenheiten abschließend entscheiden (Art. 5 Abs. 3 GWKA); erfolgt dies einstimmig, gilt der Beschluss als einer der GWK selbst (Art. 6 Abs. 4 GWKA). Die fachliche Zuarbeit für die GWK und den Ausschuss erfolgt im Wesentlichen auf drei Wegen:

- Zum einen bereiten die betroffenen Fachreferate der einbezogenen Ministerien ihre Gremienmitglieder auf die Sitzungen vor und speisen so ihren Sachverstand in die Beratungen ein.

<sup>61</sup> Ebenso Seckelmann (Fn. 13), S. 248 (251).

<sup>62</sup> Dies entspricht der Soll-Vorgabe in § 1 Abs. 2 GWKGO.

- Außerdem arbeiten Angehörige der betroffenen Fachreferate der einbezogenen Ministerien in Ausschüssen oder Arbeitskreisen der GWK, die vom Ausschuss eingesetzt werden können, zusammen (vgl. § 10 Abs. 4 GWKGO).

- Schließlich verfügt die GWK mit dem sogenannten „Büro“ über eine eigene administrative Substruktur, die beim Bundespräsidialamt angesiedelt ist und an deren Spitze ein Generalsekretär steht (§ 11 Abs. 1 GWKGO). Das Büro untersteht den fachlichen Weisungen des GWK-Vorsitzes (Art. 7 Abs. 3 GWKA) und wird vom Bund finanziell getragen, soweit es sich nicht um Personalkosten für entsandte Landesbedienstete handelt (Art. 7 Abs. 4 GWKA).

## V. Fazit

Angesichts des nicht zu bestreitenden hohen gesamtstaatlichen Interesses an einer in der Spitze und in der Breite leistungsfähigen Wissenschaftslandschaft in Deutschland kann die Notwendigkeit einer auf Wissenschaftsförderung bezogenen Gemeinschaftsaufgabe im Grundgesetz nicht ernsthaft bestritten werden. Ob sie so weit reichen muss, wie das seit der jüngsten Reform des Art. 91b GG der Fall ist, steht auf einem anderen Blatt. Ist

jedoch die Gemeinschaftsaufgabe dem Grunde nach alternativlos, bedarf es einer politisch-administrativen Umsetzungsstruktur dafür, an der Bund und Länder beteiligt sind. Genau dies ist die Kernaufgabe der GWK, die seit dem 1.1.2008 diese in verschiedener Hinsicht spannungsreiche Herausforderung nicht nur zur weitgehenden Zufriedenheit der politischen Entscheidungsträger und Körperschaften bewältigt, sondern offenkundig auch zur Zufriedenheit der von ihren Förderentscheidungen betroffenen Organisationen, Einrichtungen und Verbänden. Dass dies bislang so gut gelungen ist, hängt mit Sicherheit auch damit zusammen, dass die im Rahmen dieser Gemeinschaftsaufgabe eingesetzten Ressourcen namentlich von Seiten des Bundes in der zurückliegenden Dekade von ungewöhnlichen Steigerungen geprägt waren. So hat sich der Etat des BMBF von 2006 (7,6 Mrd. €) bis 2016 (16,4 Mrd. €) mehr als verdoppelt.<sup>63</sup>

Volker M. Haug ist als Ministerialrat im Hochschuldienst und Honorarprofessor tätig. Er leitet die Abteilung für Rechtswissenschaft im Institut für Volkswirtschaftslehre und Recht der Universität Stuttgart. Seine Arbeitsschwerpunkte liegen im Partizipations-, Hochschul- und Verfassungsrecht.<sup>64</sup>

63 Vgl. [https://www.bmbf.de/pub/hh\\_eckdaten\\_06.pdf](https://www.bmbf.de/pub/hh_eckdaten_06.pdf); <https://www.bmbf.de/de/der-haushalt-des-bundesministeriums-fuer-bildung-und-forschung-202.html>. Dabei entfällt mit 4,3 Mrd. € lediglich ein gutes Viertel auf den Bildungsbereich, vgl. [\[www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2015/09/2015-09-10-haushalt-bmbf.html\]\(http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2015/09/2015-09-10-haushalt-bmbf.html\) \(alle 7.1.2016\).](http://</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

64 Der Autor dankt Ministerialrat Dr. *Helmut Messer* für eine kritische Durchsicht und wertvolle Anregungen.

# Georg Sandberger

## *Governance-Modelle für nicht staatliche Hochschulen – zum Akkreditierungsleitfaden des Wissenschaftsrates*

### I. Einleitung

Die Zahl nicht staatlicher Hochschulen in Deutschland ist in den letzten Jahren kontinuierlich gewachsen.<sup>1</sup> Nach der amtlichen Statistik stehen von insgesamt 399 Hochschulen 238 Staatlichen Hochschulen 161 anerkannte nicht- staatliche Hochschulen gegenüber.<sup>2</sup> Gemessen an der Zahl machen die nicht staatlichen Hochschulen 25%, gemessen an den Studierendenzahlen dagegen nur 5% der Gesamtzahl aller Studierenden aus.

Die unterschiedlichen Größenordnungen nicht staatlicher gegenüber staatlichen Hochschulen haben ihren Grund in strukturellen Unterschieden.<sup>3</sup> Während Hochschulen in staatlicher Trägerschaft im Regelfall ein breites, wenn auch vielfach fachlich fokussiertes Fächerspektrum aufweisen, ist das Fächerangebot nicht staatlicher Hochschulen im Regelfall enger ausgerichtet. Innerhalb der nicht staatlichen Hochschulen überwiegen private Fachhochschulen oder – in neuer Terminologie Hochschulen für Angewandte Wissenschaften mit einem praxis-nahen berufsfeldorientierten Fächerangebot. Einen besonderen Schwerpunkt bilden dabei berufsbegleitende oder weiterbildende Studiengänge.

Nicht staatliche Hochschulen bedienen damit eine steigende Bildungsnachfrage von Studienbewerbern mit einem stark berufsorientierten Spektrum von Hochschulzugangsberechtigungen. Sie füllen eine Marktlücke, die das staatliche Hochschulsystem trotz seines großen Wachstums wegen fehlender Ressourcen nicht zu bedienen vermag. Für eine Weiterentwicklung von Studienangeboten staatlicher Hochschulen negativ wirkte sich vor allem der flächendeckende Wegfall von Studiengebühren für grundständige und weiterführende Studiengänge aus. Demgegenüber bot und bietet die mit einer Zahlungsbereitschaft der Studienbewerber verbundene Nachfrage nach berufsnaher Ausbildung für private Bildungsanbieter erhebliche Wachstumschancen. Teilweise treten auch staatliche Hochschulen mit eigenen Tochter-

gesellschaften. oder in Kooperation mit privaten Anbietern auf diesem Markt auf.

Rechtsform, Organisation und Leitungsstrukturen staatlicher Hochschulen werden durch ein dichtes Regelwerk der Landeshochschulgesetze bestimmt, die – trotz größerer Handlungsspielräume in den letzten 15 Jahren – nach wie vor nur beschränkte Handlungsfreiheiten für eine Organisationsgestaltung lassen. Mitwirkungsbefugnisse der Mitglieder in den Gremien der Hochschule werden neben den Hochschulgesetzen durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mitbestimmt. Dieses hebt in ständiger Entscheidungspraxis zwar auf der einen Seite die Gestaltungsspielräume des Hochschulgesetzgebers hervor, fordert auf der anderen Seite aber eine bis zur Zustimmung gehende Mitbeteiligung der Grundrechtsträger der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) an der Bestellung der Leitungsorgane auf zentraler und dezentraler Ebene und an wissenschaftsrelevanten Sachentscheidungen.<sup>4</sup>

Für die Organisation staatlich anerkannter, nicht-staatlicher Hochschulen sehen die einschlägigen Gesetze dagegen nur allgemeine Rahmenvorgaben vor, die die institutionelle und individuelle Wissenschaftsfreiheit der Hochschule und ihrer Mitglieder sichern sollen und im Anerkennungsverfahren nachzuweisen sind.

Im Übrigen wird die Leitungsorganisation durch die für die gewählte Rechtsform bestehenden gesetzlichen Handlungsspielräume bestimmt. Sog. Governance Kodizes haben in diesem Zusammenhang keine Bedeutung. Der Public Governance Kodex des jeweiligen Bundeslandes gilt nur für Gesellschaften in staatlicher Trägerschaft. Der Deutsche Governance-Kodex gilt nur für börsennotierte Aktiengesellschaften, auch wenn seine Beachtung nicht kapitalmarktorientierten Gesellschaften empfohlen wird.

Im Gegensatz zu den staatlichen Hochschulen, die – mit Ausnahme der Stiftungsuniversitäten in staatlicher Trägerschaft – Körperschaften des öffentlichen Rechts

1 Zum Begriff und zur Klassifikation nichtstaatlicher Hochschulen vgl. Wissenschaftsrat, Private und kirchliche Hochschulen aus der Sicht der institutionellen Akkreditierung, 2012, abrufbar unter <http://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2264-12.pdf>.

2 Quelle HRK, Hochschulen in Zahlen, 2015.

3 Vgl. dazu ausführlich Wissenschaftsrat, Fn. 1, S. 13 ff.

4 Zuletzt BVerfGE 136, 338 ff. – MHH Hannover; 127, 87 ff. – Hamburgisches Hochschulgesetz; 111, 333 ff. – Brandenburgisches

Hochschulgesetz. Vgl. dazu zusammenfassend H. Goerlich/G. Sandberger, Hochschulverfassungsrecht – Kontinuität oder Paradigmenwechsel in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, FS für F. J. Peine z. 70. Geburtstag, 2016; Th. Württemberg, Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der Hochschulleitung im Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg, OdW 2016, S. 1 ff.

sind und damit mitgliederschaftlich organisiert sein müssen, haben nicht staatliche Hochschulen die Wahl zwischen einer nicht körperschaftlich strukturierten Verfassung wie der privatrechtlichen Stiftung oder einem Personenverband, wie der Aktiengesellschaft, der GmbH oder einem rechtsfähigen Verein, der zwar mitgliederschaftlich verfasst ist, dessen Mitglieder aber die Gesellschafter und nicht die Mitglieder der Hochschule sind.

Die Verfassung nicht staatlicher Hochschulen folgt damit grundlegend anderen Struktur- und Legitimationsprinzipien als die körperschaftlich verfasste staatliche Hochschule. Während die Leitung staatlicher Hochschulen ihre personelle Legitimation durch Wahlen und Bestellungsakte von Gremien erfährt, in denen die Grundrechtsträger der Wissenschaftsfreiheit den maßgeblichen Einfluss haben, beziehen die Leitungsorgane in der Rechtsform des privaten Rechts ihre Legitimation aus der Wahl durch die Gesellschafter und damit Eigentümer des Unternehmens.

Daraus entstehen Zielkonflikte zwischen den Interessen der Gesellschafter der Trägerorganisation und den Interessen der Lehrenden und Studierenden, die vor allem im Rahmen eines auf Gewinnerzielung ausgerichteten Unternehmensziels nur schwierig in Einklang zu bringen sind.

Ebenso und noch schwieriger ist aber die gesellschaftsrechtliche Unternehmensverfassung mit einer auf Mitwirkung ihrer Mitglieder ausgerichteten Hochschulverfassung in Einklang zu bringen.

Zugespitzt stellt sich die Frage, ob unter der Trägerorganisation einer Gesellschaft mit ihren gesetzlich festgelegten Organen des Vorstands/der Geschäftsführung, dem Aufsichtsrat und der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung eine Hochschulverfassung mit der von staatlichen Hochschulorganen bekannten Leitungsorganisation abbilden lässt.

Die hochschulrechtlichen Vorschriften über die Anerkennung nicht staatlicher Hochschulen lassen diese Fragen weitgehend offen. Schon aus kompetenzrechtlichen Gründen enthalten die gesellschaftsrechtlichen Regelungen dafür keine Vorgaben. Nur mittelbar bestimmt der Rahmen der Satzungsgestaltungsfreiheit die Bedingungen, Gesellschaftsverfassung und Hochschulverfassung zu einem angemessenen Ab- und Ausgleich zu bringen, der den Interessen der Gesellschafter und der Mitglieder der Hochschule Rechnung trägt. Wegen der

weitreichenden Satzungsautonomie (§ 45 GmbHG wird deshalb vorzugsweise als Träger- Rechtsform die GmbH, auch in Form der gemeinnützigen GmbH gewählt, während das Aktienrecht weitgehend zwingendes Organisationsrecht vorsieht (§ 23 Abs. 5 AktG).

Auch in der Hochschulrechtswissenschaft wird die Frage einer wissenschaftsgerechten Leitungsstruktur von nicht- staatlichen Hochschulen eher stiefmütterlich behandelt.<sup>5</sup>

Das hat seinen Grund auch in der fehlenden Transparenz der Leitungsstrukturen privater Hochschulen.

Anders als die Leitungsorganisation staatlicher Hochschulen, die aus den Hochschulgesetzen und den der Veröffentlichungspflicht unterliegenden Grundordnungen der Hochschule bestimmt wird, besteht – jedenfalls bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung – nur eine beschränkte Publizität durch das Handels- und neuerdings das Unternehmensregister, die aber nicht die Offenlegung des Gesellschaftsvertrages einschließt. Weder gesellschafts- noch hochschulrechtlich besteht eine Offenlegungspflicht der meist in einer Grundordnung geregelten Hochschulverfassung, die die Rechtsqualität eines unter dem Gesellschaftsvertrag einzuordnenden Statuts hat.

Ein Blick auf die Web- Auftritte privater Hochschulen zeigt, dass im Regelfall zwar die Aufbauorganisation, aber weder die Satzung/der Gesellschaftsvertrag noch das Statut der Hochschule offengelegt wird.

Eine Ausnahme bilden nur die aus Universitäten in staatlicher Trägerschaft umgewandelten Stiftungs-Universitäten und Stiftungshochschulen in öffentlich- rechtlicher oder privater Rechtsform. Hier geben die einschlägigen Errichtungsgesetze oder Landesgesetze Aufschluss über das Verhältnis von Trägerorganisation, d.h. den Stiftungsorganen auf der einen und der Hochschulorganisation als einer nicht rechtsfähigen Körperschaft unter dem Dach der Stiftung. Schon aus verfassungsrechtlichen Gründen können mit dem Wechsel der Trägerrechtsform nicht die aus der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) folgenden organisationsrechtlichen Gewährleistungen der Selbstverwaltung der Hochschule und der Partizipation der Grundrechtsträger an den wissenschaftsrelevanten Entscheidungen der Hochschule beseitigt oder beschränkt werden.

5 Vgl. dazu *Daniel Krausnick*, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, Tübingen 2012, S. 346 ff.; ferner den Sammelband der Bucerius Law School, „Hochschulstandort Deutschland – Rechtlicher Rahmen – Politische Herausforderungen“ hrsg. von J.A. Kämmerer und P. Rawert, Bd. 2 Köln, 2003, dort die Beiträge von J.A. Kämmerer, Regulierung staatlicher und privater Hochschulen, S. 119 und K. Schmidt, Hochschulen in Rechtsformen des privaten Rechts, S. 105 ff; G. Sandberger, Hochschulen in alternativer Rechtsform in Wissenschaftsrecht, Beiheft 14: Die janusköpfige Rechtsnatur der Universität – ein deutscher Irrweg?, hrsg. von

J. Heß und D. Leuze, 2005, S. 19–55, bes. S. 39 ff. Die sonst sehr gründliche Kommentierung zu § 70 HRG durch D. Lorenz in: M.E. Geis (Hrsg.), Hochschulrecht in Bund und Ländern, 23. Lfg. lässt diese Frage offen. Das Handbuch v. Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011 enthält dazu keine Ausführungen. Die Governance privatrechtlich organisierter Forschungseinrichtungen ist demgegenüber besser erforscht. Dazu kürzlich N. Blum, Zur Governance privatrechtlich organisierter Forschungseinrichtungen, OdW 2015, S. 1 ff. mwN.

Wissenschaftsgerechte Governance-Modelle nicht staatlicher Hochschulen sind deshalb aus mehreren Gründen auf den Prüfstand zu stellen. Zum einen müssen sie ein wesentliches Kriterium für die Anerkennung nicht staatlicher Hochschulen sein. Zum anderen beschränkt sich die individuelle Wissenschaftsfreiheit nicht auf den Gegenstand, Inhalt und die Verbreitung wissenschaftlicher Erkenntnis, sondern ist ebenso auf die Gewährleistung einer wissenschaftsgerechten Organisation angewiesen.

Es ist deshalb zu begrüßen, dass der Wissenschaftsrat diese Frage zunächst in seinen Akkreditierungsleitfaden für die Akkreditierung nicht staatlicher Hochschulen aufgenommen hat und damit Regelungsdefizite staatlicher Regulierung kompensiert. Er baut auf einem langjährigen Erfahrungshorizont im Rahmen der Akkreditierung und Reakkreditierung nicht staatlicher Hochschulen auf. Beides, die Akkreditierungsberichte und der Leitfaden, bilden deshalb zugleich eine wichtige empirische Basis für die Erforschung der Governance-Struktur nicht staatlicher Hochschulen.

Ziel der nachfolgenden Untersuchung ist daher zum einen eine Typologie von Leitungsstrukturen nicht staatlicher Hochschulen (II.), zum anderen die Darstellung der Leitlinien (III.) und ihrer Fundierung im bestehenden Verbands-, Hochschul-, und Hochschulverfassungsrecht (IV.) verbunden mit einer abschließenden Würdigung (V.).

## II. Typologie von Leitungsstrukturen nicht-staatlicher Hochschulen

### 1. Hochschulrechtliche Vorgaben

§ 70 HRG und die ihm folgenden Landeshochschulgesetze enthalten keine Vorgaben für die Leitungsstruktur privater Hochschulen, sondern beschränken sich auf das Postulat, dass „die Angehörigen der Einrichtung an der Gestaltung des Studiums in sinngemäßer Anwendung der für staatliche Hochschulen geltenden Grundsätze mitwirken können“.<sup>6</sup>

Dies ist mit der indirekten Bezugnahme auf die Grundsätze des § 4 HRG allenfalls eine einfach gesetzliche Garantie individueller Forschungs- und Lehrfreiheit, geschweige denn eine Garantie der nicht staatlichen

Hochschule als Grundrechtsträger der Wissenschaftsfreiheit und akademischen Selbstverwaltung.

In seiner Exegese des § 70 HRG verneint *D. Lorenz* eine Verpflichtung von Verfassungen wegen. Begründet wird dies mit fehlender unmittelbarer Drittwirkung des Art. 5 Abs. 3 GG, mit der Folge, dass private Hochschulträger im Gegensatz zum Staat nicht zu ihrem Schutz verpflichtet sind. Ebenso sei die Bestimmung Ausfluss „individualgrundrechtlicher“ Wissenschaftsfreiheit. Eine staatliche Pflicht zur „Bereitstellung eines wissenschaftsadäquaten Strukturmodell des Zivilrechts“ lehnt er in Übereinstimmung mit weiteren Autoren ab.<sup>7</sup> Dagegen soll die staatliche Anerkennung der Hochschule von der organisationsrechtlichen Verwirklichung der Anforderungen des Art. 5 Abs. 3 GG abhängen. Mit der Anerkennung habe der Staat „für die Hochschulqualität freier Hochschulen einzustehen“.

Diese Exegese stimmt mit der überwiegenden Auffassung zur Tragweite der sog. „Privathochschulfreiheit“ überein. Danach ergibt sich aus Art. 5 Abs. 3 GG weder ein Grundrecht auf Einrichtung einer privaten Hochschule noch ein aus Art. 5 Abs. 3 GG abzuleitendes Grundrecht freier Forschung und Lehre gegenüber dem Hochschulträger.<sup>8</sup> Dagegen ist die laufende Tätigkeit der Hochschule und ihrer Mitglieder gegenüber staatlicher Einwirkung gesichert.<sup>9</sup>

Umstritten ist aber, ob sich aus Art. 5 Abs. 3 GG, wenn schon nicht im Wege unmittelbarer Drittwirkung, so doch aus seinem Charakter als wertentscheidende Grundrechtsnorm eine Gewährleistungspflicht des Trägers für eine wissenschaftsadäquate Hochschulverfassung ergibt.<sup>10</sup> Dieser Ansatz erweist sich aber in seiner Umsetzung als wenig tragfähig, weil sich daraus allenfalls Schranken für eine wissenschaftsfremde Organisationsgestaltung, aber keine Vorgabe für die Ausgestaltung der Hochschulverfassung gewinnen lassen.

Damit lassen sich aus Art. 5 Abs. 3 GG keine Grundsätze für ein wissenschaftsadäquates Organisationsrecht nichtstaatlicher Hochschulen, erst recht keine konkreten Vorgaben für seine Gestaltung ableiten.

Bejaht man aber als Folge staatlicher Anerkennung eine staatliche Gewährleistung der Hochschulqualität nicht staatlicher Hochschulen, kann sich daraus eine Pflicht des zuständigen Landesgesetzgebers auf wissen-

6 Art. 76 Abs. 2 Nr. 7 BayHSchG; § 123 Abs. 2 Nr. 7 BerlHG; § 83 Abs. 2 Nr. 7 BbgHG; § 114 Abs. 2 Nr. 7 HambHG; § 92 Abs. 2 Nr. 3 HHG; § 64 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 NHG; § 72 Abs. 2 Nr. 8 HG NRW; § 117 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 HochSchG RPF; § 80 Abs. 2 Nr. 5 UG Saar; § 106 Abs. 1 Nr. 6 SächsHG; § 105 Abs. 1 Nr. 5 HSG LSA; § 76 Abs. 2 Nr. 8 HSG SH; § 101 Abs. 1 Nr. 6 ThürHG.

7 *D. Lorenz*, Fn. 5, § 70 HRG Rn. 37 m.w.N. in Fn. 85.

8 *H. de Wall*, Nichtstaatliche Hochschulen in: E. Geis (Hrsg.),

Hochschulrecht im Freistaat Bayern, Heidelberg 2009, Kap. VI, S. 415 ff., S. 419 Rn. 14; *G. Sandberger*, Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg, Kommentar, 2. Aufl., Heidelberg 2015, §§ 70-72 Rn. 2 m.w.N.

9 *H. de Wall*, vorige Fn., Rn. 14.

10 *J. Kämmerer*, Regulierung staatlicher und privater Hochschulen, Fn. 5, S. 122.

schaftsadäquate Vorgaben für deren Organisationsrecht ergeben, das sich an den vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätze orientiert.<sup>11</sup>

Misst man das bestehende Regelwerk für die Anerkennung privater Hochschulen, sind jedoch weder das HRG noch die meisten Landesgesetzgeber dieser Aufgabe gerecht geworden.

Dagegen hat der baden-württembergische Gesetzgeber mit dem 3. HRÄG vom 1.4.2014 die bisherigen Defizite durch weitergehende Vorgaben an die Organisation nicht staatlicher Hochschulen zur Sicherung der Wissenschaftsfreiheit behoben. Nach § 70 Abs. 2 Nr. 7 LHG n.F. kann die staatliche Anerkennung als Hochschule erteilt werden, wenn „die innere Wissenschaftsfreiheit hinreichend gesichert ist; insbesondere muss die akademische Selbstverwaltung maßgeblichen Einfluss auf die Bestellung und Abberufung der Hochschulleitung besitzen, und im akademischen Kernbereich muss eine autonome Entscheidungsbildung durch die akademischen Gremien gewährleistet sein; den Angehörigen der Hochschule muss das Recht gewährt werden, an der Gestaltung des Studiums in sinngemäßer Anwendung der Grundsätze dieses Gesetzes mitzuwirken“.

Damit folgt das Gesetz den in ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelten und in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Leitungsorganisation der MHH Hannover konkretisierten Grundsätzen für ein wissenschaftsadäquates Hochschulrecht.<sup>12</sup>

Es handelt sich um Rahmenvorgaben, deren konkrete Ausgestaltung und Absicherung im Gesellschaftsvertrag oder Grundordnung der nichtstaatlichen Hochschule überlassen bleibt.

## 2. Typologie der Leitungsstrukturen nicht staatlicher Hochschulen – Vorbemerkung

Anders als bei den Leitungsstrukturen staatlicher Hochschulen, die hinsichtlich ihrer Rechtsform und Organisationsverfassung trotz bestehender Optionen zwischen

verschiedenen Leitungsmodellen einem Typenzwang unterliegen, sind die nichtstaatlichen Hochschulen bei der Gestaltung ihrer Organisation nach den derzeitigen Rahmenbedingungen für die staatliche Anerkennung weitgehend frei. Nichtstaatliche Hochschulen unterliegen bisher auch keiner Pflicht zur Offenlegung der Rechtsgrundlagen ihrer Leitungsorganisation. Ihre Web-Auftritte weisen zwar im Regelfall die Grundstrukturen ihrer Leitungsorganisation auf, erlauben aber keinen verlässlichen Einblick, um daraus Schlussfolgerungen über die Rechtsgrundlagen ihrer Leitungsstruktur, über die Aufgaben, die Bestellung und Abberufung der Leitungsorgane, über das Verhältnis ihrer Organe, insbesondere aber das Zusammenspiel zwischen den Gesellschaftsorganen der Trägerorganisation und den Organen der Hochschule zu ziehen.

## 3. Exkurs: Typologie der Leitungsstrukturen in Trägerschaft von Stiftungen des öffentlichen Rechts

Die fehlende Transparenz ihrer Strukturen unterscheidet nichtstaatliche Hochschulen von sog. Stiftungshochschulen, die ihre rechtliche Existenz entweder eigenen Errichtungsgesetzen oder Ermächtigungen in den Hochschulgesetzen verdanken.

Die Governance-Strukturen dieser Stiftungsuniversitäten sind für die Beurteilung der Governance-Strukturen nichtstaatlicher Hochschulen in mehrfacher Hinsicht von Interesse.

Zum einen haben sie, wie die Governance-Strukturen nichtstaatlicher Hochschulen, die Trägerinteressen und die von der Hochschule und ihren Mitgliedern repräsentierten Belange der Freiheit von Forschung und Lehre zum Ausgleich zu bringen. Insoweit sind sie auch Vorbild für die Gestaltung der Leitungsstrukturen nicht staatlicher Hochschulen. Zum anderen ist Verfassungsmäßigkeit der Strukturen der Stiftungsuniversitäten Gegenstand zahlreicher rechtswissenschaftlicher Abhandlungen<sup>13</sup> und war im Falle der Stiftungsuniversität Göt-

11 Vgl. dazu *Daniel Krausnick*, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, Fn. 5, S. 351 ff.

12 BVerfGE 136, 338 ff.; *G. Sandberger*, Fn. 8, §§ 70-72 LHG, Rn. 3.

13 Vgl. *O. Behrens*, Eine „Stiftung als Trägerin und Leitungselement einer Körperschaft: Miss- und Fehlgebrauch rechtlicher Institutionen in: *ders.* (Hrsg.) Göttingen Stiftungsuniversität?, Göttingen 2003, S. 11 ff.; *v. Brüneck*, Verfassungsrechtliche Probleme der öffentlich-rechtlichen Stiftungshochschule *WissR* 36 (2002), S. 21 ff.; *M. Fehling*, Hochschulen in Rechtsformen des öffentlichen Rechts, in „Hochschulstandort Deutschland – Rechtlicher Rahmen – Politische Herausforderungen“ hrsg. von J.A.Kämmerer und P. Rawert, Bd. 2 Köln, 2003, S. 83 ff.; *K.F. Gärditz*, Die niedersächsische Stiftungshochschule vor dem Bundesverwaltungsgericht, *WissR* 43 (2009), S. 353 ff.; *M.E. Geis*, Die Entstaatlichung der Hochschulen: Legitimationsprobleme von

Hochschul- und Stiftungsräten nach der Niedersächsischen Hochschulreform in: *Carl Eugen Eberle u.a.* (Hrsg.), FS für Winfried Brohm z. 70. Geburtstag, 2002, S. 297 ff.; *M. Heintzen/L. Kruchwitz* (Hrsg.), die Freie Universität Berlin als Stiftungsuniversität, 2002; *J. Ipsen*, Stiftungshochschule und Hochschulstiftung. Rechtsformen der Hochschulen im Wandel, *RdJB* 2003, S. 36 ff.; *Daniel Krausnick*, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat. S. 361 ff.; *W. Löwer*, Das Stiftungsmodell Universität – ein neuer Weg? in: *Wissenschaftsrecht*, Beiheft 14: Die janusköpfige Rechtsnatur der Universität – ein deutscher Irrweg?, hrsg. von J. Heß und D. Leuze, 2005, S. 69 ff.; *G. Sandberger*, Hochschulen in alternativer Rechtsform in *Wissenschaftsrecht*, Beiheft 14: Die janusköpfige Rechtsnatur der Universität – ein deutscher Irrweg?, hrsg. von J. Heß und D. Leuze, 2005, S. 19-55, bes. S. 39 ff.

tingen auch Gegenstand einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts.<sup>14</sup>

Vorreiter für diese Entwicklung sind die Stiftungsuniversitäten in Niedersachsen, die Universität Viadrina Frankfurt/ Oder, die Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt/M und jüngst die Universität Lübeck.

Gemeinsames Kennzeichen für diese Organisationsform ist, dass unter dem Dach der Rechtsform der öffentlich rechtlichen Stiftung die körperschaftliche, mitgliederschaftlich ausgelegte Verfassung der Hochschule erhalten bleibt. Auf der Leitungsebene werden die Leitung der Stiftung und die Leitung der Hochschule entweder zusammengeführt oder durch wechselseitige Mitgliedschaft in den jeweils selbständig bleibenden Leitungsorganen des Stiftungsvorstands und des Präsidiums der Hochschule verknüpft. Zu den weiteren Organen der Stiftung wie dem Stiftungsrat treten die Organe der Hochschule.

In der Gesetzgebung der Bundesländer mit Stiftungsuniversitäten wird dabei zwischen dem „Trägermodell“ und dem „Einheitsmodell“ unterschieden.<sup>15</sup> Prototypisch für das *Trägermodell* sind die niedersächsischen Stiftungsuniversitäten und die Stiftungsuniversität Viadrina.

Die Hochschule verliert bei dieser Konstruktion gegenüber Hochschulen in staatlicher Trägerschaft den Status als rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts, behält aber ihren Status als Körperschaft mit eigenen Organen auf zentraler und dezentraler Rolle bei.<sup>16</sup> Die Kompetenzen der kollegialen Beschlussorgane der Hochschule bleiben unverändert, während die Kompetenzen des Hochschulrats auf den Stiftungsrat übergehen.<sup>17</sup>

Unter dem Dach dieser „quasi-körperschaftlichen“ Verfassung der Stiftungsuniversität bleiben die mitgliederschaftlichen Mitgliedsrechte der Mitgliedergruppen jedenfalls in den Beschlussorganen für akademische Angelegenheiten in der für die bisherige Rechtsform gewohnten Weise erhalten.

Prototypisch für das *Einheitsmodell* ist die Johann Wolfgang Goethe-Stiftungsuniversität, die auch das Vorbild für die Stiftungsuniversität Lübeck ist.<sup>18</sup>

Im Einheitsmodell verbindet die Verfassung der Stiftungshochschule Elemente der Stiftung als Träger mit Elementen des traditionellen Körperschaftsmodells. Der Vorstand der Stiftung leitet in Personalunion die Stiftungshochschule. Die akademischen Aufgaben der Stiftungshochschule werden, wie bei den Hochschulen in staatlichen in staatlicher Trägerschaft, durch die zentralen und dezentralen Kollegialorgane (Senat, Fakultätsrat) und zentralen Leitungsorgane (Präsidium, Rektorat) wahrgenommen.

Ziel dieser Stiftungskonstruktion ist in beiden Varianten die „Entstaatlichung“. Die Hochschulen sollen aus der staatlichen Steuerung entlassen und für Finanzierung aus alternativen Quellen geöffnet werden.

Dieser Entstaatlichung sind jedoch bei fortbestehender staatlicher Finanzverantwortung verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt. Als Konsequenz des Demokratieprinzips (Art. 20 Abs. 2 GG) bedarf staatliches Handeln auch in der Form der mittelbaren Staatsverwaltung durch rechtsfähige Stiftungen der personellen und sachlichen Legitimation des Handelns der Stiftungsorgane. Diese ist nur gewahrt, wenn dem Träger bei der Bestellung der Organe und wesentlichen Sachentscheidungen außerhalb dem staatlichen Eingriff entzogenen Kernbereichs der Freiheit von Forschung und Lehre ein Einfluss gesichert ist.

Die aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG folgende Verantwortung des Landes für den freien Wissenschaftsbetrieb an den Hochschulen erfordert eine wirkungsvolle Rechtsaufsicht über die Hochschulen.

In der Stiftungsuniversität nimmt diese Funktion der Stiftungsrat wahr.<sup>19</sup> Voraussetzung der Funktionsfähigkeit dieser Rechtsaufsicht ist, dass die personelle Besetzung des Stiftungsrats eine wirksame Aufsicht ermöglicht und der Stiftungsrat über die entsprechenden Instrumente verfügt, um diese Aufsicht wirksam auszuüben.

Im Falle der Stiftungsuniversitäten nach niedersächsischem Recht hat das Bundesverwaltungsgericht diese Voraussetzungen nur deshalb bejaht, weil die Stiftung ihrerseits der Rechtsaufsicht des Fachministeriums unterliegt, dem die herkömmlichen Aufsichtsmaßnahmen

14 BVerwG 2 C 15.08 – Urteil vom 26.11.2009, BVerwGE 138, 236 ff.

15 Vgl. Amtliche Begründung zum Gesetz über die Stiftungsuniversität Lübeck, LT-Drs. 18/1724 S. 3.

16 Vgl. § 55 Abs. 2 NHG „(2) 1. Die Stiftung unterhält und fördert die Hochschule in deren Eigenschaft als Körperschaft des öffentlichen Rechts.“; § 2 Abs. 2 Stiftungsgesetz EUV: „2) Die Stiftung unterhält und fördert die Universität in ihrer Eigenschaft als Körperschaft des öffentlichen Rechts. Dabei wahrt die Stiftung die Selbstverwaltung der Universität.“

17 Vgl. Amtliche Begründung zum Gesetz über die Stiftungsuniversität Lübeck, LT-Drs. 18/1724 S.3.

18 § 81 HessHG: „Die Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt am Main ist als Hochschule des Landes eine rechtsfähige Stiftung des öffentlichen Rechts mit Sitz in Frankfurt am Main (Stiftungsuniversität).“

19 § 55 Abs. 4 NHG: „1. Die Stiftung übt die Rechtsaufsicht über die Hochschule aus. 2. Die Vorschriften des § 51 über die Rechtsaufsicht gelten entsprechend.“

zur Verfügung stehen (§ 62 Abs. 1 NHG).<sup>20</sup> Dies betrifft vor allem die Wahrnehmung der staatlichen Angelegenheiten durch die Stiftung (§ 55 Abs. 3, § 47 Satz 2 NHG). Bei der Ausübung der Rechtsaufsicht über die Hochschule ist die Stiftung an die Weisungen des Fachministeriums gebunden (§ 62 Abs. 2 NHG). Diese Vorschrift ist nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts im Hinblick auf Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass das Fachministerium nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet ist, die Ausübung der Rechtsaufsicht durch den Stiftungsrat inhaltlich uneingeschränkt zu steuern. Insbesondere müsse das Fachministerium den Stiftungsrat bei der Aufklärung möglicherweise aufsichtsrelevanter Vorgänge und bei der Vorbereitung von Aufsichtsmaßnahmen unterstützen. Das Weisungsrecht darf nicht zurückhaltender wahrgenommen werden als die Rechtsaufsicht über Hochschulen in der Trägerschaft des Landes nach § 51 Abs. 1 NHG.

Der mit der Stiftungskonstruktion erwartete Zugewinn an äußerer Autonomie besteht damit vor allem in der Erlangung voller Rechtsfähigkeit, der Vermögensfähigkeit und Diensttherreneigenschaft. Dagegen ist die unmittelbare Staatsaufsicht über die Hochschule durch eine „Aufsichtspyramide“ von Fachministerium und Stiftungsrat ersetzt worden.

Dem steht ein durch die Rechtsform der Stiftung bedingter Verlust an innerer Entscheidungsautonomie der Organe der Hochschule gegenüber.

Die Entscheidungskompetenzen der Hochschulorgane in der Rechtsform der rechtsfähigen Körperschaft umfassen demgegenüber im Rahmen der sog. Einheitsverwaltung sowohl den Kernbereich des Art. 5 Abs. 3 GG, die akademischen Angelegenheiten als auch die der Fachaufsicht des Trägerlandes unterliegenden staatlichen Angelegenheiten der Wirtschafts- und Personalverwaltung.

Im Schnittstellenbereich der sog. wissenschaftsrelevanten Angelegenheiten, zu denen die Bestellung und Abberufung der Hochschulorgane, die Aufstellung und der Vollzug des Haushalts, Struktur- und Bauangelegenheiten und die Entscheidungen über die Aufbauorganisation zählen, bedarf es eines Abstimmungsverfahrens, das Selbstverwaltungsgremien als Organen der Grundrechtsträger hinreichende Mitentscheidungs- zumindest Mitwirkungsrechte einräumt.

Im Stiftungsmodell ist dagegen eine Bruchstelle zwischen der Verfassung der Stiftung und der Verfassung

der Hochschule angelegt. Zu den Aufgaben der Stiftung gehört, die staatlichen Angelegenheiten als eigene wahrzunehmen<sup>21</sup>, andererseits die Hochschule in deren Eigenschaft als Körperschaft des öffentlichen Rechts zu fördern und die Selbstverwaltung der Hochschule zu wahren.<sup>22</sup>

Diese Bruchstelle spiegelt sich vor allem in der Transformation des Hochschulrats als bisherigem Aufsichtsorgan der Hochschulleitung und strategischem Organ der Hochschule zum Organ der Stiftung wider, das vor allem für die Wahrung der Trägerbelange und Wahrnehmung der Aufsichtsbefugnisse des Trägers zuständig ist. Damit verschiebt sich die Zielsetzung der Aufgaben des Hochschulrats. Zugleich wird der Einfluss der Hochschule auf eine Mitwirkung am Beststellungsakt der Hochschulleitung durch den Träger beschränkt und die personelle Legimation der Hochschulleitung durch die Selbstverwaltung geschwächt. Verstärkt wird diese Tendenz durch das Verbot der Bestellung von Hochschulmitgliedern zu Mitgliedern des Stiftungsrates.

Die Mitglieder des Stiftungsrates sind vorrangig zur Wahrung der Interessen der Träger-Stiftung und nur im Rahmen der Aufgaben der Stiftung auch dem Interesse der Hochschule verpflichtet.

Die beschriebenen Konfliktslagen zeigen sich sowohl im niedersächsischen als auch im brandenburgischen Stiftungsmodell. Sowohl der Stiftungsrat nach niedersächsischen als auch der Stiftungsrat nach brandenburgischem Recht nehmen mit der Aufsicht Funktionen wahr, die bisher dem Staat und nun der Stiftung als Träger der Hochschule obliegen. Zugleich behalten sie Entscheidungszuständigkeiten der bisherigen Hochschulräte bei, die zwar außerhalb des Kernbereichs des Art. 5 Abs. 3 GG liegen, aber zu den wissenschaftsrelevanten Angelegenheiten im Sinne der Rspr. des Bundesverfassungsgerichts gehören.

Besonders ausgeprägt ist dieser Eingriff in die bisherige Selbstverwaltung in der Stiftungsuniversität Frankfurt am Main. In dieser obliegt dem als Hochschulrat bezeichneten Stiftungsrat die Letztentscheidung über die Grundordnung oder die Entwicklungsplanung und damit über wichtige Aufgaben aus dem Selbstverwaltungsbereich. Zwar werden seine Mitglieder auf Vorschlag des Präsidiums und des Senats benannt, dürfen der Universität aber nicht als Mitglieder angehören und sind weisungsunabhängig. Damit ist nicht gewährleistet, dass der Hochschulrat das Selbstverwaltungsinteresse der Universität wahrnimmt.<sup>23</sup>

20 BVerwGE 135, 286 ff. zur Stiftungsverfassung Göttingen, insbesondere Rn. 47 ff.

21 § 55 Abs. 2 und 5 NHG.

22 § 55 Abs. 3 NHG.

23 D. Krausnick, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, S. 384.

Bei Hochschulen in Trägerschaft einer Stiftung ist das Präsidium kraft Gesetzes zugleich Organ der Stiftung.<sup>24</sup> Das Niedersächsische Hochschulgesetz vom 24. Juni 2002 hat die Befugnisse des Präsidiums der Hochschule erheblich ausgeweitet (§ 37 NHG). Seine Stellung ist zu Lasten des Senats erheblich gestärkt worden.<sup>25</sup>

Daher unterliegt die Bestellung und Abberufung der Hochschulleitung und die Ausgestaltung ihrer Kompetenzen gegenüber den Organen der Stiftung und der Hochschule besonderen Legitimationsanforderungen.

Zentrales und effektives Einfluss- und Kontrollinstrument der wissenschaftlich Tätigen auf die Organisation der Hochschule ist das Recht zur Bestellung und zur Abberufung von Leitungspersonen.<sup>26</sup> Je höher Ausmaß und Gewicht der den Leitungspersonen zustehenden Befugnisse sind, desto eher muss die Möglichkeit gegeben sein, sich selbstbestimmt von diesen zu trennen.<sup>27</sup> Je mehr, je grundlegender und je substantieller wissenschaftsrelevante personelle und sachliche Entscheidungsbefugnisse dem kollegialen Selbstverwaltungsorgan entzogen und einem Leitungsorgan zugewiesen werden, desto stärker muss im Gegenzug die Mitwirkung des Selbstverwaltungsorgans an der Bestellung und Abberufung dieses Leitungsorgans und an dessen Entscheidungen ausgestaltet sein.<sup>28</sup>

Bei der Bestellung des Präsidiums einer Stiftungshochschule ist wegen dessen Doppelrolle eine gleichberechtigte Mitwirkung der Stiftungsorgane und der Hochschulorgane erforderlich.

Wie das Bundesverwaltungsgericht festgestellt hat, genügt die Stiftungsverfassung nach niedersächsischem Recht diesen Anforderungen nur bei verfassungskonformer Auslegung. Dem Präsidium gehören der Präsident und die Vizepräsidenten an, deren Zahl die vom Senat erlassene Grundordnung bestimmt (§ 37 Abs. 4 Satz 1 und 2, § 41 Abs. 1 Satz 2 NHG). Sie werden vom Stiftungsrat auf Vorschlag des Senats ernannt oder bestellt (§ 60 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 NHG, § 38 Abs. 2 Satz 1, § 39 Satz 1 NHG).

„Die verfassungskonforme Auslegung dieser Vorschriften ergibt, dass der Stiftungsrat an den Vorschlag des Senats gebunden ist. Er muss den vom Senat vorgeschlagenen Bewerber ernennen, wenn der Ernennung

oder Bestellung keine rechtlichen Hindernisse entgegenstehen. Weiterhin setzt die Sicherung des Einflusses des Senats voraus, dass dieser nicht an den Vorschlag der Findungskommission gebunden ist, ihn vielmehr aus nachvollziehbaren Gründen zurückweisen kann (§ 38 Abs. 2 Satz 2 bis 5, § 39 Satz 1 NHG).“<sup>29</sup>

Gleiches gilt für die Abwahl des Präsidiums. „Der Senat kann ein Mitglied des Präsidiums abwählen und damit dem Stiftungsrat die Entlassung vorschlagen (§ 60 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1, § 40 Satz 1 NHG). Der Stiftungsrat muss dem Vorschlag Folge leisten, wie durch das gesetzliche Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit für den Abwahlbeschluss unterstrichen wird. Die Bindung der Abwahl an eine qualifizierte Mehrheit kann in Anbetracht der auf sechs, bei Wiederwahl auf acht Jahre begrenzten Amtsdauer der Mitglieder des Präsidiums hingenommen werden (§ 38 Abs. 3 Satz 1, § 39 Satz 3 NHG).“<sup>30</sup>

Die personelle Legitimation des Präsidiums aus der Selbstverwaltung bei der Wahl und Abwahl der Hochschulleitung ist zwar ein notwendiger, aber kein hinreichender Grund, die Übertragung wesentlicher wissenschaftsrelevanter Zuständigkeiten vom Senat als dem Repräsentationsorgan der Grundrechtsträger des Art. 5 Abs. 3 GG auf das Präsidium zu rechtfertigen. In seiner Entscheidung zur Leitungsorganisation der MHH Hannover legt das Bundesverfassungsgericht auch die Anforderungen an eine verfassungskonforme Mitentscheidung und Mitwirkung des Senats an wissenschaftsrelevanten Entscheidungen fest.

Das Bundesverfassungsgericht versteht darunter „nicht nur Entscheidungen über konkrete Forschungsvorhaben oder Lehrangebote, sondern auch über die Planung der weiteren Entwicklung einer Einrichtung und über die Ordnungen, die für die eigene Organisation gelten sollen. Wissenschaftsrelevant sind auch alle den Wissenschaftsbetrieb prägenden Entscheidungen über die Organisationsstruktur und den Haushalt.“<sup>31</sup>

Im Bereich der Haushaltsangelegenheiten und baulichen Entwicklungsplanung verlangt das BVerfG zumindest eine Mitwirkung bei der Aufstellung des Wirtschaftsplans und der Grundsätze der Mittelverteilung,<sup>32</sup> im Bereich der Strukturplanung und Aufbauorganisati-

24 § 59 Abs. 1 NHG.

25 J. Ipsen, Die neue niedersächsische Hochschulverfassung – Zum Gesetz zur Hochschulreform in Niedersachsen vom 12.6.2002, NdsVBl. 2002, S. 257 ff.; ders. Hochschulen in Trägerschaft von Stiftungen des öffentlichen Rechts (Ein Beitrag Niedersachsens zur Hochschulreform?), NdsVBl. 2003, S. 1 ff.

26 BVerfG, Beschluss vom 24.6.2014, BVerfGE 136, 338 ff. Rn. 60; vgl. auch Beschluss vom 20.7.2010, a. a. O., Rn. 122 ff.

27 BVerfG, Beschluss vom 24.6.2014, a. a. O., Rn. 60; vgl. auch Beschluss vom 20.7.2010, a. a. O.

28 BVerfG, Beschluss vom 24.6.2014, a. a. O., Rn. 60.

29 BVerwGE 135, 286 ff., Rn. 57.

30 BVerwGE 135, 286 ff., Rn. 58.

31 BVerfGE 136, 338 ff., 364 (Rn. 58).

32 BVerfGE 136, 338 ff., 374 (Rn. 77).

on der Hochschule eine Mitbestimmung des Senats neben dem Hochschulrat bzw. dem Präsidium.<sup>33</sup>

Diese Grundsätze bilden nicht nur den Maßstab für die Leitungsorganisation staatlicher Hochschulen sondern auch für die Leitungsorganisation von Stiftungshochschulen, denen das zuständige Bundesland die Trägerschaft bisher staatlicher Hochschulen übertragen hat.

Das Land nimmt seine aus Art. 5 Abs.3 GG fortbestehende Gesamtverantwortung zur Unterhaltung funktionsfähiger Hochschulen mit einem freien Wissenschaftsbetrieb nicht nur dadurch wahr, dass es der Stiftung aus Haushaltsmitteln die jährliche Finanzhilfe zur Verfügung stellt, durch die es den Betrieb der Hochschule gewährleistet, sondern hat auch die Verantwortung für eine wissenschaftsadäquate Organisation der Stiftungshochschule.<sup>34</sup>

An diesen Maßstäben gemessen sind Zuständigkeiten des Stiftungsrats unbedenklich, soweit sie außerhalb des Bereichs der Hochschule selbstverwaltung liegen wie ein Großteil der in § 8 Abs.2 StiftG- EUV genannten Kompetenzen des Stiftungsrats der Viadrina oder soweit sie Funktionen anstelle der Aufsichtsbefugnisse des Ministeriums betreffen.<sup>35</sup> Problematisch sind dagegen Zuständigkeiten des Stiftungsrats bei der Wahl und Abwahl der Hochschulleitung, für Satzungsangelegenheiten, Organisationsentscheidungen.<sup>36</sup>

In noch stärkerem Maß nimmt der Hochschulrat der Stiftungsuniversität Frankfurt am Main Aufgaben aus dem Selbstverwaltungsbereich wahr. Nach § 86 Abs. 2 Satz 2 HessHG bedürfen seiner Zustimmung: die Grundordnung nach § 84 Abs. 3, die Entwicklungsplanung, ein Antrag auf Abwahl der Präsidentin oder des Präsidenten. Zwar werden die Hochschulratsmitglieder auf Vorschlag des Senats und des Präsidiums bestellt, sind aber nach § 86 Abs. 1 Satz 4 weisungsunabhängig, sodass damit die Wahrnehmung des Selbstverwaltungsinteresses nicht gewahrt ist.

Gleiches gilt für die Zuständigkeiten des Stiftungsrates der Stiftungsuniversität Lübeck, für deren Stiftungsorganisation das Frankfurter Modell Pate gestanden hat.<sup>37</sup>

Im Modell der öffentlich-rechtlichen Stiftung als Träger von Hochschulen sind Trägerinteressen und Interessen der Hochschulen verfassungskonform nur mit erheblichen Abweichungen vom Leitbild einer Stiftung zu errei-

chen. Dies ist aber möglich, weil der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung einer öffentlich-rechtlichen Stiftung über einen weitreichenden Gestaltungsspielraum verfügt.

#### 4. Privatrechtlicher Handlungsrahmen für private Hochschulen

Für die Organisation nichtstaatlicher Hochschulen stehen die privatrechtlichen Rechtsformen der Stiftung, des Vereins, der GmbH und der Aktiengesellschaft zur Verfügung.

Die Wahl der Rechtsform ist zunächst davon abhängig, ob der Betrieb einer Hochschule ein gesetzlich zulässiger Zweck und Unternehmensgegenstand ist und nach der Organisationsverfassung der in Aussicht genommenen Rechtsform die Organisationsverfassung einer wissenschaftlichen Hochschule realisiert werden kann.

Für die in Frage kommenden Rechtsformen gilt der Grundsatz des Numerus clausus der Gesellschaftsformen und – im Rahmen zwingender Vorschriften des Gläubiger-, Gesellschafter-, und Anlegerschutz- das Verbot der Typenvermischung. Dies bedeutet, dass für die Hochschule passformige Trägerformen nur im Rahmen der vorhandenen Rechtsformen und der für diese gesetzlich festgelegte Gestaltungsfreiheit möglich sind.<sup>38</sup>

##### a) Privatrechtliche Varianten von Stiftungshochschulen

Die privatrechtliche rechtsfähige Stiftung (§ 80 BGB) wird in der Literatur zwar als Trägerform erörtert. Als Trägerform privater Hochschulen ist sie aber, soweit ersichtlich, bisher nur im Falle der WHU Koblenz praktiziert worden.

Dies hat seinen Grund in der Funktion einer Stiftung bürgerlichen Rechts als eine Zusammenfassung eines vom Stifter gewidmeten Vermögens zur Förderung eines Zwecks. Die privatrechtliche Stiftung hat keine mitglied-schaftliche Verbandsverfassung. Die Aufgaben der Organe der Stiftung sind deshalb bei der Verwaltung des Stiftungsvermögens auf die Verwirklichung des Stiftungszwecks gerichtet. Die Destinatäre der Stiftung sind nicht an der Willensbildung der Stiftung beteiligt. Die Stiftung eignet sich daher nach der gesetzlichen Typologie zwar als Trägerorganisation eines Unternehmens (Unternehmensträgerstiftung). Im Wissenschaftsbereich ist sie als Einrichtung zur Förderung von Wissenschaft und For-

33 BVerfGE 136, 338 ff., 365 f. (Rn. 62).

34 BVerwGE 135, 286 ff., Rn.42 und 43.

35 D. Krausnick, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, S.385.

36 § 8 Abs. 2 Nr. 1, 9, 10.

37 § 8 Abs. 6 Gesetz über die Errichtung der Stiftungsuniversität Lübeck.

38 Zum Folgenden vgl. Karsten Schmidt in: Kämmerer/Rawert

(Hrsg.), Hochschulstandort Deutschland, Bucerius Law School, Schriftenreihe des Instituts für Stiftungsrecht und des Rechts der Non-Profit-Organisationen, Bd. 2. Köln 2003, S. 105 ff.; D. Krausnick, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, S. 390 ff.; G. Sandberger, Hochschulen in alternativer Rechtsform in Wissenschaftsrecht, Beiheft 14: Die janusköpfige Rechtsnatur der Universität – ein deutscher Irrweg?, hrsg. von J. Heß und D. Leuze, 2005, S. 19-55, bes. S.39 ff.

schung gebräuchlich. Als Trägerstiftung einer mitgliederschaflich verfassten wissenschaftlichen Hochschule ist sie jedoch nicht oder nur mit Eingriffen in die gesetzlich vorgegebene Stiftungsverfassung möglich, die mit dem Leitbild der Stiftung unvereinbar sind.

#### b) Privatrechtliche Vereine

Privatrechtliche Vereine setzen eine ideelle Zwecksetzung voraus (§ 21 BGB). In der Trägerschaft eines Vereins können zwar auch sog. auf Einnahmeerzielung ausgerichtete Zweckbetriebe betrieben werden. Diese müssen allerdings den ideellen Zwecken dienen und dürfen nicht den Gegenstand der Vereinstätigkeit bilden. Trotz seiner für eine Hochschulverfassung geeigneten körperschaftlichen Struktur scheidet der privatrechtliche Verein als Träger einer privaten Hochschule, deren Finanzierung auf Studiengebühren und Einnahmen aus Forschungstätigkeit angewiesen ist, im Regelfall aus.

#### c) Aktiengesellschaft

Eine Aktiengesellschaft kann zu jedem gesetzlich erlaubten Zweck gegründet werden. Sie ist die geeignete Rechtsform zur Finanzierung eines für den Gegenstand ihrer Tätigkeiten erforderlichen großen Kapitalbedarfs. Ihrer Rechtsnatur nach ist die Aktiengesellschaft zwar körperschaftlich organisiert. Sie ist aber ein Verband der Kapitaleigner, nicht der Angehörigen des von ihr betriebenen Unternehmens. Deren Interessen werden im Rahmen der betrieblichen Mitbestimmung und Unternehmensmitbestimmung repräsentiert.

Die Aktiengesellschaft ist durch eine weitgehend zwingende Organisationsverfassung bestimmt. Gestaltungsmöglichkeiten durch die Satzung bestehen nur in dem Rahmen, den das Gesetz ausdrücklich zulässt (§ 23 Abs. 5 AktG). Zu den zwingenden Strukturelementen der AG gehört die Unabhängigkeit des Vorstands von Weisungen (§ 76 AktG), die Zusammensetzung des Aufsichtsrats (§ 96 AktG), die klare Funktionstrennung von Vorstand und Aufsichtsrat (§ 111 AktG) und der Ausschluss der Hauptversammlung von Geschäftsführungsentscheidungen (§ 119 Abs. 3 AktG).

Die Kapitaleigner können ihren Einfluss auf die Tätigkeit des Aufsichtsrats nur durch die von ihnen gewählten Vertreter, auf die Tätigkeit des Vorstands nur mittelbar durch Verweigerung der Entlastung wahrnehmen. Eine Rückbindung der Bestellung der Organe der Gesellschaft und an deren Willensbildung an Dritte,

etwa die Organe der Hochschule, ist ausgeschlossen. Zwar ist es zulässig, dass auf die Anteilseigner Bank im Aufsichtsrat fachkundige Vertreter der Wissenschaft gewählt werden. Diese sind aber bei der Wahrnehmung der Aufgaben nicht primär Interessenvertreter der Wissenschaft sondern dem Wohl der Träger-Gesellschaft verpflichtet (§§ 116, 93 Abs. 1 Satz 2 AktG). Eine mitgliederschafliche Hochschulverfassung mit eigenen Organen neben den Organen der Aktiengesellschaft lässt sich daher in dieser Rechtsform nicht oder nur mit erheblichen Schwierigkeiten abbilden.

#### d) Monistische SE

In der Unternehmensrechtspraxis gewinnt die Europäische Gesellschaft (SE) als Alternative zur Aktiengesellschaft zunehmende Bedeutung. Mit weiterer Verbreitung ist zu rechnen. Ihr Anwendungsbereich erstreckt sich von börsennotierten Großunternehmen bis zu kleineren, nicht mitbestimmten Gesellschaften.

Der Vorteil dieser Rechtsform liegt vor allem in der durch Art. 39 ff., 43 ff. SE-VO eröffneten Option zwischen dem Aufsichtsratssystem (dualistische Verfassung) und dem französischen und angloamerikanischen Board-System (sog. monistische Verfassung).

Vor allem die monistische Verfassung lässt einen breiten Gestaltungsspielraum, der von einer an das dualistische System reichenden Funktionstrennung von Geschäftsführung und Aufsicht bis zur Konzentration der geschäftspolitischen Entscheidungen im Verwaltungsrat reicht. In diesem Fall kann nach Maßgabe des SE-Ausführungsgesetzes in der Satzung der Gesellschaft vorgeesehen werden, dass ein oder mehrere Geschäftsführer die laufende Geschäftsführung in eigener Verantwortung führt bzw. führen (Art. 43 SE VO).

Im monistischen System werden die Mitglieder des mit Geschäftsführungs- und Aufsichtsaufgaben betreten Verwaltungsrats von der Hauptversammlung bestellt. Die Bestellung der Arbeitnehmervertreter richtet sich nach der für die SE maßgeblichen Mitbestimmungsregelung.

Die monistische SE lässt damit auf der Leitungs- und Aufsichtsebene Raum für eine den Vorstellungen der Anteilseigner entsprechende Leitungsorganisation. Insofern ist es berechtigt, von einer Annäherung von monistischer SE und GmbH zu sprechen. Wie bei der Aktiengesellschaft können auf der Anteilseigner Bank Vertreter der Wissenschaft bestellt werden. Deren Loyalitätspflicht gilt aber dem Wohl der Gesellschaft (Art. 51 SE-VO i.V. mit § 116, 93 Abs. 1 Satz 2 AktG).

Im Verhältnis zwischen der Hauptversammlung und dem Verwaltungsrat bestehen jedoch auch bei der SE Gestaltungsspielräume für die Satzung nur in dem auch für die Aktiengesellschaft geltenden Grundsatz weitgehend zwingender Zuständigkeitsbeschränkungen der Hauptversammlung (Art. 52 SE, § 23 Abs. 5 AktG).

Soweit bekannt, fand die monistische SE bislang als Träger-Rechtsform für nicht staatliche Hochschulen noch keine Verwendung. Daher gibt es keine praktischen Erfahrungen mit einer „Hochschul-SE“.

Die Leitungsorganisation der monistischen SE ist aber aufgrund der weitgehend zwingend vorgeschriebenen Gesellschaftsverfassung nicht besser geeignet als die Leitungsorganisation einer Aktiengesellschaft, die Verfassung einer Hochschule zu integrieren.

#### e) GmbH

Wie die AG, kann auch eine GmbH zu jedem beliebigen Zweck gegründet werden. Auch die Verwendung zu gemeinnützigen Zwecken mit Ausschluss einer Gewinnbeteiligung der Gesellschafter ist möglich. Wie die AG ist sie ein Verband der Kapitaleigner. Im Gegensatz zum AktG lässt das GmbH aber eine weitreichende Gestaltungsfreiheit für die Organisationsverfassung zu, insbesondere für das Verhältnis zwischen Geschäftsführung und Gesellschafterversammlung (§§ 37, 45 GmbHG). Für nicht der betrieblichen und Unternehmensmitbestimmung unterliegenden Gesellschaften ist die Einführung eines Aufsichtsrats, die Regelung dessen Zusammensetzung und Aufgaben optional (§ 50 GmbHG).

Trotz dieser Vorzüge ist aber auch bei der GmbH die Integration einer auf mitgliederschafliche Strukturen ausgerichteten Hochschulverfassung in die Verbandsverfassung mit Schwierigkeiten verbunden. Die für die Verfassung staatlicher Hochschulen geltenden Grundsätze der akademischen Selbstverwaltung können nur innerhalb des gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsspielraums verwirklicht werden.

#### 5. Typologie privater Hochschulen

Bei privaten Hochschulen sind Träger und Hochschule nicht identisch. Dies unterscheidet sie von staatlichen Hochschulen als vollrechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts oder als teilrechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts und zugleich staatliche Einrichtungen.

Im gesellschaftsrechtlichen Sinn ist die Hochschule Gegenstand des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens. Die Hochschule ist als solche daher nicht rechtsfähig.

Ihre Verfassung ist entweder Teil des Gesellschaftsvertrages oder der Satzung der Gesellschaft oder beruht auf ei-

ner gegenüber der Gesellschaft eigenständigen, im Rang aber unter der Gesellschaftssatzung stehenden Satzung, die in Anlehnung an staatliche Hochschulen vielfach auch als Grundordnung bezeichnet wird.

Karsten Schmidt, herausragender Vertreter des Unternehmens- und Wirtschaftsrechts und als Präsident der Bucerius Law School mit einer privatrechtlich verfassten Hochschule vertraut, hat in einer richtungsweisendem Beitrag zum Thema „Hochschulen in Rechtsformen des privaten Rechts“ mögliche Gestaltungen des Verhältnisses von Hochschulträger und Hochschule für die Erfassung der Realtypen privater Hochschulen die Begriffe *Einheitsmodell* und *Trennungsmode*ll eingeführt.<sup>39</sup>

#### a) Einheitsmodelle

Beim *Einheitsmodell*, von Schmidt auch Korporationsansatz genannt, ist das Bestreben, die Hochschulträgerverfassung und die Hochschulverfassung soweit wie möglich zur Deckung zu bringen.

Vorbild ist das Korporationsmodell staatlicher Hochschulen. Äußeres Zeichen des Einheitsmodells ist die Integration der Hochschulverfassung in den Gesellschaftsvertrag. Im Einheitsmodell sind deshalb die Hochschulorgane Teil der Gesellschaft. Als solche können sie nicht nur im Innenverhältnis, sondern auch im Außenverhältnis aber nur tätig werden, wenn die Hochschulleitung dem Vertretungsorgan der Gesellschaft, also dem Vorstand oder der Geschäftsführung der Trägergesellschaft angehört.

Dem Einheitsmodell steht das *Trennungsmode*ll gegenüber, bei dem zwischen Trägersatzung und Hochschulsatzung unterschieden wird. Das Trennungsmodell soll sich an dem Gegensatz von Anstalts- und Korporationsmodell öffentlich-rechtlicher Prägung orientieren. Vorbild ist Doppelcharakter staatlicher Hochschulen als Körperschaften und zugleich Anstalten, in dem sich die (staatlichen) Trägereaufgaben und Hochschulaufgaben widerspiegeln.

Den Realtypus „Einheitsmodell“ sieht Karsten Schmidt in der Verfassung der Universität Witten/Herdecke und der International University Bremen, heute Jacobs University verwirklicht.<sup>40</sup>

Beiden gemeinsam ist die Wahl der Rechtsform einer gemeinnützigen GmbH (gGmbH). Gemeinsam sind auch die Übertragungsbeschränkung (Vinkulierung) der Geschäftsanteile und das Verbot der entgeltlichen Veräußerung. Unterschiede bestehen aber in der Zusammensetzung des Gesellschafterkreises. Zwar besteht dieser bei beiden Gesellschaften aus natürlichen Personen, den Gründungsinitiatoren. Im Zuge der Entwicklung

39 Karsten Schmidt in: Kämmerer/Rawert (Hrsg.), Hochschulstandort Deutschland, Bucerius Law School, Schriftenreihe des Instituts für Stiftungsrecht und des Rechts der Non-Profit-Orga-

nisationen, Bd. 2. Köln 2003, S. 105 ff.  
40 AaO., S. 112 ff.

sind aber auch Stiftungen in den Gesellschafterkreis eingetreten.<sup>41</sup>

Die wesentlichsten Unterschiede zeigen sich aber in der Governance-Struktur beider Universitäten.

In Witten-Herdecke (UW) war zunächst die Gesellschafterversammlung das oberste Organ der Gesellschaft und wurde – in Abweichung zur gesellschaftsrechtlichen Terminologie als Direktorium bezeichnet. Wesentliche Verwaltungsentscheidungen werden auf Ausschüsse übertragen. Die Hochschulverfassung, auch die akademischen Organe, waren im Gesellschaftsvertrag verankert. Bedingt durch die Finanzierungs- und Entscheidungsstrukturen grundlegend reformiert.

Ziel dieser vom Wissenschaftsrat angeregten Reform war, Trägerverantwortung und Selbstverwaltung klarer voneinander zu trennen. Die Gesellschafterversammlung ist nicht mehr das oberste Leitungsorgan der Hochschule. Ihre Aufgabe besteht nunmehr darin, Grundsatzentscheidungen über die Struktur der Hochschule zu treffen und deren Finanzierung zu gewährleisten.

Die Zuständigkeiten der Leitungsorgane und Gremien der Hochschule sind in der zum 1.10.2010 in Kraft getretenen Grundordnung geregelt. Für den Erlass und die Änderung der Grundordnung sind einvernehmliche Beschlüsse des Senats, des Aufsichtsrats und der Gesellschafterversammlung erforderlich.<sup>42</sup>

Zentrale Organe der UW/H sind das Präsidium der Präsident/die Präsidentin, der Senat und der Aufsichtsrat.

Dem Präsidium gehören neben dem Präsidenten/der Präsidentin Vizepräsidenten und der Kanzler/die Kanzlerin an.

Das Präsidium leitet die Universität. Das Außenvertretungsrecht übt der Präsident/die Präsidentin aus. Die Wahl des Präsidenten/der Präsidentin erfolgt auf der Grundlage eines gemeinsamen Wahlvorschlags des Senats und Aufsichtsrats mit einfacher Mehrheit durch den Aufsichtsrat und bedarf der Bestätigung durch den Senat. Die Amtszeit beträgt vier Jahre.

Für die Wahl der oder des Vizepräsidenten gelten die gleichen Verfahren. Die Zuständigkeit umfasst akademische Angelegenheiten.

Die Wahl des Kanzlers/ der Kanzlerin erfolgt durch den Aufsichtsrat nach Anhörung des Senats. Der Senat kann eigene Vorschläge vorlegen. Der Zuständigkeitsbereich sind die Wirtschafts- und Personalangelegenheiten. Der Kanzler/die Kanzlerin hat ein Widerspruchsrecht gegen Ent-

scheidungen des Präsidiums, die er/ sie für unvereinbar mit den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit hält. Über den Widerspruch entscheidet der Aufsichtsrat.

Der Senat besteht aus den Dekanen als Amtsträgern und je drei Wahlmitgliedern aus den Mitgliedsgruppen der Fakultäten, einem weiteren Vertreter(in) der nichtwissenschaftlichen Mitarbeiter und der Studierendenschaft.

Der Senat wirkt bei der Bestellung des Präsidiums und des Aufsichtsrats mit, hat Beschlusskompetenzen für die Grundordnung und andere Satzungen sowie für Berufungen und nimmt Stellung zur Hochschulentwicklungsplanung.

Der Aufsichtsrat nimmt die Trägerinteressen wahr. Er besteht aus 5-7 Mitgliedern. Der Senat hat ein Vorschlagsrecht für zwei Mitglieder. Die Bestellung erfolgt durch die Gesellschafterversammlung.

Aufgabe des Aufsichtsrats ist die Bestellung und Überwachung der Geschäftsführung, die Beratung des Präsidiums in strategischer und finanzwirtschaftlicher Hinsicht, die Genehmigung der Grundordnung und die Einrichtung und Denomination neuer Professuren.

Mit diesen Änderungen hat die UW/H nicht nur eine Abkehr vom sog. Einheitsmodell zum Trennmodell gezogen sondern sich weitgehend an die Leitungsstruktur staatlicher Hochschulen angepasst. Das Verhältnis zwischen den Organen der Gesellschaft und der Hochschule, vor allem zwischen dem Aufsichtsrat und dem Senat entspricht ebenfalls dem Modell staatlicher Hochschulen.

Die Ausgestaltung des Wahlverfahrens sichert eine doppelte Legitimation durch die Trägerin und den Senat als Selbstverwaltungsorgan der Hochschule. Im Schnittstellenbereich wissenschaftsrelevanter Entscheidungen wie der Organisation, Finanz- und Strukturplanung ist ein wechselseitiges Abstimmungsverfahren vorgesehen.

Als Gegenbild ist demgegenüber die Leitungsorganisation der Jacobs University in Bremen anzusehen.<sup>43</sup> Sie ist ein Abbild der Organisation amerikanischer Privatuniversitäten mit einem Board of Trustees, der die Gesellschafter repräsentiert und einem Board of Governors, der die Funktion des Aufsichtsrats ausübt und einem mit weitreichenden Kompetenzen ausgestatteten Präsidenten.

Wie im amerikanischen Hochschulsystem ist die Selbstverwaltung auf der zentralen Ebene und der Ebene der Fakultäten/ Departments gering ausgeprägt. Zentrales akademisches Organ ist die Faculty Assembly, die für die Entwicklung von Curricula und Forschungsprogramme zuständig ist und mit den Deans Berufungsvorschläge an den Board of Governors aufstellt.

41 Vgl. Wissenschaftsrat, Reakkreditierung der Universität Witten-Herdecke, 2011, AIII 1.

42 § 47 Abs.1 GO UW/H.

43 Zusammenfassende Darstellung der Leitungsstruktur der Jacobs University in: Wissenschaftsrat, Stellungnahme zur Reakkreditierung der Jacobs University Bremen, v. 25.1.2008, Drs.8312-08.

Der Board of Governors ist das zentrale Entscheidungsorgan für alle grundsätzlichen Fragen der Universität. Er beschließt über die Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers, der zugleich Präsident der Universität ist. Er besteht aus bis zu 15 Vertretern aus Wirtschaft, Gesellschaft und Wissenschaft und wird vom Board of Trustees bestimmt.

Auf der Ebene der Schools liegen die Entscheidungszuständigkeiten beim Dean, der auf Vorschlag des Präsidenten unter Beteiligung der Faculty vom Board of Governors ernannt werden.

Es ist deshalb erstaunlich und mit seinen später formulierten Anforderungen schwer vereinbar, dass der Wissenschaftsrat diese Leitungsstruktur als „angemessen“ bezeichnet und sich mit der Empfehlung begnügt hat, die Achtung der Wissenschaftsfreiheit in die Satzung der Universität aufzunehmen und alle Organe auf deren Wahrung verpflichtet werden.<sup>44</sup>

Grundelement der beschriebenen Modelle ist der Versuch, „die aus Hochschule und Trägerschaft bestehende Hochschulverfassung als Einheit zu konzipieren, die Hochschulverfassung so erschöpfend wie möglich in der Satzung der GmbH zu verankern“.<sup>45</sup>

Das ist aber, wie die Beispiele zeigen, nur mit erheblichen Eingriffen in das gesetzliche Leitbild der GmbH möglich. Gleichwohl hat die Konstruktion den Vorteil, dass Trägerverfassung und die Kernelemente der Hochschulverfassung gleichberechtigt im Gesellschaftsvertrag verankert sind. Die eigentliche Hochschulsatzung bzw. Grundordnung ist – gesellschaftsrechtlich gesehen, eine Nebenabrede, gleichsam eine Anlage zum Gesellschaftsvertrag, die im Rang unter dem Gesellschaftsvertrag steht und nicht den Regelungen über die Änderung des Gesellschaftsvertrags unterliegt.

## b) Trennungsmodelle

Das Gemeinsame der Trennungsmodelle „besteht in einer Dominanz der Hochschulsatzung und darin, dass die Trägerin weit davon entfernt die Hochschule zu sein, nur in den Dienst der Hochschulorganisation gestellt wird“.<sup>46</sup>

Prototypisch für Trennungsmodelle sind die von einer rechtsfähigen Stiftung getragene WHU in Koblenz und die als gGmbH verfasste Bucerius Law School.

Die WHU Koblenz ist als rechtsfähige Stiftung bürgerlichen Rechts mit einem Stiftungsvermögen und mit

Stiftungsorganen ausgestattet. Aufgabe ihres Vorstandes ist neben der Verwaltung des Stiftungsvermögens die Aufsicht über die Hochschule. Stiftungsvorstand und Hochschulleitung sind personenverschieden. Rektor und Geschäftsführer der Hochschule können zu den Sitzungen des Stiftungsvorstands eingeladen werden.

Neben dieser Stiftungssatzung besteht die Grundordnung der Hochschule, nach der sich die Hochschule unbeschadet der Rechte des Trägers selbst verwaltet. Sie enthält alle Grundelemente einer Hochschulverfassung: Mitgliedschaft, Mitwirkung, Leitungsorganisation, Studium, Prüfungen, Promotion und Habilitation, Personal und Berufungen.

Auch bei der Bucerius Law School sind Gesellschaftssatzung und Hochschulsatzung getrennt.

Gründungsgesellschafter der „Bucerius Law School Hochschule für Rechtswissenschaft gemeinnützigen GmbH“ waren die Zeitstiftung Ebelin und Gerd Bucerius. Organe der Gesellschaft sind neben der Gesellschafterversammlung der Geschäftsführer und ein Kuratorium.

§ 1 der Satzung<sup>47</sup> bezeichnet die Bucerius Law School als staatlich anerkannte Hochschule in freier Trägerschaft gem. § 114 HambHG. Nach § 4 hat die Hochschule unbeschadet der Rechte der Trägerin das Recht zur Selbstverwaltung. Dazu zählen in einer katalogartigen Zusammenfassung insbesondere die Ausbildung die Hochschulprüfungen, die Promotion, Habilitation, die Berufungen, die Regelung der zur Mitgliedschaft gehörenden Rechte und Pflichten, Mitwirkung an der Haushaltsplanung, die Bewirtschaftung der zugewiesenen Stellen und Mittel sowie die Evaluation von Lehre und Forschung.

§ 5 der Satzung gewährleistet den mit selbständigen Aufgaben der Lehre und Forschung betrauten Angehörigen der Hochschule die Freiheit von Lehre und Forschung.

Die Hochschule hat eigene Organe: den Präsidenten/die Präsidentin, deren Stellvertreter und den Geschäftsführer und den Senat als Organ der Selbstverwaltung.

Der Präsident wird auf Vorschlag des Senats vom Kuratorium bestellt.

Der Geschäftsführer der Law School ist zugleich Geschäftsführer der Trägergesellschaft. Er wird von dieser bestellt, vor seiner Bestellung ist der Senat zu unterrichten.

In der Funktion des Geschäftsführers sind Träger und Hochschule in der Aufbauorganisation verbunden. In den Ablaufprozessen der Entscheidungen von Träger- und Hochschulorganen bestehen weitere Verzahnungen.

44 Wissenschaftsrat, vorige Fn., S.65; vgl. demgegenüber Wissenschaftsrat, Leitfaden der institutionellen Akkreditierung nicht-staatlicher Hochschulen 2015, S.28/29.

45 Karsten Schmidt in: Kämmerer/Rawert (Hrsg.), Hochschulstandort Deutschland, Bucerius Law School, Schriftenreihe des Instituts für Stiftungsrecht und des Rechts der Non-Profit-Organisati-

onen, Bd. 2. Köln 2003, S. 105 ff., 113.

46 Karsten Schmidt, vorige Fn., S. 113.

47 Abrufbar unter: [http://www.law-school.de/fileadmin/content/lawschool.de/de/pdf/publications/Hochschulsatzung\\_12112014.pdf](http://www.law-school.de/fileadmin/content/lawschool.de/de/pdf/publications/Hochschulsatzung_12112014.pdf).

## c) Bewertung

Die Begriffe Einheitsmodell und Trennungsmodell verleihen dazu, das Ziel der Verfassung einer privaten Hochschule aus den Augen zu verlieren: Die angemessene Balance der Trägerinteressen und einer wissenschaftsadäquaten, d.h. auf Selbstverwaltung ausgelegten Hochschulverfassung. Das Trägerinteresse wird dabei von dem Unternehmensgegenstand, dem Betrieb einer wissenschaftlichen Hochschule bestimmt. Von daher ergibt sich für die Gestaltung der Organisation die Aufgabe, in den Statuten im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten eine nach außen und innen handlungsfähige Organisation zu schaffen, die zum einen die individuelle Lehr- und Forschungsfreiheit, zum anderen die Mitwirkung der Hochschulmitglieder nach dem Grad ihrer Verantwortung an wissenschaftsrelevanten Entscheidungen zu gewährleisten.

An diesen Anforderungen gemessen erscheint eine abstrakte Debatte über die Vorzüge und Nachteile des Einheitsmodells wenig zielführend.

Es ist vor allem fraglich, mit dem Einheitsmodell die Feststellung zu verbinden, dass die Trägerin „eine Universität ist“, aber dem Trennungsmodell das Attribut zu verleihen, dass die Trägerin „eine Universität hat“.<sup>48</sup>

In der privatrechtlichen Rechtsform des Trägers, sei es eine Stiftung, Aktiengesellschaft oder GmbH stehen sich zwei Ordnungsprinzipien gegenüber: auf der einen Seite die als Vermögensorganisation oder Verbandsorganisation der Anteilseigner angelegte Trägerverfassung, auf der anderen Seite die als Körperschaft verfasste, auf Selbstverwaltung angelegte Hochschulverfassung.

Sowohl im Einheitsmodell als auch im Trennmodell ist ihre Verbindung nur mit erheblichen Eingriffen in die Stiftungsverfassung oder Gesellschaftsverfassung erforderlich, aber auch möglich.

Beim Einheitsmodell besteht dieser Eingriff darin, dass die Hochschulverfassung in der Stiftungssatzung oder Gesellschaftssatzung abgebildet und auf der Leitungsebene der Stiftung oder Gesellschaft zusammengeführt, im Übrigen durch Abstimmungsprozesse zwischen den Gesellschafts- und Hochschulorganen koordiniert wird.

Das Trennungsmodell unterscheidet sich, wie dargestellt, vom Einheitsmodell darin, dass die Gesellschaftssatzung und Hochschulsatzung als selbständige, aber doch verknüpfte Regelwerke ausgestaltet sind.

Dies hat den Vorteil, dass auf der einen Seite der Gesellschaftsvertrag von Strukturen freigehalten wird, die dem gesetzlichen Leitbild widersprechen, dass auf der anderen Seite die Hochschulverfassung entsprechend den Anforderungen an die akademische Selbstverwaltung gestaltet werden kann.

Im Trennmodell ist die Hochschule- wie bei der Hochschulverfassung der Stiftungshochschulen in Niedersachsen, Frankfurt/Main, Viadrina und Lübeck zwar als realer Verband, aber nicht als rechtsfähige Körperschaft verfasst.

Zur Sicherung voller Handlungsfähigkeit der Hochschule muss daher auch beim Trennmodell die Leitungsebene personell verknüpft und müssen Entscheidungen von Gesellschafts- und Hochschulorganen durch Abstimmungsverfahren festgelegt werden, die sowohl in der Gesellschaftssatzung wie in der Grundordnung der Hochschule verankert werden.

Diese Verknüpfung sollte nicht nur auf der Ebene der kaufmännischen Geschäftsführung, sondern auch in der Person des Präsidenten/ Rektors oder der Präsidentin/ Rektorin gewährleistet sein.

Deshalb erscheint es überspitzt, hinter dem Einheits- oder Trennungsmodell unterschiedliche Philosophien für eine Organisation privater Hochschulen zu vermuten.

Beide Modelle sind unterschiedliche, im Einzelfall auf einen angemessenen Ausgleich auszurichtende Wege, Gesellschafts- und Hochschulverfassung, Träger- und Hochschulinteressen zum Ausgleich zu bringen.

### III. Kriterien des Wissenschaftsrats

In seinem Leitfaden zur institutionellen Akkreditierung hat der Wissenschaftsrat auch Prüfungskriterien zum Prüfbereich „Leitungsstruktur, Organisation und Verwaltung aufgestellt“.<sup>49</sup> Er lässt dort, vor allem aber in den nachfolgenden Akkreditierungs- und Reakkreditierungsverfahren einzelner Hochschulen,<sup>50</sup> eine gewisse

48 So die Zuſpitzung bei *Karsten Schmidt*, Fn. 43., S. 115.

49 Wissenschaftsrat, Leitfaden zur institutionellen Akkreditierung privater Hochschulen, 2014, S. 74 ff., 76 ff., Fn. 142 und 143.

50 Stellungnahme zur Akkreditierung der (Promotionsrecht) Frankfurt School of Finance & Management, Frankfurt a. M., Drs. 4887-15, 2015, S. 22 ff. Stellungnahme zur Reakkreditierung der Internationalen Hochschule Liebenzell, Drs. 785-15, 2015, S. 27 ff. unter A.II.; Stellungnahme zur Reakkreditierung der Media Design Hochschule Berlin, Drs.7877-15, 2015, S. 27 ff. unter A.II.; Stellungnahme zur Reakkreditierung der nta

Hochschule Isny, Drs.7881-2015, S. 23 ff. unter A.II und S.38 ff. unter B.II; Stellungnahme zur Reakkreditierung der Hochschule der Wirtschaft für Management, Drs. 4885-15, 2015, S. 23 ff., unter A.II; 35 ff. unter B.II; Stellungnahme zur Reakkreditierung der Munich Business School, Drs.4883-15, 2015 S. 22 unter A.II und S. 37 ff. unter B.II.; Stellungnahme zur Reakkreditierung der accadis Hochschule Bad-Homburg, Drs. 7879-15, 2015, S. 24 ff. unter A.II, S. 35 ff. unter B.II; Stellungnahme zur Akkreditierung der SRH Hochschule der populären Künſte Berlin, Drs. 7889-15, 2015, S. 22 ff. unter A.II., S. 35 ff. unter B.II.

Präferenz für das Trennungsmodell erkennen. Vor allem geht es ihm darum, den Hochschulorganen eine hinreichende Entscheidungsautonomie gegenüber den Trägerorganen zu gewährleisten.

Dazu enthält der Leitfaden zum einen eine Aufgabenbeschreibung von Hochschulleitung und Senat, zum anderen allgemeine Grundsätze für die Gestaltung der Entscheidungsprozesse zwischen Trägergesellschaft und Hochschule.

### 1. Funktionsbeschreibung von Hochschulleitung und Senat

Deskriptive und präskriptive Elemente enthält die Darstellung der Aufgaben der Hochschulleitung und Senat.

#### a) Hochschulleitung

Das Präsidium oder Rektorat der Hochschule soll nach den Vorstellungen des Wissenschaftsrats die akademische Leitung und die Verantwortung für die Bewirtschaftung des Haushalts und der Personalangelegenheiten wahrnehmen. Unklar bleibt, was mit der Feststellung gemeint ist: „Die zentrale Funktion der Hochschulleitung kann mit dem Begriff der Selbststeuerung umschrieben werden.“<sup>51</sup>

Die Hochschulleitung ist aufgrund ihrer strategischen Verantwortung das Bindeglied zwischen der Hochschule und ihrer Trägergesellschaft. In der Praxis werden die Leitungsfunktionen in Personalunion wahrgenommen. Erwähnt wird die Personalunion von Kanzler der Hochschule und Geschäftsführer der Gesellschaft. In dieser Doppelfunktion sieht der Wissenschaftsrat dann eine Gefahr für die Wissenschaftsfreiheit, wenn der Amtsinhaber zugleich als Gesellschafter an der Trägergesellschaft beteiligt ist.<sup>52</sup>

#### b) Senat

Das maßgebliche Organ der akademischen Selbstverwaltung ist der Senat, in dem die Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler als Träger des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit mit weiteren Angehörigen der Hochschule vertreten sind und in dem die Professorinnen und Professoren die Mehrheit haben müssen. Dem Senat muss das maßgebliche Gewicht bei Entscheidungen in Fragen von Lehre und Forschung, insbesondere der Einrichtung von Studiengängen und der Bestimmung der Curricula oder Bildung von Forschungsschwerpunkten zukommen. Ferner muss ihm die gleichberechtigte Mitwirkung – sei es durch das Vorschlags-

recht, gemeinsame Wahl oder Zustimmungsrecht bei Bestellung und Entlassung der Hochschule neben den Organen der Trägergesellschaft zukommen.

### 2. Allgemeine Grundsätze

Zwingend erforderlich ist nach Auffassung des Wissenschaftsrats die Einhaltung von zwei allgemeinen Regeln:<sup>53</sup>

1. Zur Sicherung der Wissenschaftsfreiheit darf es kein „Durchregieren“ einer Person geben, die zugleich Gesellschafterin bzw. Gesellschafter und Geschäftsführerin oder Geschäftsführer der Trägergesellschaft sowie Präsidentin oder Präsident und in dieser Eigenschaft auch noch Vorsitzende(r) des Senats als zentralem Beschlussorgan der Hochschule ist.

Hier gälte es, einen Teil bestehender Verknüpfungen aufzulösen und fallangemessene „checks and balances“ zu entwickeln.

2. Von zentraler Bedeutung ist die Existenz und Wirkungsweise des Senats, der eine akademische Kernfunktion wahrnimmt und so ausgestaltet sein muss, dass er diese Funktion selbständig gegenüber der Leitung, Trägergesellschaft Betreiber und Finanziers wahrnehmen kann.<sup>54</sup>

Darüber hinaus fordert der Wissenschaftsrat, dass „Kompetenzen und Mitwirkungsfunktionen“ auf verschiedenen Ebenen wahrgenommen werden können.“ Darunter versteht der Wissenschaftsrat nach Entscheidungsgegenständen differenzierte Vorschlags-, Mitwirkungs-, und Zustimmungsrechte.<sup>55</sup>

Diese Grundsätze werden für folgende Fallkonstellationen konkretisiert:<sup>56</sup>

1. Unvereinbarkeit von Gesellschafterstellung und Mitgliedschaft im Senat. Unvereinbarkeit von Geschäftsführerfunktion und Präsidentenamt bei gleichzeitiger Gesellschafterstellung.

2. Vereinbarkeit von Geschäftsführer- und Kanzlerfunktion, da der Kanzler keine Aufgaben im Kernbereich von Forschung und Lehre hat.

3. Kritische Prüfung der Doppelfunktion als Geschäftsführer der Gesellschaft und Präsident/Präsidentin der Hochschule. Zulässigkeit nur bei Vorschlags- bzw. Zustimmungsrecht des Senats zur Bestellung.

Eine angemessene Ausbalancierung von Trägerinteressen und Hochschulinteressen macht der Wissenschaftsrat von folgenden Kriterien abhängig:<sup>57</sup>

– „Separationsmodell“: Vollständige Trennung der wirtschaftlich- strategischen Belange und der akademi-

51 Wissenschaftsrat, aaO., S. 77.

52 Wissenschaftsrat, aaO., S. 78.

53 AaO, S. 79.

54 Wissenschaftsrat, Leitfaden zur institutionellen Akkreditierung

privater Hochschulen, 2014, S.74 ff., 79 ff.

55 AaO., Fn. 147,

56 AaO., S. 80.

57 AaO., S. 81.

schen Belange. Das bedeutet, dass Vertreter des Trägers kein weiteres Amt in den (akademischen) Entscheidungsorganen haben.

Alternativ:

- „Vetomodell“: Vetorecht des Trägervertreters gegenüber Entscheidungen der Selbstverwaltungsorgane, die mit den Trägerinteressen vereinbar sind, Vetorecht des Senats gegenüber Entscheidungen der Trägerorgane, die mit den satzungsmäßigen Rechten des Senats unvereinbar sind.

Der Wissenschaftsrat fordert, dass die Satzungen der Trägergesellschaft und die Grundordnungen der Hochschule dem angepasst werden und klare Kompetenzen und Entscheidungsverfahren vorzusehen. Zugleich bietet er an, seine bei Akkreditierungen privater Hochschulen gewonnene Expertise zu einer Standardisierung in Fragen der Governance einzusetzen.

Exemplarisch werden vom Wissenschaftsrat Anforderungen an das Berufungsverfahren definiert.

Die Entscheidungsverantwortung dafür müsse bei den Institutionen der akademischen Selbstverwaltung liegen, dazu sei den Professorinnen und Professoren als hauptverantwortlichen Akteuren die hinreichende Unabhängigkeit zu sichern.

Demgegenüber müsse der Einfluss des Betreibers auf das Berufungsverfahren niedrig gehalten werden. Es genüge ein Vetorecht.

Weiterreichender Einfluss des Betreibers soll dagegen bei der strategischen Ausrichtung oder Funktionsbestimmung einer Professur möglich sein.<sup>58</sup> Diese stünde im Zusammenhang mit der unternehmerischen Entscheidung für die Ausrichtung der Studiengänge. Dagegen habe die Kompetenz des Betreibers bei der akademischen Beurteilung der Bewerberinnen und Bewerber zu enden.

Auch in der Gründungsphase einer Hochschule müsse ein Berufungsverfahren durchgeführt werden. Solange die Selbstverwaltungsorgane nicht eingerichtet sind und deshalb eine Berufungskommission aus eigenen Mitgliedern nicht gebildet werden kann, müssten für die Berufungskommission externe Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler gewonnen werden.

#### IV. Bewertung

Die Akkreditierungsberichte des Wissenschaftsrats stellen im Verfahren der Anerkennung nichtstaatlicher Hochschulen von den zuständigen Ministerien einge-

holte gutachterliche Äußerungen dar. Aufgrund der Expertise des Wissenschaftsrats haben sie großes Gewicht, entheben aber das zuständige Ministerium nicht der eigenverantwortlichen Prüfung.

Darüber hinaus sind die Akkreditierungsberichte des Wissenschaftsrates eine wichtige Quelle der Transparenz der Leitungs-, Organisations-, Fach-, und Finanzstrukturen privater Hochschulen. Sie sind die einzig öffentlich zugängliche Quelle, da die Anerkennungsentscheidungen der Ministerien nicht veröffentlicht werden müssen und die nichtstaatlichen Hochschulen keinen hochschulrechtlichen Publizitätsvorschriften unterliegen.

Die skizzierten Kriterien des Wissenschaftsrates orientieren sich an den vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Maßstäben an eine grundrechtskonforme Ausgestaltung der Entscheidungsprozesse staatlicher Hochschulen und die Prinzipien akademischer Selbstverwaltung.

Sie füllen damit eine Lücke der in den meisten Landeshochschulgesetzen nur unzulänglich definierten Anforderungen an die Organisationsstruktur.

Offensichtliches Vorbild für die Leitlinien sind die derzeitigen Leitungsstrukturen staatlicher Hochschulen auf zentraler Ebene mit den Organen der Hochschulleitung, dem Hochschulrat und dem Senat.

Im Rahmen der sog. Einheitsverwaltung nimmt auch die Leitung staatlicher Hochschulen neben akademischen Angelegenheiten auch sogenannte staatliche Angelegenheiten und damit Trägeraufgaben wahr.

Aus diesem Grund fordert der Wissenschaftsrat in Übereinstimmung mit dem Bundesverfassungsgericht für die Bestellung und Abwahl der Hochschulleitung eine doppelte Legitimation durch den Senat und den Organen der Trägergesellschaft.

Weniger überzeugend sind demgegenüber jedoch die Einwände des Wissenschaftsrats gegenüber der Doppelfunktion von Mitgliedern des Leitungsgremiums der Hochschule in den Organen der Gesellschaft. Diese Doppelfunktion ist zur Sicherung der rechtlichen Handlungsfähigkeit der Hochschule im Rechtsverkehr unabdingbar. Potentielle Konflikte zwischen Trägerinteressen und Interessen der Hochschule sind auch in der Funktion der Hochschulleitung staatlicher Hochschulen angelegt. Sie werden dort durch die Rechts- und Fachaufsicht des Landes, die interne Aufsicht durch den Hochschulrat und die Möglichkeit der Abwahl bei schweren Konflikten gelöst.

Diese Handlungsmöglichkeiten können auch dem Aufsichtsrat als Repräsentanten der Trägerinteressen

58 Wissenschaftsrat, aaO., S.82.

und dem Senat als Repräsentanten der Hochschulinteressen durch entsprechende Beanstandungsrechte gegenüber Entscheidungen der Hochschulleitung und Initiativrechte zur Abberufung der Hochschulleitung eingeräumt werden.

Neben der Sicherung der personellen Legitimation durch Zusammenwirken der Gesellschafts- und Hochschulorgane bedürfen auch Sachentscheidungen in grundsätzlichen wissenschaftsrelevanten Angelegenheiten geeigneter Abstimmungsverfahren zwischen Gesellschafts- und Hochschulorganen.

In seinen Entscheidungen zur Leitungsstruktur der Medizinischen Hochschule Hannover<sup>59</sup> und zur Leitungsstruktur der Fakultäten der Universität Hamburg<sup>60</sup> hat das Bundesverfassungsgericht wesentliche Grundsätze der Abstimmung zwischen Selbstverwaltungsorganen und Hochschulleitung entwickelt, die sich auch für eine wissenschaftsadäquate Gestaltung der Entscheidungsprozesse nutzbar machen lassen.

Wissenschaftsrelevant sind nicht nur Entscheidungen über konkrete Forschungsvorhaben oder Lehrangebote, sondern auch über die Planung der weiteren Entwicklung einer Einrichtung und über die Ordnungen, die für die eigene Organisation gelten sollen. Wissenschaftsrelevant sind auch alle den Wissenschaftsbetrieb prägenden Entscheidungen über die Organisationsstruktur und den Haushalt.<sup>61</sup>

Zur Ausgestaltung der Organisation und Mitwirkung der Selbstverwaltungsorgane führt das BVerfG aus:

„Der Gesetzgeber darf die Art und Weise der Mitwirkung im wissenschaftsorganisatorischen Gesamtgefüge frei gestalten, solange die wissenschaftlich Tätigen an wissenschaftsrelevanten Entscheidungen hinreichend mitwirken können.“<sup>62</sup>

Für die Gestaltung der Entscheidungsprozesse privater Hochschulen lässt sich daraus folgendes ableiten:

Entscheidungsgegenstände im Kernbereich von Forschung und Lehre obliegen der Entscheidung des Senats. Soweit sie- wie die Einrichtung neuer Studiengänge, die Funktionsbeschreibung von Professuren, die Struktur- und Entwicklungsplanung, Organisationsentscheidungen oder die Grundordnung der Hochschule zugleich

Trägerinteressen berühren, ist eine Zustimmung des Senats erforderlich.

Entscheidungen finanzwirtschaftlicher Art, wie die Aufstellung des Wirtschaftsplans, die mittelfristige Finanzplanung oder die Grundsätze der Mittelverteilung obliegen vorrangig dem Aufsichtsrat als Gesellschaftsorgan, bedürfen aber der Zustimmung des Senats, zumindest ist dem Senat ein Recht der Stellungnahme einzuräumen.

Der Leitfaden des Wissenschaftsrats enthält dazu wichtige Hinweise, erfasst aber die in Frage kommenden Fallgestaltungen und die dabei zu beachtenden Abstimmungsprozesse nicht vollständig

Es wäre deshalb zu begrüßen, wenn der Wissenschaftsrat diese Grundsätze bei der Fortschreibung seines Leitfadens seinem bisherigen Kriterienkatalog zufügt.

## V. Zusammenfassung

Die gesetzlichen Vorgaben der meisten Landeshochschulgesetze für wissenschaftsadäquate Leitungsstrukturen privater Hochschulen sind unzulänglich. Eine Ausnahme davon und zugleich Vorbild für eine Weiterentwicklung bildet § 70 Abs. 2 Nr. 7 LHG Baden- Württemberg.<sup>63</sup>

Zu beanstanden ist auch die fehlende Transparenz der Leitungsstrukturen privater Hochschulen. Die Öffentlichkeit, Studienbewerber, aber auch potentielle Bewerber für Stellen des wissenschaftlichen und nichtwissenschaftlichen Dienstes haben ein berechtigtes Interesse an der Offenlegung des Gesellschaftsvertrages und der Satzung der Hochschule. Weder das Handelsregister noch das Unternehmensregister bieten dafür einen Ersatz.

Deshalb sollten die Hochschulgesetze geändert werden und für beides, angemessene Rahmenvorgaben für die Leitungsstrukturen und deren Offenlegung Rechnung tragen.

Leitungsstrukturen privater Hochschulen bedürfen eines Ausgleichs von Trägerinteressen und Interessen der von ihnen getragenen Hochschulen.

Dafür gibt es mehrere Lösungsansätze. Weder das sogenannte Einheitsmodell, in dem Trägerverfassung und

59 Beschluss v. 24.6.2014 – 1 BvR 3217/07 – BVerfGE 136, 338 ff.

60 Beschluss v. 20.7.2010 – 1 BvR 748/06 – BVerfGE 127, 61 ff.

61 BVerfGE 136, 338 ff., 364 (Rn. 58).

62 BVerfGE 136, 338 ff., 364 (Rn. 59).

63 „(2) Kirchlichen und sonstigen nicht staatlichen Bildungseinrichtungen kann die staatliche Anerkennung als Hochschule erteilt werden, wenn... 7. die innere Wissenschaftsfreiheit hinreichend gesichert ist; insbesondere muss die akademische Selbstverwal-

tung maßgeblichen Einfluss auf die Bestellung und Abberufung der Hochschulleitung besitzen, und im akademischen Kernbereich muss eine autonome Entscheidungsbildung durch die akademischen Gremien gewährleistet sein; den Angehörigen der Hochschule muss das Recht gewährt werden, an der Gestaltung des Studiums in sinngemäßer Anwendung der Grundsätze dieses Gesetzes mitzuwirken.“

Hochschulverfassung in der Satzung der Gesellschaft verankert sind, noch das sog. Trennmodell, in dem die Trägerverfassung in der Satzung der Gesellschaft, die Hochschulverfassung in einer davon getrennten Grundordnung geregelt sind, bilden den Goldstandard. Auch beim Trennmodell ist eine Verknüpfung von Gesellschaftssatzung und Hochschulverfassung erforderlich.

Eine private Hochschule ist nur bei Personalunion ihres Leitungsorgans mit der Geschäftsführung der Trägergesellschaft im Rechtsverkehr handlungsfähig.

Das bedingt eine gleichberechtigte Mitwirkung des Aufsichtsrats der Trägergesellschaft und des Senats als dem Selbstverwaltungsorgan der Hochschule bei der Bestellung und Abberufung der Hochschulleitung.

Im Übrigen bedarf es nach Entscheidungsgegenständen ausdifferenzierter Abstimmungsprozesse zwischen Hochschulleitung einerseits, Aufsichtsrat der Trägergesellschaft und Senat der Hochschule andererseits.

Der aus der Akkreditierungspraxis hervorgegangene Leitfaden des Wissenschaftsrates bietet für die Gestaltung in den Gesellschafts- und Hochschulsatzungen hilfreiche, aber keine vollständigen Hinweise.

Der Leitfaden sollte deshalb im Lichte der Schlüsselentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Leitungsorganisation der Medizinischen Hochschule Hannover und der Leitungsstruktur von Fakultäten nach dem Hamburgischen Hochschulgesetz fortgeschrieben werden.

Diese enthalten Grundsätze einer der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) angemessenen Leitungsorganisation, die auch Vorbild für Governance-Strukturen privater Hochschulen sind.

Georg Sandberger ist Honorarprofessor für Wirtschaftsrecht an der juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen und war von 1979 bis 2003 deren Kanzler.



# Sebastian Schmuck

## *Promotion und Straftaten*

### I. Einleitung

Nach den Hochschulgesetzen der Länder soll eine Dissertation eine selbstständige wissenschaftliche Arbeit und einen wissenschaftlichen Fortschritt darstellen.<sup>1</sup> Im Schrifttum bestand bisher weitgehend Einigkeit, dass der Doktorgrad allerdings nicht nur die Fähigkeit zur selbstständigen wissenschaftlichen Arbeit bescheinigt, sondern eine darüber hinausgehende akademische Würdigung und auch eine verliehene akademische Würde darstelle, die eine entsprechende Würdigkeit des Trägers verlange. Dementsprechend sehen einige Hochschulgesetze und Promotionsordnungen häufig vor, dass die Zulassung zum Promotionsverfahren von der Vorlage eines polizeilichen Führungszeugnisses abhängig gemacht werden kann und der einmal erworbene Dokortitel wieder entzogen werden darf, wenn sich der Träger später als unwürdig erweist. Dabei wurde die Unwürdigkeit insbesondere dann bejaht, wenn der Titelträger bestimmter Straftaten schuldig gesprochen wurde. Dieser Auffassung eines über den Nachweis der Fähigkeit zum wissenschaftlichen Arbeiten hinausgehenden, mit der Verleihung des Dokortitels verbundenen Werturteils hat das Bundesverwaltungsgericht mit seinen Urteilen vom 31. Juli 2013<sup>2</sup> und 30. September 2015<sup>3</sup> allerdings eine deutliche Absage erteilt, soweit der Promotionswillige bzw. Titelträger straffällig geworden ist. Die Universitäten dürften sowohl bei der Zulassung zum Promotionsverfahren als auch beim späteren Entzug des Titels ausschließlich wissenschaftsrelevante Straftaten berücksichtigen. Für die Abgabe eines darüber hinausgehenden Werturteils seien sie hingegen nicht berufen. Der nachfolgende Beitrag stellt die beiden Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts vor, unterzieht sie einer Bewertung und gibt einen Ausblick auf die möglichen Auswirkungen der Entscheidungen auf Promotionszulassungs- und Titelentziehungsverfahren.

### II. Die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts

#### 1. Urteil vom 31. Juli 2013

In diesem Verfahren hatte die Universität den von ihr verliehenen Doktorgrad unter Berufung darauf entzogen, dass der Kläger sich durch späteres Verhalten der Führung des Grades als unwürdig erwiesen hat. Die Universität promovierte den Kläger zum Doktor der Naturwissenschaften im Januar 1998. Von Juli 1990 bis September 2002 arbeitete der Kläger in einer privaten Forschungseinrichtung in den USA mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG). Er war an einer Vielzahl wissenschaftlicher Publikationen beteiligt, die in der wissenschaftlichen Öffentlichkeit teilweise als bahnbrechend gewürdigt wurden. Eine Untersuchungskommission kam im September 2002 allerdings zu dem Ergebnis, dass der Kläger die Originaldaten und die verwendeten Proben seiner beschriebenen Experimente nicht systematisch archiviert habe. Zudem gebe es zwingende Belege dafür, dass er Daten manipuliert und falsch dargestellt habe. Mit Bescheid vom 4. Juni 2004 entzog die Universität den verliehenen akademischen Grad eines Doktors der Naturwissenschaften, weil sich der Kläger durch sein späteres Verhalten der Führung des Grades als unwürdig erwiesen habe. Spätere Analysen des Promotionsausschusses bestätigten das Fehlen der Originaldaten sowie die Manipulation, Fälschung und Fabrikation von Daten. Der Hauptausschuss der DFG bestätigte ebenfalls das wissenschaftliche Fehlverhalten in der Form der Fälschung und Manipulation von Daten sowie der unzureichenden Aufbewahrung und Dokumentation von Primärdaten durch den Kläger. Im Oktober 2009 wurde deshalb der Widerspruch des Klägers gegen die Entziehungsentscheidung zurückgewiesen.<sup>4</sup>

Das Verwaltungsgericht Freiburg gab der Klage statt.<sup>5</sup> Der Verwaltungsgerichtshof Mannheim wies die Klage

1 Vgl. § 40 Abs. 6 S. 1 SächsHSFG; § 18 Abs. 3 HSG LSA; § 43 Abs. 1 S. 1 LHG M-V; § 38 Abs. 2 S. 1 LHG B-W; § 31 Abs. 2 S. 1 BbgHG; § 54 Abs. 2 S. 1 ThürHG; Art. 64 Abs. 1 S. 1 BayHSchG; § 9 Abs. 1 S. 2 NdsHG; siehe auch OVG Lüneburg, Urteil vom 2.12.2009, 2 KN 906/06, NdsVBl 2010, 204 (206); *Leuze/Epping/Epping*, HG NRW, Stand 8. EL 2009, § 67 Rn. 4, 41; *Zimmerling/Brehm*, Prüfungsrecht, 3. Aufl. 2007, § 37 Rn. 698; *Lorenz*, DVBl 2005, 1242 (1244).

2 BVerwG, Urteil vom 31.7.2013, BVerwG 6 C 9.12, BVerwGE 147, 292 ff.

3 BVerwG, Urteil vom 30.9.2015, BVerwG 6 C 45.14, DVBl 2015, 1584 ff.

4 BVerwG, Urteil vom 31.7.2013, BVerwG 6 C 9.12, BVerwGE 147, 292 (293 f.).

5 VG Freiburg, Urteil vom 22.9.2010, VG 1 K 2248/09, JurionRS 2010, 32549.

jedoch ab.<sup>6</sup> Die hiergegen eingelegte Revision zum Bundesverwaltungsgericht blieb erfolglos. Die Vorschrift des Hochschulgesetzes Baden-Württemberg, wonach der Hochschulgrad entzogen werden kann, wenn sich der Inhaber durch sein späteres Verhalten der Führung des Grades als unwürdig erwiesen hat, verstöße nicht gegen das Grundgesetz. Die bisherige Regelung des Hochschulgesetzes Baden-Württemberg, wonach der von einer Hochschule verliehene Hochschulgrad entzogen werden kann, wenn sich der Inhaber durch sein späteres Verhalten der Führung des Grades als unwürdig erwiesen hat, erfahre durch seinen vom Verwaltungsgerichtshof festgestellten Wissenschaftsbezug eine Konkretisierung, die dem Gebot der Gesetzesbestimmtheit genüge und in dieser Auslegung auch mit den Grundrechten der Titelinhaber vereinbar sei.<sup>7</sup> Nach der bindenden Feststellung des Verwaltungsgerichtshofs verlange die Entziehung wegen späterer Unwürdigkeit vorsätzliche oder grob fahrlässige Verstöße gegen wissenschaftliche Kernpflichten. Der Titelinhaber erweise sich deshalb als unwürdig, wenn sich der mit der Verleihung des Doktorgrades begründete Anschein wissenschaftskonformen Arbeitens angesichts gravierender Verstöße gegen die Grundsätze guter wissenschaftlicher Praxis und Redlichkeit – insbesondere in Form der Fälschung von Forschungsergebnissen – als unzutreffend herausstellen sollte und zum Schutz vor Irreführung korrigiert werden müsse.<sup>8</sup> Für die Bestimmung der Unwürdigkeit dürfe nicht auf die Enttäuschung traditioneller gesellschaftlicher Vorstellungen über den Doktorgrad als öffentliche Würde eigener Art, als herausgehobene oder ehrenvolle Kennzeichnung der Persönlichkeit seines Trägers abgestellt werden. Weder hätten derartige allgemeine Vorstellungen, sofern sie in der Gesellschaft überhaupt auch heute noch bestehen, eine normative Grundlage, noch seien die Hochschulen institutionell oder fachlich zur Abgabe und Durchsetzung entsprechender Werturteile berufen.<sup>9</sup> Der Begriff der Unwürdigkeit sei daher ausschließlich wissenschaftsbezogen zu verstehen und könne nicht zugleich unter Heranziehung anderer Kriterien interpretiert werden. Dies gelte auch für besonders schwere oder verwerfliche Straftaten ohne Wissenschaftsbezug.<sup>10</sup>

Das Bundesverfassungsgericht bestätigte mit Beschluss vom 3. September 2014 diese Entscheidung. Da

der Doktorgrad mit einer fachlich-wissenschaftlichen Qualifikation verbunden sei, müsse das die Unwürdigkeit begründende Fehlverhalten funktional mit dem Wesen und der Bedeutung des akademischen Grades verknüpft werden. Eine Entziehung eines akademischen Titels bei Verfehlungen außerhalb des Wissenschaftsbetriebes komme somit nicht in Betracht.<sup>11</sup>

## 2. Urteil vom 30. September 2015

Der Kläger in diesem Verfahren war vom Amtsgericht Würzburg mit Urteil vom 11. April 2006 wegen einer im Mai 2004 begangenen sexuellen Nötigung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt worden, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. Das Urteil wurde am 11. Oktober 2007 rechtskräftig. Die zuständige Staatsanwaltschaft teilte allerdings erst am 18. Januar 2008 dem Bundesamt für Justiz die Verurteilung zur Eintragung in das Bundeszentralregister mit. Am 12. März 2008 beantragte der Kläger bei der beklagten Universität die Zulassung zur Promotion. Dem Antrag fügte er gemäß der Regelung in der Promotionsordnung kommentarlos ein Führungszeugnis bei, das vom 4. Januar 2008 datierte und die seit dem 11. Oktober 2007 rechtskräftige Verurteilung noch nicht enthielt. Die zuständige Fakultät eröffnete das Promotionsverfahren am 31. März 2008. Im April 2008 wurde die Universität anonym darüber informiert, dass die Behörden in Würzburg gegen den Kläger wegen sexueller Nötigung strafrechtlich ermitteln würden. Als die Universität den Kläger hierzu um Stellungnahme bat, teilte dieser – insoweit zutreffend – mit, dass gegen ihn keine strafrechtlichen Ermittlungen liefen bzw. seien ihm solche Ermittlungen aktuell nicht bekannt. Über die bereits erfolgte Verurteilung informierte er die Universität nicht. Nach der erfolgreichen Verteidigung der Dissertation stellte die Universität am 30. April 2008 die Promotionsurkunde aus und übersandte diese an den Kläger.<sup>12</sup>

Im September 2008 wurde der Universität von der zuständigen Staatsanwaltschaft Einsicht in die den Kläger betreffenden Strafakten gewährt, wodurch die Universität von der bereits zum Zeitpunkt des Promotionszulassungsantrages rechtskräftigen Vorstrafe erfuhr. Die zuständige Fakultät entzog daraufhin dem Kläger den verliehenen Doktorgrad mit Wirkung vom 14. Januar 2009. Die Fakultät begründete die Entziehung damit,

6 VGH Mannheim, Urteil vom 14.9.2011, VGH 9 S 2667/10, VBIBW 2012, 180-185.

7 BVerwG, Urteil vom 31.7.2013, BVerwG 6 C 9.12, BVerwGE 147, 292 (296).

8 BVerwG, Urteil vom 31.7.2013, BVerwG 6 C 9.12, BVerwGE 147, 292 (297).

9 BVerwG, Urteil vom 31.7.2013, BVerwG 6 C 9.12, BVerwGE 147, 292 (298).

10 BVerwG, Urteil vom 31.7.2013, BVerwG 6 C 9.12, BVerwGE 147, 292 (300 f.).

11 BVerfG, Beschluss vom 3.9.2014, 1 BvR 3353/13, NVwZ 2014, 1571 (1571 f.).

12 BVerwG, Urteil vom 30.9.2015, BVerwG 6 C 45.14, insoweit bei DVBl 2015, 1584 nicht abgedruckt.

dass der Kläger den Fakultätsrat über eine wesentliche, im Promotionsantrag dokumentierte Zulassungsvoraussetzung getäuscht habe. Das in der Promotionsordnung geregelte Erfordernis, dem Promotionsantrag ein höchstens drei Monate altes polizeiliches Führungszeugnis beizufügen, habe nicht lediglich einen formalen Charakter, sondern enthalte die Verpflichtung, eintragungsfähige Vorstrafen zu offenbaren. Da bei der Verleihung des Doktorgrades dem Leumund eine wesentliche Bedeutung zukomme, wäre eine Verleihung an Personen mit schlechtem Leumund jedenfalls hinterfragt worden. Die von dem Kläger begangene Täuschung liege darin, dass er das Führungszeugnis in Kenntnis der dort noch nicht eingetragenen Vorstrafe kommentarlos vorgelegt habe. Der Fakultätsrat war im Rahmen der von ihm durchgeführten Ermessensausübung zu dem Ergebnis gelangt, dass der Kläger die sozialen und beruflichen Folgen des Entzugs seines Doktorgrades hinzunehmen habe, weil vorrangig das Ansehen und der gute Ruf der Fakultät zu wahren seien.<sup>13</sup>

Die gegen die Entziehungsentscheidung gerichtete Klage hat das Verwaltungsgericht Chemnitz abgewiesen.<sup>14</sup> Die hiergegen gerichtete Berufung hat das Sächsische Obergerverwaltungsgericht mit Urteil vom 28. Januar 2014 zurückgewiesen.<sup>15</sup> Bei der in der Promotionsordnung geregelten Pflicht zur Vorlage eines polizeilichen Führungszeugnisses handele es sich um eine wesentliche Zulassungsvoraussetzung, auf die sich eine Täuschung beziehen könne. Zwar normiere die Promotionsordnung nicht ausdrücklich, dass der Promotionsbewerber nicht vorbestraft sein darf. Aus dem Umstand, dass dem Promotionsantrag ein polizeiliches Führungszeugnis beizufügen ist, ergebe sich mit hinreichender Deutlichkeit als Zulassungskriterium, dass der Promotionsbewerber etwaige Vorstrafen gegenüber der Fakultät zutreffend angeben muss. Die inhaltlich richtige Auskunft über vorhandene Vorstrafen sei damit Voraussetzung für die Zulassung zur Promotion.<sup>16</sup> Diese Regelung in der Promotionsordnung sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden und sei durch die Wissenschaftsfreiheit der Hochschule geschützt. Die Hochschule sei berechtigt, eigenständig und ohne staatliche Einwirkung die Promotionsvoraussetzungen allgemein festzulegen. Die Wissenschaftsfreiheit und die Berufsfreiheit der Promotionsbewerber stünden dem nicht entgegen. Die Wissenschafts-

freiheit sei konkret nicht betroffen, da sich hieraus kein zwingender Anspruch des Promotionsbewerbers auf Zulassung zum Promotionsverfahren ergebe. Die Zulassungsvoraussetzung stelle zwar eine Berufsausübungsregelung dar, die aber zulässig sei, da die Vorstrafe je nach Art des Delikts unmittelbar Rückschlüsse auf die wissenschaftliche Nichteignung eines Bewerbers zulasse.<sup>17</sup> Der Kläger habe den Fakultätsrat der beklagten Universität durch Vorlage des formal richtigen, inhaltlich aber unzutreffenden polizeilichen Führungszeugnisses vom 4. Januar 2008 über die seit dem 11. Oktober 2007 rechtskräftige Verurteilung wegen sexueller Nötigung getäuscht. Die Vorlage des Führungszeugnisses sei kein Selbstzweck oder reines Formerfordernis, sondern diene ersichtlich der Erbringung des Nachweises über das (Nicht-)Vorhandensein von Vorstrafen. Der Kläger habe somit die Fakultät über die Vorstrafe informieren müssen.<sup>18</sup> Die vom Kläger begangene Täuschung habe ursächlich zur Vergabe des Doktorgrades geführt. Es komme für die Bejahung der Kausalität der Täuschung nicht darauf an, ob die Fakultät in Kenntnis des wahren Sachverhalts die Zulassung des Klägers zur Promotion verweigert hätte. Vielmehr genüge, dass die Hochschule den Bewerber ohne die Täuschung jedenfalls nicht alsbald zur Promotion zugelassen, sondern weitere Prüfungen und Erwägungen angestellt und erst auf dieser vollständigen Grundlage ihre Entscheidung getroffen hätte.<sup>19</sup>

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Urteil vom 30. September 2015 die Urteile des Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts und des Verwaltungsgerichts Chemnitz geändert und den Bescheid der Universität über die Entziehung des Doktorgrades aufgehoben. Zwar habe die Universität durch Satzungsrecht regeln dürfen, unter welchen Voraussetzungen der Doktorgrad entzogen werden kann, wozu auch die Täuschung über Zulassungsvoraussetzungen gehöre. Die Regelung in der Promotionsordnung, wonach der Promotionsbewerber zur Offenbarung von in ein Führungszeugnis aufzunehmenden Verurteilungen verpflichtet sei und ein entsprechendes Führungszeugnis vorzulegen habe, stelle allerdings eine unverhältnismäßige Einschränkung der den Promotionsbewerbern zustehenden Grundrechte der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG, der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG sowie der informationellen Selbstbestimmung gemäß Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art.

13 BVerwG, Urteil vom 30.9.2015, BVerwG 6 C 45.14, insoweit bei DVBl 2015, 1584 nicht abgedruckt.

14 VG Chemnitz, Urteil vom 14.3.2012, 2 K 422/09 (n.v.).

15 SächsOVG, Urteil vom 28.1.2014, 2 A 315/12, LKV 2014, 267-270.

16 SächsOVG, Urteil vom 28.1.2014, 2 A 315/12, Rn. 17, LKV 2014, 267 (268).

17 SächsOVG, Urteil vom 28.1.2014, 2 A 315/12, Rn. 19 ff., LKV 2014, 267 (269).

18 SächsOVG, Urteil vom 28.1.2014, 2 A 315/12, Rn. 22, LKV 2014, 267 (269).

19 SächsOVG, Urteil vom 28.1.2014, 2 A 315/12, Rn. 24, LKV 2014, 267 (270).

1 Abs. 1 GG dar.<sup>20</sup> Die Promotionsordnung verlange die weitgehende strafrechtliche Unbescholtenheit eines Promotionsbewerbers, ohne vorab festgelegt zu haben, dass im Fall einer in ein Führungszeugnis aufzunehmenden Verurteilung die Zulassung zur Promotion zwingend zu versagen ist. Die Universität habe aber auch nicht geregelt, unter welchen Voraussetzungen trotz Vorliegens einer solchen Verurteilung eine Zulassung zur Promotion möglich ist. Die Universität behalte sich damit eine Versagung der Zulassung in jedem einschlägigen Fall vor. Diese Voraussetzung zur Zulassung zur Promotion beschränke das Grundrecht der Berufsfreiheit in verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigter Weise. Sie sei unverhältnismäßig, weil sie kein legitimes Gemeinwohlziel verfolge. Es gebe kein schützenswertes Interesse der beklagten Universität, das sie berechtigen könnte, als Voraussetzung für die Zulassung eines Bewerbers zur Promotion dessen strafrechtliche Unbescholtenheit zu fordern. Die Universität dürfe die Promotion und ihre Voraussetzungen im Rahmen der grundgesetzlich garantierten akademischen Selbstverwaltung lediglich wissenschaftsbezogen ausgestalten. Der Bezug zur Wissenschaft begrenze das legitime universitäre Regelungsinteresse.<sup>21</sup> Die Universitäten seien generell nicht zur Abgabe und Durchsetzung von Werturteilen berufen, die außerhalb der Wissenschaft angesiedelt sind. Ihnen sei es daher verwehrt, die Zulassung zur Promotion in persönlicher Hinsicht von einer durch wissenschaftliche Erfordernisse nicht gerechtfertigten Unbescholtenheit der Promotionsbewerber abhängig zu machen. Was ein strafbares Verhalten anbelangt, dürften die Universitäten nur solchen Taten Relevanz beimessen, die die Funktionsfähigkeit und die Glaubwürdigkeit des Wissenschaftsprozesses infrage stellen und deshalb einen unmittelbaren Bezug zu der mit dem Doktorgrad verbundenen fachlich-wissenschaftlichen Qualifikation aufweisen. Auf Straftaten ohne einen derartigen Wissenschaftsbezug dürften die Universitäten nicht mit der Versagung der Zulassung zur Promotion reagieren.<sup>22</sup> Die Zulassungsvoraussetzung der strafrechtlichen Unbescholtenheit des Promotionsbewerbers verstoße ferner gegen die Wissenschaftsfreiheit in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG. Der Promotionsbewerber sei hier in der Ausprägung des wissenschaftsfreiheitlichen Teilhaberechts an einer staatlich monopolisierten Ausbildungsressource beeinträchtigt. Die Universitäten seien im Rahmen ihrer

akademischen Selbstverwaltung und der darin enthaltenen Satzungsautonomie zwar grundsätzlich berufen, die Voraussetzungen für eine Zulassung zur Promotion festzulegen und damit auch dieses Teilhaberecht zu begrenzen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sei jedoch verletzt, wenn die Zulassungsvoraussetzungen zur Promotion auch Straftaten ohne Wissenschaftsbezug erfassen.<sup>23</sup> Dürfe die Universität vor dem Hintergrund der grundrechtlichen Gewährleistungen der Berufsausübungsfreiheit und der Wissenschaftsfreiheit nicht die Unbelastetheit eines Promotionsbewerbers von in ein Führungszeugnis aufzunehmenden Verurteilungen zu einer materiellen Voraussetzung für die Zulassung zur Promotion erheben, fehle es an einer Grundlage für die Pflicht zur Offenbarung derartiger Verurteilungen und zur Vorlage eines Führungszeugnisses. Damit verletze die Regelung in der Promotionsordnung zugleich das Recht des Promotionsbewerbers auf informationelle Selbstbestimmung.<sup>24</sup>

### III. Bewertung

Zunächst soll die Entscheidung vom 30. September 2015 näher betrachtet und der Frage nachgegangen werden, ob die Hochschulen bei der Zulassung zum Promotionsverfahren aus rechtlichen Gründen nur wissenschaftsrelevanten Straftaten Bedeutung beimessen dürfen. Danach wird geprüft, ob entsprechend dem Urteil vom 31. Juli 2013 ein Entzug des einmal erworbenen Doktorgrads ebenfalls nur bei wissenschaftsrelevanten Straftaten möglich ist.

#### 1. Urteil vom 30. September 2015

##### a) Beeinträchtigung der Berufsfreiheit

Das Bundesverwaltungsgericht geht davon aus, dass durch die Versagung der Zulassung zur Promotion aufgrund von bestehenden Vorstrafen in das durch Art. 12 Abs. 1 GG garantierte Grundrecht des Promotionsbewerbers auf Berufsfreiheit in nicht gerechtfertigter Weise eingegriffen wird. Das Grundrecht der Berufsfreiheit ermögliche dem einzelnen die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit zur materiellen Sicherung seiner individuellen Lebensgestaltung, schütze die selbstbestimmte berufliche Entwicklung und diene der Abwehr von in diesem weiten Sinne berufsbezogenen Belastungen.

20 BVerwG, Urteil vom 30.9.2015, BVerwG 6 C 45.14, Rn. 11, DVBl 2015, 1584 (1585).

21 BVerwG, Urteil vom 30.9.2015, BVerwG 6 C 45.14, Rn. 12 ff., 17 f., DVBl 2015, 1584 (1586).

22 BVerwG, Urteil vom 30.9.2015, BVerwG 6 C 45.14, Rn. 19, DVBl 2015, 1584 (1585).

23 BVerwG, Urteil vom 30.9.2015, BVerwG, 6 C 45.14, Rn. 20 ff., DVBl 2015, 1584 (1586 f.).

24 BVerwG, Urteil vom 30.9.2015, BVerwG, 6 C 45.14, Rn. 24, DVBl 2015, 1584 (1587).

Beschränkungen, die den Erwerb des Doktorgrades betreffen, seien von erheblicher Bedeutung für die Verwirklichung der Berufsfreiheit der Promotionsbewerber. Dies gelte nicht nur im Hinblick auf die beruflichen Positionen eines Professors oder Juniorprofessors. Vielmehr erweise es sich auch für eine Vielzahl von beruflichen Tätigkeiten außerhalb des universitären Bereichs für die Berufsausübung jedenfalls als förderlich, wenn die Berufstätigen auf einen Doktorgrad als Nachweis einer von ihnen erbrachten wissenschaftlichen Leistung verweisen können.<sup>25</sup>

Dies ist nicht zu beanstanden. Es besteht zunächst Einigkeit darüber, dass der Schutzbereich der Berufsfreiheit betroffen ist, wenn der Promotionswillige einen Beruf anstrebt, für den der Doktorgrad Voraussetzung ist, zum Beispiel für den Beruf des Hochschullehrers oder in bestimmten naturwissenschaftlichen Berufsfeldern.<sup>26</sup> Demgegenüber wird gelegentlich ein Zulassungsanspruch aus Art. 12 Abs. 1 GG verneint, wenn der Dokortitel für die berufliche Karriere nur förderlich ist. Dies wird damit begründet, dass die Promotion anders als die ersten berufsqualifizierenden Hochschulabschlüsse ausschließlich wissenschaftsbezogen sei.<sup>27</sup> Die entgegengesetzte Meinung argumentiert, dass die Graduierung zum Promotionsverfahren gehöre, Art. 12 Abs. 1 GG Prüfungsmaßstab bei der Reglementierung der Befugnis zur Führung von ausländischen akademischen Graden und der Entziehung des Doktorgrades wegen Unwürdigkeit sei sowie, dass das Zweit- und Drittstudium dem Grundrechtsschutz des Art. 12 Abs. 1 GG unterfalle, sodass Gleiches für den an einer deutschen Hochschule erworbenen Doktorgrad gelten müsse.<sup>28</sup> Unabhängig von diesem Meinungsstreit besteht Einigkeit, dass das Recht, einen akademischen Grad führen zu dürfen, jedenfalls in einem engen Zusammenhang mit der Berufsausübung steht.<sup>29</sup> Aus der ebenfalls von Art. 12 Abs. 1 GG garan-

tierten Freiheit der Ausbildungsplatzwahl folgt ein Recht des Promotionswilligen die Fakultät bzw. Universität zur Durchführung des Promotionsverfahrens frei zu wählen.<sup>30</sup> Eine Zulassungsvoraussetzung, die die strafrechtliche Unbescholtenheit des Promotionsbewerbers fordert, berührt somit zumindest den Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit und der Freiheit zur Wahl des Ausbildungsplatzes.

#### b) Beeinträchtigung der Wissenschaftsfreiheit

Das Bundesverwaltungsgericht geht weiter zutreffend davon aus, dass der Promotionsbewerber bei einer Ablehnung seines Antrags auf Zulassung zur Promotion in seinem Grundrecht auf Wissenschaftsfreiheit beeinträchtigt ist.

Die Wissenschaftsfreiheit schützt die auf wissenschaftlicher Eigengesetzlichkeit beruhenden Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen bei der Suche nach Erkenntnissen, ihrer Deutung und Weitergabe.<sup>31</sup> Die Forschung dient, als Unterfall der Wissenschaft, der selbstständigen Gewinnung wissenschaftlicher Erkenntnisse. Die Forschungsfreiheit schützt vor allem die freie Wahl von Fragestellung und Methodik, die gesamte praktische Durchführung eines Forschungsprojekts sowie die Bewertung der Forschungsergebnisse und deren Verbreitung.<sup>32</sup> Die Wissenschaftsfreiheit umfasst damit das Recht, eine Dissertation anzufertigen und in diesem Rahmen wissenschaftlich tätig zu sein.<sup>33</sup> Die Zulassungsvoraussetzung der strafrechtlichen Unbescholtenheit hindert jedoch nicht daran, die Dissertation anzufertigen.<sup>34</sup> Dem Promotionswilligen wird mit dieser Zulassungsvoraussetzung „lediglich“ die Möglichkeit genommen, den Dokortitel an einer Universität zu erwerben, an der die strafrechtliche Unbescholtenheit des Promovenden gefordert wird. Ein Eingriff in die durch Art. 5 Abs. 3 GG garantierte Wissenschaftsfreiheit

25 BVerwG, Urteil vom 30.9.2015, BVerwG 6 C 45.14, Rn. 19, DVBl 2015, 1584 (1585).

26 *Thieme*, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 424; *Geis/Wendelin*, Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2009, Kapitel II Rn. 347; *Sieweke*, JuS 2009, 283, 286; *Hartmer/Detmer/Hartmer*, Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, Kapitel V Rn. 15; *Kluth*, in: Dörr (Hrsg.): Die Macht des Geistes – FS für Hartmut Schiedermaier, 2001, S. 569 (583); *Zimmerling/Brehm*, Prüfungsrecht, 3. Aufl. 2007, § 37 Rn. 699; OVG Lüneburg, Urteil vom 2.12.2009, 2 KN 906/06, NdsVBl 2010, 204 (205); VG Köln, Urteil vom 27.10.2011, 6 K 3445/10, JurionRS 2011, 29040, Rn. 32; VerfGH Berlin, Urteil vom 1.11.2004, 210/03, Rn. 96 (Juris).

27 *Sieweke*, JuS 2009, 283, 286.

28 *Zimmerling/Brehm*, Prüfungsrecht, 3. Aufl. 2007, Rn. 699.

29 OVG Lüneburg, Urteil vom 2.12.2009, 2 KN 906/06, NdsVBl 2010, 204 (205); BVerwGE 116, 49 (52); *Kluth*, in: Dörr (Hrsg.):

Die Macht des Geistes – FS für Hartmut Schiedermaier, 2001, S. 569 (583); VerfGH Berlin, Urteil vom 1.11.2004, 210/03, Rn. 96 (Juris); *Leuze/Epping/Epping*, HG NRW, Stand 8. EL 2009, § 67 Rn. 6.

30 *Kluth*, in: Dörr (Hrsg.): Die Macht des Geistes – FS für Hartmut Schiedermaier, 2001, S. 569 (584); *Leuze/Epping/Epping*, HG NRW, Stand 8. EL 2009, § 67 Rn. 5; *Zimmerling/Brehm*, Prüfungsrecht, 3. Aufl. 2007, § 37 Rn. 699.

31 BVerfGE 111, 333 (354); VerfGH Berlin, Urteil vom 1.11.2004, 210/03, Rn. 57 f. (Juris).

32 BVerfGE 35, 79 (112 ff.).

33 *Kluth*, in: Dörr (Hrsg.): Die Macht des Geistes – FS für Hartmut Schiedermaier, 2001, S. 569 (582); *Leuze/Epping/Epping*, HG NRW, Stand 8. EL 2009, § 67 Rn. 4.

34 Vgl. OVG Lüneburg, Urteil vom 2.12.2009, 2 KN 906/06, NdsVBl 2010, 204 (205), *Sieweke*, JuS 2009, 283, 285.

durch eine Zulassungsvoraussetzung der strafrechtlichen Unbescholtenheit ist daher nur dann gegeben, wenn aus der Wissenschaftsfreiheit, ggf. im Zusammenspiel mit der Berufsfreiheit, ein Anspruch auf Zulassung zum Promotionsverfahren auch außerhalb berufsbezogener Promotionen folgt.<sup>35</sup>

In der Literatur und Rechtsprechung wird ein solcher Zulassungsanspruch mit unterschiedlicher Akzentuierung bei der grundrechtlichen Herleitung mehrheitlich bejaht.<sup>36</sup> Da der Dokortitel nur an staatlichen Hochschulen erworben werden kann, besteht eine faktische Monopolstellung des Staates. Insoweit ist der Leistungsaspekt der Grundrechte betroffen. Zur Sicherung des Kernbereichs wissenschaftlicher Betätigung gewährleistet Art. 5 Abs. 3 GG nicht nur die Freiheit von staatlichen Geboten und Verboten, sondern verpflichtet den Staat auch zu Schutz und Förderung und gewährt den in der Wissenschaft Tätigen Teilhabe an öffentlichen Ressourcen und an der Organisation des Wissenschaftsbetriebs.<sup>37</sup> Werden staatliche Leistungen an bestimmte Voraussetzungen geknüpft, besteht in der Regel ein Anspruch auf diese Leistungen, wenn die Voraussetzungen erfüllt werden.<sup>38</sup>

#### c) Rechtfertigung der Grundrechtseingriffe

Dieser Zulassungsanspruch ist jedoch nicht schrankenlos gewährleistet.<sup>39</sup> Vielmehr kann er aufgrund der ebenfalls aus der Wissenschaftsfreiheit folgenden Selbstverwaltungsgarantie der Hochschulen und der Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer sowohl einem Zulassungsverfahren als auch beschränkenden sachlichen und persönlichen Anforderungen unterworfen und dadurch eingeschränkt werden.<sup>40</sup> Es bedarf jedoch einer ausreichend gewichtigen sachlichen Rechtfertigung.<sup>41</sup> Dementsprechend müssen Zulassungsvoraussetzungen

grundsätzlich auf den Nachweis der grundsätzlichen Befähigung zu selbstständiger wissenschaftlicher Arbeit bezogen sein.<sup>42</sup> Zu prüfen ist, ob darüber hinaus ausschließlich wissenschaftsrelevante Straftaten zur Rechtfertigung der Beschränkung des Zulassungsanspruchs des vorbestraften Promotionswilligen herangezogen werden können oder ob auch eine anderweitige Verurteilung die Versagung der Zulassung zum Promotionsverfahren rechtfertigen kann.

#### aa) Rechtfertigung durch die Wissenschaftsfreiheit der Hochschulen

Eine solche Rechtfertigung könnte aus der durch Art. 5 Abs. 3 GG gewährleisteten Wissenschaftsfreiheit der Hochschulen folgen.

Die in Art. 5 Abs. 3 GG garantierte Wissenschaftsfreiheit begründet für die Hochschulen das Recht auf eigenverantwortliche und weisungsfreie Selbstverwaltung in dem auf Wissenschaft, Forschung und Lehre unmittelbar bezogenen Bereich. Zum Kernbereich dieser akademischen Selbstverwaltung gehört als eines der bedeutendsten Privilegien das den Universitäten durch den Staat verliehene Promotionsrecht, das als Freiheitsposition die Universität gegenüber dem Staat abzuschirmen hat.<sup>43</sup> Das Promotionsrecht ist die durch Landesgesetz einer Hochschule erteilte Befugnis, den Doktorgrad zu verleihen. Den Universitäten steht das Promotionsrecht kraft Tradition und Gewohnheitsrechts originär zu, es steht lediglich unter dem Vorbehalt der staatlichen Erlaubnis.<sup>44</sup> Die Verleihung akademischer Grade, die Heranbildung des wissenschaftlichen Nachwuchses und mithin auch das Promotionsverfahren nebst Erlass von Promotionsordnungen gehören zum Kernbereich wissenschaftlicher Betätigung. Promotionen werden als ausschließlich wissenschaftsbezogene Prüfungen in be-

35 OVG Lüneburg, Urteil vom 2.12.2009, 2 KN 906/06, NdsVBl 2010, 204 (205); Kluth, in: Dörr (Hrsg.): Die Macht des Geistes – FS für Hartmut Schiedermaier, 2001, S. 569 (582).

36 Hartmer/Detmer/Hartmer, Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, Kapitel V Rn. 15; Geis/Wendelin, Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2009, Kapitel II Rn. 346; VGH Mannheim, Urteil vom 18.3.1981 – IX 1496/79, JZ 1981, 661 (662); Kluth, in: Dörr (Hrsg.): Die Macht des Geistes – FS für Hartmut Schiedermaier, 2001, S. 569 (573, 582); Thieme, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 424; Leuze/Epping/Epping, HG NRW, Stand 8. EL 2009, § 67 Rn. 4; Hufen, JuS 1987, 918; OVG Lüneburg, Urteil vom 2.12.2009, 2 KN 906/06, NdsVBl 2010, 204 (205); Reich, HRG, 11. Aufl. 2012, § 18 Rn. 8 m.w.N.

37 BVerfGE 111, 333 (354); Wendt/Weth, juris 2015, 290 (291); Leuze/Epping/Epping, HG NRW, Stand 8. EL 2009, § 67 Rn. 4.

38 Sieweke, JuS 2009, 283, 286; Kluth, in: Dörr (Hrsg.): Die Macht des Geistes – FS für Hartmut Schiedermaier, 2001, S. 569 (582); Geis/Wendelin, Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2009, Kapitel II Rn. 345; VGH Mannheim, Urteil vom 18.3.1981 – IX 1496/79, JZ 1981, 661 (662).

39 Sieweke, JuS 2009, 283, 286 f.; OVG Lüneburg, Urteil vom 02.12.2009, 2 KN 906/06, NdsVBl 2010, 204 (205); Leuze/Epping/Epping, HG NRW, Stand 8. EL 2009, § 67 Rn. 4.

40 Kluth, in: Dörr (Hrsg.): Die Macht des Geistes – FS für Hartmut Schiedermaier, 2001, S. 569 (583); OVG Lüneburg, Urteil vom 2.12.2009, 2 KN 906/06, NdsVBl 2010, 204 (205); Geis/Wendelin, Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2009, Kapitel II Rn. 346; Leuze/Epping/Epping, HG NRW, Stand 8. EL 2009, § 67 Rn. 4.

41 Kluth, in: Dörr (Hrsg.): Die Macht des Geistes – FS für Hartmut Schiedermaier, 2001, S. 569 (583).

42 Leuze/Epping/Epping, HG NRW, Stand 8. EL 2009, § 67 Rn. 4.

43 Hufen, JuS 1987, 918; Leuze/Epping/Epping, HG NRW, Stand 8. EL 2009, § 67 Rn. 7, 22, 61; VerfGH Berlin, Urteil vom 1.11.2004, 210/03, Rn. 60 (Juris).

44 OVG Lüneburg, Urteil vom 2.12.2009, 2 KN 906/06, NdsVBl 2010, 204; Hartmer, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht 2004, Kap. III Rn. 7 f.; Geis/Wendelin, Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2009, Kapitel II Rn. 338.

sonderer Weise von der Garantie der akademischen Selbstverwaltung umfasst.<sup>45</sup>

Die wissenschaftlichen Hochschulen sind daher grundsätzlich berechtigt, eigenständig und ohne staatliche Einwirkung die Promotionsvoraussetzungen allgemein festzulegen und hierbei die Inhalte ihrer Promotionsordnungen eigenverantwortlich zu gestalten. Da die Promotionsordnungen die wissenschaftlichen Anforderungen betreffen, die an eine Promotion zu stellen sind, fallen auch wissenschaftliche Eignungskriterien und das zur Feststellung der Eignung des Doktoranden anzuwendende Verfahren grundsätzlich in den Eigenverantwortungsbereich der Hochschule.<sup>46</sup> Die bisherige Rechtsprechung und Literatur war der Auffassung, dass dabei auch Zulassungsvoraussetzungen aufgestellt werden dürften, die nicht oder jedenfalls nicht unmittelbar die Frage der wissenschaftlichen Qualifikation zum Gegenstand haben. Hierzu zählte insbesondere die Prüfung des guten Leumunds des Promotionsbewerbers.<sup>47</sup> Insoweit hätten die Universitäten ein berechtigtes und schützenswertes Interesse zum Schutz ihres Ansehens und Rufes in der Wissenschaftscommunity, bei öffentlichen und privaten Fördermittelgebern sowie in der Gesellschaft, und des Ansehens der von ihr verliehenen Doktorgrade. Aufgrund der Wissenschaftsfreiheit seien die Universitäten daher nicht nur berechtigt, fachliche Anforderungen an den Promotionsbewerber zu stellen, sondern auch einen guten Leumund als Voraussetzung für eine Aufnahme in die Wissenschaftscommunity zu regeln.<sup>48</sup>

Diese verfassungsrechtlich begründete primäre Regelungsbefugnis der Universitäten im Bereich des Promotionsrechts ist allerdings ebenfalls nicht schrankenlos gewährleistet.<sup>49</sup> In dem Spannungsverhältnis zwischen der Wissenschaftsfreiheit der Hochschulen aus Art. 5 Abs. 3 GG und den ebenfalls verfassungsrechtlich geschützten Rechten der Promotionsbewerber kommt der Wissenschaftsfreiheit der Hochschulen nicht schlecht-

hin der Vorrang zu. Vielmehr muss im Wege der praktischen Konkordanz ein Ausgleich der wechselseitigen Rechte erfolgen. Dabei sind Art und Intensität der Beeinträchtigungen der jeweiligen Grundrechtspositionen zu berücksichtigen.<sup>50</sup>

Bei nicht berufsbezogenen Promotionen stellt die Zulassungsvoraussetzung der strafrechtlichen Unbescholtenheit eine Berufsausübungsregelung dar, die zulässig ist, wenn vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls die Regelung zweckmäßig erscheinen lassen und diese nicht außer Verhältnis zu dem angestrebten Zweck steht. Bei berufsbezogenen Promotionen wirkt die Zulassungsvoraussetzung als subjektive Berufswahlregelung, die nur zulässig ist, soweit ein wichtiges Gemeinschaftsgut geschützt werden soll, das der Freiheit des Einzelnen vorgeht.<sup>51</sup> Bei der Beeinträchtigung der durch den 5 Abs. 3 GG geschützten Wissenschaftsfreiheit haben die Universitäten bei der Aufstellung der Zulassungsvoraussetzungen die insoweit betroffenen Grundrechte des Promotionsbewerbers und in diesem Zusammenhang den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten.<sup>52</sup>

Im Rahmen dieses Ausgleiches kann mit dem Bundesverwaltungsgericht davon ausgegangen werden, dass jedenfalls wissenschaftsrelevante Straftaten geeignet sind, die Zulassung zum Promotionsverfahren zu versagen. Durch eine entsprechende Straftat wird offenkundig, dass sich der Promotionswillige nicht an die Regeln wissenschaftlicher Arbeit und Lauterkeit hält.<sup>53</sup> Dadurch wird unmittelbar die Befähigung zu wissenschaftlicher Arbeitsweise<sup>54</sup> berührt. Zum Schutz der gesamten Wissenschaft und dem Vertrauen der am Wissenschaftsprozess Beteiligten in den Träger eines Dokortitels im Hinblick auf seine wissenschaftliche Arbeit und Ehrlichkeit ist es dann gerechtfertigt, bereits die Zulassung zum Promotionsverfahren zu versagen. Ob dabei auch geringfügige Straftaten mit Wissenschaftsbezug oder nicht straf-

45 OVG Lüneburg, Urteil vom 2.12.2009, 2 KN 906/06, NdsVBl 2010, 204; VerfGH Berlin, Urteil vom 1.11.2004, 210/03, Rn. 60 (Juris); VG Köln, Urteil vom 27.10.2011, 6 K 3445/10, JurionRS 2011, 29040, Rn. 28; Leuze/Epping/Epping, HG NRW, Stand 8. EL 2009, § 67 Rn. 64.

46 OVG Lüneburg, Urteil vom 2.12.2009, 2 KN 906/06, NdsVBl 2010, 204; VerfGH Berlin, Urteil vom 1.11.2004, 210/03, Rn. 61 (Juris); Kluth, in: Dörr (Hrsg.): Die Macht des Geistes – FS für Hartmut Schiedermaier, 2001, S. 569 (587); Leuze/Epping/Epping, HG NRW, Stand 8. EL 2009, § 67 Rn. 1, 61.

47 Vgl. auch § 20 Satz 1 Nr. 2 HSG LSA, wonach der Titelinhaber der Verleihung würdig sein muss.

48 VG Köln, Urteil vom 27.10.2011, 6 K 3445/10, JurionRS 2011, 29040, Rn. 78 f.

49 OVG Lüneburg, Urteil vom 2.12.2009, 2 KN 906/06, NdsVBl 2010, 204 (205); VerfGH Berlin, Urteil vom 1.11.2004, 210/03, Rn. 63 (Juris).

50 OVG Lüneburg, Urteil vom 2.12.2009, 2 KN 906/06, NdsVBl 2010, 204 (205); VerfGH Berlin, Urteil vom 1.11.2004, 210/03, Rn. 63 (Juris).

51 Grundlegend BVerfGE 7, 377 (405 ff.); 46, 120 (138 ff.); OVG Lüneburg, Urteil vom 2.12.2009, 2 KN 906/06, NdsVBl 2010, 204 (205); Kluth, in: Dörr (Hrsg.): Die Macht des Geistes – FS für Hartmut Schiedermaier, 2001, S. 569 (584); Leuze/Epping/Epping, HG NRW, Stand 8. EL 2009, § 67 Rn. 6.

52 Löwisch/Würtenberger, OdW 2014, 103 (108).

53 OVG Berlin, Urteil vom 26.4.1990, 3 B 19/89, NVwZ 1991, 188; vgl. allg. zum wissenschaftlichen Fehlverhalten Goeckenjahn, JZ 2013, 723 (724).

54 Geis/Wendelin, Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2009, Kapitel II Rn. 346; Lorenz, DVBl 2005, 1242 (1244 f.).

rechtlich relevante Verstöße gegen die wissenschaftliche Lauterkeit ausreichen, ist eine Frage des Einzelfalls. Mit der häufig normierten Verpflichtung zur Vorlage eines Führungszeugnisses geben die Hochschulen zu erkennen, dass sie nur solchen Straftaten für eine mögliche Versagung der Promotionszulassung Gewicht beimessen wollen, die auch in ein Führungszeugnis einzutragen sind. Straftaten, die einen geringeren Strafausspruch nach sich gezogen haben, sollen unberücksichtigt bleiben. Es spricht allerdings nichts dagegen, auch geringfügigeren wissenschaftsrelevanten Straftaten oder nicht strafrechtlich relevanten Verstößen gegen die wissenschaftliche Lauterkeit Bedeutung beizumessen, da auch diese Auskunft über die wissenschaftliche Eignung des Bewerbers geben können.<sup>55</sup> Die strafrechtliche Unbescholtenheit des Promotionswilligen im Hinblick auf wissenschaftsrelevantes Fehlverhalten soll jedem Anschein unlauterer Methoden bei der wissenschaftlichen Arbeit von vornherein begegnen.<sup>56</sup> Zu denken ist hier an Straftaten im Bereich des Urheberrechtsschutzes sowie an Fälschungen und Plagiate.<sup>57</sup>

Entgegen der bisherigen Auffassung, wonach die Unwürdigkeit des Trägers eines Doktorgrades auch durch eine vorsätzliche schwere, gemeingefährliche oder gemeinschädliche oder gegen die Person gerichtete, von der Allgemeinheit besonders missbilligte, ehrenrührige Straftat, die zu einer tiefgreifenden Abwertung der Persönlichkeit des Titelträgers führt, begründet werden kann<sup>58</sup>, geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass solchen Straftaten ein Wissenschaftsbezug von vornherein fehle. Aufgrund der Monopolstellung der Hochschulen im Bereich von Promotionen verneint das Gericht insoweit die Möglichkeit der Hochschulen, entsprechend vorbestrafte Antragsteller nicht zur Promotionsprüfung zuzulassen. Eine Universität ist danach verpflichtet, auch einen verurteilten Gewaltverbrecher zu promovieren. Insoweit geht die Rechtsprechung davon aus, dass die Universitäten lediglich ihren wissenschaftlichen Ruf schützen dürfen, der nur mit wissenschaftsrelevanten Straftaten der Titelträger beeinträchtigt werden könne.<sup>59</sup> Dies liegt auf der Linie einer neueren Auffas-

sung in der Literatur, wonach Zulassungsvoraussetzungen zur Promotion ausschließlich auf den Nachweis der Befähigung zu wissenschaftlicher Arbeitsweise beschränkt sein dürfen.<sup>60</sup> Die insoweit vorgebrachten Argumente, dass die Chancen einer Universität, qualifizierte Professoren und sonstiges wissenschaftliches Personal zu gewinnen, bei wissenschaftsrelevanten Straftaten der Doktoranden betroffen seien, weil ein zweifelhaftes Ansehen der Universität die Attraktivität eines Rufes aus Sorge um die eigene wissenschaftliche Reputation mindern könne, und auch das Ansehen bei den Studenten betroffen sei, weil für diese die Wertschätzung ihres an der Universität erworbenen Abschlusses zur Debatte stehe<sup>61</sup>, dürften zwar auch Geltung beanspruchen, wenn Promovenden zugelassen werden, die sich einer vorsätzlichen schweren Straftat schuldig gemacht haben. Dennoch sind die Gerichte dieser Argumentation zum Schutz der Berufsfreiheit der Promotionswilligen nicht gefolgt. Zwar könnte auch die Auffassung vertreten werden, dass die Begehung einer vorsätzlichen Straftat stets ein Indiz dafür darstellt, dass der Betroffene nicht bereit ist, sich an bestehende Regeln zu halten. Daraus könnte der Schluss gezogen werden, dass er dann erst recht nicht bereit ist, die Regeln der wissenschaftlichen Lauterkeit zu beachten. Nach dieser Auffassung käme jeder vorsätzlichen Straftat Wissenschaftsrelevanz zu. Dieser Argumentation hat das Bundesverwaltungsgericht jedoch eine Absage erteilt. Gleiches gilt für die regelmäßig zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit vorgesehene Möglichkeit, von einzelnen Zulassungsvoraussetzungen Ausnahmen zuzulassen.<sup>62</sup> Es wäre demnach eine Regelung denkbar, wonach zunächst alle Straftaten offen zu legen sind, bei nicht wissenschaftsrelevanten Taten dann aber nach einer Einzelfallprüfung ein Dispens möglich ist. Aber auch dies lässt die strikte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht zu. Problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass das Bundesverwaltungsgericht nicht definiert, welchen Straftaten es Wissenschaftsrelevanz beimisst. Insoweit verbleibt eine erhebliche Unsicherheit bei den Universitäten, sofern sie auf Angaben zu Vorstrafen des Antragstellers nicht gänz-

55 Vgl. OVG Berlin, Urteil vom 26.4.1990, 3 B 19/89, NVwZ 1991, 188; Leuze/Epping/Epping, HG NRW, Stand 8. EL 2009, § 67 Rn. 125.

56 OVG Lüneburg, Urteil vom 2.12.2009, 2 KN 906/06, NdsVBl 2010, 204 (205).

57 OVG Berlin, Urteil vom 26.4.1990, 3 B 19/89, NVwZ 1991, 188.

58 VGH Mannheim, Urteil vom 18.3.1981 – IX 1496/79, JZ 1981, 661 (663); *Strosta*, DÖV 1987, 1050 (1052): Körperverletzung, Vergewaltigung; BVerfG, Beschluss vom 25.8.1992, 6 B 31/91, NVwZ 19.2.1990, 1201, 1202: Tötungsdelikt; Württ.–Bad. VGH, Urteil vom 26.3.1955, 3 K 5/54, VerwRspr 1958, 528 (531): Unwürdigkeit eines Arztes wegen rechtswidriger Abtreibung.

59 VG Köln, Urteil vom 27.10.2011, 6 K 3445/10, JurionRS 2011, 29040, Rn. 78; vgl. auch *Lorenz*, DVBl 2005, 1242 (1245).

60 Geis/Wendelin, Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2009, Kapitel I Rn. 346.

61 VG Köln, Urteil vom 27.10.2011, 6 K 3445/10, JurionRS 2011, 29040, Rn. 79.

62 Vgl. hierzu Leuze/Epping/Epping, HG NRW, Stand 8. EL 2009, § 67 Rn. 122; VGH Mannheim, Urteil vom 18.03.1981 – IX 1496/79, JZ 1981, 661 (662).

lich verzichten wollen. Klarheit wird insoweit nur die zukünftige Rechtsprechung bringen können.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts die Zulassung zur Promotion nur bei Straftaten mit Wissenschaftsbezug verweigert werden kann. Andere Straftaten, seien sie auch noch so verwerflich, dürfen nicht berücksichtigt werden.

bb) Rechtfertigung durch die Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer als Betreuer

Die Verweigerung der Zulassung zum Promotionsverfahren aufgrund bestehender Vorstrafen kann nicht mit der Wissenschaftsfreiheit des betreuenden Hochschullehrers begründet werden. Dabei ist nämlich zwischen dem Doktorandenverhältnis als Rechtsbeziehung zwischen dem Doktoranden und dem betreuenden Hochschullehrer einerseits und dem Promovendenverhältnis als Rechtsbeziehung zwischen dem Doktoranden und der Fakultät/Hochschule zu unterscheiden.<sup>63</sup>

Es wird allgemein angenommen, dass die Wissenschaftsfreiheit eines Hochschullehrers es ausschließe, ihn zur Annahme eines Doktoranden zu verpflichten.<sup>64</sup> Die Freiheit der Lehre garantiert auch einen Freiraum bei der Betreuung von Doktoranden.<sup>65</sup> Ein Hochschullehrer darf deshalb prüfen, ob neben den wissenschaftlichen auch die menschlichen Voraussetzungen für ein Doktorandenverhältnis als persönliches Vertrauensverhältnis bestehen.<sup>66</sup> Deshalb ist anerkannt, dass jeder Hochschullehrer die Betreuung einer Promotion ablehnen kann, wenn er sachliche Gründe dafür vorbringen kann, wobei dem Hochschullehrer ein großer Entscheidungsspielraum zugebilligt werden müsse. Dabei können neben fachlichen Voraussetzungen des Bewerbers

auch persönliche Gründe herangezogen werden.<sup>67</sup> Dabei steht dem Hochschullehrer ein pädagogisch-wissenschaftlicher Bewertungsspielraum zur Beurteilung der Frage zu, ob die menschlichen und wissenschaftlichen Voraussetzungen für das Doktorandenverhältnis vorliegen.<sup>68</sup>

Sieweke nimmt demgegenüber an, dass bei Vorliegen der Zulassungsvoraussetzungen nicht nur ein Zulassungsanspruch gegenüber der Fakultät, sondern auch gegenüber dem als Betreuer ausgewählten Hochschullehrer bestehe. Begründet wird dies damit, dass die Betreuung von Doktoranden Dienstaufgabe sei, die den Hochschullehrern in erster Linie im Interesse der Doktoranden übertragen worden sei.<sup>69</sup> Dafür spricht, dass zwar das Doktorandenverhältnis ein Vertrauensverhältnis darstellt, aber das Erbringen einer selbstständigen wissenschaftlichen Leistung im Vordergrund steht.<sup>70</sup> Diese Auffassung verkennt jedoch die Wissenschaftsrelevanz der Betreuung eines Doktoranden. Zwar handelt der Hochschullehrer als Amtsinhaber<sup>71</sup> und übernimmt mit einer Betreuung eine rechtliche Verpflichtung<sup>72</sup>. Diese Verpflichtung übernimmt der Hochschullehrer aber allein und ganz persönlich aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses.<sup>73</sup> Bei der Auswahl seiner Doktoranden steht dem Hochschullehrer ein weiter von der Wissenschaftsfreiheit geschützter Beurteilungsspielraum zu, der es ausschließt, eine Betreuung gegen seinen Willen zu übernehmen, wenn sachliche Gründe vorliegen, die im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens zu einer Ablehnung der Betreuung führen.<sup>74</sup>

Darauf kommt es aber nicht an, da der Anspruch auf Zulassung zum Promotionsverfahren von der Betreuung durch einen Hochschullehrer nicht abhängt. Zwar ist eine erfolgreiche Dissertation ohne Betreuung und Bera-

63 Sieweke, JuS 2009, 283, 284; Hartmer/Detmer/Hartmer, Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, Kapitel V Rn. 16; Kluth, in: Dörr (Hrsg.): Die Macht des Geistes – FS für Hartmut Schiedermaier, 2001, S. 569 (578); OVG Lüneburg, Urteil vom 2. 12. 2009, 2 KN 906/06, NdsVBl 2010, 204 (207); Geis/Wendelin, Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2009, Kapitel II Rn. 340 f.; Leuze/Epping/Epping, HG NRW, Stand 8. EL 2009, § 67 Rn. 100.

64 Thieme, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 424; Hufen, JuS 1987, 918; Hartmer/Detmer/Hartmer, Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, Kapitel V Rn. 20; Löwisch/Würtenberger, OdW 2014, 103 (107); BVerwGE 24, 355 (359); vgl. auch BVerwG, Beschluss vom 5.11.1985, 7 B 197/85, NVwZ 1986, 377; dementsprechend sieht § 67 Abs. 2 S. 3 HG NRW auch nur vor, dass die Hochschulen auf eine wissenschaftliche Betreuung der Doktoranden hinwirken.

65 Löwisch/Würtenberger, OdW 2014, 103 (107); Leuze/Epping/Epping, HG NRW, Stand 8. EL 2009, § 67 Rn. 4, 98.

66 Thieme, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 424; Hufen, JuS 1987, 918; Hartmer/Detmer/Hartmer, Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, Kapitel V Rn. 20; Löwisch/Würtenberger, OdW 2014, 103 (108); BVerwGE 24, 355 (359); vgl. auch BVerwG, Beschluss

vom 5.11.1985, 7 B 197/85, NVwZ 1986, 377.

67 Hartmer/Detmer/Hartmer, Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, Kapitel V Rn. 15; Leuze/Epping/Epping, HG NRW, Stand 8. EL 2009, § 67 Rn. 98; Kluth, in: Dörr (Hrsg.): Die Macht des Geistes – FS für Hartmut Schiedermaier, 2001, S. 569 (580); OVG Hamburg, Urteil vom 6.2.1985, Bf III 258/82.

68 BVerwGE 24, 355 (359 f.); OVG Hamburg, Urteil vom 6.2.1985, Bf III 258/82.

69 Sieweke, JuS 2009, 283, 284.

70 BVerwGE 24, 355 (359 f.); OVG Lüneburg, Urteil vom 2.12.2009, 2 KN 906/06, NdsVBl 2010, 204 (206).

71 Kluth, in: Dörr (Hrsg.): Die Macht des Geistes – FS für Hartmut Schiedermaier, 2001, S. 569 (574, 579).

72 Kluth, in: Dörr (Hrsg.): Die Macht des Geistes – FS für Hartmut Schiedermaier, 2001, S. 569 (579); Leuze/Epping/Epping, HG NRW, Stand 8. EL 2009, § 67 Rn. 100.

73 OVG Lüneburg, Urteil vom 2.12.2009, 2 KN 906/06, NdsVBl 2010, 204 (207); vgl. auch Kluth, in: Dörr (Hrsg.): Die Macht des Geistes – FS für Hartmut Schiedermaier, 2001, S. 569 (579 f.); Leuze/Epping/Epping, HG NRW, Stand 8. EL 2009, § 67 Rn. 101.

74 Vgl. auch OVG Hamburg, Urteil vom 6.2.1985, Bf III 258/82.

tung durch einen Hochschullehrer kaum realisierbar, weshalb die Betreuung ihre Bedeutung nicht verloren hat. Formelle Voraussetzung für die Zulassung ist die Betreuung aber nicht.<sup>75</sup> Dementsprechend sieht zum Beispiel das Landeshochschulgesetz Sachsen-Anhalt die Betreuung lediglich als Sollregelung vor.<sup>76</sup> Das Betreuungsverhältnis zwischen einem Doktoranden und dem diesen betreuenden Hochschullehrer besteht somit unabhängig und gesondert vom Promotionsverfahren. Findet ein Promotionswilliger mangels persönlichen Vertrauens zu einem Hochschullehrer keinen Betreuer an der gewählten Fakultät, hat er keinen Anspruch auf eine Betreuung durch einen Hochschullehrer. Da die Betreuung durch einen Hochschullehrer allerdings nicht formelle Voraussetzung für eine Promotionszulassung ist, kann die Zulassung nicht mit der fehlenden Betreuungszusage verweigert werden.<sup>77</sup>

#### cc) Rechtfertigung durch die Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer als Gutachter

Fraglich ist, ob derartige persönliche Gründe ausreichen, damit ein Hochschullehrer seine Tätigkeit als Gutachter im Promotionsverfahren verweigern kann. Art. 5 Abs. 3 GG schützt die Wissenschafts- und Lehrfreiheit vor staatlicher Einwirkung auf den Prozess der Gewinnung und Vermittlung wissenschaftlicher Erkenntnisse<sup>78</sup> und garantiert der Hochschullehrern eine hinreichende Mitwirkung im organisatorischen Gesamtgefüge einer Hochschule an allen wissenschaftsrelevanten Entscheidungen. Angelegenheiten, die der Selbstbestimmung der Grundrechtsträger unterliegen, dürfen weder auf Vertretungs- noch Leitungsorgane zur Entscheidung übertragen werden.<sup>79</sup> Bei der Verpflichtung eines Hochschullehrers durch die Fakultät, als Gutachter an einem Promotionsverfahren mitzuwirken<sup>80</sup>, handelt es sich jedoch nicht um den Bereich der Gewinnung und Vermittlung wissenschaftlicher Erkenntnisse und damit nicht um eine Angelegenheit, die der Selbstbestimmung des Hochschullehrers zuzuordnen ist. Vielmehr gehört die Teilnahme an Promotionsverfahren als Gutachter insoweit zu seinen Amtspflichten, wie die Teilnahme an jeder anderen Prüfung im Bereich der Hochschulen.<sup>81</sup> In

dem Verfahren soll ausschließlich festgestellt werden, ob der Promovend in der Lage ist, selbstständig wissenschaftlich zu arbeiten.<sup>82</sup> Auf ein persönliches Vertrauensverhältnis kommt es in diesem Stadium des Promotionsverfahrens nicht an, sodass eventuelle Vorstrafen des Promovenden für den Hochschullehrer unbeachtlich sein müssen. Die bloße Tätigkeit als Gutachter führt auch nicht dazu, dass die Dissertation oder deren Bewertung der persönlichen wissenschaftlichen Tätigkeit des Hochschullehrers zugerechnet werden. Die Wissenschaftsfreiheit des Gutachters wird somit durch die Verpflichtung zur Teilnahme am Promotionsverfahren nicht ungerechtfertigt beeinträchtigt.

#### d) Zwischenergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass Zulassungsvoraussetzungen zum Promotionsverfahren in die Grundrechte der Promotionsbewerber aus Art. 12 Abs. 1 GG und 5 Abs. 3 GG eingreifen. Dem Bundesverwaltungsgericht ist insoweit uneingeschränkt zuzustimmen, dass dieser Eingriff jedenfalls bei wissenschaftsrelevanten Straftaten gerechtfertigt sein kann. Die ausnahmslose Beschränkung auf diese wissenschaftsrelevanten Straftaten führt dazu, dass die Promotion tatsächlich nur noch eine wissenschaftsbezogene Prüfung darstellt. Eine Würdigkeit des Titelträgers lässt das Bundesverwaltungsgericht als Zulassungsvoraussetzung nicht mehr zu. Die Universitäten sind daher verpflichtet, auch Personen zu promovieren, die äußerst verwerfliche und auf sittlich niedrigster Stufe stehende Straftaten begangen haben, solange diese nur keinen Wissenschaftsbezug aufweisen. Dies stellt eine erhebliche Beeinträchtigung der Universitäten im Hinblick auf den Schutz ihres Ansehens dar. Dem Ansehen des Dokortitels in der Öffentlichkeit wird dieser Umstand ebenfalls weiter schaden.

#### 2. Urteil vom 31. Juli 2013

Dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 31. Juli 2013 zum nachträglichen Entzug eines Dokortitels bei einer wissenschaftsrelevanten Straftat ist im Ergebnis zuzustimmen.

75 Hufen, JuS 1987, 918; Sieweke, JuS 2009, 283, 284; Hartmer/Detmer/Hartmer, Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, Kapitel V Rn. 16; Kluth, in: Dörr (Hrsg.): Die Macht des Geistes – FS für Hartmut Schiedermaier, 2001, S. 569 (578 f.); Leuze/Epping/Epping, HG NRW, Stand 8. EL 2009, § 67 Rn. 93; OVG Lüneburg, Urteil vom 2.12.2009, 2 KN 906/06, NdsVBl 2010, 204 (207); Geis/Wendelin, Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2009, Kapitel II Rn. 340. Ob gesetzliche Verpflichtungen zum Abschluss einer Betreuungsvereinbarung wie in § 38 Abs. 5 S. 3 LHG BW und § 67 Abs. 2 S. 3 HG NRW vor den Gerichten Bestand haben, bleibt abzuwarten; vgl. hierzu Löwisch/Würtenberger, OdW 2014, 103 (106, 109).

76 Vgl. § 18 Abs. 6 S. 3 HSG LSA; § 67 Abs. 2 S. 3 HG NRW.

77 Löwisch/Würtenberger, OdW 2014, 103 (106); Leuze/Epping/Epping, HG NRW, Stand 8. EL 2009, § 67 Rn. 93.

78 Löwisch/Würtenberger, OdW 2014, 103 (107), m.w.N.

79 Wendt/Weth, juris 2015, 290 (292).

80 Vgl. Leuze/Epping/Epping, HG NRW, Stand 8. EL 2009, § 67 Rn. 59 f.; 99.

81 Leuze/Epping/Epping, HG NRW, Stand 8. EL 2009, § 67 Rn. 72.

82 BVerwGE 24, 355 (360).

## a) Grundrechtseingriff

Die in den Landeshochschulgesetzen<sup>83</sup> vorgesehene Möglichkeit zur Entziehung des Doktorgrades wegen späterer Unwürdigkeit zielt weder darauf ab, die Berufsausübung als solche unmöglich zu machen, noch darauf, Art und Weise der Berufsausübung zu reglementieren. Es ist jedoch anerkannt, dass auch solche Auswirkungen staatlicher Maßnahmen als Beeinträchtigungen der beruflichen Betätigungsfreiheit den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG berühren, deren Herbeiführung von der Maßnahme zwar nicht bezweckt wird, die sich aber als deren vorhersehbare und in Kauf genommene Nebenfolgen darstellen. So kann die Entziehung eines akademischen Grades im Einzelfall auch berufliche Erschwerisse unterschiedlicher Art und auch von erheblichem Gewicht zur Folge haben und sich daher als Berufsausübungsregelung darstellen.<sup>84</sup> Hierzu muss der Titelinhaber jedoch substantiiert darlegen, dass solche Nebenfolgen bei ihm eintreten.<sup>85</sup> Jedenfalls ist das Recht zur Führung ordnungsgemäß erworbener akademischer Titel durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt.<sup>86</sup>

## b) Rechtfertigung

Eine solche Berufsausübungsregelung ist zulässig, wenn vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls die Regelung zweckmäßig erscheinen lassen und diese nicht außer Verhältnis zu dem angestrebten Zweck steht.<sup>87</sup> Der Begriff der Würdigkeit lässt sich im Wissenschaftsrecht durch Wesen und Bedeutung des akademischen Grades präzisieren. Mit dem Doktorgrad ist eine fachlich-wissenschaftliche Qualifikation verbunden.<sup>88</sup> Der akademische Grad ist grundsätzlich unverlierbar und

zeitlich unbegrenzt. Er drückt aus, dass der Träger die wissenschaftliche Eignung besessen hat, unabhängig davon, ob er sie aktuell noch besitzt. Er ist Ausdruck eines bestimmten fachlichen Könnens und einer wissenschaftlichen Lauterkeit.<sup>89</sup> Der akademische Doktorgrad ist vornehmlich aus der Sicht der Universität zu verstehen und zu definieren. Mit der Promotion wird in erster Linie nachgewiesen, dass der Promovierte zu einer selbstständigen, größeren wissenschaftlichen Leistung befähigt ist.<sup>90</sup> Umstritten ist, ob der Doktorgrad eine darüber hinausgehende akademische Würdigung und auch eine verliehene akademische Würde darstellt. Nach der bisher überwiegenden Auffassung in der Literatur und Rechtsprechung erschöpft sich der Doktorgrad nicht nur im Nachweis der besonderen fachlichen Qualifikation, sondern stellt gleichzeitig eine ehrenvolle Kennzeichnung seines Trägers dar.<sup>91</sup> Nach allgemeiner gesellschaftlicher Auffassung bedeute der Doktorgrad mehr als den Nachweis eines positiven Wissens, er verleihe dem „Doktor“ einen besonderen Rang.<sup>92</sup> Die Führung des Titels setze damit eine persönliche Würdigkeit voraus. Die Möglichkeit der Entziehung wegen Unwürdigkeit liege daher schon in seinem Wesen begründet.<sup>93</sup>

Bei der Entziehung des Doktorgrades wegen Unwürdigkeit war in diesem Zusammenhang bislang umstritten, ob und inwieweit eine strafrechtliche Verurteilung die Entziehung eines Doktorgrades rechtfertigen kann. Nach einer Auffassung ist die Unwürdigkeit zu bejahen, wenn der Träger des Doktorgrades vorsätzlich eine schwere, gemeingefährliche oder gemeinschädliche oder gegen die Person gerichtete, von der Allgemeinheit besonders missbilligte, ehrenrührige Straftat begangen hat, die ein die Durchschnittsstraftat überwiegendes Unwert-

83 Vgl. § 36 Abs. 7 LHG BW; § 20 S. 1 Nr. 3 HSG LSA; § 53 Abs. 2 S. 1 ThürHG; Art. 69 S. 1 BayHSchG; siehe auch § 48 Abs. 2 S. 1 BgbHG zur Versagung der Zustimmung zur Weiterführung der Bezeichnung „Professor“ wegen erwiesener Unwürdigkeit.

84 BVerfG, Beschluss vom 25.8.1992, 6 B 31/91, NVwZ 1992, 1201, 1202; VG Köln, Urteil vom 27.10.2011, 6 K 3445/10, JurionRS 2011, 29040, Rn. 33; Starosta, DÖV 1987, 1050 (1051).

85 BVerfG, Beschluss vom 25.8.1992, 6 B 31/91, NVwZ 1992, 1201, 1202.

86 Starosta, DÖV 1987, 1050.

87 Grundlegend BVerfGE 7, 377 (405 ff.); 46, 120 (138 ff.); OVG Lüneburg, Urteil vom 2.12.2009, 2 KN 906/06, NdsVBl 2010, 204 (205); VG Köln, Urteil vom 27.10.2011, 6 K 3445/10, JurionRS 2011, 29040, Rn. 33.

88 BVerfG, Beschluss vom 3.9.2014, 1 BvR 3353/13, NVwZ 2014, 1571; BVerfG, Beschluss vom 25.8.1992, 6 B 31/91, NVwZ 1992, 1201, 1202; OVG Berlin, Urteil vom 26.4.1990, 3 B 19/89, NVwZ 1991, 188; Lorenz, DVBl 2005, 1242 (1244).

89 Thieme, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 441; Hartmer/Detmer/Hartmer, Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, Kapitel V Rn. 35; Lorenz, DVBl 2005, 1242 (1244); Leuze/Epping/Epping,

HG NRW, Stand 8. EL 2009, § 67 Rn. 125; OVG Berlin, Urteil vom 26.4.1990, 3 B 19/89, NVwZ 1991, 188; OVG Koblenz, Urteil vom 31.7.1991, 2 A 10260/91, NVwZ-RR 1992, 79 (80).

90 Hartmer/Detmer/Hartmer, Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, Kapitel V Rn. 6, 33; Nolden/Rottmann/Grimm, Sächsisches Hochschulgesetz – Kommentar, 2011, § 40 S. 211.

91 Thieme, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 436; Hartmer, in Hartmer/Detmer, Hochschulrecht 2004, Kap. V Rn. 33; Leuze/Epping/Epping, HG NRW, Stand 8. EL 2009, § 67 Rn. 125; OVG Berlin, Urteil vom 26.4.1990, 3 B 19/89, NVwZ 1991, 188; OVG Koblenz, Urteil vom 31.7.1991, 2 A 10260/91, NVwZ-RR 1992, 79 (80).

92 OVG Berlin, Urteil vom 26.4.1990, 3 B 19/89, NVwZ 1991, 188; Leuze/Epping/Epping, HG NRW, Stand 8. EL 2009, § 67 Rn. 125; Starosta, DÖV 1987, 1050 (1051); Zimmerling/Brehm, Prüfungsrecht, 3. Aufl. 2007, § 37 Rn. 698; Menzel, JZ 1960, 457 (461).

93 Thieme, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 436, 445; OVG Berlin, Urteil vom 26.4.1990, 3 B 19/89, NVwZ 1991, 188; OVG Koblenz, Urteil vom 31.7.1991, 2 A 10260/91, NVwZ-RR 1992, 79 (80).

urteil enthält und zu einer tiefgreifenden Abwertung seiner Persönlichkeit führt.<sup>94</sup> Die andere Auffassung hält dagegen jedwede Forderung nach einer akademischen Würdigkeit des Promotionsbewerbers für unzulässig.<sup>95</sup> Die vermittelnde und mittlerweile wohl herrschende Auffassung ist der Ansicht, dass die spätere Straftat einen Wissenschaftsbezug aufweisen muss, um den Entzug eines rechtmäßig erworbenen Doktorgrades zu begründen, die Würdigkeit also wissenschaftsbezogen zu verstehen ist.<sup>96</sup>

Die landesrechtlichen Vorschriften zur Entziehung eines Doktorgrades bei Unwürdigkeit dienen vorrangig der Sicherung der Funktionsfähigkeit des Wissenschaftsprozesses. In der Wissenschaft muss jeder wissenschaftlich Tätige mit seinen Forschungen auf den Erkenntnissen anderer aufbauen und auf die Redlichkeit der Mitglieder der Wissenschaftsgemeinde vertrauen können. Wird dieses Vertrauen verletzt, leidet neben der Qualität der jeweiligen Forschungsarbeit auch die Präzision des Fachdiskurses. Dies kann auch die Glaubwürdigkeit des Wissenschaftsbetriebs im Interesse der Allgemeinheit insgesamt beschädigen.<sup>97</sup> Hält sich der Titelträger nicht an die mit dem Titel verknüpfte Erwartung zur permanenten Einhaltung der wissenschaftlichen Kernpflichten, kann der Landesgesetzgeber die Entziehung des Doktorgrades vorsehen.<sup>98</sup> Dies gilt somit insbesondere für Straftaten mit Wissenschaftsbezug. Da die Promotion grundsätzlich wissenschaftsbezogen zu verstehen ist und die Fähigkeit zu selbstständigem wissenschaftlichen Arbeiten nachweist, können Straftaten ohne Wissenschaftsbezug nicht berücksichtigt werden.<sup>99</sup> Insoweit besteht hinsichtlich der Interessen der Hochschulen ein erheblicher Unterschied zur Berücksichtigung von Straftaten bei der Zulassung zur Promotion. Die spätere Straffälligkeit des Titelträgers betrifft wissenschaftsrelevanten Straftaten wirkt nicht auf das Ansehen der Hochschulen zurück, da zumeist keine persönliche oder zeitliche Nähe mehr zur Hochschule und zum Promotionsverfahren besteht. Insoweit ist es gerechtfertigt, bei der Entziehung eines Dokortitels wegen späterer Straftaten ausschließlich auf deren Wissenschaftsrelevanz abzustellen.

#### IV. Ausblick

Die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts dürften im Wesentlichen nur Einfluss auf das Zulassungsverfahren und die in den Promotionsordnungen enthaltenen Zulassungsvoraussetzungen haben. Die Hochschulen dürften sich aufgrund des zeitlichen und persönlichen Abstands von Titelträger und Fakultät/Hochschule damit arrangieren können, dass ein Titelentzug aufgrund einer späteren Straffälligkeit des Titelträgers nur bei wissenschaftsrelevanten Straftaten in Betracht kommt, der Begriff der Würdigkeit also ausschließlich wissenschaftsbezogen zu verstehen ist. Schwieriger dürfte diese Einsicht bei der Zulassung zur Promotion sein, da die Hochschulen/Fakultäten bei der Promotion eines vorbestraften Promovenden auch immer ihren eigenen Ruf in der Öffentlichkeit und der Wissenschaftsgemeinschaft in Gefahr sehen dürften. Wenn die Promotion entsprechend der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts allerdings nur noch eine rein wissenschaftsbezogene Prüfung darstellt, können in den Promotionsordnungen auch nur wissenschaftsrelevante Zulassungsvoraussetzungen aufgestellt werden. Die einzelnen Regelungen in den Promotionsordnungen der Fakultäten und Hochschulen sind daher auf ihre Wissenschaftsrelevanz zu überprüfen.

##### 1. Vorstrafen

Aus der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. September 2015 folgt unmittelbar, dass kein Führungszeugnis mehr verlangt werden darf. Die Hochschule darf ihrer Zulassungsentscheidung nur wissenschaftsrelevanten Straftaten Bedeutung beimessen und daher auch nur nach solchen Straftaten fragen. Dementsprechend muss der Antragsteller auch nur zu solchen Straftaten Auskunft geben. Ein Führungszeugnis kann aber nicht auf wissenschaftsrelevante Straftaten beschränkt werden. Wenn die Hochschulen daher Straftaten im Zulassungsverfahren noch für relevant erachten, werden sie nicht umhin kommen, in der Promoti-

94 Nolden/Rottmann/*Grimm*, Sächsisches Hochschulgesetz – Kommentar, 2011, § 39 S. 210: Entziehung bei Verbrechen; VGH Mannheim, Urteil vom 18.3.1981 – IX 1496/79, JZ 1981, 661 (663); Württ.-Bad. VGH, Urteil vom 26.03.1955 – 3 K 5/54, VerwRSpr 1958, 528 (530): sittlich einwandfreie Führung.

95 Linke, WissR 1999, 147 (155); Tiedemann, ZRP 2010, 53 (53 f.); Zimmerling/Brehm, Prüfungsrecht, 3. Aufl. 2007, Rn. 716; Maurer, in: HdbWissR, Band 1, 2. Aufl. 1996, 776.

96 BVerwG, Urteil vom 31.7.2013, BVerwG 6 C 9.12, BVerwGE 147, 292 (299 f.); VG Köln, Urteil vom 27.10.2011, 6 K 3445/10, JurionRS 2011, 29040, Rn. 39; OVG Berlin, Urteil vom 26.4.1990 – 3 B 19/89, NVwZ 1991, 188; Lorenz, DVBl 2005, 1242 (1244).

97 BVerwG, Urteil vom 31.7.2013, BVerwG 6 C 9.12, BVerwGE 147, 292 (302); Goeckenjahn, JZ 2013, 723 (725); VG Köln, Urteil vom 27.10.2011, 6 K 3445/10, JurionRS 2011, 29040, Rn. 71; vgl. auch Rieble, OdW 2014, 19 (28); Lorenz, DVBl 2005, 1242 (1244 f.).

98 BVerwG, Urteil vom 31.7.2013, BVerwG 6 C 9.12, BVerwGE 147, 292 (302); Nolden/Rottmann/*Grimm*, Sächsisches Hochschulgesetz – Kommentar, 2011, § 39 S. 210; Lorenz, DVBl 2005, 1242 (1245).

99 Siehe oben unter III. 1.

onsordnung einen Katalog von Straftaten, denen sie Wissenschaftsrelevanz beimessen, aufzunehmen und den Antragsteller insoweit zu einer Erklärung aufzufordern. Dabei ist es eine Frage der Verhältnismäßigkeit, ob nach allen Straftaten mit Verurteilung gefragt wird oder ob eine ausgeurteilte Mindeststrafe vorgesehen wird, ab der Auskunft über die Verurteilung zu geben ist, oder ob sogar auch nach eingestellten Ermittlungen gefragt wird, soweit die Einstellung gegen Auflagen oder wegen Geringfügigkeit erfolgte. Wo die Grenze der Verhältnismäßigkeit verläuft, lässt sich nicht pauschal beantworten und hängt von den Regelungen im Einzelfall ab. Je mehr Straftaten Gewicht im Zulassungsverfahren beigemessen werden soll und je geringfügiger die relevanten Straftaten sein können, desto weiter müssten zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit die vorzusehenden Ausnahmeregelungen sein.

Damit ist zugleich auch das Würdigkeitsanfordernis als Zulassungsvoraussetzung unnötig.<sup>100</sup> Da eine Würdigkeit ausschließlich wissenschaftsbezogen verstanden werden darf, sollten vielmehr die Ausschlusskriterien für eine Promotionszulassung benannt werden. Dazu gehört neben der Angabe einschlägiger Straftaten auch die Angabe, dass die Dissertation selbstständig und ohne unzulässige Hilfe erstellt wurde.

## 2. Lebenslauf

Es stellt sich außerdem die Frage, ob – wie zurzeit noch üblich – mit dem Promotionsantrag ein Lebenslauf verlangt werden kann. Bisher war anerkannt, dass die Ermächtigung zum Erlass von Promotionsordnungen auch Elemente umfasst, die nicht oder jedenfalls nicht unmittelbar die Frage der wissenschaftlichen Qualifikation zum Gegenstand haben. Dies wurde für das Erfordernis, einen Lebenslauf vorzulegen, angenommen.<sup>101</sup> Ob sich diese Zulassungsvoraussetzung vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts halten lässt, bleibt abzuwarten. Jedenfalls müsste begründet werden, warum ein Lebenslauf neben dem Nachweis eines qualifizierten Hochschulabschlusses und ggf. einer überdurchschnittlichen Seminarleistung Auskunft über die wissenschaftliche Eignung des Promotionswilligen geben kann.

## 3. Betreuerzusage

Eine Betreuerzusage als Zulassungsvoraussetzung ist ebenfalls nicht verfassungskonform. Auch wenn sich

kein Betreuer findet und damit ein Doktorandenverhältnis nicht besteht, wird erst aufgrund der Beurteilung der eingereichten Dissertation entschieden, ob der Promovend mit der Dissertation seine Fähigkeit zur selbständigen wissenschaftlichen Tätigkeit nachgewiesen hat. Das Festhalten an einer Betreuerzusage als Zulassungsvoraussetzung würde in ungerechtfertigter Weise von vornherein unterstellen, dass ohne eine entsprechende Betreuung eine selbständige wissenschaftliche Leistung nicht zu erzielen ist. Eine Betreuerzusage kann daher nicht formelle Voraussetzung für eine Promotionszulassung sein.<sup>102</sup>

## 4. Örtlichkeitserfordernisse

Entgegen der Auffassung von *Thieme*<sup>103</sup> sind damit auch Zulassungsvoraussetzungen unzulässig, die eine persönliche Nähe des Promovenden zur Fakultät sicherstellen sollen. Begründet wird dieses Örtlichkeitserfordernis zum einen mit einer angeblich erforderlichen persönlichen Beziehung zwischen dem Fachbereich und dem Promovenden. Gerade bei den heutigen Massenuniversitäten ist eine solche Zulassungsvoraussetzung jedoch fraglich. Andererseits ist eine persönliche Beziehung zum betreuenden Hochschullehrer bei externen Promovenden nicht ausgeschlossen.<sup>104</sup> Zum anderen werden Zulassungsvoraussetzungen eines örtlichen Seminars mit der Wahrung eines Qualitätsstandards begründet.<sup>105</sup> Dies unterstellt jedoch den anderen Fachbereichen eine unangemessene Bewertung von Prüfungsleistungen. Diese Zulassungsvoraussetzungen sind damit zum einen ungeeignet.<sup>106</sup> Zum anderen ist ein Wissenschaftsbezug dieser Zulassungsvoraussetzung im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht ersichtlich.

## 5. Promotionsvermittlung und -beratung

Für rechtmäßig gehalten wird eine Regelung des niedersächsischen Hochschulgesetzes, wonach die Annahme von Bewerbungen zu Promotionen bei der Inanspruchnahme gewerblicher Promotionsvermittlung oder -beratung ausgeschlossen ist.<sup>107</sup> Eine solche Regelung dient dem Nachweis der wissenschaftlichen Qualifikation des Doktoranden und vermeide den „bösen Schein“, dass ein Doktorand nicht nur wegen seiner wissenschaftlichen Qualifikation die Möglichkeit der Promotion eröffnet

100 Lorenz, DVBl 2005, 1242 (1245).

101 OVG Lüneburg, Urteil vom 2.12.2009, 2 KN 906/06, NdsVBl 2010, 204.

102 Hufen, JuS 1987, 918; Sieweke, JuS 2009, 283, 284; Hartmer/Detmer/Hartmer, Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, Kapitel V Rn. 16; Kluth, in: Dörr (Hrsg.): Die Macht des Geistes – FS für Hartmut Schiedermaier, 2001, S. 569 (578 f.); OVG Lüneburg, Urteil vom 2.12.2009, 2 KN 906/06, NdsVBl 2010, 204 (207); Geis/Wendelin, Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2009, Kapitel II Rn. 340; Löwisch/Würtenberger, OdW 2014, 103 (106); a.A. Reich, HRG, 11. Aufl. 2012, § 18 Rn. 8.

103 Thieme, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 424; so wohl auch Reich, HRG, 11. Aufl. 2012, § 18 Rn. 8.

104 Kluth, in: Dörr (Hrsg.): Die Macht des Geistes – FS für Hartmut Schiedermaier, 2001, S. 569 (584).

105 Leuze/Epping/Epping, HG NRW, Stand 8. EL 2009, § 67 Rn. 121.

106 Kluth, in: Dörr (Hrsg.): Die Macht des Geistes – FS für Hartmut Schiedermaier, 2001, S. 569 (584); Leuze/Epping/Epping, HG NRW, Stand 8. EL 2009, § 67 Rn. 121.

107 OVG Lüneburg, Urteil vom 2.12.2009, 2 KN 906/06, NdsVBl 2010, 204; Reich, HRG, 11. Aufl. 2012, § 18 Rn. 8.

bekommen hat. Es sollen damit diejenigen von Promotionsverfahren fern gehalten werden, die sich einer gewerblichen Promotionsvermittlung gegen Entgelt bedient haben und allein deshalb in den Verdacht wissenschaftlicher Unredlichkeit geraten sein könnten. Deshalb weist diese Ausschlussregelung den notwendigen wissenschaftlichen Bezug auf.<sup>108</sup>

## V. Zusammenfassung

Im Ergebnis ist den Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts zur Relevanz von Vorstrafen im Zusammenhang mit dem Erwerb und dem Verlust eines Dokortitels mit einer Einschränkung im Hinblick auf die Relevanz schwerer Straftaten im Zulassungsverfahren zuzustimmen. Dabei hat allerdings nicht das Bundesverwaltungsgericht allein den Doktorgrad von einer akademischen Würdigung zum bloßen Nachweis der Fähigkeit zum selbstständigen wissenschaftlichen Arbeiten „herabgewürdigt“. Vielmehr hat das Gericht lediglich die Entwicklung in einigen Landeshochschulgesetzen – wozu auch die zu bewertende sächsische Regelung gehört – und den Promotionsordnungen nachvollzogen, die eine entsprechende Würdigkeit des Titelinhabers gar nicht mehr vorsehen.<sup>109</sup> Auch wenn einige Hochschulgesetze an der Würdigkeit des Titelträgers festhalten,<sup>110</sup> scheint der Wandel in der gesellschaftlichen Anschauung des Dokortitels damit zementiert. Es ist auch nicht

vorstellbar und mit dem Dokortitel als solchem auch kaum vereinbar, dass in Bundesländern oder an Hochschulen mit Würdigkeitsanforderung dem Dokortitel eine andere Bedeutung beigemessen wird, als einem Titel, der an einer Hochschule erworben wurde, die an der Würdigkeit des Trägers nicht mehr festgehalten hat.<sup>111</sup> Dieser Wandel muss allerdings noch in einigen Promotionsordnungen nachvollzogen werden. Alle dort normierten Zulassungsvoraussetzungen sind auf ihre Wissenschaftsrelevanz hin zu überprüfen und zu überarbeiten. Die Einzelheiten wird die Rechtsprechung herausarbeiten. Dennoch muss jede Fakultät begründen können, warum eine aufgestellte Zulassungsvoraussetzung wissenschaftsrelevant ist. Die bloße Verpflichtung zur Vorlage eines Führungszeugnisses zur Prüfung der strafrechtlichen Unbescholtenheit eines Promotionsbewerbers ist jedenfalls nicht mehr möglich. Das gleiche gilt für die Regelungen zum Entzug eines Titels wegen späterer Unwürdigkeit bzw. späterer Umstände. Insoweit kann nur noch solchen Umständen Gewicht beigemessen werden, die einen unmittelbaren Bezug zur Wissenschaft aufweisen. Diese Entwicklung dient allerdings leider nicht der Stärkung des Vertrauens der Öffentlichkeit in den Dokortitel.

Sebastian Schmuck ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht in der Kanzlei KurzSchmuck Rechtsanwälte in Leipzig. Zu seinem Tätigkeitsgebiet gehört auch das Hochschulrecht.

108 OVG Lüneburg, Urteil vom 2.12.2009, 2 KN 906/06, NdsVBl 2010, 204; vgl. auch Hartmer/Detmer/Hartmer, Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, Kapitel V Rn. 37, 40; Leuze/Epping/Epping, HG NRW, Stand 8. EL 2009, § 67 Rn. 140.

109 Zimmerling/Brehm, Prüfungsrecht, 3. Aufl. 2007, § 37 Rn. 715 f.; vgl. auch VGH Mannheim, Urteil vom 18.3.1981 – IX 1496/79, JZ 1981, 661 (663).

110 Vgl. hierzu Leuze/Epping/Epping, HG NRW, Stand 8. EL 2009, § 67 Rn. 124.

111 VGH Mannheim, Urteil vom 18.3.1981 – IX 1496/79, JZ 1981, 661 (663).

Tobias Mandler und Markus Meißner  
*Der persönliche Anwendungsbereich des  
WissZeitVG – Anmerkung zu  
BAG Urteil vom 29.4.2015 – 7 AZR 519/13*

Der siebte Senat des BAG beschäftigte sich in seinem Urteil vom 29. April 2015 erneut mit dem persönlichen Anwendungsbereich des WissZeitVG. Fraglich war, ob der Kläger, eingestellt als Lehrkraft für besondere Aufgaben, dem wissenschaftlichen Personal nach § 1 Abs. 1 S. 1 WissZeitVG zuzurechnen ist.<sup>1</sup> Nach § 2 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 WissZeitVG ist die Befristung von Arbeitsverträgen des in § 1 Abs. 1 WissZeitVG genannten Personals nach abgeschlossener Promotion in der Regel bis zu einer Dauer von sechs Jahren möglich.

### I. Ausgangslage

Im Zuge der Föderalismusreform wurden die befristungsrechtlichen Vorschriften aus dem HRG in das WissZeitVG verlagert. Dabei wurden Änderungen vorgenommen, die bezüglich des persönlichen Anwendungsbereichs maßgeblich auf eine Sachverständigenanhörung des Ausschusses für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung vom 26. November 2006 zurückgehen.<sup>2</sup> Die bis dahin geltende Regelung im HRG benannte Personalkategorien, bei denen die wissenschaftsspezifischen Befristungsregelungen zur Anwendung kamen. Nach einem Hinweis von *Hartmer* verzichtete der Gesetzgeber im WissZeitVG auf eine solche Formulierung.<sup>3</sup> Hintergrund war, dass bei der Föderalismusreform die Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes für die allgemeinen Grundsätze des Hochschulwesens weggefallen ist. Man wollte vermeiden, länderrechtlichen Entwicklungen bei der Formulierung von Personalkategorien vorzugreifen.<sup>4</sup> Sicherlich stand man dabei auch noch

unter dem Eindruck der Nichtigerklärung des 5. HRG-ÄndG aufgrund kompetenzrechtlicher Gesichtspunkte durch eine Entscheidung des BVerfG.<sup>5</sup> Statt explizit Personalkategorien zu formulieren, eröffnete das WissZeitVG den Anwendungsbereich für das wissenschaftliche und künstlerische Personal mit Ausnahme der Hochschullehrer.

Hieraus folgen zwei Fragestellungen. Zum einen ist fraglich, ob das WissZeitVG mit dieser Formulierung seinen Anwendungsbereich selbständig und abschließend definiert (1.). Daran schließt sich das Problem an, wer genau unter den Anwendungsbereich des WissZeitVG zu rechnen ist (2.). Konkret stellt sich die Frage der Anwendbarkeit des WissZeitVG für die mit Lehraufgaben betrauten Fremdsprachenlektoren.

#### 1. Abschließende Formulierung des Anwendungsbereichs?

Das BAG setzte sich mit der Frage, ob das WissZeitVG seinen Anwendungsbereich selbständig und abschließend definiert, eingehend in seiner Entscheidung vom 1. Juni 2011 auseinander. Es führte hierzu aus, Sinn und Zweck des WissZeitVG sprächen für eine eigenständige und abschließende Regelung.<sup>6</sup> Bei der Verlagerung der Befristungsregelungen vom HRG in das WissZeitVG hätten nach dem Willen des Gesetzgebers die Regelungen im Wesentlichen unverändert bleiben sollen.<sup>7</sup> Den Gesetzesmaterialien sei erkennbar zu entnehmen, dass der persönliche Anwendungsbereich nicht erweitert werden solle.<sup>8</sup> Im Ergebnis kam das BAG zu der Feststellung, das WissZeitVG regle seinen Anwendungsbereich eigenständig und abschließend.<sup>9</sup>

1 Der Beitrag ist angelehnt an die Ausführungen in der Dissertationsschrift von *Meißner*, Entstehung und Entwicklung des Hochschulbefristungsrecht (im Erscheinen).

2 Öffentliche Anhörung zum WissZeitVG am 29.11.2006, Protokoll 16/21, S. 1 ff. sowie Stellungnahmen der Sachverständigen BT-A-Drucks 16(18)139a – i.

3 *Hartmer*, Stellungnahme DHV, BT-A-Drucks 16(18)139h, S. 3; *Hartmer*, Öffentliche Anhörung zum WissZeitVG am 29.11.2006, Protokoll 16/21, S. 8, 31; *Lehmann-Wandschneider*, Sonderbefristungsrecht an Hochschulen, S. 57.

4 BT-Drucks 16/4043, S. 9.

5 Vgl. BVerfG Urteil vom 27.7.2004 – 2 BvF 2/02 = NJW 2004, 2803.

6 BAG Urteil vom 1.6.2011 – 7 AZR 827/09, BAGE 138, 91.

7 Vgl. die Formulierung des Gesetzgebers BT-Drucks 16/3438, S. 1f.

8 Bis 1998 gab es in § 57b Abs. 3 HRG einen eigenen Befristungsstatbestand für Lektoren. Aufgrund der Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 20.10.1993 – C 272/92), der sich das BAG anschloss (Urteil vom 15.3.1995 – 7 AZR 737/94; a.A. BVerfG Beschluss vom 24.4.1996 – 1

BvR 712/86 = BVerfGE 94, 268ff, s. hierzu auch *AR/Löwisch*, 7.

Auflage 2015, § 1 WissZeitVG Rn. 3) wurde die Regelung mit dem 4. HRGÄndG geändert. Eine Befristung mit Lektoren war ab da nur dann möglich, wenn die Voraussetzung des damaligen § 57b Abs. 2 HRG vorlagen. Zur Rechtslage nach dem 5. HRGÄndG bzw. dem die Änderungen des 5. HRGÄndG nachvollziehenden HdaVÄndG hatte das BAG entschieden, dass die Befristung eines Arbeitsvertrags mit einem Arbeitnehmer, der als Lehrkraft für besondere Aufgaben für die Vermittlung von Kenntnissen der chinesischen Sprache eingestellt worden war, nicht zulässig sei (Urteil vom 16.4.2008 – 7 AZR 85/07, AP TzBfG § 14 Nr. 44). Der Gesetzgeber ging also bei Erlass des WissZeitVG davon aus, dass Lehrkräfte für besondere Aufgaben bisher in der Regel nicht unter den Anwendungsbereich der Befristungsregelungen des HRG fielen.

9 Anders noch die Vorinstanzen LAG Baden-Württemberg Urteil vom 16.7.2009 – 10 Sa 2/09, ZTR 2010, S. 95 mit Anmerkung von *Rambach/Feldmann*, ZTR 2010, S. 67ff. und ArbG Freiburg Urteil vom 9.12.2008 – 3 Ca 379/08, ZTR 2009, S. 335.

Die Mehrheit des Schrifttums vertritt die Auffassung des BAG.<sup>10</sup> Andere Stimmen befürworten, dass den Bundesländern die Definitionszuständigkeit für die Personalkategorie des wissenschaftlichen und künstlerischen Personals zustehe.<sup>11</sup>

Hierfür spricht zunächst, dass nach der Förderalismusreform die Bestimmung von Personalkategorien in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fällt.<sup>12</sup> Weiter ist zu berücksichtigen, dass es eben nicht eindeutig ist, dass der persönliche Anwendungsbereich im Zuge des WissZeitVG nicht erweitert werden sollte.<sup>13</sup> Die für dieses Argument in Bezug genommene Passage entstammt einem Papier, das vor der Sachverständigenanhörung und damit vor der Änderung der Formulierung des Anwendungsbereichs des WissZeitVG verfasst wurde. In der Sachverständigenanhörung wurde darauf hingewiesen, dass eine Anwendung auf Lehrkräfte für besondere Aufgaben – wozu auch Lektoren gehören – sinnvoll sei.<sup>14</sup> Das Problem war im Gesetzgebungsprozess also bekannt. Aus der Tatsache, dass sich der Gesetzgeber hierzu nicht äußerte, kann schwerlich gefolgert werden, er wollte deshalb auch den Anwendungsbereich nicht erweitern. Vielmehr wird er sich aus Angst vor kompetenzrechtlichen Schwierigkeiten einer Positionierung enthalten haben. Nimmt man weiter die Begründung der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung in Bezug wird deutlich, dass die Formulierung des Anwendungsbereichs Raum für Regelungen der Länder lässt.<sup>15</sup> Nach Art. 72 Abs. 1 GG haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungsbefugnis nicht Gebrauch gemacht hat.

## 2. Umfang des Anwendungsbereichs

Auch für die zweite Frage nach dem Umfang des Anwendungsbereichs kann als Ausgangslage die Entscheidung des BAG vom 1. Juni 2011 herangezogen werden. Da die Anwendbarkeit des WissZeitVG nicht mehr statusrechtlich geregelt sei, komme es entscheidend auf die Tätigkeit des Beschäftigten an. Notwendig sei die Erbringung wissenschaftlicher Dienstleistungen. Wissenschaftliche Dienstleistung sei alles, was nach Inhalt und Form als

ernsthafter und planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen sei. Voraussetzung für die Anwendung des WissZeitVG auf Lehrende sei, dass diesen die Möglichkeit zur eigenständigen Forschung und Reflexion verbleibe. Fremdsprachenlektoren hätten eine unterrichtende Lehrtätigkeit ohne Wissenschaftsbezug.<sup>16</sup>

Selbst Befürworter des Ergebnisses kritisieren, dass die Entscheidung nur bedingt für einen klaren Maßstab taugt.<sup>17</sup> Zu bedenken wurde gegeben, dass die notwendige Einzelfallbetrachtung und die beim Arbeitgeber liegende Beweislast dem Regelungsziel entgegenstünden, rechtssichere Gestaltungsmöglichkeiten anzubieten.<sup>18</sup> Mit der im April 2015 ergangenen Entscheidung wurde der Versuch einer Präzisierung der Anforderungen an die Eröffnung des Anwendungsbereichs des WissZeitVG unternommen.

## II. Die Entscheidung des BAG vom 29. April 2015

### 1. Sachverhalt

Der promovierte Kläger war seit August 2007 aufgrund befristeter Verträge bei einer Hochschule des beklagten Landes beschäftigt. Ihm waren zu 75% Lehraufgaben übertragen. Seine Lehrveranstaltungen folgten einem Handbuch des zu unterrichtenden Studienfachs. Im Umfang von 25% sah die Tätigkeitsdarstellung des Klägers Gremienarbeit, die Betreuung der Studierenden sowie die Durchführung von Sprechstunden vor.<sup>19</sup>

Der Kläger war der Ansicht, seine Befristung sei unwirksam. Da er nicht zum wissenschaftlichen Personal nach § 1 Abs. 1 WissZeitVG gehöre, könne seine Befristung nicht auf das WissZeitVG gestützt werden. Diese Ansicht teilten sowohl das Arbeitsgericht Hannover als auch das Landesarbeitsgericht Niedersachsen. Über die Revision des beklagten Landes hatte das BAG zu entscheiden.

### 2. Entscheidung und Urteilsbegründung

Das BAG führte aus, es könne auf der Grundlage der bisher festgestellten Tatsachen nicht abschließend beurteilen, ob die Voraussetzungen für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des WissZeitVG vorlägen. Die Wissenschaftlich-

10 Vgl. Aufzählung bei BAG Urteil vom 1.6.2011 – 7 AZR 827/09, BAGE 138, 91 sowie beispielhaft ErfK/Müller-Glöge, 15. Auflage 2015, § 1 WissZeitVG Rn. 10 und Raab, Der persönliche Anwendungsbereich des WissZeitVG, S. 89 ff.

11 Löwisch, NZA 2007, S. 479; Rambach/Feldmann, ZTR 2009, S. 288f.

12 Instrukтив: Raab, Der persönliche Anwendungsbereich des WissZeitVG, S. 20ff.

13 So auch Raab, Der persönliche Anwendungsbereich des WissZeitVG, S. 88.

14 Hartmer, Stellungnahme DHV, BT-A-Drucks 16(18)139h, S. 3; Hartmer, Öffentliche Anhörung zum WissZeitVG am 29.11.2006, Protokoll 16/21, S. 8; Löwisch, Stellungnahme, BT-A-Drucks 16(18) 139f, S. 4; Lehmann-Wandschneider, Das Sonderbefristungsrechts an Hochschulen, S. 57.

15 Vgl. BT-Drucks 16/4043, S. 9.

16 BAG Urteil vom 1.6.2011 – 7 AZR 827/09, BAGE 138, 91.

17 Hauck-Scholz, öAT 2013, S. 89 f.

18 Hauck-Scholz, öAT 2013, S. 89 f.

19 BAG Urteil vom 29.4.2015 – 7 AZR 519/13, juris.

keit der Lehre im Sinne des WissZeitVG sei nicht nur gegeben, wenn Kenntnisse vermittelt würden, die auf eigener Forschung beruhen. Lehre könne auch wissenschaftlich sein, wenn die Lehrveranstaltung unter Berücksichtigung aktueller wissenschaftlicher Erkenntnisse Dritter von dem Lehrenden eigenständig zu gestalten sei. Entscheidend sei, dass der Lehrende Forschungs- und Erkenntnisentwicklungen auf seinem jeweiligen Wissensschaftsgebiet permanent verfolgen, reflektieren und kritisch hinterfragen müsse, um diese für seine Lehre didaktisch und methodisch zu verarbeiten. Zu berücksichtigen sei, ob nach dem vereinbarten Vertragsinhalt eine rein repetierende Wiedergabe vorgegebener Inhalte erwartet werde oder der Lehrende Erkenntnisse kritisch hinterfragen, sich damit auseinandersetzen und eigene Reflexionen in seine Lehrtätigkeit einbringen solle. Im Hinblick auf die dargestellten Grundsätze werde das Landesarbeitsgericht erneut prüfen, ob der Kläger zum wissenschaftlichen Personal gehört.

### III. Bewertung

#### 1. Keine Hilfe für die Praxis

Mit der Entscheidung geht das BAG auf die Kritiker ein, die seit jeher für eine Anwendung der Regelungen des WissZeitVG auf Lehrende streiten. Dass der vermittelte Lehrinhalt nicht auf eigener Forschung beruhen muss, ist eine notwendige Klarstellung. Praktisch führt die Präzisierung des BAG allerdings zu keiner nennenswerten Verbesserung. Nach wie vor werden keine klar abgrenzbaren Kriterien für eine Einordnung als wissenschaftliche Dienstleistung genannt.<sup>20</sup>

#### 2. Fehleinschätzung des Urteils

Eine Unterscheidung zwischen einer bloß repetierenden Wiedergabe vorgegebener Inhalte und einer Auseinandersetzung mit dem vermittelten Inhalt in Form einer kritischen Hinterfragung und einer eigenen Reflexion ist praxisfern.<sup>21</sup> Lehrende wählen Inhalte aus, setzen Schwerpunkte und machen sich Gedanken über die Form der Wissensvermittlung.<sup>22</sup> Die an der Hochschule gelehrt Inhalte zeichnen sich durch Komplexität und Aktualität aus. Dies erfordert eine ständige Reflexion, um keinen ver-

alteten Wissenskanon zu vermitteln. Eine Schwerpunktauswahl erfolgt schon aufgrund der zeitlichen Begrenzung der Unterrichtszeit und der nicht gänzlich planbaren Unterrichtssituation und bedeutet eine kritische Hinterfragung der Inhalte hinsichtlich ihrer Priorität. Bei der Form der Lehre sind die Lehrenden dazu aufgerufen, sich mit dem jeweiligen wissenschaftlichen Standard der effektivsten Inhaltsvermittlung auseinanderzusetzen und diesen umzusetzen.

#### 3. Anmerkung von Boemke

Die über die Entscheidung des BAG hinausgehende Forderung, in keinem Fall das WissZeitVG auf Lehrtätigkeiten anzuwenden,<sup>23</sup> kann nicht nachvollzogen werden. Wesentliche Ziele des WissZeitVG sind die Qualifizierung des Nachwuchses und die Förderung von Innovationen.<sup>24</sup> Zur Qualifizierung eines Nachwuchswissenschaftlers gehört die Ausbildung seiner Lehrkompetenz.<sup>25</sup> Nur so kann der Kenntnisstand an den Hochschulen erhalten bleiben und von Generation zu Generation weitergegeben werden. Nachwuchswissenschaftler werden überdies durch gute Lehre in die Lage versetzt, auf dem derzeitigen Kenntnisstand aufzubauen und innovativ zu werden. Gute Lehre sucht zudem den Dialog mit den Studierenden.<sup>26</sup> Schon in der Kommunikation und Auseinandersetzung zwischen Lehrenden und Studierenden können Erkenntnisfortschritte erzielt werden.<sup>27</sup>

#### 4. Folgerungen aus I. und II.

Eine tätigkeitsbezogene Bestimmung des Anwendungsbereichs des WissZeitVG führt zu schwierigen Abgrenzungsfragen. Demgegenüber würde eine statusrechtliche Festlegung Rechtssicherheit schaffen.<sup>28</sup> Die Umsetzung einer statusrechtlichen Zuordnung kann über zwei Wege erfolgen.

##### a) Festlegung durch die Landesgesetzgeber

Da mit der Formulierung des § 1 Abs. 1 WissZeitVG Raum für länderrechtliche Regelungen gelassen wurde, können die Länder Personalkategorien formulieren, auf die das WissZeitVG Anwendung findet. Der aus § 1 Abs. 1 WissZeitVG folgenden Mindestanforderung der Wissenschaftlichkeit dürfen die Länderregelungen

20 Ebenso Hauck-Scholz, öAT 2015, S. 211.

21 AR/Löwisch, 7. Auflage 2015, § 1 WissZeitVG Rn. 2; Raab, Der persönliche Anwendungsbereich des WissZeitVG, S. 116 ff. und 124.

22 Vgl. HRK, Für eine Reform der Lehre in den Hochschulen, S. 4.

23 Boemke, jurisPR-ArbR 45/2015 Anmerkung 3.

24 Insoweit noch richtig Boemke, jurisPR-ArbR 45/2015 Anmerkung 3.

25 HRK, Für eine Reform der Lehre in den Hochschulen, S. 5.

26 HRK, Für eine Reform der Lehre in den Hochschulen, S. 3.

27 So auch HRK, Für eine Reform der Lehre in den Hochschulen, S. 3.

28 Aus diesem Grund schlägt auch Raab eine Konkretisierung des Anwendungsbereichs durch Landesgesetz vor, Der persönliche Anwendungsbereich des WissZeitVG, S. 175 ff.

nicht widersprechen.<sup>29</sup> Für die von den Ländern formulierten Personalkategorien würde die Vermutung der Wissenschaftlichkeit streiten.

b) Festlegung durch den Bundesgesetzgeber

Alternativ zu Regelungen der Länder könnte der Bundesgesetzgeber abschließend von seiner Gesetzgebungskompetenz im Arbeitsrecht Gebrauch machen. Aufgrund der kompetenzrechtlichen Lage müsste dies ohne Nennung von Personalkategorien erfolgen. Möglich wäre etwa eine Formulierung in der Art, dass der Anwendungsbereich für „*wissenschaftliches, wozu auch lehrendes Personal gehört*“ eröffnet wird. Im Zuge der aktuellen Novellierung des WissZeitVG wurde eine derartige Änderung bereits für studentisches Personal vorgenommen.<sup>30</sup> Eine bundesgesetzliche Regelung wäre vorzuzugungswürdig, da mit dieser eine einheitliche Regelung getroffen würde.

#### IV. Fazit

Die Entscheidung des BAG stellt fest, dass bei einer Lehrtätigkeit an Hochschulen keine eigenen Forschungsergebnisse vermittelt werden müssen, um den Anwendungsbereich des WissZeitVG zu eröffnen. Die fortgeführte Unterscheidung zwischen wissenschaftlicher und nichtwissenschaftlicher Lehrtätigkeit ist aber praxisfern und führt zu Auslegungsschwierigkeiten. Eine abschließende Regelung des Bundesgesetzgebers, die lehrende Tätigkeit an Hochschulen unter den Anwendungsbereich des WissZeitVG fasst, ist daher zu fordern.

Tobias Mandler und Markus Meißner sind wissenschaftliche Mitarbeiter der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

29 In diesem Sinne auch ArbG Freiburg Urteil vom 9.12.2008 – 3 Ca 379/08, ZTR 2009, S. 335.

30 Durch die Formulierung „*Arbeitsverträge mit studentischem Personal*“ wird keine Personalkategorie vorgegeben, weshalb die Regelung kompetenzrechtlich unbedenklich ist, vgl. Mandler/Meißner, OdW 2016, S. 33.

# Susanne Lutz

## *Kommentierungen zu den Landeshochschulgesetzen*

### *– ein Überblick –*

Nach Art. 70 Abs. 1 GG steht den Ländern die Gesetzgebungskompetenz für das Hochschulwesen zu und somit die Möglichkeit zu eigenen Hochschulgesetzen. 1969 wurde dem Bund aber zusätzlich eine Rahmengesetzgebungskompetenz zugestanden, um ein Minimum an einheitlicher Gestaltung im Hochschulbereich zu gewährleisten.<sup>1</sup> Mit dem 1976 verabschiedeten Hochschulrahmengesetz (HRG)<sup>2</sup> konnte der Bund die „allgemeinen Grundsätze“ des Hochschulwesens regeln<sup>3</sup> und prägte so im Wesentlichen das Hochschulrecht. Erst mit der Föderalismusreform 2006 wurde diese Kompetenz des Bundes abgeschafft.<sup>4</sup> Seither haben die Länder wieder mehr Raum und Eigenverantwortung.<sup>5</sup> Zwar unterblieb bis heute die Aufhebung des HRG, jedoch ist es gem. Art. 125a Abs. 1 S. 2 GG jederzeit durch Landesrecht ersetzbar. Die Länder machten seit 2006 vermehrt Gebrauch von ihrer Kompetenz und verabschiedeten ihre eigenen Hochschulgesetze.

Innerhalb der letzten zehn Jahre sind in Folge dessen auch meist Kommentierungen der Landeshochschulgesetze erschienen, wenn auch noch nicht für alle Länder. Eigenständige landesrechtliche Kommentarliteratur findet man in allen Bundesländern mit Ausnahme von Berlin, Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, dem Saarland sowie Schleswig-Holstein und Thüringen.

Kurz nach der Föderalismusreform kam 2007 eine Kommentierung von Andreas Reich heraus, der auf 800 Seiten das Hochschulwesen in *Bayern* ausführlich erläutert. Dabei bezieht er seine vielfältigen Erfahrungen u.a. als Leiter eines Studentenwerks, als Vizerektor einer Universität und als Ministerialbeamter mit ein. 2011 erschien auch für *Sachsen* eine Kommentierung von Frank Nolden, Frank Rottmann, Ralf Brinktrine und Achim Kurz, die sich auf das 2009 novellierte Gesetz über die Hochschulen in Sachsen bezieht.

Lothar Knopp und Franz-Joseph Peine brachten für *Brandenburg* 2012 eine Kommentierung auf 852 Seiten heraus. Neben den umfangreichen Ausführungen zu den einzelnen Paragraphen des brandenburgischen Hochschulgesetzes sind hier jeweils die entsprechenden Vorschriften der anderen Landeshochschulgesetze mit kurzen Anmerkungen vorangestellt, um diese für die

Auslegung heranziehen und unmittelbar Verbindungen herstellen zu können.

Für das *hamburgische* Hochschulgesetz liegt eine umfassende Kommentierung der Herausgeber Mathias Neukirchen, Ute Reußow und Bettina Schomburg aus dem Jahr 2011 vor, welche sich auf das zuletzt im Juli 2010 novellierte Hochschulgesetz bezieht und umfangreiche Literatur- und Rechtsprechungshinweise für eine weitergehende Auseinandersetzung mit dem Gesetz aufführt.

Eine sehr detaillierte Aufbereitung mit Stand Mai 2015 bietet für *Nordrhein-Westfalen* der dreibändige Kommentar von den Herausgebern Dieter Leuze und Volker Epping auf rund 2600 Seiten. Neben dem Abdruck weiterer landesrechtlicher Gesetze, Verordnungen und Verwaltungsvorschriften enthält dieses Werk eine ausführliche Kommentierung des am 1.1.2007 in Kraft getretenen novellierten Hochschulfreiheitsgesetz. Darüber hinaus sind hier Materialien und Kommentierungen zu den vorher geltenden, nun aber aufgehobenen Vorschriften zu finden.

Ebenfalls von 2015 sind die von Georg Sandberger stammende Erläuterungen zum Hochschulgesetz von *Baden-Württemberg*. Sandberger verweist vor den jeweiligen Einzeldarstellungen auf die entsprechende Literatur für das Hochschulrecht in Baden-Württemberg und hat eine Synopse beigefügt, um die Kommentierung auch für die Auslegung anderer landesrechtlicher Hochschulgesetze heranziehen zu können. Zudem findet sich im Handbuch „Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg“ von Volker Haug eine sehr hilfreiche Darstellung aller wesentlichen Fragen zum baden-württembergischen Hochschulrecht.

Ganz aktuell ist 2016 eine vollständige Neukommentierung des *niedersächsischen* Hochschulgesetzes erschienen. Diese Kommentierung von Volker Epping bietet den Lesern auf 1542 Seiten eingehende Erläuterungen zum Hochschulrecht sowie eine ausführliche Darstellung der Entwicklung des Hochschulrechts in Niedersachsen. Anschließend widmet er sich noch einer Kommentierung des niedersächsischen Hochschulzulassungsgesetzes.

1 Detmer/Hartmer, Hochschulrecht, ein Handbuch für die Praxis, 2. Aufl. 2011, I., Rn. 44.

2 BGBl. 1976 Teil 1, S. 185.

3 Detmer/Hartmer, Hochschulrecht, ein Handbuch für die Praxis, 2. Aufl. 2011, I., Rn. 45.

4 BT-Drs. 16/6122.

5 Ennuschat/Ulrich, VBl BW, 121, 124.

Einzelne Kommentare stammen noch aus der Zeit vor der Föderalismusreform 2006, wie z.B. die Kommentierung für *Hessen* von Ilse Staff aus dem Jahr 1967, für *Rheinland-Pfalz* die von Hermann Fahse von 1976, sowie für *Sachsen-Anhalt* die von Andreas Reich von 1996. Diese Kommentare sind aufgrund der weiter zurückliegenden Erscheinungsjahre und der teilweise überholten Gesetzeslage nur noch eingeschränkt nutzbar.

Für die Bundesländer, für die bislang kein eigenständiger Kommentar erschienen ist, kann auf den von Max-Emanuel Geis herausgegebenen Kommentar „*Hochschulrecht in Bund und Ländern*“ verwiesen werden. Dieser bietet einen umfassenden Überblick über das gesamte Gebiet des Hochschulwesens und enthält neben der Kommentierung des HRG auch ausführliche Einzeldar-

stellungen der Landesrechte. Die Aktualität der darin enthaltenen Kommentierung für die Bundesländer variiert jedoch stark: sie reicht von älteren Kommentierungen, wie die von 1994 für das Saarland, bis zu einer sehr aktuellen, wie die von 2015 für Thüringen.

Insgesamt kann festgestellt werden, dass sich das Rechtsgebiet des Hochschulrechts nach der Föderalismusreform 2006 deutlich ausdifferenziert hat. Die Kommentarliteratur zu den einzelnen Landesrechten ist dieser Rechtsentwicklung durch Neuerscheinungen in weiten Teilen gefolgt.

Susanne Lutz ist wissenschaftliche Hilfskraft an der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschul-arbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität.

| Bundesland             | Landeshochschulgesetz   | Kommentar  | Herausgeber                                       | Erscheinungsjahr  | Umfang in Seiten |
|------------------------|---|--|---|-------------------|------------------|
| Baden-Württemberg      | Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg                       | <i>Kommentar zum Gesetz über die Hochschulen in Baden-Württemberg</i>                    | Georg Sandberger                                  | 2015 (2. Auflage) | 718              |
| Bayern                 | Bayerisches Hochschulgesetz                                   | <i>Kommentar zum Bayerischen Hochschulgesetz</i>   | Andreas Reich                                     | 2007 (2. Auflage) | 800              |
| Berlin                 | Gesetz über die Hochschulen im Land Berlin                    |  |   |                   |                  |
| Brandenburg            | Brandenburgisches Hochschulgesetz                             | <i>Handkommentar zum Brandenburgischen Hochschulgesetz</i>                               | Lothar Kopp und Franz-Joseph Peine                | 2012 (2. Auflage) | 852              |
| Bremen                 | Bremisches Hochschulgesetz                                    |  |   |                   |                  |
| Hamburg                | Hamburgisches Hochschulgesetz                                 | <i>Praxiskommentar zum Hamburgischen Hochschulgesetz</i>                                 | Mathias Neukirchen, Ute Reußow, Bettina Schomburg | 2011              | 962              |
| Hessen                 | Hessisches Hochschulgesetz                                    | <i>Das Hessische Hochschulgesetz: Kommentar</i>  | Ilse Staff  | 1967              | 132              |
| Mecklenburg-Vorpommern | Gesetz über die Hochschulen des Landes Mecklenburg-Vorpommern |  |   |                   |                  |
| Niedersachsen          | Niedersächsisches Hochschulgesetz                             | <i>Handkommentar zum Niedersächsischen Hochschulgesetz mit Hochschulzulassungsgesetz</i> | Volker Epping                                     | 2016              | 1542             |

| Bundesland                        | Landeshochschulgesetz   | Kommentar  | Herausgeber   | Erscheinungsjahr                           | Umfang in Seiten |
|-----------------------------------|---|--|---|--|------------------|
| Nordrhein-Westfalen               | Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen                  | <i>Kommentar zum Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen</i>              | Dieter Leuze und Volker Epping                            | Mai 2015<br>(14. Ergänzungslieferung)      | Rund 2600        |
| Rheinland-Pfalz                   | Hochschulgesetz Rheinland-Pfalz   | <i>Kommentar zum Landesgesetz über die wissenschaftlichen Hochschulen in Rheinland-Pfalz</i> | Hermann Fahse   | 1976                                       | 208              |
| Saarland                          | Gesetz Nr. 1556 über die Universität des Saarlandes                         |  |   |  |                  |
| Sachsen                           | Gesetz über die Hochschulen im Freistaat Sachsen                            | <i>Kommentar zum Sächsischen Hochschulgesetz</i>   | Frank Nolden, Frank Rottmann, Ralf Brinktrine, Achim Kurz | 2011                                       | 547              |
| Sachsen-Anhalt                    | Hochschulgesetz des Landes Sachsen-Anhalts                                  | <i>Kommentar zum Hochschulgesetz Sachsen-Anhalt</i>  | Andreas Reich   | 1996                                       | 428              |
| Schleswig-Holstein                | Gesetz über die Hochschulen und das Universitätsklinikum Schleswig-Holstein |  |   |  |                  |
| Thüringen                         | Thüringer Hochschulgesetz   |  |   |  |                  |
| Bundesrecht und alle Bundesländer |   | <i>Hochschulrecht in Bund und Ländern</i>  | Max-Emanuel Geis  | Dezember 2015<br>(44. Ergänzungslieferung) | Rund 3966        |



Manfred Löwisch

## *Konstanzer Juristenfakultät verweigert sich der Pflicht zur Zweitveröffentlichung*

Seit 2014 gibt § 38 Absatz 4 Urheberrechtsgesetz wissenschaftlichen Autoren das Recht zur Zweitveröffentlichung. Sind ihre Beiträge im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden, können sie diese zwölf Monate nach der Erstveröffentlichung in einer Zeitschrift allgemein öffentlich zugänglich machen. § 44 Absatz 6 des neu gefassten Landeshochschulgesetzes Baden-Württemberg hat den Gebrauch dieses Rechts zur Pflicht gemacht: Die Hochschulen des Landes sollen die Angehörigen ihres wissenschaftlichen Personals durch Satzung verpflichten, das Recht auf Zweitveröffentlichung wissenschaftlicher Beiträge wahrzunehmen. Sie können dabei regeln, dass die Zweitveröffentlichung auf einem von ihnen vorgehaltenen Repositorium erfolgt. Die Universität Konstanz ist dieser Aufforderung des Gesetzgebers nachgekommen. Nach § 2 Absatz 2 ihrer Satzung vom 10. Dezember 2015 sind die einschlägigen Beiträge zwölf Monate nach der Erstpublikation auf dem hochschuleigenen Repositorium öffentlich zugänglich zu machen.

Gegen diese Pflicht zur Zweitveröffentlichung hat sich der Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz mit einem Schreiben des Fachbereichssprechers Prof. Dr. Hans Theile vom 1. Februar 2016 an den Rektor gewandt:

### **Satzung zur Ausübung des wissenschaftlichen Zweitveröffentlichungsrechts gemäß § 38 Abs. 4 UrhG**

*Magnifizenz, lieber Herr Rüdiger,*

*mit diesem Schreiben wenden wir uns gegen die am 10. Dezember 2015 verabschiedete Satzung zur Ausübung des wissenschaftlichen Zweitveröffentlichungsrechts gemäß § 38 Abs. 4 UrhG, die uns an der Universität Konstanz tätigen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler in § 2 Abs. 2 verpflichtet, Zeitschriftenbeiträge zwölf Monate nach der Erstpublikation auf dem hochschuleigenen Repositorium KOPS zu veröffentlichen.*

*Diese Regelung ist insofern rechtlich übergriffig, als das in § 38 Abs. 4 UrhG durch den Bundesgesetzgeber ausdrücklich anerkannte individuelle Recht auf Zweitveröffentlichung nunmehr im Wege einer universitätsinternen Satzung in eine Pflicht zur Zweitveröffentlichung transformiert wird. Dies stellt eine Verletzung des Grundrechts auf*

*Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) dar, zu der selbstverständlich die Entscheidung über Art, Ort und Zeitpunkt einer Publikation zählt. Darüber hinaus handelt es sich um eine Verletzung der Gewährleistung geistigen Eigentums (Art. 14 GG), das auch den eigenverantwortlichen Umgang mit diesem Eigentum umfasst. In ihrem Kern individuelle Grundrechtspositionen werden auf diese Weise „zwangsvergemeinschaftet“. Dass die Universität mit dieser Satzung lediglich § 44 Abs. 6 LHG umsetzt, macht die Angelegenheit nicht besser, da der Gesetzgeber hierdurch nur die unmittelbare Verantwortung für den Grundrechtsverstoß den Universitäten zuschiebt. Aufgabe der Universität müsste es jedoch sein, ihre Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler vor einer solchen Grundrechtsverletzung zu schützen. Im Übrigen geht es hier von vornherein nicht um eine im Wege einer Satzung zu regelnde Selbstverwaltungsangelegenheit. Vielmehr sind das private Urheberrecht oder allenfalls das allgemeine Dienstrecht betroffen, weshalb der Landesgesetzgeber den Universitäten mit dieser Vorgabe auch noch eine Überschreitung ihrer Rechtsetzungskompetenz zumutet.*

*Die praktischen Folgen dieser verfassungswidrigen Regelung sind absehbar: Zwar betrifft die Regelung zunächst nur Publikationen, die unter Verwendung von Drittmitteln zustande gekommen sind. Jedoch dürfte diese Einschränkung im Vollzug der Bestimmung ignoriert werden, so dass perspektivisch im Zweifel jede Publikation in KOPS erscheint, was offenbar die eigentliche Intention des Landesgesetzgebers ist. Darüber hinaus müssen wir künftig mit Schwierigkeiten rechnen, in periodisch erscheinenden wissenschaftlichen Organen zu publizieren, da Herausgeber und Verlage verständlicherweise eher auf Autoren zurückgreifen werden, die nicht zu einer Zweitveröffentlichung gezwungen werden. Angesichts eines solchen Wettbewerbsnachteils seiner Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler wird der Forschungsstandort Konstanz auf diese Weise marginalisiert. Zudem besteht die Gefahr eines Dammbrochs, indem in Zukunft eine Verpflichtung zur Zweitveröffentlichung auch in Bezug auf Monographien oder Vorträge begründet wird. In einem solchen Fall wäre die Möglichkeit einer Publikation von Lehrbüchern, Kommentaren, Habilitations- oder Dissertationsschriften in renommierten Verlagen faktisch von vornherein verschlossen.*

*Unsere Kritik richtet sich nicht gegen die Idee von Open-Access selbst, wohl aber gegen den durch die Universität eingeschlagenen Weg, die Möglichkeit der Zweitveröf-*

*fentlichung in ein auf diese Weise diskreditiertes Zwangsinstrument umzuwandeln. Angesichts der prinzipiellen Offenheit gegenüber der Open-Access-Idee verstört uns die Art und Weise, mit der sie an unserer Universität zwangsweise durchgesetzt werden soll, anstatt auf die individuelle Entscheidung der an ihr tätigen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler zu vertrauen.*

*Als lernende Organisation hat die Universität die Möglichkeit einer Selbstkorrektur und sollte diese Möglichkeit*

*in der Weise nutzen, die Satzung schnellstmöglich aufzuheben. Im Professorium meines Fachbereichs vom 26.1.2016 herrschte Einmütigkeit dahin, dass wir bis dahin das in ihr statuierte Gebot ignorieren und nicht in KOPS veröffentlichen.*

*Mit freundlichen Grüßen*

*Hans Theile*

# Ausgegraben: Carl Theodor Welcker *Studirfreiheit*<sup>1</sup>

Wir kommen nun zu dem zweiten Hauptbestandteil der akademischen Freiheit, dem der Lern- oder Hör- und sonstigen Freiheit der Studirenden, der mit dem ersten (der Lehrfreiheit) unmittelbar zusammenhängt und ebenfalls verschiedene Seiten hat. Zunächst ist dieselbe Studirfreiheit, das heißt freie, selbständige Entscheidung des Studenten über die ganze Einrichtung seines akademischen Studiums. Dahin gehört vor Allem die freie Wahl der Universität, die schon geschichtlich in der erwähnten Ansicht der Universitäten als Gemeingut unserer Nation begründet ist, und deren hohe Bedeutung kein Kundiger bestreiten kann; daher auch nach dem von W. v. Humboldt und Fürst Hardenberg herrührenden Entwürfe der deutschen Bundesacte ausdrücklich diese Freiheit der Studenten, auf jeder deutschen Universität ihre Studien zu machen, ausdrücklich als eine grundgesetzliche Bestimmung aufgenommen war. Im Widerspruch hiermit ist jede Art von Universitätszwang und Bann, sei es, daß der Besuch der eigenen Universitäten den Landeskindern, wenn auch nur auf einige Zeit, schlechthin zur Pflicht gemacht, oder Ausländern als solchen untersagt, oder daß der Besuch fremder Hochschulen den Inländern verboten wird. Alles dieses ist theils Hinderniß der universellen Ausbildung, theils zugleich widerrechtliche Beschränkung der persönlichen Freiheit und nur nach dem Bevormundungs- und Verdummungssysteme zu rechtfertigen, also verwerflich in jedem wahrhaft gebildeten Rechtsstaate; was auch längst allgemein anerkannt ist. Wollte man selbst zuge-

stehen, die Staatsgewalt habe das Recht, von denjenigen Studirenden, die im Staatsdienste künftig Anstellung suchen, nicht bloß den Besitz wissenschaftlicher Kenntnisse, sondern auch zu verlangen, dass sie dieselben auf dieser oder jener (sogenannten Landes-) Universität sich erworben, gewisse andere Universitäten aber nicht besucht hätten – so kann sie doch nicht dies auf alle Studenten ausdehnen, und seine Staatsgewalt hat das Recht, ihren Unterthanen überhaupt den Besuch irgend einer Universität entweder aufzuzwingen oder zu verbieten. Wer kein Staatsamt begehrt, kann studiren, wo er will und wohin ihn seine Eltern oder Vormünder senden wollen. Diese allein haben hierbei zu entscheiden. Diese Freiheit besteht ferner in der allen Studenten zustehenden Wahl, wie viel, welche Vorlesungen und in welcher Ordnung, so wie bei welchem Lehrer, und wie regelmäßig oder unregelmäßig sie dieselben besuchen, ferner wie sie ihr Privatstudium einrichten, ihre Zeit zwischen Arbeit und Erholung eintheilen und überhaupt die Gelegenheit zur universellen Ausbildung, die ihnen die Universität darbietet, benutzen wollen, oder nicht. Diese Freiheit (die sogenannte Lern-, Hör- und Studirfreiheit im engeren Sinne) gehört ebenfalls zu dem Grundwesentlichen unserer Universität, deren Hauptzweck ja, wie schon gezeigt worden, nicht Anfüllung des Gedächtnisses mit bloßen Kenntnissen, sondern Erweckung des Geistes der Wissenschaftlichkeit ist, welche nur in der Temperatur der Freiheit Statt finden kann.

<sup>1</sup> Auszug des Abschnitts *Universitaeten* des 15. Bandes der Erstauflage des *Staatslexikons oder Encyklopaedie der Staatswissenschaften* herausgegeben von Carl von Rotteck und Carl Theodor Welcker aus den Jahren 1834 bis 1843. Die Erstauflage des 15. Bandes erschien 1842 in Altona.



# Joachim von Bargaen

## *Konsensuale Konfliktlösung auf dem Campus\**

### *Mediation in öffentlich-rechtlichen Hochschulen*

#### I. Einleitende Bemerkungen

Dass sich das konsensuale Konfliktlösungsverfahren der Mediation auch auf dem Campus öffentlich-rechtlicher Hochschulen als hilfreich erweisen kann, ist eine Erkenntnis, die erst in jüngerer Zeit und immer noch eher zögerlich an Boden gewinnt. Ob freilich insoweit von dem am 26.07.2012 in Kraft getretenen Mediationsförderungsgesetz<sup>1</sup> unmittelbar wirksame Impulse ausgehen, die auch gerade die öffentlich-rechtlichen Hochschulen für dieses Verfahren sensibilisiert haben könnten, erscheint eher fraglich. Zwar ist der Gesetzgeber bei der Umsetzung der einschlägigen EU-Richtlinie<sup>2</sup> deutlich über diese hinausgegangen, aber das für öffentlich-rechtliche Behörden maßgebliche, kodifizierte Verwaltungsverfahren wurde nicht in das Mediationsförderungsgesetz einbezogen. Der Empfehlung der Abteilung „Mediation“ des 67. Deutschen Juristentages 2008 in Erfurt,<sup>3</sup> das Verwaltungsverfahren solle ausdrücklich die Möglichkeit regeln, ein Mediationsverfahren „im“ oder parallel zum Verwaltungsverfahren durchzuführen, wurde nicht Rechnung getragen.

Aufgegriffen hat der Gesetzgeber dagegen den Vorschlag des 67. DJT, die gerichtsinterne Mediation in allen Prozessordnungen der Fachgerichte und damit auch in der für die Verwaltungsgerichte maßgeblichen VwGO vorzusehen,<sup>4</sup> so dass in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nach § 40 VwGO den Beteiligten eines anhängigen Verfahrens – also auch in einem Streit unter Betei-

lung einer öffentlich-rechtlichen Hochschule – nunmehr auf gesicherter rechtlicher Grundlage als Alternative zum konventionellen Prozess die Möglichkeit einer Mediation durch einen entsprechend geschulten, nicht zur Streitentscheidung befugten Richter – den Güterichter – angeboten werden kann.<sup>5</sup> Dieses Angebot ist in den Gerichten und insbesondere in den Verwaltungsgerichten freilich nicht neu. Bereits Jahre vor dem Inkrafttreten des Mediationsförderungsgesetzes gab es eine rasant wachsende Zahl an Modellprojekten,<sup>6</sup> die sich zunehmender Wertschätzung erfreuten.

Zwar hat das Mediationsförderungsgesetz – wie erwähnt – das Verwaltungsverfahren ausklammert, aber auch in den Bereichen, die dieses Recht regelt, wird die Mediation bereits seit mehreren Jahren – und nicht erst seit Inkrafttreten des Mediationsförderungsgesetzes – praktiziert. Das gilt für die nach *außen* wirksame Verwaltungstätigkeit (vor allem bei raumrelevanten Vorhaben), aber darüber hinaus für die *interne* Bearbeitung verwaltungsinterner Konflikte. Solche sogenannten Inhouse-Mediationen sind vor allem in großen privaten Wirtschaftsunternehmen ein bevorzugtes Mittel des Konfliktmanagements.<sup>7</sup> Es gibt indes z.B. auch Kommunalverwaltungen, die mit Inhouse-Mediationen gute Erfahrungen gesammelt haben.<sup>8</sup> Dazu gehört schon seit geraumer Zeit die Stadt Heidelberg.<sup>9</sup> Selbst in einem Bundesministerium wird inzwischen die Einführung eines Konfliktmanagementsystems erwogen und der Frage nachgegangen, ob den Konfliktbeteiligten die Möglich-

\* Bei diesem Aufsatz handelt es sich um die überarbeitete Fassung eines Beitrages, der in dem von *Fritjof Haft* und *Katharina Gräfin von Schlieffen* herausgegebenen „Handbuch Mediation“, 3. Aufl. 2016, als § 43 erschienen ist.

1 Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung v. 21.7.2012, BGBl. 2012 I, S. 1577. Dem § 1 des in Art. 1 normierten Mediationsgesetzes sind freilich nunmehr zentrale Begriffsbestimmungen zu entnehmen: Nach § 1 Abs. 1 ist die Mediation „ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich die einvernehmliche Beilegung ihres Konfliktes anstreben“. Nach § 1 Abs. 2 ist ein Mediator „eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt“.

2 Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.5.2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen v. 24.5.2008, ABl. EU 2008, L 136/3.

3 Vgl. unter <http://www.djt.de>, Die Tagungen, Beschlüsse, 67. DJT, Mediation, D 19. Siehe aber nunmehr das am 1.1.2015 in Kraft

getretene Umweltverwaltungsgesetz Baden-Württemberg vom 25.11.2014, GBl. S. 592, „§ 4 Umweltmediation“; vgl. dazu *Feldmann*, NVwZ 2015, 321, 324 ff.

4 Siehe Fn. 3, D 21. Vgl. § 278 Abs. 5 ZPO und § 173 S. 1 VwGO, jeweils in der Fassung des Mediationsförderungsgesetzes (Fn. 1), Art. 2 Ziff. 5 u. Art. 6.

5 Vgl. *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation, 3. Aufl. 2016, §§ 9 u. 51.

6 Vgl. *Jan Malte von Bargaen*, Gerichtsinterne Mediation, 2008, S. 70 ff.

7 Vgl. zum „Round Table Mediation und Konfliktmanagement der deutschen Wirtschaft“ (RTMKM), unter: <http://www.rtmkm.de>; sowie Handbuch Mediation (Fn. 5), § 36; siehe auch *Hoormann/Matheis*, Konfliktmanagement in Hochschulen, 2014, S. 7 ff.; *Henkel/Göhler*, Mediation im Betrieb, in: AuR 2014, 703.

8 *Hoormann/Matheis* (Fn. 7) nennen in diesem Zusammenhang die Städte Kempten und Wuppertal (S. 9).

9 *Weigle*, in: Niedoštadek (Hrsg.), Praxishandbuch Mediation, 2010, S. 154, 157.

keit eröffnet werden sollte, die Hilfe einer Mediatorin oder eines Mediators in Anspruch zu nehmen.<sup>10</sup>

Im Bereich der öffentlich-rechtlichen Hochschulen werden Mediationen zur Lösung hochschulinterner Konflikte derzeit noch am ehesten dann angeboten, wenn Hochschulen eine Konfliktberatungsstelle eingerichtet haben, die allen Hochschulangehörigen offen steht und diese im Falle unspezifischer, nicht speziell wissenschaftsbezogener Konflikte – wie es sie in jedem Wirtschaftsunternehmen und jeder Verwaltungsbehörde geben kann – unterstützt (dazu unter II.). Deutlich geringere Erfahrungen – wenn überhaupt –, aber einen wachsenden Bedarf an einem Konfliktmanagement (einschließlich der Mediation) gibt es, wenn spezifisch wissenschaftsbezogene Konflikte zu bearbeiten sind. Das gilt im Rahmen der immer dringlicheren Bemühungen um die „Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“<sup>11</sup> zum einen für das weite Feld der Forschung (III.), zum anderen aber auch speziell für den Bereich der Promotion (IV.). Nach ein paar Stichworten zu Möglichkeiten, zur konsensualen Lösung *interner* Konflikte *externe* Hilfe in Anspruch zu nehmen (V.), soll abschließend nur angerissen werden, dass sich öffentlich-rechtliche Hochschulen auch im Bereich der Lehre (VI.) und der Wissenschaft in Sachen „Mediation“ engagieren (VII.).

## II. Bearbeitung unspezifischer Konflikte am Arbeitsplatz und Studienplatz

Eine der ersten deutschen Universitäten, die eine Stelle für eine interne professionelle „Sozial- und Konfliktberatung“ eingerichtet hat, ist die Technische Universität Darmstadt (TUD).<sup>12</sup> Diese vorbildliche Einrichtung, die inzwischen seit ca. 15 Jahren ihre Hilfe anbietet, steht allen Beschäftigten der Universität u.a. im Falle von Konflikten am Arbeitsplatz offen, geht aber in ihrem Bestands-Angebot weit darüber hinaus. Sie ist mit zwei Mediatorinnen besetzt (davon eine Vollzeitstelle) und direkt als Stabsstelle dem Präsidium zugeordnet, die

Mediatorinnen arbeiten aber in gesicherter Unabhängigkeit.<sup>13</sup>

An die beiden Mediatorinnen *Mada Mevissen* und *Beatrice Wypych* herangetragen werden Konflikte zwischen Hierarchie-Ebenen ebenso wie innerhalb von Abteilungen und Teams. Veränderte Aufgaben und personeller Wechsel am Arbeitsplatz können ebenso zu eskalierenden Spannungen führen wie Überforderung, persönliche Aversionen oder Rivalitäten. Entwürdigendes und respektloses Verhalten wie Mobbing, Schikanen, Diskriminierungen und „sexual harassment“ oder „stalking“ sind häufig die Folge ungeklärter Konflikte. Bis einschließlich 2012 hat die Sozial- und Konfliktberatung der TUD 1500 Ratsuchende betreut. 2012 nahmen 180 Personen den Service in Anspruch, darunter ca. 10 bis 15% Professoren und knapp 30% Doktoranden. Die Zahl der Mediationen beläuft sich derzeit auf ein bis zwei im Monat. Die Mediatorinnen haben so gut zu tun, dass sie drei bis vier Wochen im Voraus ausgebucht sind.

Inzwischen gibt es ähnliche Einrichtungen wie die Sozial- und Konfliktberatungsstelle der TUD in zahlreichen öffentlich-rechtlichen Hochschulen, die sich freilich in ihrer Vielfalt erheblich unterscheiden. Umso verdienstvoller ist es, dass es die Autoren *Josef Hoormann* und *Alfons Matheis* in einer 2014 veröffentlichten Studie unternommen haben, im Zuge einer Bestandsaufnahme erstmals Ausmaß und Art des Konfliktmanagements an öffentlich-rechtlichen Hochschulen in der Bundesrepublik Deutschland zu erfassen.<sup>14</sup> Die Idee der Autoren ist – wie es im Vorwort heißt –, weitere Hochschulen zu motivieren, sich für ein Konfliktmanagement zu öffnen. Die Studie gibt nicht nur den einschlägigen Stand der Forschung wieder,<sup>15</sup> sondern skizziert auch ausgewählte Beispiele aus der Praxis des hochschulinternen Konfliktmanagements.<sup>16</sup> Hier wird u.a. näher auf die Aktivitäten an der TUD, aber auch auf die an der Hochschule für Angewandte Wissenschaften Hamburg, der Technischen Universität Ilmenau und an der Hochschule RheinMain in Wiesbaden eingegangen. In allen hier genannten

10 *Wagner*, Mediation in Behörden, NJW 2014, 1344.

11 Deutsche Forschungsgemeinschaft, Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis – Denkschrift; diese ist sowohl in der ersten (1998) als auch in der zweiten (Juli 2013), ergänzten Auflage im Internet verfügbar unter: <http://www.ombudsman-fuer-die-wissenschaft.de>, weitere Informationen; vgl. ferner das Positionspapier des Wissenschaftsrates „Empfehlungen zur Sicherung wissenschaftlicher Integrität“ v. 24.4.2015, unter <http://www.wissenschaftsrat.de>; siehe dazu Schmall, FAZ v. 27.4.2015, S. 2.

12 Vgl. hier und im Folgenden: <http://www.intern.tu-darmstadt.de/sokobe/> und die dort genannten Presseartikel. Siehe ferner den Vortrag von Mada Mevissen über die von ihr gesammelten Erfahrungen in der Sozial- und Konfliktberatung an der TUD im Rahmen des

vierten Netzwerktreffens „Konfliktmanagement und Mediation“ der HIS Hochschulentwicklung am 20.11.2013 in Hannover, unter: [http://www.his-he.de/veranstaltung/dokumentation/Netzwerktreffen\\_2013](http://www.his-he.de/veranstaltung/dokumentation/Netzwerktreffen_2013). Lesenswert sind auch weitere der im Rahmen dieser Netzwerktreffen gehaltenen und dokumentierten Referate, zB das beim 5. Treffen Mitte Dezember 2014 vorgetragene Referat von *Joachim Keplinger*, der sich u.a. zur innerbehördlichen Mediation in der Polizei Baden-Württembergs äußert.

13 Vgl. *Hoormann/Matheis* (Fn. 7), S. 56.

14 Vgl. zu dieser Studie *Knoke*, in: *duz* 10/2014, S. 26.

15 *Hoormann/Matheis* (Fn. 7), S. 43 ff. mwN., siehe auch das umfassende Literaturverzeichnis, S. 105 ff.

16 *Hoormann/Matheis* (Fn. 7), S. 50 ff.

Hochschulen sind ausgebildete Mediatorinnen bzw. Mediatoren tätig, allein an der zuletzt genannten Hochschule sind es sechs.

Von hohem Wert ist die Studie aber vor allem auch deshalb, weil sie sich auf umfassende empirische Erhebungen stützt.<sup>17</sup> Die Verfasser der Studie haben an 238 staatliche Hochschulen und zwei staatlich anerkannte (private) Fachhochschulen einen detaillierten Fragenbogen verschickt, der von 86 Hochschulen beantwortet wurde (40 Universitäten und 46 Fachhochschulen); die Rücklaufquote lag bei 35,8%. In knapp mehr als der Hälfte dieser Hochschulen gibt es Regeln für die Konfliktbearbeitung wie z.B. fixierte Vereinbarungen, informelle Absprachen oder Gewohnheiten, die in der Hochschule allgemeine Praxis sind. Auf die Frage nach der Form der Konfliktbearbeitung nennen knapp 43% der Hochschulen die Mediation; mehr als ein Viertel (26,7%) nehmen externe Hilfe in Anspruch.<sup>18</sup> Knapp mehr als die Hälfte (52,4%) schätzen die Konflikthäufigkeit an ihrer Hochschule als „mittel“ (mehrere Konflikte pro Monat) ein.<sup>19</sup>

Im Rahmen der empirischen Studie sind nicht nur quantitative Daten ausgewertet, sondern in ausgewählten Hochschulen auch persönliche Interviews mit den Akteuren der Konfliktberatungsstellen geführt worden.<sup>20</sup> In diesem Zusammenhang werden die Universitäten Mainz und Stuttgart sowie die Hochschulen Ostwestfalen Lippe und Harz genannt, in denen ausgebildete Mediatorinnen und Mediatoren Hilfe bei der internen Konfliktbearbeitung anbieten. Dass das auch für die TUD gilt, ist bereits dargelegt worden.<sup>21</sup>

### III. Bearbeitung spezifisch wissenschaftsbezogener Konflikte im Bereich der Forschung

#### 1. Grundlagen

Während noch vor ca. zwei Jahrzehnten die Hoffnung verbreitet war, dass es in den Hochschulen, in denen wis-

senschaftlich geforscht wird, so gut wie keine Konflikte gibt, jedenfalls keine, die Anlass geben könnten, ausreichende organisations- und verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu treffen, hat sich das im Jahr 1997 schlagartig geändert.<sup>22</sup> Seinerzeit verdichteten sich Hinweise auf massive Vorwürfe wissenschaftlichen Fehlverhaltens gegen zwei bis dahin renommierte Mediziner und Krebsforscher, nämlich *Friedhelm Herrmann* sowie seine ehemalige Kollegin und Lebensgefährtin *Marion Brach*. In einem Mitte des Jahres 2000 vorgelegten Abschlussbericht kam eine „Task Force F.H.“ zu dem Ergebnis, dass sich in 94 Veröffentlichungen, in denen *Herrmann* als Co-Autor genannt worden war, Hinweise auf Datenmanipulationen fänden.<sup>23</sup>

Dieser sogenannte „Sündenfall“<sup>24</sup> war für die Deutsche Forschungsgemeinschaft und andere Wissenschaftsorganisationen Anlass, die Initiative zu ergreifen und auf grundlegende Änderungen zu dringen. Während in den letzten 10 Jahren vor 1997 lediglich in sechs Fällen Ad-hoc-Kommissionen gebildet worden waren, haben Universitäten und Forschungseinrichtungen die in einer 1998 beschlossenen Musterverfahrensordnung der Hochschulrektorenkonferenz<sup>25</sup> empfohlenen Änderungen aufgegriffen und – inzwischen auch fortgeschrieben – Regeln zur Sicherung der Selbstverantwortung in der Forschung und zum Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten verabschiedet. Vorgesehen sind nunmehr in den Hochschulen ständige zentrale Institutionen, nämlich sowohl Ombudspersonen als auch Untersuchungskommissionen. Darüber hinaus hat die DFG ein – aus drei Wissenschaftlern bestehendes – Beratungs- und Vermittlungs-Gremium, den „Ombudsman für die Wissenschaft“ eingerichtet.<sup>26</sup>

Eine wesentliche Ursache dafür, dass es im Interesse der Redlichkeit in der Wissenschaft zwingend geboten war, elementare Grundlagen für ein Konfliktmanagement zu normieren, sind fundamentale Strukturverän-

17 Vgl. hier und im Folgenden *Hoormann/Matheis* (Fn. 7), S. 59 ff.

18 *Hoormann/Matheis* (Fn. 7), S. 67.

19 *Hoormann/Matheis* (Fn. 7), S. 74.

20 *Hoormann/Matheis* (Fn. 7), S. 90 ff., 111 ff.

21 Siehe oben bei Fn. 12 ff.

22 Vgl. hier und im Folgenden DFG-Denkschrift, 2. Aufl. (Fn. 11), S. 8, 13 f.; *Apel*, Verfahren und Institutionen zum Umgang mit Fällen wissenschaftlichen Fehlverhaltens, 2009, S. 313; *Hüttemann*, Selbstkontrolle in der Wissenschaft, F&L 2011, 80; *Schiffers*, Ombudsman und Kommission zur Aufklärung wissenschaftlichen Fehlverhaltens an staatlichen Hochschulen, 2012, S. 17 ff.; *von Bargaen*, Wissenschaftliche Redlichkeit und zentrales hochschulinternes Verfahrensrecht, JZ 2013, 716 f.

23 Vgl. *Koenig*, Panel Calls Falsification in German Case 'Unprecedented', *Science* 277, 894.

24 *Finetti/Himmelrath*, Der Sündenfall. Betrug und Fälschung in der deutschen Wissenschaft, 1999.

25 HRK-Beschluss v. 6.7.1998 „Zum Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten in den Hochschulen“, <http://www.hrk.de>, Beschlüsse; siehe dort auch die überarbeitete und präzierte Fassung v. 14.5.2013.

26 DFG-Denkschrift, 2. Aufl. (Fn. 11), S. 35 ff.; sowie unter: <http://www.ombudsman-fuer-die-wissenschaft.de>.

derungen des internationalen Wissenschaftssystems,<sup>27</sup> die hier nur mit ein paar Stichworten skizziert werden können. Charakteristisch ist ein zunehmender internationalisierter Wettbewerb zwischen Forschergruppen, bei dem sich keineswegs alle Beteiligten ausschließlich fair verhalten, und der auch in ruinöse Formen ausarten kann („cut throat competition“). Immer schwerer zu kontrollieren ist eine wachsende Beschleunigung des Forschungsprozesses, die u.a. einen steigenden Veröffentlichungsdruck bewirkt. Konkurrenzdenken und Profilierungszwänge werden zunehmend selbstverständlicher. Das nie endende Ringen um Stellen und Fördermittel prägt den Alltag des Wissenschaftlers, dessen Leistungskraft an quantifizierenden Kennzahlen wie Drittmittel, Promotionen und Publikationen gemessen wird.

Die Folge ist, dass sich eine Tendenz hin zu einer ungesunden, verkrampften Kommunikationskultur und zur Entsolidarisierung entwickelt.<sup>28</sup> Coach- und Teamfähigkeit haben keinen hohen Stellenwert. Die offene Austragung von Konflikten oder die Einbeziehung Dritter werden aus Sorge vor einer Skandalisierung vermieden. Umso häufiger findet die Kommunikation mit Dritten einseitig „hinter vorgehaltener Hand“ statt. Positive Ergebnisse werden überbetont, negative verschwiegen oder kleingeredet. Eigene Fehler werden eher selten thematisiert, Anderen Fehler vorzuhalten, gilt als Affront. Zu den Ursachen, die ein Gegensteuern zwingend geboten haben und noch heute bieten, zählt freilich auch, dass die früher geschätzten Kontrollinstrumente „peer review“ und „replication“ erheblich an Effektivität verloren haben und mehr denn je überschätzt werden. Der in den Niederlanden lehrende deutsche Sozialpsychologe

Wolfgang Stroebe und sein Team haben sie in ihrer 2012 erschienenen Studie zum Mythos erklärt.<sup>29</sup> Eine Forschergruppe um den an der Universität Seattle lehrenden Wissenschaftler Ferric C. Fang hat in einer ebenfalls 2012 veröffentlichten Untersuchung nachgewiesen, dass nicht nur die Zahl zurückgezogener Artikel rasant steigt, sondern auch, dass – anders als bisher angenommen – die meisten Rücknahmen keineswegs die Folge bloßer Irrtümer sind.<sup>30</sup> Vielmehr beruhen ca. 67 % der Rücknahmen auf wissenschaftlichem Fehlverhalten, am häufigsten darunter mit 43 % Fälschungen bzw. Fälschungsverdachtsfälle. Der Göttinger Biochemiker Cornelius Frömmel nennt in einem Beitrag in der „Zeit“ mehrere geradezu haarsträubende Beispiele und Ergebnisse von Studien.<sup>31</sup>

Der Zufall wollte es, dass unmittelbar vor dem „Umschalt“-Jahr 1997 ein richtungweisendes Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zu der in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ohne Gesetzesvorbehalt garantierten Wissenschaftsfreiheit ergangen war, die auch die Freiheit von Forschung und Lehre einschließt.<sup>32</sup> Um zu verhindern, dass Universitätsgremien in unkonventionelle Einfälle und Vorhaben eingreifen, wird jeder wissenschaftlich Tätige umfassend geschützt, und er hat es weitgehend selbst in der Hand, sich diesen Schutz zu erhalten: Das BVerwG schließt sich der Rechtsprechung des BVerfG im Hochschulreform-Urteil an, nach der „alles, was nach Inhalt und Form als ernsthafter, planmäßiger Versuch zur Ermittlung von Wahrheit anzusehen ist“, als wissenschaftliche Tätigkeit gilt.<sup>33</sup> Zwar sei es Aufgabe der Hochschulen, konkreten Anhaltspunkten für einen Missbrauch der Forschungsfreiheit nachzugehen. Voraussetzung seien aber „schwerwiegende Vorwürfe“. Dass die Miss-

27 Vgl. hier und im Folgenden Schulze-Fielitz, Reaktionsmöglichkeiten des Rechts auf wissenschaftliches Fehlverhalten, in: *WissR*, Beiheft 21 (2012), 1 ff.; *ders.*, Rechtliche Rahmenbedingungen von Ombuds- und Untersuchungsverfahren zur Aufklärung wissenschaftlichen Fehlverhaltens, in: *WissR* 2004, 122; *Fohrmann*, Zur Unverwechselbarkeit verpflichtet, siehe unter: <http://www.ombudsman-fuer-die-wissenschaft.de>, weitere Informationen; aufschlussreich ist auch das Interview mit dem Jenaer Soziologen *Hartmut Rosa*, in: *Die Zeit*, Nr. 45 v. 3.11.2011: „Jeden Tag schuldig ins Bett – Das Hamsterrad für Professoren dreht sich immer schneller, teils mit ruinösen Folgen für die Menschen und die Forschung“; vgl. ferner: *Die Zeit* Nr. 24 v. 11.6.2015, S. 59 ff. („Professoren protestieren gegen die Uni“).

28 Vgl. hier und im Folgenden *Baum*, Whistleblowing in der Wissenschaft, in: *F&L* 2012, 38 ff. Christopher Baum war in der Medizinischen Hochschule Hannover Ombudsman und ist seit 1.4.2013 ihr Präsident.

29 *Stroebe/Postmes/Sparks*, Scientific Misconduct and the Myth of Self-Correction in Science, in: *APS* 2012, 670 ff.

30 *Fang/Stein/Casadevall*, Misconduct accounts for the majority of

retracted scientific publications in: *PNAS*, Bd. 109 (2012), 17028 ff.

31 *Frömmel*, Bitte nur die ganze Wahrheit, in: *Die Zeit* v. 24.7.2014, Nr. 31, S. 31.

32 Urt. v. 11.12.1996, BVerwGE 102, 104; der Kläger, Wolfgang Lohmann, Biophysik-Professor der Universität Gießen, gegen den Fälschungsvorwürfe erhoben worden waren, hatte mit seiner Klage in allen drei Instanzen Erfolg. Das BVerfG hat die Verfassungsbeschwerde der Universität nicht zur Entscheidung angenommen: BVerfG, Beschl. v. 8.8.2000, NJW 2000, S. 3635; vgl. auch die DFG-Denkschrift, 2. Aufl. (Fn. 11), S. 26 f. Siehe hier und im Folgenden ferner von *Bargen* (Fn. 22), in: *JZ* 2013, 717 ff. Anders als Wolfgang Lohmann hatte der Physiker Jan Hendrik Schön, dem der Doktorgrad wegen wissenschaftlichen Fehlverhaltens entzogen worden war, mit seiner Klage letztlich keinen Erfolg, vgl. BVerwG, Urt. v. 31.7.2013, BVerwGE 147, 292 und BVerfG, Beschl. v. 3.9.2014, NVwZ 2014, 1571; vgl. dazu von *Bargen*, Der Entzug des redlich erworbenen Doktorgrades, in: *JZ* 2015, 819 ff.

33 Urt. v. 29.5.1973, BVerfGE 35, 79, 113.

brauchsgrenze vom Kläger „zweifelsfrei“ überschritten worden sei, habe die Ad-hoc-Kommission in dem von ihr beurteilten Fall nicht feststellen können.

Das Bundesverwaltungsgericht weist in seinem Urteil darauf hin, dass das hochschulinterne Verfahren der wissenschaftlichen Selbstkontrolle normativ geregelt werden sollte, und es regt an, es am förmlichen Disziplinarverfahren zu orientieren. Letzterem ist mit überzeugenden Gründen widersprochen worden.<sup>34</sup> Nicht der Typ des streng formalisierten, kontradiktorischen Disziplinarverfahrens könne als Leitbild dienen, sondern das der Wissenschaft als kommunikativem Prozess gemäße, weitgehend auf Kooperation aller Beteiligten angelegte Verfahren des Diskurses. Daran haben sich die Hochschulen bei der Umsetzung der HRK-MusterVerfO<sup>35</sup> orientiert, wenn auch die Ausgestaltung im Detail höchst unterschiedlich ausgefallen ist. Als Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der wissenschaftseigenen Klärungsverfahren dient in acht Bundesländern unmittelbar Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG, in den übrigen acht Bundesländern sind die Hochschulgesetze ergänzt, alle wissenschaftlich Tätigen zu wissenschaftlicher Redlichkeit verpflichtet und die Hochschulen zum Erlass entsprechender Regeln ermächtigt worden.<sup>36</sup> Vieles spricht dafür, dass dadurch die wissenschaftliche Selbstkontrolle nachhaltiger legitimiert, der rechtliche Rahmen sicherer gestaltet, insbesondere aber das Klärungsverfahren in der Praxis ernster genommen wird. War auch in den ersten nach 1998 erlassenen Ordnungen die gebotene Form einer Satzung nicht die Regel, so ist das inzwischen der Fall.<sup>37</sup>

## 2. Ombudspersonen

### a) Funktion

Die Bestellung, die Amtszeit, die Zahl, der Status und der fachliche Hintergrund der Ombudspersonen<sup>38</sup> sind in

den einschlägigen Satzungen von Hochschule zu Hochschule anders geregelt. Nicht einmal die Bezeichnung ist einheitlich, vor allem sind auch ihre Kompetenzen unterschiedlich ausgestaltet. Ganz überwiegend übernommen wird freilich die Empfehlung der HRK-MusterVerfO,<sup>39</sup> sowohl denen, die Vorwürfe wissenschaftlichen Fehlverhaltens vorzubringen haben, als auch denen, die sich dem Verdacht wissenschaftlichen Fehlverhaltens ausgesetzt sehen, als „Ansprechpartner“, als „Vertrauensperson“ zur Verfügung zu stehen. Übernommen wird darüber hinaus häufig der Vorschlag, dass die Ombudspersonen von sich aus Hinweise aufzugreifen haben, die ihnen (ggf. über Dritte, insbesondere sog. „Whistleblower“) zur Kenntnis kommen. Und auch die Anregung, dass es zu den Aufgaben der Ombudspersonen gehöre, Vorwürfe unter Plausibilitäts Gesichtspunkten auf Konkretheit und Bedeutung zu prüfen, findet sich in einer Reihe von Satzungen wieder.

Weniger selbstverständlich ist, dass die Hochschulen in ihren Redlichkeitssatzungen den letzten Teil des Absatzes 1 (C. II.) aufgreifen, in dem die Empfehlungen der HRK-MusterVerfO formuliert sind.<sup>40</sup> Dort heißt es, dass sich die Prüfung auch „auf mögliche Motive und im Hinblick auf Möglichkeiten der Ausräumung der Vorwürfe“ erstrecken sollte. Berücksichtigung findet diese Empfehlung etwa in den Satzungen der Universitäten Hamburg,<sup>41</sup> Göttingen,<sup>42</sup> Bayreuth<sup>43</sup> und Köln<sup>44</sup>. Gerade die beiden zuerst genannten Universitäten messen der Ombudsfunktion erhebliche Relevanz bei. Das kommt z.B. darin zum Ausdruck, wie eingehend sie geregelt wird, aber auch durch die Zahl der Personen, die diese Funktion wahrnehmen. In der Göttinger Satzung sind es für den gesamten Universitätsbereich mit Ausnahme der Medizin drei und speziell für die Medizin noch einmal fünf, die jeweils einzeln, aber ggf. auch als Kollegialorgan tätig werden. Vor allem aber zählt in beiden Satzungen auch zu den Aufgaben der Ombudspersonen, „zwischen

34 Vgl. *Schmidt-Aßmann*, Fehlverhalten in der Forschung – Reaktionen des Rechts, in: NVwZ 1998, 1231 ff.; *Apel* (Fn. 22), S. 306 ff., 309 f.; *Schulze-Fielitz* (Fn. 27), in: *WissR*, Beiheft 21 (2012), 51 f.

35 Siehe oben Fn. 25.

36 Vgl. *von Barga* (Fn. 22), in: JZ 2013, 718 m. Fn. 46; sowie *Löwer*, Regeln guter wissenschaftlicher Praxis zwischen Ethik und Hochschulrecht, in: Dreier/Ohly (Hrsg.), *Plagiate*, 2013, S. 51, 55 f.

37 Vgl. *Schulze-Fielitz* (Fn. 27), in: *WissR*, Beiheft 21 (2012), 38; *Schiffers* (Fn. 22), S. 78 ff., 87 ff.; eine Zusammenstellung von in den Hochschulen erlassenen Redlichkeits-Ordnungen findet sich bei *Apel* (Fn. 22), S. 335 ff. Sie ist freilich nicht mehr auf dem neuesten Stand.

38 Vgl. in diesem Zusammenhang eingehend *Schiffers* (Fn. 22), S. 25 ff., 170 ff.

39 HRK-MusterVerfO (Fn. 25) unter C. II.: „Ombudsmann“, hier: Abs. 1.

40 Siehe Fn. 39.

41 Satzung „zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis und zur Vermeidung wissenschaftlichen Fehlverhaltens an der Universität Hamburg“ v. 15.5.2014, siehe unter: <http://www.uni-hamburg.de>, §§ 6 f. und insbesondere § 7 Abs. 3.

42 Ordnung der Göttinger Universität „zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“ v. 12.12.2012, siehe unter: <http://www.uni-goettingen.de>, §§ 7 f., 10 f.

43 Satzung „zur Sicherung der Standards guter wissenschaftlicher Praxis und zum Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten“ v. 10.5.2012, siehe unter: <http://www.uni-bayreuth.de>, § 6 Abs. 2.

44 Ordnung „zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis und zum Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten“ v. 22.7.2011, siehe unter: <http://www.uni-koeln.de>, § 11.

den Verfahrensbeteiligten zu vermitteln, soweit dies möglich und sachlich gerechtfertigt ist“.<sup>45</sup>

Die HRK hat ihre Empfehlungen in der MusterVerfO v. 6.7.1998<sup>46</sup> durch Beschluss v. 14.5.2013 noch einmal überarbeitet und präzisiert.<sup>47</sup> Die Überschrift unter C. II. lautet nun – anders als bisher – nicht mehr „Ombudsmann“, sondern „Ombudssystem an den Hochschulen“. Ausgeführt wird sodann, dass sich zur Sicherung der guten wissenschaftlichen Praxis im deutschen Wissenschaftssystem ein System der Selbstkontrolle (Ombudsmann) etabliert habe. Hochschulen sollten „unabhängige Ombudspersonen“ haben (empfehlenswert sei ein aus mindestens drei Personen bestehendes Ombudsgremium an jeder Hochschule), an die sich ihre Mitglieder in Fragen guter wissenschaftlicher Praxis und in Fragen vermuteten Fehlverhaltens wenden könnten („Prävention und Mediation“). Die Hochschulen hätten Sorge dafür zu tragen, dass die Ombudspersonen in ihre Arbeit „bestmöglich eingeführt“ würden und dass sie in der Einrichtung bekannt seien.

Wie der Hinweis auf die „Mediation“ gemeint ist, lässt sich wohl nicht anders verstehen, als dass die Mitglieder der Hochschule die Möglichkeit haben sollten, sich mit dem Anliegen an die Ombudspersonen – als „Vertrauenspersonen“<sup>48</sup> – wenden zu können, die ihnen – den Hochschul-Mitgliedern – zur Lösung ihres Konflikts ggf. eine Mediation oder zumindest ein sachorientiertes Konfliktmanagement unter Einsatz mediativer Elemente – z.B. Aktives Zuhören und Paraphrasieren, Fragetechniken, Reframing, professioneller Umgang mit Kommunikationsstörungen und Emotionen – anbieten.<sup>49</sup> Darauf deutet hin, wenn die HRK im selben Satz, in dem sie von „Mediation“ spricht, davon ausgeht, dass die Hochschulen die Unabhängigkeit der Ombudspersonen sichern, die Voraussetzung dafür ist, Beteiligte durch das – vertrauliche – Verfahren einer Mediation zu führen.<sup>50</sup> Offenbar sieht die HRK in diesem durchdachten Verfahren eine Chance, in geeigneten Fällen zu einem frühen Zeitpunkt mit allen Beteiligten eine interessengerechte, für alle befriedigende, nachhaltige Lösung zu erarbeiten und so vor allem auch in Zukunft eine störungs-

freie Kooperation etwa in derselben Forschergruppe zu ermöglichen. Das hätte besondere Bedeutung gerade dann, wenn die Konfliktbeteiligten – wie das in Hochschulen häufig der Fall sein dürfte – in wechselseitiger Abhängigkeit stehen. Ein solches Vorgehen würde im Übrigen nicht nur die Redlichkeitskommission entlasten, deren Verfahren in aller Regel mit größerem Aufwand verbunden sein dürfte, sondern es wäre auch für die Betroffenen weniger belastend.

b) „bestmöglich eingeführt“

Würde von den Hochschulen die aktualisierte Empfehlung zu den Aufgaben der Ombudspersonen im Beschluss der HRK vom 14.5.2013 (unter II. 1., Abs. 1)<sup>51</sup> aufgegriffen, dann hätten die Hochschulen freilich auch den letzten Satz des oben wiedergegebenen Absatzes zu beachten, in dem es heißt, sie hätten Sorge dafür zu tragen, „dass die Ombudspersonen in ihre Arbeit bestmöglich eingeführt“ würden. Damit kann nur das Angebot einer optimalen Schulung gemeint sein, und das hieße in erster Linie, Ombudspersonen die Gelegenheit einer Mediationsausbildung zu bieten. Eine solche Ausbildung ist in zahlreichen Hochschulen selbst möglich.<sup>52</sup>

Eine auf die Ombudspersonen zugeschnittene Einführung in ihre Arbeit – wenn auch keine Mediationsausbildung – bietet das Zentrum für Wissenschaftsmanagement in Zusammenarbeit mit der Deutschen Forschungsgemeinschaft. Seit Dezember 2012 werden im Rahmen eines Weiterbildungsprogramms Workshops speziell zu dem Thema „Mediation und Konfliktmanagement für Ombudspersonen“<sup>53</sup> veranstaltet. An zwei Tagen erörtern zwei Dozentinnen mit den Teilnehmerinnen und Teilnehmern Rolle und Aufgaben der Ombudspersonen, das Verfahren und die Rahmenbedingungen. Vorgestellt werden ua das Verfahren der Mediation, Kommunikationstechniken, ein idealtypischer Gesprächsaufbau und Techniken zum Umgang mit Emotionen. Vor allem aber werden in Rollenspielen exemplarische Fälle aus dem umfassenden Spektrum der Konflikte<sup>54</sup> bearbeitet, die an die Ombudspersonen herangetragen werden könnten. Ziel dieser Workshops ist

45 So ist es in der Göttinger Satzung geregelt, vgl. Fn. 42. Die Regelung in der Hamburger Satzung lautet: Die Ombudspersonen „beraten die Beteiligten und vermitteln zwischen ihnen mit dem Ziel, Konflikte so weit wie möglich gütlich beizulegen“, vgl. Fn. 41.

46 Vgl. Fn. 25.

47 Siehe unter: <http://www.hrk.de>, Beschlüsse, Beschluss v. 14.5.2013 unter II. 1.

48 Siehe nach Fn. 39.

49 Vgl. Handbuch Mediation (Fn. 5), §§ 14 und 16.

50 Vgl. § 1 Abs. 2 MediationsG, vgl. Fn. 1; siehe auch unter II. 1. Abs. 3 des HRK-Beschlusses v. 14.5.2013 (Fn. 47).

51 Vgl. Fn. 47.

52 Eine aktuelle Übersicht der Hochschulen, die eine Mediationsausbildung anbieten, findet sich unter:

<https://www.mediationaktuell.de/news/mediation-auf-suchenausbildungsangeboten-hochschulen>.

53 <http://www.zwm-speyer.de>; die DFG übernimmt für die Beteiligten aus ihren Mitgliedseinrichtungen die Tagungsgebühren, lediglich für die Verpflegung und eine Übernachtung wird ein Eigenbeitrag erhoben.

54 Vgl. die hilfreiche – auf den Jahrbüchern des DFG-Ombudsgremiums für die Wissenschaft (Fn. 26) basierende – empirische Bestandsaufnahme v. Schulze-Fielitz (Fn. 27), in: *WissR*, Beiheft 21 (2012), 10 ff.

auch, ein Netzwerk unter den Beteiligten aufzubauen, das dazu dient, Erfahrungen auszutauschen, sich mit Rat zu Seite zu stehen und zu informieren.

Auf höherer Ebene bietet das DFG-Ombudsgremium für die Wissenschaft ebenfalls seine Hilfe an. Auf der Homepage steht dafür ein Anfrageformular zur Verfügung. Darüber hinaus wird dort eine Liste aller Ombudspersonen an deutschen Hochschulen und Forschungseinrichtungen geführt, aber auch eine Fülle hilfreicher Materialien angeboten. Ertragreich sind schließlich die vom DFG-Ombudsgremium für Ombudspersonen veranstalteten Tagungen, bei denen diese ausgiebig Gelegenheit haben, den eigenen Horizont zu erweitern. Das gilt nicht zuletzt insoweit, als bei diesen Tagungen auch von Ombudspersonen Erfahrungsberichte vorgetragen werden.<sup>55</sup>

Unterbleibt die von der HRK empfohlene „bestmögliche“ Einführung<sup>56</sup> der Ombudspersonen in ihr Amt, sind diese bei der Wahrnehmung ihrer Aufgabe rasch überfordert. Dabei kann es nicht nur misslich sein, wenn sie ihre Möglichkeiten unterschätzen, sondern auch, wenn sie sich zu viel zutrauen. Nicht in jedem Konflikt, in dem die Kommunikation zwischen emotional hoch erregten oder verstockt uneinsichtigen Beteiligten tiefgreifend gestört ist, sollte allein schon deshalb der Versuch einer gütlichen Streitbeilegung unterbleiben. Andererseits könnte genau das der Fall sein, wenn ein Konflikt bereits eine Eskalationsstufe erreicht hat, auf der nur noch ein Machteingriff, z.B. die Entscheidung eines Gerichts, den Konflikt beenden kann, weil weder z.B. eine Moderation noch selbst eine Mediation – wenn sich die Beteiligten überhaupt auf sie einlassen – Aussicht auf Erfolg verspricht. Um Anhaltspunkte dafür zu gewinnen, auf welcher Eskalationsstufe der Konflikt einzuordnen ist, hat *Friedrich Glasl* ein neunstufiges Modell der Eskalation entwickelt,<sup>57</sup> das in einer Abwärtsbewegung von einer bloßen Verhärtung der Standpunkte (Stufe 1) bis hin zur Vernichtung des „Feindes“ auch um den Preis der Selbstvernichtung (Stufe 9: „Gemeinsam in den Abgrund“) reicht. Bis zur Eskalationsstufe 3 genügt in der Regel eine bloße Moderation, eine Mediation kommt maximal bis Stufe 7 in Betracht.<sup>58</sup>

### c) Beispiele

Die Möglichkeiten und Grenzen einer konsensualen Konfliktlösung sollen im Folgenden noch einmal anhand von zwei Beispielen erläutert werden:

Der Studierende *S* nahm zu Beginn seines Germanistik-Studiums an einem von Professor *P* veranstalteten Seminar mit dem Thema „Die Funktion der Sprache in der Kommunikation Jugendlicher“ teil. Er schrieb eine Arbeit, für die er Protokolle von 120 Chat-Kontakten zwischen seinen Mitschülerinnen und Mitschülern und ihm selbst in anonymisierter Form verwertete. Diese hatte er während seiner gesamten Schulzeit gesammelt. *P* war von der Arbeit außerordentlich angetan. Er lobte *S* und bat ihn, die nicht anonymisierten Chat-Protokolle im Original einsehen zu dürfen. *S* freute sich über das Lob und leitete *P* die Original-Protokolle zu. Weitere Verabredungen wurden nicht getroffen.

Gegen Ende seines Studiums erfährt *S* von *M*, einem Mitarbeiter *P*'s, dass er – *M* – gerade die Druckfahnen eines von *P* für eine Zeitschrift verfassten Beitrages lese. *P* stütze sich in dem Beitrag auf die von *S* gesammelten Chat-Protokolle und verwende sie in nicht anonymisierter Form. *S* ist empört und bittet *P* um ein Gespräch, in dem er *P* vorwirft, ihn hintergangen zu haben. Er sei mit der Veröffentlichung keinesfalls einverstanden. *P* reagiert verärgert und beharrt darauf, das es sein – *P*'s – gutes Recht sei, Materialien in Veröffentlichungen zu verwerten, die in ein von ihm veranstaltetes Seminar eingebracht worden seien. Die nicht anonymisierte Fassung der Chat-Protokolle wirke authentischer. *S* wendet sich an die Ombudsperson, die *S* und *P* zu einem Gespräch einlädt.

Wie geht die Ombudsperson mit diesem Konflikt um? Denkbar wäre, dass sie – wenn sich der Sachverhalt in dem Gespräch zu Dritt nicht vollkommen anders darstellt, Anhaltspunkte für ein Fehlverhalten *P*'s bejaht.<sup>59</sup> Dafür spricht, dass *P*'s Standpunkt, er könne alle in seine Lehrveranstaltungen eingebrachten Materialien der Studierenden auch ohne Einverständnis für eigene Veröffentlichungen verwerten, nicht haltbar sein dürfte. Hinzu kommt aber hier, dass *S* die Chat-Protokolle in seiner

55 Siehe unter Fn. 26. Die letzte Tagung am 21. und 22.5.2015 stand unter dem Generalthema: „Gefährdete Wissenschaft? – Regeln guter wissenschaftlicher Praxis als Beitrag zur Qualitätssicherung“.

56 Vgl. Fn. 47.

57 *Glasl*, Konfliktmanagement, 11. Aufl. 2013; eingehende Erläuterungen des Modells und der einzelnen Stufen finden sich ab S. 199 ff. und insbesondere ab S. 235 ff.

58 Vgl. in diesem Zusammenhang detailliert: *Glasl* (Fn. 57), S. 395 ff.

59 Vgl. in diesem Zusammenhang: *Schulze-Fielitz* (Fn. 27), in: *WissR*, Beiheft 21 (2012), S. 18; *Apel* (Fn. 22), S. 385. Vgl. zum Fall eines Professors der Universität Bonn, der die Staatsexamensarbeit einer Studentin unter seinem Namen veröffentlicht hat, den Beschluss des OVG NRW v. 19.12.2008 - 6 B 1607/08 – juris; und dazu *Schmoll*, *FAZ* v. 11.12.2012.

Arbeit nur anonymisiert verwendet hat. Dass *P*'s Bitte, ihm Einsicht in die Original-Protokolle zu gewähren, *P* nicht das Recht gibt, sie in dieser Form in einer Publikation zu verwerten, liegt auf der Hand.

Die Ombudsperson könnte *S* und *P* deshalb beim Abschluss des Gesprächs darauf hinweisen, dass sie selbst die Redlichkeitskommission informieren werde. Sie könnte freilich insoweit auch *S* die Initiative überlassen. Käme die Redlichkeitskommission im Rahmen ihres Verfahrens ebenfalls zum Ergebnis, dass die Verwertung der nicht anonymisierten Chat-Protokolle als ein Fehlverhalten *P*'s zu werten sei, würde sie die Leitungsebene der Hochschule von ihrem Befund in Kenntnis setzen, und diese hätte zu entscheiden, ob eine Sanktion in Betracht käme und ggf. welche.

Denkbar wäre indes auch, dass die Ombudsperson den Konflikt – und das liegt durchaus nahe – noch nicht einer Eskalationsstufe zuordnet, auf der eine gütliche Einigung offensichtlich aussichtslos ist. Beim sachorientierten Durcharbeiten des Konflikts, bei dem es darum geht, die sich blockierenden Positionen (keine Veröffentlichung – Veröffentlichung) zu hinterfragen und die Interessen bzw. persönlichen Anliegen zu ermitteln, um Einigungsräume zu öffnen, könnte sich ergeben, dass *S* gar nichts gegen die Veröffentlichung als solche hat, dass sich sein Widerstand lediglich gegen die nicht anonymisierte Verwendung der Chat-Protokolle richtet, weil es in ihnen um höchst private Inhalte geht und eine Veröffentlichung seine Mitschülerinnen und Mitschüler und ihn – *S* – bloßstellen würde. *P* wiederum könnte zu der Einsicht kommen, dass ihm die Veröffentlichung des Beitrages als solche erheblich wichtiger sei, als die Verwendung der nicht anonymisierten Fassung, dass er aber auch nachvollziehen könne, wie viel *S* an der anonymisierten Veröffentlichung liege, und dass er *S* in jedem Fall hätte Gelegenheit geben müssen, sich zu der geplanten Veröffentlichung in der nicht anonymisierten Form zu äußern. Ergebnis könnte eine Vereinbarung sein, in der *S* der Veröffentlichung in anonymisierter Form zustimmt, *P* eine Anonymisierung in den Fahnen zusagt, diese *S* zur Kenntnis gibt und sich dafür entschuldigt, ihn nicht über seine Pläne informiert zu haben.

Das zweite Beispiel ist einem Fall nachgebildet, der sich in der Yale University zugetragen hat. Über ihn wurde in der Süddeutschen Zeitung mit der Überschrift „Fische vergiften im Labor“<sup>60</sup> berichtet. *A* war Postdoc-Wissenschaftlerin im Institut für Entwicklungsbiologie

der Universität *U*. Sie arbeitete gemeinsam in einer Forschergruppe mit anderen Postdocs an einem Projekt, für das in einem arbeits- und zeitaufwändigen Verfahren transgene Zebrafische zu züchten waren. Nach einigen Monaten musste *A* feststellen, dass nach und nach alle von ihr gezüchteten Fische starben, während die Zuchtbemühungen ihrer Kolleginnen und Kollegen ausnahmslos Erfolg hatten. *A* züchtete nunmehr eine neue Charge transgener Zebrafische und teilte sie in zwei Gruppen ein. Die eine Gruppe setzte sie in einen Behälter, den sie – wie üblich – mit ihren Initialen kennzeichnete. Dieser wurde mit einer versteckten Kamera überwacht. Den anderen Behälter markierte sie nicht. Nur die Fische in dem mit *A*'s Initialen gekennzeichneten Behälter starben. Die Überwachung ergab zweifelsfrei die Identität des Täters; *B*, ein anderer Postdoc derselben Forschergruppe, hatte zum zweiten Mal die Fische mit Ethanol vergiftet.

Würde sich *A* an die Ombudsperson wenden und ihr mit der Bitte um Rat den Sachverhalt vortragen, könnte diese zwar *B* um eine Stellungnahme bitten, ob aber die Anregung eines gemeinsamen Gesprächs mit dem Ziel des Versuchs einer gütlichen Einigung empfehlenswert wäre, erscheint fraglich. Alles spricht dafür, dass ein evidentere Fall wissenschaftlichen Fehlverhaltens in der Form eines – eher seltenen – Sabotageaktes<sup>61</sup> vorliegt, der sich sogar wiederholt hat. Hier dürfte eine Eskalationsstufe erreicht sein, die einer konsensualen Konfliktlösung entgegensteht. Es bleibt daher nur ein Machteinriff. Auf Initiative der Ombudsperson oder *A*'s wird die Redlichkeitskommission ein Verfahren einleiten und die Hochschulleitung auf der Grundlage des Verfahrensergebnisses über eine Sanktion entscheiden, die *B* gerichtlich überprüfen lassen kann.

### 3. Untersuchungskommissionen

Auch die in der HRK-MusterVerfO vorgesehenen Untersuchungskommissionen<sup>62</sup> haben die Hochschulen in ihre Redlichkeitssatzungen als Institution übernommen, aber ebenso wie die Institution der Ombudspersonen im Detail unterschiedlich ausgestaltet. Die HRK-MusterVerfO sieht vor, die Kommission „etwa“ mit drei oder fünf erfahrenen Professoren der eigenen Hochschule zu besetzen oder mit drei Professoren und zwei externen Mitgliedern, von denen eines die Befähigung zum Richteramt oder „Erfahrungen mit außergerichtlichen Schlichtungen hat“. Aufgabe der Kommission ist die

60 SZ v. 10.3.2014; vgl. in diesem Zusammenhang nach Fn. 27.

61 Vgl. zu dieser Form des Fehlverhaltens *Schulze-Fielitz* (Fn. 27), in: *WissR*, Beiheft 21 (2012), 13; *Apel* (Fn. 22), S. 386.

62 Fn. 25, siehe unter C. III.

„Förmliche Untersuchung“, in der die Kommission in nichtöffentlicher mündlicher Verhandlung berät.<sup>63</sup> Zu dieser können weitere Mitglieder – wie z.B. „Schlichtungsberater“ – mit beratender Stimme hinzugezogen werden. Hält die Kommission – so die Vorgabe der HRK-MusterVerfO – ein Fehlverhalten für *nicht* erwiesen, wird das Verfahren eingestellt. Hält sie es für *erwiesen*, legt sie das Ergebnis ihrer Untersuchung der Hochschulleitung mit einem Vorschlag zum weiteren Verfahren und zur weiteren Veranlassung vor.

Schon die Vorschläge der HRK-MusterVerfO zur Besetzung lassen erkennen, dass auch das Bemühen um eine gütliche Einigung zu den Aufgaben der Kommissionen gehört. Das wird in der DFG-Denkschrift eingehend dargelegt und als Vorzug der „institutionsinternen Verfahren“ gewürdigt.<sup>64</sup> Interne Regelungen könnten je nach Art und Schwere des Fehlverhaltens Wege zu einvernehmlichen Lösungen vorzeichnen. Diese hätten allgemein den Vorteil, dass sie Verfahren auf der Basis einer Einigung, also ohne streitentscheidendes Urteil eines Dritten, zügig beendeten. Dadurch hätte das Verhältnis der Beteiligten für die Zukunft eine Chance. Der oft auf Dauer angelegte Charakter von Arbeits- und Dienstverhältnissen lege ein solches Verfahren in vielen Fällen nahe, wie die gesetzlich vorgesehene Güteverhandlung im arbeitsgerichtlichen Prozess<sup>65</sup> zeige. Eine Verfahrensbeilegung auf der Basis einer Einigung habe Potenzial zur Befriedung und könne unter Umständen dem Einzelfall besser gerecht werden als ein Urteil auf der Grundlage abstrakt gefasster Tatbestände und Rechtsfolgen. Gleichzeitig dürfe diese Flexibilität aber nicht zur persönlichen Bevorzugung führen oder dazu, dass Vorwürfe ungeklärt unter den Teppich gefegt würden.

Obwohl es der DFG und ihr folgend der HRK ersichtlich darum ging, das Verfahren der Untersuchungskommissionen als der „Wissenschaft gewidmete Wahrheitskommissionen“<sup>66</sup> lediglich hochschulintern auszugestalten, d.h. so, dass es ausschließlich der Beratung der Hochschulleitung durch ein sachverständiges Votum zu wissenschaftlichen Fragen dient und keine Außenwir-

kung hat,<sup>67</sup> ist das Verwaltungsgericht Mainz zu einer anderen Bewertung gekommen. In seinem Urteil vom 8.9.2010<sup>68</sup> interpretiert das Gericht die – von zahlreichen Hochschulen und auch von der Universität Mainz aus der HRK-MusterVerfO übernommenen – Regelungen in der Weise, dass sowohl die *Einstellung* des Verfahrens durch die Kommission, wenn es ein Fehlverhalten verneint, als auch die *Feststellung* eines Fehlverhaltens für die Hochschulleitung *verbindlich* sei. Es handele sich, wenn die Kommission ein Fehlverhalten bejahe, um einen feststellenden Verwaltungsakt in der Form eines Grundlagenbescheids, wie ihn z.B. das Abgaben- und Steuerrecht kenne. Die Hochschulleitung habe nur noch über die Sanktion zu entscheiden.

In dem vom VG Mainz entschiedenen Fall hat sich die Klägerin, eine Professorin und Lehrstuhlinhaberin, gegen die von der Redlichkeitskommission getroffene Feststellung gewehrt, ihr sei ein Fehlverhalten unterlaufen. Das Gericht gab der Klage statt, weil es die Feststellung als einen Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit wertete, die einer materiellrechtlichen Ermächtigungsgrundlage bedürfe. Die Redlichkeits-Ordnung der Universität Mainz war aber seinerzeit – noch – nicht als Satzung erlassen.<sup>69</sup> Auf die Frage, ob die Kommission das Fehlverhalten zu Recht festgestellt habe, kam es deshalb gar nicht mehr an. Aufgrund dieses Urteils haben viele Hochschulen klargestellt, dass die Redlichkeitskommission lediglich die Aufgabe habe, die Hochschulleitung „zu beraten“ und dass eine „rechtliche Bindung“ *nicht* bestehe.<sup>70</sup>

Dem Tatbestand des Urteils des VG Mainz ist zu entnehmen, dass der Ombudsman der Universität „zunächst fachbereichsinterne Vermittlungsbemühungen“ angeregt habe, die sich aber zerschlagen hätten. Offenbar waren die Konfliktbeteiligten, die später klagende Lehrstuhlinhaberin *K* und eine an ihrem Lehrstuhl beschäftigte wissenschaftliche Mitarbeiterin *W*, zu einer konsensualen Lösung des Konfliktes nicht bereit. Rückblickend gesehen stellt sich die Frage, ob die beiden Wissenschaftlerinnen nicht doch besser daran getan hätten, sich auf diesen Weg einzulassen und

63 Fn. 25, siehe unter C. IV. 2.

64 Vgl. hier und im Folgenden: DFG-Denkschrift, 2. Aufl. (Fn. 11), S. 24.

65 Vgl. § 54 Abs. 6 ArbGG, nunmehr i.d.F. des Art. 4 Ziff. 1 des Mediationsförderungsgesetzes (Fn. 1).

66 Häberle, Die Erinnerungskultur im Verfassungsstaat, 2011, S. 137 ff.

67 Siehe bei Fn. 64.

68 3 K 844/09.MZ - juris; diesem – rechtskräftigen – Urteil folgt das VG Berlin in seinem Beschluss v. 1.11.2011 – 12 L 1036/.11; anders dagegen das OVG Berlin-Brandenburg, das mit seinem Beschluss v. 26.4.2012, NVwZ 2012, S. 1491, 1493 ff., die Entscheidung des VG Berlin geändert hat. Siehe in diesem Zusam-

menhang auch Löwer (Fn. 36), in: Dreier/Ohly (Hrsg.), Plagiate, S. 51, 58 m. Fn. 28; Schulze-Fielitz (Fn. 27), in: WissR, Beiheft 21 (2012), 42 f.; Apel (Fn. 22), S. 410 ff., 425 f.; Schiffers (Fn. 22), S. 193 ff.

69 Inzwischen ist das der Fall; vgl. die nunmehr als Anlage zur Grundordnung beschlossene Ordnung der Universität Mainz zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis in Forschung und Lehre v. 15.12.2011, unter: <http://www.uni-mainz.de>.

70 Vgl. z.B. die Satzung der Freiburger Universität „zur Sicherung der Redlichkeit in der Wissenschaft“ v. 10.6.2011 i.d.F. v. 30.4.2013, unter: <http://www.uni-freiburg.de>, § 8 Abs. 2 Satz 1, siehe auch § 9 Abs. 5 Satz 1.

sich gütlich zu einigen, anstatt auf eine Entscheidung im Rechtsweg zu setzen. Der Versuch, den Konflikt durch eine Verständigung beizulegen, hätte – auch wenn er im ersten Anlauf nicht erfolgreich war – ohne Weiteres im Verfahren der Untersuchungskommission noch einmal unternommen werden können, soweit die Konfliktbeteiligten damit einverstanden gewesen wären.<sup>71</sup>

Dafür sprechen die oben wiedergegebenen Erwägungen in der DFG-Denkschrift, in der u.a. darauf hingewiesen wird, dass gerade im Falle auf Dauer angelegter Arbeits- und Dienstverhältnisse eine zügige Beendigung des Streites durch gütliche Einigung die Zusammenarbeit der Beteiligten in der Zukunft weniger belastet als ein sich länger hinziehender, ungelöster Konflikt. In dem entschiedenen Fall hat sich *W* Ende August 2008 an den Ombudsman gewandt, Ende März 2009 ist von der Kommission ein Fehlverhalten *K*'s festgestellt worden, im September 2009 hat *K* Klage erhoben, über die ein Jahr später entschieden worden ist. Es liegt nahe, dass im Zuge dieses Zeitraumes, des Kommissionsergebnisses, der Klage und des Urteils, mit dem *K* den Prozess gewinnt und die Universität ihn verliert, die Spannungen zwischen den Beteiligten zu- und nicht abgenommen haben. Die dem Tatbestand zu entnehmenden Umstände deuten auch darauf hin, dass es sich um einen Einzelfall gehandelt hat, der sich geeignet hätte, das Befriedigungspotenzial einer konsensualen Konfliktlösung zu nutzen. Das gilt nicht zuletzt deshalb, weil Anhaltspunkte dafür fehlen, dass hier schon eine Eskalationsstufe erreicht gewesen wäre, die dem Versuch einer gütlichen Einigung entgegen gestanden hätte. Zwar wäre das Ergebnis einer vertraulichen Konfliktbearbeitung im Zuge eines erfolgreichen Einigungsverfahrens nicht öffentlich geworden. Im Urteil des VG Mainz wird aber der Konflikt der beiden Wissenschaftlerinnen, also die Frage, ob *K* ein Fehlverhalten unterlaufen ist, gar nicht entschieden. Die rechtlichen Ausführungen sind in mehrfacher Hinsicht für viele Hochschulen hilfreich. Die Beteiligten des Konfliktes indes, der dem Rechtsstreit zugrunde liegt, bringt das Urteil keinen Schritt auf dem Weg zur Lösung ihres Konfliktes weiter!

#### IV. Bearbeitung spezifisch wissenschaftsbezogener Konflikte im Bereich der Promotion

Bei dem *einen* – oben näher skizzierten – Sündenfall Ende der neunziger Jahre, der der DFG und anderen Wissenschaftsorganisationen Anlass zu grundlegenden Änderungsvorschlägen gab,<sup>72</sup> ist es nicht geblieben. Ein *zweiter* Sündenfall ist verbunden mit dem Namen *Freiherr zu Guttenberg*, dem eine erhebliche Zahl an Plagiaten in seiner Dissertation vorgeworfen wurde, und dem deshalb die Promotionskommission der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth Ende Februar 2011 den Doktorgrad entzog. Der Fall löste eine ganze Welle weiterer Plagiatsvorwürfe aus, die sich gegen prominente Politikerinnen und Politiker richteten. Soweit sich diese überhaupt mit einer Klage bei den zuständigen Verwaltungsgerichten wehrten, hatten sie damit keinen Erfolg.<sup>73</sup>

Der sog. „Guttenberg-Effekt“<sup>74</sup> hatte nicht nur zur Folge, dass Ombudspersonen, Untersuchungskommissionen und Promotionsausschüsse der Hochschulen zunehmend häufiger der Frage nachzugehen hatten, ob die Regeln guter wissenschaftlicher Praxis – und zwar keineswegs nur durch Plagiate – verletzt wurden, sondern die DFG<sup>75</sup> und andere Wissenschaftsorganisationen<sup>76</sup> regten auch an, darüber nachzudenken, ob nicht das Promotionsverfahren neu gestaltet werden sollte. Zu den Empfehlungen der DFG zählt u.a., neben der primären „Bezugsperson“ eine Betreuung durch zwei weitere erfahrene Wissenschaftlerinnen oder Wissenschaftler vorzusehen, die für Rat und Hilfe „und bei Bedarf zur Vermittlung in Konfliktsituationen zur Verfügung stehen“. Und in einem Beschluss der HRK<sup>77</sup> heißt es: Als unabdingbar werde eine Stelle angesehen, „die im Konfliktfall vermittelnd und schlichtend aktiv“ werde. „Dies kann z.B. eine Ombudsperson sein, die sich durch eine hohe Reputation auszeichnet und hinreichend neutral agieren kann“. Eine Ombudsstelle zur Konfliktregelung für den Promotionsbereich stehe allen Doktorandinnen und Doktoranden und Betreuerinnen und Betreuern offen.<sup>78</sup>

71 Würde in einem vergleichbaren Fall Klage bei einem Verwaltungsgericht erhoben, käme auch hier noch eine Mediation durch einen entsprechend geschulten Güterichter in Betracht, vgl. bei Fn. 4 f.

72 Vgl. oben nach Fn. 22.

73 Vgl. von Münch, Gute Wissenschaft, 2012, S. 107 ff.; Gärditz, Die Feststellung von Wissenschaftsplagiaten im Verwaltungsverfahren, in: WissR 2013, 3 ff.; von Barga (Fn. 22), in: JZ 2013, 715.

74 Schmoll, in: FAZ v. 22.11.2012.

75 DFG-Denkschrift, 2. Aufl. (Fn. 11), S. 18 f.

76 Vgl. z.B. das Positionspapier des WR v. 9.11.2011 „Anforderun-

gen an die Qualitätssicherung der Promotion“, unter: <http://www.wissenschaftsrat.de>.

77 Beschluss v. 23.4.2012, unter II. 4., letzter Absatz, siehe unter: <http://www.hrk.de>, Beschlüsse.

78 Vgl. in diesem Zusammenhang eingehend auch Lentsch (Akademisches Konfliktmanagement: Ein Beitrag zur Qualitätssicherung der Promotionspraxis, in: HRS 2012, 118 ff. mwN.), der zwischen den Modellen eines institutionalisierten Ombudsgremiums und einer prozessorientierten Wissenschaftsmediation unterscheidet; siehe dazu auch Hoormann/Matheis (Fn. 7), S. 44 ff.

Entsprechend normiert nunmehr z.B. das 2014 novellierte Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg in § 38 Abs. 4 S. 2 u.a., dass die Promotionsordnung die „Einsetzung von Ombudspersonen“ regelt.<sup>79</sup> Die Rahmenpromotionsordnung<sup>80</sup> der Universität Freiburg sieht vor, dass zwei – für alle Doktorandinnen und Doktoranden der Universität zuständige – Ombudspersonen bestellt werden, die „als unabhängige und unparteiische Beratungs- und Vermittlungsstelle“ fungieren. Die Promotionsordnungen der Fakultäten können stattdessen ein Ombudsverfahren auf Fakultätsebene etablieren.

Welche Art Vermittlungsaufgabe insoweit auf die zuständige universitäre Ombudsperson zukommen könnte, zeigt folgendes Beispiel: Professor A und seine Doktorandin B – beide sind Mitglieder der Medizinischen Fakultät der Universität U – nehmen an einem Fachkongress in Irland teil. B entdeckt dort ein Poster, auf dem Ergebnisse eines Projektes präsentiert werden, das ihrem sehr ähnlich ist. Es stellt sich heraus, dass das Poster die Arbeit des Doktoranden C zeigt, dessen primäre „Bezugsperson“ Professor D ist. C und D gehören derselben Universität U wie A und B, aber der Fakultät für Biologie an. Alle vier Wissenschaftler kommen noch während des Kongresses überein, beide Arbeiten in drei Monaten der Zeitschrift Z anzubieten, um sie im sog. „Back-to-Back-Verfahren“ zu publizieren. Bei diesem Verfahren werden zwei Manuskripte gleichzeitig eingereicht, die sich komplettieren. Kein Autor geht das Risiko ein, „unterwertig“ publizieren zu müssen, weil ihm der jeweils andere zugekommen ist. B und C tauschen sich in den nächsten Wochen intensiv aus. Zwei Monate nach der Übereinkunft erfährt A beiläufig in einem Gespräch mit dem Editor von Z, dass C's Arbeit entgegen der Absprache gerade eingereicht worden sei. In diesem Artikel sind C als Erstautor, B an zweiter, A an dritter und D an vierter Stelle genannt. A und B, die von C und D nicht informiert worden waren, wenden sich empört an die Ombudsperson.

Würde dieser Konflikt mit Hilfe einer mediativ geschulten Ombudsperson sachorientiert durchgearbeitet,<sup>81</sup> könnte sich erweisen, dass beide Gruppen ein Interesse an einer möglichst optimalen Publikation ihrer Arbeiten haben. Vieles hinge davon ab, ob es gelingt, C und

D die Einsicht zu vermitteln, dass der Bruch der Absprache als Fehlverhalten gewertet werden könnte. Hilfreich könnte insoweit ein Perspektivwechsel sein, also die an C und D gerichtete sog. zirkuläre Frage,<sup>82</sup> wie denn wohl sie – C und D – reagiert hätten, wenn B und A in der Weise vorgegangen wären wie sie. Einsicht bewirken könnte auch die sog. Zukunftsfrage, ob C und D denn sicher seien, dass der von ihnen bei Z eingereichte Beitrag ohne die Zustimmung von B und A veröffentlicht würde. Für die Frage, ob eine gütliche Einigung möglich ist, wird es nicht zuletzt darauf ankommen, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen B und A bereit sind, den beiden anderen Wissenschaftlern ihr Verhalten nachzusehen. Ergebnis des Gesprächs könnte die Vereinbarung sein, den eingereichten Beitrag in geteilter Erst-Autorenschaft von B und C zu veröffentlichen oder doch bei dem ursprünglich verabredeten „Back-to-Back-Verfahren“ zu bleiben.

## V. Inanspruchnahme externer Hilfe

Selbstverständlich besteht die Möglichkeit, die Hilfe externer – freiberuflich tätiger, aufgrund des Mediationsgesetzes zertifizierter – Mediatorinnen und Mediatoren in Anspruch zu nehmen, wenn es gilt, einen Konflikt innerhalb der Hochschule zu lösen. In Betracht käme etwa, dass Ombudspersonen oder Untersuchungskommissionen in Fällen, in denen die Hilfe einer besonders erfahrenen – externen – Mediatorin geboten sein könnte, den Konfliktbeteiligten raten, deren Hilfe in Anspruch zu nehmen. Denkbar ist auch, dass sich mehrere Hochschulen (z.B. am selben Ort) zusammenschließen und der Mediator der *einen* Hochschule jeweils der *anderen* zur Verfügung steht. Es hätte den Vorteil, dass das Vertrauen der Konfliktbeteiligten in die Unabhängigkeit des Mediators einer *anderen* Hochschule noch selbstverständlicher sein könnte, als in die des Mediators der *eigenen*, sei sie auch noch so „gesichert“.

Beispiele, die den Wunsch wecken, viele Hochschulen würden sie sich zum Vorbild nehmen, sind z.B. Mediationsangebote des AstA der Universität Osnabrück und des AstA der Universität Bonn. Seit 2012 (Osnabrück) und 2013 (Bonn) gibt es in den genannten Uni-

79 Die Neufassung v. 1.4.2014 (GBl. S. 99) ist am 9.4.2014 in Kraft getreten; siehe zu der Neufassung: *Theresia Bauer*, Ein neuer Königsweg zum Dokortitel, in: FAZ v. 19.3.2014; *Sandberger*, Paradigmenwechsel oder Kontinuität im Hochschulrecht, VBIBW 2014, 321; speziell zu § 38 Abs. 4 S. 2 LHG BW: *Löwisch/Würtenberger*, Betreuungsvereinbarungen im Promotionsverfahren, OdW 2014, 103, 112. Vgl. zur Institution der Ombudsperson eingehend oben unter III. 2. a).

80 Vgl. unter: <http://www.uni-freiburg.de>, § 22. Die Universität

Freiburg hat seit 1.10.2014 eine Prorektorin für Redlichkeit in der Wissenschaft, Gleichstellung und Vielfalt; vgl. *Badischen Zeitung* v. 19.11.2014 „Die Plage mit den Plagiaten“ u. das Interview mit der neuen Prorektorin Gisela Riescher.

81 Vgl. oben nach Fn. 48 u. nach Fn. 59.

82 Vgl. hier und im Folgenden Handbuch Mediation (Fn. 5), § 14, Rn. 40. Vgl. zum sog. „verstehensbasierten“ Mediationsmodell *Friedman/Himmelstein*, Konflikte fordern uns heraus, 2013, S. 33 ff.

versitäten AStA-Projekte, in deren Rahmen Studierenden kostenlose „Konfliktberatung und Mediation“ angeboten wird. In beiden Fällen sind ausgebildete, externe Mediatoren tätig, die jeweils einen engeren Bezug zu ihrer Universität haben und die Gelegenheit nicht zuletzt nutzen können, um Mediationserfahrung zu sammeln.<sup>83</sup>

## VI. Mediation im Bereich der Lehre

### 1. Schlüsselqualifikation „Mediation“

Die Mediation und mediative Elemente werden in den Hochschulen nicht nur zur konsensualen Lösung von Konflikten genutzt, sondern sie sind auch Gegenstand der Lehre. Die wohl erste Erwähnung des Begriffs „Mediation“ in einem Bundesgesetz findet sich in § 5a Abs. 3 des Deutschen Richtergesetzes. Seit 2006 haben die Inhalte des rechtswissenschaftlichen Studiums die entsprechende, verwaltende und rechtsberatende Praxis einschließlich der hierfür erforderlichen Schlüsselqualifikationen wie z.B. Verhandlungsmanagement, Gesprächsführung, Rhetorik, Streitschlichtung, Vernehmungslehre und Kommunikationsfähigkeit, aber auch Mediation zu berücksichtigen.<sup>84</sup> Staatliche und universitäre Prüfungen haben sich auf die in § 5a Abs. 3 DRiG genannten Praxisbereiche einschließlich der hierfür erforderlichen Schlüsselqualifikationen zu erstrecken (§ 5d Abs. 1 S. 1 DRiG). Seither sind Lehrveranstaltungen zu den Schlüsselqualifikationen einschließlich der Mediation fester Bestandteil des Lehrangebots der Rechtswissenschaftlichen Fakultäten. Sie unterscheiden sich freilich nach Schwerpunkt und Ausgestaltung.

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg z.B. bietet jeweils im Sommersemester eine Vorlesung „Mediation und Verhandlungslehre“ und im Wintersemester einen „Workshop Mediation“ an.<sup>85</sup> Im Mittelpunkt dieses Workshops – einer Mischung aus Vorlesung und Übung –, an dem insgesamt fünf als Mediatorinnen und Mediatoren ausgebildete Dozentinnen und Dozenten (darunter eine in der Mediationsausbildung engagierte Diplom-Psychologin) mitwirken, stehen vier Übungen, in denen in kleineren Gruppen zent-

rale Phasen der Mediation anhand von zwei Fällen im Rollenspiel erarbeitet werden, um dann ebenfalls im Rollenspiel in einem der Fälle der Frage nachzugehen, wie in einer Gerichtsverhandlung „verfahren“ würde. Beim Einüben des Mediationsverfahrens wird eine Videokamera eingesetzt, um den Studierenden Gelegenheit zu geben, sich selbst beim Rollenspiel zu beobachten und um ein hohes Maß an detaillierter, konstruktiver Kritik zu gewährleisten. In den zehn Jahren, in denen es das Workshop-Angebot gibt, haben sich mehrfach teilnehmende Studierende zu einer Mediationsausbildung entschlossen

### 2. Legal Clinics

Noch praxisorientierter sind studentische Rechtsberatungsprojekte, die insbesondere seit der Liberalisierung der Rechtsberatung durch das am 01.07.2008 in Kraft getretene Rechtsdienstleistungsgesetz<sup>86</sup> mit zunehmender Tendenz auf Initiative aus den Rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Hochschulen ins Leben gerufen werden. Diesen Projekten liegt das Konzept zugrunde, dass juristisch entsprechend geschulte Studierende unter Anleitung z.B. einer Rechtsanwältin kostenlosen Rat erteilen und damit nicht nur selbst praktische Erfahrungen sammeln, sondern finanzschwachen Ratsuchenden in der Realität behilflich sind.<sup>87</sup> Die Idee stammt aus den USA, dort sind sog. „Legal Clinics“ oder „Law Clinics“ an den Law Schools seit Jahrzehnten außerordentlich verbreitet.

Seit März 2014 gibt es auch in Freiburg einen Verein „Pro Bono“, den Studierende der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Freiburger Universität unter dem Beistand ihres Studiendekans, *Boris P. Paal*, gegründet haben.<sup>88</sup> Das – kostenlose – Beratungsangebot beschränkt sich derzeit auf die Bereiche Mietrecht, Verbraucherschutzrecht, Internetrecht und Existenzgründung. Zum Ausbildungsprogramm, das allen Studierenden empfohlen wird, die sich beim Freiburger „Pro Bono“-Verein engagieren wollen, gehören auch Lehrangebote zum Thema Mediation, wie z.B. der erwähnte Workshop.<sup>89</sup> Eine in diesem Workshop mitwirkende Dozentin, Rechtsanwältin und Mediatorin *Bettina Faller*, ist bei

83 In der Universität Osnabrück ist es der Mediator Maximilian Geßner; das Angebot des AStA findet sich unter: <https://www.aSta.uni-osnabrueck.de/service/konfliktberatung-und-mediation>; Mediator des AStA in der Universität Bonn ist Christian Seiwald; [http://www.aSta-bonn.de/Konfliktberatung\\_und\\_Mediation](http://www.aSta-bonn.de/Konfliktberatung_und_Mediation).

84 Das am 1.7.2003 in Kraft getretene Gesetz zur Reform der Juristenausbildung v. 11.7.2002 (BGBl. I, 2592) wurde am 1.7.2006 verbindlich, nachdem die Bundesländer den neuen Vorgaben in ihren Regelungen zur Juristenausbildung Rechnung getragen hatten. Vgl. hier und im Folgenden *von Bargen*, Erfahrungen auf einem neuen Ausbildungsterrain, in *JuS-Magazin* Sept./Okt. 2006, 14.

85 Vgl. unter: <http://www.legalclinics.uni-freiburg.de/mediation>.

86 Gesetz v. 12.12.2007, BGBl. I, 2840; siehe dort § 6.

87 *Himmer*, JuraStudenten machen sich nützlich, in: *FAZ* v. 13./14.09.2014; siehe ferner *Horn*, Studentische Rechtsberatung in Deutschland, in: *JA* 2013, 644.

88 Vgl. unter: <http://www.probono-freiburg.de/>. Siehe auch *Süddeutsche Zeitung* v. 29./30.11.2014: „Anwalt auf Probe“; vgl. ferner *Schubert*, Legal Clinics – Juristische Ausbildung mit Praxisbezug am Beispiel der Freiburg Legal Clinics und Pro Bono Studentische Rechtsberatung Freiburg, in: *OdW* 2014, 241.

89 Vgl. oben unter VI. 1.

„Pro Bono“ als anleitende Anwältin und Mediatorin tätig, so dass in geeigneten Fällen auch die Mediation im Spektrum des Vereinsangebots Berücksichtigung finden kann. Anders als z.B. an der Harvard Law School oder der Law School der University of Michigan<sup>90</sup> gibt es an deutschen Hochschulen wohl noch keine auf Mediation spezialisierte Clinic, aber vielleicht machen auch die genannten Beispiele hier eines Tages Schule.

### 3. Mediations-Aus- und Fortbildung

Gegenstand der Lehre ist die Mediation in den Hochschulen ferner in der Form, dass diese komplette Ausbildungs- und Fortbildungsgänge anbieten. Die Bandbreite dieser Angebote, die sich nach Art, Spezialisierung, Dauer und Struktur, Kosten und Abschluss deutlich unterscheiden, ist bemerkenswert.<sup>91</sup> Erwähnung verdienen hier zwei Master-Studiengänge: Einer wird von der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt/Oder angeboten.<sup>92</sup> Die wissenschaftliche Leitung liegt in den Händen von *Ulla Gläßer*, *Lars Kirchhoff*, *Stephan Breidenbach* und *Andreas Nelle*. Einen weiteren – interdisziplinär ausgerichteten – postgraduierten Studiengang „Master of Mediation“ hat die FernUniversität Hagen im Programm.<sup>93</sup> Wissenschaftlich verantwortlich zeichnet *Katharina Gräfin von Schlieffen*.

## VII. Mediation im Bereich der Wissenschaft

Nicht unerwähnt bleiben soll, dass die Mediation in den Hochschulen auch Gegenstand der Wissenschaft ist. Um hier nur punktuelle Beispiele zu nennen, belegen das zum einen zwei Publikationen aus jüngerer Zeit, nämlich die von der Universität Graz angenommene Habilitationsschrift von *Sascha Ferz* mit dem Titel „Mediation im öffentlichen Bereich – Eine rechtstatsächliche und rechtsdogmatische Studie für Österreich und Deutschland“,<sup>94</sup> sowie eine von der Universität Kiel angenommene Dissertation von *Jonas Hennig* mit dem Titel: „Mediation als rationaler Diskurs – Überpositive Legitimation der Mediation und Vergleich zum Gerichtsprozess am

Maßstab der Alexyschen Diskurstheorie“.<sup>95</sup> Mit Mediationsforschung befasst sich etwa das Institut für Konfliktmanagement der Europa-Universität Viadrina,<sup>96</sup> aber auch das LOEWE-Verbundforschungsvorhaben „Außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung“ der Universität Frankfurt a.M., des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte und der Frankfurt University of Applied Sciences.<sup>97</sup> In diesen Zusammenhang gehören ferner der seit mehreren Jahren von der Universität Jena veranstaltete „Deutsche Mediationstag“<sup>98</sup> und die Kolloquien des Forums „für Forschung und Wissenschaft zu Mediation und außergerichtlicher Konfliktlösung“.<sup>99</sup>

## VIII. Abschließende Bemerkungen

Als der Verfasser dieses Beitrags, der sechs Jahre als Vorsitzender einer Untersuchungskommission in der Universität Freiburg tätig war, 2005 vor seiner Wahl gefragt wurde, ob er bereit sei, das Amt zu übernehmen, hat ihm die Hochschulleitung versichert, es handle sich um ein selten reizvolles Amt, es gäbe nämlich nichts zu tun. Es gab sie dann aber doch, die Fälle, und jeder Fall war eine neue, besondere und einsame Herausforderung! Inzwischen zweifelt niemand mehr daran, dass die Hochschulen auf eine professionelle Konfliktbearbeitung optimal eingestellt sein sollten, und die – Diskurs-basierte – Mediation ist ohne Zweifel ein Verfahren, das die besten Voraussetzungen für die Bearbeitung hochschulinterner und gerade auch spezifisch wissenschaftsbezogener Konflikte bietet. Die Hochschulen sind im eigenen Interesse gut beraten, sich dieses Verfahrens in der Praxis, aber auch in Lehre und Wissenschaft noch nachdrücklicher als bisher anzunehmen.

Joachim von Bargaen ist Honorarprofessor der Universität Freiburg. Er war Präsident des Freiburger Verwaltungsgerichts und Mitglied des Verfassungsgerichtshofs Baden-Württemberg.

90 <http://hnmcp.law.harvard.edu/negotiation-mediation-clinic-course-description/> und <http://www.law.umich.edu/clinical/civilmediation/Pages/default.aspx>. Dort wird das Konzept des „Negotiation & Mediation Clinical Program“ bzw. der „Civil Mediation Clinic“ eingehend beschrieben.

91 Siehe zur detaillierten Übersicht Fn. 52.

92 Vgl. unter: <http://www.rewi.europa-uni.de/de/studium/master/mediation/index.html>.

93 Vgl. unter: [http://www.fernuni-hagen.de/ls\\_schlieffen/mediation/wsm.shtml](http://www.fernuni-hagen.de/ls_schlieffen/mediation/wsm.shtml).

94 2013; vgl. dort zur Mediation im öffentlichen Bereich in Deutschland, S. 213 ff.

95 2014; vgl. in diesem Zusammenhang nach Fn. 34 und unter oben VIII.

96 Vgl. unter: [http://www.europa-uni.de/de/forschung/institut/institut\\_ikm/index.html](http://www.europa-uni.de/de/forschung/institut/institut_ikm/index.html).

97 Vgl. unter: <http://www.konfliktloesung.eu/>.

98 Vgl. unter: <http://www.rewi.uni-jena.de/mediationstagung.html>.

99 Vgl. unter: <https://www.mediationaktuell.de/news/2.-kolloquium-in-freiburg-am-28.11.2014>.



# Manfred Löwisch

## Forschung und Vergaberecht

### GLIEDERUNG

I. *Forschung und Entwicklung als Gegenstand des Vergaberechts*

II. *Wissenschaftsfreiheit und Vergaberecht*

1. *Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit*

2. *Vergaberecht als Schranke*

III. *Aufträge oberhalb der Schwellenwerte*

1. *Rechtsgrundlagen*

2. *Anwendungsbereich*

3. *Schwellenwerte*

4. *Relevante Vergabegrundsätze und Zuschlagskriterien*

5. *Wahrung der Wissenschaftsfreiheit*

IV. *Aufträge unterhalb der Schwellenwerte*

1. *Rechtsgrundlagen*

2. *Anwendungsbereich*

3. *Vergabegrundsätze*

4. *Wahrung der Wissenschaftsfreiheit*

V. *Private Auftraggeber*

VI. *Forschungsrelevante Lieferungen und Dienstleistungen*

1. *Oberhalb der Schwellenwerte*

2. *Unterhalb der Schwellenwerte*

3. *Wahrung der Wissenschaftsfreiheit*

### **I. Forschung und Entwicklung als Gegenstand des Vergaberechts**

Vertragsforschung ist aus der arbeitsteiligen heutigen Forschungslandschaft nicht wegzudenken. Öffentliche Stellen wie private Unternehmen vergeben Aufträge an Forschungsinstitutionen, die ihrerseits wiederum öffentliche Stellen oder private Unternehmen, aber auch freiberuflich Tätige sein können. Gegenstand der Aufträge sind dabei zumeist nicht Fragen der Grundlagenforschung oder der angewandten Forschung, sondern solche der Entwicklung, also der zweckgerichteten Auswertung und Anwendung von Forschungsergebnissen und Erfahrungen vor allem technologischer oder ökonomischer Art, um zu neuen Systemen, Verfahren, Stoffen, Gegenständen und Geräten zu gelangen (Neuentwicklung) oder um vorhandene zu verbessern (Weiterentwicklung).<sup>1</sup>

Eine Vorstellung vom Umfang der Vertragsforschung durch öffentliche Stellen lässt sich dem Qualitätsbericht „Ausgaben, Einnahmen und Personal der öffentlichen und öffentlich geförderten Einrichtungen für Wissenschaft, Forschung und Entwicklung 2013“ des Statistischen Bundesamts und dem Datenportal Forschung und Innovation des Bundesministeriums für Bildung und Forschung entnehmen. Nach dem Qualitätsbericht beliefen sich im Jahr 2012 die Ausgaben der Hochschulen für Baumaßnahmen auf 564 Mio. Euro und die Ausgaben für die übrigen Sachinvestitionen auf 481 Mio. Euro. Nach dem Datenportal erreichten diese Ausgaben bei den wissenschaftlichen Einrichtungen außerhalb der Hochschulen 2012 734 Mio. Euro für Bauten und 1.214 Mrd. Euro für die übrigen Investitionen.<sup>2</sup>

Die Vergabe von Vertragsforschung durch öffentliche Stellen unterliegt dem Vergaberecht. Dessen Verhältnis zum Schutz der Wissenschaftsfreiheit ist Gegenstand des zweiten Abschnitts (II.).

Die Rechtsvorschriften des Vergaberechts unterscheiden nach dem Wert des Auftrags: Oberhalb bestimmter Schwellenwerte sind die vergaberechtlichen Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und der Vergabeverordnung sowie die Vergaberichtlinien der EU anwendbar. Unterhalb der Schwellenwerte sind gesetzliche Grundlage § 55 der Bundeshaushaltsordnung und die entsprechenden Bestimmungen der Landshaushaltsordnungen. Diese münden, jeweils in Verbindung mit Ausführungsbestimmungen unterschiedlichen Rechtscharakters, letztlich alle in der Anwendung der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen Teil A Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen (VOL/A).

Dementsprechend werden im Folgenden nacheinander die Vergabe von Forschungsleistungen oberhalb der Schwellenwerte (III.) und danach die Vergabe von Forschungsleistungen unterhalb der Schwellenwerte (IV.) untersucht. Ein Blick auf Rechtsfragen der Vergabe von Forschungsleistungen durch private Unternehmen schließt sich an (V.).

Forschungsinstitutionen treten auch als Auftragnehmer von Dienstleistungen auf, die ihrerseits weder For-

1 So die Definition im Bundesbericht Forschung III der Bundesregierung vom 12.6.1969 (BT-Drucksache V/4335 S. 5).

2 Statistisches Bundesamt, Fachserie 11 Reihe 4.3.2 (Monetäre hochschulstatistische Kennzahlen 2012), Tabelle 4.1.1; Datenportal des bmbf „Forschung und Innovation“, Tabelle 1.6.4. Ein – freilich weit

zurückliegenden – Überblick über Umfang und Bedeutung der Vertragsforschung findet sich bei Röhlingshöfer, Die Vergabe von Forschungs- und Entwicklungsaufträgen in der Bundesrepublik Deutschland, Schriftenreihe des IFO-Instituts für Wirtschaftsforschung Nr. 77 (1972), S. 27 ff.

schung noch Entwicklung sind, aber für die Forschung Bedeutung haben. So nehmen etwa Institute der Rechtsmedizin forensisch – toxikologische und molekulargenetische Untersuchungsaufträge vor allem öffentlicher Auftraggeber wie etwa der Landeskriminalämter wahr, um Material für ihre rechtsmedizinische Forschung und Entwicklung zu gewinnen. Sie unterliegen dann als Auftragnehmer dem Vergaberecht und müssen sich dem mit diesem verbundenen Wettbewerb stellen. Die daraus resultierenden Fragen werden in einem eigenen Abschnitt behandelt (VI.).

## II. Wissenschaftsfreiheit und Vergaberecht

### 1. Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit

Die Wissenschaftsfreiheit schützt die „auf wissenschaftlicher Eigengesetzlichkeit beruhenden Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen bei der Suche nach Erkenntnissen, ihrer Deutung und Weitergabe“. <sup>3</sup> Träger dieses Schutzrechts sind einerseits die einzelnen Wissenschaftler und andererseits die wissenschaftlichen Einrichtungen, insbesondere die Hochschulen, aber auch private Wissenschaftseinrichtungen. <sup>4</sup>

Der Schutz der Wissenschaftsfreiheit gilt dabei nicht nur der freien Wahl von Fragestellung und Methodik, sondern auch der praktischen Durchführung von Forschung und Lehre einschließlich der vorbereitenden und begleitenden Tätigkeiten, die in einem engen Zusammenhang mit Forschung und Lehre stehen. Geschützt ist auch die Organisation von Forschung und Lehre. <sup>5</sup>

Erfasst wird so auch die Vergabe von Forschungs- und Entwicklungsaufträgen. Wer einzelne Wissenschaftler, eine Gruppe von Wissenschaftlern oder eine Forschungseinrichtung einschaltet, um bestimmte Teile eines Projekts durch deren Forschungs- oder Entwicklungsbeiträge voranzubringen, trifft eine genuin wissenschaftliche Entscheidung, die nicht reglementiert werden darf. Art. 5 Abs. 3 GG gewährleistet insoweit ein Recht auf Abwehr staatlicher Einwirkungen auf den Prozess der Gewinnung wissenschaftlicher Erkenntnisse. <sup>6</sup>

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verkörpert sich in Art. 5 Abs. 3 GG auch eine objektive Wertentscheidung. Sie beruht auf der Schlüsselfunktion, die einer freien Wissenschaft sowohl für die Selbstverwirklichung des Einzelnen als auch für die gesamtgesellschaftliche Entwicklung zukommt. Diese Wertentscheidung bedeutet nicht nur die Absage an staatliche Eingriffe in den Eigenbereich der Wissenschaft. Sie schließt vielmehr das Entstehen des Staates, der sich als Kulturstaat versteht, für die Idee einer freien Wissenschaft und seine Mitwirkung an ihrer Verwirklichung ein und verpflichtet ihn, sein Handeln positiv danach einzurichten, d.h. schützend und fördernd einer Aushöhlung dieser Freiheitsgarantie vorzubeugen. <sup>7</sup>

Der Staat muss deshalb die Pflege der freien Wissenschaft und ihre Vermittlung an die nachfolgende Generation durch Bereitstellung von personellen, finanziellen und organisatorischen Mitteln ermöglichen und fördern. <sup>8</sup> Diese Förderpflicht des Staates wäre zu eng verstanden, wollte man sie in sachlicher Hinsicht auf die ausdrücklich genannte Bereitstellung finanzieller Mittel beschränken. Zwar ermöglicht deren Bereitstellung es den Hochschulen in der Regel, sich die sachlichen Mittel für den Forschungs- und Lehrbetrieb am Markt zu beschaffen. Wo aber die Verfügung über diese sachlichen Mittel beim Staat liegt, muss er den Hochschulen angemessenen Zugang zu ihnen gewähren.

Für Akten und andere Unterlagen ist das im Grundsatz anerkannt. <sup>9</sup> Es muss aber auch für im Wesentlichen nur von staatlichen Stellen zu vergebende Aufträge gelten, die Gegenstand wissenschaftlicher Forschung und Lehre sind, wie das etwa auf Untersuchungsaufträge im Bereich der Rechtsmedizin zutrifft. <sup>10</sup>

### 2. Vergaberecht als Schranke

Die Wissenschaftsfreiheit ist nicht schrankenlos garantiert. Schranken können sich aus anderen verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern ergeben. Der Staat ist bei der Regelung des wissenschaftlichen Lebens in seinen Hochschulen nicht auf die absolute Freiheit für die

3 BVerfG vom 26.10.2004, 1 BvR 911, 927, 928/00, BVerfGE 111, 333, 354.

4 BVerfG vom 14.4.1987, 1 BvR 775/84, BVerfGE 75, 192; BVerfG vom 10.3.1992, 1 BvR 454 u.a./91, BVerfGE 85, 360; *Kempen* in Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar GG (Stand 1.9.2015) Art. 5 Rn. 185.

5 BVerfG vom 29.5.1973, 1 BvR 424/71 und 325/72, BVerfGE 35, 79.

6 BVerfG vom 1.3.1978, 1 BvR 333/75, BVerfGE 47, 327, 367.

7 BVerfG vom 29.5.1973, 1 BvR 424/71 und 1 BvR 325/72, BVerfGE 35, 79, 95.

8 BVerfG vom 29.5.1973 aaO. Rn. 96.

9 BVerfG vom 9.10.1985, 7 B 188/85, NJW 1986, 1177; näher *Kempen* in Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar GG (Stand 1. 9. 2015) Art. 5 Rn. 182; vgl. auch § 5 Abs. 3 Satz 2 und Abs. 5 Satz 2 Bundesarchivgesetz, wo wissenschaftliche Forschungsvorhaben im Bezug auf die Dauer der Schutzfristen privilegiert werden.

10 Allgemein zum Schutz der Einwerbung von Mitteln für die Forschung *Britz* in Dreier, Kommentar zum Grundgesetz Band I, Art. 5 Abs. 3 Rn. 24.

Forschungs- und Lehrtätigkeit des einzelnen Wissenschaftlers und die damit einhergehende Vernachlässigung anderer im Grundgesetz geschützter Rechtsgüter festgelegt.<sup>11</sup> Vielmehr liegt es in seinem Gestaltungsermessens, inwieweit er die Träger der Wissenschaftsfreiheit an allgemeine rechtliche Regelungen bindet.<sup>12</sup>

Ihre Grenze findet diese Bindung an das allgemeine Recht aber am Mindestmaß dessen, was notwendig ist, um wissenschaftliche Forschung und Lehre zu betreiben. Rechtliche Vorschriften dürfen Wissenschaftler und Hochschulen nicht daran hindern, in ihren wissenschaftlichen Auffassungen gründende Entscheidungen in Forschungs- und Lehrangelegenheiten zu realisieren. Auch dürfen sie nicht dazu führen, dass ihnen die notwendige Mindestausstattung versagt bleibt.<sup>13</sup>

Hieraus folgt einerseits, dass Art. 5 Abs. 3 GG weder deutschen noch europäischen Vorschriften entgegensteht, welche die Vergabe von Forschungs- und Entwicklungsaufträgen und die Beschaffung der für Forschung und Lehre notwendigen sachlichen Mittel dem Vergaberecht unterstellen.

Andererseits darf auch die Anwendung des Vergaberechts nicht dazu führen, dass wissenschaftsbedingte Entscheidungen der Träger von Forschung und Lehre verhindert und die Mindestbedürfnisse für die Durchführung von Forschung und Lehre nicht mehr erfüllt werden.

### III. Aufträge oberhalb der Schwellenwerte

#### 1. Rechtsgrundlagen

Die Vergabe von Leistungen oberhalb der Schwellenwerte ist einerseits Gegenstand des europäischen Rechts. Maßgebend ist nunmehr die Richtlinie 2014/24/EU vom 26. Februar 2014, welche die vorangehende Richtlinie 2004/18/EG mit Wirkung zum 18. April 2016 aufgehoben hat. Andererseits sind die Bestimmungen des 4. Teils des GWB über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen einschlägig. Diese sind durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz vom 17.2.2016 an die Vorgaben der Richtlinie angepasst worden. Die Neufassung ist nach Art. 3 Satz 2 des Gesetzes am 18.4.2016 in Kraft getreten.<sup>14</sup> Der Beitrag legt diese neuen Regelungen zugrunde.

Im Gefolge des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes ist auch die Vergabeverordnung neu gefasst und dort das Vergabeverfahren für Liefer- und Dienstleistungen sowie für freiberufliche Leistungen zusammengeführt worden.<sup>15</sup> Diese Neufassung wird im Folgenden ebenfalls zugrunde gelegt.

#### 2. Anwendungsbereich

Richtlinie wie 4. Teil des GWB beziehen sich auf öffentliche Auftraggeber. Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 der Richtlinie bezeichnet als solche den Staat, die Gebietskörperschaften, die Einrichtungen des öffentlichen Rechts oder die Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen des öffentlichen Rechts bestehen. Etwas weiter ist die Definition in § 99 GWB. Danach sind neben den Gebietskörperschaften und deren Sondervermögen andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art erfüllen, dann öffentliche Auftraggeber, wenn sie überwiegend öffentlich finanziert werden, der Aufsicht öffentlicher Stellen unterliegen oder mehr als die Hälfte ihrer Organmitglieder durch öffentliche Stellen bestimmt worden sind.

Grundsätzlich erfasst das Vergaberecht also die Hochschulen, aber auch überwiegend öffentlich finanzierte Forschungseinrichtungen wie die Institute der Max-Planck-Gesellschaft, der Fraunhofer-Gesellschaft, der Helmholtz-Gemeinschaft deutscher Forschungszentren und der Wissenschaftsgemeinschaft Gottfried Wilhelm Leibniz, sowie die Ressortforschung der Bundesregierung und Landesregierungen.

Nicht erfasst wird hingegen die Deutsche Forschungsgemeinschaft, die sich satzungsgemäß auf die finanzielle Förderung von Forschungsarbeiten beschränkt.<sup>16</sup>

Art. 14 der Richtlinie 2014/24/EU und damit übereinstimmend § 116 Abs. 1 Nr. 2 GWB enthalten indes eine Ausnahme für Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen. Nach diesen Vorschriften gelten Richtlinie und GWB nur für bestimmte, im Common Procurement Vocabulary (CPV) der EG-Verordnung 213/2008 genannte Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen, näm-

11 BVerfG vom 1.3.1978, 1 BvR 174, 178, NJW 1978, 1621; vom 15.9.1997, 1 BvR 406/96, NVwZ-RR 1998, 175.

12 BVerwG vom 9.10.1985, 7 B 188/85, NJW 1986, 1277.

13 BVerfG vom 29.5.1973 aaO; BVerfG vom 8.2.1977, 1 BvR 79/70, Rn. 114; vom 8.7.1980, 1 BvR 1472/78, Rn. 92 und vom 15.9.1997 aaO; Scholz in Maunz/Dürig, 75. EL September 2015, Art. 5 Abs. 3, Rn. 116 und 194.

14 Vergaberechtsmodernisierungsgesetz vom 17.2.2016 (BGBl I 2016, 203).

15 Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Art. 1 der Vergaberechtsmodernisierungsverordnung vom 12.4.2016, BGBl I 2016, 624).

16 Siehe § 1 Satz 1 in Verbindung mit § 12 der Satzung der Deutschen Forschungsgemeinschaft, zuletzt geändert und neugefasst am 2.7.2014, abrufbar im Internet unter [http://dfg.de/dfg\\_profil/satzung/index.html](http://dfg.de/dfg_profil/satzung/index.html) (zuletzt abgerufen am 1.10.2015).

lich Forschungs- und Entwicklungsdienste und zugehörige Beratung, Dienstleistungen im Bereich Forschung und experimentelle Entwicklung, Forschungsdienste, Forschungslabordienste, Meeresforschungsdienste, Experimentelle Entwicklung, Planung und Ausführung von Forschung in Entwicklung, Vorstudie zur Durchführbarkeit und technologische Demonstration sowie Test und Bewertung. Alle übrigen Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen werden von der Richtlinie 213/2008 und damit von der Vergaberichtlinie und dem GWB nicht erfasst. Das betrifft insbesondere solche in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit bis hin zur Entwicklung von elektronischen Systemen für militärische Zwecke.

Auch soweit Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen von Richtlinie und GWB erfasst werden, gilt das nach den genannten Vorschriften nur, wenn ihre Ergebnisse ausschließlich Eigentum des öffentlichen Auftraggebers für seinen Gebrauch bei Ausübung seiner eigenen Tätigkeit werden und außerdem die erbrachte Dienstleistung vollständig durch den öffentlichen Auftraggeber vergütet wird.

Mit diesem Vorbehalt will die Richtlinie ausweislich ihres Erwägungsgrundes 35 die Finanzierung von Forschungs- und Entwicklungsprogrammen durch die Industrie fördern. Um dieses Ziel zu erreichen, soll sie nur anwendbar sein, wenn es keine solche Ko-Finanzierung gibt und wenn das Ergebnis der Forschungs- oder Entwicklungsdienstleistung dem betreffenden öffentlichen Auftraggeber zu Gute kommt.

Die Vorgängervorschrift von § 116 Abs. 1 Nr. 2 GWB, § 100 Abs. 4 Nr. 2 GWB a.F. ist verschieden interpretiert worden. Teilweise stand die Literatur auf dem Standpunkt, dass auch bei einem nicht ausschließlichen Nutzungsrecht des öffentlichen Auftraggebers der Vorbehalt entfalle, so dass das Vergaberecht anzuwenden sei.<sup>17</sup> Teilweise wurde dem Wortlaut folgend nur bei ausschließlicher Nutzung der Tatbestand als erfüllt angesehen.<sup>18</sup>

Jedenfalls nach neuem Recht ist davon auszugehen, dass die wörtliche Auslegung das Richtige trifft. Wenn der Erwägungsgrund 35 der Richtlinie 2014/24/EG erklärt, dass es unschädlich sein soll, wenn der Dienstleistungserbringer einen Bericht über seine Tätigkeiten veröffentlicht, solange nur der Auftraggeber die „alleinigen“ Rechte zum Gebrauch der Forschungs- und Entwicklungsergebnisse bei der Ausübung seiner Tätigkeit be-

hält, stellt er unmissverständlich auf die ausschließliche Nutzung ab. Zudem steht hinter dem Vorbehalt auch der Zweck, die Zugänglichkeit der Ergebnisse von Forschung und Entwicklungstätigkeiten für die Science Community zu begünstigen. Das legt es nahe, dem Vorbehalt einen weiten Anwendungsbereich zu geben.

Von vornherein nicht von der Vorschrift erfasst werden Dienstleistungen, denen das konstitutive Merkmal von Forschung und Entwicklung, nämlich das Streben nach neuen Erkenntnissen (Forschung) oder neuen Systemen (Entwicklung) fehlt. Schon daran musste in dem von der Vergabekammer Südbayern und dem Bayerischen Obersten Landesgericht entschiedenen Fall der Untersuchung von Rüstungsaltslastverdachtsstandorten<sup>19</sup> die Anwendung des damaligen § 100 Abs. 2 lit. n GWB scheitern. Vor allem Bauleistungen unterfallen aus diesem Grund nicht der Ausnahme.

### 3. Schwellenwerte

Nach Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU, auf den § 106 GWB verweist, betragen die Schwellenwerte derzeit 5.186.000 Euro bei öffentlichen Bauaufträgen, 134.000 Euro bei öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, die von zentralen Regulierungsbehörden vergeben werden, und 207.000 Euro bei öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen die von subzentralen öffentlichen Auftraggebern vergeben werden.

Diese Schwellenwerte werden bei Hochschulen und Forschungseinrichtungen im Bereich von Bauleistungen häufig, im Bereich von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, um die es bei Forschung und Entwicklung in erster Linie geht, nur ausnahmsweise erreicht.

### 4. Relevante Vergabegrundsätze und Zuschlagskriterien

Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU verpflichtet die öffentlichen Auftraggeber, alle Wirtschaftsteilnehmer in gleicher und nichtdiskriminierender Weise zu behandeln und dabei transparent und verhältnismäßig zu handeln. Nach Art. 67 Abs. 2 lit. a gehören zu den Zuschlagskriterien Qualität, einschließlich technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Zugänglichkeit, Design für Alle, soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften und Handel und die damit verbundenen Bedingungen, nach Art. 67 Abs. 2 lit. b auch Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten

17 Pünder/Schellenberg, Vergaberecht 2. Aufl. 2015, § 100 Rn. 30.

18 Müller-Wrede/Sternner, GWB-Vergaberecht, 2. Aufl. 2014, §100 Rn. 15; Kularz/Kus/Portz/Röwekamp, GWB-Vergaberecht, 3. Aufl. 2014, §100, Rn. 45; Heuvels/Höb/Kuß/Wagner, Vergaberecht, 2012, § 100 Rn. 1.

19 Vergabekammer Südbayern vom 27.9.2002, 120.3-3194-1-36-08-02, juris; BayObLG vom 27.2.2003, Verg. 25/02, juris.

Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann.

Mit diesen Vorgaben stimmen die Regelungen des deutschen Vergaberechts überein: Zunächst verpflichtet § 97 Abs. 1 und 2 GWB die öffentlichen Auftraggeber auf die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit, Verhältnismäßigkeit und Gleichbehandlung. Nach § 97 Abs. 3 GWB werden bei der Vergabe Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte berücksichtigt.

Nach § 127 Abs. 3 GWB müssen weiter auch die Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Diese Verbindung ist auch dann anzunehmen, wenn sich ein Zuschlagskriterium auf Prozesse im Zusammenhang mit der Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung, auf den Handel mit der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht, auch wenn sich diese Faktoren nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken.

Die Vergabeverordnung gibt in ihren §§ 42 ff für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte im Einzelnen Eigenungskriterien vor. Gestellt werden können dabei unter anderem Anforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens, welche eine angemessene Qualität der Ausführung gewährleisten (§ 46 Abs. 1), sowie Studien- und Ausbildungsnachweise (§ 46 Abs. 3 Nr. 6).

#### 5. Wahrung der Wissenschaftsfreiheit

Soweit Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen sind, steht ein Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit der vergebenden wissenschaftlichen Einrichtungen von vornherein nicht in Rede.

Aber auch dort, wo der Anwendungsbereich des Vergaberechts eröffnet ist, lassen Vergabegrundsätze und Zuschlagskriterien ausreichend Raum, um den besonderen Bedürfnissen der Vertragsforschung Rechnung zu tragen. Insbesondere kann der Grad der erwarteten Innovation ein ausschlaggebender Aspekt sein. Auch die wissenschaftliche Qualifikation des für die Durchführung vorgesehenen Personals kann so genügend gesichert werden.

Notwendig ist freilich, dass die Leistungsbeschreibung die forschungsrelevanten Anforderungen präzise formuliert. Auch ändert sich nichts daran, dass zwischen qualitativ gleichwertigen Angeboten der Zuschlag an das wirtschaftlichste zu gehen hat.

## IV. Aufträge unterhalb der Schwellenwerte

### 1. Rechtsgrundlagen

Die gesetzlichen Vorgaben für die Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte enthalten § 55 Bundeshaushaltsordnung und die im Wesentlichen gleich lautenden entsprechenden Bestimmungen der Landeshaushaltsordnungen. Danach muss dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen (Abs. 1) und ist beim Abschluss von Verträgen nach einheitlichen Richtlinien zu verfahren (Abs. 2).

Was den Bund angeht, wird diese Vorgabe durch Abschnitt 1 der VOL (VOL/A) umgesetzt. Diese ist vom Bundesministerium für Wirtschaft am 20.12.2009 erlassen worden und am 11.6.2010 in Kraft getreten.<sup>20</sup> In der Sache ebenso verfahren die Bundesländer. Teilweise ordnen sie die Geltung der VOL/A gesetzlich an,<sup>21</sup> teilweise begnügen auch sie sich mit entsprechenden Verwaltungsvorschriften.<sup>22</sup>

Soweit die betreffenden Landesgesetze die Vergabe zusätzlich an die Gewährleistung von Tariftreue bei der Durchführung des Auftrags binden, gilt das grundsätzlich auch für die Vergabe von Forschungs- und Entwicklungsaufträgen. Allerdings müssen die einschlägigen tariflichen Bestimmungen ihrerseits mit der durch Art. 5 Abs. 3 GG gewährleisteten Wissenschaftsfreiheit vereinbar sein. So wären tarifliche Bestimmungen, welche die Nutzung der in § 14 Abs. 2 Nr. 2 Arbeitszeitgesetz für die Forschung vorgesehenen Ausnahme vom allgemeinen Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot ausschließen, unbeachtlich.<sup>23</sup>

Ob im Zuge der Modernisierung des Vergaberechts auch die Vorschriften für die Vergabe unterhalb der Schwellenwerte geändert werden, ist offen. Das Eckpunktepapier des Bundesministeriums für Wirtschaft

20 Bundesanzeiger 2009 Nr. 196a.

21 §§ 6 f. TtVG Bremen; § 2a VergG Hamburg; § 2 Abs. 1 VergG Mecklenburg-Vorpommern; § 3 Abs. 2 TVergG Niedersachsen; § 3 Abs. 3 TVergG Nordrhein-Westfalen; § 1 Abs. 2 VergG Sachsen; § 1 Abs. 2 LVG Sachsen-Anhalt; § 3 Abs. 1 TVergG Schleswig-Holstein.

22 LTMG Baden-Württemberg; MfG Bayern; AVG Berlin; VergG

Brandenburg; VergG Hessen; LTTG Rheinland-Pfalz; TtG Saarland.

23 Dazu Löwisch, Tarifverträge für das Hochschulpersonal, FS Würtenberger, 2013, 1165, 1172ff; allgemein zur Problematik der Tarifreueeregungen demnächst Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2016, § 5 Rn. 441 ff.

und Energie sieht insoweit nur eine zeitnahe Prüfung des Anpassungsbedarfs vor.<sup>24</sup>

## 2. Anwendungsbereich

Abgesehen von Bauleistungen, für welche die VOB maßgebend ist, gilt die VOL/A nach ihrem § 1 Satz 1 für alle Vergaben von öffentlichen Aufträgen über Leistungen (Lieferungs- und Dienstleistungen). Mehrere Länder sehen allerdings Schwellenwerte für Kleinaufträge vor, sei es dass solche Aufträge überhaupt vom Vergaberecht ausgenommen werden, sei es dass bei ihnen die freihändige Vergabe zugelassen wird.<sup>25</sup>

Von der Geltung der VOL/A von vornherein ausgenommen sind nach § 1 Satz 2 Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden. Für den Begriff der freiberuflichen Tätigkeit wird dabei in einer Fußnote auf § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG verwiesen, nach dem zur freiberuflichen Tätigkeit u. a. die selbständig ausgeübte wissenschaftliche, künstlerische, schriftstellerische, unterrichtende oder erzieherische Tätigkeit gehört. Selbständig in diesem Sinne ist eine Tätigkeit, die ein Steuerpflichtiger auf eigene Rechnung und Gefahr entfaltet.<sup>26</sup>

Damit ist die Vertragsforschung im geistes- und sozialwissenschaftlichen Bereich aus dem Anwendungsbereich im Wesentlichen ausgenommen. Insbesondere wird die Gutachtertätigkeit in diesen Bereichen nicht erfasst.

Was die Vertragsforschung im Übrigen angeht, macht die VOL/A insofern eine Ausnahme, als sie in § 3 Abs. 5 lit. c eine freihändige Vergabe für zulässig erklärt, wenn es sich um die Erbringung von Dienstleistungen zur Erfüllung wissenschaftlich-technischer Fachaufgaben auf dem Gebiet von Forschung, Entwicklung und Untersuchung handelt, die nicht der Aufrechterhaltung des allgemeinen Dienstbetriebs und der Infrastruktur einer Dienststelle des Auftraggebers dient.

Man wird davon ausgehen müssen, dass damit nicht nur wissenschaftlich-technische Dienstleistungen im engeren Sinne gemeint sind, sondern allgemein Forschungs- und Entwicklungsaufträge auf wissenschaftlich-technischem Gebiet.<sup>27</sup> Denn gerade für diese ist die freihändige Vergabe sinnvoll, weil sie auf die angesichts der Dynamik von Forschung und Entwicklung nur schwer mögliche detaillierte Ausschreibung verzichtet.

## 3. Vergabegrundsätze

Auch soweit Forschungs- und Entwicklungsaufträge freihändig vergeben werden, sind doch die in § 2 VOL/A festgelegten Vergabegrundsätze zu beachten. Danach muss die Vergabe an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmen zu angemessenen Preisen erfolgen (Abs. 1 Satz 1). Kein Unternehmen darf dabei diskriminiert werden (Abs. 1 Satz 2).

§ 3 Abs. 5 lit. c VOL/A schreibt die freihändige Vergabe nicht vor, sondern erklärt sie nur für zulässig. Es steht deshalb nichts entgegen, Forschungs- und Entwicklungsaufträge auf wissenschaftlich-technischem Gebiet auszuschreiben. Dann sind die in § 16 VOL/A festgelegten Zuschlagskriterien zu beachten. Auch hier gilt dann, dass die Auftraggeber durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigte Kriterien, wie Qualität, Preis, technischen Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften usw. berücksichtigen können (Abs. 8), soweit diese in den Vergabeunterlagen genannt sind (Abs. 7).

In der Sache nichts anderes gilt aber auch für Leistungen im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit. Denn auch für diese gelten, wie § 1 Satz 3 VOL/A ausdrücklich festhält, die Bestimmungen der Haushaltsordnungen und damit die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 7 Satz 1 BHO).

## 4. Wahrung der Wissenschaftsfreiheit

Gleichgültig, ob Forschungs- und Entwicklungsaufträge unterhalb der Schwellenwerte freihändig vergeben oder ausgeschrieben werden: Vergabegrundsätze und Zuschlagskriterien lassen auch hier ausreichend Raum, um den wissenschaftsrelevanten Bedürfnissen von Forschungseinrichtungen gerecht zu werden. Insbesondere können die notwendigen Anforderungen an Fachkunde und Leistungsfähigkeit des Auftragnehmers gestellt werden.

## V. Private Auftraggeber

Auf Auftragsforschung, welche von privaten Unternehmen vergeben wird, ist das Vergaberecht von Haus aus nicht anwendbar. Auch die Vorschriften über das verbotene Verhalten marktbeherrschender Unternehmen greifen in der Regel nicht, weil es sich bei Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen zumeist nicht um gewerbliche Leistungen handelt.

24 Siehe Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts, Beschluss des Bundeskabinetts, 7. Januar 2015, abrufbar unter [www.bmwi.de](http://www.bmwi.de).

25 § 5 TtVG Bremen; § 1 Abs. 2 VergG Hessen; § 4 VergG Sachsen; § 1 Abs. 1 LVG Sachsen-Anhalt.

26 *Blümich/Hutter*, Kommentar zum Einkommensteuergesetz, 130. Aufl. 2015, § 18 Rn. 19.

27 So wohl auch *Willenbruch/Wiedekind/Haak/Preißinger*, Vergaberecht, § 3 VOL/A, Rn. 45 ff.

Eine Bindung an vergaberechtliche Bestimmungen kann sich aber aus dem Gesellschaftsrecht ergeben. So können Satzungen vorsehen, dass bestimmte Aufträge nur nach Ausschreibung vergeben werden dürfen. Auch kann es der von Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern anzuwendenden Sorgfalt entsprechen, Ausschreibungen vorzunehmen und bestimmte Vergabekriterien zu beachten. Das gilt aber nicht in jedem Fall. Forschungs- und Entwicklungsaufträge können so spezifische Anforderungen an die Fähigkeiten des Auftragnehmers stellen, dass von vornherein nur ein oder wenige Unternehmen in Betracht kommen. Dann kann es sinnvoll sein, auf eine Ausschreibung zu verzichten.

Denkbar, wohl aber weithin nicht praktiziert, ist auch eine Bindung von Zuschüssen öffentlicher Stellen an die Anwendung des Vergaberechts bei der Vergabe von Aufträgen.

## VI. Forschungsrelevante Lieferungen und Dienstleistungen

### 1. Oberhalb der Schwellenwerte

Vorschriften, die Forschungseinrichtungen als Auftragnehmer ganz vom Vergaberecht ausnehmen würden, enthalten weder die Richtlinie 2014/24/EU noch das GWB. Art. 32 Abs. 3 lit. a der Richtlinie bestimmt aber, dass das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung anwendbar ist, wenn es sich um Produkte handelt, die ausschließlich zu Forschungs-, Versuchs-, Untersuchungs- oder Entwicklungszwecken hergestellt werden, sofern die Aufträge nicht die Serienfertigung zum Nachweis der Marktfähigkeit oder zur Deckung der Forschungs- und Entwicklungskosten umfassen. Das Vergaberecht des GWB enthält diese Ausnahme nicht. Es begnügt sich mit der allgemeinen Ausnahmenvorschrift des § 116 Abs. 1 Nr. 2, die aber an die oben II 1 dargelegten Voraussetzungen geknüpft ist.

Art. 5 Abs. 10 der Richtlinie und § 3 Abs. 9 der Vergabeverordnung ermöglichen es allerdings, aus einem Gesamtauftrag ein oder mehrere Lose mit einem geschätzten Wert von unter 80.000 Euro zu vergeben, solange diese 20 % des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigen. Das bedeutet praktisch, dass 20% regelmäßig wiederkehrender Aufträge außerhalb des Anwendungsbereichs von Richtlinie und GWB vergeben werden können, so dass sie nur den Bestimmungen für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte unterliegen.

Eine unzulässige Umgehung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Satz 2 der Richtlinie und § 3 Abs. 2 Vergabeverordnung liegt

in einer solchen Vorgehensweise nicht. Bei Art. 5 Abs. 10 der Richtlinie und § 3 Abs. 9 Vergabeverordnung handelt es sich um Sondervorschriften, denen gegenüber den allgemeinen Umgehungsvorschriften Spezialcharakter zukommt. Sie sollen gerade auch die schwierige mit Unsicherheiten verbundene Beurteilung der Frage erübrigen, ob für eine Vermeidung der Anwendung von Richtlinie und GWB ein besonderer rechtfertigender Grund vorliegt.

### 2. Unterhalb der Schwellenwerte

Für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte ist wiederum § 3 Abs. 3 lit. c VOL/A einschlägig, nach dem die freihändige Vergabe stets zulässig ist, wenn es sich um die Erbringung von Dienstleistungen zur Erfüllung wissenschaftlich-technischer Fachaufgaben auf dem Gebiet von Forschung, Entwicklung und Untersuchung handelt, die nicht der Aufrechterhaltung des allgemeinen Dienstbetriebs und der Infrastruktur einer Dienststelle des Auftraggebers dienen. Indem die Vorschrift auch auf Untersuchungen abstellt, ermöglicht sie die Berücksichtigung von Forschungseinrichtungen, die für ihre eigene Forschung und Entwicklung auf das durch Untersuchungen gewonnene Material angewiesen sind.

Die freihändige Vergabe lässt zu, auf eine Ausschreibung zu verzichten, nur wenige Unternehmen zur Angebotsabgabe aufzufordern und dann auch nur mit einem Unternehmen über die Auftragsbedingungen zu verhandeln. Das lässt Spielraum, jedenfalls einen Teil solcher Untersuchungsaufträge an Hochschuleinrichtungen, etwa der Rechtsmedizin, zu vergeben, um die wissenschaftlichen Bedürfnisse solcher Forschungseinrichtungen zu befriedigen.

Ein Verstoß gegen die nach § 2 Abs. 4 VOL/A bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu beachtenden Preisvorschriften liegt darin nicht. Zwar bindet § 4 Abs. 2 der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen<sup>28</sup> öffentliche Auftraggeber an die im Verkehr üblichen Preise. Doch können diese nach § 4 Abs. 4 der Verordnung überschritten werden, wenn es die bei dem Auftrag vorliegenden besonderen Verhältnisse kostenmäßig rechtfertigen. Dass solche besonderen Verhältnisse vorliegen, muss man angesichts der Bedeutung dieser Aufträge für die durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geschützte wissenschaftliche Forschung annehmen. Solange die von den Hochschuleinrichtungen verlangten Preise die verkehrsüblichen nicht unverhältnismäßig überschreiten, ist deshalb auch das Preisrecht eingehalten.

28 Vom 21.11.1953 (BAnz. Nr. 244), zuletzt geändert durch VO PR 1/89 vom 13.6.1989 (BGBl. I 1094).

### 3. Wahrung der Wissenschaftsfreiheit

Aus der nach Art. 5 Abs. 3 GG bestehenden Pflicht des Staates, dafür zu sorgen, dass sich Hochschulen und Forschungseinrichtungen die für Forschung und Lehre notwendigen sachlichen Mittel, über die der Staat verfügt, verschaffen können, folgt seine Verpflichtung, auch bei Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte sicherzustellen, dass Hochschulen und Forschungseinrichtungen den für ihre Forschung und Lehre unabdingbaren Mindestanteil an einschlägigen Aufträgen erhalten.

Um diese Verpflichtung zu erfüllen, muss der Staat vor allem von der Möglichkeit Gebrauch machen, bis zur Grenze von 20% des Gesamtwertes Einzelaufträge im Umfang bis zu 80.000,00 € zu vergeben, um so zur Anwendung von § 3 Abs. 5 lit. c VOL/A zu gelangen.

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

# Felicitas Holzer

## *International Patent Regimes and Access to Medicines: Is the Health Impact Fund an Effective Solution?*

Der Zugang der Entwicklungsländer zu den Errungenschaften des medizinischen Fortschritts ist vielfach defizitär. Besondere Probleme bereitet dabei der Zugang zu patentgeschützten Arzneimitteln. Das Spannungsverhältnis zwischen den internationalen Regeln des Patentschutzes einerseits und den pharmazeutischen Bedürfnissen der Entwicklungsländer andererseits ist das Thema des Beitrags von Holzer. Schwerpunkt ist die Auseinandersetzung mit den rechtspolitischen Vorschlägen zur Lösung der Problematik. OdW ist für Diskussionsbeiträge zu diesem wichtigen wissenschaftspolitischen Thema offen.

Dem Journal of Science, Humanities and Arts (josh.org) danken wir für die Genehmigung der Übernahme in OdW.

### I. Introduction

Patents are currently the most common mechanism to stimulate pharmaceutical innovation. They are considered an efficient allocation mechanism and a system in which fewer resources are squandered.<sup>1</sup> Patents are of importance for pharmaceutical companies, since innovation is expensive with developing costs per new drug at more than 2 billion U.S. Dollars.<sup>2</sup> In 1995, members of the World Trade Organization (WTO) signed the agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) to standardize patent rights in an international context.<sup>3</sup> The trade agreement entails strict patent protection laws, i.e. a market exclusivity for patented drug over a period of at least 20 years.<sup>4</sup> One of the main incentives to design the TRIPS agreement was to create a reward mechanism for pharmaceutical compa-

nies in order to recover costs, to make profits and importantly, to promote research and development (R&D) for diseases that affect developing nations.<sup>5</sup>

However, the adoption of the TRIPS agreement exacerbated two problems that are persistent in the discussion about essential medicines for the global poor.<sup>6</sup>

*Access to medicines:* First, there is a distribution problem of existing innovations. As Thomas Faunce and Hitoshi Nasu put it, “the moral and practical problem of how poor people will continue to gain affordable access to medicines is one of the most pressing issues currently confronting humanity”.<sup>7</sup> Oftentimes, essential medicines are not accessible for poor patients, since pharmaceutical companies set high prices for drugs under the current patent regime.<sup>8</sup> After the implementation of the TRIPS agreement, the generic industry for new drugs was effectively shut down in developing countries due to the strict patent protection on a global scale. Thus, the accessibility of new innovations under the TRIPS regime has been shifted beyond the twenty-year protection of patents. Thomas Pogge argues that in consequence, an even higher percentage of the global poor is nowadays excluded from drug use than during the pre-TRIPS era.<sup>9</sup>

*Lack of R&D for neglected diseases:* Second, under high price patent regimes, in which drugs are sold under a monopoly<sup>10</sup>, most R&D is dedicated to diseases predominant in developed nations where the purchasing power for expensive pharmaceuticals is the highest.<sup>11</sup> Hence, due to a lacking market in developing countries, pharmaceutical companies do not develop a sufficient amount of essential medicines that would be life-saving for type II and III diseases like tuberculosis, HIV/AIDS and tropical diseases.<sup>12</sup> Among other factors, this imbalance in global R&D finds expression in the “10/90 gap” – only 10

1 Hollis (2008: 124-125). All risk of R&D costs is efficiently imposed on the pharmaceutical company that develops new drugs.

2 DiMasi et al. (2014). These costs include marketing approval, R&D, out-of-the pocket and time costs.

3 WTO (2001), Hollis (2008: 124).

4 Ravvin (2008: 110), Hollis (2008: 124). The TRIPS agreement was fully implemented by most of the WTO member states in 2005.

5 Ravvin (2008), Pogge (2009: 543-546), Buchanan et al. (2011: 307-310, 131), see Pogge (2009).

6 Pogge (2008, 2009).

7 Faunce and Nasu (2008: 146).

8 Pogge (2005, 2008, 2008b, 2009) argues that also poor patients from affluent countries cannot afford expensive medicines.

9 Pogge (2008: 73-76, 2009: 543-546).

10 Monopoly prices are usually associated with inefficient market solutions from a macroeconomic standpoint. Baker (2004: 2-3) estimates that for every dollar spent on R&D in the pharmaceutical sector, one dollar is lost in deadweight losses – potentially benefits to consumers that are not realized due to high prices.

11 See Davis (1995), Hollis (2008), Pogge (2008), Pogge (2009), Ridley and Grabowski (2006).

12 The World Health Organization (2012:1) defines type I diseases as incident in both rich and poor countries with large numbers of vulnerable populations, and type II diseases as more substantially incident in poor countries. See Buchanan et al. (2011:307), see WHO (2006).

per cent of the global R&D is devoted to diseases that account for 90 percent of the global disease burden.<sup>13</sup> Likewise, there is a bias towards symptom relieving drugs under the current patent regime. This means that profits for pharmaceutical companies depend on the number of treatments sold – which increases with the treatment of symptoms – and not necessarily on the health impact on the global burden of disease.<sup>14</sup>

There have been various attempts to overcome the outlined weaknesses of international patent regimes during the past decade. One of the most prominent proposals by Thomas Pogge and Aidan Hollis is the Health Impact Fund (HIF).<sup>15</sup> The HIF is designed to address the essential medicines problem while preserving the current patent regime. The reform proposal of the HIF is based on Pogge's defence of a global health reform. Notably, he pursues a human rights approach to justify the urgent need for alternatives to the current patent regime that, in his view, violates the human right to health by depriving the poor.<sup>16</sup> According to article 25 of the Universal Declaration of Human Rights, everyone has the right to a standard of living adequate for health and well-being which also includes medical care. Likewise, the World Health Organization defines the right to health as enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, which is embedded in international and domestic legal systems.<sup>17</sup> While legal obligations of granting the right to health were historically imposed on national duty-bearers, broader theories of justice have been evolving during the past 15 years and encompass a global approach to health obligations.<sup>18</sup> For instance, Pogge gives an historical account for a duty of the affluent countries to actively improve the health situation of the global poor. He infers this duty from the fact that the developed world has been responsible for the current unjust global order.<sup>19</sup> Nevertheless, the human rights approach may be more commonly considered a robust ethical framework

which is rooted in the strong belief that there is a social value for the respect for human dignity and conceptualized as an international human rights norm.<sup>20</sup>

As a matter of stipulation with the scope of this essay, I will not dwell on Pogge's human rights approach or his historical argument for a global health reform as philosophical foundations for the HIF. Likewise, I will not respond to the libertarian defence of property rights.<sup>21</sup> In this essay, I will discuss the design of the HIF and problems that arise with respect to its practical implementation. In this regard, I will follow the main line of argument in the literature on the HIF.

After reconstructing the design of the HIF alongside other recent approaches to improve the health of the global poor, I will critically scrutinize the expected effectiveness of the HIF in terms of its health impact on the global burden of disease. I will then give a general overview on the practical problems that the HIF poses and reconstruct the main points of criticism by Jorn Sonderholm, Allen Buchanan et al., and Michael Selgelid.<sup>22</sup> Subsequently, I will discuss the last mile problem in more detail. The last mile problem addresses the practical problem of lacking infrastructure in low-income countries and constitutes a major obstacle to the accessibility of medicines.<sup>23</sup> I will build upon Sonderholm who reformulates the last mile problem as collective choice problem. However, my aim is to go beyond Sonderholm's critique by embedding the last mile problem into the broader context of global poverty traps. More precisely, I will argue that a solution to the last mile problem would entail the access to pharmaceuticals *and* the access to information, education, technology and economic participation, which are crucial factors for the distribution and accessibility of drugs on the last mile. As a result, I will argue that the HIF can potentially contribute, but not fully solve the last mile problem and consequently, the access to medicines problem persists under the HIF.

13 Luchetti (2014: 731).

14 Ravvin (2008:112), Faunce and Nasu (2008), see Hilary (2001), see Farmer (2004).

15 Hollis (2005, 2007, 2008), Pogge (2005, 2008, 2009).

16 Pogge (2009: 554, 2005, 2005b).

17 The Universal Declaration of Human Rights (1948) art. 25 (1), WHO (2008), International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966) art. 12, Hunt (2008: 1-9).

18 See Clapham (2006), Pogge (2002, 2005, 2005b).

19 See Pogge (2002).

20 See Sen (1999), see McDonald (2006), Pogge (2005, 2005b, 2009). Even libertarians like Nozick (1974: 178-182), acknowledge the limits of private property in the light of human rights violations by

saying that those in control of the remaining resources must not deprive people from essential goods. See Exdell (1977: 144-145), see Gordon (1992).

21 In his philosophical foundation, Pogge (2009: 559-566) discusses the libertarian appeal to intellectual property rights. Pogge (2009: 364-365) denies the moral permissibility of intellectual property rights by arguing that intellectual property suppresses the poor people's freedom to use essential resources.

22 Sonderholm (2010), Buchanan et al. (2011), Selgelid (2008)

23 Sonderholm (2010: 171). Even if a drug is available on the local market at cheap prices, a lack of infrastructure can lead to delivery problems over the last mile.

## II. The Health Impact Fund in the context of other approaches to improve the health situation of the global poor

States, international organizations and NGOs have made various attempts to improve the health situation of the global poor. Most notably, the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health states that trade agreements should be interpreted and implemented to protect public health and to promote access to medicines.<sup>24</sup> Push-mechanisms have historically been the primary ways to promote R&D for socially desirable but unprofitable medicines.<sup>25</sup> Push-mechanisms reduce the costs of R&D for researchers by providing funding up front. Governments and other funding bodies usually provide resources for research through grants. More recently, other push-strategies have been emerging like Public Private Partnerships and international health programs.<sup>26</sup> In contrast to push-mechanisms, pull-mechanisms give incentives to profit-seeking innovators to develop pharmaceuticals that are aligned to the social needs.<sup>27</sup> For instance, Advanced Market Commitments are committed to reward payments for medicines that meet certain criteria.<sup>28</sup>

However, there are several flaws related to these current attempts to improve R&D for neglected diseases. Push-mechanisms, for instance, support publicly funded projects that often lead to unsuccessful R&D. Likewise, funding bodies may not be the most efficient agents to accurately determine successful projects.<sup>29</sup> Furthermore, push-mechanisms eventually lead to drugs that are sold at monopoly prices, since late-stage R&D is mostly funded by private companies.<sup>30</sup> In turn, Hollis points out that Advanced Market Commitments are actually efficient mechanisms because private companies bear the full costs of R&D. However, at the same time, they exhibit a too narrow scope for product development.<sup>31</sup> Hence, current push- and pull-mechanisms, much the same as

the TRIPS patent system, do not sustainably solve the two aspects of the essential medicines problem: the sub-optimal access to life-saving drugs due to monopoly pricing and the limited R&D resources for drugs that would be of benefit to the global poor.<sup>32</sup>

The reform proposal by Hollis and Pogge is a pull mechanism that addresses both aspects of the essential medicines problem. The HIF offers a second patent option alongside the current international patent regime.<sup>33</sup> Under the proposed HIF, pharmaceutical companies that bring new drugs to market have the option to either set monopoly prices under patents or to register new medicines with the HIF. The company could patent a HIF-registered drug in any country, but would be obliged to sell it everywhere during the reward period of 10 years at a determined price, ideally at production costs, and to offer a free license of the relevant technology to manufacture the drug after the reward period.<sup>34</sup> Reward payments would have to match the expected profit the firm would make by setting monopoly prices. Furthermore, reward payments would be based on the global health impact of the product, which could be assessed by quantitative methods to measure the reduction in the global burden of disease like Quality-Adjusted Life Years (QALYs),<sup>35</sup> a standardized measure to assess health interventions.<sup>36</sup> Hollis proposes two options to determine the amount of money that would be paid to the innovator. Either the price per incremental QALY would be fixed which would leave the budget of the fund indeterminate, or a total amount of funding for all innovators would be fixed in advance leaving the reward payment per QALY variable.<sup>37</sup> Moreover, Hollis' and Pogge's reform proposal aims to provide a just allocation mechanism of costs to finance the HIF. Developed nations should bear most of the costs needed to build and maintain the HIF.

According to Pogge, the HIF could be built if developed nations spent around 70 billion U.S. Dollars annually which would make up only 0.27 per cent of the ag-

24 WTO (2003), paragraph 1,4,7; see *Faunce and Nasu* (2008).

25 *Ravvin* (2008: 115-117).

26 For example, projects by the International AIDS Vaccine Initiative or the Global Alliance for Tuberculosis Drug Development (2007) or the "Treating 2 Million by 2005" by the World Health Organization to target AIDS and Malaria (WHO 2003: 4-5, 24), *Päivänsalo* (2009: 101-102).

27 *Ravvin* (2008:117), see *Hollis* (2006).

28 *Hollis* (2008: 125-126), see *Kremer and Glennerster* (2004: Ch.7), see *World Bank* (2006). Advanced Market Commitments are particularly used to incentivize R&D for vaccines.

29 See *Buchanan et al.* (2011), *WHO* (2012), *Hsu and Schwartz* (2007: 26), *Pogge* (2008: 24), see *Hollis* (2007), *Johnston and Wasunna* (2007).

30 *Ravvin* (2008: 111-112, 115).

31 *Hollis* (2008: 125-126).

32 *Ravvin* (2008: 115-117).

33 *Pogge* (2005, 2008, 2009), *Hollis* (2008).

34 *Hollis* (2008: 127).

35 The health impact could be also measured in DALYs (Disability-Adjusted Life Years), using disabilities as weight for burden of disease. According to *Hollis* (2008: 128-129), DALYs are the less appealing measure. However, *Selgelid* (2008: 138) argues that the DALY approach may be preferable for the HIF, since the relief from the burden of disease is measured.

36 See *Gold et al.* (2002).

37 *Hollis* (2008: 127).

gregate gross national income.<sup>38</sup> Hollis and Pogge consider the increased spending by the affluent countries as realistic option for prudential reasons: First, prices for pharmaceuticals would also be considerably lower in developed countries.<sup>39</sup> Second, Pogge states that a “free ride” for developing countries on pharmaceutical research could show good-will of the affluent countries and enable the developing world to respond more effectively to publichealth problems.<sup>40</sup> According to Pogge, the HIF registration system would be superior to the current status quo because it consists of an additional patent system that rewards R&D based on the health impact of new drugs. The health impact promises to be high when a new drug targets a large number of diseases like malaria, AIDS/HIV, tuberculosis and other tropical diseases that primarily affect the developing world. Thus, the HIF would incentivize research for diseases that currently impose a high burden across the world and for which there are only few treatment alternatives available.<sup>41</sup> Furthermore, the HIF would be more efficient than common push-mechanisms because only successful innovation would be rewarded.<sup>42</sup> Likewise, the reward system correspondent to the health impact would generate incentives to sell the drug cheaply in order to reach more patients, and to encourage other companies to copy and sell the drug. This would substantially contribute to improve the access to medicine problem for the global poor.<sup>43</sup>

### III. General critique and limits to the practical implementation of the HIF

Several critiques of Hollis’ and Pogge’s reform proposal address the practical issues of its implementation. Faunce and Nasu, Ravvin and Hollis himself argue that the HIF would be prone to firms that exaggerate the health impact of new drugs under the HIF.<sup>44</sup> Hence, useful resources that could be spent on R&D, the administration of the HIF and the assessment of the health impact

would have to be spent on a control system to fight corruption.<sup>45</sup> Furthermore, Buchanan et al. criticize two implicit assumptions of the HIF model which they call funding and reliability assumption. First, to address the funding assumption, Buchanan et al. give historical evidence that most publicized funding commitments in the affluent world have not been met in practice. Thus, pharmaceutical companies would rely less on the payment commitment by the HIF than on the current patent system. Also, providing public funding to private companies is politically unpopular.<sup>46</sup> In the same line, Faunce and Nasu as well as Sonderholm question the Pogge’s suggestion that affluent countries would bear an annual price tag of 70 billion U.S. Dollars when it remains unclear whether the developed world benefits from the HIF or not.<sup>47</sup> Second, regarding the reliability assumption, companies would have to rely on fair rewards that cover R&D expenses and assure equal profits compared to the ordinary patent registration. According to Buchanan et al., it remains difficult to implement reliable measurements for the health impact of drugs on the global burden of disease, in particular when diseases are multi-factorial or treated with several drugs.<sup>48</sup> Selgelid similarly points out that despite the progress in the global disease burden (GDB) research, measurement systems like those ones using QALYs or DALYs are weakest in developing countries where they would be needed most.<sup>49</sup> Thus, appropriate methods of data collection for the establishment of the HIF do not exist. Also, Selgelid systematically shows the problems that arise when the decline in GDB occurs due to effects caused by more than one drug. Based on counterfactual examples, he demonstrates that the actual effect of a drug is indefinable when there are synergistic or additive effects of a second drug.<sup>50</sup> He concludes that the evaluation of the real effect of a drug would require a huge amount of data collection and analysis in practice. Hence, an effective implementation of the HIF remains highly challenging and possibly unrealistic.<sup>51</sup>

38 Pogge (2005: 192). In turn, Hollis (2008: 127) suggests a minimal commitment funding of 2 billion to 10 billion U.S. Dollars a year that would incentivize drug development and commercialization.

39 Through lower prices, a bigger quantity of medicines could be covered by the health care system and patients would have to spend less money on medicines (Pogge 2005: 192-193).

40 Pogge (2005: 193-194).

41 Pogge (2009: 548-550).

42 Hollis (2008: 126-127).

43 Pogge (2009: 549-550).

44 Hollis (2008: 128), Ravvin (2008: 121), Faunce and Nasu (2008: 150).

45 Hollis and Pogge (2008: 31).

46 Buchanan et al. (2008: 325-326).

47 Faunce and Nasu (2008: 150), Sonderholm (2010: 173).

48 Buchanan et al. (2008: 326).

49 Selgelid (2008: 138).

50 Selgelid (2008: 139-151), see Sonderholm (2010: 171-173).

51 Selgelid (2008: 138, 143).

#### IV. An assessment of the HIF's ability to solve the access to medicine problem in the light of poverty traps

So far, the presented critiques mainly address the implementation of the HIF. However, I will now focus in more detail on another practical problem – the “last mile problem” – that concerns access to pharmaceuticals. Many people are still excluded from drug use, although pharmaceuticals could be cheaply available. A recent UNAIDS report states that to this day only about 41 per cent of sub-Saharan African HIV/AIDS patients receive antiretroviral drugs.<sup>52</sup> However, Sonderholm argues that antiretroviral HIV drugs are not commonly patented in African countries.<sup>53</sup> Thus, the current TRIPS system cannot be made fully responsible for the exclusion of patients from essential drugs in the global AIDS crisis. According to Sonderholm, the lack of physicians, clinics, and infrastructure to administer the antiretroviral therapy and to screen people are the main causes for the AIDS epidemic and not the price policies of pharmaceuticals.<sup>54</sup> This lack of infrastructure for the final distribution of drugs is known as the last mile problem. To reduce the global burden of disease effectively, drugs must be delivered to patients over ‘the last mile’.

Hollis and Pogge argue that shortcomings in the health sector would adversely affect the spread of HIF-registered drugs. Hence, the authors believe that pharmaceutical companies that register drugs under the HIF would have strong incentives to sustainably pursue strategies to improve the health impact of new drugs on the GDB in order to increase the reward payments.<sup>55</sup> Firms would tackle the last mile problem by improving factors that prevent the effective acquisition of drugs.<sup>56</sup> Such improvements would be efforts to determine how information could be best communicated to the public, how health care education could be improved, and to identify strategies to encourage health care providers in the public and private sector to develop strategies for drug dispensers, health care workers and drug sellers.<sup>57</sup> Furthermore, Pogge argues that HIF registrants, perhaps in collaboration with international agencies or NGOs, would be in a more potent position than poor countries to over-

come shortcomings on the last mile.<sup>58</sup> Therefore, Hollis and Pogge consider the HIF as a realistic chance to improve the last mile problem.

However, as Sonderholm puts it, there is little hope that the HIF would sustainably solve the last mile problem. He argues that despite strong incentives to improve the access to medicines under the HIF, there would be a collective choice problem.

„So, imagine that company A has a product in country x and that company B also has a product in this country and that its product has a significantly higher potential for health improvement than the product of company A. Imagine also that company A has another product in another country that has a huge potential for health improvement and that company B has no other product than the one it has in x. [...] In this scenario, company A has very little financial incentive for contributing to country x.”<sup>59</sup>

In this outlined hypothetical case, a collective choice problem of lacking incentives to improve the health infrastructure occurs. Furthermore, assuming that there is usually more than one company that produces medicines with a potential health impact, firms would speculate to free-ride on the efforts made by other companies. This would eventually lead to a suboptimal provision of health infrastructure.<sup>60</sup>

Building upon Sonderholm's critique, I will introduce the concept of poverty traps and apply it to the last mile problem in order to provide a different, more fundamental critique of the HIF's ability to effectively solve the access to medicines problem. Similarly to Sonderholm, I do not believe that Hollis' and Pogge's argument – that firms would have the capacity to substantially contribute to the last mile problem<sup>61</sup> – is very compelling. However, I believe that there are reasons other than the collective choice problem Sonderholm identifies. To show this, I will analyze the last mile problem in the context of global poverty traps.

The Millennium Development Goals (MDGs) established in 2000 envisaged the affluent countries mobilizing resources to reduce poverty by increasing develo-

52 UNAIDS (2013: 4). However, the provision of treatment in the area has been substantially increased during the last decade. As stated in a former WHO report (2005: 13), only 11 percent of the sub-Saharan African HIV patients received antiretroviral therapy in 2005.

53 Sonderholm (2010: 170), see Attaran and Gillespie-White (2001).

54 Sonderholm (2010: 170-171) argues against Pogge (2005: 184) who uses the global AIDS crisis in Africa as vital example for the needs of poor patients that is played out against the recoup of R&D costs of pharmaceutical companies.

55 Hollis and Pogge (2008: 75).

56 Hollis and Pogge (2008, Ch. 7).

57 Hollis and Pogge (2008: 75-77).

58 Pogge (2009: 549-550), Hollis and Pogge (2010).

59 Sonderholm (2010: 171).

60 As widely discussed in the economic theory of public goods, the free-rider problem occurs when those who benefit from goods do not pay for them, which results in a suboptimal provision of goods or services. See Cornes and Sandler (1996).

61 Hollis and Pogge (2008: Ch. 7).

ping assistance from 0.25% of the gross domestic product in 2003 to 0.54% in 2015 which amounts to 120 billion U.S. Dollars annually.<sup>62</sup> The goal was already exceeded by 2007 when more than 120 billion U.S. Dollars were spent, from which 22 billion U.S. Dollars were going to health programs.<sup>63</sup>

However, the United Nations, that set the MDGs, expected a much greater impact on poverty which was not overcome by the raising and spending of enormous funds. Many very poor countries are still unable to reach the outlined goals. For instance, according to estimates in 2010 and 2012, 896 million people were living on less than two Dollars a day. Child and maternal mortality are still above the target rate.<sup>64</sup> David Stuckler et al. show that the unequal progress in achieving the health MDGs in low-income countries is significantly related to the burden of type I and type II diseases like HIV/AIDS and other communicable diseases.<sup>65</sup>

Gorik Ooms et al. explain that poverty traps are the major causes for the fact that the MDGs have not been met as expected. Poverty traps, according to Ooms et al., are vicious cycles of insufficient capital in which poor countries are unable to build up infrastructure and business, and to sustain education. This lack of sustainable infrastructure entails a lack of services that would be needed for health, education, or other basic infrastructure which, in turn, would be required to maintain the health of workers that would produce capital and so on.<sup>66</sup> Poverty traps imply a long-term growth failure of very poor countries and an increasing divergence in the global economy. Also, institutional failures prevent countries from escaping this viscous cycle.<sup>67</sup> Furthermore, global centres of economic growth and prosperity like the Western world, China, Russia, Brazil, and South Africa, attract capital and human resources to “bend the rules to their advantage”, but the return of capital does not go back to poor countries.<sup>68</sup> In addition to that, capital accumulation in poor countries can easily be overwhelmed by global price fluctuations, for instance, of commodities low-income countries largely depend on. Also, low-income countries frequently lack an insurance system that would be needed to develop comparative economic advantages.<sup>69</sup>

As Ooms et al. suggest, poor countries cannot improve their overall health situation due to the poverty traps they are caught in. In the following, I will show that this corresponds to the – what Sonderholm, Hollis and Pogge call – last mile problem. The failure to achieve the MDGs reveals the genuine importance of poverty traps and the substantial difficulties on the last mile, since countries remain in poverty despite the provision of enormous funding. Sustainable networks of services, staff and traffic systems that would be needed to efficiently solve the last mile problem seem to be deeply entangled with more far-reaching global economic structures. There are longstanding shortcomings like the lack of electricity, knowledge and information about diseases, as well as corruption which international agencies, NGOs and states have been addressing over several decades.

Given the entanglement of the last mile problem with global economic structures and local shortcomings, I argue that the HIF is not unable to solve the last mile problem just because of the collective choice problem Sonderholm introduces. Even if the presented collective choice problem could be solved, a sustainable intervention needed to drag a country out of a poverty trap would be too far-reaching in view of the local and global dimension of the trap. Despite the affluence of the pharmaceutical industry, it would be unlikely to expect private firms to have the necessary resources to attain success. This seems especially compelling when considering Hollis and Pogge’s assumption that the resources needed to solve the last mile problem could almost exclusively be raised by the pharmaceutical industry. Then, the authors would have to claim that firms would maximize profits with the HIF while and precisely because they are freeing countries from poverty traps. This claim appears to substantially underrate the structural constitution of the last mile problem.

To actually tackle the access to medicines problem effectively, I suggest that the problem has to be viewed in a wider context of access to health-related information, knowledge, and education.<sup>70</sup> These factors are of importance to the distribution of drugs, just as affordable prices. According to Thana Campos, only a fundamental institutional health reform could solve the current global

62 Ravishankar et al. (2009: 2113), see United Nations (2015), see Sachs and McArthur (2005).

63 Ooms et al. (2010: 1), see Ravishankar et al. (2009).

64 World Bank (2015), Stuckler et al. (2010: 2).

65 Stuckler et al. (2010: 1).

66 Ooms et al. (2010: 1-2).

67 Azariadis and John (2005).

68 Ooms et al. (2010: 2).

69 Ooms et al. (2010: 3), see Lock et al. (2009).

70 See Campos (2008), see Balkin (2006) who defines access to knowledge as access to education, information, knowledge-embedded goods (products that require information for producing e.g. drugs) and tools for the reproduction of such goods.

health dilemma.<sup>71</sup> For instance, the Millennium Development Goals advocate a more systematic approach by identifying, for instance, pharmaceutical companies and the whole private sector as responsible actors to provide access to medicines and new technologies, such as information and communication technologies.<sup>72</sup>

## V. Conclusion

The HIF is comprehensive in its scope and offers in its theoretical foundation a plausible mechanism to solve the health problems of the global poor. It is a serious attempt to tackle the global imbalance in R&D and to set long-term incentives for the development of cheap drugs with a global health impact. Thus, the HIF is a valuable reform proposal to address the problem of patentable drugs and the problem of extreme deprivation through monopoly prices. Also, the HIF is in line with a strong and justifiable ethical framework based on a human rights approach.

The critiques of the practical implementation I discussed suggest that more research on issues of practicality needs to be done before a final verdict on the HIF can be passed. However, having depicted the complex structures of poverty traps, the analysis of the last mile problem suggests that however positive this verdict turns out to be, the HIF's ability to solely improve the last mile problem is limited. In this regard, Hollis and Pogge may overestimate the potential strength of the HIF. Thus, I advocate an approach in which the HIF would be introduced as a mechanism alongside other structural reforms on a global and local level to overcome poverty traps and the access to medicines problem.

Felicitas Holzer absolviert zur Zeit das Masterprogramm (MPhil) in „History and Philosophy of Science“ an der University of Cambridge mit den Schwerpunkten Bioethik und Wissenschaftstheorie.

71 Campos (2008: 8), see Tarantola et al. (2008).

72 United Nations (2015: 62-68), Goal 8.



# Andreas Schubert und Sarah Tarantino

## Weisungsrecht und Forschungsfreiheit

### ÜBERSICHT

#### A. Einleitung

#### B. Weisungsrecht und Forschungsfreiheit im außeruniversitären Bereich

##### I. Grundlagen

1. Geltung des Art. 5 Abs. 3 GG in den außeruniversitären Forschungseinrichtungen
2. Geltung des Art. 5 Abs. 3 GG in der Privatwirtschaft
3. Umfassender Grundrechtsverzicht oder Maßgeblichkeit der vertraglichen Ausgestaltung
4. Grundsätzliche Interessenabwägung

##### II. Die einzelnen Freiheiten der Wissenschaftler

1. Forschungsziel
2. Forschungsmethoden und Arbeitsorganisation
3. Publikationsrecht
  - a) Veröffentlichung durch den Arbeitgeber
  - b) Veröffentlichung durch den Arbeitnehmer
    - aa) Wirtschaftliche Nachteile des Arbeitgebers und Geheimhaltungsinteressen
    - bb) Fehlende inhaltliche Übereinstimmung
    - cc) Interessen anderer Forscher

##### III. Ergebnis

#### C. Weisungsrecht und Forschungsfreiheit im universitären Bereich

##### I. Dienstpflichten der Wissenschaftlichen Mitarbeiter

##### II. Weisungsrechtliche Integration in der Hochschule

1. Grundsätzliche weisungsrechtliche Integration
  - a) Fachliches und dienstrechtliches Weisungsrecht
  - b) Grundlegende hochschulrechtliche Ausgestaltung des fachlichen Weisungsrechts
2. Abstufung der Reichweite des Weisungsrecht nach fachlicher Qualifikation

##### III. Einzelfragen

1. Forschungsziel
2. Forschungsmethodik
3. Urheber-, Publikations- und Arbeitnehmererfindungsrecht

##### IV. Ergebnis

#### D. Gesamtergebnis

### A. Einleitung

An außeruniversitären Forschungseinrichtungen, in der privaten Wirtschaft und im Hochschulwesen leisten For-

scher und Wissenschaftliche Mitarbeiter einen erheblichen Teil zum Gelingen wissenschaftlicher Forschungsprojekte bei. Oftmals ist eine Realisierung ohne das Zuarbeiten Wissenschaftlicher Mitarbeiter gar undenkbar. Sie stellen eine tragende Säule in der wissenschaftlichen Landschaft der Bundesrepublik Deutschland dar.

Während die Weisungsfreiheit des Hochschullehrers in Bezug auf seine wissenschaftliche Tätigkeit sich bereits aus Art. 5 Abs. 3 GG ergibt,<sup>1</sup> ist die Beantwortung der Frage der direktionsrechtlichen Stellung von Forschern und Wissenschaftlichen Mitarbeiter sowohl im hochschulischen als auch außerhochschulischen Bereich nicht ganz so einfach zu beantworten. Zwar ist Art. 5 Abs. 3 GG ein Grundrecht, auf das sich jede natürliche Person berufen kann, die Forschung betreibt.<sup>2</sup> Allerdings ist die Reichweite der Schutzwirkung der Forschungsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG im beruflichen Alltag von der jeweiligen vertraglichen Ausgestaltung bzw. konkret in Frage stehenden Tätigkeit abhängig.

Der nachfolgende Beitrag widmet sich im ersten Teil der weisungsrechtlichen Stellung dieser Forscher an außeruniversitären Forschungseinrichtungen. Der zweite Teil geht auf die allgemeine weisungsrechtliche Stellung Wissenschaftlicher Mitarbeiter im Hochschulwesen sowie auf die (landes-)hochschulrechtlichen direktionsrechtlichen Besonderheiten bei dieser Personalgruppe ein.

### B. Weisungsrecht und Forschungsfreiheit im außeruniversitären Bereich

Geht es um wissenschaftliche Forschung, so ist diese nach weitverbreiteter Ansicht vor allem an den Hochschulen, insbesondere an den Universitäten angesiedelt. Allerdings stimmt dieses Bild schon lange nicht mehr.<sup>3</sup> Forschung wird zu großen Teilen an außeruniversitären Forschungseinrichtungen – wie den Instituten der Max-Planck-Gesellschaft und der Fraunhofer-Gesellschaft, den Akademien der Wissenschaft oder den Ressortforschungsanstalten des Bundes und der Länder – und auch in privaten Wirtschaftsunternehmen betrieben, ohne dass hochschulrechtliche Regelungen anwendbar sind.

Die Rechtsbeziehung zwischen angestellten Wissenschaftlern und ihren Arbeitgebern werden durch Geset-

1 Ausführlich zum Schutzbereich siehe in dieser Ausgabe Löwisch, *Forschung und Vergaberecht*, S. 152 ff.

2 Mager, in: Inensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, 3. Aufl.,

Heidelberg 2005, § 166 Rn. 17.

3 Bereits Thieme, *Die Wissenschaftsfreiheit der nichtuniversitären Forschungseinrichtungen*, DÖV 1994, 150.

ze, Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen und den Arbeitsvertrag gestaltet. Einzelheiten, die durch diese Rechtsquellen nicht geregelt werden, kann der Arbeitgeber im Rahmen seines Direktionsrechts nach billigem Ermessen gem. § 106 GewO näher bestimmen. Das betrifft z.B. den Inhalt, Zeit und Ort der Arbeitsleistung sowie das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb. Allerdings sind in die Billigkeitskontrolle alle Umstände mit einbeziehen, die für die Interessen des Arbeitnehmers relevant sind.<sup>4</sup> Das könnte auch die verfassungsrechtlich geschützte freie wissenschaftliche Betätigung eines Forschers umfassen. Denn, wie eingangs erwähnt, steht Art. 5 Abs. 3 GG als „Jedermannsgrundrecht“<sup>5</sup> grundsätzlich jedem zu, der wissenschaftlich tätig ist oder tätig werden will, egal ob an den Hochschulen oder außeruniversitär.<sup>6</sup> Im außeruniversitären Bereich ist allerdings zunächst klärungsbedürftig, ob die jeweiligen Arbeitgeber überhaupt an die Grundrechte gebunden sind.

## I. Grundlagen

### 1. Geltung des Art. 5 Abs. 3 GG in den außeruniversitären Forschungseinrichtungen

Die meisten außeruniversitären Forschungseinrichtungen werden ausschließlich bzw. überwiegend von der öffentlichen Hand getragen sowie organisiert und übernehmen staatliche Aufgaben. Auch wenn sie dabei privatrechtlich organisiert sind, müssen sie daher dem Staat zugerechnet werden.<sup>7</sup> Dementsprechend ist auch eindeutig, dass sie an die Grundrechte und damit an den Art. 5 Abs. 3 GG gebunden sind. Sollte in Einzelfällen nicht von einer Zuordnung vom Staat ausgegangen werden (z.B. bei der Max-Planck-Gesellschaft<sup>8</sup>), so ergibt sich die Grundrechtsbindung aus der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte.<sup>9</sup>

### 2. Geltung des Art. 5 Abs. 3 GG in der Privatwirtschaft

Auch private Arbeitgeber sind an die Grundrechte gebunden: Eine unmittelbare Wirkung der Grundrechte, wie es das BAG lange Zeit angenommen hat,<sup>10</sup> verbietet

sich zwar wegen der Stellung der Grundrechte als Freiheitsrecht gegenüber dem Staat. Heute wird aber von einer mittelbaren Wirkung der Grundrechte ausgegangen.<sup>11</sup> Denn der Gesetzgeber ist bei der Gestaltung der Rechtsordnung an die Grundrechte gebunden. Auch sind die Gerichte aufgrund ihrer Grundrechtsbindung verpflichtet, bei Rechtsstreitigkeiten im Rahmen ihrer Kompetenzen durch eine grundrechtskonforme Auslegung und ggf. Fortbildung des einfachen Rechts Schutz zu gewähren.<sup>12</sup> Dabei bietet sich die Generalklausel „billiges Ermessen“ im Rahmen des § 106 GewO an: sie kann ohne weiteres im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen konkretisiert werden, sodass der Arbeitgeber bei seinen Weisungen stets die Wissenschaftsfreiheit seiner angestellten Forscher zu achten hat. Grundsätzlich kann so auch Art. 5 Abs. 3 GG in privatwirtschaftlichen Arbeitsverhältnissen Anwendung finden.

Fraglich bleibt allerdings, ob bzw. inwieweit sich Wissenschaftler überhaupt gegenüber ihren Arbeitgebern auf die Wissenschaftsfreiheit berufen können. Immerhin haben sie sich freiwillig dazu entschieden, in der außeruniversitären Forschung tätig zu werden und sich privatwirtschaftlichen Zwängen zu unterwerfen.

### 3. Umfassender Grundrechtsverzicht oder Maßgeblichkeit der vertraglichen Ausgestaltung

Teilweise wird vertreten, dass die Eingehung des außeruniversitären Arbeitsverhältnisses bzw. bestimmte Gestaltungen des Arbeitsvertrags einen „Grundrechtsverzicht“ darstellen.<sup>13</sup> Dabei verzichtet der betroffenen Wissenschaftler bewusst und freiwillig auf die Ausübung der ihm eigentlich zustehenden Wissenschaftsfreiheit.<sup>14</sup> Das hätte zur Folge, dass er sich im weiteren Verlauf des Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Arbeitgeber auch nicht mehr darauf berufen könnte.

Dagegen spricht, dass das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit nicht an den Arbeitnehmer, sondern an die wissenschaftliche Tätigkeit gebunden ist.<sup>15</sup> Die wissenschaftliche Bildung oder frühere Forschungstätigkeit eines Arbeitnehmers bedeutet nicht, dass er sich bei all

4 BAG 23.9.2004, 6 AZR 567/03, EzA § 106 GewO Nr. 1; AR/Kolbe, § 106 GewO Rn. 50.

5 BVerfG 8.2.1977, 1 BvR 79/70, NJW 1977, 1049.

6 BVerfG 29.5.1987, 1 BvR 424/71, NJW 1973, 1176.

7 Zimmermann, Befristete Arbeitsverhältnisse an Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen bei Drittmittelfinanzierung, 2001, S. 85; Thieme, Die Wissenschaftsfreiheit der nichtuniversitären Forschungseinrichtungen, DÖV 1994, 150, 151.

8 Ossenbühl in: Hanau/Ossenbühl, Kündigungsschutz und Wissenschaftsfreiheit, S. 74 ff.

9 Zimmermann, Befristete Arbeitsverhältnisse an Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen bei Drittmittelfinanzierung, S. 85 Fn. 368. Zur mittelbaren Grundrechtsbindung sogleich.

10 Siehe dazu BAG 3.12.1954, 1 AZR 150/54, NJW 1955, 606.

11 Isensee/Kirchhof/Rüfner, § 197 Rn. 88 ff.

12 MüKoBGB/Armbrüster, § 134 Rn. 34.

13 Wegehaupt, Wissenschaftsfreiheit im außeruniversitären Arbeitsverhältnis, S. 104 ff.

14 Bethge in: Isensee/Kirchhof, § 203 Rn. 92 ff.

15 Siehe auch Classen, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, S. 150 ff.; Lebich, Die Haftung angestellter Ärzte, S. 52.

seinen späteren Tätigkeiten stets auf die Wissenschaftsfreiheit berufen und damit auch auf sie verzichten kann. Das bedeutet, nur, wer tatsächlich wissenschaftlich tätig wird, kann den Schutz des Art. 5 Abs. 3 GG in Anspruch nehmen.

Daher kommt es auf den einzelnen Arbeitsvertrag an: Lässt dieser Spielraum für eine unabhängige wissenschaftliche Tätigkeit oder grenzt er die Tätigkeit genau ein? Davon hängt ab, ob der Arbeitnehmer als Wissenschaftler oder nur als hochqualifizierte Fachkraft tätig wird. Der Arbeitsvertrag bestimmt damit, ob überhaupt eine unabhängige wissenschaftliche Tätigkeit vorliegt, die in den Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 3 GG fallen kann. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Geltung von Grundrechten vertraglich festgelegt wird.<sup>16</sup> Wenn im Arbeitsvertrag von „Wissenschaft“ die Rede ist, so ist damit ein abstrakter Wissenschaftsbegriff gemeint – es soll damit nicht auf die verfassungsrechtlich geschützte Wissenschaftsfreiheit rekurriert werden. Entscheidend ist vielmehr, dass im Arbeitsvertrag eine für wissenschaftliches Arbeiten erforderliche Unabhängigkeit gewährt wird, so dass diese wissenschaftliche Tätigkeit auch im Lichte des Art. 5 Abs. 3 GG zu betrachten ist. Es kommt beim Grundrechtsschutz nicht darauf an, warum jemand wissenschaftlich tätig wird, sondern dass er wissenschaftlich tätig wird. In dem Moment, in dem Forschung stattfindet, kann sich derjenige, der sie ausübt auch auf seinen verfassungsrechtlichen Schutz berufen.

Die arbeitsvertraglich gewährte wissenschaftliche Unabhängigkeit wird in der Praxis die Regel sein, denn anders kann ein Erkenntnisgewinn kaum gelingen. Ein Arbeitgeber wird in den meisten Branchen wenig Vorgaben machen können, da zu Beginn und auch während eines Forschungsvorhabens häufig offen ist, welche wissenschaftliche Richtung das Vorhaben nehmen und welche wissenschaftliche Methodik zur Anwendung kommen wird.

#### 4. Grundsätzliche Interessenabwägung

Freilich kann die Wissenschaftsfreiheit des außeruniversitär tätig werdenden Wissenschaftlers nicht so umfassend sein, wie die des Hochschulwissenschaftlers. Die Bestimmung des Forschungsgebiets oder verbindlicher Vorgaben für die Publikation von Forschungsergebnis-

sen sind für das Funktionieren der außeruniversitären Forschung essentiell und in der Privatwirtschaft auch durch die Unternehmerfreiheit verfassungsrechtlich geschützt.<sup>17</sup> Die Forschung wird dabei nicht um ihrer selbst ermöglicht, sondern ist auf die Erlangung verwertbarer Ergebnisse gerichtet.<sup>18</sup> Dabei spielen ganz andere Überlegungen als an den Hochschulen eine Rolle: Die Institute und Unternehmen, die Wissenschaftler beschäftigen, können diesen bei weitem keinen so großen Freiraum einräumen, wie es an einer Hochschule der Fall ist. Die außeruniversitär geltenden Hierarchien und entsprechenden Weisungsrechte sind ein notwendiges Strukturelement, ohne die die außeruniversitäre Forschung nicht möglich wäre.<sup>19</sup>

#### II. Die einzelnen Freiheiten der Wissenschaftler

Eine allgemeingültige Abwägung zwischen den Rechtspositionen von Wissenschaftlern und deren Arbeitgebern in der außeruniversitären Forschung kann allerdings nicht vorgenommen werden, denn jeder Einzelfall muss individuell betrachtet werden. Wo die Wissenschaftsfreiheit ihre Grenzen in der Wissenschaftsfreiheit findet, kann richtigerweise nur beispielhaft beleuchtet werden. § 106 GewO nennt bereits „Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung“, in der wissenschaftlichen und unternehmerischen Praxis sind zudem die Fragen nach dem Arbeitsziel, der Methodenwahl, der Arbeitsorganisation sowie der Publikation von wissenschaftlichen Ergebnissen grundlegend.

##### 1. Forschungsziel

Das Forschungsziel, das der Arbeitgeber anstrebt, ergibt sich meist nicht schon aus dem Arbeitsvertrag. Ausnahmen können bei befristeten Arbeitsverhältnissen bestehen, die für ein bestimmtes Forschungsprojekt abgeschlossen werden. Ohne Bestimmungen im Arbeitsvertrag steht dem Arbeitgeber in dieser Hinsicht ein Weisungsrecht zu. Das muss auch für die Arbeitnehmer gelten, deren Arbeitsverhältnis grundsätzlich von einer wissenschaftlichen Unabhängigkeit geprägt ist.<sup>20</sup> Ansonsten könnte kein Arbeitgeber ein Forschungsunternehmen führen. Das gilt auch für die Planung des Vorgehens bei dem entsprechenden Forschungsvorhaben. Der angestellte Forscher ist diesbezüglich ebenfalls

16 *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, S. 152; *Lebich*, Die Haftung angestellter Ärzte, S. 52.

17 Siehe auch *Däubler*, Wissenschaftsfreiheit im Arbeitsverhältnis – Eine erste Skizze, NZA 1989, 945, 947.

18 *Isensee/Kirchhof/Mager*, § 166 Rn. 51 f.

19 *Thieme*, Die Wissenschaftsfreiheit der nichtuniversitären Forschungseinrichtungen, DÖV 1994, 150, 152; *Wegehaupt*, Wissenschaftsfreiheit im außeruniversitären Arbeitsverhältnis,

S. 164. In den Instituten der Max-Planck-Gesellschaft und den Akademien der Wissenschaft stellt sich das Problem allerdings in abgeschwächter Form, da dort mitgliederschaftlich organisierte Kollegien Leitungsfunktionen (v.a. bzgl. Planung und Durchführung von Forschungsvorhaben) wahrnehmen und so die Forscher in die Leitung einbeziehen.

20 *Däubler*, Wissenschaftsfreiheit im Arbeitsverhältnis, NZA 1989, 945, 947.

an die Weisungen des Arbeitgebers bzw. seines Vorgesetzten gebunden.

Nach den oben genannten Grundsätzen ist dies unproblematisch. Die Freiheit, die eine wissenschaftliche Tätigkeit i.S.d. Art. 5 Abs. 3 GG voraussetzt, ist in diesem Bereich nicht gegeben. Denn im Arbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer, für den Arbeitgeber und dessen Interessen zu forschen und die dementsprechenden Dienstleistungen zu erbringen. Das bedeutet, dass gar kein Spielraum für eine freie Forschung bleibt, bei der sich der Wissenschaftler sein eigenes Forschungsziel auswählt und eigenverantwortlich plant. Ohne einen solchen Spielraum kommt eine freie wissenschaftliche Betätigung, für die Art. 5 Abs. 3 GG gelten würde, nicht in Betracht. Aber auch das Argument der Funktionsfähigkeit der außeruniversitären Forschung kommt hier zur Anwendung: um schlussendlich zu einem für den Arbeitgeber sinnvollen und verwertbaren Arbeitsergebnis zu kommen, muss er Ziel- und Planungsvorgaben machen können. Der Arbeitnehmer kann sich insofern nicht auf die Wissenschaftsfreiheit berufen, sondern muss sich in die vorgegebene Weisungshierarchie einfügen.

Allerdings kann der Arbeitgeber (oder auch der Staat bei den Forschungseinrichtungen der öffentlichen Hand) niemals vorgeben, wann das Arbeitsziel erreicht ist. Wann und ob ein wissenschaftliches Ergebnis vorliegt und wie dieses zu bewerten ist, kann auch nicht arbeitsvertraglich vorgegeben sein – ansonsten handelte es sich nicht mehr um Wissenschaft<sup>21</sup> – sondern muss den wissenschaftlich fundierten Einschätzungen und Erkenntnissen des Forschers überlassen bleiben.<sup>22</sup> Die angestellten Wissenschaftler müssen sich allerdings nach den diesbezüglichen Ansichten des ihnen vorgesetzten Wissenschaftlers richten.

Eine Beschränkung des Weisungsrechts des Arbeitgebers kann ansonsten nur durch die Gewissensfreiheit des angestellten Forschers gerechtfertigt werden. Allerdings muss der Gewissenskonflikt eine gewisse Intensität erreichen. Wissenschaftliche Meinungsverschiedenheiten reichen hierfür nicht aus.<sup>23</sup>

## 2. Forschungsmethoden und Arbeitsorganisation

Die Wahl der wissenschaftlichen Methoden, die der Arbeitnehmer bei seinen Forschungsvorhaben verwendet, kann durch den Arbeitsvertrag unterschiedlich stark geregelt sein. Lässt er in dieser Hinsicht Gestaltungsspielräume zu, so muss dem Wissenschaftler eine freie Methodenwahl zugestanden werden.<sup>24</sup> Nur so kann dessen Wissenschaftsfreiheit verwirklicht werden. Das Interesse des Arbeitgebers, so effizient und günstig zu arbeiten wie möglich, um einen höheren Gewinn bei der Ergebnisvermarktung abzuschöpfen, wird dadurch geschützt, dass er den Forschungsabteilungen bestimmte Budgets zuteilen kann. Diesen finanziellen Rahmenbedingungen hat sich der Wissenschaftler unterworfen, als er das Arbeitsverhältnis eingegangen ist und kann seinerseits somit nicht als Begrenzung von dessen Wissenschaftsfreiheit betrachtet werden. Im Rahmen des Budgets darf der Arbeitgeber jedoch keine Vorgaben über den Einsatz der Mittel machen.

Auch ob der einzelne Wissenschaftler sich in eine hierarchische Personalstruktur mit verschiedenen Abteilungen und Vorgesetzten einordnen muss, ist Folge seiner Entscheidung, in der außeruniversitären Forschung zu arbeiten. Er geht kein Arbeitsverhältnis ein, das ihm die Herrschaft über seine wissenschaftliche Tätigkeit ermöglicht, sondern fügt sich in ein bereits bestehendes Forschungssystem ein, das aus Funktionalitätsgründen Hierarchien erfordert. Anders wäre ein geregelter Forschungsablauf nicht möglich.<sup>25</sup>

Dasselbe gilt für die Vorgabe der Arbeitszeit durch den Arbeitgeber. Ein geregelter Forschungsablauf in der außeruniversitären Forschung verlangt häufig – es kann je nach Unternehmen freilich auch Ausnahmen geben – dass die Wissenschaftler zu bestimmten Zeiten gleichzeitig anwesend sind. Das hat wenig damit zu tun, dass der Forscher in diesem Zeitraum zum Denken gezwungen wird,<sup>26</sup> sondern hat wiederum mit der Forschungsstruktur zu tun, die der Arbeitgeber aufgrund von Funktionalitätsgründen vorgeben kann. Die angestellten Forscher müssen regelmäßig ihre Tätigkeiten koordinieren sowie ansprechbar für ihre Vorgesetzten und Mitarbeiter

21 *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, S. 158.

22 *Däubler*, Wissenschaftsfreiheit im Arbeitsverhältnis, NZA 1989, 945, 948; *Wegehaupt*, Wissenschaftsfreiheit im außeruniversitären Arbeitsverhältnis, S. 178.

23 *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, S. 158 f.

24 So auch *Däubler*, Wissenschaftsfreiheit im Arbeitsverhältnis – Eine erste Skizze, NZA 1989, 945, 948 und *Wegehaupt*, Wis-

senschaftsfreiheit im außeruniversitären Arbeitsverhältnis, S. 175 f., der die Methodenauswahl zum „ureigensten Bereich der Wissenschaftsfreiheit“ zählt.

25 S. o. B. I. 4. .

26 So *Däubler*, Wissenschaftsfreiheit im Arbeitsrecht – Eine erste Skizze, NZA 945, 948.

und auch für den Arbeitgeber sein. Verlangt der Arbeitgeber also die Anwesenheit zu einer bestimmten Zeit, so müssen die Wissenschaftler dieser Weisung Folge leisten.

### 3. Publikationsrecht

Die Wissenschaftsfreiheit umfasst das Recht zur Verwertung und Veröffentlichung der wissenschaftlichen Erkenntnisse. Die wirtschaftliche Verwertung von patentfähigen Forschungsergebnissen wird verfassungsrechtlich unbedenklich durch das ArbNErfG geregelt.<sup>27</sup> Durch das Veröffentlichungsrecht ist insbesondere die Entscheidung über Ort, Zeit und Modalitäten einer wissenschaftlichen Publikation geschützt.<sup>28</sup> Für den Wissenschaftler bieten Veröffentlichungen die Chance zur Anerkennung und zum Austausch mit der wissenschaftlichen Community. In der außeruniversitären Forschung können sich in diesem Bereich Konflikte ergeben, wenn der Arbeitgeber bestimmte Ergebnisse gar nicht oder zu einem anderen Zeitpunkt als der Arbeitnehmer veröffentlichen möchte.

#### a) Veröffentlichung durch den Arbeitgeber

Die Veröffentlichung von Forschungsergebnissen ist für den Arbeitgeber zunächst unproblematisch möglich. Der angestellte Wissenschaftler kann sich nicht auf eine negative Publikationsfreiheit berufen, da er durch Abschluss des Arbeitsvertrags regelmäßig dem Arbeitgeber ein Recht auf Verwertung der Forschungsergebnisse eingeräumt hat.<sup>29</sup>

Eine Pflicht zur Übertragung der Nutzungsrechte wird auch angenommen, wenn Forschungsberichte oder ähnliches in den Anwendungsbereich des Urhebergesetzes (UrhG) fallen.<sup>30</sup> Dem Forscher steht dann allerdings das Rückrufrecht nach § 42 UrhG zu. Wandelt sich seine Meinung bezüglich einer wissenschaftlichen Arbeit, so kann er vom Arbeitgeber das Nutzungsrecht zurückfordern. Das entspricht auch der Wertung des Art. 5 Abs. 3 GG.

Unerlässlich ist allerdings für den Forscher, dass er als Urheber oder Miturheber in der Veröffentlichung genannt wird. Dafür muss er einen relevanten Beitrag zur Forschung im Sinne einer selbständigen Mitarbeit geleistet und nicht nur eine fachliche Aufsicht geführt oder die formale Verantwortung getragen haben.<sup>31</sup> Im Gegen-

zug hat das Forschungsinstitut oder das Forschungsunternehmen auch ein Recht darauf, die Arbeit als eine ihrer Forschungsarbeiten herauszugeben, wenn die Ergebnisse nur durch deren Gelder oder besonderen Forschungsbedingungen ermöglicht wurden.

#### b) Veröffentlichung durch den Arbeitnehmer

Auf der anderen Seite kann der Arbeitgeber auch nur unter bestimmten Bedingungen verhindern, dass der Arbeitnehmer wissenschaftliche Ergebnisse veröffentlicht, die er selbst erlangt hat. Dabei kommen folgende Konstellationen in Betracht: Dem Arbeitgeber entstehen wirtschaftliche Nachteile durch die Veröffentlichung oder es besteht ein Geheimhaltungsinteresse, er stimmt inhaltlich nicht mit der Veröffentlichung überein, oder die Interessen seiner anderen angestellten Forscher müssen berücksichtigt werden.

##### aa) Wirtschaftliche Nachteile des Arbeitgebers und Geheimhaltungsinteressen

Breibt der Arbeitgeber Forschung mit dem Ziel, die Ergebnisse wirtschaftlich zu verwerten, kann eine Veröffentlichung dieser Ergebnisse durch einen angestellten Wissenschaftler zur falschen Zeit, kann für den Arbeitgeber einen großen Gewinnverlust bedeuten, weil z.B. Konkurrenten wissenschaftliche Ergebnisse zu früh erfahren, bevor sie durch den Arbeitgeber verwertet werden konnten. Dass mit der Forschung Geld verdient wird, ist auch im Interesse des angestellten Wissenschaftlers, da nur so sein Arbeitsplatz finanziert wird. In der Abwägung zwischen den Rechtspositionen der Beteiligten, müssen sich daher die Interessen des Arbeitgebers durchsetzen. Denn die (zeitweise) Zurückhaltung von Forschungsergebnissen kann für ihn von grundlegender Wichtigkeit sein, der Wissenschaftler kann dagegen die Ergebnisse auch noch später veröffentlichen und so seinen wissenschaftlichen Ruf festigen.<sup>32</sup>

Einer Weisung des Arbeitgebers bedarf es in diesen Fällen meist nicht, da das Verbot des Verrats von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen regelmäßig bereits im Arbeitsvertrag beinhaltet ist.

Einem Veröffentlichungsrecht des Wissenschaftlers steht jedoch nichts mehr im Wege und kann durch den Arbeitgeber auch nicht mehr verhindert werden, wenn die Forschungsergebnisse, z.B. durch Patentanmeldung,

27 Dazu auch *Thieme*, Die Wissenschaftsfreiheit der nichtuniversitären Forschungseinrichtungen, DÖV 150, 153.

28 Ständige Rspr, siehe nur zuletzt BVerfG 3.9.2015, 1 BvR 1983/15, ArbR 2015, 513.

29 *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, S. 162.

30 *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, S. 162 mwN.

31 *Thieme*, Die Wissenschaftsfreiheit der nichtuniversitären Forschungseinrichtung, DÖV 150, 153.

32 *Wegehaupt*, Wissenschaftsfreiheit im außeruniversitären Arbeitsverhältnis, S. 202.

allgemein zugänglich gemacht wurden, oder eine wirtschaftliche Verwertung endgültig gescheitert ist.<sup>33</sup> Dann können die wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers das Recht auf Veröffentlichung nicht mehr beschränken.

Insbesondere bei den staatlich unterhaltenen Forschungsinstituten können in Ausnahmefällen auch berechnete öffentliche Geheimhaltungsinteressen ein Publikationsverbot durch die Institutsleitung rechtfertigen.

#### bb) Fehlende inhaltliche Übereinstimmung

Ist der Arbeitgeber mit dem Inhalt bestimmter Forschungsergebnisse nicht einverstanden, stehen aber keine wirtschaftlichen Interessen einer Veröffentlichung entgegen, so ist ein (auch arbeitsvertraglich festgehaltenes) Veröffentlichungsverbot stets unzulässig. Im Rahmen eines Interessenausgleichs hat der Arbeitnehmer die Interessen seines Arbeitgebers jedoch insoweit zu wahren, dass er entweder den Hinweis auf das Forschungsinstitut oder Unternehmen, bei dem er tätig ist unterlässt, oder hinzufügt, dass die vertretenen Ansichten nicht mit denen seines Arbeitgebers übereinstimmen und er die alleinige Verantwortung für die Forschungsergebnisse trägt.<sup>34</sup>

#### cc) Interessen anderer Forscher

Der Arbeitgeber hat auch die Interessen anderer, bei ihm angestellter Forscher gegenüber dem veröffentlichenden Forscher durchzusetzen. Hat dieser die wissenschaftlichen Erkenntnisse im beruflichen Zusammenhang gewonnen, so haben seine Kollegen das Recht auf Achtung ihrer wissenschaftlichen Persönlichkeitsrechte – entweder indem sie und ihr wissenschaftlicher Beitrag erwähnt und an eine Beteiligung geknüpft wird, oder indem die Veröffentlichung untersagt wird, wenn sie nicht ohne die Erwähnung von bestimmten Teilbeiträgen der anderen Forscher erfolgen kann und diese einer Veröffentlichung nicht zustimmen.<sup>35</sup>

### III. Ergebnis

Die Entscheidung des angestellten Wissenschaftlers, an einer außeruniversitären Forschungseinrichtung oder in der Privatwirtschaft tätig zu werden, bedeutet für ihn, sich weitestgehend dem Direktionsrecht seines Arbeitgebers zu unterwerfen. Nur wo nach dem Arbeitsvertrag Raum für eine eigenständige Forschung bleibt, kann er sich auf die Wissenschaftsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 GG berufen.

#### C. Weisungsrecht und Forschungsfreiheit im universitären Bereich

„Die wissenschaftliche Hochschule lebt aus der freien Schöpfungskraft der an ihr wirkenden Wissenschaftler.“<sup>36</sup> Weisungsrechte sind der freien wissenschaftlichen Betätigung grundsätzlich zuwider.<sup>37</sup> Inwiefern diese Grundsätze auch auf Wissenschaftliche Mitarbeiter im Hochschulwesen zu übertragen sind, gilt es im Folgenden zu erörtern. Unter den Begriff der wissenschaftlichen Mitarbeiter sind in Übereinstimmung hochschulgesetzlicher Regelungen nur die Personen gemeint, die ein abgeschlossenes Hochschulstudium aufweisen.<sup>38</sup> Der definitorische Rahmen des wissenschaftlichen Mitarbeiters reicht hierbei von der der wissenschaftlichen Hilfskraft bis zum außerplanmäßigen Professor.<sup>39</sup>

#### I. Dienstpflichten der wissenschaftlichen Mitarbeiter

Der grundsätzliche Aufgabenbereich wissenschaftlicher Mitarbeiter einer Hochschule umfasst Tätigkeiten in Wissenschaft, Forschung, Lehre und Weiterbildung sowie wissenschaftliche Dienstleistungen nach Maßgabe ihrer Dienstaufgabenbeschreibung.<sup>40</sup> Im klinischen Bereich gehören zu den Dienstaufgaben der wissenschaftlichen Mitarbeiter auch Tätigkeiten im Rahmen der Krankenversorgung.<sup>41</sup> Sofern dem wissenschaftli-

33 *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, S. 178 ff.; *Däubler*, Wissenschaftsfreiheit im Arbeitsverhältnis – Eine erste Skizze, NZA 1989, 945, 949.

34 So auch *Thieme*, Die Wissenschaftsfreiheit der nichtuniversitären Forschungseinrichtungen, DÖV 150, 153; will der Forscher mit der Veröffentlichung wissenschaftliches Fehlverhalten des Arbeitgebers anprangern, so kommen die Grundsätze des Whistleblowings zur Anwendung, s. dazu *Busekist/Fahrig*, Whistleblowing und der Schutz von Hinweisgebern, BB 2013, 119, 121 ff.

35 *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, S. 182.

36 *Gerber*, Rechtsfragen der Planung im Hochschulwesen, in: Planung II, Hrsg. von Kaiser, 1966, S. 315, 333.

37 *Evers*, WR Beiheft 4, 1970, S. 41.

38 § 52 Abs. 3 S. 1 LHG BW; § 110 Abs. 5 BerlHG; § 49 Abs. 3 S. 1 BbgHG; § 23 Abs. 2 BremHG; § 29 Abs. 1 HmbHG; § 66 Abs. 3

LHG MV; § 65 Abs. 4 S. 1 HessHG; § 31 Abs. 1 NHG; § 44 Abs. 4 HG NRW; § 56 Abs. 2 HSG RP; § 68 Abs. 5 HSG SH; § 71 Abs. 3 SächsHSG; § 42 Abs. 4 HSG LSA; § 37 Abs. 4 UG Saarland; § 84 Abs. 4 ThürHG.

39 Vgl. *Hartmer*, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), 2. Aufl. 2011, Kap. V, Rn. 95.

40 So etwa § 52 Abs. 1 S. 1 LHG BW; Art. 21 Abs. 1 BayHSchPG; § 110 Abs. 1 und 3 BerlHG; § 49 Abs. 1 BbgHG; § 23 Abs. 1 BremHG; § 27 Abs. 1 S. 1 HmbHG; § 65 Abs. 1 S. 1 HessHG; § 66 Abs. 1 S. 1 LHG MV; § 31 Abs. 1 NHG; § 44 Abs. 1 HG NRW; § 56 Abs. 1 HSG RP; § 68 Abs. 1 HSG SH; § 71 Abs. 1 SächsHSG; § 42 Abs. 1 HSG LSA; § 37 Abs. 1 UG Saarland; § 84 Abs. 1 ThürHG; vgl. auch BAG, AP Nr. 3 zu § 57a HRG.

41 *Reich*, in: Flämig u.a. (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts Band 1, 1982, S. 415; vgl. etwa § 52 Abs. 1 S. 3 LHG BW.

chen Mitarbeiter auch die Prüfungsbefugnis übertragen ist, gehört auch die Mitwirkung an Prüfungen zu seinen Dienstaufgaben.<sup>42</sup>

## II. Weisungsrechtliche Integration in der Hochschulorganisation

### 1. Grundsätzliche weisungsrechtliche Integration

Die Wissenschaftlichen Mitarbeiter sind herkömmliche Arbeitnehmer, die aufgrund ihres Dienstverhältnisses tätig werden.<sup>43</sup> Die Tätigkeit der wissenschaftlichen Mitarbeiter erfolgt im Rahmen eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages mit dem jeweiligen Bundesland<sup>44</sup> grundsätzlich unselbstständig.<sup>45</sup> Sie sind weisungsrechtlich im Hinblick auf die genannten Dienstpflichten in die jeweilige Hochschulorganisation integriert.<sup>46</sup> Eine freie, weisungsunabhängige Stellung, wie sie den Hochschullehrern zuteilwird, kommt den wissenschaftlichen Mitarbeitern, bereits aufgrund der vertraglichen Konstellation, grundsätzlich nicht zu. Dies macht auch das BAG deutlich, indem es den Begriff der wissenschaftlichen Dienstleistung als die Wahrnehmung weisungsabhängiger Aufgaben in Forschung und Lehre definiert.<sup>47</sup> Das Weisungsrecht folgt auch im Hochschulrecht zunächst aus den allgemeinen Vorschriften des § 106 GewO und des § 315 BGB.<sup>48</sup> Handelt es sich bei den Wissenschaftlichen Mitarbeitern um verbeamtete Personen, folgt die Weisungsgebundenheit aus § 35 BeamtStG.<sup>49</sup>

#### a) Fachliches und dienstrechtliches Weisungsrecht

Das Arbeitsverhältnis und somit auch das Weisungsrecht gegenüber den Wissenschaftlichen Mitarbeitern sind zweigleisig ausgestaltet. Sie gliedern sich in eine fachliche und eine dienstrechtliche Komponente.<sup>50</sup> Auf

der dienstrechtlichen Ebene obliegt die Weisungsbefugnis gegengenüber den wissenschaftlichen Mitarbeitern dem Präsidium oder Rektorat der Hochschule, welches sich zur Ausfüllung der Vorgesetztenrolle der Personalverwaltung der Hochschule bedient.<sup>51</sup> Abmahnungen, disziplinarrechtliche Vorgänge sowie die Einstellung und Entlassung fallen unter diese dienstrechtliche Ebene.<sup>52</sup>

Das primär forschungsrelevanter fachliche Weisungsrecht hingegen obliegt dem jeweiligen Leiter der Hochschuleinrichtung, der der Wissenschaftliche Mitarbeiter zugeordnet ist.<sup>53</sup> Sofern sie ausschließlich einer Fakultät zugeordnet sind, obliegt das Weisungsrecht dem Dekan der jeweiligen Fakultät.<sup>54</sup> Der Wissenschaftliche Mitarbeiter nimmt seine Aufgaben unter der fachlichen Verantwortung und Betreuung eines Hochschullehrers wahr.<sup>55</sup> Der Aufgabenbereich des Hochschullehrers ist hierbei durch seine fachliche Qualifikation vorgegeben.<sup>56</sup> Die Tätigkeit, namentlich die wissenschaftliche Dienstleistung, des Wissenschaftlichen Mitarbeiters beschränkt sich in forschungsrelevanter Hinsicht grundsätzlich auf die bloße Zuarbeit zu der jeweiligen aktuellen Forschungstätigkeit des Hochschullehrers.<sup>57</sup> Im Rahmen seines Dienstverhältnisses kommt der Wissenschaftliche Mitarbeiter grundsätzlich nicht in den Genuss weisungsfreier eigenständiger Forschungstätigkeit.

#### b) Grundlegende hochschulrechtliche Ausgestaltung des fachlichen Weisungsrechts

Die Hochschulgesetze der Länder machen vom Begriff des Weisungsrechts im Rahmen von Wissenschaftlichen Mitarbeitern keinen Gebrauch. Vielmehr schreiben diese lediglich vor, dass die wissenschaftlichen Mitarbeiter ihre Dienstleistung unter der fachlichen Verantwortung

42 Vgl. etwa § 52 Abs. 1 S. 5 LHG BW; Art. 21 Abs. 11 BayHSchPG;

43 Löwisch/Wertheimer, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), 2. Aufl. 2011, Kap. X, Rn. 9; vgl. etwa Art. 20 S. 2 BayHSchPG, der als vertragliche Grundlage der Tätigkeit explizit ein „privatrechtliches Arbeitsverhältnis“ normiert.

44 Löwisch/Wertheimer, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), 2. Aufl. 2011, Kap. X, Rn. 10.

45 OVG Saarlouis, WissR 1978, 81, 82; LAG Berlin, NZA-RR 2002, S. 612; dies gilt sowohl hinsichtlich der Forschungs-, als auch der Lehrtätigkeit, vgl. Reich, HRG-Kommentar, 9. Aufl. 2005, § 53, Rn. 5; OVG Saarlouis, WissR 1978, 81, 82.

46 Raab, Der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft (WissZeitVG), WR-Beiheft 23, 2015, S. 32; Evers, WR Beiheft 4, 1970, S. 41, 54; Sieweke/Koch, NordÖR 2009, S. 485, 487.

47 BAG, Urteil vom 1.6.2011, 7 AZR 827/09; vgl. mwN. auch Preis, WissZeitVG, 2009, § 1, Rn. 13.

48 Hartmer, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, Kap. V, Rn. 99.

49 Vgl. § 35 BeamtStG; Hartmer, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.),

Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, Kap. V, Rn. 99.

50 Hartmer, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, Kap. V, Rn. 99.

51 Hartmer, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, Kap. V, Rn. 99.

52 Hartmer, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, Kap. V, Rn. 99.

53 Vgl. Leuze, WissR 2011, S. 280, 291.

54 So explizit etwa § 52 Abs. 5 S. 1 LHG BW.

55 Perschel, in: Flämig u.a. (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts Band 1, 1982, S. 393; vgl. etwa § 52 Abs. 1 S. 4 LHG BW; Art. 21 Abs. 1 S. 2 BayHSchPG; § 49 Abs. 1 S. 8 BbgHG; § 23 Abs. 1 S. 2 BremHG; § 66 Abs. 1 S. 4 LHG MV; § 44 Abs. 1 S. 2 iVm. Abs. 2 HSG NRW; § 37 Abs. 2 UG Saarland; § 71 Abs. 1 S. 2 SächsHSG; § 42 Abs. 1 S. 5 HSG LSA; § 68 Abs. 2 HSG SH; § 84 Abs. 2 ThürHG.

56 Umfangreich hierzu Detmer, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, Kap. IV, Rn. 156 ff.

57 Thieme, Hochschulrecht, 3. Auflage, Köln 2004, Rn. 795; Detmer, in: Leuze/Epping (Hrsg.), Kommentar zum HG NRW, § 59, Rn. 5.

und Betreuung des Hochschullehrers erbringen, dem sie zugeordnet sind.<sup>58</sup> Die in den Hochschulgesetzen der Länder enthaltene Formulierung lässt sich historisch begründen. Im Rahmen des 5. HRGÄndG wurde die bis dahin in § 53 Abs. 1 S. 2 HRG explizit normierte Weisungsbefugnis des Hochschullehrers<sup>59</sup> durch die in § 53 Abs. 1 S. 3 HRG a.F. vorzufindende Formulierung „soweit wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter Hochschullehrerinnen oder Hochschullehrern zugeordnet sind, erbringen sie ihre wissenschaftlichen Dienstleistungen unter deren fachlicher Verantwortung und Betreuung“ ersetzt.<sup>60</sup> Die Gesetzgeber einiger Länder haben daraufhin die Formulierung in die Hochschulgesetze übernommen.<sup>61</sup> Mag die Formulierung „unter der fachlichen Verantwortung und Betreuung“ begrifflich weich ausgestaltet sein, ändert dies jedoch nichts an der grundsätzlichen Weisungsgebundenheit der wissenschaftlichen Mitarbeiter in fachlicher Hinsicht.

## 2. Abstufung der Reichweite des Weisungsrecht bei Qualifikationsstellen

Die Landeshochschulgesetze eröffnen jedoch die Möglichkeit, vom Grundsatz fachlicher Weisungsgebundenheit abzuweichen und den Wissenschaftlichen Mitarbeitern Freiräume zur eigenständigen Forschung während der Dienstzeit einzuräumen. Insofern hängt auch im Hochschulbereich, ähnlich wie in der Privatwirtschaft und außeruniversitären Forschung, die weisungsfreie Forschungstätigkeit von der vertraglichen Ausgestaltung bzw. der vertraglich eingeräumten Stellung des jeweiligen Dienstverhältnisses ab.

Die Weisungsfreiheit in Forschungsangelegenheiten ist hierbei grundsätzlich von der jeweiligen Qualität der Stelle des Wissenschaftlichen Mitarbeiters abhängig.<sup>62</sup> Ist diese als Qualifikationsstelle ausgestaltet, kann er in den Genuss weisungsunabhängiger Forschungstätigkeit

kommen. Dann besteht die Möglichkeit, im Rahmen der eigentlichen Diensttätigkeit Forschung zu betreiben. Die Dienstzeit hat dann nicht mehr nur die o.g. weisungsgebundene wissenschaftliche Dienstleistung sowie sonstige Aufgaben in Forschung und Lehre zum Gegenstand. Es kann zusätzlich hierzu in der Dienstzeit Forschung betrieben werden, ohne hierbei von fachlichen Weisungen abhängig zu sein. Der fachliche Rahmen wiederum, in welchem die selbstständige Forschungsstätigkeit zu erfolgen hat, wird hierbei durch die fachliche Qualifikation des Hochschullehrers gezogen, welchem der wissenschaftliche Mitarbeiter zugeordnet ist.

Die weisungsunabhängige Forschungsmöglichkeit ist nach der Ausgestaltung der Stelle bzw. dem jeweiligen Qualifikationsziel des Wissenschaftlichen Mitarbeiters abgestuft. So sehen einige Landeshochschulgesetze neben der Übertragung der wissenschaftlichen Dienstleistungen die Möglichkeit der Übertragung von Aufgaben vor, die der Vorbereitung einer Promotion oder der Erbringung zusätzlicher wissenschaftlicher Leistungen förderlich sind.<sup>63</sup> Hierbei soll den Wissenschaftlichen Mitarbeitern im Rahmen ihrer Dienstaufgaben ausreichend Gelegenheit zu eigener wissenschaftlicher Arbeit gegeben werden.<sup>64</sup> Die von den Landeshochschulgesetzen oftmals als „Soll-Vorschriften“ ausgestalteten Regelungen,<sup>65</sup> sind hierbei jedoch als „Muss-Vorschriften“ zu verstehen.<sup>66</sup> Dieser Schluss lässt sich im Zusammenhang mit der Ausgestaltung hochschulgesetzlicher Regelungen zu Qualifikationsstelle Wissenschaftlicher Mitarbeiter mit qualifizierter Promotion begründen. So sehen einige Landeshochschulgesetze vor, dass Wissenschaftlichen Mitarbeitern mit qualifizierter Promotion ausreichend Zeit zur eigenständigen Forschung einzuräumen „ist“.<sup>67</sup> Es erschließt sich jedoch nicht, warum ein wissenschaftlicher Mitarbeiter mit qualifizierter Promotion eine andere weisungsrechtliche Stellung im Hinblick auf

58 Vgl. Art. 21 Abs. 1 S. 2 BayHSchPG; § 49 Abs. 1 S. 8 BbgHG; § 23 Abs. 1 S. 2 BremHG; § 66 Abs. 1 S. 4 LHG; § 65 Abs. 1 S. 6 HessHG; § 41 Abs. 1 S. 5 HSG SA; § 68 Abs. 2 S. 1 HSG SH; anders § 31 Abs. 1 NHSG; § 44 Abs. 1 S. 2 HSG NRW; § 37 Abs. 2 UG Saarland; § 71 Abs. 1 S. 2 SächsHSG; § 84 Abs. 2 HSG RP.

59 Vgl. § 53 Abs. 1 S. 2 HRG a.F.: „Soweit der wissenschaftliche Mitarbeiter dem Aufgabenbereich eines Professors zugewiesen ist, ist dieser weisungsbefugt“.

60 Art. 1 Nr. 33 des 5. HRGÄndG vom 16.2.2002, BGBl. I., S. 693; vgl. auch Raab, Der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft (WissZeitVG), WR-Beiheft 23, 2015, S. 32.

61 Vgl. hierzu auch Raab, Der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft (WissZeitVG), WR-Beiheft 23, 2015, S. 32.

62 Raab, Der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft (WissZeitVG), WR-Beiheft 23, 2015, S. 38.

63 Vgl. etwa § 52 Abs. 2 S. 1 LHG BW; Art. 22 Abs. 1 S. 1 BayHSch-

PG; § 49 Abs. 2 S. 2 BbgHG; § 23 Abs. 4 S. 1.1. HS BremHG; § 28 Abs. 1 S. 4, 5 HmbHG; § 66 Abs. 2 S. 1 LHG MV; § 41 Abs. 4 HSG NHSG; § 44 Abs. 5 HSG NRW; § 56 Abs. 4 S. 1 HSG RP; § 71 Abs. 2 S. 2 SächsHSG; § 42 Abs. 2 S. 1 HSG SA; § 84 Abs. 3 S. 2 ThürHSG.

64 Vgl. etwa § 52 Abs. 2 S. 1 LHG BW; Art. 22 Abs. 1 S. 2 BayHSchPG; § 110 Abs. 4 S. 3 BerlHG; § 23 Abs. 4 S. 1.2. HS BremHG; § 28 Abs. 1 S. 4.2. HS HmbHG; § 65 Abs. 1 S. 4 HessHG; § 66 Abs. 2 S. 2 LHG MV; § 41 Abs. 4 HSG NHSG; § 44 Abs. 3 S. 2 HSG NRW; § 56 Abs. 4 S. 2 HSG RP; § 37 Abs. 3 S. 4 UG Saarland; § 71 Abs. 2 S. 3 SächsHSG; § 42 Abs. 2 S. 2 HSG SA; § 84 Abs. 3 S. 3 ThürHSG.

65 § 65 Abs. 1 S. 4 HessHG; § 66 Abs. 2 S. 2 LHG MV; § 42 Abs. 2 S. 2 HSG SA; § 44 Abs. 3 S. 2 HSG NRW.

66 So auch Leuze, WissR 2011, S. 280, 291.

67 Vgl. etwa § 52 Abs. 4 S. 2 LHG BW; ähnlich § 49 Abs. 2 S. 2 BbgHG; § 28 Abs. 2 S. 3 HmbHG; § 65 Abs. 2 S. 3, 4 HessHG; § 73 Abs. 5 S. 2 UG Saarland; § 72 Abs. 1 SächsHSG.

seine Forschungsstätigkeit eingeräumt werden soll, als einem Wissenschaftlichen Mitarbeiter, welcher sich in Vorbereitung seiner Promotion befindet („soll“).<sup>68</sup> Die wissenschaftliche Betätigung an sich bedingt bereits die Eigenständigkeit und Weisungsfreiheit des Wissenschaftlichen Mitarbeiters im Rahmen seiner Forschung.<sup>69</sup> Dies muss bei allen Qualifikationsstellen zwingend gelten, da die zu erlangende wissenschaftliche Qualifikation in Form von Promotion oder Habilitation ja gerade die Fähigkeit zu eigenständigem wissenschaftlichen Handeln bestätigen und honorieren soll.<sup>70</sup>

Fraglich ist in beiden Fällen allerdings, welcher Zeitraum weisungsfreier Forschungsstätigkeit im Rahmen der eigentlichen Arbeitszeit als ausreichend zu erachten ist. Die gesetzliche Lage diesbezüglich ist uneinheitlich. Nach den Hochschulgesetzen von Berlin, Sachsen und Thüringen ist mindestens ein Drittel der Arbeitszeit zu selbstständigen Forschungszwecken einzuräumen.<sup>71</sup> Brandenburg, Hamburg und Hessen wiederum legen exakt ein Drittel der Arbeitszeit als Untergrenze für weisungsfreie Forschungszwecke fest.<sup>72</sup> Bremen hingegen lässt lediglich bis zu einem Drittel der Arbeitszeit für die eigenständige Forschungsstätigkeit Wissenschaftlicher Mitarbeiter zu. Die übrigen Landeshochschulgesetze legen keine gesetzlichen Normwerte fest. Sie beschränken sich lediglich auf die gesetzliche Fixierung des Möglichen weisungsfreier Forschungsstätigkeit der Wissenschaftlichen Mitarbeiter. Dies kann jedoch nicht zur vollständigen Verwässerung der gesetzlich einzuräumenden unabhängigen Forscherstellung führen.

Auch ohne normierte zeitliche Vorgabe weisungsfreier Forschungsstätigkeit ist der jeweilige Dienstherr angehalten, ein Mindestmaß weisungsfreier Arbeitszeit im gesetzlichen Sinne zu gewährleisten. Dies wird zuletzt auch durch die deklaratorische Vorschrift des durch § 40 Nr. 2 Ziff. 3 TV-L; § 3 TV-L angefügten Abs. 8 deutlich.<sup>73</sup>

Hiernach muss der Arbeitgeber bei der Wahrnehmung des Direktionsrechts das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit berücksichtigen.

Die Ausübung des Direktionsrechts hat auch im Hochschulwesen stets unter Beachtung billigen Ermessens zu erfolgen. Die Erhöhung von Lehrdeputaten<sup>74</sup> etwa oder des Umfangs sonstiger Dienstaufgaben kann nicht bis zur völligen Erschöpfung der eigentlichen Arbeitszeit des Wissenschaftlichen Mitarbeiters, zumindest nicht ohne entsprechenden Ausgleich, betrieben werden. Anderenfalls wäre die Ausübung des Weisungsrechts aufgrund Verstoßes gegen die durch Art. 5 Abs. 3 GG verbrieftete Forschungsfreiheit des Wissenschaftlichen Mitarbeiters ermessensfehlerhaft.<sup>75</sup> Überdies gälte dies auch bereits allein aufgrund der Einstellung als Wissenschaftlicher Mitarbeiter. Die bloße Bezeichnung Wissenschaftlicher Mitarbeiter verpflichtet den Fachvorgesetzten gesetzlich zur Übertragung wissenschaftlicher Dienstleistung.<sup>76</sup>

Ob ein Drittel der Arbeitszeit hierbei als absolute Untergrenze zur eigenständigen Forschung zu gewährleisten ist, mag jedoch bezweifelt werden.<sup>77</sup>

### III. Einzelfragen

Sind nun die grundlegende weisungsrechtliche Integration der Wissenschaftlichen Mitarbeiter in die Hochschulorganisation sowie die gesetzlich bestehenden Möglichkeiten weisungsfreier Forschungsstätigkeit skizziert, gilt es nun noch die Reichweite des Art. 5 Abs. 3 GG in Bezug auf das fachliche Weisungsrecht der dem Wissenschaftlichen Mitarbeiter vorgesetzten Person im Hinblick auf Forschungsziel, Forschungsmethode sowie Urheber-, Publikations- und Arbeitnehmererfindungsrecht zu erörtern.

68 Ähnlich auch *Leuze*, *WissR* 2011, S. 280, 291; so § 110 Abs. 4 S. 3 *BerlHG* auch für Wissenschaftliche Mitarbeiter, die nicht auf Qualifikationsstellen beschäftigt werden: „Anderen wissenschaftlichen Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen ist nach Maßgabe ihres Dienstverhältnisses ausreichend Zeit zu eigener wissenschaftlicher Arbeit zu geben“.

69 Vgl. *Maunz/Dürig/Scholz*, Art. 5 Abs. 3 GG, Rn. 99; *Raab*, *Der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft (WissZeitVG)*, *WR-Beiheft* 23, 2015, S. 38; so wohl auch das BAG, indem es eine Lehrtätigkeit nur dann als wissenschaftliche Betätigung definiert, „wenn dem Lehrenden die Möglichkeit zur eigenständigen Forschung und Reflexion verbleibt“, BAG, Urteil vom 1.6.2011, 7 AZR 827/09.

70 So zu Recht *Raab*, *Der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft (WissZeitVG)*, *WR-Beiheft* 23, 2015, S. 38.

71 § 110 Abs. 4 S. 1 *BerlHG*; § 71 Abs. 2 S. 3; § 72 Abs. 1 S. 2 *SächsHG*; § 84 Abs. 3 S. 3.

72 § 49 Abs. 2 S. 2 *BbgHG*; § 28 Abs. 1 S. 4 *HmbHG*; § 65 Abs. 2 S. 4 *HessHG*.

73 Deklaratorisch, da die Geltung von Grundrechten nicht von der einfachgesetzlichen Normierung abhängt, vgl. *Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese*, *TV-L*, Loseblatt, 2016, § 40 Rn. 22.

74 Beispiel nach *Löwisch*, *Wissenschaftsmanagement* 1996, S. 326 ff.

75 Allgemein zur Billigkeitskontrolle der Weisungsrechtsausübung siehe *Kolbe*, in *Dornbusch/Fischermeier/Löwisch* (Hrsg.), *AR*, 7. Aufl. 2015, § 106 *GewO*, Rn. 50.

76 *Sieweke/Koch*, *NordÖR* 2009, S. 485, 487.

77 Vgl. etwa § 110 Abs. 4 *BerlHG*, der Wissenschaftlichen Mitarbeitern auf Qualifikationsstellen ist mindestens ein Drittel ihrer Arbeitszeit für selbstständige Forschung, zur eigenen Weiterbildung oder Promotion zur Verfügung zu stellen. Anderen wissenschaftlichen Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen ist nach Maßgabe ihres Dienstverhältnisses ausreichend Zeit zu eigener wissenschaftlicher Arbeit zu geben.

### 1. Forschungsziel

Hinsichtlich des Arbeitsziels ist die Linie zwischen weisungsfreier Tätigkeit einerseits und weisungsrechtlicher Eingriffsmöglichkeit durch den Fachvorgesetzten des Wissenschaftlichen Mitarbeiters andererseits anhand der in Frage stehenden Tätigkeit zu ziehen. Erbringt der Wissenschaftliche Mitarbeiter für den Hochschullehrer wissenschaftliche Dienstleistungen nach seiner vertraglich geschuldeten Tätigkeit, kann dieser das Arbeitsziel aufgrund seiner Stellung als Direktionsrechtsinhaber vorgeben. Die obigen Grundsätze zu Wissenschaftlichen Mitarbeitern an außeruniversitären Einrichtungen können hier entsprechend herangezogen werden.<sup>78</sup> Ist der Wissenschaftliche Mitarbeiter jedoch im Rahmen der ihm übertragenen eigenständigen Forschung wissenschaftlich tätig, so schützt Art. 5 Abs. 3 GG eben auch das jeweilige Arbeits- bzw. Forschungsziel.<sup>79</sup>

### 2. Forschungsmethode

Selbiges gilt hinsichtlich der Forschungsmethodik. Art. 5 Abs. 3 GG schiebt dem Vorgesetzten des Wissenschaftlichen Mitarbeiters in weisungsrechtlicher Hinsicht auch einen Riegel bei der Vorgabe der Forschungsmethodik vor, sofern der Wissenschaftliche Mitarbeiter außerhalb seiner dienstrechtlichen „Gehilfenstellung“ eigenständig tätig wird.<sup>80</sup> Das BVerfG stellt in seinem Hochschulurteil explizit fest, dass „die Freiheit der Forschung insbesondere die Fragestellung und die Grundsätze der Methodik“ umfasst.<sup>81</sup> Weisungsrechtliche Befugnisse können somit nur in dem dienstvertraglichen Teil ausgeübt werden, welcher außerhalb der eigenständigen Forschung des Wissenschaftlichen Mitarbeiters liegt. Den wissenschaftlichen Mitarbeiter können und sollen in der Umsetzung ihrer fachlichen Dienstaufgaben, abhängig nach ihrer jeweiligen Qualifikation, zwar weitgehend Freiheiten eingeräumt werden. Das fachliche Letztentscheidungsrecht obliegt jedoch dem Hochschullehrer, dem der wissenschaftliche Mitarbeiter zugeteilt ist.<sup>82</sup> Insofern kann diesbezüglich auf die oben ausgeführten Grundsätze zur Weisungsbefugnis hinsichtlich der

Arbeitsmethode bei Wissenschaftlichen Mitarbeitern in außeruniversitären Einrichtungen verwiesen werden.<sup>83</sup>

### 3. Urheber-, Publikations- und Arbeitnehmererfindungsrecht

Die Frage der Reichweite von Art. 5 Abs. 3 GG stellt sich auch im Rahmen des Urheber- und Publikationsrechts des Wissenschaftlichen Mitarbeiters.

Sind die seitens des Wissenschaftlichen Mitarbeiters angefertigten wissenschaftlichen Arbeiten in Eigenregie entstanden, kommt ihm zwingend die urheberrechtliche Stellung an dem jeweiligen Werk i.S.d. § 7 UrhG zu.<sup>84</sup> Insbesondere gilt dies für Dissertationen und Habilitationen. Hier gilt der oben genannte Grundsatz, dass diese beiden Arten der wissenschaftlichen Betätigung gerade die Fähigkeit zu eigenständigem wissenschaftlichen Tätigsein ausweisen sollen. Doktorand und Habilitand sind alleinige Urheber ihrer Werke.<sup>85</sup> Die Beteiligung des Doktorvaters im Rahmen von Anregung Korrektur oder Kritik führt räumt diesem keine urheberrechtliche Stellung ein.<sup>86</sup>

Im Übrigen ist jedoch insgesamt die inhaltliche Bewertung des Handelns des Wissenschaftlichen Mitarbeiters entscheidend. Hierbei ist die reine Gehilfenfähigkeit im Rahmen der vertraglich geschuldeten Erbringung wissenschaftlicher Dienstleistungen von der eigenständigen Forschungstätigkeit des Wissenschaftlichen Mitarbeiters streng abzugrenzen.<sup>87</sup> Nur im Rahmen der Gehilfenfähigkeit kann eine urheberrechtliche Stellung des Hochschullehrers und die damit verbundenen Berechtigungen in Frage kommen.

Etwas anderes kann jedoch gelten, wenn der Wissenschaftliche Mitarbeiter im Rahmen der Erbringung seiner eigenständigen Forschung unveröffentlichte Forschungsobjekte und die fachliche Bewertung seines Hochschullehrers, etwa im Rahmen der Anfertigung einer Dissertation, verarbeitet. Es kommt dann eine sogenannte Miturheberschaft von Wissenschaftlichem Mitarbeiter und Hochschullehrer i.S.d. § 8 Abs. 1 UrhG in Betracht.<sup>88</sup> Der Hochschullehrer hat dann die Möglichkeit, seine Einwilligung zur Veröffentlichung, Verwer-

78 S. o. B. II. 1.

79 BVerfGE 35, 79 = BVerfG, Urteil vom 29.5.1973 - 1 BvR 424/71 und 325/72 = NJW 1973, 1176; Maunz/Dürig/Scholz, Art. 5 Abs. 3 GG, Rn. 110.

80 BVerfGE 35, 79 = BVerfG, Urteil vom 29.5.1973 - 1 BvR 424/71 und 325/72 = NJW 1973, 1176; Maunz/Dürig/Scholz, Art. 5 Abs. 3 GG, Rn. 110.

81 BVerfGE 35, 79 = BVerfG, Urteil vom 29.5.1973 - 1 BvR 424/71 und 325/72 = NJW 1973, 1176.

82 Raab, Der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft (WissZeitVG), WR-Beiheft 23, 2015, S. 33.

83 S. o. B. II. 2.

84 Leuze, WissR 2011, S. 280, 291.

85 Leuze, WissR 2011, S. 280, 291.

86 Leuze, WissR 2011, S. 280, 291.

87 Vgl. Ahlberg/Götting/Leuze, Beck'scher Online Kommentar Urheberrecht, 12. Edition, Stand 1. Januar 2015, Urheberrecht im Bereich der Wissenschaft, Rn. 27 ff.

88 Vgl. Ahlberg/Götting/Leuze, Beck'scher Online Kommentar Urheberrecht, 12. Edition, Stand 1. Januar 2015, Urheberrecht im Bereich der Wissenschaft, Rn. 27 ff.

tung oder Änderung unter dem Vorbehalt der treuwidrigen Ausübung verweigern, vgl. § 8 Abs. 2 UrhG.

Auf verfassungsrechtlicher Ebene treten die Forschungsfreiheit des Hochschullehrers und die Forschungsfreiheit des Wissenschaftlichen Mitarbeiters in Konflikt zueinander. Dieser ist grundsätzlich im Rahmen praktischer Konkordanz zugunsten des Hochschullehrers aufzulösen, der die wissenschaftlichen Erkenntnisse, welche durch den Wissenschaftlichen Mitarbeiter verwendet wurden, produziert hat. Dies gilt jedoch nicht, wenn der Hochschullehrer die Einwilligung zur Veröffentlichung, Verwertung oder Änderung seiner eigenen Forschungsmaterialien vom Gesamtergebnis der wissenschaftlichen Arbeit des Wissenschaftlichen Mitarbeiters abhängig macht. Das Forschungsvorhaben des Wissenschaftlichen Mitarbeiters stünde so unter dem Damoklesschwert der abschließenden Bewertung und Billigung seines Fachvorgesetzten. Dies führte nicht nur zur Treuwidrigkeit der Einwilligung i.S.d. § 8 Abs. 2 UrhG, sondern verstieße auch gegen die Forschungsfreiheit, des an dem gemeinsamen Projekt beteiligten Wissenschaftlichen Mitarbeiters. Die Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG ist ergebnisoffen ausgestaltet und duldet keinen wissenschaftlichen „Monismus“.<sup>89</sup> Forschung muss weltanschaulich, ideologisch und politisch „neutral“ oder „wertfrei“ sein.<sup>90</sup>

Eine weisungsrechtliche Beschränkung der Verwendung der zutage beförderten wissenschaftlichen Erkenntnisse durch den Fachvorgesetzten, etwa in Form eines Publikationsverbots, schiebt Art. 5 Abs. 3 GG erst recht bei eigenständiger Forschung des Wissenschaftlichen Mitarbeiters einen Riegel vor.<sup>91</sup> Insofern kann wiederum auf die Ausführungen des BVerfG verwiesen werden, welches von der Forschungsfreiheit auch die Verbreitung des Forschungsergebnisses erfasst sieht.<sup>92</sup>

Dieser Kerngedanke der Forschungsfreiheit spiegelt sich auch im Rahmen von Arbeitnehmererfindungen wieder.<sup>93</sup> Nach der für an einer Hochschule Beschäftigten geltenden Spezialvorschrift des § 42 ArbNErfG steht dem Erfinder „aufgrund seiner Lehr- und Forschungsfreiheit“ frei, seine Dienstleistung zu offenbaren oder nicht. In den Genuss des § 42 ArbNErfG können jedoch nur Personen kommen, die in einem Dienst- oder Beamtenverhältnis stehen.<sup>94</sup> Studenten, Diplomanden, Doktoranden, Honorarprofessoren, Privatdozenten

und Lehrbeauftragte, die nicht als Arbeitnehmer oder Beamte für die Hochschule tätig werden, sind von § 42 ArbNErfG nicht erfasst.<sup>95</sup> Dies ergibt sich auch bereits aus der Begrifflichkeit Arbeitnehmererfindungsgesetz.

#### IV. Ergebnis

Die Wissenschaftlichen Mitarbeiter sind weisungsrechtlich in die Hochschulorganisation integriert. Das dienstrechtliche Weisungsrecht obliegt dem Präsidium der Hochschule bzw. dem Rektorat. Auf fachlicher Ebene obliegt das Weisungsrecht dem Fachvorgesetzten Hochschullehrer. Sofern Wissenschaftliche Mitarbeiter einer Fakultät zugewiesen sind, ist der jeweilige Dekan weisungsberechtigt. Grundsätzlich ist im Rahmen des Dienstverhältnisses Wissenschaftlicher Mitarbeiter kein Raum zur eigenständigen weisungsfreien Forschung. Etwas anderes gilt jedoch im Rahmen von Qualifikationsstellen. Werden Wissenschaftliche Mitarbeiter auf diesen beschäftigt, ist ihnen ausreichend Raum zur eigenständigen weisungsfreien Forschungstätigkeit zu geben.

Das Grundrecht der Forschungsfreiheit schützt den Wissenschaftlichen Mitarbeiter im Hochschulwesen vor weisungsrechtlichen Eingriffen hinsichtlich des Forschungsziels, der Forschungsmethode sowie hinsichtlich der Publikation des Forschungsergebnisses. Der

Wissenschaftliche Mitarbeiter ist als Urheber der in Dienstzeit produzierten Forschungsergebnisse. Eine Miturheberschaft des Fachvorgesetzten kann bei Verarbeitung dessen Forschungsergebnissen durch den Wissenschaftlichen Mitarbeiter in Betracht kommen. Lediglich dann kann der Fachvorgesetzte seine Einwilligung zur Veröffentlichung unter dem Vorbehalt treuwidriger Ausübung verweigern. In weisungsrechtlicher Hinsicht ist ein solches Vorgehen vor dem Hintergrund des Art. 5 Abs. 3 GG nicht möglich.

#### D. Gesamtergebnis

Sowohl im Hochschulbereich als auch bei außeruniversitärer Forschung spielt Art. 5 Abs. 3 GG im Hinblick auf die weisungsrechtliche Stellung Wissenschaftlicher Mitarbeiter eine bedeutende Rolle. Der Einfluss des Grundrechts der Forschungsfreiheit hängt jedoch von der ver-

89 Maunz/Dürig/Scholz, Art. 5 Abs. 3 GG, Rn. 95 ff. mwN.

90 Maunz/Dürig/Scholz, Art. 5 Abs. 3 GG, Rn. 96 mwN.

91 Maunz/Dürig/Scholz, Art. 5 Abs. 3 GG, Rn. 83, 84.

92 BVerfGE 35, 79 = BVerfG, Urteil vom 29. 5. 1973 - 1 BvR 424/71 und 325/72 = NJW 1973, 1176.

93 Allgemein hierzu siehe Kraßer, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, Kap. XIV, Rn. 54 ff.

94 Schwab, Arbeitnehmererfindungsgesetz, 2. Aufl. 2014, § 42, Rn. 6.

95 Kraßer, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, Kap. XIV, Rn. 63.

traglichen Ausgestaltung bzw. dienstrechtlichen Stellung des Wissenschaftlichen Mitarbeiters ab. Ist diesem im Rahmen seiner vertraglich geschuldeten Tätigkeit eigenständige Forschung übertragen, ist eine direktionsrechtliche Einflussnahme durch den Arbeitgeber nicht möglich. Weisungen können nur in den arbeitsvertraglichen

Sphären erfolgen, die nicht die eigenständige Forschungstätigkeit berühren.

Andreas Schubert und Sarah Tarantino sind Wissenschaftliche Mitarbeiter der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht.

# Markus Meißner

## *Entstehung und Entwicklung des Hochschulbefristungsrechts*

Die Dissertation „Entstehung und Entwicklung des Hochschulbefristungsrechts“ wurde unter Betreuung von Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg erstellt. Sie erscheint als Band 19 der Reihe „Wissenschaftspolitik und Wissenschaftsrecht“ des Deutschen Hochschulverbandes.

### **I. Einführung in das Thema**

Mit Gesetz vom 11.03.2016 wurde das Wissenschaftszeitvertragsgesetz (WissZeitVG) novelliert. Ziel der Reform ist es vor allem die große Zahl der befristeten Arbeitsverhältnisse an Wissenschaftseinrichtungen, darunter viele mit einer Laufzeit von unter einem Jahr, zu begrenzen.<sup>1</sup> Besonders betroffen von den Befristungsregelungen sind wissenschaftliche Mitarbeiter, von denen 2012 an den Hochschulen 84% befristet beschäftigt waren.<sup>2</sup> Prägend für die Befristungsregelungen im Wissenschaftsbereich ist das Spannungsfeld zwischen den Bestandsschutzinteressen der im Wissenschaftsbereich Tätigen, die sich auf das Sozialstaatsprinzip berufen können, und den Freiheits- und Flexibilitätswünschen der Wissenschaftseinrichtungen. Hierbei einen angemessenen Ausgleich zu finden ist die Anforderung an alle gesetzgeberischen Aktivitäten.

Die Entwicklung hin zur Massenuniversität, die Zunahme an drittmittelfinanzierten Projekten, kurzfristige Finanzierungszusagen und damit die Schwierigkeit der Wissenschaftseinrichtungen, langfristige Personalplanung zu betreiben, stellen an das Befristungsrecht im Wissenschaftsbereich immer neue Anforderungen. Zusätzlich ist zu bedenken, dass die Wissenschaftseinrichtungen als Arbeitgeber global im Wettbewerb insbesondere mit der Wirtschaft um die besten Köpfe stehen. In anderen Branchen erhalten Jungakademiker oftmals in überschaubarem Zeitraum eine Dauerstelle. So waren 2011 im verarbeitenden Gewerbe beispielsweise nur 7,1% der 30- bis 34-jährigen befristet beschäftigt.<sup>3</sup> In einem Land wie Deutschland, das auf Fortschritt und Innovation angewiesen ist, um sich im internationalen Vergleich

bewähren zu können, unterstreicht das die Wichtigkeit von angemessenen Befristungsregelungen im Wissenschaftsbereich.

### **II. Motivation und Fragestellung**

Ziel der Dissertation ist es einerseits, erstmalig in konzentrierter Form einen Gesamtüberblick über die Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte des Hochschulbefristungsrechts zu geben. Andererseits werden aus der Historie Erkenntnisse für das Verständnis der Hochschulbefristungsregelungen sowie für Verbesserungsvorschläge gewonnen. Daneben wird der Ursprung der Regelungen untersucht. Welchen Einflüssen unterlag die Gesetzgebung im Hochschulbefristungsrecht und wie sind diese zu bewerten? Aufgrund der Aktualität der Diskussion um Hochschulbefristungsregelungen werden zusätzlich, losgelöst von der historischen Perspektive, neue Anregungen für mögliche Verbesserungen gegeben.

### **III. Entwicklungslinien des Hochschulbefristungsrechts**

Die Entwicklung nach der Entstehung des Hochschulbefristungsrechts (1.) unterteilt sich in bisher drei wesentliche Schritte: die Umstellung des Befristungssystems mit dem 5. HRGÄndG beziehungsweise der Reparaturnovelle (2.), die Verlagerung der Hochschulbefristungsregelungen in das WissZeitVG (3.) sowie die aktuelle Novellierung des WissZeitVG (4.)

#### **1. Entstehung des Hochschulbefristungsrechts**

##### **a) Gründe für die Entwicklung wissenschaftsspezifischer Befristungsregelungen**

Durch die Änderung der Personalstruktur mit Einführung des Hochschulrahmengesetzes 1976 gewann das Arbeitsrecht eine größere Bedeutung im Hochschulbereich. Das Arbeitsrecht bot Möglichkeiten, befristete Arbeitsverträge abzuschließen. Hierbei war jedoch

1 BT-Drucks 18/6489, S. 1.

2 Autorengruppe Bildungsberichterstattung, Bildung in Deutschland 2014, S. 129.

3 Statistisches Bundesamt, Jobs ohne Befristung: Für viele Jungaka-

demiker nur ein Traum, Wiesbaden 2013.

[https://www.destatis.de/DE/Publikationen/STATmagazin/Arbeitsmarkt/2013\\_05/2013\\_05PDF.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Publikationen/STATmagazin/Arbeitsmarkt/2013_05/2013_05PDF.pdf?__blob=publicationFile) (22.12.2015).

immer ein sachlicher Grund vonnöten, zu dem es eine weitgehende Einzelfallrechtsprechung gab. Bei dieser wurde die Tendenz beobachtet, dass die Arbeitsgerichte zunehmend die sachlichen Begründungen der Hochschulen nicht anerkannten. Im Umfeld eines angespannten Arbeitsmarktes führte dies zu einer Vielzahl von erfolgreichen Entfristungsklagen.

Um die von Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Wissenschaftsfreiheit zu schützen und sich ihre Innovationsfähigkeit zu erhalten, forderten Hochschulvertreter Lösungsmöglichkeiten, mit denen rechtssicher befristete Arbeitsverhältnisse mit wissenschaftlichen Mitarbeitern gestaltet werden konnten. Als Lösungsmöglichkeiten wurden landesrechtliche, tarifrechtliche oder bundesrechtliche Regelungen vorgeschlagen. Den Ländern fehlte die Kompetenz zum Erlass rechtssicherer Normen. Eine tarifrechtliche Lösung scheiterte am Widerstand der Arbeitnehmervertretung. In der Konsequenz führte dies zu einer bundesrechtlichen Regelung.

#### b) Einfluss des Wissenschaftsrates

Von Politik und Literatur wird dem Wissenschaftsrat ein entscheidender Einfluss auf das Gesetz über befristete Arbeitsverträge mit wissenschaftlichem Personal an Hochschulen und Forschungseinrichtungen vom 14.6.1985 (Zeitvertragsgesetz) zugesprochen. Die Arbeit klärt, welche Rolle der Wissenschaftsrat bei der Entstehungsgeschichte tatsächlich innehatte. Hierzu wurde sich mit der Entscheidungsfindung innerhalb des Wissenschaftsrates auseinandergesetzt. Dabei konnte herausgefunden werden, dass Anstoß für eine Beschäftigung mit Befristungsregelungen im Wissenschaftsbereich Arbeitgeber und Professoren waren, die unmittelbar von den Missständen betroffen waren. Diese übten über ihre Gremien und Interessenvertretungen Druck aus, um Arbeitnehmer, Länder und Bund von geeigneten Maßnahmen zu überzeugen. Der Wissenschaftsrat lieferte in diesem Prozess mit der Schrift „Zur Problematik befristeter Arbeitsverhältnisse mit wissenschaftlichen Mitarbeitern“ eine umfassende wissenschaftliche Ausarbeitung, die Handlungsmöglichkeiten aufzeigte. Dabei war ein besserer Umgang mit der damals bestehenden Rechtslage eine wesentliche Empfehlung des Wissenschaftsrates. Das Zeitvertragsgesetz entstand also nicht auf Initiative des Wissenschaftsrates und war auch nicht unbedingte Forderung des Wissenschaftsrates. Ein Ver-

gleich der Begründung des Gesetzes mit der Schrift des Wissenschaftsrates zeigt aber, dass immer wieder über längere Passagen Bezug auf den Wissenschaftsrat genommen wurde. Den Stimmen, die in der Schrift „Zur Problematik befristeter Arbeitsverhältnisse mit wissenschaftlichen Mitarbeitern“ das wichtigste Dokument für die Entstehung des Zeitvertragsgesetzes sehen,<sup>4</sup> oder der Ansicht sind, die Bundesregierung habe mit dem Zeitvertragsgesetz im Wesentlichen an die Stellungnahme angeknüpft,<sup>5</sup> kann zugestimmt werden.

#### c) Behandlung der Frage der Verfassungsmäßigkeit im Gesetzgebungsverfahren

Die Entstehungsgeschichte des Zeitvertragsgesetzes wurde kontrovers diskutiert. In Frage stand die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes. Insbesondere ein Verstoß gegen die Tarifautonomie wurde dem Gesetz vorgeworfen. Nachdem eine tarifliche Einigung nicht zu erreichen gewesen sei, habe sich die Bundesrepublik Deutschland von der Rolle des Tarifpartners in die des Gesetzgebers begeben, um einseitig ihre Interessen durchzusetzen.<sup>6</sup>

Nachdem eine Nichteinigung der Tarifparteien auf Regelungen zur Befristung im Hochschulbereich absehbar war, lag innerhalb kurzer Zeit ein Entwurf zum Zeitvertragsgesetz vor. Dies zeigt, dass der Schritt zu einer gesetzlichen Regelung bereits vorbereitet war. Dafür spricht auch der Druck, den politische Akteure beispielsweise im Wissenschaftsrat aufbauten. In diesem Zusammenhang stellt sich tatsächlich die Frage nach einem verantwortungsvollen Umgang der Regierungskoalition mit der Tarifautonomie. Im Gesetzgebungsprozess wurden die Fragen nach der Gesetzgebungskompetenz des Bundes und einem Verstoß gegen die Tarifautonomie in Diskussionen, Anhörungen und Gutachten aber behandelt. Namhafte Sachverständige bescheinigten dem Gesetzentwurf seine Verfassungsmäßigkeit, die letztlich auch vom BVerfG anerkannt wurde. Die Regelungen selbst führten zudem teilweise zu Verbesserungen für die Arbeitnehmer. Auch bei unterschiedlichen Befristungsgründen war die Höchstgrenze von fünf Jahren einzuhalten. Zudem sollte der erstmalige Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages nicht später als vier Jahre nach Studienabschluss erfolgen. Vorwürfe wie die von Nagel, welcher den Werdegang des Zeitvertragsgesetzes als „politischen Skandal“ bezeichnete,<sup>7</sup> sind vor diesem Hintergrund als fehlerhaft zu bewerten.

4 Dallinger, NZA 1985, S. 648.

5 Enders, Beschäftigungssituation im akademischen Mittelbau, S. 35; Enders, Die wissenschaftlichen Mitarbeiter, S. 120.

6 Frohner, in: Sprecherkreis der Hochschulkanzler, Die Neuregelung der Dienst- und Arbeitsverhältnisse des wissenschaftlichen Personals, S. 28; Miller PersV 1986, S. 19; Nagel, RdA 1997, S. 353;

Peiseler, NZA 1985, S. 242; Plander RiA 1985, S. 59f.; Plander, AuR 1986, S. 73; Schrimpf, KJ 1985, S. 39.

7 Nagel, in: Sprecherkreis der Hochschulkanzler, Die Neuregelung der Dienst- und Arbeitsverhältnisse des wissenschaftlichen Personals, S. 133.

## d) Verfassungsrecht als maßgebendes Prinzip

Die Kritik am Zeitvertragsgesetz betraf auch die mangelnde empirische Begründung einer Steigerung der Innovationsfähigkeit durch befristete Arbeitsverhältnisse. Diese Kritik betrifft letztlich den Kern der Rechtfertigung der Hochschulbefristungsregelungen. Es wird gezeigt, dass die Anforderungen der Wissenschaftsfreiheit und damit Verfassungsrecht der Maßstab für eigene Hochschulbefristungsregelungen sein muss. Zwei Aspekte garantieren ein Mindestmaß an Flexibilität für die Wissenschaftseinrichtungen als Träger der Wissenschaftsfreiheit: Der ständige Fluss der Erkenntnis erfordert Reaktionen auch auf arbeitsrechtlicher Ebene, um wie im Bereich des Rundfunkprogramms inhaltlich unterschiedlichen Anforderungen durch spezialisiertes Personal begegnen zu können. Zudem muss die Möglichkeit, sich an den Wissenschaftseinrichtungen zu qualifizieren, den stetig nachrückenden Generationen von Nachwuchswissenschaftlern immer offen stehen.

## e) Regelungen des Zeitvertragsgesetzes

Die Regelungen des Zeitvertragsgesetzes beinhalteten die Kombination eines Sachgrunderfordernisses mit einer Höchstbefristungsgrenze.

Das BAG stellte die Anforderung eines sachlichen Grundes zur Befristung von Arbeitsverhältnissen. Daraus entstand der Wille, spezifisch wissenschaftsrelevante sachliche Gründe zu entwickeln, die rechtssichere und flexible Befristungsmöglichkeiten gewährleisten sollten. Neben einer Befristung für Qualifizierungszwecke wurde unter anderem ein sachlicher Grund bei drittmittelfinanzierter Tätigkeit oder bei erstmaliger wissenschaftlicher Tätigkeit anerkannt.

Im Interesse der Arbeitnehmer wurden Obergrenzen sowohl hinsichtlich der Dauer als auch bezüglich der Zeitspanne nach dem Abschluss eines Mitarbeiters eingeführt. Der erstmalige Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages sollte nicht später als vier Jahre nach Studienabschluss erfolgen. Die Befristungshöchstgrenze lag in der Regel bei fünf Jahren. Nicht angerechnet wurden dabei Promotionszeiten.

## f) Geeignetheit der Regelungen des Zeitvertragsgesetzes

Das Zeitvertragsgesetz sorgte für eine Flexibilisierung der Beschäftigungsverhältnisse an den Hochschulen. Durch eine Verbesserung der Rechtssicherheit flankierte es die Expansion der Beschäftigtenzahl im Mittelbau.

Die im Sinne der Arbeitnehmer getroffenen Regelungen wurden jedoch durch zahlreiche Anrechnungs- und Kombinationsmöglichkeiten konterkariert. Diese ermöglichten in der Folge langandauernde Befristungen. Als Beispiel kann hier die Möglichkeit dienen, bei einem Wechsel der Hochschule Arbeitsverträge mit einer neu laufenden Höchstfrist zu schließen.

## 2. Regelungen des 5. HRGÄndG beziehungsweise der Reparaturnovelle

Da die Befristungsregelungen des 5. HRGÄndG aufgrund des Zusammenhangs mit den Regelungen zur Juniorprofessur vom BVerfG für nichtig erklärt wurden,<sup>8</sup> erließ man sie mit der Reparaturnovelle erneut.<sup>9</sup>

## a) Umstellung des Befristungssystems

Den durch die zahlreichen Anrechnungs- und Kombinationsmöglichkeiten hervorgerufenen Missstand griffen *Dieterich/Preis* auf, als sie auf Grundlage der Vorgaben des Bundesministeriums für Bildung und Forschung Änderungen des 5. HRGÄndG erarbeiteten. Sie erkannten die Möglichkeiten des durch die Befristungsrichtlinie auf europäischer Ebene neu geschaffenen Rechtsrahmens. Daraus entstand die Umstellung des bisher sachgrundorientierten Befristungssystems auf eine reine Höchstbefristungsgrenze. Der Gedanke von *Dieterich/Preis* war, aufgrund von Qualifikationszwecken sei eine Befristung im Wissenschaftsbereich regelmäßig für jeweils sechs Jahre vor und nach der Promotion gerechtfertigt.<sup>10</sup>

Die Umstellung des sachgrundorientierten Systems auf eine Höchstbefristungsgrenze vereinfachte die Handhabung des Gesetzes. Die damit einhergehende Rückführung von Anrechnungs- und Kombinationsmöglichkeiten erhöhte die Transparenz für den wissenschaftlichen Nachwuchs und verhinderte missbräuchliche Kettenbefristungen.

## b) Verzicht auf eine eigene Drittmittelregelung

Als problematisch erwies sich der Verzicht auf eine eigene Drittmittelregelung. Die durch das TzBfG und die Rechtsprechung eröffneten Befristungsmöglichkeiten führten zu Schwierigkeiten in der praktischen Umsetzung an den Hochschulen. Rechtssichere Befristungsmöglichkeiten sind aber notwendig, um eine zurückhaltende Personalpolitik zu verhindern und potentielle Drittmittelgeber nicht abzuschrecken.

8 BVerfG Urteil vom 27.7.2004 – 2 BvF 2/02, NJW 2004, S. 2803.

9 BT-Drucks 15/4132, S. 9.

10 *Dieterich/Preis*, Befristete Arbeitsverhältnisse in Wissenschaft und Forschung, S. 50.

## c) Problematische Tariföffnungsklausel

Teil der auf *Dieterich/Preis* zurückgehenden Reformen war eine partielle Tariföffnungsklausel. Bei dieser ergeben sich zwei Probleme. Sie ist als arbeitsrechtliche Regelung von der Gesetzgebungskompetenz des Bundes umfasst. Kompetenzrechtlich sind aber die Länder zur Formulierung von Fachrichtungen und Forschungsbereichen ermächtigt. Dieser Zwischenschritt müsste erfolgen, damit die Tarifparteien rechtssicher Vereinbarungen treffen können. Inhaltlich dürften die Tarifvereinbarungen nach § 1 Abs. 1 S. 3 WissZeitVG von den vorgesehenen Fristen abweichen und die Anzahl der zulässigen Verlängerungen befristeter Arbeitsverträge festlegen. Bei einem Abweichen von den vorgesehenen Fristen müssten immer die Anforderungen der Wissenschaftsfreiheit beachtet werden. Bei Verkürzungen der Fristen wären die Tarifparteien zunächst im Unklaren über deren Verfassungsmäßigkeit.

Widersprüchlich ist zudem, dass eine Tariföffnung immer wieder gefordert wird, aber von der derzeitigen Öffnungsmöglichkeit kein Gebrauch gemacht wird. Das System aus sachgrundloser Befristung mit Höchstbefristungsgrenze und einer daneben möglichen Sachgrundbefristung bei Drittmittelfinanzierung ist ausgewogen und an den Eigenheiten des Wissenschaftssystems orientiert. Deshalb ist es erhaltenswert. Eine Streichung der rechtlich mangelhaft ausgestalteten und praktisch nicht verwendeten Tariföffnungsklausel wäre sinnvoll.

## 3. Verlagerung in das WissZeitVG

## a) Neuregelungen des WissZeitVG 2007

Durch die Föderalismusreform I verlor der Bund die Gesetzgebungskompetenz für die allgemeinen Grundsätze des Hochschulwesens. Da die Befristungsregelungen auf dem Kompetenztitel des Arbeitsrechts beruhen und man spezifische Normen für erhaltenswert hielt, verlagerte man das Hochschulbefristungsrecht in das WissZeitVG. Dabei wurden zugleich Forderungen von Arbeitgeber- beziehungsweise Arbeitnehmerseite nach einem speziellen Drittmittelatbestand beziehungsweise nach einer Verbesserung der Vereinbarkeit von wissenschaftlicher Karriere und Familie erfüllt. Nach einem Hinweis von *Hartmer*<sup>11</sup> wurde der vorgesehene persönliche Anwendungsbereich des WissZeitVG umformuliert. Der Entwurf der Bundesregierung eröffnete den Anwendungsbereich des WissZeitVG für wissenschaftliche

beziehungsweise künstlerische Mitarbeiter und Hilfskräfte. Da die Gestaltung der Personalstruktur mit der Föderalismusreform auf die Länder übergegangen ist, wurde der Begriff des wissenschaftlichen Personals bevorzugt. Ausgenommen waren dabei die Hochschullehrer. Damit vermied man Begrifflichkeiten, die „*einer zukünftigen Fortentwicklung in den Ländern entgegenstehen könnten*“.<sup>12</sup>

Durch die eigene Drittmittelregelung – die auch für nichtwissenschaftliches Personal galt – wurde die notwendige Flexibilität und Rechtssicherheit für Befristungen, die abseits der Höchstbefristungsgrenze erfolgen, gewonnen. Seither besteht ein angemessenes Regulationssystem, das für die Beschäftigten transparent ist, dem Nachwuchs genügend Qualifizierungszeit zugesteht und den Arbeitgebern die notwendige Flexibilität gewährt.

## b) Der persönliche Anwendungsbereich des WissZeitVG

Soweit behauptet wird, der Gesetzgeber habe mit Schaffung des WissZeitVG keine Erweiterung des Anwendungsbereichs vorgesehen, ist dies falsch. Entsprechende Ausführungen finden sich in der Entwurfsbegründung der Bundesregierung, die zeitlich vor der Sachverständigenanhörung vom 29.11.2006 erstellt wurde. Erst nach der Anhörung kam es aber zu der Veränderung des Anwendungsbereichs in § 1 Abs. 1 S. 1 WissZeitVG, der seither von wissenschaftlichem und künstlerischem Personal ohne die Hochschullehrer spricht. Richtig ist deshalb, dass sich der Gesetzgeber vor dem Hintergrund der Entscheidung des BVerfG zum 5. HRGÄndG bei der Festlegung des Anwendungsbereichs zurückgehalten hat, um keine kompetenzrechtlichen Schwierigkeiten zu produzieren. Damit hat er Raum für länderrechtliche Regelungen eröffnet, die zuständigerweise Personalkategorien formulieren können, die in den Anwendungsbereich des WissZeitVG fallen. Die Festlegung wissenschaftlichen Personals ist hochschulrechtlicher Natur und damit Ländersache. Eine Bestimmung des Anwendungsbereichs in diesem Sinne ist auch zweckmäßig, da eine tätigkeitsbezogene Beschreibung zu Abgrenzungsschwierigkeiten und in der Konsequenz zu unübersichtlicher Einzelfallrechtsprechung führt. Rechtsstreitigkeiten zum Anwendungsbereich des WissZeitVG werden derzeit unnötig oft vor Arbeitsgerichten ausgefochten. Eine rechtssichere Gestaltung bei derzeitiger Formulierung des WissZeitVG wäre eine statusbezogene Festlegung des wissenschaftlichen Personals durch die Länder.

11 *Hartmer*, Stellungnahme DHV, BT-A-Drucks 16(18)139h, S. 3; *Hartmer*, Öffentliche Anhörung zum WissZeitVG am 29.11.2006, Protokoll 16/21, S. 8 und 31; *Lehmann-Wandschneider*, Sonder-

befristungsrecht an Hochschulen, S. 57.

12 BT-Drucks 16/4043, S. 9.

Alternativ kann der Bundesgesetzgeber abschließend von seiner Gesetzgebungskompetenz im Arbeitsrecht Gebrauch machen und ohne Vorgabe von Personalkategorien den Anwendungsbereich beispielsweise für „*wissenschaftliches, wozu auch lehrendes Personal gehört*“ eröffnen. Denn unter das wissenschaftliche Personal sind auch Lehrkräfte für besondere Aufgaben und Lektoren zu fassen, da eine Unterscheidung zwischen einer bloß repetierenden Wiedergabe vorgegebener Inhalte und einer Vermittlung von Inhalten, mit denen sich in Form einer kritischen Hinterfragung und einer eigenen Reflexion auseinandergesetzt wurde, praxisfern ist.<sup>13</sup>

#### 4. Novellierung des WissZeitVG

Es ist zu begrüßen, dass mit der Novellierung des WissZeitVG an dem System aus sachgrundloser Befristung zur Qualifizierung und eigenem Drittmittelatbestand zum Erhalt der darüber hinausgehenden Flexibilität keine grundsätzlichen Änderungen vorgenommen wurden. Teile der Reform sind aber zu kritisieren.

Die vereinbarte Befristungsdauer soll so bemessen werden, dass sie der angestrebten Qualifizierung angemessen ist, beziehungsweise dass sie der Dauer der Projektlaufzeit entspricht (a). Die Möglichkeit auch nichtwissenschaftliches Personal bei drittmittelfinanzierten Projekten zu befristen wurde gestrichen (b). Befristete Arbeitsverträge mit studentischem Personal sind bis zu einer Dauer von sechs Jahren zulässig (c).

##### a) Befristungsdauer bei Qualifizierung

Die Anforderung eines angemessenen Verhältnisses zwischen der vereinbarten Befristungsdauer und der angestrebten Qualifizierung lässt Raum für Unsicherheiten.<sup>14</sup> Aufgrund des unspezifischen Regelungsgehalts ist die Formulierung zudem nicht geeignet, die als Missstände empfundenen kurzen Befristungen zu verhindern.<sup>15</sup> Die von den Wissenschaftseinrichtungen selbst entwickelten Richtlinien, auf die der Gesetzgeber hinweist, haben das Problem der zahlreichen kurzen Befristungen bisher nicht in den Griff bekommen. Dies führt in der Konsequenz zu einer Auslegung durch die Rechtsprechung.

Diese hat in der Vergangenheit nicht immer auf die spezifischen Anforderungen der Hochschulen Rücksicht genommen.

Die vor der Novelle des WissZeitVG geltenden Regelungen gewährten den Wissenschaftseinrichtungen Flexibilität und Rechtssicherheit.<sup>16</sup> Wird aber das Ziel ausgegeben, gegen die vielen Befristungsverträge im Wissenschaftsbereich mit kurzer Laufzeit auch arbeitsrechtlich vorgehen zu wollen, ist die getroffene Regelung mangelhaft. Vorzugswürdig erscheint eine Mindestvertragslaufzeit von 24 Monaten, wobei Ausnahmemöglichkeiten nach unten zur Erhaltung der Flexibilität der Wissenschaftseinrichtungen vorzusehen wären. Eine flexiblere Alternative wäre der Vorschlag von Preis, eine maximal zulässige Anzahl an Verlängerungen zu bestimmen.<sup>17</sup>

##### b) Behandlung des nichtwissenschaftlichen Personals

Für das nichtwissenschaftliche Personal gilt die Rechtfertigung für ein Sonderbefristungsrecht nicht in gleicher Weise wie für das wissenschaftliche Personal.<sup>18</sup> Ein stetiger Zufluss neuer Ideen und die Notwendigkeit einer ständigen Fluktuation zur Förderung des Nachwuchses sind beim nichtwissenschaftlichen Personal nicht erforderlich.<sup>19</sup> Die Herausnahme des nichtwissenschaftlichen Personals aus dem Anwendungsbereich des WissZeitVG erscheint vor diesem Hintergrund zunächst nachvollziehbar. Zu bedenken ist allerdings, dass das nichtwissenschaftliche Personal weiterhin nach dem TzBfG befristet werden kann. Daraus ergibt sich kein struktureller Unterschied. Die Hochschulverwaltungen sind in der Vergangenheit mit den Anforderungen des TzBfG nicht ausreichend zurechtgekommen.<sup>20</sup> Aus praktischen Erwägungen und der historischen Perspektive ist daher für eine Wiederaufnahme des nichtwissenschaftlichen Personals in den Anwendungsbereich des WissZeitVG zu werben.

##### c) Befristungsdauer bei studentischen Beschäftigten

Die Höchstbefristungsdauer für studentisches Personal sollte ursprünglich nur vier Jahre betragen, wurde aber

13 AR/Löwisch, 7. Aufl. 2015, § 1 WissZeitVG Rn. 2; Raab, Der persönliche Anwendungsbereich des WissZeitVG, S. 116 f. und 124.

14 Hippler, Stellungnahme Ausschussdrucksache 18(18)143d, Anlage S. 1; Mandler/Meißner, OdW 2016, S. 40; Preis, Stellungnahme Ausschussdrucksache 18(18)143a, S. 4; Tschaut, Stellungnahme Ausschussdrucksache 18(18)143b, S. 3.

15 Mandler/Meißner, OdW 2016, S. 40.

16 Mandler/Meißner, OdW 2016, S. 41.

17 Preis, Stellungnahme Ausschussdrucksache 18(18)143a, S. 5.

18 BR-Drucks 395/15, S. 9.

19 Mandler/Meißner, OdW 2016, S. 43.

20 Lieb, Zur Befristung von Beschäftigungsverhältnissen im Bereich der Rundfunkfreiheit, S. 425; Mandler/Meißner, OdW 2016, S. 43; Preis, Protokoll Öffentliche Anhörung zum WissZeitVG am 29.11.2006, S. 13.

aufgrund breiter Kritik<sup>21</sup> auf sechs Jahre angehoben.<sup>22</sup> Damit bleibt die Befristungsdauer immer noch erkennbar hinter den Regelstudienzeiten und den tatsächlichen Studienzeiten zurück. Die Möglichkeit, während der gesamten Studienzeit von einer studentischen Beschäftigung an den Wissenschaftseinrichtungen zu profitieren, wird damit ohne vernünftigen Grund beschnitten.<sup>23</sup> Eine Höchstbefristungsdauer von acht Jahren wäre angemessen.

## V. Fazit und Ausblick

Die Dissertation untersucht die Entstehungs- und Entwicklungsprozesse bis zum Beschluss der Novellierung des WissZeitVG durch den Bundestag vom 17.12.2015. Dabei zeigt sich, dass die Entstehungsgeschichte einzelner Regelungen ein besseres Verständnis fördern kann. Daraus lassen sich konkrete Forderungen an Gesetzgeber ableiten.

Als derzeit dringendstes Problem stellt sich die Vielzahl von befristeten Verträgen an Hochschulen mit kurzen Laufzeiten dar. Hierbei werden verschiedene Lösungsansätze verfolgt. Neben einer verbesserten Finan-

zierung sollen Personalkonzepte und das Hochschularbeitsrecht Abhilfe schaffen. Die geänderte Finanzierung und die Möglichkeiten durch neue Personalkonzepte bedürfen gesonderter Untersuchungen. Im Hinblick auf die hochschularbeitsrechtliche Komponente wird in der Dissertation Stellung bezogen. Kritisch zu begleiten wird die Rechtsprechung zum neuen WissZeitVG sein, insbesondere bezüglich des angemessenen Verhältnisses zwischen Befristungs- und Qualifizierungsdauer.

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

Markus Meißner, Entstehung und Entwicklung des Hochschulbefristungsrechts  
Herausgegeben vom Deutschen Hochschulverband, Bonn 2016, Band 19 der Reihe „Wissenschaftspolitik und Wissenschaftsrecht“, 216 Seiten, 26 Euro (für Mitglieder des Deutschen Hochschulverbandes 23 Euro) incl. Porto inland  
ISBN: 978-3-944941-04-2

Zu bestellen über: Deutscher Hochschulverband, Rheinallee 18-20, 53173 Bonn, E-Mail: dhv@hochschulverband.de, Fax: 0228-90 266 80

21 DGB, Stellungnahme Ausschussdrucksache 18(18)143f, S. 5; Goldmann, Stellungnahme Ausschussdrucksache 18(18)143c, S. 9; Keller, Stellungnahme Ausschussdrucksache 18(18)143e, S. 20; Mandler/Meißner, OdW 2016, S. 35; ver.di, Stellungnahme

Ausschussdrucksache 18(18)143g, S. 6.

22 BT-Drucks 18/7038, S. 5.

23 Mandler/Meißner, OdW 2016, S. 35 f.

# Volker M. Haug

## *Exzellenzinitiative zum Dritten!*

Nach den beiden ersten Phasen der Exzellenzinitiative (2006/07-2012 und 2012-2017) soll das milliardenschwere Programm zur Förderung der Spitzenforschung in Deutschland in einer teilweise modifizierten Form fortgeführt werden. Dies haben die Regierungschefs von Bund und Ländern am 16. Juni 2016 auf Vorschlag der Gemeinsamen Wissenschaftskonferenz vom 22. April 2016 beschlossen. Grundlage ist – wie schon bei den beiden vorherigen Runden – eine Verwaltungsvereinbarung (Exzellenzstrategie-Vereinbarung – ExSV<sup>1</sup>).

### **I. Bedeutende Änderungen gegenüber der bisherigen Exzellenz-Förderung**

#### 1. Nachhaltigkeit

Die bedeutendste Änderung gegenüber den beiden ersten Phasen besteht darin, dass die Exzellenzinitiative in ihrer dritten Ausgestaltung nicht mehr von vornherein zeitlich begrenzt ist.<sup>2</sup> Mit dieser Nachhaltigkeitsstellung der Förderung macht die Politik von den Möglichkeiten des 2014 novellierten Art. 91b GG Gebrauch; danach ist die gemeinsame Forschungsförderung von Bund und Ländern nicht mehr auf Vorhaben (also zeitlich befristete Projekte) beschränkt, sondern kann auch zeitlich unbegrenzt angelegt werden.

#### 2. Förderstruktur

Ebenfalls von großer Bedeutung sind Änderungen in der Förderstruktur: Von den bisherigen drei Förderlinien fallen die Graduiertenschulen und damit das einzige (auch) lehrbezogene Element des Programms weg. Dies bewirkt eine noch stärkere Fokussierung der Förderung auf die international wahrnehmbare Spitzenforschung in Deutschland und deckt sich mit den Empfehlungen der Imboden-Kommission.<sup>3</sup> Außerdem wird die bisher dritte Förderlinie („Zukunftskonzepte“) nun auch offiziell als „Exzellenzuniversitäten“ bezeichnet und in ihrer Fördersystematik umgestaltet. So folgt die GWK dem Vorschlag der Imboden-Kommission, auf die bisherigen Forschungsleistungen – wie sie etwa durch Preise oder Drittmittel zum Ausdruck

kommen können – abzustellen,<sup>4</sup> und nutzt damit auch in diesem Punkt die erweiterten Spielräume des neuen Art. 91b GG durch die Loslösung vom früheren Zwang der Projektbezogenheit (§ 4 Abs. 3a ExSV). Allerdings wird – insofern abweichend von den Kommissionsempfehlungen – auf die bisherige Fokussierung auf die sogenannten Zukunftskonzepte zum projektbezogenen Ausbau der universitären Spitzenforschung (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 ExV II<sup>5</sup>) nicht ganz verzichtet: Auch künftig sind neben den bisherigen Forschungsleistungen die Kohärenz und Qualität eines strategischen institutionenbezogenen Gesamtkonzepts der Antragsteller maßgeblich (§ 4 Abs. 3b ExSV). Die Förderung der Exzellenzcluster bleibt dagegen im Wesentlichen unverändert erhalten.

### **II. Eckpunkte**

#### 1. Finanzielles Gesamtvolumen

Bund und Länder investieren jährlich rund 533 Mio. €, wovon der Bund 75 % (400 Mio. €) und die Sitzländer jeweils 25 % der auf sie entfallenden Fördermaßnahmen (zusammen 133 Mio. €) tragen (§ 1 Abs. 3 S. 1 ExSV). Damit bleibt das Gesamtvolumen in seiner Größenordnung erhalten (vgl. 2 Abs. 1 ExV II).

#### 2. Entscheidungsstruktur

Im Mittelpunkt der Entscheidungsstruktur steht das Expertengremium, das „aus insgesamt 39 in der Forschung auf verschiedenen Wissenschaftsgebieten ausgewiesenen Expertinnen und Experten“ besteht. Die Mitglieder werden vom DFG-Senat und von der Wissenschaftlichen Kommission des Wissenschaftsrates benannt (§ 2 Abs. 4a ExSV). Gemeinsam mit den Wissenschaftsministern und -ministerinnen von Bund und Ländern (die zusammen 32 Stimmen haben) bildet das Expertengremium unter Leitung des DFG-Präsidenten und des WR-Vorsitzenden die Exzellenzkommission, die dann auf der Grundlage der Vorschläge und Bewertungen des Expertengremiums die abschließenden Förderentscheidungen trifft (§ 2 Abs. 4b ExSV). Damit

1 Nichtamtliche, vom Autor gewählte Abkürzung. Die Veröffentlichung des Vereinbarungstextes durch das GWK-Büro ist demnächst zu erwarten.

2 Allerdings sahen bisher die Ausschreibungsbedingungen vor, dass die Universitäten Verstärkungszusagen abgeben mussten (einschließlich der Sitzländer).

3 Endbericht der Internationalen Expertenkommission zur Evaluation der Exzellenzinitiative (IEKE) vom Januar 2016, S. 39 f.; <http://www.gwk-bonn.de/fileadmin/Papers/Imboden-Bericht-2016.pdf> (3.6.2016).

4 Endbericht der IEKE (Fn. 2), S. 43 f.

5 Verwaltungsvereinbarung zwischen Bund und Ländern gemäß Artikel 91b Abs. 1 Nr. 2 des Grundgesetzes über die Fortsetzung der Exzellenzinitiative des Bundes und der Länder zur Förderung von Wissenschaft und Forschung an deutschen Hochschulen – Exzellenzvereinbarung II (ExV II) – vom 24.6.2009, BAnz Nr. 103 v. 16.7.2009, S. 2416; <http://www.gwk-bonn.de/fileadmin/Papers/Exzellenzvereinbarung-II-2009.pdf> (31.5.2016).

ähneln die Entscheidungsstruktur stark der bisherigen: Dort bildeten die Fachkommission (von der DFG benannt und für die ersten beiden Förderlinien zuständig) und die Strategiekommission (vom WR benannt und für die Zukunftskonzepte zuständig) zusammen die Gemeinsame Kommission mit insgesamt 39 Stimmen, die mit den Ministerinnen und Ministern (32 Stimmen) im Bewilligungsausschuss zusammenwirkte (§ 4 ExV II). Somit werden nun DFG und WR bei der Bildung und Leitung des Expertengremiums noch stärker zusammengefasst, während sie bisher in getrennten Teilgremien agierten.

### 3. Antragstellung

Zur Antragstellung sind – wie bisher – nur Universitäten berechtigt.<sup>6</sup> Sie müssen dies aber nicht mehr alleine tun, sondern können sich auch als Verbund mehrerer Universitäten (Universitätsverbund) – in beiden Förderlinien – bewerben. Damit trägt die GWK dem zunehmenden Grad der fachlichen Vernetzung der Universitäten Rechnung, da sich bei wettbewerblichen Verfahren zunehmend hochschulübergreifende Antragsverbünde und -konsortien etabliert haben. Allerdings muss der wissenschaftliche und strukturelle Mehrwert für jede einzelne beteiligte Universität „deutlich erkennbar“ sein; auch muss die „institutionell nachhaltige strategische Zusammenarbeit“ in einem verbindlichen Regelwerk ausdrücklich niedergelegt sein, womit reinen ad-hoc-Bündnissen eine klare Absage erteilt wird. Sowohl Einzeluniversitäten als auch Universitätsverbünde sind zudem ausdrücklich berechtigt, weitere Kooperationspartner etwa aus der außeruniversitären Forschung, der Wirtschaft oder der Gesellschaft einzubeziehen (§ 1 Abs. 2 ExSV).

### 4. Wissenschaftsgeleitetes Verfahren

Wie in den beiden ersten Förderphasen ist auch in der dritten Ausgestaltung der Exzellenzinitiative ein wissenschaftsgeleitetes Verfahren vorgesehen. Dies ist zum einen in der Verwaltungsvereinbarung ausdrücklich festgeschrieben (§ 2 Abs. 7 ExSV) und ergibt sich zum anderen aus den Bewertungskriterien (§§ 3 Abs. 3, 4 Abs. 3 ExSV). Ebenso kommt es in der eben geschilderten Entscheidungsstruktur zum Ausdruck: Mussten früher die Fachkommission und die Strategiekommission mindestens nur zur Hälfte aus „Expertinnen und Experten mit langjähriger Auslandserfahrung“ bestehen (§ 4 Abs. 3 S. 4 ExV II), bezieht sich das Expertenerfordernis nun auf sämtliche Mitglieder des Expertengremi-

ums. Wie schon bisher hat die Fachseite mit 39 Stimmen ein klares Übergewicht gegenüber der Politik mit 32 Stimmen. Während allerdings Förderentscheidungen von Exzellenzclustern mit der einfachen Mehrheit der Exzellenzkommission getroffen werden können, bedarf es für die Entscheidung über die politisch prestigeträchtigen Exzellenzuniversitäten neben einer einfachen Mehrheit im Expertengremium einer qualifizierten Mehrheit von 25 (von 32) Stimmen der Politik (§ 2 Abs. 5 ExSV). Letzteres ist neu, da bislang die Entscheidungen in allen Förderlinien mit einfacher Mehrheit getroffen werden konnten (§ 4 Abs. 10 ExV II).

### 5. Zeitplan

Bereits im Juli 2016 konstituiert sich das Expertengremium. Zeitgleich erfolgt die Ausschreibung für beide Förderlinien, wobei es zunächst nur um die Forschungscluster geht: Bis April 2017 sind die Skizzen einzureichen, über die im September entschieden wird. Es folgen die Vollantragstellung bis Februar 2018 und – nach der Begutachtung – im September 2018 die Förderentscheidungen, damit ab Dezember 2018/Januar 2019 die Förderung erfolgen kann. Erst danach, nämlich im Februar 2019, werden die Anträge auf Exzellenzuniversitäten erwartet, über die im Juli 2019 entschieden wird. Diese Förderung läuft dann ab November 2019.

## III. Förderlinien

### 1. Exzellenzcluster

Für die Exzellenzcluster, mit denen „international wettbewerbsfähige Forschungsfelder“ projektbezogen gefördert werden (§ 1 Abs. 1a ExSV), stehen jährlich 385 Mio. € zur Verfügung. Unter angemessener Berücksichtigung der Besonderheiten der einzelnen Fächer sollen unter Ausschöpfung der Bandbreite der Förderhöhe 45 bis 50 Förderfälle ermöglicht werden (§ 3 Abs. 1 S. 3 ExSV), was einen Durchschnittsbetrag von rund 8,5 Mio. € pro Cluster und Jahr bedeutet. Dies enthält eine spürbare Steigerung, da nun die bisher für die Graduiertenschulen eingesetzten Mittel auf die beiden verbleibenden Förderlinien umverteilt werden. So wurden in der zweiten Runde 43 Cluster mit insgesamt 292 Mio. jährlich (§ 2 Abs. 2 ExV II) gefördert, was einem Durchschnittswert von 6,8 Mio. € entspricht. Der Förderbetrag umfasst (wie bisher) eine Programmpauschale in Höhe von nunmehr 22 % der verausgabten direkten Projektmittel (§ 3 Abs. 1 S. 2 ExSV) sowie – neu – Universitätspauschalen zur Stärkung der Governance und strategischen Ausrichtung der

<sup>6</sup> Dies rechtfertigt sich nicht nur durch die Fokussierung auf die Spitzenforschung, sondern auch durch das Förderprogramm „Innovative Hochschule“, das neben kleineren und mittleren

Universitäten auch die Fachhochschulen besonders im Blick hat, vgl. <https://www.bmbf.de/de/innovative-hochschule-2866.html> (6.6.2016).

einzelnen Universitäten. Diese müssen gesondert beantragt werden und betragen 1 Mio. € pro Jahr. Bei mehreren geförderten Clustern beim gleichen Antragsteller beträgt die Universitätspauschale dann 750.000 € für das zweite und 500.000 € für jedes weitere Exzellenzcluster (§ 3 Abs. 4 ExSV). War die Förderung der Cluster bislang zeitlich stark limitiert (5 Jahre, § 2 Abs. 5 ExV II), wird nun ein Zeithorizont von „grundsätzlich zweimal sieben Jahren“ eröffnet (§ 3 Abs. 6 ExSV). Das Bewerbungsverfahren ist für Erstantragstellungen zweistufig (Antragskizzen/Vollanträge) ausgestaltet; die Entscheidung über die Antragskizzen liegt beim Expertengremium (§ 3 Abs. 2 ExSV).

## 2. Exzellenzuniversitäten

Die Förderlinie der Exzellenzuniversitäten dient der dauerhaften institutionellen Stärkung und dem Ausbau der internationalen Spitzenstellung in der Forschung (§ 1 Abs. 1b ExSV). Für die Förderung von acht bis elf Exzellenzuniversitäten bzw. Verbünde werden jährlich 148 Mio. € bereitgestellt (§ 4 Abs. 1 S. 1, 2 ExSV). Wie bei den Fächern der Exzellenzcluster sollen auch hier exzellente Anträge kleiner Universitäten unter Ausschöpfung der Bandbreite der Förderhöhe angemessen berücksichtigt werden. Zudem sind für die Förderbeträge zwischen Einzeluniversitäten (10 – 15 Mio. € p.a.) und Universitätsverbänden (15 – 28 Mio. € p.a.) unterschiedliche Spannbreiten vorgesehen (§ 4 Abs. 1 S. 3 ExSV). In den Schlussverhandlungen auf Regierungschef-Ebene wurde auf massives Drängen Hamburgs außerdem vereinbart, nach Ablauf der ersten Förderperiode im Jahr 2024 eine Folgeausschreibung durchzuführen. Hier können sich Neuantragsteller auf die bei der ersten Evaluation eventuell frei werdenden Plätze bewerben. Um die von Hamburg geforderte „Dynamik im System“ sicherzustellen, sollen dann – unabhängig von der Zahl eventuell frei werdender Plätze – auf jeden Fall vier weitere Exzellenzuniversitäten gekürt werden.<sup>7</sup> Sollten bei der Evaluation keine vier Plätze frei werden, bedeutet das einen Anstieg jeder Gesamtzahl der Exzellenzuniversitäten über die Obergrenze von elf hinaus – im Extremfall sogar auf 15. Dies würde dann auch eine entsprechende Erhöhung des Mittelrahmens nötig machen.

Der durchschnittliche Förderbetrag pro Exzellenzuniversität und Jahr liegt – je nach Zahl der Förderfälle – bei ca. 15 Mio. €, während bei der zweiten Runde der Exzellenzinitiative für elf Universitäten 142 Mio. € (und da-

mit durchschnittlich jeweils knapp 13 Mio. €) zur Verfügung standen. Pauschalen sind in dieser Förderlinie ausdrücklich ausgeschlossen. Um in dieser Förderlinie antragsberechtigt zu sein, muss eine Universität mindestens zwei geförderte Exzellenzcluster vorweisen können; bei Universitätsverbänden müssen mindestens drei Cluster gefördert werden, wobei jede beteiligte Universität an mindestens einem Cluster beteiligt sein muss (§ 4 Abs. 1 ExSV). Die Auswahl der Exzellenzuniversitäten findet nicht mehr – wie bisher – zeitgleich mit den Exzellenzclustern statt, sondern erfolgt nun zeitlich versetzt zum Verfahren über die Exzellenzcluster in einem einstufigen Verfahren (Vollanträge). Dabei ist ein „strategisches, institutionenbezogenes Gesamtkonzept“ mit grobem Finanzierungsplan bis zur ersten Evaluation vorzulegen (§ 4 Abs. 2 ExSV). Die Evaluationen finden regelmäßig alle sieben Jahre statt. Fällt eine Exzellenzuniversität aus der Förderung heraus, erfolgt nach Auslaufen der degressiven Auslauffinanzierung eine Neuausschreibung durch den Wissenschaftsrat (§ 6 ExSV).

## IV. Bewertung

Die Exzellenzinitiative hat in ihrer dritten Ausgestaltung neben viel Zustimmung auch erhebliche Kritik im Hochschulpolitischen Raum erfahren. Dabei wird teilweise der Grundgedanke der Spitzenförderung an sich angegriffen, aber teilweise auch die konkrete Neuausrichtung. Gegen das – schon in den beiden Vorrunden – verfolgte Ziel der Fokussierung der Förderung auf die Spitzenforschung wendet sich beispielsweise die Online-Petition „Exzellenzkritik“, die eine weitere Hierarchisierung zwischen den Hochschulen, die Verstärkung des Trends zu „Pseudo-Märkten im Hochschulsektor“, die Verschlechterung der Situation des wissenschaftlichen Nachwuchses und die wissenschaftsinadäquate Orientierung an äußerlichen Erfolgsindikatoren beklagt.<sup>8</sup> Die HRK begrüßt demgegenüber die Fortführung der Exzellenzinitiative, kritisiert aber die aus ihrer Sicht zu hohen Hürden für die zweite Förderlinie, weil kleinere Universitäten kaum zwei Exzellenzcluster stemmen könnten und damit faktisch vom Exzellenztitel ausgeschlossen würden; dies würde „der Vielfalt und Leistungsfähigkeit der deutschen Universitäten nicht gerecht“.<sup>9</sup>

Der Grundgedanke der Exzellenzinitiative, die Sichtbarkeit der deutschen Spitzenforschung im internationa-

7 Meldung der Deutschen Presseagentur vom 17.6.2016: „Drei Programme, viele Milliarden: Warmer Regen für Hochschulen“ (Zusammenfassung 1300).

8 <https://exzellenzkritik.wordpress.com/2016/04/27/petition-exzellenzkritik/> (3.6.2016).

9 <https://www.hrk.de/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung/meldung/gwk-entscheidung-zur-nachfolge-der-exzellenzinitiative-hrk-praesident-kritisiert-hohe-huerde-zur-zweiten-foerderlinie-3944/> (3.6.2016).

len Maßstab zu stärken und so das Ansehen des deutschen Wissenschaftssystems im Ganzen zu erhöhen, hat ungeachtet mancher Probleme im Detail seine Berechtigung. Würde man die Ressourcen gleichmäßiger verteilen, wäre dieses Ziel aber nicht zu erreichen. Stärker wiegt der Hinweis, dass das Erfordernis von zwei Exzellenzclustern die großen Universitäten faktisch stark begünstigt. Zwar trägt ein Exzellenzwettbewerb strukturell die Tendenz zu einer Bevorzugung größerer Einheiten in sich, da mehr kritische Masse auch mehr Potential für Spitzenleistungen generieren kann. Umso mehr aber trägt das Expertengremium eine besondere Verantwortung, bei seinen Entscheidungen die Vielfalt der deutschen Universitätslandschaft angemessen zu berücksichtigen. So ist es wichtig, dass nicht nur wenige „Alibi“-Exzellenzcluster kleinerer Fächer bzw. aus kleineren Universitäten gefördert werden, sondern eine hinreichende Zahl, um daraus auch Zugänge zur zweiten Förderlinie real zu eröffnen.<sup>10</sup>

Folgt man dem geschilderten Grundgedanken der Exzellenzinitiative, ist die Nachhaltigkeitsstellung des Programms besonders zu begrüßen. Denn die bisherigen Fünfjahresintervalle haben eine langfristige und gedeihliche Exzellenzentwicklung – wie sie im internationalen Maßstab erforderlich ist – mindestens stark erschwert. Zwar besteht auch weiterhin auf Grund der diversen Evaluationsvorbehalte, die zur Qualitätssicherung (und zur Rechtfertigung des Einsatzes öffentlicher Mittel in Milliardenhöhe) erforderlich sind, die in der Forschung immerwährende Gefahr des Scheiterns. Aber durch die Verlängerung der Förderabschnitte von fünf auf sieben Jahre und durch die Weiterfinanzierungsmög-

lichkeit bestehen nun qualitativ ganz andere Perspektiven für eine langfristig angelegte Forschungsstrategie der einzelnen Universitäten. Sehr erfreulich ist zudem, dass das Verfahren erneut stark wissenschaftsgeleitet ausgestaltet ist. Auch wenn man sich in den beiden vorangegangenen Förderrunden daran gewöhnt hat und für diese Ausgestaltung auch zahlreiche sachliche Gründe sprechen, ist es keineswegs selbstverständlich, dass die Politik bei der Verteilung großer Geldsummen eine politikferne Verfahrensgestaltung zulässt. Kritisch beleuchten mag man die Abschaffung der Förderung von Graduiertenschulen, die als Kristallisationspunkte zur Heranbildung und Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses eine eminent große Bedeutung für die Entwicklung des Forschungsstandortes Deutschland haben.<sup>11</sup> Mit Blick auf das Ziel der durch Spitzenforschung vermittelten internationalen Wahrnehmbarkeit deutscher Universitäten ist die Weiterentwicklung des Programmdesigns der Exzellenzinitiative aber durchaus schlüssig, da die mit Graduiertenschulen verbundene Promotionsförderung stärker dem Bereich der Lehre zuzuordnen ist<sup>12</sup> und – jedenfalls unmittelbar – wenig zur Sichtbarkeit beiträgt.

Volker M. Haug ist als Ministerialrat im Hochschuldienst und Honorarprofessor tätig. Er leitet die Abteilung für Rechtswissenschaft im Institut für Volkswirtschaftslehre und Recht der Universität Stuttgart. Seine Arbeitsschwerpunkte liegen im Partizipations-, Hochschul- und Verfassungsrecht.

10 Die Imboden-Kommission spricht sich daher für ein „hinsichtlich Finanzvolumen und Partizipationsmöglichkeiten wesentlich flexibleres Programm“ aus, Endbericht der IEKE (Fn. 2), S. 40.

11 Dem trägt freilich auch das zeitgleich beschlossene Förderprogramm von Bund und Ländern für den wissenschaftlichen Nachwuchs Rechnung, das einen Umfang von 1 Mrd. € über 15 Jahre hat

(vgl. <https://www.bmbf.de/de/wissenschaftlicher-nachwuchs-144.html>, 6.6.2016); dennoch wäre es zu begrüßen, wenn die DFG den Wegfall der Graduiertenschulen im Rahmen der Exzellenzförderung zum Anlass nähme, eine verstärkte Förderung besonders bedeutsamer Graduiertenkollegs in den Blick zu nehmen.

12 So auch im Endbericht der IEKE (Fn. 2), S. 39.

# Rezensent und Autor

Johann Wolfgang von Goethe  
*Rezensent*<sup>1</sup>

*Da hatt ich einen Kerl zu Gast,  
Er war mir eben nicht zur Last;  
Ich hatt just mein gewöhnlich Essen,  
Hat sich der Kerl pumpsatt gefressen,  
Zum Nachtsch, was ich gespeichert hatt.  
Und kaum ist mir der Kerl so satt,  
Tut ihn der Teufel zum Nachbar führen,  
Über mein Essen zu rasonieren:  
„Die Supp hätt können gewürzter sein,  
Der Braten brauner, firner der Wein.“  
Der Tausendsackerment!  
Schlag ihn tot, den Hund! Es ist ein Rezensent.*

<sup>1</sup> Abgedruckt in *Karl Eibl*, Johann Wolfgang von Goethe, Sämtliche Werke, Briefe, Tagebücher und Gespräche, Band 2, 1987, S. 373.

Heinrich Leopold Wagner  
*Der Sudelkoch*<sup>2</sup>

*Ein Pendant zum unverschämten Gast im  
 Göttingischen Musenallmanach aufs künftige Jahr.*

*Da hieng ein Kerl ein neues Schild heraus,  
 Kramte Pastetchen und Tärtchen zum Kauf aus;  
 Rühmte sie seinen hungrigen Gästen  
 Als die schmackhaft`sten und besten,  
 Die je gebacken worden; Hum!  
 Dacht ich — zu seiner Zeit ein Leckerbissen  
 Schmeckt eben nicht dumm!  
 Wirst wohl auch eins davon versuchen müssen!  
 Ich thats, gab meinen baaren Groschen drum,  
 Erkauft` also zugleich das Recht zu judiciren  
 Ob Ich für mein Theil es goutiren  
 Könn` oder nicht? — Da g`schah nun grad das leztere;  
 Die liebe Butter, mit Respekt zu sagen! älzelte;  
 Der span`sche Teig, war härter fast als Steine;  
 Das Eingefüllete halb roh, kaum gar für Schweine;  
 Hin warf ich`s! schlich voll Aergers weg.  
 Brummt` in den Bart so was von Sudelkoch und Dreck. —  
 Drob that der Kerl sich stracks formalisiren,  
 Fing an von Unverschämt, von Gast, von Recensent,  
 Und Tausend Sakerment  
 Was her zu raisonniren: — —  
 Der Bengel! — schmeißt ihn tod den Hund! Es ist ein  
 Autor, der nicht kritisirt will seyn.*

<sup>2</sup> Abgedruckt in *Johann Wilhelm Appel, Werther und seine Zeit*,  
 4. Aufl. 1896, S. 282.

# Max-Emanuel Geis

## Das Bundesverfassungsgericht zur Akkreditierung\*

### Übersicht

#### I. Einleitung

#### II. Die Entscheidung des BVerfG

##### 1. Der Ausgangsfall

##### 2. Was das Gericht entschieden hat

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

b) Rechtfertigung des Eingriffs

c) Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage

##### 3. Was das Gericht nicht entschieden hat

a) Zulässigkeit externer Qualitätssicherungsmaßnahmen

b) Keine zwingende Beleihung der Akkreditierungsagenturen

c) Eindeutigkeit des Rechtswegs

##### 4. Einordnung in die „neue Linie“ der Hochschulrechtsprechung

#### III. „Fernwirkungen“

1. Qualitätssicherung und Hochschulzulassung

2. Forschung mit Drittmitteln aus öffentlichen Kassen und Gesetzesvorbehalt

3. Drittmittelförderung und Rechtsweggarantie

#### IV. Fazit

### I. Einleitung

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

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

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

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

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

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

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

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

## II. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

### 1. Der Ausgangsfall

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

### 2. Was das Gericht entschieden hat

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

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

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

#### b) Rechtfertigung des Eingriffs

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### c) Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage

Ein Eingriff bedarf jedoch einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage, insbesondere auch bei der Konkretisierung verfassungsimmanenter Schranken: Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>12</sup> ist geklärt, dass Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot den Gesetzgeber dazu verpflichten, die insoweit für die Grundrechtsverwirklichung wesentlichen Regelungen selbst zu treffen.<sup>13</sup> Mit anderen Worten: Die Herstellung praktischer Konkordanz ist nicht primär dem Einzelfall vorbehalten (im konkreten Fall: nicht einer normativ nicht gebundenen autonomen Einzelfallentscheidung der eingesetzten Gutachterkommission). Wie weit der Gesetzgeber die für den fraglichen Lebensbereich erforderlichen Leitlinien selbst bestimmen muss, richtet sich maßgeblich danach, inwieweit Freiheitsgrundrechte kollidieren und deren jeweilige Grenzen fließend und nur schwer auszumachen sind. Hier ist der Gesetzgeber verpflichtet, die verfassungsimmanenten Schranken der widerstreitenden Freiheitsgarantien jedenfalls so weit selbst zu bestimmen, wie sie für die Ausübung dieser Freiheitsrechte wesentlich sind.<sup>14</sup>

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 3. Was das Gericht nicht entschieden hat

#### a) Zulässigkeit externer Qualitätssicherungsmaßnahmen

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

Maßnahmen der externen Qualitätssicherung ausgesprochen.<sup>20</sup> Im Gegenteil dienen Maßnahmen zur Qualitätssicherung der wissenschaftlichen Standards in der Lehre dazu, dass Hochschulen ihren Aufgaben gerecht werden können.<sup>21</sup> Dabei sei aber sicher zu stellen, dass die Vertreter der Wissenschaft – also die Hochschullehrer/innen – maßgeblichen Einfluss auf die Definition der qualitätsbestimmenden Kriterien innehätten. Es dürfe also keine Dominanz staatlichen oder gar gesellschaftlichen Einflusses geben. Diejenige Institution, die letztlich für die Aufstellung der bestimmenden Qualitätskriterien zuständig sei – das ist konkret der Akkreditierungsrat – muss infolgedessen mindestens zur Hälfte von Hochschullehrer/innen besetzt sein. Mag auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dem Gesetzgeber über die letzten Jahrzehnte eine weitgehende Gestaltungsbefugnis zugebilligt haben, an den seinerzeit im „Hochschulurteil“ entwickelten Kriterien<sup>22</sup> hält das Gericht eisern fest und passt diese zeitgemäß an das gewandelte Bologna-System an. Diese Konstante sollte der Hochschulpolitik als *Rocher de bronze* stets vor Augen stehen, wenn sie aus parteipolitischen resp. ideologischen Beweggründen bei der Gremienzusammensetzung immer wieder pseudodemokratische Anwendungen à la Drittel- oder Viertelparität forciert.

#### b) Keine zwingende Beleihung der Akkreditierungsagenturen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Die erstere Ansicht folgt letztlich dem von der neuen deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft favorisierten Modell der „regulierten Selbstregulierung“, das versucht, gesellschaftliche Gestaltungskraft für den öffentlichen Bereich nutzbar zu machen.<sup>25</sup> Dieses Modell, das prominent vor allem im Wirtschaftsbereich propagiert wurde,<sup>26</sup> erinnert sehr stark an den Gedanken der Selbstlegitimation autopoietischer Systeme (im Sinne Niklas Luhmanns<sup>27</sup>) zurück. Freilich setzt es sich damit auch den klassischen Kritikpunkten aus: Die Implementation autopoietischer Systeme in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben kann zu einem signifikanten Defizit an demokratischer Legitimation führen, zumal dann, wenn die staatlichen Aufsichts Kompetenzen gegenüber den Agenturen und die Kontrolle ihrer Tätigkeit gesetzlich nicht definiert sind. Gerade der sich inhaltlich zurücknehmende „Gewährleistungsstaat“ kann auf das Erfordernis einer wirkungsvollen Aufsicht<sup>28</sup> nicht verzichten. Dies gilt wegen der Verantwortung des Staates für das Funktionieren einer freien Wissenschaft nicht nur bei einer öffentlich-rechtlichen Verselbständigung (à la „Stiftungsuniversität“), sondern erst recht bei der Verlagerung auf private Akteure.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## c) Eindeutigkeit des Rechtswegs

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

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

## 4. Einordnung in die „neue Linie“ der Hochschulrechtsprechung

Die Entscheidung des BVerfG schreibt inhaltlich die „neue Linie“ fort, die das Gericht seit etwa 2010 verfolgt. Einerseits hat das Gericht seit jeher betont, dass dem Gesetzgeber organisatorisch ein weitgehender Gestaltungsspielraum zukomme. Weder die subjektive noch die objektive Wissenschaftsfreiheit stünden Ansätzen des Hochschulgesetzgebers entgegen, neue Organisationsstrukturen zu erproben und einzuführen. Dazu gehörten die Verschiebungen in den Organkompetenzen,<sup>37</sup> dazu gehörte die grundsätzliche Zulässigkeit von Leistungszulagen in der W-Besoldung<sup>38</sup> als Ausprägung des New Public Management,<sup>39</sup> und dazu gehört jetzt auch die Verlagerung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben auf die Akkreditierungsagenturen als private Akteure.<sup>40</sup>

Gleichwohl wird ungeachtet der Offenheit für neue Ansätze organisatorischer und personeller Steuerung deutlich, dass das Gericht sein Augenmerk wieder stärker auf die Wahrung (bzw. Restauration) der akademischen Selbstverwaltung in der Nachfolge des bereits erwähnten „Hochschulurteils“ von 1973<sup>41</sup> richtet. Hatte man nach dem „ersten“ Brandenburg-Urteil von 2004<sup>42</sup> schon befürchtet, dass die seinerzeit aufgestellten Postulate im Strudel der Ökonomisierung und des Managementdenkens verschlungen würden, so hat das Gericht durch den Akkord des Hamburger Dekansbeschlusses von 2010,<sup>43</sup> des Beschlusses zur Medizinischen Hochschule Hannover von 2014,<sup>44</sup> des BTU-Beschlusses von 2015<sup>45</sup> und eben des jetzigen Beschlusses zur Akkreditierung eine bemerkenswerte Renaissance der Mitwirkungsrechte der Hochschullehrer herbeigeführt. Dabei wurde die ursprünglich höchst abstrakt formulierte Gefahr eines strukturellen Eingriffs in die Wissenschaftsfreiheit als Grenze der legislatorischen Gestaltungsbezugnis eindrucksvoll konkretisiert.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### III. „Fernwirkungen“

#### 1. Qualitätssicherung und Hochschulzulassung

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

Damit schleift das Bundesverfassungsgericht genau genommen seine eigenen alten Prämissen, die es seinerzeit in der legendären Numerus-Clausus-Entscheidung<sup>47</sup> aufgestellt hatte. Jene behandelte nämlich die Frage der Hochschulzulassung so gut wie *ausschließlich* als Problem der Ausbildungsfreiheit (Art. 12 GG) und sah in Studienzugangsbeschränkungen ausschließlich gesetzliche Schranken. Gemeinsam entstand daraus – insbesondere durch die konkretisierende verwaltungsgerichtliche Judikatur – das berühmte-berühmte Gebot völliger Kapazitätserschöpfung.<sup>48</sup> Auf dessen Grundlage etablierte sich nicht nur das Hochschulkapazitätsrecht als einer der wohl speziellsten Bereiche des besonderen Verwaltungsrechts und mathematisch durch den alles dominierenden cNW-Wert aufgeladen; es wurde auch zur Gelddruckanlage für Anwaltskanzleien, die sich auf das lukrative „Einklagen“ eines (vornehmlich medizinischen oder zahnmedizinischen) Studienplatzes spezialisierten. Eine verfassungsimmanente Schranke der Qualitätssicherung wurde in der damaligen Judikatur nicht nur nicht anerkannt, sondern geradezu – im Sinne des damaligen sozialliberalen Zeitgeistes und seiner Forderung eines allgemeinen Rechts auf Bildung – für unzulässig erklärt. Signifikanten Ausdruck fand diese Ideologie im z.T. bis heute irrlichternden „Verbot der Qualitätspflege“, das einer Beschränkung von Studienplatzkapazitäten zugunsten einer qualitätsorientierten Ausbildung entgegen gehalten wurde.<sup>49</sup>

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

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

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

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

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

Mit der expliziten Anerkennung der Qualitätssicherung als verfassungsimmanenter Schranke im vorliegenden Beschluss ist das herkömmliche System der Hochschulzulassung in seiner Starrheit nicht mehr zu halten. Denn es bedarf nun der Herstellung praktischer Konkordanz<sup>50</sup> zwischen den beiden nun als gleichrangig anerkannten Rechtsgütern. Dies schließt es aus, dem Rechtsgut der Ausbildungsfreiheit einen uneingeschränkten Vorrang einzuräumen, wie es das geltende Recht tut. Vielmehr müssen besondere Qualitätsansätze wie z.B. Kleingruppenunterricht entsprechend ihrer didaktischen Notwendigkeit anerkannt werden. Dies muss insbesondere für die Studiengänge nach dem Bologna-Modell gelten, das sich definitiv auf die Notwendigkeit der Qualitätssicherung beruft.<sup>51</sup> Sicher ist dabei der Eigenart der Studienfächer Rechnung zu tragen. Ein starr kapazitätsorientiertes Denken, das die Studiengänge über die Grenzen des didaktisch Vertretbaren hin „vollstopft“, erweist sich allerdings damit als überholt.

## 2. Forschung mit Drittmitteln aus öffentlichen Kassen und Gesetzesvorbehalt

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

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

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

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

## 3. Drittmittelförderung und Rechtsweggarantie

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

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

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

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

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

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

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

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

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

58 *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1969.

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

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

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

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

Völlig ungeklärt ist schließlich, welche Fernwirkungen der Akkreditierungsbeschluss auf die Akkreditierung nichtstaatlicher Hochschulen durch den Wissenschaftsrat<sup>63</sup> und auf die Förderungsmechanismen des Art.91b GG insgesamt haben könnte, die sich ebenfalls weitgehend im gesetzefreien Raum bewegen. Zumindest bei der Schließung von Forschungsinstituten auf Grund einer negativen Evaluierung verlangt der Schutz der Wissenschaftsfreiheit nach der Logik des Bundesverfassungsgerichts gesetzliche Mindestregelungen und die Möglichkeit, einen Rechtsweg zu beschreiten. Diese Fragen sind allerdings so komplex, dass sie den hier gegebenen Raum bei weitem sprengen würden. Es muss daher mit dem Problemaufriss sein Bewenden haben.

#### IV. Fazit

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

64 Zitelmann, *Kunst der Gesetzgebung* (1904), insb. S. 31 ff., 43 ff. (abrufbar unter [http://reader.digitale-sammlungen.de/de/fsl/object\)display/bsbl11127276\\_0004.html](http://reader.digitale-sammlungen.de/de/fsl/object)display/bsbl11127276_0004.html)); Merten, „Gute“ Gesetzgebung als Verfassungspflicht oder Verfahrenslast?, *DÖV* 2015, 349 sowie Nachweise bei Höfling/Engels in Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, 2014, § 34 Fn. 76, 115.

# Thomas Würtenberger\* und Axel Krohn

## *Abwahl des Rektors einer Hochschule*

### *– Beschluss des VGH Baden-Württemberg vom 26.2.2016*

Der Beschluss des VGH Baden-Württemberg vom 26.2.2016<sup>1</sup> befasst sich mit hochschulrechtlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit der vorzeitigen Beendigung des Amtes eines hauptamtlichen Rektoratsmitgliedes. Im Folgenden wird nicht allein die Entscheidung zum im baden-württembergischen Landeshochschulgesetz geregelten Abwahlverfahren vorgestellt. Es werden auch die das Abwahlverfahren regelnden Parallelvorschriften anderer Landeshochschulgesetze ebenso wie die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen und Rahmenbedingungen des Abwahlverfahrens berücksichtigt.

#### **I. Überblick über die Abwahlregelungen in den einzelnen Bundesländern**

In Baden-Württemberg ist die Amtszeit des Rektors bzw. Präsidenten<sup>2</sup> einer Hochschule auf sechs bis acht Jahre<sup>3</sup> begrenzt (vgl. § 17 Abs. 2 LHG BW<sup>4</sup>). Sofern keine unmittelbare Wiederernennung oder Bestellung erfolgt, endet die Amtszeit durch Zeitablauf oder Ruhestand. Die Hochschulgesetze der anderen Bundesländer sehen im Grundsatz ebenfalls ein Amtsverhältnis des Rektors auf Zeit vor.<sup>5</sup>

Daneben regeln die einzelnen Hochschulgesetze auch die Möglichkeit einer vorzeitigen Beendigung des Amtes eines Rektors, in Baden-Württemberg etwa in § 18 Abs. 5 LHG. Voraussetzung einer Abwahl ist ein wechselseitiges Einvernehmen von Hochschulrat, Senat und Wissenschaftsministerium<sup>6</sup> (Abs. 5 S. 1). Jedem der

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

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

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

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

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

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

3 Die Grundordnungen der Hochschulen legen die Amtszeit konkret fest.

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

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

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

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

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

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

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

Mehrheitsentscheidung im Senat, in Bayern im Hochschulrat.<sup>10</sup> Das Hochschulgesetz des Landes Brandenburg<sup>11</sup> weist das Abwahlverfahren dem „zuständigen Organ der Hochschule“ zu; eine Festlegung erfolgt in deren Grundordnung.<sup>12</sup> Das Hochschulgesetz des Landes Mecklenburg-Vorpommern verlangt ein Zusammenwirken von Senat und dem sog. Konzil.<sup>13</sup>

Von den Bundesländern, in denen eine Entscheidung des Senats bzw. des Hochschulrates oder eines von der Grundordnung bestimmten Gremiums zur Abwahl des Rektors ausreicht, verlangen Brandenburg, Bremen, Berlin und Bayern das Erreichen einer Mehrheit von zwei Drittel der Gremienmitglieder; in Schleswig-Holstein muss dagegen eine Dreiviertelmehrheit, in Nordrhein-Westfalen eine Fünftelmehrheit<sup>14</sup> erreicht werden. Das Hochschulgesetz des Landes Sachsen-Anhalt sieht die Abwahl durch ein „konstruktives Misstrauensvotum“ vor.<sup>15</sup> Hier muss eine einfache Mehrheit der Mitglieder des Senates die Abwahl mit der Neuwahl des Rektors verbinden.

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

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

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

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

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

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

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

12 Vgl. § 64 Abs. 2 Nr. 3 BbgHG.

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

14 § 17 Abs. 4 HG NRW.

15 § 69 Abs. 7 S. 5 HSG LSA.

16 § 82 Abs. 8 S. 2 SächsHSFG.

17 Vgl. § 22a Abs. 1 HG NRW.

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

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

## II. Die Entscheidung des VGH Baden-Württemberg<sup>21</sup>

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 2. Öffentlichkeit der Beschlussfassungen in Hochschulrat und Senat

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

Die erstinstanzliche Entscheidung<sup>29</sup> war zu der Ansicht gelangt, dass die Hochschulgremien zwar grundsätzlich gem. § 10 Abs. 4 S. 1 LHG nicht öffentlich tagen würden, aber ein Ausnahmefall gem. § 10 Abs. 4 S. 1 iVm § 19 Abs. 1 S. 2 iVm § 18 Abs. 5 LHG vorläge.<sup>30</sup> Nach dieser Ausnahme seien unter anderem Wahlen bzw. Beschlüsse über die vorzeitige Beendigung des Amtes der hauptamtlichen Rektoratsmitglieder, vergleichbar dem Prinzip öffentlicher Verhandlung im Kommunalrecht, dem Öffentlichkeitsgrundsatz unterworfen. Da Hochschulrat und Senat lediglich die Abstimmungen, nicht aber die vorangehende Beratung (hochschul-) öffentlich durchgeführt hatten, seien die Beschlüsse jeweils formell rechtswidrig und damit nichtig gewesen.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 3. „Wichtiger Grund“ bei der Abwahlentscheidung

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

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

diglich eine Nachprüfung der Entscheidung anhand des Maßstabs einer *allgemeinen Willkürkontrolle*, also anhand der Frage, ob der Vertrauensverlust nur „vorge-schoben“ war, sei möglich.<sup>39</sup>

Diese Spruchpraxis kann sich nicht auf entsprechende Passagen im Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zum Niedersächsischen Hochschulgesetz berufen<sup>40</sup>: „Es ist verfassungsrechtlich zulässig und zum Schutz der Betroffenen auch geboten, eine Entlassungsentscheidung an sachliche Kriterien zu binden. Die Bindung der Entlassung an einen wichtigen Grund muss angesichts des hier sehr hoch angesetzten Quorums jedoch zur Wahrung der Wissenschaftsfreiheit so verstanden werden, dass dieser Grund gegeben ist, wenn die erforderliche Mehrheit im Vertretungsorgan für die Abbestellung votiert; dieses weist dann grundsätzlich darauf hin, dass ein Leitungsorgan das Vertrauen der Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler verloren hat“.

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

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

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

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

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

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

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

39 OVG Lüneburg, aaO Rn. 40.

40 BVerfG 1 BvR 3217/07 Rn. 95.

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

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

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

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

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

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

#### 4. Bei Abwahlentscheidungen keine Anwendbarkeit der Befangenheitsvorschriften

In diese Richtung zielen auch die Überlegungen des VGH Baden-Württemberg zur Befangenheit von Mitgliedern des Abwahlgremiums<sup>45</sup>: Einige Mitglieder des Senats der Hochschule befanden sich in offenem Streit

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

#### 5. Obiter dictum zur Einsetzung ministerieller Kommissionen

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

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

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

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

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

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

47 VGH BW, aaO.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

mitgliedern erhoben hat. Für eine derartige staatliche Ausforschung der persönlichen Lebenswelt bedarf es einer gesetzlichen Grundlage. So dürfen etwa im Polizeirecht bei Dritten personenbezogene Daten nur erhoben werden, wenn die Erhebung beim Betroffenen die Wahrnehmung polizeilicher Aufgaben gefährden würde.<sup>57</sup> Diese polizeirechtliche Parallele trifft aber nicht die hier diskutierte hochschulrechtliche Konstellation. Denn das Wissenschaftsministerium war im Rahmen seiner rechts- und dienstaufsichtlichen Informationsbefugnisse berechtigt, sich durch Befragung Beteiligter eine hinreichende Informationsgrundlage für seine Entscheidung zu schaffen. Wie im Bereich der Kommunalaufsicht<sup>58</sup> regelt § 68 Abs. 1 LHG ein umfassendes Informationsrecht des Ministeriums gegenüber seinen Universitäten. Zu diesen umfassenden Informationsrechten gehören insbesondere eine Besichtigung von Hochschuleinrichtungen sowie die Vorlage von Berichten und Akten. Hierzu gehört zudem, mit einzelnen Mitgliedern der Hochschule Gespräche über Fragen zu führen, die Anlass zu rechts- oder dienstaufsichtlichen Maßnahmen geben können. Dass das Verhalten einzelner Personen auch zum Gegenstand dieser Gespräche gemacht werden kann, ist naheliegend. Und dass den Gesprächspartnern Verschwiegenheit zugesagt wird, ist durch den Auftrag zur umfassenden und effizienten Informationsbeschaffung gedeckt. Im Ergebnis werden damit mögliche Rechte auf informationelle Selbstbestimmung durch informationelle Maßnahmen im Rahmen der Rechts- und Dienstaufsicht begrenzt.<sup>59</sup>

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

### III. Fazit

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

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

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

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

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

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

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

# Matthias Toepfer

## *Bringt die „im besten Sinne bürgerliche Koalition“<sup>1</sup> auch eine sinnvolle Hochschulpolitik?*

### *Bewertung des Koalitionsvertrages 2016 – 2021*

#### **I. Einleitung**

Baden-Württemberg als drittgrößte Wirtschaftsregion in Deutschland<sup>2</sup> und als Innovationsstandort Nr. 1 in Europa<sup>3</sup> ist in ganz besonderer Weise davon abhängig, dass in der Hochschulpolitik die Weichen richtig gestellt sind für die zukunftsfähige Sicherung der akademisch ausgebildeten Fachkräftebasis und der Innovationsfähigkeit.

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

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

#### **II. Hochschulfinanzierung sichern**

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

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

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

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

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

Aus Sicht der Arbeitgeber Baden-Württemberg ist eine langfristige Kopplung der Mittelvergabe an transparente Leistungs- und Qualitätskriterien der richtige Weg. So können die Hochschulen in Baden-Württemberg auch bei ansteigender Zahl an Studienanfängern eine qualitätsgesicherte Ausbildung ermöglichen und im internationalen wissenschaftlichen und technologischen Wettbewerb ihre Spitzenstellungen verteidigen. Wünschenswert wäre es daher gewesen, wenn der Koalitionsvertrag die bereits im aktuellen Hochschulfinanzierungsvertrag vereinbarte Verpflichtung zur Entwicklung eines Kennziffersystems zur Messung der zentralen Leistungsdimensionen der Hochschulen<sup>7</sup> im Koalitionsvertrag fortgeschrieben und dadurch politisch weiter aufgewertet hätte.

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

2 Statistisches Bundesamt: Bruttoinlandsprodukt nach Bundesländern 2015. Abrufbar unter: [http://www.statistik-portal.de/Statistik-Portal/de\\_jb27\\_jahrtab65.a5p](http://www.statistik-portal.de/Statistik-Portal/de_jb27_jahrtab65.a5p) (16.8.2016).

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

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

4 Vgl. S. 38 Koalitionsvertrag.

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

6 Vgl. S. 38 Koalitionsvertrag.

7 Vgl. S. 2 Hochschulfinanzierungsvertrag 2016 -2020.

Das klare Bekenntnis zur Fortschreibung der Exzellenzinitiative und deren Absicherung durch Landeshaushaltsmittel<sup>8</sup> <sup>9</sup> ist zu begrüßen. Die nunmehr beschlossene Exzellenzstrategie bietet die Chance, dass Baden-Württemberg das erfolgreichste Bundesland im Bund-Länder-Programm zur Förderung der Spitzenforschung an Universitäten bleibt. Die Reduktion auf nunmehr zwei Förderlinien (Exzellenzcluster, Exzellenzuniversitäten) bei Verzicht auf die Fortführung der Graduiertenschulen ist zu begrüßen, da sich strukturierte Promotionsprogramme hinreichend etabliert haben. Die projektbezogene Förderung von Forschungsfeldern durch Exzellenzcluster kann einen wichtigen Beitrag zur Profilschärfung von Universitäten im internationalen Wettbewerb leisten. Die für Universitäten mit Exzellenzcluster zudem vorgesehene Universitätspauschale zur Stärkung ihrer Governance hat das Potenzial, positiv auch auf die institutionellen Rahmenbedingungen und Landeshochschulgesetze einzuwirken. Dass sich als Exzellenzuniversität nur bewerben kann, wer mindestens zwei Exzellenzcluster eingeworben hat, stellt eine Herausforderung dar. Durch den kleineren Zuschnitt der Cluster bietet sich aber auch kleineren Hochschulen die reale Möglichkeit, eine Spitzenförderung zu erhalten. Die vorgesehene dauerhafte Förderung von elf Exzellenzuniversitäten bzw. Universitätsverbänden in einem Wettbewerbsverfahren ist zu begrüßen. Die zwischenzeitlich diskutierte Beschränkung auf bundesweit drei bis fünf Förderfälle hätte dem bewährten dezentralen Aufbau der deutschen Universitätslandschaft klar widersprochen.

Der Ausschluss der Einführung allgemeiner Studiengebühren durch die Koalitionäre<sup>10</sup> überzeugt hingegen nicht. Bei der Entwicklung eines dauerhaft tragfähigen Gesamtkonzepts der Hochschulfinanzierung halten die Arbeitgeber Baden-Württemberg weiterhin eine sozialverträgliche, nachgelagerte Beteiligung der Studierenden an den Kosten des Studiums für unverzichtbar. Der damit verstärkte Wettbewerb der Bildungseinrichtungen würde sich zudem positiv auf das Dienstleistungsverständnis der Hochschulen gegenüber den Studierenden auswirken und zu einer Verbesserung der Qualität in der Lehre führen. Statt sich mit einem Kompletterzicht auf sozialverträglich gestaltete Studiengebühren Handlungsoptionen in der Hochschulpolitik zu verbauen, sollte von

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

### III. Hochschulautonomie richtig verstehen

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

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

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

Die Hochschulen brauchen entscheidungsfähige und transparente Governance-Strukturen mit starken und kompetenten Hochschulräten für die Profilbildung. Mit der Novellierung des Landeshochschulgesetzes 2014 wurde die Besetzung der Hochschulräte durch die strukturelle Stimmenmehrheit des Wissenschaftsministeriums in den Findungskommissionen und durch Proporzvorgaben<sup>13</sup> tendenziell aber geschwächt. Es enttäuscht daher, dass sich die Koalitionsparteien im vorliegenden Koalitionsvertrag nicht auf eine Evaluierung und Korrektur der Besetzungsregelungen bei den Hochschulräten einigen konnte, sondern dieses Thema nicht abgebildet haben in der Vereinbarung.

Auch die ausdrückliche Erwartungshaltung der Koalition an die Hochschulen, den Anteil an Professorinnen signifikant zu erhöhen<sup>14</sup> und damit implizit eine fächerübergreifende Quote anzustreben, steht nicht in Übereinstimmung mit unserem Verständnis einer Hoch-

8 Vgl. S. 38 Koalitionsvertrag.

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

10 Vgl. S. 42 Koalitionsvertrag.

11 Dohmen/Krempkow, Hochschulautonomie im Ländervergleich

(Kurzfassung), S. 26. Abrufbar unter: [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_42287-544-1-30.pdf?150819130654](http://www.kas.de/wf/doc/kas_42287-544-1-30.pdf?150819130654) (16.8.2016).

12 Vgl. Koalitionsvertrag S. 37.

13 Vgl. § 20 Abs. 4 LHG.

14 Vgl. S. 39 Koalitionsvertrag.

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

Vielmehr sollte die Hochschulautonomie gestärkt werden durch eine Beschränkung gesetzlicher Vorgaben auf das wirklich notwendige Maß. Die vereinbarte Evaluierung des in der vergangenen Legislaturperiode verabschiedeten Partizipations- und Integrationsgesetzes<sup>15</sup> bietet hierzu eine Chance. Dem durch die Hochschulen zu tragenden administrativen und finanziellen Aufwand für die Einrichtung sowie für eine qualitätsgesicherte Arbeit eigener Antidiskriminierungsstellen steht nach unserer Ansicht kein erkennbar erhöhter Nutzen gegenüber. Die durch das Land unterstützten lokalen und regionalen Antidiskriminierungsnetzwerke halten wir weiterhin für vollkommen ausreichend, um von Diskriminierung betroffenen Personen kompetente Unterstützung zu geben. Die Hochschulen sollten daher wieder entlastet werden.

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

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

#### IV. Innovationspartnerschaften ausbauen

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

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

Um die hohe FuE-Aktivität am Wirtschaft- und Innovationsstandort Baden-Württemberg langfristig zu sichern, bedarf es der richtigen Rahmenbedingungen für funktionierende und vertrauensvolle Kooperationen zwischen Hochschulen und Unternehmen. Die 2014 ins Landeshochschulgesetz eingeführte Transparenzklausel<sup>21</sup> erhöht den bürokratischen Aufwand für Hochschulen und Drittmittelgeber hingegen deutlich. Die Transparenz der Forschungsprojekte für alle Statusgruppen einer Hochschule entspricht nicht den Bedürfnissen der Unternehmen, die ihre Forschung verständlicherweise nicht gegenüber Mitbewerbern öffentlich machen wollen. Es enttäuscht daher, dass im Koalitionsvertrag keine kritische Evaluierung der Transparenzklausel sondern lediglich eine Anpassung an die Standards des vom Wissenschaftsrat beschlossenen Kerndatensatz Forschung vereinbart wurde.<sup>22</sup> Die Arbeitgeber Baden-Württemberg halten weiterhin eine kritische Evaluierung der Transparenzklausel für zwingend. Spätestens, wenn ein Rückgang der eingeworbenen Mittel aus Auftragsforschung festzustellen ist, muss die Transparenzklausel korrigiert werden.

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

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

15 Vgl. S. 128 Koalitionsvertrag.

16 Vgl. S. 69 Koalitionsvertrag.

17 Vgl. S. 37 Koalitionsvertrag.

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

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

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

21 Vgl. § 41 a LHG.

22 Vgl. S. 40 Koalitionsvertrag.

23 Vgl. S. 38 Koalitionsvertrag.

24 Vgl. S. 14 Koalitionsvertrag.

Sowohl der aktuelle Gesetzesentwurf der GRÜNEN-Bundestagsfraktion zur steuerlichen Forschungsförderung<sup>25</sup> als auch die Entschließung des Bundesrats zur Einführung einer steuerlichen Förderung von Forschung und Entwicklung<sup>26</sup> gehen mit ihrer Fokussierung auf kleine und mittelständische Unternehmen nicht weit genug. Denn nach der Wissenschaftsstatistik des Stifterverbands tragen gerade die Unternehmen mit 500 und mehr Beschäftigten den ganz wesentlichen Teil der FuE-Aufwendungen; in 2014 betrug deren Anteil an den gesamten FuE-Aufwendungen der Wirtschaft mehr als 87 %.<sup>27</sup>

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

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

## V. Zu Unternehmensgründungen ermutigen

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

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

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

Förderung von Ausgründungen aus Hochschulen und Universitäten<sup>29</sup> begrüßen die Arbeitgeber Baden-Württemberg ausdrücklich.

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

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

## VI. Hochschulen für die Digitalisierung ertüchtigen

Als ganz wesentliches Handlungsfeld bestimmen die Koalitionsparteien zutreffend die Digitalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft. Für das Innovationsland Baden-Württemberg ist es von zentraler Bedeutung, die Chancen der Digitalisierung zu nutzen.<sup>31</sup> Um diese Chancen der Digitalisierung bestmöglich nutzen zu können, bedarf es entsprechender Impulse auch in der Bildungspolitik. Die im Koalitionsvertrag vereinbarte umfassende, hochschulübergreifende Digitalisierungsoffensive<sup>32</sup> begrüßen die Arbeitgeber Baden-Württemberg daher ausdrücklich.

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

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

25 BT-Drs. 18/7872.

26 BR-Drs. 227/16.

27 Vgl. Tabelle 2 FuE-Aufwendungen und FuE-Personal, nach Branchen, In: Forschung und Entwicklung in der Wirtschaft 2014, Abrufbar unter: [https://www.stifterverband.org/facts\\_forschung\\_und\\_entwicklung\\_2014](https://www.stifterverband.org/facts_forschung_und_entwicklung_2014) (16.8.2016).

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

29 Vgl. S. 41 Koalitionsvertrag.

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

31 Vgl. S. 13 Koalitionsvertrag.

32 Vgl. S. 37 Koalitionsvertrag.

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

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

## VII. Fazit

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

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

gebühren entzogen hätte, wäre dies eine durchaus runde Sache.

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

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

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

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

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

33 Hochschulforum Digitalisierung, Arbeitspapier Nr. 4, S. 15, Abrufbar unter: [https://hochschulforumdigitalisierung.de/sites/default/files/dateien/HFD-Thesenpapier\\_Sep2015.pdf](https://hochschulforumdigitalisierung.de/sites/default/files/dateien/HFD-Thesenpapier_Sep2015.pdf) (16.8.2016).

34 Abschlussbericht Expertenkommission Ingenieurwissenschaften@BW2025, Abrufbar unter: [https://mwk.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-mwk/intern/dateien/Anlagen\\_PM/2015/132\\_PM\\_Anlage\\_Abschlussbericht\\_Expertenkommission\\_Ingenieurwissenschaften@BW2025\\_.pdf](https://mwk.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-mwk/intern/dateien/Anlagen_PM/2015/132_PM_Anlage_Abschlussbericht_Expertenkommission_Ingenieurwissenschaften@BW2025_.pdf) (16.8.2016).



# Tobias Mandler

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

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

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

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

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

#### 1. Verbund

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Daneben wird das wissenschaftliche Personal der Universitätsklinik traditionell in Vertretung der medizinischen Fakultät als Landesbeschäftigte angestellt und gemäß dem zumeist zivilen Dienstverhältnis verpflichtet, im Universitätsklinikum Aufgaben der Krankenversorgung und sonstige Aufgaben auf dem Gebiet des öffentlichen Gesundheitswesens und der Schulen für nichtärztliche medizinische Berufe zu erfüllen, §§ 11 Abs. 1, 52 Abs. 1 Satz 2, 53 Abs. 1 LHG.<sup>7</sup> Hierbei handelt es sich um eine erlaubnisfreie gesetzliche Personalstellung,<sup>8</sup> die insoweit insbesondere Auswirkungen auf personalvertretungsrechtliche<sup>9</sup> und befristungsrechtliche<sup>10</sup> Fragen hat. Gleichzeitig führt diese Konstellation letztlich aber auch dazu, dass das gesamte ärztliche Personal der Universitätsklinik als Landesbeschäftigte der medizinischen Fakultät – und damit der Universität – angehört ist. Es gelten damit vor allem auch der TV-Ä bzw. TV-L und die Lehrverpflichtungsverordnung, § 1, 7 LVVO.<sup>11</sup>

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

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

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

## 2. Medizinische Fakultät und Universitätsklinikum

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

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

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

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

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

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

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

10 §§ 1, 4 WissZeitVG.

11 GBl. 1996, 43.

12 Vgl. Prinzip der Repräsentation.

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

Die Bedeutung dieser Verzahnung unterstreicht insbesondere auch § 4 Abs. 3 UKG. Danach obliegt die *Personal- und Wirtschaftsverwaltung* der Medizinischen Fakultät dem Universitätsklinikum. Hierzu bereitet das Universitätsklinikum insoweit auch die Entscheidungen der Organe der Medizinischen Fakultät vor und vollzieht diese in Weisung des Dekans, den es regelmäßig und anlassbezogen unterrichtet. Bezugspunkt für die Landes- und Anstaltsbeschäftigten der Medizinischen Fakultät<sup>14</sup> ist damit zuvorderst der Dekan, der insoweit die Universität verdrängt.<sup>15</sup> Die einseitige Weisungsbefugnis des Dekans wird jedoch vielfach dadurch eingeschränkt, dass – neben der erforderlichen fakultätsinternen Abstimmung – gerade auch personelle Maßnahmen Einfluss auf die Krankenversorgung üben und dadurch Beteiligungsrechte des Universitätsklinikums ausgelöst werden, bspw. § 11 Abs. 4 LHG.<sup>16</sup> Entsprechend beschränkt sind daher auch einseitige personelle Maßnahmen des Klinikums. Gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 UKG bedarf es bspw. des Einvernehmens der Medizinischen Fakultät bei der Errichtung, Aufhebung und Veränderung von Abteilungen, der Bestellung und Abberufung von Abtei-

lungsleitern sowie den allgemeinen Regelungen der Organisation des Universitätsklinikums.

### 3. Medizinische Fakultät und Universität

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

Der Medizinischen Fakultät kommt aufgrund ihrer Größe, Komplexität, ihres Finanzvolumens und nicht zuletzt auch aufgrund des Abstimmungsbedarfs mit dem Universitätsklinikum eine *Sonderrolle* innerhalb der Fakultäten<sup>17</sup> zu.<sup>18</sup> Hierzu wird die Unabhängigkeit der Fakultät gegenüber Rektorat und Hochschulrat insbesondere in Bereichen betont, die außerhalb akademischer Bindungen stehen.<sup>19</sup> So unterliegt die Medizinische Fakultät gerade in finanzieller Hinsicht eigenen abweichenden Regelungen.<sup>20</sup> Sie ist gem. § 27 Abs. 2 Satz 1 LHG wie ein Landesbetrieb zu führen und hat einen eigenen Wirtschaftsplan<sup>21</sup> aufzustellen, § 26 LHO.<sup>22</sup> Die Trennung des Fakultätsbudgets erfolgt damit sowohl gegenüber der Universität als auch der Universitätsklinik.<sup>23</sup> In Haushaltsangelegenheiten können Beschlüsse der Universität ferner nur mit Zustimmung des Dekans gefasst werden, § 27 Abs. 2 Satz 3 LHG, und die interne Mittelverteilung obliegt schließlich allein der Fakultät.<sup>24</sup>

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

14 Siehe unter I. 1.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Aufgrund der engen Verflechtung der Krankenversorgung in den Universitätskliniken mit dem medizinisch-wissenschaftlichen Gesamtbereich der Universität darf die Beteiligung der Gesamtuniversität aber dennoch nicht vollständig zurücktreten. Sie wird daher partiell bspw. über § 16 Abs. 4 LHG oder § 20 LHG sichergestellt<sup>28</sup> und zeigt sich vor allem auch im Rahmen von Koordinations- und Kooperationsmöglichkeiten, die der sachgerechten organisatorischen Verzahnung der Funktionsbereiche des Klinikums und der Universität Rechnung tragen.<sup>29</sup>

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

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

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

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

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

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

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

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

Differenziert betrachtet werden muss demgegenüber die Verteilung der Kompetenzen in *Personalangelegenheiten*. Nach § 27 Abs. 4 Nr. 1 LHG ist die Medizinische Fakultät zusätzlich zu den Aufgaben nach § 23 Abs. 3 Satz 6 LHG unter anderem für „Entscheidungen über die Verwendung und Zuweisung der Stellen und Mittel nach den Grundsätzen des § 13 Abs. 2 LHG“ zuständig. Dies umfasst dem Grunde nach sämtliche individualrechtlichen Personalmaßnahmen und trägt der Vielzahl und Komplexität der bei Angelegenheiten der Medizinischen Fakultät in Abstimmung mit dem Universitätsklinikum zu treffenden Entscheidungen Rechnung; denn gerade in Personalfragen wird der enge Abstimmungsbedarf mit dem Universitätsklinikum akut. Es wird insoweit unmittelbar sowohl auf Forschung, Lehre und Krankenversorgung eingewirkt, vgl. auch *e contrario* § 7 Abs. 1 Satz 2 UKG.<sup>31</sup> Der Medizinischen Fakultät wird daher insoweit eine umfassende Entscheidungskompetenz durch das LHG insbesondere gegenüber dem Rektorat zugestanden.<sup>32</sup> Hieraus folgt, dass der Medizinischen Fakultät nicht nur das Vorschlagsrecht für die Einstellung von Beschäftigten nach § 11 Abs. 3 LHG im Grundsatz<sup>33</sup> zusteht, sondern ihr der Personalvorgang insgesamt zugeordnet ist.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Anderes gilt indes für *Beamte* der Medizinischen Fakultät. Nach § 11 Abs. 5 Satz 1 LHG ist Dienstvorgesetzter der *Hochschullehrer* der Wissenschaftsminister, bzw. bei Delegation<sup>36</sup> der Rektor, der wiederum stets Dienstvorgesetzter der *nicht-professoralen Beamten* nach § 11 Abs. 5 Satz 4 LHG ist. Aus diesem Grund ist für die nicht-professoralen Beamten der Rektor auch für Ernennungen, Beförderungen und Entlassungen sowie sonstige das materielle Beamtenverhältnis betreffende Maßnahmen im Außenverhältnis weiterhin allein zuständig.<sup>37</sup> Allerdings gilt diese Befugnis nicht für das *Innenverhältnis*, dessen Ausgestaltung wiederum der Medizinischen Fakultät nach § 27 Abs. 4 Nr. 1 LHG untersteht. Der Rektor kann aus diesem Grund vorgeschlagene Maßnahmen nur umsetzen oder deren Umsetzung verweigern. Der Anspruch der Medizinischen Fakultät auf Zustimmung wird insoweit aus dem Innenverhältnis zur Universität aus einer allgemeinen Kooperationspflicht folgen müssen,<sup>38</sup> der das Recht zur Verweigerung nur dann gewährt, wenn die Maßnahme erhebliche Nachteile für die Universität bedeuten würde oder diese rechtswidrig wäre. So sind bspw. Leistungszusagen und Ernennungen von nicht-professoralen Beamten immer dann umzusetzen, wenn sich diese im Rahmen gesetzlicher Regelungen halten und für die Universität keine Nachteile bedeuten.

#### 4. Medizinische Fakultät und Beliehene

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

telbar zu steigern und zumindest mittelbar auch Forschung und Lehre zu begünstigen.<sup>39</sup>

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## II. Drittmittelverwaltung

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

### 1. Verwaltung der Fakultätsdrittmittel

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

führt werden. Daher sind die Fakultätsmittel differenziert zu betrachten.

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

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

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

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

43 Siehe oben unter I. 2.

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

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

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

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

Diese Lücke füllt § 4 Abs. 3 UKG in Bezug auf die Verwaltung der Mittel, denn zur Wirtschaftsverwaltung der Medizinischen Fakultät gehört zweifellos auch die Verwaltung der Drittmittel. Keine Aussage lässt sich § 4 Abs. 3 UKG aber gegenüber dem konkreten Verwaltungsverfahren entnehmen. So ist davon auszugehen, dass auch hier das Dekanat nach § 27 Abs. 4 Nr. 2 LHG zuständig bleibt<sup>48</sup> und die Drittmittelrichtlinie Anwendung findet. Anders als bei Mitteln für Forschungsvorhaben, die in der Hochschule durchgeführt werden, sind aber die Verwaltung durch einzelne Hochschulmitglieder oder Dritte im Sonderkontenverfahren *eher zulässig*; denn insoweit macht das Gesetz keine zwingenden Vorgaben. Ebenso kann im sog. *Verwahrkontoverfahren*,<sup>49</sup> das die Errichtung eines projektbezogenen Kontos zugunsten des Forschers bedeutet, verfahren werden. Dies führt zu einer erheblichen Flexibilisierung und kann so neuen Entwicklungen und Notwendigkeiten – gerade mit Blick auf die Privatwirtschaft – eher gerecht werden. So gilt hier auch das ansonsten bestehende *Splittingverbot*<sup>50</sup> zwischen Verwaltung und Anstellung nicht. § 41 Abs. 3 LHG, der insoweit eine Zuweisung der Verwaltung nur „*insgesamt*“ zulässt, findet, wie auch § 25 Abs. 4 und Abs. 5 HRG, gerade keine Anwendung. Diesem Aspekt kommt im Verbund insbesondere auch dann Bedeutung zu, wenn Landesbeschäftigte auf Drittmittel des Universitätsklinikums oder beliehener Dritter befristet werden sollen, da hier ein Auseinanderfallen von Mitteln und Anstellung vorliegt.<sup>51</sup>

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

§§ 331 ff. StGB<sup>52</sup> und nunmehr auch des § 299a StGB freilich weiterhin zu beachten.<sup>53</sup>

## 2. Verwaltung der Klinikdrittmittel

Anderes gilt wiederum für Drittmittel des Klinikums. Das Klinikum selbst ist – außerhalb der Auftragsverwaltung – nicht an die Vorgaben des LHG oder der Drittmittelrichtlinie gebunden; 1.1. DMRL „*Drittmittel der Hochschule*“. Es kann daher in den Grenzen der §§ 5, 6 UKG<sup>54</sup> – unter besonderer Beachtung der §§ 299a, 331 ff. StGB – mit den Mitteln freier verfahren. Zumindest theoretisch ist daher in diesem Bereich auch das Sonderkonten- oder Verwahrkontoverfahren möglich. Die Klinika sind insoweit zuvorderst selbst gehalten entsprechende Kriterien aufzustellen und einzuhalten. Besteht ein Bezug zu Forschung und Lehre, wie dies typischerweise der Fall sein wird, so sind zudem die Beteiligungsrechte der Medizinischen Fakultät zu beachten.

## 3. Verwaltung der Drittmittel beliehener Dritter

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

## 4. Lokalisierung der Fakultätsdrittmittel

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

48 Siehe oben unter I. 3.

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

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

51 Siehe unten III. 2., 3.

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

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

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

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

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

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

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

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

Abweichendes gilt aber dann, wenn der Drittmittelgeber die Zugehörigkeit zum Körperschaftsvermögen nach § 14 LHG bestimmt, wobei diese Möglichkeit unabhängig vom Ort der Durchführung der Forschungsvorhaben besteht. Zwar gelten § 13 Abs. 6 aE LHG iVm. § 41 Abs. 2 LHG dann nicht, dies kann aber nur zum Fortfall der Beschränkung für die Zuwendung von Mitteln gelten, die unmittelbar oder mittelbar überwiegend aus Mitteln der öffentlichen Hand stammen.<sup>59</sup> Wird von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, handelt es sich daher gleichwohl nicht um Vermögen der Fakultät im rechtlichen Sinne. Es bleibt vielmehr dabei, dass die Mittel der allein insoweit rechtsfähigen Hochschule nach § 14 LHG zufließen. Abweichungen ergeben sich aber auch hier, denn die Verwaltung von Mitteln, die der Medizinischen Fakultät durch den Drittmittelgeber so zugewendet werden, fallen in den Wirtschaftsplan dieser<sup>60</sup> und damit in deren Verwaltungszuständigkeit. Die Verwaltung durch das Rektorat gem. § 14 Abs. 1 LHG bzw. § 16 Abs. 3 Nr. 10 LHG wird insoweit verdrängt, § 27 LHG.

#### 5. Lokalisierung der Drittmittel der Universitätsklinik und Dritter

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

### III. Drittmittelbefristung

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

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

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

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

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

60 Ziff. 3.1. DMRL.

61 Vgl. zur Entwicklung Zimmermann, Befristete Arbeitsverhältnis-

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

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

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

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

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

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

Einvernehmen nach § 11 Abs. 4 LHG erforderlich. Da Verwaltung, d.h. die Umsetzung und der Abschluss des Vertrages, aber ohnehin dem Klinikum nach § 4 Abs. 3 UKG obliegen, wird das erforderliche Einvernehmen regelmäßig im Prozess erzielt. Besteht zudem ein Bezug zur Krankenversorgung sind insbesondere auch die entsprechenden Beteiligungsrechte des Klinikums bei Grundsatzfragen zu beachten, § 27 Abs. 1 LHG; § 11 Abs. 4 LHG regelt lediglich die Einstellung an sich auf individueller Ebene. Entsprechendes gilt für Beliehene Dritte, die hier als „Teil des Klinikums“ ebenfalls Anspruch auf Beteiligung bei der Entscheidungsfindung – auch ohne Repräsentation im Dekanat oder Klinikumsvorstand – haben. Aufgrund der Beleihung muss aber auch § 11 Abs. 4 LHG bei der Einstellung von Landesbeschäftigten entsprechend gelten. Dies ist insbesondere auch deshalb von Bedeutung, weil ein eventuell gebildeter Betriebsrat Anspruch auf Beteiligung<sup>66</sup> nach § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG iVm. § 99 BetrVG hat.<sup>67</sup>

## 2. Projektbefristungen gem. § 14 Abs. 1 TzBfG

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### IV. Fazit

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

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



# Bundesverwaltungsgericht

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

### *– BVerwG 2 C 18.15*

#### **Einleitung**

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

*Prof. Dr. Max-Emanuel Geis*

#### **Leitsätze:**

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

#### **I.**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Die Kläger beantragen,

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

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

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

## II.

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

1. Der Klägerwechsel ist zulässig.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

### **I. Einführung und Fragestellung**

Die rechtswissenschaftlichen Standpunkte zur Regulierung der Stammzellenforschung sowie zum Rechtsrahmen der medizinischen Anwendung von Stammzellen haben sich in den letzten Jahren vor allem vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Beurteilung der Statusfragen hinsichtlich humaner Embryonen festgefahen. Für künftige einvernehmliche Lösungen der strittigen Fragen müsste entweder eine Seite ihre Position in wesentlichen Teilen aufgeben oder es müssten seitens der naturwissenschaftlich-medizinischen Forschung wesentlich neue Erkenntnisse vorliegen, die beispielsweise den Ausstieg aus der Forschung mit und der Anwendung von embryonalen Stammzellen ermöglichen würde. Solche grundlegend neuen Argumente scheinen sich seit den Jahren 2006/2007 mit der Entdeckung der steuerbaren Erzeugbarkeit von reprogrammierten pluripotenten Stammzellen durch das Verfahren der Stammzellenreprogrammierung ergeben zu haben. Die im Rahmen der Reprogrammierung entstehenden Zellen werden als iPS oder iPSC sowie vor allem als iPS-Zellen<sup>1</sup> bezeichnet. iPS-Zellen könnten gegebenenfalls für die Argumentation zum Ausstieg aus der Forschung mit humanen embryonalen Stammzellen von Bedeutung sein, da sich mit der Verfügbarkeit von iPS-Zellen möglicherweise eine Alternative zur verbrau-

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

### **II. Naturwissenschaftlich-medizinische Grundlagen und Entwicklungsperspektiven**

#### **1. Klassifikationssysteme der Stammzellenforschung und Stammzellenmedizin**

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

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

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

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

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

## 2. Entdeckung der artifiziellen Erzeugbarkeit von pluripotenten Stammzellen

Die natürlicherweise nicht vorkommende Umwandlung von spezialisierten Körperzellen zu pluripotenten Stammzellen, oder überhaupt zu Stammzellen, die zumindest ähnliche Eigenschaften wie embryonale Stammzellen haben, gelang erstmals im Jahre 2006 mit Hautzellen der Maus.<sup>6</sup> Lediglich ein Jahr später konnte das Verfahren auch mit humanen Zellen durchgeführt werden.<sup>7</sup> Schon im Jahre 2014 wurde in Japan die erste klinische Studie unter Verwendung dieser künstlich erzeugten Stammzellen begonnen. Für die Entwicklung des Verfahrens zur Erzeugung der iPS-Zellen hat der japanische Stammzellforscher Shin'ya Yamanaka im Jahre 2012 den Nobelpreis für Medizin erhalten. Nur zehn Jahre nach der Entdeckung der iPS-Technologie sind iPS-Zellen nicht mehr aus der Erforschung und Entwicklung zellulärer Krankheitsmodelle und neuer Testsysteme für Medikamente wegzudenken. Zudem wird iPS-Zellen für die Entwicklung neuer Therapien für zell- und gewebsdegenerative Erkrankungen wie Diabetes, Gelenksarthrosen oder Morbus Parkinson, deren Anzahl wegen der Altersbezogenheit dieser Erkrankungen und der Effekte des demographischen Wandels zunehmen wird, ein therapeutisches Potenzial zugesprochen.<sup>8</sup> Das therapeutische Konzept beruht dabei darauf, dass spezialisierte Zellen von einem geborenen Menschen biopsiert werden, dann mit den Verfahren der Stammzellenreprogrammierung zu iPS-Zellen umgewandelt werden und schließlich entweder als Stammzellen verabreicht werden, um die Selbstheilung im Körper des Patienten zu unterstützen. Anderenfalls sollen die iPS-Zellen erst in vitro zu bestimmten Zelltypen<sup>9</sup> oder sogar zu ganzen Geweben differenziert und erst dann therapeutisch transplantiert werden.<sup>10</sup>

## 3. Entwicklungstendenzen

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

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

5 Grundsätzlich gilt das auch für tierliche Stammzellen.

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

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

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

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

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

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

### III. Rechtsstatus und Verkehrsfähigkeit

#### 1. Natürliche und künstlich erzeugte Totipotenz

##### a) Verfassungsrechtliche Ebene

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

##### b) Einfachgesetzliche Ebene

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

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

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

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

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

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

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

iPS-Zellen abgeleiteten Therapeutika nicht mit dem ethischen und rechtlichen Diskurs, der im Zusammenhang mit der Gewinnung und Verwendung humaner embryonaler Stammzellen entstanden ist, verbunden. Bei der Beurteilung der Rechtsfragen iPS-basierter Therapeutika stehen daher weniger ethische und/oder rechtliche Statusfragen in Bezug auf den Zellspender und/oder das Therapeutikum<sup>15</sup> als vielmehr (verwaltungsrechtliche) Fragen der Arzneimittelforschung, -herstellung und -zulassung im Raum. Letztlich gilt dies auch für künstlich erzeugte Keimzellen, da auch diese jeweils für sich genommen keine totipotenten Eigenschaften haben. Hinsichtlich der therapeutischen Verwendung von iPS-Zellen und den daraus abgeleiteten Therapeutika sind im Unterschied zur Grundlagenforschung verschiedene Handels- und Kommerzialisierungsverbote zu beachten. So ist es nach §§ 1a Nr. 4, 17 Abs. 1 TPG verboten, mit Geweben und Zellen, die einer Heilbehandlung eines anderen zu dienen bestimmt sind, Handel zu treiben. Zusätzlich kann Art. 3 Abs. 2 lit. c) GRC zu berücksichtigen sein, wonach es verboten ist, den menschlichen Körper und Teile davon als solche zur Erzielung von Gewinnen zu nutzen. Diese unionale Vorgabe entfaltet im Therapiebereich Bedeutung, da das Arzneimittelrecht in der Europäischen Union zum einen durch verschiedene Richtlinien und Verordnungen harmonisiert ist und weil zum anderen unionale Behörden selbst tätig werden, sodass der Anwendungsbereich der Grundrechtecharta nach Art. 51 Abs. 1 GRC in diesen Konstellationen eröffnet ist.

## IV. Rechtsrahmen der Grundlagenforschung an und mit reprogrammierten Stammzellen

### 1. iPS-Zellen

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

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

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

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

potente Zellen sowie natürlicherweise entstehende Keimzellen. iPS-Zellen sind aber nicht totipotent und werden auch nicht aus Embryonen im Sinne des Embryonenschutzgesetzes gewonnen, sondern aus unpotenten<sup>16</sup> Körperzellen. Das Stammzellgesetz erfasst zwar pluripotente Stammzellen, die Anwendung des Stammzellgesetzes setzt aber gemäß §§ 2, 3 Nrn. 2, 4 StZG voraus, dass die betreffenden Stammzellen aus einem menschlichen Embryo, allgemein einer (mehrzelligen) totipotenten Entität stammen. Gerade das trifft auf iPS-Zellen nicht zu, da iPS-Zellen aus Zellen eines geborenen Menschen gewonnen werden. Für die Forschungsarbeiten zur Erzeugung von iPS-Zellen und deren weiteren Verwendung sind im Bereich der Grundlagenforschung, ohne Anwendung am Menschen, zumindest die Vorschriften des Gentechnikgesetzes zu berücksichtigen, sofern die Erzeugung von und/oder die weitere Verwendung der iPS-Zellen mit dem Einsatz gentechnologischer Verfahren (§ 3 Nr. 2 GenTG) und der Erzeugung von gentechnisch veränderten Organismen (§ 3 Nr. 3 GenTG) im Sinne des Gentechnikgesetzes verbunden sind. Nicht anwendbar ist das Gendiagnostikgesetz, da das Gendiagnostikgesetz gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 GenDG nicht für den Forschungsbereich gilt. Insoweit ist aber an die Anwendbarkeit des allgemeinen Datenschutzrechts zu denken. Sofern die iPS-Technologie derart weiterentwickelt wird, dass sie iPS-Zellen erzeugt, die die gleichen Eigenschaften hätten wie humane embryonale Stammzellen, stellt sich die Frage, welche Auswirkungen dies auf die Einfuhr, die Verwendung, konkret auf die Forschung mit humanen embryonalen Stammzellen haben kann. Für diesen Fall besteht die Möglichkeit, dass die weitere Forschung mit humanen embryonalen Stammzellen in Deutschland (verwaltungsrechtlich) untersagt werden kann, weil nach § 5 Nr. 2 lit. b) StZG Forschungsarbeiten an embryonalen Stammzellen nur durchgeführt werden dürfen, wenn wissenschaftlich begründet dargelegt ist, dass der mit dem Forschungsvorhaben angestrebte wissenschaftliche Erkenntnisgewinn sich voraussichtlich nur mit embryonalen Stammzellen erreichen lässt. Könnten zukünftige iPS-Zellen embryonale Stammzellen technisch ersetzen, würden dadurch die Voraus-

setzungen für die Einfuhr embryonaler Stammzellen nach Deutschland möglicherweise entfallen.

## 2. Künstlich erzeugte Totipotenz

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

## 3. Künstlich erzeugte Keimzellen

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

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

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

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

### V. Angewandte pharmazeutische Forschung

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

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

### VI. Patentschutz der Forschungsergebnisse

#### 1. iPS-Zellen

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

18 Akronym für: Advanced Therapy Medicinal Products.

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

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

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

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

## 2. Verfahren der künstlichen Erzeugung totipotenter Zellen

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

## VII. Fazit und Ausblick

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

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

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

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



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

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

### **I. Vorstellung der Vortragenden**

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

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

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

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

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

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

### **II. Zusammenfassung der Input-Vorträge**

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

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

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

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

zu versorgen als auch eine starke pharmazeutische Industrie aufzubauen.

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

### III. Diskussion

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### IV. Abschlussstatements

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

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

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

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

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

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

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

# Hans Mohr

## *Wissenschaft und Ideologie*<sup>1</sup>

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

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

<sup>1</sup> Hans Mohr, *Wissenschaft und menschliche Existenz*, 1967, S. 49.

