

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 1 / 2015

Aufsätze

Nikolaus Blum Zur Governance privatrechtlich organisierter
Forschungseinrichtungen **1-10**

*Andreas Schubert und
Sarah Tarantino* Hochschullehrer im Personalvertretungsrecht
11-22

Anmerkungen zur Rechtsprechung

Felix Hornfischer Anmerkung zum Urteil des Bundesarbeitsge-
richts vom 9.4.2014 – 10 AZR 590/13 **23-26**

Berichte

Stephan Vielmeier Der europäische Qualitätsrahmen für Praktika
– ein liberales europäisches Verständnis des
Praktikums? **27-34**

Buchvorstellung

Vera Angela Karoline Rödel (geb. Glatzel) Rechtsfolgen beihilfegewährender gegen das
Durchführungsverbot verstoßender privat-
rechtlicher Verträge **35-40**

Ausgegraben

*Zentrale Universitätsverwaltung
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg* Dwbm (Dienstweihnachtsbäume) **41-42**

ISBN/ISSN 3-45678-222-7

Nikolaus Blum

Zur Governance *privatrechtlich* *organisierter Forschungseinrichtungen*

I. Einleitung

Das deutsche Wissenschaftssystem befindet sich im Wandel. Vor dem Hintergrund einer immer enger zusammenrückenden Welt und dem internationalen Wettbewerb um die besten Wissenschaftsstandorte werden die traditionellen Institutionen der nationalen Wissenschaftssysteme auf den Prüfstand gestellt. Die Relevanz von Bildung und Forschung für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einzelner Länder steht heute außer Frage.¹ Insofern sieht sich auch das deutsche Wissenschaftssystem einem permanenten Veränderungsdruck ausgesetzt.

Eine Reaktion darauf ist die in den letzten Jahren intensiv geführte Diskussion um die richtige Governance von Forschungseinrichtungen. Ihr liegt im Kern die Feststellung zugrunde, dass in einer modernen wissenschaftsbasierten Gesellschaft die öffentlichen Güter Bildung und wissenschaftliche Erkenntnis auf eine andere Art und Weise produziert werden müssen, als dies bisher in den staatskonzentrierten nationalen Konzepten der Wissenschaftspolitik angenommen wurde.² Weder die Fokussierung auf ein staatlich gesteuertes Wissenschaftssystem noch die Eingrenzung auf die nationale Perspektive sind geeignet, angemessene Antworten im globalen Wettbewerb um Wissen und seine Nutzbarmachung zur Bewältigung der Zukunftsfragen zu finden.

Für die nachhaltige Leistungsfähigkeit ist die Frage nach der geeigneten Governance der Forschungseinrichtungen essentiell. Der Begriff der Governance geht dabei weit über den rein organisationsrechtlichen Aspekt der handelnden Organe und Gremien hinaus.³ Sowohl die wissenschaftspolitischen Lenkungsmaßnah-

men als auch die Beeinflussung der Entscheidungsprozesse durch verschiedenartige externe und interne Faktoren sind Teil der Governance einer Wissenschaftsorganisation. In diesem Sinne ist die Governance als die Gesamtheit der Steuerungs- und Entscheidungsfindungsmechanismen von und in Wissenschaftseinrichtungen zu verstehen.⁴

In den deutschen Wissenschaftseinrichtungen sind in den vergangenen Jahren vielfach neue Governance-Formen und -instrumente ausprobiert und evaluiert worden. Insbesondere wurden Ansätze des New Public Management (NPM) in den Wissenschaftsbereich übertragen. Eine Bestandsaufnahme der Ergebnisse legt die Ergänzung und Ausweitung der Diskussion in zweierlei Hinsicht nahe:

- Es fällt auf, dass die vorliegenden Untersuchungen sehr hochschulzentriert sind. Bei der Diskussion wird vom klassischen Bild der Erkenntnisproduktion in dezentralen (hochschulüblichen) Strukturen ausgegangen.⁵ Viele Formen der Wissensgenerierung in außeruniversitären Forschungseinrichtungen werden nicht einbezogen.⁶ Insbesondere werden die staatliche Vorsorgeforschung für gesellschaftlich relevante Gebiete, wie z.B. Energieversorgung oder Gesundheit und Umwelt, die angewandte Forschung und der Transfer von Forschungsergebnissen in die Praxis, sowie die internationale Zusammenarbeit in Großprojekten und der Betrieb von Großgeräten zu wenig beachtet.

- Inhaltlich sind die Untersuchungen häufig von der Sorge um die Sicherung der Autonomie des ein-

1 Siehe z.B. Koalitionsvertrag vom Dez. 2013 zwischen CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode, Ziff. 1.2, 26; Europäische Kommission: „Einleitung zum neuen Forschungsprogramm Horizon 2020“.

2 Grande *et al.*: „Die neue Governance der Wissenschaft“ in: Neue Governance der Wissenschaft – Reorganisation – externe Anforderungen – Medialisierung, hrsg. von Grande/Jansen/Jarren/Rip/Schimank/Weingart, Bielefeld 2013, 21, 22.

3 Eine gute Beschreibung von Governance findet sich in: OECD, Principles of Corporate Governance, Paris 2004, Preamble 11: „Corporate governance involves a set of relationships between a company’s management, its boards, its shareholders and other stakeholders. Corporate governance also provides the structure through which the objectives of the company are set, and the means of attaining those objectives and monitoring performance

are determined.“

4 Zum Governance-Begriff in Forschungseinrichtungen siehe auch Jansen: „Von der Steuerung zur Governance: Wandel der Staatlichkeit?“, in: Handbuch Wissenschaftspolitik, hrsg. von Simon/Knie/Hornbostel, Wiesbaden 2010, 40.

5 Grande *et al.*, aaO. (Fn. 2), 23; Heinzel/ Krücken (Hrsg.), Institutionelle Erneuerungsfähigkeit der Forschung, Wiesbaden 2012, 12.

6 So auch Puchta, Auf der Suche nach der richtigen Corporate Governance für ein Forschungszentrum: Das Beispiel Deutsches Krebsforschungszentrum (DKFZ), ZfB Sonderausgabe 1/2013, 104 ff.; eine der wenigen Publikationen zur Steuerung der Helmholtz-Gemeinschaft: Helling-Moegen, Forschen nach Programm. Die programmorientierte Förderung in der Helmholtz-Gemeinschaft: Anatomie einer Reform, Marburg 2009, 112 ff. Der Beitrag von Hohn, Außeruniversitäre Forschungseinrichtungen, in: Handbuch

zelen Wissenschaftlers geprägt. Dies ist ohne Zweifel ein essentieller Aspekt der Wissenschaftsfreiheit. In einer systemischen Betrachtung geeigneter Formen von Governance für Wissenschaftseinrichtungen sollten aber auch andere Gesichtspunkte zum Tragen kommen. Kaum behandelt wird die im internationalen Wettbewerb zentrale Frage, unter welchen Governance-Formen Wissenschaftsfreiheit, Erkenntnisgewinn, Nachwuchsförderung und Wissenstransfer in der Gesellschaft effizient zur Wirksamkeit gebracht werden können.

Die nähere Auseinandersetzung mit den Governance-Strukturen außeruniversitärer Forschungseinrichtungen⁷ kann hier eine Erweiterung des Blickfeldes schaffen und neue Formen und Instrumente für die wissenschaftsadäquate Gestaltung von Wissenschaftseinrichtungen in privater Rechtsform erschließen. Mit den nachfolgenden Ausführungen soll dazu ein Beitrag geleistet werden. Dabei ist einleitend klarzustellen, dass mit der Wahl der Rechtsform zwar wichtige Rahmenbedingungen gesetzt werden, die Governance einer Einrichtung aber noch lange nicht ausreichend festgelegt ist.

II. Vielfalt der Rechtsformen außeruniversitärer Forschungseinrichtungen

Die funktionale und institutionelle Vielfältigkeit des deutschen Wissenschaftssystems ist eine unbedingt zu erhaltende Stärke.⁸ Neben den Hochschulen und Universitäten, die das „Organisationszentrum des Wissenschaftssystems“ darstellen,⁹ gibt es eine Vielzahl weiterer Wissenschaftseinrichtungen, die in unterschiedlichen Rechtsformen organisiert sind. Einer breiteren Öffentlichkeit sind als „big four“¹⁰ die Max-Planck-Gesellschaft, die Fraunhofer Gesellschaft, die Zentren der Helmholtz-Gemeinschaft und der Leibniz-Gemeinschaft bekannt. Weitere Wissenschaftsinstitute befinden sich zum Beispiel unter dem Dach der Arbeitsgemeinschaft der industriellen Forschungseinrichtungen (AIF).

Während Universitäten und Hochschulen in der Regel Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, werden viele außeruniversitäre Forschungseinrichtungen in Pri-

vatrechtsformen betrieben. So sind die Max-Planck-Gesellschaft und die Fraunhofer Gesellschaft als eingetragene Vereine konstituiert. Von 18 Forschungseinrichtungen der Helmholtz-Gemeinschaft sind elf in privater Rechtsform (GmbH, e.V., Stiftung) organisiert, weitere fünf sind als Stiftungen des öffentlichen Rechts errichtet.

Die Gründe für die Rechtsformenwahl sind meist historischer Natur. Die älteste privatrechtliche Form außeruniversitärer Wissenschaftseinrichtungen ist der eingetragene Verein. Der Verein als Zusammenschluss von einzelnen Personen zur mitgliedschaftlich-organisierten Einrichtung war die geeignete Rechtsform für die Gründung der Akademien. Er fand dann auch bei der Gründung anderer großer außeruniversitärer Wissenschaftseinrichtungen, wie der Max-Planck-Gesellschaft, der Fraunhofer Gesellschaft oder des Deutschen Zentrums für Luft- und Raumfahrt (DLR) Anwendung. Hintergrund waren in diesen Fällen die Bestrebungen, neben staatlichen Geldgebern Privatpersonen und Unternehmen als Förderer zu gewinnen und in die Organisation zu integrieren.

In der Nachkriegszeit wurde vermehrt die Rechtsform der GmbH für die Neugründung von Forschungseinrichtungen genutzt. Zwischen 1956 und 1965 sind acht Großforschungseinrichtungen als GmbHs gegründet worden. In einigen Fällen waren Unternehmen als Gesellschafter beteiligt. Alle Gesellschaften verfolgen einen genauer beschriebenen Forschungszweck, der in den jeweiligen Satzungen festgehalten wurde. In den 60er Jahren hat man sich mit den unterschiedlichen privatrechtlichen Rechtsformen, die für Wissenschaftseinrichtungen in Betracht kommen, vertieft auseinandergesetzt. Das Gutachten von Cartellieri¹¹ aus dem Jahre 1969 kann aus heutiger Sicht als herausragende Governance-Studie für die außeruniversitären Wissenschaftseinrichtungen eingeordnet werden, die schon damals mit großem Weitblick die europäische und internationale Dimension aufgriff und rechtsvergleichende Strukturanalysen betrieb.

Neben der Rechtsform der GmbH wurden andere Rechtsformen wie die Stiftung des öffentlichen oder privaten Rechts eingesetzt. Nicht in allen Fällen lässt sich eine stringente Begründung für die jeweilige Rechtsformwahl finden.¹² Gelegentlich waren es einfache Über-

Wissenschaftspolitik, hrsg. von Simon/Knie/Hornbostel, Wiesbaden 2010, 457 ff. beschränkt sich auf forschungspolitische Aspekte und untersucht nicht näher die Governance Strukturen.

7 In diesem Aufsatz vorrangig der Helmholtz-Zentren.

8 So der Wissenschaftsrat in seinen Empfehlungen vom 12.7.2013, Perspektiven des deutschen Wissenschaftssystems, unter B. II, 26.

9 Wissenschaftsrat, aaO (Fn. 8), B. IV, 28.

10 So Horvath, Strategie, Steuerung und Governance außeruniversitärer Forschungseinrichtungen, ZfB Sonderausgabe 1/2013, 15.

11 Gutachten „Die Großforschung und der Staat, Gutachten über die zweckmäßige rechtliche und organisatorische Ausgestaltung der Institutionen für die Großforschung“, erstattet von Wolfgang Cartellieri, Teil I (1967) und Teil II (1968), Gersbach & Sohn Verlag, München.

12 Vgl. Meusel, Außeruniversitäre Forschung im Wissenschaftsrecht, 2. Aufl. 1999, Rn. 21.

legungen der Praktikabilität, die jeweils den Ausschlag gegeben haben. So ist für die Zentren der Helmholtz-Gemeinschaft nach heutigem Stand festzuhalten, dass sieben Zentren als GmbHs firmieren, drei Zentren als eingetragene Vereine, ein Zentrum als Stiftung bürgerlichen Rechts, fünf Zentren werden als Stiftungen öffentlichen Rechts geführt und ein Zentrum ist organisatorisch unter dem Dach der Max-Planck-Gesellschaft ohne eigene Rechtspersönlichkeit angesiedelt. Das frühere Forschungszentrum Karlsruhe, das auch als GmbH firmierte, wurde im Rahmen der Fusion mit der Universität Karlsruhe in eine Körperschaft öffentlichen Rechts überführt.

III. Die Governance der Helmholtz-Zentren

Die rechtliche Selbstständigkeit der Helmholtz-Zentren wird sowohl von staatlicher Seite als auch von Seite der Zentren immer wieder betont und unterstrichen. Der Zusammenschluss der Zentren in der Helmholtz Gemeinschaft als eingetragener Verein hat diesbezüglich keine Änderungen herbeigeführt. Im Gegenteil: starke und selbständige Zentren sind gerade gewünscht und zeichnen diese Gemeinschaft aus.

Die Finanzierung der Zentren aus überwiegend öffentlichen Mitteln bedingt allerdings eine erhebliche staatliche Einflussnahme. Sie manifestiert sich einerseits durch die dominierende Stellung des Bundes und der jeweiligen Sitzländer in den Gremien (Gesellschafterversammlung, Aufsichtsrat), andererseits durch die Anwendbarkeit vieler öffentlicher Normen, die durch interne Regelungen und finanzielle Bewilligungsbescheide auferlegt werden.

Für die Steuerung der Zentren hat sich über viele Jahre eine Grundstruktur entwickelt, die sich in den Satzungen und Gesellschaftsverträgen unabhängig von der konkreten Rechtsform übergreifend wiederfindet.¹³ Es entspricht dem erklärten Willen der öffentlichen Gesellschafter, dass die Satzungen der verschiedenen Helmholtz-Zentren zumindest vergleichbar gestaltet sind. Jedoch kommt es wegen der unterschiedlichen Rechtsformen und der zum Teil sehr unterschiedlichen Zwecksetzung der Zentren ungewollt immer wieder zu Widersprüchen und Friktionen auf satzungsrechtlicher Ebene.

Die durch die Satzungen festgelegten Strukturen und Abläufe werden im Folgenden als satzungsrechtliche Governance bezeichnet. Daneben gibt es weitere Steuerungsprozesse. Da die Zentren wie erwähnt überwie-

gend aus öffentlichen Mitteln finanziert sind, hat sich in der Praxis eine zweite Governance-Ebene in Form des Haushalts- und Zuwendungsrechts etabliert. Schließlich ist in den vergangenen Jahren eine dritte Steuerungsebene durch die programmorientierte Förderung der Helmholtz-Gemeinschaft aufgebaut worden, die eher die inhaltliche und wissenschaftspolitische Ausrichtung der Zentren betrifft.

Diese drei Governance-Ebenen können wie folgt näher beschrieben werden:

1. Satzungsrechtliche Steuerung

Die legale Governance ist in dem jeweiligen, meist privatrechtlichen Gründungsdokument festgelegt (Gesellschaftsvertrag, Gründungssatzung, Stiftungsurkunde etc.). Die Organe sind in aller Regel ein Exekutivorgan, ein Aufsichtsorgan und ein wissenschaftliches Beratungsorgan. In den Aufsichtsorganen sind neben den Vertretern der Gesellschafter oder der staatlichen Mittelgeber in der Regel auch Wissenschaftler der Zentren¹⁴ und externe Personen aus Wissenschaft und Wirtschaft vertreten. Letztere sollen nicht nur als fachkundige Aufsichtspersonen fungieren, sondern als „Stakeholder“, die Interessen anderer Bereiche in die Wissenschaftseinrichtungen einbringen. Das wissenschaftliche Beratungsorgan übernimmt in aller Regel die Funktion einer externen wissenschaftlichen Qualitätssicherung.

In diesen legalen Strukturen ist dem Grunde nach ein vollständiges und funktionierendes Governance-System angelegt, das den Anforderungen an eine privatrechtlich organisierte juristische Person völlig Genüge tut. Durch die externen Besetzungen der Aufsichts- und Beratungsgremien wird den besonderen Umständen einer öffentlich geförderten Wissenschaftseinrichtung Rechnung getragen.

2. Haushalts- und zuwendungsrechtliche Steuerung

Die zweite Governance-Ebene ergibt sich aus den Finanzierungsbestimmungen. Alle Zentren haben ein von Bund und Ländern verabschiedetes Finanzstatut zu beachten, das sie verpflichtet, bestimmte Vorgaben für die Verwendung öffentlicher Mittel einzuhalten. Soweit ist das noch keine Besonderheit, sondern aus der politischen Verantwortung und Rechenschaftspflicht beim Einsatz öffentlicher Mittel begründet. Daneben hat sich aber im Laufe der Zeit eine Vielzahl von Detailvorschriften angesammelt, die weitere Randbedingungen für die Mittelverwendung aufstellen, den Entscheidungsspielraum einengen und umfangreiche Berichtspflichten auf-

¹³ Siehe dazu auch *Meusel*, aaO (Fn. 12), Rn. 111 ff.

¹⁴ Auf diesen wichtigen Aspekt für die Konformität mit den Anforderungen aus Art. 5 III Satz 1 GG wird weiter unten eingegangen: siehe unten V. 4.

erlegen. Solche Vorschriften werden den Zentren über Bewilligungsbescheide und Einzelermächtigungen bzw. -verbote auferlegt und geben den öffentlichen Geldgebern weitgehende Steuerungs- und Einwirkungsmöglichkeiten. Begründet durch die Finanzierung gelten auch die Bundeshaushaltsordnung und das Haushaltsgrundsätzegesetz. Auf dieser Basis üben auch die Rechnungshöfe immer wieder ihren Einfluss auf die tatsächlichen Entscheidungen und das geschäftsmäßige Handeln der Forschungszentren aus, die neben den internen Revisionsabteilungen und den externen Wirtschaftsprüfern als weiteres Kontroll- und Prüfungsorgan fungieren.

In der Praxis treten nicht selten Konflikte zwischen den bisher beschriebenen Governance-Ebenen auf. Während auf der satzungsrechtlichen Ebene immer wieder „unternehmerisches Handeln“ der Zentren eingefordert wird, werden entsprechende Ansätze auf der zuwendungsrechtlichen Ebene in enge Schranken gewiesen und erheblich erschwert. Die notwendige Synchronisierung beider Ebenen erfolgt nur unzureichend.¹⁵

3. Inhaltliche Steuerung

Neben diesen zwei legalen und formalen Governance-Ebenen ist eine dritte zur inhaltlichen Steuerung innerhalb der Helmholtz Gemeinschaft etabliert worden. Unter der Bezeichnung „Programmorientierte Förderung“ werden die staatlichen Fördermittel zentrenübergreifend für die Bearbeitung strategischer Programme bereitgestellt.¹⁶ Die Zentren leisten Beiträge zu den übergreifenden Programmen, die international evaluiert und entsprechend der Begutachtungsergebnisse finanziell ausgestattet werden. Dadurch sollen gezielt und unter Vorgabe staatlicher Rahmenbedingungen strategische Forschungsschwerpunkte geschaffen werden.¹⁷ Über diese Förderung werden daher weitere Steuerungsimpulse auf die Zentren ausgeübt. Diese Steuerungsebene steht vom Grundansatz her in einem gewissen Spannungsverhältnis zur wissenschaftlichen Selbstverantwortung der Zentren.¹⁸

Beschreiben diese drei Ebenen im Wesentlichen die externe Governance der Helmholtz-Zentren, so ist die interne Governance, die die zentrumsinternen Prozesse der Meinungsbildung und Entscheidungsfindung umfasst, noch weitaus differenzierter.¹⁹ Leitlinie für die interne Governance waren in den 70iger Jahren sogenannte Rahmenordnungen, die die Grundprinzipien der Gruppenuniversität einheitlich in den Statuten der Forschungszentren abbilden wollten.²⁰ Diese Bestrebungen sind in den vergangenen 20 Jahren nicht weiter vertieft worden. Aus dieser Zeit finden sich allerdings bis heute in „alten“ Zentren entsprechende Elemente der Gruppenuniversität wieder.²¹ Kennzeichnend für diese Elemente sind große Gremien, deren Wirkungsweise durch eine vergleichsweise geringe Gestaltungskraft, dagegen durch eine große Verhinderungsmacht charakterisiert ist. Die Verantwortlichkeit für Entscheidungen oder Nichtentscheidungen und deren Folgen lässt sich in solchen Organisationsstrukturen der wissenschaftlichen Selbstverwaltung nur schwer festmachen. In modernen und reformierten Zentren sind mittlerweile kleine und handlungsfähige Entscheidungsgremien etabliert worden, bei denen auch die Verantwortlichkeiten allokiert sind. Begleitet und beraten werden sie von wissenschaftlichen Beiräten und internen, mit Wissenschaftlern besetzten Meinungsbildungsgremien.²²

Es gehört keine große Vorstellungskraft dazu, dass bei drei Ebenen der externen Governance und einer ggf. sehr komplexen internen Governance die Gefahr der Überbestimmung groß ist. Die privatrechtliche Organisationsform führt also nicht per se zu gestalterischer Handlungsfreiheit und Entscheidungsgeschwindigkeit. Weitere Herausforderungen bringen neue Organisationsmodelle mit sich, die in den vergangenen Jahren entstanden sind oder mit bestehenden Strukturen kombiniert wurden. Das ist z.B. bei der Verschmelzung universitärer und außeruniversitärer Strukturen der Fall, wie im Karlsruhe Institut für Technologie (KIT)²³ oder dem künftigen Berliner Institut für Gesundheit (BIG).²⁴ Darüber hinaus sind neue Organisationsformen wie der Na-

15 In der Regel erfolgt sie durch partielle Personenidentität. Einzelne Vertreter der Ministerien in den Aufsichtsgremien stehen gleichzeitig in der zuwendungsrechtlichen Verantwortung für den Mitteleinsatz. Das führt zwingend zu Interessens- und Funktionskonflikten.

16 Näher dazu: Helmholtz-Gemeinschaft, „Die programmorientierte Förderung der Helmholtz-Gemeinschaft – Eine Leistungsbilanz“, August 2010, 2.

17 Siehe auch *Brade*, Strategisches Management in der außeruniversitären Forschung – Entwicklung einer Konzeption am Beispiel der Helmholtz-Gemeinschaft, 2005, 15 ff.

18 Näher dazu *Helling-Moegen*, aaO (Fn. 6), 75 ff.

19 Zu den Begrifflichkeiten und dem Modell der externen und

internen Governance siehe *Jansen*, aaO (Fn. 4), 43 ff.

20 Siehe dazu auch *Meusel*, aaO (Fn. 12), Rn. 112.

21 Z.B. der sog. Wissenschaftlich-Technische Rat (WTR), der aus allen Institutsleitern und einer gleichen Zahl gewählter wissenschaftlicher Mitarbeiter besteht. In den Zentren, in denen er heute noch als Gremium besteht, hat er in der Regel beratende Funktion und keine zwingenden Mitbestimmungsrechte mehr.

22 Zur Umgestaltung der internen Governance eines Helmholtz-Zentrums siehe *Blum*, Neue Governance für Wissenschaftseinrichtungen, *Wissenschaftsmanagement* 2010, Heft 4, 20 ff.

23 KIT-Gesetz (KITG) vom 14. Juli 2009, GBl BaWü 2009, 317 ff.

24 Pressemitteilung 064/2013, BMBF 18. Juni 2013.

tionale Kohorte e. V., die Deutschen Zentren der Gesundheitsforschung oder internationale ESFRI-Einrichtungen (X-FEL oder FAIR) entstanden, die an bestehenden Zentren angegliedert wurden. Auch im Hinblick auf die Governance dieser neuen Formen in ihrer Wechselwirkung mit den bestehenden „Altstrukturen“ stellen sich Fragen, die heute wohl nur unzureichend beantwortet werden können. Festzustellen ist eine Tendenz, die Lösung dieser Fragen unter dem Dach öffentlich-rechtlicher Organisationsformen zu suchen. Sowohl das KIT als auch das künftige BIG werden als Körperschaften des öffentlichen Rechts organisiert. Ob auf diesem Weg die Governance-Fragen zufriedenstellend beantwortet werden können, wird die Zukunft dieser Institutionen zeigen.

IV. Privatrechtsform von Wissenschaftseinrichtungen und wissenschaftsadäquate Governance

In einer Art Zwischenfazit kann festgestellt werden, dass es de facto viele privatrechtlich organisierte Wissenschaftseinrichtungen im deutschen Wissenschaftssystem gibt und dass bei Neugründungen oder der Überführung von Kooperationen in eigene Rechtspersonlichkeiten gerne auf die bewährten Rechtsformen des Privatrechts zurückgegriffen wird. Es bestehen jedoch im Hinblick auf die Ausgestaltung dieser Rechtsformen erhebliche Unsicherheiten. Das betrifft sowohl die rechtlichen Grenzen der Gestaltungsfreiheit als auch die Etablierung einer geeigneten Governance zur bestmöglichen Verfolgung der wissenschaftlichen Aufgabenstellung der jeweiligen Organisation. Auch im Sinne der Entwicklung neuer Kooperationsformate und Verbundstrukturen auf nationaler und internationaler Ebene²⁵ wäre die vertiefte Bearbeitung dieser Fragestellungen eine lohnenswerte Aufgabe und von hoher praktischer Relevanz.

Die Vorteile der privatrechtlichen Organisationsformen von Wissenschaftseinrichtungen sind darin zu sehen, dass für aktuelle wissenschaftliche Fragestellungen schnell neue Einheiten ins Leben gerufen werden können, die auf die besondere Fragestellung zugeschnitten sind. Solche Einheiten haben eine dem Grunde nach zeitlich begrenzte Existenzberechtigung und können in

die Lage versetzt werden, mit den zur Verfügung gestellten Ressourcen ihre Ziele schnell und effizient zu verfolgen. Die mit dem Privatrecht verbundenen Prinzipien der „unternehmerischen“ Handlungsfreiheit auf der einen und der zivilrechtlich Verantwortlichkeit (Haftung) auf der anderen Seite wirken sich auch im Wissenschaftsbereich aus. Auf diese Weise wird die öffentliche Hand von eigenen Handlungszwängen entlastet und zugleich eine Risikobeschränkung erreicht. Von daher eignet sich die privatrechtliche Organisationsform besonders für missions- und aufgabengetriebene Forschungsaktivitäten sowie für den Betrieb großer Forschungsinfrastrukturen.

Es wird immer wieder kritisiert, dass sich die genannten Vorteile in der Praxis nicht realisieren lassen.²⁶ Eine „spektakuläre“ Schließung einer größeren Einrichtung hat in der Tat noch nicht stattgefunden. Das liegt u.a. wohl auch daran, dass auf der haushaltsrechtlichen Governance-Ebene viele Elemente des öffentlichen Bereichs eingeführt wurden, die eine Schließung extrem teuer und zum Teil unmöglich machen.²⁷ Exemplarisch sei nur auf die gemeinsamen Berufungen der leitenden Wissenschaftler mit den Universitäten hingewiesen. Ihre Wandlungs- und Anpassungsfähigkeit haben jedoch viele Einrichtungen eindrucksvoll unter Beweis gestellt.²⁸ Die Governance der außeruniversitären Forschungseinrichtungen hat sich also bei allem Verbesserungsbedarf als funktionsfähig und effizient erwiesen.

In den vergangenen Jahren gab es zwei wichtige Impulse, die die eigenverantwortliche Handlungsweise und privatrechtlich ausgestaltete Governance der außeruniversitären Forschungseinrichtungen gestärkt haben: das Wissenschaftsfreiheitsgesetz, das im Rahmen der Umsetzung des Koalitionsvertrages für die 17. Legislaturperiode („Wissenschaftsfreiheitsinitiative“) am 12.12.2012 in Kraft getreten ist, und der Public Corporate Governance Kodex (PCGK), der in der aktuellen Fassung am 1. Juli 2009 von der Bundesregierung verabschiedet wurde.²⁹

Das Wissenschaftsfreiheitsgesetz hat den außeruniversitären Forschungseinrichtungen auf der Governance-Ebene der haushalts- und zuwendungsrechtlichen Steuerung mehr Freiräume in Personal-, Finanz- und Bauangelegenheiten zugestanden: nach Maßgabe

25 Diesen Bedarf unterstreicht auch der Wissenschaftsrat, aaO (Fn. 8) unter C.V., 88 ff.

26 Zuletzt wieder *Mittelstrass*: Die Verhältnisse zum Tanzen bringen, FAZ vom 22.9.2014, 6.

27 Darauf weist auch schon *Meusel* hin, aaO (Fn. 12), Rn. 21.

28 Beispiele: Eingliederung der GMD in die FhG 2001, Fusion Bessy – HMI 2007, Gründung von JARA 2007, Fusion der Universität Karlsruhe mit dem FZK zum KIT 2009, DESY – XFEL als internationale Erweiterung 2009, Vorhaben der Gründung des BIG

zwischen MDC und Charité 2013. Weitere Beispiele, wenngleich mit kritischem Unterton, bei *Hohn*, Handbuch für Wissenschaftspolitik (Fn. 6), 469 ff.

29 Vgl. Bundesministerium der Finanzen, Information zum Thema Bundesvermögen, URL: http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Bundesvermoegen/Privatisierungs_und_Beteiligungs politik/Grundsaeetze_guter_Unternehmensfuehrung/unternehmensfuehrung-in-oeffentlichen-unternehmen.html (22.10.2014).

der jährlichen Haushaltsgesetze sind Betriebs- und Investitionsausgaben nun vollständig gegenseitig deckungsfähig und zugewiesene Mittel können über das laufende Wirtschafts-/Haushaltsjahr in Anspruch genommen werden (Globalhaushalt). Weiterhin wurde das Besserstellungsverbot gelockert, so dass aus nicht-öffentlich finanzierten Drittmittelgehältern gezahlt werden können, die marktgerecht sind. Die im Geltungsbereich des Gesetzes genannten Forschungseinrichtungen profitieren außerdem von einer Lockerung der Vorschriften für Beteiligungsvorhaben und können Baumaßnahmen mit einer Größe von 1 bis 5 Mio. € ohne Begleitung der staatlichen Bauverwaltung umsetzen, vorausgesetzt ein adäquates Controlling ist gewährleistet.³⁰

Weniger Beachtung hat der PCGK gefunden. Er stellt eine Leitlinie für die Unternehmen dar, an denen der Bund mehrheitlich beteiligt ist. Nach dem Wortlaut des PCGK und nach dem erklärten Willen der Bundesregierung ist dieses Normenwerk auch auf die außeruniversitären Wissenschaftseinrichtungen anzuwenden, soweit sie als Kapitalgesellschaften organisiert sind.

Der PCGK stellt Leitlinien für die gute Unternehmensführung auf. Er orientiert sich an anderen Leitlinien zur „best practice“, die im privatwirtschaftlichen Sektor für Kapitalgesellschaften entwickelt wurden. Der Gestaltungsspielraum, den die jeweiligen gesetzlichen Grundlagen (Aktiengesetz, GmbH-Gesetz etc.) einräumen, wird konkretisiert, die Rollenbilder der handelnden Organe definiert und ihr Zusammenwirken im Rahmen der Unternehmung näher bestimmt. Im PCGK werden daher die Anforderungen an das privatrechtliche Auftreten der öffentlichen Hand ausformuliert, zumindest in Bezug auf die organisationsrechtliche Ausgestaltung der Organe von Kapitalgesellschaften. Die betroffenen Unternehmen sind zur regelmäßigen Berichterstattung über die Einhaltung des PCGK verpflichtet.

Die Aufforderung der Bundesregierung, den PCGK auch in den als Kapitalgesellschaften organisierten Wissenschaftseinrichtungen umzusetzen, war Chance und Herausforderung zugleich, die Governance dieser Einrichtungen zu überprüfen und weiterzuentwickeln. Bislang ist diese Herausforderung allerdings nur unzureichend bewältigt worden. Wurde der PCGK zunächst im Wissenschaftsbereich gar nicht zur Kenntnis genommen, versuchte man später, als die Verankerung des PCGK in den Satzungen und die Erfüllung entsprechender Berichtspflichten eingefordert wurden, schnell die

formalen Anforderungen zu erfüllen ohne jedoch eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Leitbild des PCGK und seine Anwendung im Wissenschaftsbereich zu wagen. Hier hat sich die bereits oben konstatierte Verunsicherung im Umgang mit der Privatrechtsform besonders deutlich gezeigt. Die Folge war, dass relativ undifferenziert die Berichtspflichten des PCGK in die Satzungen einiger Helmholtz Einrichtungen aufgenommen wurden, die keine Kapitalgesellschaften, ggf. nicht einmal privatrechtlich organisiert sind.³¹ Bei anderen privatrechtlich organisierten Wissenschaftsorganisationen, wie der Max-Planck-Gesellschaft oder der Fraunhofer Gesellschaft, wurde das Thema dem Vernehmen nach überhaupt nicht diskutiert.

Die gründliche Auseinandersetzung mit dem PCGK, in dem das Rollenbild öffentlich-rechtlicher Gesellschafter in privatrechtlichen Gesellschaften idealtypisch dargestellt wird, wäre für den Wissenschaftsbereich eine Bereicherung. Dabei könnten einerseits die möglichen Gestaltungsfreiheiten bei der Gründung und Steuerung von privatrechtlichen Einrichtungen ausgelotet werden, die von der öffentlichen Hand ins Leben gerufen werden. Andererseits müssten spezifisch für Wissenschaftseinrichtungen die Gestaltungsanforderungen konkretisiert werden, die aus der Wissenschaftsfreiheit resultieren. Sie setzen den privatrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten Grenzen. In diesem Dialog ist zu konkretisieren, wie eine privatrechtliche Governance-Struktur mit den Anforderungen an einen freiheitlichen Wissenschaftsbetrieb, wie er von Art. 5 III Satz 1 GG gefordert wird, in Einklang gebracht werden kann.

V. Zentrale Elemente der privatrechtlichen Governance von Wissenschaftseinrichtungen

Aus der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lassen sich für diese Fragestellung einige Grundelemente ableiten. In dem Beschluss vom 20. Juli 2010 zum Hamburgischen Universitätsgesetz³² hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) die organisationsrechtlichen Anforderungen aus Art. 5 III Satz 1 GG weiterentwickelt. Sie beziehen sich im konkreten Fall auf die direkte gesetzgeberische Gestaltung des öffentlich-rechtlichen Hochschulbereichs. Das Gericht gesteht der öffentlichen Hand eine große Gestaltungsfreiheit zu, die auch die privatrechtliche Ausgestaltung von Wissenschaftseinrichtungen umfasst. Die Bindung an den orga-

30 Überblick auch bei *Horváth*, Strategie, Steuerung und Governance außeruniversitärer Forschungseinrichtungen, ZfB Sonderausgabe 1/2013, 17.

31 Z.B. Satzung des Helmholtz Zentrum Potsdam – Deutsches Geo-

Forschungszentrum GFZ, Stiftung des öffentlichen Rechts.

32 BVerfG, 1 BvR 748/06, Beschluss 20.7.2010; siehe dazu auch die zustimmenden Besprechungen von *Gärditz*, JZ 2011, 314 ff. und von *Hufen*, JuS 2011, 1052, kritisch *Sieweke*, DÖV 2011, 472 ff.

nisationsrechtlichen Gehalt von Art. 5 III Satz 1 GG als wertentscheidender Grundsatznorm der Verfassung besteht für die öffentliche Hand aber auch im privatrechtlichen Bereich. Die wissenschaftsadäquate Ausgestaltung der Governance muss in jedem Fall gewährleistet sein. Es kann an dieser Stelle nicht im Einzelnen untersucht werden, in welcher Weise die für den Hochschulbereich geltenden Grundsätze auf privatrechtliche Wissenschaftseinrichtungen übertragbar sind und in wie weit sie den veränderten Rahmenbedingungen angepasst werden müssen. Hier sollen abschließend nur einige Elemente der privatrechtlichen Organisationsform angesprochen werden, die bei der wissenschaftsadäquaten Ausgestaltung zentrale Bedeutung haben. Ihre Ausbalancierung ist entscheidend, um einerseits die unternehmerische Handlungsmöglichkeit der Organisation zur Geltung kommen zu lassen und andererseits die sich aus der Wissenschaftsfreiheit ergebenden Beteiligungsrechte der Wissenschaftler zu gewährleisten.

1. Das Exekutivorgan

Aufgaben- und missionsgetriebene Wissenschaftsorganisationen benötigen ein entscheidungs- und handlungsfähiges Exekutivorgan. Dieses Organ, in der Regel ein Kollegialorgan mit mehreren Mitgliedern, hat die Funktion, die Strategie der Organisation auszuarbeiten und umzusetzen. Daran werden die Mitglieder des Exekutivorgans gemessen und tragen für Erfolge und Misserfolge die Verantwortung. In den privatrechtlichen Organisationsformen können die Ausgestaltung der Handlungsfreiheit, das persönliche Risiko und die haftungsrechtliche Situation der handelnden Personen maßgeschneidert für die jeweilige Organisation ausgearbeitet werden.

Allerdings sollten auch innerhalb des Privatrechts die Charakteristiken der unterschiedlichen Rechtsformen beachtet werden. Nicht immer bietet z. B. die einfach zu realisierende Rechtsform des eingetragenen Vereins die geeignete Struktur für eine neue Wissenschaftsorganisation. Beim Verein ist der Vorstand von der Meinungsbildung der Vereinsmitglieder abhängig. Sind die Interessen der Mitglieder nicht homogen oder sogar gegenläufig, kann es zu lähmenden Konfliktlagen kommen. Es sollte daher gut überlegt werden, ob diese Rechtsform für eher projektartige Forschungsvorhaben, bei denen

Investitions- und Zeitpläne eingehalten werden müssen, wirklich geeignet sind.

2. Das Aufsichtsorgan

Einem handlungsfähigen Exekutivorgan sollte immer ein qualifiziertes Aufsichtsorgan zur Seite gestellt werden. Dabei ist zu beachten, dass sich das Verständnis von Aufsicht in öffentlich-rechtlich und privatrechtlich geprägten Organisationen grundlegend unterscheidet. Die klar definierten Rollen der Fach- und Rechtsaufsicht im öffentlich-rechtlichen Bereich sind mit dem modernen Rollenverständnis von Aufsichtsräten in privatrechtlichen Organisationen nicht kompatibel. Letzteres ist im PCGK anschaulich beschrieben. Die Rolle des Aufsichtsgremiums erschöpft sich eben nicht in einer Kontrollfunktion wie bei der Rechtsaufsicht, sondern sieht das Gremium in einer aktiven Verantwortung für die Entwicklung der Organisation, als moderierendes und ausgleichendes Element gegenüber dem im Tagesgeschäft gefangenen Exekutivorgan. Die Chancen, die sich mit diesem Rollenverständnis verbinden, sind den Vertretern der öffentlichen Gesellschafter in den privatrechtlichen Wissenschaftseinrichtungen nicht immer präsent.³³

Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, über eine entsprechende Besetzung des Aufsichtsgremiums auch ein Element der Mitbestimmung in die Governance-Struktur einzuführen, indem z.B. unabhängige oder aus der Organisation benannte Wissenschaftler als Aufsichtsratsmitglieder die Entscheidungen des Exekutivorgans überwachen.³⁴

3. Beteiligung weiterer „Stakeholder“

Die Einbeziehung weiterer Interessensgruppen in die Beratungs- und Entscheidungsprozesse einer Wissenschaftseinrichtung, die in den Hochschulgesetzen z.B. durch die Etablierung von Hochschulräten Einzug gefunden hat, lässt sich in privatrechtlicher Form sehr einfach durch die Konstituierung von Beiräten oder Kuratorien erreichen. Ob das sinnvoll ist und solche Gremien einen Beitrag zur effektiven und effizienten Verfolgung der Mission leisten, muss im jeweiligen Einzelfall entschieden werden. Die Qualitätssicherung kann ggf. auch durch externe Evaluierungen erfolgen.

33 Über eine aktive Ausübung der Aufsichtsfunktion könnte z.B. die oben erwähnte zweite Governance-Ebene des Haushaltsrechts hinfällig werden und die immer wieder auftretenden Unstimmig-

keiten vermieden werden.

34 Von dieser Möglichkeit wird in vielen Wissenschaftseinrichtungen bereits Gebrauch gemacht.

4. Beteiligung der betroffenen Wissenschaftler und Gewährleistung der Wissenschaftsfreiheit

Die zentrale Frage bei der privatrechtlichen Organisation ist, wie weit betroffene Wissenschaftler in die Entscheidungsprozesse einbezogen werden müssen und was wissenschaftlicher Selbstverwaltung in diesem Kontext sowohl in materieller als auch prozessualer Hinsicht bedeutet. Nach den Ausführungen des BVerfG im Beschluss zum Hamburgischen Universitätsgesetz ist entscheidend, dass ein „hinreichendes Niveau der Partizipation der Grundrechtsträger“³⁵ gewährleistet ist. Ein starkes und entscheidungsbefugtes Leitungsorgan ist nicht von vorneherein durch die Wissenschaftsfreiheit ausgeschlossen. „Je stärker jedoch der Gesetzgeber das Leitungsorgan mit Kompetenzen ausstattet, desto stärker muss er im Gegenzug die direkten oder indirekten Mitwirkungs-, Einfluss-, Informations- und Kontrollrechte der Kollegialorgane ausgestalten, damit Gefahren für die Freiheit von Lehre und Forschung vermieden werden“.³⁶ Es darf nach den Worten des BVerfG nicht zu einer strukturellen Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit³⁷ kommen.

Eine im Sinne der Wissenschaftsfreiheit ausbalancierte Governance verlangt also nicht eine Beteiligung von Wissenschaftlern an allen Entscheidungen, schon gar nicht eine mehrheitliche Besetzung aller Entscheidungsorgane durch Wissenschaftler. Vielmehr muss ein ausgewogenes Gesamtgefüge³⁸ bestehen, das strukturell die Wissenschaftsfreiheit schützt. Um dies im Einzelfall zu beurteilen, müssen zutreffender Weise die Entscheidungsbefugnisse und -prozesse genau analysiert werden. Zwischen der Entscheidung selbst, der Mitbestimmung oder Mitwirkung bei dem Entscheidungsfindungsprozess und der Begleitung der Entscheidungsumsetzung sollte differenziert werden.³⁹ So dürfte es beispielsweise unter dem Gesichtspunkt der Wissenschaftsfreiheit nicht zu beanstanden sein, dass in der Helmholtz-Gemeinschaft die letzte Entscheidung über die Forschungsprogramme einem eher politisch besetzten Gremium zusteht, solange gewährleistet ist, dass der Prozess der Aufstellung und Evaluierung der Programme in der Hand der Wissenschaft liegt. Bei der Gestaltung der internen Governance gibt es durchaus verschiedene Optionen, eine angemessene strukturelle Beteiligung der Wissenschaft zu gewährleisten, ohne die Entscheidungs-

befugnisse und Verantwortlichkeiten des Exekutivorgans zu stark einzuschränken.⁴⁰ In formaler Hinsicht muss nicht jeder Entscheidungsprozess auf der Ebene der Satzung oder des Gesellschaftsvertrags festgeschrieben, sondern kann auch in Geschäftsordnungen verankert sein.

Auch inhaltlich müssen die Beteiligungserfordernisse der Wissenschaft konkretisiert werden. Nicht jede Entscheidung, die ein Exekutivorgan treffen muss, tangiert die Freiheit der wissenschaftlichen Arbeit. Für die Kernbereiche der Wissenschaftsfreiheit muss dagegen die Partizipation der Wissenschaft sichergestellt sein. Als solche können insbesondere bezeichnet werden:

- Die Festlegung der Forschungsinhalte, der wissenschaftlichen Vorgehensweise und der angewandten Methoden
- Die Entscheidung über die Veröffentlichung und Weitergabe von Forschungsergebnissen
- Die Beurteilung (Evaluation) von wissenschaftlichen Leistungen – auch und insbesondere, wenn die Beurteilung als Grundlage für Mittelzuweisungen dient.
- Die Auswahl der wissenschaftlichen Führungskräfte (Berufungsverfahren, Fachbereichsleitungen etc.)
- Die Auswahl und Ausgestaltung der Zusammenarbeit mit wissenschaftlichen Kooperationspartnern
- Die wissenschaftsadäquate Ausgestaltung von Anreiz- und Belohnungssystemen
- Die Verteilung und Zuweisung von Forschungsmitteln (Partizipation in Form von Beteiligungs- und Kontrollrechten)

VI. Fazit

Die Privatrechtsform bietet eine Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten für Wissenschaftseinrichtungen. Es eröffnen sich neue Perspektiven für Kooperationen und Verbünde auf nationaler und internationaler Ebene. Insbesondere können dem jeweiligen Einrichtungszweck angepasste Governance-Strukturen entwickelt werden. Allerdings müssen die Grenzen konkretisiert werden, die sich in organisatorischer Hinsicht aus der Wissenschaftsfreiheit ergeben. Es bleibt zu wünschen, dass sich Lehre und Praxis des Wissenschaftsrechts die-

35 BVerfG, aaO (Fn. 32), amtlicher Leitsatz und Rz 92.

36 BVerfG, aaO (Fn. 32), Rz 95.

37 Vgl. BVerfG, aaO (Fn. 32), Rz 90; siehe auch BVerfG, 26.10.2004, 1 BvR 911/00, BVerfGE 111, 333 (335).

38 Das Bundesverfassungsgericht stellt in seinem Beschluss zum Hamburgischen Hochschulgesetz auf das „hochschulorganisatori-

sche Gesamtgefüge“ ab (vgl. BVerfG, aaO (Fn. 32), Rz 129).

39 So auch *Zechlin*, Was ist gute Hochschulgovernance?, *Forschung & Lehre*, Ausgabe 7/14, 550.

40 Vgl. *Puchta*, aaO (Fn. 6), 109 ff, zur Einrichtung eines „Strategy Board“ 118; *Blum*, aaO (Fn. 22), 22 ff.

ser Fragen annehmen. Die Ergebnisse würden dem deutschen Wissenschaftssystem insgesamt zugutekommen und es in seiner Diversität stärken.

Der Autor ist Kaufmännischer Geschäftsführer des Helmholtz Zentrums München..

Andreas Schubert und Sarah Tarantino

Hochschullehrer im Personalvertretungsrecht*

ÜBERSICHT

I. Einbeziehung des wissenschaftlichen Personals in die Personalvertretungsgesetze

1. Allgemeines zum Personalvertretungsrecht
2. Personalvertretungsrecht im Hochschulbereich
3. Die Regelungen der Länder im Überblick
4. Bundeswehrhochschulen

II. Personalvertretungsrecht und Wissenschaftsfreiheit

1. Grundrechtlicher Schutz der Wissenschaftsfreiheit
 - a) Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer
 - b) Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit der Hochschulen
2. Beeinträchtigung der Wissenschaftsfreiheit durch das Personalvertretungsrecht
 - a) Personalvertretungsrecht als verfassungsimmanente Schranke?
 - b) Beteiligungsrechte der Personalvertretungen
 - aa) Personelle Beteiligungsrechte
 - bb) Soziale Beteiligungsrechte
 - cc) Wirtschaftliche und Organisatorische Beteiligungsrechte

III. Hochschullehrer in den einzelnen Personalvertretungsgesetzen

1. Die aktuelle Rechtslage
 - a) Personelle Beteiligungsrechte
 - b) Soziale Beteiligungsrechte
 - c) Wirtschaftliche und organisatorische Beteiligungsrechte
 - d) Der Wirtschaftsausschuss als Besonderheit im Personalvertretungsrecht
2. Sonderfälle
 - a) Bremen
 - b) Hamburg
 - c) BPersVG

IV. Fazit und Ausblick

Seit den achtziger Jahren ist die Stellung der Hochschullehrer in den Landespersonalvertretungsgesetzen nicht mehr tiefergehend diskutiert und aufgearbeitet worden.¹ Mit der Einführung von Wirtschaftsausschüssen u. a. im Rahmen der Novellierung des Landespersonalvertre-

tungsgesetzes in Baden-Württemberg,² ist es an der Zeit, die Stellung dieser Gruppe im Personalvertretungsrecht der Hochschulen erneut zu beleuchten, einen Überblick über die einzelnen Regelungen zu geben und verfassungsrechtlich bedenkliche Missstände aufzuzeigen.

Dieser Beitrag führt zunächst in die allgemeinen rechtlichen Strukturen der Personalvertretung im Hochschulbereich ein und gibt eine Übersicht über die einzelnen Regelungen im Hinblick auf die Stellung der Hochschullehrer.

Im zweiten Teil wird die Problematik zwischen Personalvertretungsrecht und Wissenschaftsfreiheit dargestellt und die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit einzelner Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte gestellt.

Im dritten Teil werden die Regelungen der einzelnen Personalvertretungsgesetze im Hinblick auf die im zweiten Teil erörterten verfassungsrechtlichen Fragen untersucht.

I. Einbeziehung des wissenschaftlichen Personals in die Personalvertretungsgesetze

1. Allgemeines zum Personalvertretungsrecht

Die Befugnisse des für die Beschäftigten des öffentlichen Dienstes zuständigen Personalrates richten sich für den öffentlichen Dienst des Bundes nach den Vorschriften des BPersVG und für den öffentlichen Dienst der Bundesländer nach den Vorschriften der Landespersonalvertretungsgesetze. Der Bund hat gemäß Art. 73 Nr. 8 GG die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz in Bezug auf „die Rechtsverhältnisse der im Dienste des Bundes und der bundesunmittelbaren Körperschaften des öffentlichen Rechts stehenden Personen“. Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG verleiht dem Bund zudem die Kompetenz im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung „die Statusrechte und -pflichten der Beamten der Länder, Gemeinden und anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts sowie der Richter in den Ländern mit Aus-

* Wir danken Herrn *Fritz Pieper* für die Unterstützung bei der Erstellung dieses Aufsatzes.

1 Vgl. beispielhaft die beiden Tagungsbände: Personalvertretungsrecht an wissenschaftlichen Hochschulen unter Berücksichtigung der neuen Landespersonalvertretungsgesetze, Fortbildungsprogramm für die Wissenschaft Materialien Nr.27, Essen (1986) sowie Personalvertretungsrecht an wissenschaftlichen Hochschulen,

Fortbildungsprogramm für die Wissenschaftsverwaltung Materialien Nr. 7, Essen (1982).

2 Gesetz zur Änderung des Landespersonalvertretungsgesetzes, des Landesrichter- und Staatsanwaltsgesetzes und anderer Vorschriften Gbl. 2013, 329; allgemein hierzu: *Kutzki*, Das neue Landespersonalvertretungsgesetz in Baden-Württemberg (LPVG BW 2014), öAT 2014, 71.

nahme der Laufbahnen, Besoldung und Versorgung“ kraft Rechtsvorschrift zu regeln. Die diesbezüglich vom Bund verabschiedeten Regelungen finden sich in den §§ 94-109 BPersVG. Während die §§ 94-106 BPersVG Rahmenvorschriften für die Gesetzgebung der Länder enthalten, stellen §§ 107-109 BPersVG unmittelbar für die Länder geltende Vorschriften dar. Allerdings gelten die Vorschriften der §§ 94-109 BPersVG, welche auf der Fassung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 75 Abs. 1 Nr. 1 GG a.F.³ beruhen, nur noch gem. Art. 125a GG fort und die Länder können somit hiervon abweichende Regelungen treffen (vgl. Art. 125a Abs. 1 2 GG).⁴ Dies gilt jedoch nicht für die Vorschrift des § 108 BPersVG. Von ihr dürfen die Länder nicht abweichen, da sie auf der Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG beruht.⁵

Welches Personalvertretungsgesetz (Bund oder Land) im jeweiligen Fall anzuwenden ist, ist nach dem Träger der Dienststelle zu bestimmen, bei dem die Personalräte zu bilden sind.⁶

2. Personalvertretungsrecht im Hochschulbereich

Neben dem Verwaltungspersonal besteht das Personal einer Hochschule insbesondere aus der sie charakterisierenden Gruppe des wissenschaftlichen Personals. Diese lässt sich vornehmlich in Professoren, Juniorprofessoren und wissenschaftliche Mitarbeiter aufgliedern. Die meisten Personalvertretungsgesetze beschränken ihren Anwendungsbereich auf Teile des wissenschaftlichen Personals, zumindest die wissenschaftlichen Mitarbeiter. Für die ausgenommenen Beschäftigten bedeutet dies, dass ihnen weder das aktive noch das passive Wahlrecht hinsichtlich der in der Regel alle vier Jahre vom 1. März bis 31. Mai stattfindenden Personalratswahl⁷ zusteht. Sie haben weder die Möglichkeit, über die Zusammensetzung des Personalrats zu bestimmen, noch sich selbst zur Wahl zu stellen und aktiv an der Personalratsarbeit zu beteiligen. Der Personalrat ist bei allen diese Beschäftigten betreffenden Belange nicht zuständig.

Für Personengruppen, welche zu Hochschulen nicht in einem Dienst-, Beamten- oder Angestelltenverhältnis stehen, sondern wie beispielsweise Lehrbeauftragte als

selbstständige Mitarbeiter in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis mit dem Land⁸ tätig werden, erscheint eine Herausnahme aus den Personalvertretungsgesetzen sinnvoll,⁹ denn eine Eingliederung in die Dienststelle Hochschule ist in diesen Fällen nicht gegeben, so dass es auch an der Notwendigkeit einer Interessenvertretung durch den Personalrat an derselben fehlt.

Eine andere Ausgangslage besteht hingegen für die Hochschullehrer. Diese stellen eine tragende Säule und einen wesentlichen Bestandteil der Hochschulen dar und sind in die Verwaltungsabläufe derselben gänzlich integriert. Daher berühren die aus dem Personalvertretungsrecht resultierenden Befugnisse der Personalräte in vielen Bereichen zwangsläufig auch ihre Interessen. Dies gilt vor allem hinsichtlich der Kompetenzen, welche dem Personalrat in Bezug auf die Universität als Ganzes zukommen. Denn hiervon sind die Hochschullehrer in gleicher Weise betroffen wie die anderen Personalgruppen.

3. Die Regelungen der Länder im Überblick

Die meisten Personalvertretungsgesetze finden auf Hochschullehrer¹⁰ keine Anwendung.

§ 94 Abs. 1 Nr. 1 PersVG Baden-Württemberg; Art 4 Abs. 4 a PersVG Bayern iVm Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 BayHSchPG; § 3 Abs. 2 Nr. 1a PersVG Berlin; § 90 Abs. 1 Nr. 1 PersVG Brandenburg; § 97 Abs. 1 PersVG Hessen; § 76 Abs. 1 PersVG Mecklenburg-Vorpommern; § 105 Abs. 1 Nr. 1 PersVG Niedersachsen; § 5 Abs. 4a PersVG Nordrhein-Westfalen; § 98 PersVG Rheinland-Pfalz; § 97 iVm § 4 PersVG Saarland; § 4 Abs. 4 Nr. 4 PersVG Sachsen; § 99 Abs. 1 Nr. 1 PersVG Sachsen-Anhalt; § 77 Abs. 1 MBG Schleswig-Holstein; § 88 Nr. 1 PersVG Thüringen

Selten bestehen für das übrige wissenschaftliche Personal, insbesondere die wissenschaftlichen Mitarbeiter, eigene Personalräte.

§ 90 Abs. 2 bis 6 PersVG Brandenburg; § 76 Abs. 2 PersVG Mecklenburg-Vorpommern

3 Aufgehoben durch Gesetz vom 28.8.2006, BGBl. I 2034.

4 HM vgl. mwN: Richardi/Dörner/Weber/Kersten, Personalvertretungsrecht, 4. Aufl. (2012), § 94, Rn.5.

5 Richardi/Dörner/Weber/Kersten, aaO (Fn. 4), § 108, Rn. 4; *Altwater*, Die Entwicklung der Landespersonalvertretungsgesetze im Jahr 2006, PersR 2007, 279, 280; a.A. Biermann/Kammradt, Föderalismusreform in Kraft, PersR 2006, 444, 446.

6 Vgl. § 12 BPersVG sowie beispielhaft § 14 Abs. 1 LPVG BW.

7 Vgl. § 27 Abs. 1 BPersVG. Näheres regeln die einzelnen Wahlordnungen der Länder.

8 Vgl. etwa für Baden-Württemberg § 56 Abs. 1 Landeshochschulgesetz BW; vgl. hierzu allgemein Hartmer/Detmer/Götting/Leuze, Hochschulrecht, Kap. XIII, Rn. 143 ff sowie *Hartmer*, Struktur des wissenschaftlichen Personals an Universitäten, Forschung&Lehre 10/10, 712.

9 Die Herausnahme dieser Gruppe ist in § 94 Abs. 1 LPVG BW explizit geregelt.

10 Zu den Hochschullehrern gehören gem. § 42 Hochschulrahmengesetz Professoren und Juniorprofessoren. Baden-Württemberg erfasst in § 44 Abs. 1 Nr. 1 LHG BW zudem Hochschuldozenten.

Die beiden „Hansestadtstaaten“ Bremen und Hamburg gehen im Personalvertretungsrecht hinsichtlich der Hochschullehrer einen eigenen Weg: Das Personalvertretungsgesetz Bremen verzichtet vollständig auf eine eigenständige Regelung hinsichtlich des Bereichs der Hochschulen. In Hamburg wählt das wissenschaftliche Personal bei der Universität und dem Universitätsklinikum Hamburg-Eppendorf einen eigenen Personalrat. Gem. § 12 Abs. 1 Hamburgisches Hochschulgesetz nehmen Professoren die ihrer Hochschule jeweils obliegenden Aufgaben in Wissenschaft, Forschung und Lehre selbstständig wahr und gehören somit zum wissenschaftlichen Personal. Folglich fallen sie in den Geltungsbereich des Hamburgischen Landespersonalvertretungsrechts.

4. Bundeswehrhochschulen

Zur deutschen Hochschullandschaft gehören auch die Universität der Bundeswehr München und die Helmut-Schmidt-Universität der Bundeswehr Hamburg.¹¹

Nach § 1 Abs. 1 S. 3 der Rahmenbestimmung für Struktur und Organisation der Universität der Bundeswehr München sowie § 1 Abs. 1 S. 1 der Rahmenbedingungen für Struktur und Organisation der Universität der Bundeswehr Hamburg ist die Bundesrepublik Träger dieser beiden Hochschulen. Für sie gilt das BPersVG. Die Hochschullehrer und das sonstige wissenschaftliche Personal sind gem. § 4 BPersVG zunächst nicht vom Anwendungsbereich ausgenommen und werden als „Beschäftigte“ definiert. Für sie gelten die allgemeinen Bestimmungen über Wahl, Zusammensetzung, Aufgaben und Beteiligung des Personalrats. Allerdings mit einer Ausnahme: § 77 Abs. 1 BPersVG bestimmt, dass bei Beschäftigten mit überwiegend wissenschaftlicher oder künstlerischer Tätigkeit der Personalrat nach §§ 75 Abs. 1 und 76 Abs. 1 BPersVG nur mitbestimmt, wenn sie es beantragen.¹² Dabei handelt es sich um die Personalangelegenheiten von Arbeitnehmern (§ 75 Abs. 1 BPersVG) bzw. Beamten (§ 76 Abs. 1 BPersVG). Die Beteiligung des Personalrats bei sozialen und innerdienstlichen Angelegenheiten des wissenschaftlichen Personals bleibt dagegen unberührt.

11 Allgemein zu den Bundeswehrhochschulen: *Weise*, Die Hochschulen der Bundeswehr als Körperschaften des öffentlichen Rechts, *WissR* 1978, 244.

12 Hierzu *Otto*, Personalvertretungsrechtlicher Tendenzschutz contra kollektiven Sozialschutz, in: *Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf zum 70. Geburtstag*, (1983), 529, 534 ff.

13 BVerfG 29.5.1973, 1 BvR 424/71, BVerfGE 35, 79.

14 BVerfG 29.5.1973, aaO (Fn. 13).

15 BVerfG 29.5.1973, aaO (Fn. 13).

16 BVerfG 29.5.1973, aaO (Fn. 13).

17 *Dreier/Britz*, Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. (2013), Band I,

II. Personalvertretungsrecht und Wissenschaftsfreiheit

1. Grundrechtlicher Schutz der Wissenschaftsfreiheit

Art. 5 Abs. 3 GG sichert die freie Ausübung von Wissenschaft, Forschung und Lehre. Schutzgut dieser drei – unter dem Oberbegriff „Wissenschaftsfreiheit“ zusammengefasst¹³ – Grundrechte ist zum einen die individuelle Garantie der freien wissenschaftlichen Betätigung und zum anderen die „Funktionsfähigkeit der Institution „freie Wissenschaft“ als solche.“¹⁴ Als Abwehrrecht schützt Art. 5 Abs. 3 GG in erster Linie vor „staatlicher Fremdbestimmung“ in einem „freien Bereich persönlicher und autonomer Verantwortung“.¹⁵ Die wissenschaftliche Betätigung soll bezüglich Fragestellung, Methodik wie auch Deutung, Bewertung und Veröffentlichung der Ergebnisse frei sein.¹⁶ Die Wissenschaftsfreiheit schützt auch negativ. Niemand kann verpflichtet werden, bestimmten Forschungs- und Lehrrichtungen nachzugehen.¹⁷

Die Wissenschaftsfreiheit ist vorbehaltlos gewährleistet. Begrenzungen erwachsen ihr somit einzig durch die Verfassung selbst (verfassungsimmanente Schranken).¹⁸

a) Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer

Eine Schlüsselfunktion für die Wissenschaftsfreiheit kommt den Wissenschaftlern an Hochschulen, insbesondere den Hochschullehrern, zu. „Kern der Wissenschaftsfreiheit ist für Hochschullehrer das Recht, ihr Fach in *Forschung und Lehre* zu vertreten.“¹⁹ Sie können ihre Forschungsvorhaben bezüglich Fragestellung, Methodik wie auch Deutung und Bewertung der Ergebnisse frei durchführen und publizieren. Hinzu kommt die Freiheit, Gegenstand, Form, Inhalt, Methode und Material für Lehrveranstaltungen nach eigenem Gutdünken zu wählen.²⁰ Beeinträchtigt wird die Wissenschaftsfreiheit durch jede obrigkeitliche direkte Steuerung.²¹ Auch hochschulinterne Politik kann so zu einer Beeinträchtigung von Art. 5 Abs. 3 GG führen.²² Maßstab muss bei hochschulinternen Entscheidungsprozessen

Art. 5 Abs. 3 Rn. 23.

18 *Dreier/Britz*, aaO (Fn. 17), Rn. 33.

19 BVerfG 29.5.1973, aaO (Fn. 13).

20 BVerfG 29.5.1973, aaO (Fn. 13).

21 Vgl. *Dreier/Pernice*, Grundgesetz Kommentar, aaO (Fn. 17), Art. 5 Abs. 3, Rn. 32.

22 Vgl. *Blankenagel*, Partizipation von Wissenschaftlern in der Wissenschaftspolitik, *KritV* 1989, 247, 256 ff; vgl. auch v. Mangoldt/Klein/Starck/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 5 Abs. 3, Rn. 413, welcher beispielhaft von der Universität eingesetzte Kommissionen und deren Entscheidungen aufführt.

sen stets Art. 5 Abs. 3 GG sein. Das BVerfG hat deutlich gemacht, dass der Hochschullehrer in der Ausübung des Kernbereichs des Art. 5 Abs. 3 GG²³ zwar frei sein muss.²⁴ Allerdings kann die freie *Lehre* aufgrund des Umstandes, dass verfassungsrechtlich eben nur das „Gebot der wissenschaftlichen, d.h. inhaltlich auf eigener Forschungstätigkeit beruhenden Lehre“,²⁵ vorausgesetzt ist, auch Einschränkungen, wie beispielsweise durch die „institutionelle Ausbildungsaufgabe der Universität“, erfahren.²⁶

b) Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit der Hochschulen

Hochschulen kommt in Bezug auf Art. 5 Abs. 3 GG eine Doppelfunktion zu. Durch sie kommt der Staat seiner verfassungsmäßigen Pflicht nach, die Ausübung freier Wissenschaft zu gewährleisten.²⁷ Daneben sind sie selbst Träger des Grundrechts. Damit gehören Hochschulen zu der „Ausnahmetrias“ der grundrechtsberechtigten juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Grundsätzlich können juristische Personen des öffentlichen Rechts bei der Ausübung ihrer öffentlichen Aufgaben keinen Grundrechtsschutz gegenüber dem Staat einfordern.²⁸ Hochschulen (wie auch Kirchen und Rundfunkanstalten) erfüllen jedoch nicht nur als „verlängerter Arm“ des Staates einen staatlichen Auftrag: Sie sind unmittelbar einem durch bestimmte Grundrechte geschützten Lebensbereich zugeordnet und damit als staatsferne Einrichtungen anzusehen, die selbst *originäre Grundrechtsträger* sind.²⁹ Daraus folgt, dass sie sich selbst auf die Wissenschaftsfreiheit berufen können und der Staat verpflichtet ist, ihre freie wissenschaftliche Betätigung zu schützen. Gleichzeitig bleiben sie als staatliche Einrichtungen Adressaten der Grundrechte.

Die Hochschulen bieten Wissenschaftlern eine Plattform, um zu forschen und zu lehren. Wie diese Plattform organisatorisch ausgestaltet ist und wer davon auf welche Art und Weise profitieren darf, ist Teil der Wissenschaftsfreiheit der Hochschule.³⁰ Zu dieser gehört die freie Entscheidung über organisatorische Angelegenheiten und insbesondere wissenschaftliche Personalangelegenheiten. Durch spezielle Personalentscheidungen und die wohlüberlegte Auswahl ihres wissenschaftlichen Per-

sonals können Hochschulen auf diese Weise ihr eigenes Forschungs- und Lehrprofil schaffen.

2. Beeinträchtigung der Wissenschaftsfreiheit durch das Personalvertretungsrecht

a) Personalvertretungsrecht als verfassungsimmanente Schranke?

Die vorbehaltlose Gewährung der Wissenschaftsfreiheit führt dazu, dass sie nur durch andere Grundrechte oder Rechte mit Verfassungsrang eingeschränkt werden kann. Das Personalvertretungsrecht kann sich zwar auf das Demokratie- und Sozialstaatsprinzip gem. Art. 20 Abs. 1 GG sowie die Grundrechte der Arbeitnehmer stützen.³¹ Das Grundgesetz gebietet aber nicht, Personalvertretungen zu schaffen – der Gesetzgeber könnte den Grundrechten der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes auch auf andere Weise Geltung verschaffen.³² Bei den Personalvertretungsgesetzen handelt es sich folglich nicht um Regelungen, die auf einer verfassungsimmanenten Schranke beruhen und deshalb die Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer und der Hochschulen begrenzen können. Nur wo das Personalvertretungsrecht dem Schutz der Grundrechte der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes dient, ist es dazu in der Lage.

b) Beteiligungsrechte der Personalvertretungen

Von einer Beeinträchtigung der Wissenschaftsfreiheit kann dann gesprochen werden, wenn das Personalvertretungsrecht durch die Beteiligungsrechte des Personalrats die Grundrechtsträger tatsächlich in ihren freien Entscheidungen bezüglich der Verwirklichung der Wissenschaftsfreiheit, beispielsweise durch Kontrolle oder Steuerung der wissenschaftlichen Tätigkeit, einschränkt.³³ Dabei muss zwischen den unterschiedlichen Beteiligungsmöglichkeiten unterschieden werden.

Ein schwaches Beteiligungsrecht, wie das *Informationsrecht* stellt noch keine Beeinträchtigung der Wissenschaftsfreiheit dar.³⁴ Der Hochschule steht es frei, die geplante Maßnahme durchzuführen, ohne dass der Personalrat diese als Informationsempfänger beeinflussen könnte.

23 Vgl. Dreier/Pernice, aaO (Fn. 17).

24 BVerfG 29.5.1973, aaO (Fn. 13).

25 So Maunz/Dürig/Scholz, Grundgesetz Kommentar, 70. Ergänzungslieferung 2013, Art. 5 Abs. 3, Rn. 173.

26 So Maunz/Dürig/Scholz, aaO (Fn. 25).

27 BVerfG 29.05.1973, aaO (Fn. 14).

28 BVerfG 2.5.1967, 1 BvR 578/63, BVerfGE 21, 362.

29 BVerfG 16.1.1963, 1 BvR 316/60, BVerfGE 15, 256, 262

30 Hartmer/Detmer/Kempen, aaO (Fn. 8), 10; Hartmer/Detmer/Löwisch/Wertheimer, aaO (Fn. 8), 511.

31 BVerfG 26.5.1970, 2 BvR 311/67, BVerfGE 28, 314, 323 und

27.3.1979, 2 BvL 2/77, BVerfGE 51, 43, 58; ausführlich Löwisch/Kaiser, Tendenzschutz in öffentlich-rechtlichen Bühnenunternehmen, 1996, 41 f, weiterführende Nachweise hierzu dort v.a. unter Fn 16.

32 BVerfG 26.5.1970 aaO (Fn. 31); vgl. auch Ossenbühl, Grenzen der Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, 1986, 35, der die Einführung der Mitbestimmung im öffentlichen Dienst als „politische Entscheidung des Gesetzgebers“ bezeichnet.

33 Vgl. Dreier/Pernice, aaO (Fn. 21), Rn. 32.

34 So zur Pressefreiheit BVerfG 6.11.1979, 1 BvR 81/76, AP Nr. 14 zu § 118 BetrVG 1972.

Differenzierter müssen *Anhörungs- und Beratungsrechte* beurteilt werden. Zwar ist auch bei diesen Beteiligungsrechten die Hochschulleitung nicht gehindert, die Maßnahme nach ihren Vorstellungen durchzuführen. Jedoch liegt der Sinn und Zweck von Anhörungs- und Beratungsrechten gerade darin, Einfluss auf die Entscheidungen des Arbeitgebers zu nehmen. Dies geht bei nicht wissenschaftsbezogenen Einwendungen des Personalrats noch an, nicht aber bei wissenschaftsbezogenen Einwendungen.³⁵ Denn die Beurteilung der wissenschaftsrelevanten Gesichtspunkte einer Maßnahme ist allein Sache der Träger der Wissenschaftsfreiheit selbst. Steht dem Personalrat eine Beteiligung im Sinne eines Anhörungs- und Beratungsrechts zu, so muss er auf die Geltendmachung von wissenschaftsbezogenen Gesichtspunkten verzichten.³⁶

Dies gilt ebenso für die *Mitwirkung*³⁷ und die *eingeschränkte Mitbestimmung*³⁸ des Personalrats. Bei der Mitwirkung soll die Erörterung der Entscheidung mit dem Ziel einer Verständigung geschehen. Kommt es zu keiner Einigung kann der Personalrat die übergeordnete Dienststelle, bei der eine Stufenvertretung besteht, einschalten. Diese erörtert die Frage mit der Stufenvertretung und trifft eine Entscheidung. Die Einigungsstelle kann nicht angerufen werden. Aufgrund seiner eingeschränkten Kompetenz scheidet eine Anrufung der obersten Dienstbehörde durch den Personalrat wegen wissenschaftlicher Differenzen aus.

Bei der eingeschränkten Mitbestimmung kann die Entscheidung nicht ohne die Zustimmung des Personalrats getroffen werden. Bei einer Nichteinigung kann die Einigungsstelle angerufen werden. In den Fällen der eingeschränkten Mitbestimmung hat die Einigungsstelle nur die Befugnis, Empfehlungen auszusprechen, denen die Hochschulleitung nicht folgen muss.³⁹ Besteht eine Nichteinigung bezüglich wissenschaftlicher Gesichtspunkten ist eine Einberufung der Einigungsstelle jedoch nicht möglich – über solche Aspekte dürfen eben nur die Träger der Wissenschaftsfreiheit entscheiden.

Bei *vollen Mitbestimmungsrechten* des Personalrats besteht kein Letztentscheidungsrecht der Hochschule mehr, denn ohne Zustimmung des Personalrats gibt es

keine Entscheidung. Diese Mitbestimmungsvariante stellt erst recht einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 GG dar, wenn sie wissenschaftsbezogenen Themen betrifft.

Daran kann auch ein *Evokationsrecht* der obersten Dienstbehörde⁴⁰ oder der Landesregierungen⁴¹ nichts ändern. Zwar kann die oberste Dienstbehörde oder die Landesregierung in diesen Fällen den Beschluss der Einigungsstelle aufheben und schlussendlich selbst entscheiden. Das Verfahren ist jedoch zeitintensiv: Beraten Hochschulleitung und Personalrat über ein Thema mit Wissenschaftsbezug ohne Ergebnis, wird die Einigungsstelle angerufen. Diese muss sodann eine Entscheidung fällen, mit welcher die Hochschulleitung nicht einverstanden ist. In diesem Fall schaltet sie die oberste Dienstbehörde bzw. die Landesregierung ein, welche die Entscheidung dann an sich ziehen kann. Im schlechtesten Fall können Monate bis zu einer endgültigen Entscheidung vergehen. Auch solche Verzögerungen stellen einen Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit der Grundrechtsträger dar.⁴²

aa) Personelle Beteiligungsrechte

Die verfassungsrechtlich geschützte Freiheit der wissenschaftlichen Betätigung führt dazu, dass dem Personalrat bei der Berufung und der Beschäftigung von Hochschullehrern und auch sonstigen Entscheidungen, die Forschung und Lehre betreffen, keine Kompetenzen zustehen dürfen.

Forschung und Lehre betreffen auch die personellen Angelegenheiten der wissenschaftlichen Mitarbeiter. Die Auswahl und Kündigung eines wissenschaftlichen Mitarbeiters gehört als „wissenschaftsrelevante Angelegenheit“⁴³ zur grundrechtlich geschützten Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer. Um seine Forschung sinnvoll durchzuführen, steht es dem Hochschullehrer zu, über Einsatz, Benutzung und Verwendung sachlicher und personeller Mittel unter wissenschaftlichen Aspekten allein zu entscheiden.⁴⁴ Der Hochschullehrer muss sich aufgrund dessen Qualifikation für einen bestimmten Mitarbeiter entscheiden können. Die Einstellung oder Kündigung muss allerdings auf wissenschaftlichen Gründen beruhen. Ist diese Voraussetzung gegeben, darf

35 BVerfG 6.11.1979, aaO (Fn. 34); Wehrisch, Die Beteiligungsrechte der Personalvertretung bei der Einstellung und Kündigung von wissenschaftlichen Mitarbeitern an Universitäten, (2003), 73 ff.

36 Pelzner, Wissenschaftsfreiheit und Mitbestimmung. Tendenzschutz in den Personalvertretungsgesetzen des Bundes und der Länder in: Festschrift für Rudolf Gmür (1983), 345, 350 f.

37 Dazu Wehrisch, aaO (Fn. 35); MüArbR/Germelmann, § 277 Rn. 6 ff.

38 Dazu MüArbR/Germelmann, aaO (Fn. 39), Rn. 12.

39 Dazu BVerfG 25.5.1995, 2 BvF 1/92, BVerfGE 93, 37 ff.

40 Beispielsweise § 71 Abs. 5 PersVG Hessen; § 75 Abs. 6 PersVG Rh-Pf.

41 Beispielsweise § 66 Abs. 7 iVm § 68 PersVG NRW; § 74 Abs. 2

PersVG BW.

42 Wehrisch, aaO (Fn. 35), 80 ff.

43 BVerfG 29.5.1973, aaO (Fn. 13); vgl. Buchner, Beteiligung der Personalvertretung im Personalbereich der Hochschulen, in: Personalvertretungsrecht an Wissenschaftlichen Hochschulen unter Berücksichtigung der neuen Landespersonalvertretungsgesetze, Fortbildungsprogramm für die Wissenschaft Materialien Nr.27, Essen (1986), 125, 146.

44 Ausführlich: Wehrisch, aaO (Fn. 35), 34 ff.

es keine Beteiligungsrechte geben, die auf eine Beeinflussung der Personalentscheidung des Hochschullehrers abzielen. Folglich darf die Personalratsbeteiligung nicht auf eine wissenschaftliche Bewertung der Entscheidung des Hochschullehrers hinauslaufen. Die Beteiligung kann sich nur auf nicht wissenschaftsrelevante Fragen der Einstellung oder Kündigung beziehen.⁴⁵ Ansonsten liegt ein Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit des Hochschullehrers vor.

Am Vorliegen eines Eingriffs ändert sich auch nichts, wenn die Beteiligung des Personalrats nur *auf Antrag* des betroffenen wissenschaftlichen Mitarbeiters erfolgt oder ein Personalrat beteiligt wird, der selbst nur *aus wissenschaftlichem Personal* besteht.

Bei der Beteiligung auf Antrag werden zwar die Interessen des wissenschaftlichen Mitarbeiters geschützt,⁴⁶ diese müssen aber hinter den Schutz der Wissenschaftsfreiheit des Hochschullehrers zurücktreten. Diese ist bei einer solchen Regelung genauso tangiert, wie bei einer allgemeinen Personalratsbeteiligung.⁴⁷

Praktisch wird die Mitbestimmung auf Antrag ohnehin nur bei der Kündigung eines wissenschaftlichen Mitarbeiters. Denn dieser wird gegen eine Einstellung im Regelfall nichts einzuwenden haben. Dies führt jedoch dazu, dass die Mitbestimmung auf Antrag zu einem Instrument wird, das lediglich dem wissenschaftlichen Mitarbeiter dient und die Wissenschaftsfreiheit des Hochschullehrers ins Leere laufen lässt.⁴⁸

Auch eine Beteiligung von Personalvertretungen, die aus wissenschaftlichen Mitarbeitern besteht, ändert nichts an dem Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit. Diese Personalvertretungen verfügten prinzipiell zwar über die wissenschaftliche Kompetenz zur Beurteilung von Entscheidungen der Hochschullehrer. Dass eine fachliche Kompetenz der Personalvertretung besteht, ändert nichts daran, dass nach Art. 5 Abs. 3 GG die Entscheidung über das wissenschaftliche Personal bei den Hochschullehrern liegt. Deren Freiheit würde ausgehöhlt, ließe man eine Mitbestimmung eines wissenschaftlichen Personalrats zu.

Folglich müssen personelle Angelegenheiten von wissenschaftlichen Mitarbeitern aus dem Anwendungsbereich der PersVG herausgenommen werden, da sonst ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer vorliegt.

bb) Soziale Beteiligungsrechte

Die Wissenschaftsfreiheit muss auch bei den sozialen Angelegenheiten einer Hochschule beachtet werden. Wegen Art. 5 Abs. 3 GG kann der Personalrat nicht hinsichtlich sozialer Angelegenheiten der Hochschullehrer mitwirken.

Ein Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer kann aber auch in Fällen gegeben sein, in welchen der Personalrat bei Arbeitszeitregelungen der wissenschaftlichen Mitarbeiter mitzubestimmen hat.⁴⁹ Denn hiermit können beispielsweise Forschungsvorhaben, die langwierige Versuchsreihen beinhalten und somit einen hohen Personalaufwand in zeitlicher Hinsicht erfordern, kollidieren.⁵⁰ Zwar darf der Schutzzweck der Beteiligung in Arbeitszeitangelegenheiten⁵¹ nicht unterlaufen werden, gleichwohl muss eine Beteiligung diesbezüglich in Forschungsangelegenheiten zurücktreten, sofern sie den Hochschullehrer in seiner, die Versuchsreihe betreffenden Planung beeinträchtigt.

Sind solche Versuche oder Forschungen langfristig geplant, ist eine Beteiligung des Personalrats bezüglich der Arbeitszeitregelung des benötigten wissenschaftlichen Personals unproblematisch. Solange sich die Einwendungen des Personalrats auf nichtwissenschaftliche Aspekte des Arbeitseinsatzes beziehen, kann die Wissenschaftsfreiheit des Hochschullehrers ausreichend durchgesetzt werden. Anders bei kurzfristigen und unvorhergesehenen Versuchen und Forschungsprojekten: Entsteht der Personalaufwand plötzlich und kann das Vorhaben nicht zeitlich verschoben werden, könnte eine unumgängliche Personalratsbeteiligung das Vorhaben scheitern lassen. Damit bestünde ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 GG.

45 Dies gilt dem BVerwG zufolge bereits für die Bestellung von studentischen Tutoren, BVerwG 18.3.1981, 6 P 17/79, PersV 1982, 280, 284 sowie der hierzu erfolgte Beschluss des BVerfG 24.3.1982, 1 BvR 941/81, PersV 1982, 284, unklar ist dieser jedoch hinsichtlich der Tatsache, dass er die Frage, ob die Auswahl von Tutoren Wissenschaftsrelevanz aufweist dahinstehen lässt.

46 So auch schon *Wahsner*, Zur Mitwirkung des Personalrats einer Universität bei der Einstellung und Entlassung wissenschaftlicher Mitarbeiter. Am Beispiel der Personalvertretungsgesetze der Länder Niedersachsen und Bremen in: *Recht im Amt* 1978, 141-147, 167-172; ebenso *Pelzner*, aaO (Fn. 36), 345, 351 f.

47 *Richardi*, Wissenschaftsfreiheit und personalvertretungsrecht-

liche Mitbestimmungsordnung in: Personalvertretungsrecht an wissenschaftlichen Hochschulen, Fortbildungsprogramm für die Wissenschaftsverwaltung Materialien Nr. 7 (1982), 34 ff.

48 So auch *Pelzner*, aaO (Fn. 36); *Walldorf*, Der Personalrat in der Universität, PersV 1980, 182, 188; in dieselbe Richtung tendierend *Buchner*, aaO (Fn. 43), 147 f.

49 Vgl. beispielhaft das in § 70 Abs.2 Nr.1-3 LPersVG BW geregelte Mitbestimmungsrecht.

50 Beispiel von *Hartmer/Detmer/Löwisch/Wertheimer*, aaO (Fn. 8), Rn. 364.

51 Hierzu *Richardi/Dörner/Weber/Kaiser*, Personalvertretungsrecht, 4. Aufl. (2012), § 75, Rn. 231 ff.

cc) Wirtschaftliche und organisatorische Beteiligungsrechte

Die Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer kann auch durch Mitbestimmungsrechte des Personalrats hinsichtlich wirtschaftlicher und organisatorischer⁵² Angelegenheiten betroffen sein. So können Raumbedarfsplanungen⁵³ oder Bauprojekte⁵⁴ einen Einfluss auf die wissenschaftliche Tätigkeit von Hochschullehrern haben, indem beispielsweise über die Größe oder Anzahl von Lehrstühlen, Laboren, Forschungsplätzen oder Bibliotheken entschieden wird. Auch im organisatorischen Bereich existieren solche Maßnahmen, wie beispielsweise die Gestaltung der Arbeitsplätze, Maßnahmen zur Erhöhung der Arbeitsleistung und Erleichterung des Arbeitsablaufs, Fort- und Weiterbildungsangebote, oder die Einführung von neuen Arbeitsmethoden.⁵⁵ Dies ist unproblematisch, solange dem Personalrat kein Einfluss auf Bereiche gestattet ist, die die Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer betreffen. Auswirkungen auf die freie Forschungs- und Lehrtätigkeit der Hochschullehrer müssen vermieden werden.

III. Hochschullehrer in den einzelnen Personalvertretungsgesetzen

1. Die aktuelle Rechtslage

a) Personelle Beteiligungsrechte

Die Personalvertretungsgesetze der meisten Bundesländer und das Bundespersonalvertretungsgesetz nehmen die Hochschullehrer gänzlich vom Anwendungsbereich aus.⁵⁶ Eine unmittelbare Beeinträchtigung der Wissenschaftsfreiheit ist somit ausgeschlossen. Eine Beeinträchtigung besteht jedoch, wenn die Hochschullehrer bei der Auswahl ihres wissenschaftlichen Personals, insbesondere ihrer wissenschaftlichen Mitarbeiter, eingeschränkt werden.

aa) Für die wissenschaftlichen Mitarbeiter besteht teilweise die Möglichkeit, den Personalrat bei personellen Angelegenheiten auf Antrag einzuschalten:

§ 94 Abs. 3 PersVG BW; § 81 S. 1, 2 LPersVG Rh-Pf; § 82 LPersVG Sachsen; § 68 Abs. 3 LPersVG Mecklenburg-Vorpommern; § 81 Abs. 2a PersVG Saarland; § 82 Abs. 1 PersVG Sachsen; § 88 Nr. 4 PersVG Thüringen für wissenschaftliche Mitarbeiter, die ganz oder teilweise aus Drittmitteln bezahlt werden

bb) Es existieren auch eigene Personalräte für das wissenschaftliche Personal:

§ 90 Abs. 2 bis 6 PersVG Brandenburg; § 76 Abs. 2 PersVG Mecklenburg-Vorpommern; § 105 Abs. 1 PersVG Niedersachsen; § 97 PersVG Saarland; § 77 Abs. 2 MBG Schleswig-Holstein

cc) Vereinzelt tritt anstelle der Mitbestimmung die Mitwirkung bei Angelegenheiten der wissenschaftlichen Mitarbeiter:

§ 94 Abs. 3 PersVG BW (in Verbindung mit Antragserfordernis); § 89 Abs. 1 PersVG Berlin

dd) Der Personalrat kann auch alle Befugnisse in Bezug auf wissenschaftliche Mitarbeiter haben:

§ 99 Abs. 2 Nr. 1 PersVG Sachsen-Anhalt bezieht sich nur auf wissenschaftliche Mitarbeiter, die ganz oder teilweise aus Drittmitteln bezahlt werden; § 88 Abs. 3 PersVG Thüringen, wenn fünf vom Hundert der akademischen Mitarbeiter die Beteiligung an der Personalvertretung beantragen

Alle diese Regelungen widersprechen jedoch der durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützten freien Personalentscheidung des Hochschullehrers und sind somit verfassungswidrig.⁵⁷

b) Soziale Beteiligungsrechte

Die Herausnahme der Hochschullehrer aus den meisten Personalvertretungsgesetzen führt dazu, dass den Personalvertretungen keine Beteiligungsrechte bei den sozialen Belangen der Hochschullehrer zustehen. Eine Beeinträchtigung der Wissenschaftsfreiheit wird so ausgeschlossen. Analog zu den personellen Angelegenheiten können aber Beteiligungsrechte, die dem Personalrat bezüglich des sonstigen wissenschaftlichen Personals zustehen, Auswirkungen auf die Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer haben. Eindeutig sind diese Auswirkungen bei Forschungsvorhaben, die unvorhergesehen und spontan einen besonderen Personalaufwand benötigen. Aus diesem Grund formuliert der Großteil der Personalvertretungsgesetze für diese Fälle Ausnahmen:

52 Die Bezeichnung von organisatorischen Maßnahmen in den PersVG ist uneinheitlich. Teilweise werden organisatorische Maßnahmen als soziale Maßnahmen bezeichnet.

53 Beispielsweise in Baden-Württemberg § 82 Abs. 1 Nr. 3 LPVG.

54 Beispielsweise in Baden-Württemberg § 82 Abs. 1 Nr. 4 LPVG.

55 Aufzählung bei Pelzner, aaO (Fn. 36), 354.

56 Vgl. die Auflistung unter I. 3.

57 Siehe oben: II. 2. b) aa).

§ 75 Abs. 4 BPersVG; § 70 Abs. 3 PersVG BW; § 75 Abs. 4 S. 2 PersVG Bayern; § 66 Nr. 2 PersVG Brandenburg; § 87 Abs. 1 Nr. 1 HmbPersVG; § 74 Abs. 3 PersVG Hessen; § 70 Abs. 1 Nr. 7 PersVG Mecklenburg-Vorpommern; § 66 Abs. 1 Nr. 1a PersVG Niedersachsen; § 72 Abs. 4 Nr. 2 PersVG NRW; § 80 Abs. 2 Nr. 6 und Abs. 3 PersVG RhPf; § 78 Abs. 2 PersVG Saarland; § 81 Abs. 3 PersVG Sachsen; § 65 Abs. 2 PersVG Sachsen-Anhalt; § 74 Abs. 3 PersVG Thüringen

In Berlin gibt es zwar eine Sonderregelung, vgl. § 85 Abs. 1 S. 2 PersVG Berlin. Diese gilt jedoch nur für bestimmte Personengruppen, unter die das wissenschaftliche Personal nicht fällt. Dies verstößt gegen Art. 5 Abs. 3 GG. Die Regelung des Berliner Personalvertretungsgesetzes ist verfassungswidrig. Selbiges gilt für § 51 MBG Schleswig-Holstein, welcher ebenfalls keine Ausnahmeregelung in Sonderfällen vorsieht.

c) Wirtschaftliche und organisatorische Beteiligungsrechte

Alle Personalvertretungsgesetze räumen dem Personalrat Beteiligungsrechte bei der Auflösung, Einschränkung, Verlegung oder Zusammenlegung von Dienststellen oder wesentlichen Teilen von Dienststellen, der Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden oder der Gestaltung der Arbeitsplätze und ähnlicher Maßnahmen ein:

§§ 78 Abs. 1 Nr. 2; 76 Abs. 2 Nr. 7; 75 Abs. 3 Nr. 16 BPersVG; §§ 76 Abs. 1 Nr. 2, 71 Abs. 3 Nr. 12, 15, 17 PersVG BW; Art. 76 Abs. 2 PersVG Nr. 1, 3, 4 Bayern; §§ 68 Abs. 2 Nr. 1, 65 Nr. 4; 66 Nr. 16 PersVG Brandenburg; §§ 88 Abs. 2 Nr. 30, 31, 87 Abs. 1 Nr. 4 HmbPersVG; §§ 81 Abs. 1 und 2, 74 Abs. 1 Nr. 16 PersVG Hessen; § 70 Abs. 1 Nr. 3, 9, 11 PersVG Mecklenburg-Vorpommern; §§ 75 Abs. 1 Nr. 13, 67 Nr. 3, 6 PersVG Niedersachsen; §§ 73 Nr. 3, 72 Abs. 3 Nr. 3, Abs. 4 Nr. 10 PersVG NRW; § 80 Abs. 1 Nr. 67, Abs. 2 Nr. 1, 12 PersVG RhPf; §§ 83 Abs. 1 Nr. 9, 78 Abs. 1 Nr. 10, 11 PersVG Saarland; §§ 77 Abs. 1 Nr. 2, 80 Abs. 2 Nr. 7, 81 Abs. 2 Nr. 11 PersVG Sachsen; § 69 Nr. 3, 8 PersVG Sachsen-Anhalt; § 51 Abs. 1 MBG Schleswig-Holstein; §§ 75 Abs. 3 Nr. 9, 11, 74 Abs. 2 Nr. 9 Thüringen

Die Regelungen zu diesen und ähnlichen Maßnahmen sind solange unproblematisch, wie dadurch kein Einfluss auf die Wissenschaftsfreiheit genommen werden kann.

Einige Personalvertretungsgesetze räumen dem Personalrat weitergehende Beteiligungsrechte ein, die die allgemeinen Verhältnisse der Hochschulen betreffen:

§ 82 Abs. 1 Nrn. 3, 4 und 6 PersVG BW: Anhörungsrechte im Bereich Raumbedarfsanforderungen für Neu-, Um- und Erweiterungsbauten von Diensträumen, bei Bauplanungsprojekten und Anmietungen sowie bei der Festlegung von Verfahren und Methoden von Wirtschaftlichkeits- und Organisationsuntersuchungen; § 73 I PersVG Berlin; § 81 Abs. 1 PersVG Hessen; Informationsrecht, dass die „Personalvertretung über die Wirtschaftsplanung zu unterrichten“ ist; § 63 PersVG NRW: Anhörungsrecht über die wirtschaftliche Entwicklung der Dienststelle; § 80 Abs. 2 Nr. 14 PersVG Rh-Pf: Mitbestimmung bei der Festlegung von Verfahren und Methoden von Wirtschaftlichkeits- und Organisationsprüfungen

Ein reines Informationsrecht über wirtschaftliche Angelegenheiten beschränkt die Wissenschaftsfreiheit noch nicht. Anhörungsrechte können die Entscheidung der Hochschule jedoch beeinflussen.⁵⁸ Raumplanungen und Bauvorhaben haben eben auch Bedeutung für die Situation der Hochschullehrer. Wird bei einem Neubau von Seminargebäuden, an welchen auch die Lehrstühle der Hochschullehrer angesiedelt sind, entschieden, ob und in welchem Umfang sich die Fläche der Räumlichkeiten und somit zwangsläufig auch die wissenschaftliche oder technische Ausstattung beim Neubau aus Kostengründen reduziert werden soll, so betrifft dies die Wissenschaftsfreiheit des Hochschullehrers. Ohne eine Sicherung des Einflusses der Hochschullehrer in diesen Bereichen sind solche Regelungen verfassungswidrig.

d) Der Wirtschaftsausschuss als Besonderheit im Personalvertretungsrecht

aa) Eine Besonderheit im Rahmen der Beteiligungsrechte in wirtschaftlichen Angelegenheiten stellen die Wirtschaftsausschüsse dar. Die Personalvertretungsgesetze der Länder Baden-Württemberg, Hamburg und Nordrhein-Westfalen sehen derartige Ausschüsse vor:

§ 68b PersVG BW; § 79 HmbPersVG; §§ 65a iVm 105b PersVG NRW

Die Regelung des § 65a PersVG NRW gibt dem Personalrat einer Dienststelle ab einer Größe von in der Regel mehr als einhundert ständig Beschäftigten die Möglichkeit, den Antrag auf Einrichtung eines Wirtschaftsausschusses zu stellen. § 105b PersVG NRW bezieht in den Anwendungsbereich dieser Regelung explizit die Hochschulen mit ein.

Ähnlich ist die Lage in Baden-Württemberg. Hier kann in Dienststellen ab einer Größe der Personalvertre-

58 Zu beidem siehe oben: II. 2. b).

tung von mindestens sieben Mitgliedern ein Antrag gestellt werden. Eine weitergehende Abgrenzung des Anwendungsbereiches wird durch das PersVG BW nicht vorgenommen. Damit sind auch in BW die Hochschulen erfasst.

In Hamburg wurde im Rahmen der Novellierung des HmbPersVG zwar ebenfalls seitens des DGB gefordert, dass von der Neufassung der Regelung des § 79 HmbPersVG, welcher in der nun gültige Fassung die Möglichkeit der Bildung von Wirtschaftsausschüssen bei wirtschaftlich tätigen öffentlichen Unternehmen vorsieht, auch Hochschulen erfasst werden sollen. Dies wurde letztlich jedoch nicht umgesetzt.⁵⁹

bb) Die Bedeutung bzw. das Stimmgewicht des Wirtschaftsausschusses geht weit über das hinaus, was bislang an Beteiligungsrechten in wirtschaftlichen Angelegenheiten vorhanden war. In Baden-Württemberg gab es lediglich das in § 80 Abs. 3 Nr. 8, 9 LPersVG BW a.F. (jetzt § 82 Abs. 3 Nr. 6, 7) normierte Anhörungsrecht. Der Wortlaut des § 68b PersVG BW („beraten“) und ein Blick in die zugehörigen Gesetzesmaterialien zeigen jedoch die weitergehende Befugnis des Wirtschaftsausschusses: Wirtschaftsausschüsse sollen als „Schnittstelle zwischen Dienststelle (Hochschule) und Personalvertretung“⁶⁰ i.S.e. „Beratungs- und Informationsgremiums“⁶¹ bei wirtschaftlichen Zusammenhängen fungieren, Informationen prüfen und Risiken aufzeigen.⁶² Die Mitglieder eines Wirtschaftsausschusses haben so – wenn auch „nur“ in Form eines Beratungsrechts – Einwirkungsmöglichkeiten auf Entscheidungsprozesse der Dienststelle.⁶³ Doch bereits ein solches ist verfassungsrechtlich höchst bedenklich.⁶⁴

Beteiligt sich beispielsweise ein Wirtschaftsausschuss im Rahmen der Planung eines Neubaus einer Universitätsbibliothek und der damit verbundenen Verlegung sowie räumlichen Veränderung von Lehrstühlen („beabsichtigte Investitionen“ und „Verlegung von Dienststellen“, vgl.: § 68b Abs. 3 Nr. 3, 9 PersVG BW, § 65a Abs. 3 Nr. 3, 9 PersVG NRW), liegt die wissenschaftliche Relevanz auf der Hand.

cc) Wird ein Wirtschaftsausschuss nicht installiert, so stellt sich die Problematik um die Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer nicht. Wird jedoch seitens des Personalrats der Antrag auf Einrichtung eines Wirtschaftsausschusses gestellt, so schließt sich zwingend die Frage an, wie und ob die Institution des Wirtschaftsausschusses in Einklang mit Art. 5 Abs. 3 GG zu bringen ist.

Dies kann, angelehnt an die Grundsätze des Urteils des Bundesverfassungsgericht zu den Gruppenuniversitäten,⁶⁵ nur dann erreicht werden, wenn der Gruppe der Hochschullehrer ein maßgebender Einfluss bezüglich Forschung und Lehre betreffender Entscheidungen verbleibt. Das gilt nicht nur für die Selbstverwaltungsorgane der Hochschule, auf die sich das Urteil bezieht, sondern auch für die personalvertretungsrechtliche Mitbestimmung.⁶⁶ „Strukturen, in denen wissenschaftsrelevante Entscheidungen getroffen werden“ müssen „wissenschaftsadäquat sein [...], was im Kern bedeutet, dass über Wissenschaft nicht ohne Wissenschaft entschieden werden darf.“⁶⁷ Die Schutzfunktion des Art. 5 Abs. 3 GG verlangt folglich im Rahmen der Beteiligung des Wirtschaftsausschusses entweder eine strenge Differenzierung zwischen wissenschaftlichen Themen und wissenschaftlich nicht relevanten Themen, oder aber die Einbeziehung von Hochschullehrern in die Wirtschaftsausschüsse.⁶⁸

Letztere Vorgehensweise wirft weiter die Frage auf, wie ein solcher Wirtschaftsausschuss in seiner Zusammensetzung überhaupt wissenschaftsadäquat besetzt werden kann. Sowohl § 65a Abs. 4 PersVG NRW als auch § 68b Abs. 4 PersVG BW schreiben vor, dass der Wirtschaftsausschuss aus mindestens drei und höchstens sieben Mitgliedern bestehen muss, die der Dienststelle angehören. Zudem muss mindestens ein Mitglied Teil der Personalvertretung sein. Zur wissenschaftsadäquaten Besetzung kommen zwei Wege in Betracht. Einerseits könnte man eine gewisse Art von Argumentationseinfluss der Hochschullehrer auf die Entscheidungsfindung des Wirtschaftsausschusses als ausreichend erachten. Dann genügte es, wenn die Hochschullehrer überhaupt vertreten wären. Andererseits genügt dies unter Heran-

59 Vgl. Drs. 20/10838 der Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg. Der DGB begründete seine Forderung damit, dass auch Hochschulen „im Rahmen von Zielvereinbarungen und Budgets wirtschaftlich selbstständig handeln“.

60 Drs. 15/4224 des Landtages Baden-Württemberg, 131; im Ministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen als „Hilfsorgan des Personalrates“ bezeichnet, der mit der Dienststelle über deren wirtschaftliche Angelegenheiten berät, MBl. NRW 2013 Nr. 8, 119 f.

61 Drs. 15/4224 des Landtages Baden-Württemberg, aaO (Fn. 60); vgl. auch MBl. NRW 2013 aaO (Fn. 60).

62 Drs. 15/4224 des Landtages Baden-Württemberg, aaO (Fn. 60).

63 Drs. 15/4224 des Landtages Baden-Württemberg, aaO (Fn. 60).

64 Siehe oben II. 2. b).

65 *Richardi*, aaO (Fn. 47), 18 f.

66 BVerfG 29.5.1973, aaO (Fn. 13).

67 Merten/Papier/Löwer, Handbuch der Grundrechte, 2011, Band IV, § 99, Rn. 36.

68 So auch *Löwisch*, Freiheit und Gleichheit der Wahl zum Betriebsrat und Personalrat, BB 2014, 117, 121.

ziehung des Hochschulurteils,⁶⁹ welches zur ausreichenden Würdigung der Wissenschaftsfreiheit in Forschung und Lehre voraussetzt, dass der „Gruppe der Hochschullehrer der ihrer besonderen Stellung entsprechende maßgebende Einfluss verbleibt“,⁷⁰ jedoch gerade nicht. Art. 5 Abs. 3 GG kann einzig und allein im Rahmen einer paritätische Besetzung des Wirtschaftsausschusses mit Hochschullehrern ausreichend Rechnung getragen werden.

dd) Zudem stellt sich im Hinblick auf die Wirtschaftsausschüsse die Frage, ob die Wissenschaftsfreiheit der Hochschule der Einrichtung eines solchen Gremiums entgegensteht.

*Löwisch/Mandler*⁷¹ bejahen dies mit dem Argument, dass die in § 68b Abs. 3 PersVG BW genannten Angelegenheiten „in den Hochschulen mit der wissenschaftlichen Tätigkeit untrennbar verknüpft“ seien. Die Vorschrift in Baden-Württemberg (so auch die in Nordrhein-Westfalen) sei insofern als Soll-Vorschrift ausgestaltet, die eine Abweichung in atypischen Fällen zulasse. Ein solcher liege eben gerade in der Natur der Hochschulen als Tendenzträger, so dass diese eine Ausnahme von der Bildung eines Wirtschaftsausschusses dann machen können, sofern die Nichterrichtung begründet und ermessensfehlerfrei sei.

Andererseits ist auch offensichtlich, dass die Hochschule als Verwaltungseinheit zwar überwiegend, aber eben nicht nur wissenschaftlich relevante Entscheidungen trifft. Äußerst fraglich ist, ob beispielsweise der Neubau eines Parkhauses oder die Einführung von institutensübergreifenden, teuren, lizenzgebundenen Softwareprogrammen zur Abwicklung von Abrechnungsvorgängen als „beabsichtigte Investition“ iSd § 68b Nr. 3 PersVG BW ebenfalls als wissenschaftsrelevant eingestuft werden kann.

ee) Unabhängig von dieser komplexen Problematik muss mit Bezug auf die Hochschullehrer festgehalten werden, dass, sofern ein Wirtschaftsausschuss installiert wird, dessen Befugnisse als Beratungsgremium dort enden, wo a) die Wissenschaftsfreiheit der Hochschule oder b) die Wissenschaftsfreiheit des Hochschullehrers ihnen Grenzen setzt. Dies gilt vor allen Dingen so lange,

wie Hochschullehrer nicht im Wirtschaftsausschuss ausreichend vertreten sind.

Bei den Themen, die nicht wissenschaftsrelevant sind, stünde einer Beteiligung jedoch nichts entgegen.

Insofern stellt sich allerdings die Frage, ob die Befugnisse des Wirtschaftsausschusses dann nicht nahezu auf Null reduziert würden. Denn wie *Löwisch/Mandler*⁷² richtig formulieren, gibt es (aber eben nur) kaum einen Bereich, der nicht die Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer oder Hochschulen tangiert.

ff) Einen interessanten Ansatz im Rahmen von Mitwirkung seitens der Hochschullehrer in wirtschaftlichen Angelegenheiten liefert die Ludwigs-Maximilians-Universität München,⁷³ welche kraft Satzungsautonomie⁷⁴ einen, begrifflich an das Konzernrecht angelehnten *Strategieausschuss* eingerichtet hat. Dieser berät die Hochschulleitung in Haushaltsfragen und ist in überwiegender Zahl mit Hochschullehrern besetzt. Das Problem ist jedoch, dass diese Institution so lange ein Placebo bleibt, wie sie nicht die gleichen Befugnisse wie der Personalrat oder der Wirtschaftsausschuss erhält. Zudem ändert sich an der Verfassungswidrigkeit etwaiger Mitbestimmungstatbestände in wirtschaftlichen Angelegenheiten auch hierdurch nichts.

Schriebe man jedoch in den Personalvertretungsgesetzen ein derartiges Gremium für Hochschulen mit den entsprechenden Befugnissen vor, so ersparten sich die obigen Überlegungen.

2. Sonderfälle

a) Bremen

In Bremen wird auf eine generelle Regelung für Hochschullehrer gänzlich verzichtet. Der Anwendungsbereich der Mitbestimmung der Bremischen Personalvertretungsorgane erstreckt sich gem. § 52 Abs. 1 BremPersVG auf „alle in der Dienststelle weisungsgebunden tätigen Personen in allen sozialen, personellen und organisatorischen Angelegenheiten“. Eine weitergehende positive, wie negative Abgrenzung zum Tatbestand der weisungsgebundenen Personen findet sich weder in den allgemeinen Vorschriften noch in den sonstigen Abschnitten des Gesetzes.

69 BVerfG 29.5.1973, aaO (Fn. 13), Leitsätze Nr. 8 b) und c).

70 BVerfG 29.5.1973, aaO (Fn. 13).

71 *Löwisch/Mandler*, Wirtschaftsausschüsse bei Hochschulen und Universitätskliniken?, OdW 2/2014, 75, 77.

72 *Löwisch/Mandler*, aaO (Fn. 71).

73 <http://www.stuve.uni-muenchen.de/stuve/gremien/strategieausschuss/index.html> (4.12.2014).

74 Hierzu allgemein Hartmer/Detmer/*Kempfen*, aaO (Fn. 8), Rn. 118 ff.

Aufgrund des Umstandes, dass Hochschullehrer entweder Beamte oder Arbeitnehmer sind,⁷⁵ bedeutet dies, dass auch sie vom Anwendungsbereich des BremPersVG umfasst sind. Hierfür spricht auch, dass unter den allgemeinen Geltungsbereich des BremPersVG gem. § 1 alle „sonstigen nicht bundesunmittelbaren Körperschaften (...) des Landes Bremen“, mithin die Hochschulen und deren Bedienstete gem. § 3 BremPersVG fallen.

Da die Hochschullehrer somit vom Anwendungsbereich des BremPersVG erfasst sind,⁷⁶ ist nach dem oben Gesagten ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 GG offensichtlich.⁷⁷

Daran kann auch der Umstand nichts ändern, dass sich die Weisungsgebundenheit i.S.d. § 52 Abs. 1 BremPersVG bei Hochschullehrern nicht auf die ihnen durch Forschung und Lehre obliegenden wissenschaftlichen Aufgaben in seinem Fach erstrecken kann.⁷⁸ Der Hochschullehrer unterfällt dem Anwendungsbereich des BremPersVG mangels anderweitiger differenzierender Regelung umfassend. Diese fehlende Unterscheidung des BremPersVG hat eine Verletzung der Wissenschaftsfreiheit zu Folge, welcher nur abgeholfen werden kann, wenn der Gesetzgeber hier tätig wird.

b) Hamburg

§ 11 Abs. 4 HmbPersVG schreibt vor:

„Bei der Universität und beim Universitätsklinikum Hamburg-Eppendorf wird je ein Personalrat gewählt für
1. wissenschaftliches Personal, (...)“

Dies bedeutet, dass ein eigenständiges Gremium⁷⁹ für die Belange des wissenschaftlichen Personals gebildet wird, welches sämtliche, sich aus dem HmbPersVG ergebenden Rechte, in kollektiven und individuellen Angelegenheiten dieser Personengruppe wahrnehmen kann. Ausnahmen formulieren lediglich § 89 Abs. 2 Nr. 2 sowie § 90 Abs. 3 HmbPersVG. Ersterer schließt die Mitbestimmung des Personalrats in Angelegenheiten der „Berufung von Professorinnen, Professoren, Juniorprofessorinnen, Juniorprofessoren, Hochschuldozentinnen und Hochschuldozenten“ aus. Das ist insofern zwingend, als die Berufung der genannten Personengruppen in der Wissenschaftsfreiheit der Hochschule wurzelt und daher

in diesem Bereich eine Mitbestimmung seitens eines Personalvertretungsorgans ausscheiden muss.⁸⁰ Selbiges gilt im Ergebnis auch für § 90 Abs. 3 HmbPersVG, welcher ein Beratungsrecht des Personalrats in „Auswahlverfahren für Professorinnen, Professoren, Juniorprofessorinnen, Juniorprofessoren, Hochschuldozentinnen, Hochschuldozenten und Präsidiumsmitglieder der Hochschulen“ ausschließt. Auch hier bleibt die aus Art. 5 Abs. 3 GG resultierende Autonomie der Hochschule gewahrt.

Allerdings lässt das Personalvertretungsgesetz Hamburg die Wissenschaftsfreiheit des Hochschullehrers unbeachtet, wenn es dem Personalrat des wissenschaftlichen Personals in *personellen Angelegenheiten* des wissenschaftlichen Personals,⁸¹ das nicht den Regelungsbereichen der §§ 89 Abs. 2 Nr. 2, 90 Abs. 3 HmbPersVG unterfällt, die Möglichkeit gibt, mitzubestimmen. Dies ist wie ausgeführt verfassungswidrig. Auch der Umstand, dass der Personalrat sich aus wissenschaftlichem Personal zusammensetzt, ändert nämlich nichts an der Tatsache, dass die Auswahl und Kündigung von wissenschaftlichen Mitarbeitern fester Bestandteil der Wissenschaftsfreiheit des Hochschullehrers ist. *Richardi* schlägt diesbezüglich vor, dass das Mitbestimmungsrecht in „Angelegenheiten, die unmittelbar die Lehre oder Forschung betreffen, nur als Mitwirkungsrecht bestehen kann, auch wenn es nach dem Gesetz als Mitbestimmungsrecht eingeräumt ist.“⁸² Dieser Ansatz lässt jedoch, wie bereits erörtert, außer Acht, dass Sinn und Zweck eines Mitwirkungsrechts darin liegen, Einfluss auf die Entscheidungen des Arbeitgebers zu nehmen. Deshalb darf dieses in wissenschaftsrelevanten Entscheidungsprozessen überhaupt keine Anwendung finden.

Dies muss ebenso, in Bezug auf wissenschaftliches Personal, auch für die aus § 90 Abs. 1 HmbPersVG resultierende als „beratende Mitwirkung“ bezeichnete Befugnis des Personalrats in „Auswahlverfahren“ oder „Vorstellungsgesprächen“ der „Prüfungs- oder Auswahlkommission mit beratender Stimme“ anzuhören, gelten.

c) BPersVG

Auch das BPersVG schließt die Hochschullehrer nicht aus seinem Anwendungsbereich aus. Die einzige Ausnahmeregelung findet sich in § 77 Abs. 1 iVm §§ 75 Abs. 1

75 Hartmer/Detmer/Löwisch/Wertheimer, aaO (Fn. 8), Rn. 61: Die Weisungen können lediglich im Rahmen des billigen Ermessens verweigert werden. Kommt keine Einigung zustanden so entscheidet gegebenenfalls eine Ombudsperson oder Schlichtungskommission, vgl. § 40 TV-L.

76 Hiervon geht auch das BVerwG aus, vgl. das Urteil vom 18.3.1981, 6 P 27/79, DÖV 1981, 833.

77 So auch Pelzner, aaO (Fn. 38), 353; aA Wahsner, aaO (Fn. 46).

78 BVerfG 29.5.1973, aaO (Fn. 13); BVerfG 1.3.1978, 1 BvR 333/75,

BVerfGE 47, 327, 388; Thieme, Deutsches Hochschulrecht, Rn. 701, 706; Hartmer/Detmer/Löwisch/Wertheimer, aaO (Fn. 8).

79 Homepage des Personalrats für das Wissenschaftliche Personal in Hamburg: <http://www.uni-hamburg.de/beschaeftigtenportal/organisation/wipr.html> (17.11.2014).

80 Vgl. hierzu oben unter II. 2. b) aa).

81 Vgl. § 88 Abs. 1 Nr. 2 und 14 sowie Abs. 4 HmbPersVG.

82 *Richardi*, aaO (Fn. 47), 29 f.

und 76 Abs. 1 BPerVG, nach dem bei personellen Angelegenheiten von wissenschaftlich tätigem Personal der Personalrat nur auf Antrag des betreffenden Beschäftigten beteiligt wird. In ihren eigenen personellen Angelegenheiten wird die Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer so zwar gewahrt, da sie selbst entscheiden können, ob der Personalrat eingeschaltet wird. Mittelbar wird die Wissenschaftsfreiheit jedoch durch die Personalratsbeteiligung bei den wissenschaftlichen Mitarbeitern tangiert. Auch das der Personalrat bei sozialen, wirtschaftlichen und organisatorischen Angelegenheiten der Hochschullehrer ohne Einschränkung beteiligt ist, verstößt gegen Art. 5 Abs. 3 GG.

IV. Fazit und Ausblick

Die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Personalvertretungsgesetze lässt sich nicht pauschal beantworten. Die einzelnen Regelungen zu personellen, sozialen, wirtschaftlichen und organisatorischen Angelegenheiten können jeweils einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 GG darstellen, entweder in Bezug auf die Hochschule oder auf die Hochschullehrer. Insbesondere bereitet die Einbeziehung von wissenschaftlichen Mitarbeitern in die Personalvertretungsgesetze Probleme, da die Auswahl und Kündigung von wissenschaftlichen Mitarbeitern durch die Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer gedeckt ist. Den Personalvertretungen dürfen in dieser Hinsicht lediglich Beteiligungsrechte zustehen, die nicht in die freie Entscheidung des Hochschullehrers eingreifen. Das sind dann entweder bloße Informations- oder Anhörungs- und Beratungsrechte, bei denen der Personalrat allerdings keine Einwendungen geltend machen kann, die sich auf die wissenschaftsbezogenen Gründe der Entscheidung beziehen.

In wirtschaftlichen Angelegenheiten bedarf es einer genauen Analyse der in einigen Bundesländern zu errichtenden Wirtschaftsausschüsse. Ihre Errichtung wird der besonderen Stellung der Hochschullehrer nicht gerecht. Da die im Wirtschaftsausschuss beratenden Themen auch die Hochschullehrer tangieren, müssen diese auch in den Ausschüssen vertreten sein. Anderenfalls muss zwischen wissenschaftsrelevanten und anderen Angelegenheiten unterschieden werden – nur bei letzteren ist eine Wirtschaftsausschussbeteiligung rechtmäßig. Die bisherigen Regelungen zu Wirtschaftsausschüssen entsprechen jedoch nicht den verfassungsmäßigen Anforderungen.

Abschließend lässt sich somit die Frage aufwerfen, warum die Gesetzgeber der Länder aufgrund der Komplexität der verfassungsrechtlichen Problematik in den Landespersonalvertretungsgesetzen nicht, wie schon von *Pelzner* im Jahre 1983 vorgeschlagen,⁸⁴ versucht haben, eine Regelung zu schaffen, die ähnlich § 118 Abs. 3 BetrVG, die Mitbestimmung bei Maßnahmen ausschließt, die Wissenschaftsrelevanz aufweisen. Nur so könnte der Bedeutung dieses Grundrechts für die Hochschullehrer gleichermaßen wie auch die Hochschulen Rechnung getragen werden. Die bislang geltenden Regelungen hingegen werden der grundrechtlich manifestierten Wissenschaftsfreiheit in vielerlei Hinsicht nicht gerecht.

Die Autoren sind wissenschaftliche Mitarbeiter an der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschul-arbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

83 *Pelzner* im Jahre 1983, aaO (Fn. 36), 354.

Felix Hornfischer

Anmerkung zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 9.4.2014 – 10 AZR 590/13

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts befasst sich mit dem Zustandekommen eines Arbeitsvertrages durch eine Realofferte und deren Annahme vor dem Hintergrund, dass die (vermeintlichen) Vertragsparteien in der Leitung einer Hochschule öffentlich-rechtliche Befugnisse ausüben. Der öffentlich-rechtliche Hintergrund schlägt auf die vordergründige Auslegung schlüssigen Verhaltens im Rechtsverkehr durch.

I. Sachverhalt

Der erfolglosen Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Mecklenburg-Vorpommern vom 21.1.2013¹ liegt folgender Sachverhalt zu Grunde. Der Kläger ist Student an der Universität Rostock. Deren Grundordnung bestimmt, dass die Universität durch ein Rektorat geleitet wird, dem auch ein immatrikulierter Studierender als studentischer Prorektor angehört. Der studentische Prorektor wird durch das Konzil für die Dauer eines Jahres gewählt. § 20 der Grundordnung i.d.F. vom 25.7.2008 lautet:

„Die Prorektorinnen/Prorektoren nehmen die ihnen von der Rektorin/dem Rektor zugewiesenen Aufgabenbereiche selbstständig und in eigener Verantwortung unter Berücksichtigung der Gesamtverantwortung und Richtlinienkompetenz der Rektorin/des Rektors wahr (Resortprinzip).“

Der Kläger wurde vom Konzil für die Dauer eines Jahres in das Rektorat gewählt. Der Rektor bestellte den Kläger für die Wahlperiode als Prorektor für studentische Angelegenheiten. Nach der Bestellung teilte der Personaldezernent dem Kläger mit, dass er für die Wahrnehmung seiner Aufgaben eine monatliche Aufwandsentschädigung i.H.v. 800 € brutto erhalte und wies darauf hin, dass ein Arbeitsverhältnis nicht begründet werde.

In der Folge ließ sich der Kläger von seinem Studium beurlauben und engagierte sich faktisch in Vollzeit für das Amt. Neben der monatlichen Aufwandsentschädigung bezog der Kläger Leistungen der Bundesagentur für Arbeit. Im Verlauf der Amtsperiode kam es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Kläger einerseits

und der Bundesagentur für Arbeit und seiner Krankenkasse andererseits, ob es zulässig sei, dass der Kläger eine Aufwandsentschädigung erhalte. Dies nahm der Kläger zum Anlass, beim Rektor vorstellig zu werden, um einen Arbeitsvertrag über seine Tätigkeit als studentischer Prorektor abzuschließen. Die Universität unterbreitete ihm daraufhin mehrere Vorschläge, wie ein solches Arbeitsverhältnis ausgestaltet werden könnte. Der Kläger lehnte sämtliche Vorschläge ab.

Nach Ablauf der ersten einjährigen Wahlperiode wurde der Kläger in das Amt des Prorektors für studentische Angelegenheiten wiedergewählt. Eine erneute Bestellung zum Prorektor unterblieb, der Rektor sagte ihm jedoch auch für die zweite Amtszeit eine monatliche Aufwandsentschädigung von 800 € brutto zu. Ungeachtet dessen nahm der Kläger – im Einverständnis mit dem Rektor – auch in der zweiten Wahlperiode sein Amt wahr. Aufgrund bürokratischer Schwierigkeiten unterblieb zunächst die Auszahlung der Aufwandsentschädigung.

Mit seiner Klage will der Kläger feststellen lassen, dass seit seiner erstmaligen Bestellung als Prorektor ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit dem Land bestehe. Hilfsweise begehrt er für den Fall des Erfolgs dieses Antrags – die Feststellung, dass das beklagte Land verpflichtet sei, dem Kläger ab diesem Zeitpunkt eine Vergütung entsprechend der Besoldungsgruppe W3 der Bundesbesoldungs-Ordnung zu zahlen. Er ist der Auffassung, in der Folge seiner Bestellung zum studentischen Prorektor sei ausdrücklich oder jedenfalls durch schlüssiges Verhalten ein Arbeitsverhältnis mit dem Land zustande gekommen. Es sei unschädlich, dass man sich über die Höhe der Vergütung nicht geeinigt habe. Aufgrund der fehlenden Vereinbarung über die Höhe der Vergütung habe er Anspruch auf, die ortsübliche Vergütung.

II. Entscheidung

Die Klage hatte weder beim Arbeitsgericht noch beim Landesarbeitsgericht Erfolg. Das Bundesarbeitsgericht hat auch die Revision zurückgewiesen. In dogmatischer Gründlichkeit prüft das Gericht, ob dem von den Vorinstanzen festgestellten Sachverhalt entnommen werden kann, dass die Parteien des Rechtsstreits einen Arbeits-

¹ LAG, 21.1.2013 – 1 Sa 74/12.

vertrag geschlossen haben. Maßstab sind die §§ 145 ff. BGB unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Arbeitsrechts.² Schwerpunkt der folgenden, am aufgezeigten Maßstab ausgerichteten Prüfung ist, ob die Parteien zwei übereinstimmende Willenserklärungen ausgetauscht haben, die darauf abzielten, dass sich der Kläger gegenüber dem beklagten Land dazu verpflichtet, weisungsgebundene, fremdbestimmte Arbeit in persönlicher Abhängigkeit zu erbringen. Hinsichtlich des objektiven Geschäftsinhalts ist dabei – falls sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung widersprechen – die tatsächliche Durchführung entscheidend.³

Bei dieser Prüfung berücksichtigt das Bundesarbeitsgericht den öffentlich-rechtlichen Bezug des Sachverhaltes: Das Verhalten des Rektors sowie des Klägers müssen hinsichtlich ihres objektiven Erklärungsgehalts vor dem Hintergrund gewürdigt werden, dass beide Ämter nach der Grundordnung der Universität bekleiden und als Amtsträger handeln.

1. Wahl des Klägers und seine Bestellung zum Prorektor für studentische Angelegenheiten

Demnach kann in der (erstmaligen) Bestellung des Klägers durch den Rektor als Vertreter des beklagten Landes kein Angebot zum Abschluss eines Arbeitsvertrages nach § 145 BGB gesehen werden. Der Kläger wurde vom Konzil nach § 20 Abs. 2 der Grundordnung der Universität in das Amt eines Prorektors gewählt. Die Bestellung durch den Rektor ist im Hinblick auf die bereits erfolgte, konstitutive Wahl als öffentlich-rechtliche Zuweisung der Aufgaben des Prorektors für studentische Angelegenheiten nach § 19 Abs. 3 Satz 2 der Grundordnung sowie nach § 12 der Geschäftsordnung des Rektorats zu verstehen.⁴ Für einen darüber hinausgehenden, privatrechtlichen Erklärungsgehalt, dem Kläger den Abschluss eines Arbeitsvertrages anbieten zu wollen, spricht nichts. Die Aufgabenzuweisung durch den Rektor ist ein einseitiger öffentlich-rechtlicher Akt, der gegenüber dem Kläger als bereits gewählten Prorektor – also als Amtsträger – erfolgte. Anders als die Wahl durch das Konzil, die verwaltungsrechtlich als Status begründender Hoheitsakt mit Außenwirkung gegenüber dem Kläger zu verstehen ist, ist die Bestellung ein verwaltungsinterner Akt des Rektors an seine ihm nachgeordneten Prorektoren. Als solcher Akt bedarf die Zuweisung auch nicht der Mitwirkung, geschweige denn der Zustimmung des Klägers. Insoweit kann die Bestellung durch den Rektor nicht als privatrechtliches Angebot auf Abschluss eines Arbeits-

vertrages verstanden werden, über dessen Annahme der Kläger hätte entscheiden können.

2. Zustandekommen eines Arbeitsvertrages durch konkludente Annahme einer Realofferte

Als weiteren Anknüpfungspunkt für den möglichen Abschluss eines Arbeitsvertrages prüft das Bundesarbeitsgericht ein schlüssiges Verhalten der Parteien. Ein Arbeitsvertrag kann grundsätzlich durch den Austausch von Realofferte und deren Annahme zustande kommen. „Haben Parteien z.B. über einen Zeitraum von mehreren Jahren einvernehmlich Dienstleistung und Vergütung ausgetauscht, so kann darin der übereinstimmende Wille der Parteien zum Ausdruck kommen, einander zu den tatsächlich erbrachten Leistungen arbeitsvertraglich verbunden zu sein.“⁵ Die ausdrücklichen Erklärungen der Parteien während der Amtsausübung des Klägers waren stets widersprüchlich. Der Rektor und der Kanzler standen auf dem Standpunkt, der Kläger übe ein Ehrenamt oder eine selbständige Tätigkeit aus oder stehe in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis. Dagegen beehrte der Kläger den Abschluss eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages. Es wurde keine Einigung darüber erzielt, dass der Kläger seine Dienste auf der Grundlage eines Arbeitsvertrages erbringen soll.

Im Übrigen erbrachte der Kläger keine Realofferte, die das beklagte Land durch den Rektor hätte annehmen können. Konsequenterweise versteht das Bundesarbeitsgericht die Leistungserbringung durch den Kläger als Ausübung seiner Amtsbefugnisse und -pflichten.

„Der Kl. nahm sodann seine Tätigkeit in dem ihm zugewiesenen Bereich der studentischen Angelegenheiten wahr. Rechtsgrundlage aller dieser Handlungen waren die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Landeshochschulgesetzes (§§ 18 ff. LHG M-V), der Grundordnung (§§ 8, 14 ff.) und der Geschäftsordnung des Rektorats (insbesondere § 12), die den betreffenden Personen nach näherer Maßgabe ihrer Bestimmungen Befugnisse zur Ausübung öffentlicher Funktionen zuweisen [...]. Irrendwelcher privatrechtlicher Vereinbarungen hat es nicht bedurft. Dass die Parteien auch in solchen Fällen einen Arbeitsvertrag schließen können, steht außer Frage. Sie müssen es aber nicht. Ergibt ihr Verhalten keinen weiteren Erklärungswert als den, öffentlich-rechtlich gegebene Befugnisse auszuüben, liegt darin nicht die Begründung eines Arbeitsverhältnisses.“⁶

2 BAG 9.4.2014 – 10 AZR 590/13, Tz. 16.

3 BAG 25.9.2013 – 10 AZR 282/12, Tz. 17; BAG 15.2.2012 – 10 AZR 111/11, Tz. 14.

4 BAG, aaO (Fn. 2), Tz. 18.

5 BAG, aaO (Fn. 2), Tz. 26.

6 BAG, aaO (Fn. 2), Tz. 29.

III. Bewertung vor dem Hintergrund der Amtsträgereigenschaft des Klägers und des Rektors

Die Realofferte und ihre konkludente Annahme setzen Verhaltensweisen voraus, die als Willenserklärungen die Privatautonomie der Parteien zum Ausdruck bringen. Werden natürliche Personen in ihrer Eigenschaft als Amtsträger tätig, handeln Sie grundsätzlich nicht „privatautonom“, sondern auf der Grundlage gesetzlich aufgegebener Pflichten und eingeräumter Befugnisse. Den das Amt bekleidenden Personen ist es nach wie vor möglich, auch privatrechtliche Willenserklärungen abzugeben. Die Erfüllung der Amtspflichten und die Ausübung amtlicher Befugnisse haben jedoch nicht ohne weiteres einen privatrechtlich relevanten Erklärungswert.

Offen bleibt die Frage, in welchen Fällen öffentlich-rechtliches Handeln einen weiteren Erklärungswert ergibt, als den, öffentlich-rechtlich gegebene Befugnisse auszuüben. Zwar kann ein Amtsträger in Ausübung seiner Amtspflicht und im Rahmen seiner Vertretungsmacht privatrechtliche Verträge für die Körperschaft abschließen, die er vertritt (so z.B. der Rektor mit Wirkung für und gegen die Universität bzw. das Land). Ein Amtsträger kann sich aber in der Regel nicht darauf berufen, dass seine Amtsausübung zugleich Ausdruck seiner Privatautonomie als natürlicher Person ist und daher auf einen Vertragsabschluss mit ihm als natürlicher Person abzielt.

IV. Folgen für die Praxis

Die Entscheidung ist von erheblicher Bedeutung für jene Akteure, die im Bereich der Selbstverwaltung der Hochschulen „Ehrenämter“ bekleiden und nicht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zur Selbstverwaltungskörperschaft stehen. Dies gilt etwa für gewählte studentische Mitglieder von Selbstverwaltungsorganen, deren Aufgabenerfüllung eine „Vollzeit“-Beschäftigung erfordert. Ein prominentes Beispiel sind die Vertreterinnen und Vertreter der Studierenden der Hochschulen in den Verwaltungsräten der Studierendenwerke.⁷ Die Verwaltungsräte haben nach § 6 Abs. 1 und 2 StWG BW zahlreiche Aufgaben, die von den studentischen Mitglie-

dern erfüllt werden müssen und einiges Engagement erfordern.

Pauschale Aufwandsentschädigungen können dabei motivierend wirken und eine Anerkennung für das Engagement der Studierenden zum Ausdruck bringen. Eine solche pauschale Aufwandsentschädigung kann jedoch sozialrechtliche Folgeprobleme aufwerfen. Studierende sind in der Kranken- und Pflegeversicherung versicherungspflichtig, bis sie das 14. Fachsemester abgeschlossen oder das 30. Lebensjahre beendet haben. Eine Rentenversicherungspflicht besteht nicht. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 8 c SGB VII sind Studierende kraft Gesetzes während ihrer Studienzzeit unfallversichert, allerdings ohne beitragspflichtig zu sein. Gehen Studierende einer Beschäftigung nach, werden sie jedoch umfassend sozialversicherungspflichtig.⁸ Wird nachträglich festgestellt, dass ein ehrenamtlich tätiger Studierender im sozialversicherungsrechtlichen Sinne einer abhängigen Beschäftigung nachgegangen ist, kann der beteiligte Träger bis zur Grenze der Verjährung⁹ dazu herangezogen werden, den Gesamtsozialversicherungsbeitrag nachzuentrichten. Dies umfasst die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge. Eine Ausnahme hiervon greift nur, wenn gegenüber der Beschäftigung das Studium noch im Vordergrund steht.¹⁰ Ist dies nicht der Fall, kann eine pauschale Aufwandsentschädigung auf eine abhängige Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinne hindeuten. Dieser Begriff ist zwar nicht inhaltsgleich mit dem arbeitsrechtlichen Begriff des Arbeitsverhältnisses. Das Urteil des BAG stellt jedoch ein starkes Indiz dafür dar, dass bei ehrenamtlichen studentischen Organmitgliedern oder Amtswaltern juristischer Personen des öffentlichen Rechts auch ein sozialversicherungsrechtlich relevantes Beschäftigungsverhältnis nicht ohne weiteres zu bejahen ist.

Gleichwohl tun die Hochschulen gut daran, für diese Amtsträger Regelungen vorzuhalten, die für den entstehenden Aufwand einen angemessenen Ausgleich vorsehen und die Amtsausübung auf eine klare rechtliche Grundlage stellen, insbesondere auch im Hinblick auf die sozialversicherungsrechtlichen Fragen.

Der Autor ist Richter beim Landgericht Freiburg.

7 Vgl. für Baden-Württemberg § 6 Abs. 3 Nr. 2 Studierendenwerkesgesetz Baden-Württemberg – StWG BW i.d.F. v. 15.9.2005 [GBl. 2005, 621] zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes v. 1.4.2014 [GBl. 2014, 99, 165].

8 Vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, § 20 Abs. 1 Nr. 1 SGB XI, § 1 Abs. 1 Nr. 1

SGB VI, § 25 Abs. 1 SGB III.

9 § 25 SGB IV: Vier Jahre ab Fälligkeit.

10 Sog. Werkstudentenprivileg, § 6 Abs. 1 Nr. 3 SGB V, § 27 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 SGB III.

Stephan Vielmeier

Der europäische Qualitätsrahmen für Praktika – ein liberales europäisches Verständnis des Praktikums?

Praktika wurden in den vergangenen Jahren in der Arbeitsrechtswissenschaft mehrheitlich kritisch beleuchtet. Insbesondere Praktika von Hochschulabsolventen standen im Verdacht, in erster Linie der Umgehung des Arbeitnehmerschutzes zu dienen. Der Gesetzgeber nimmt zwar im neuen § 22 MiLoG bestimmte (gewünschte) Praktika von der Belastung des Mindestlohns aus. Aber: Praktika nach Ende des Studiums werden nicht als förderungswürdig angesehen. Deutlich liberaler ist hingegen das Verständnis im neuen Qualitätsrahmen auf Unionsebene. Angesichts hoher Jugendarbeitslosigkeit und einem in ihren Augen zu hohen Anteil an minderwertigen Praktika, beabsichtigt die Kommission im Wege einer Empfehlung des Rates, die Praktikumsbedingungen zu verbessern. Unter Praktika versteht der Unionsgesetzgeber in erster Linie das Praktikum von Hochschulabsolventen – das er für einen erwünschten Berufseinstieg hält.

I. Gegenstand des Qualitätsrahmens: Das „Praktikum“

Der Qualitätsrahmen („QR“) möchte die Qualität von Praktika verbessern und durch klare Rahmenbedingungen die Attraktivität von grenzüberschreitenden Praktika fördern. Die Kommission hat dabei zurecht erkannt, dass der Begriff des Praktikums in vielen Rechtsordnungen nicht hinreichend definiert ist. Daneben besteht erst recht kein gemeinsames europäisches Verständnis des „Praktikums“.¹ Deshalb definiert der Qualitätsrahmen zunächst das Praktikum autonom, um eine einheitliche Behandlung zu ermöglichen.

1. Praktikum im deutschen Recht

Auch im nationalen Recht war der Begriff des Praktikums nicht abschließend geregelt.² Nach der Rechtspre-

chung lässt sich das Praktikum vom Arbeitsverhältnis dadurch abgrenzen, ob die Erbringung von Arbeitsleistung oder der Lernzweck Schwerpunkt ist.³ Praktika sind keine Arbeitsverhältnisse, was seit neuestem durch § 22 Abs. 1 MiLoG bestätigt wird. Manche Autoren bezweifeln, dass auch mit Hochschulabsolventen wirksam Praktika vereinbart werden können, da in Wahrheit regelmäßig ein Arbeitsverhältnis vorliege.⁴

Auf Praktika ist § 26 BBiG anzuwenden, auf als „Praktika“ bezeichnete Arbeitsverhältnisse findet hingegen allgemeines Arbeitsrecht Anwendung.

Auszugrenzen aus § 26 BBiG sind nach dem BAG wiederum solche Praktika, die von Studenten erbracht werden, weil sie in ihrer Studienordnung verlangt werden.⁵ Auf sie ist nicht das Arbeitsrecht, sondern (wenn überhaupt) Hochschulrecht anwendbar.

2. Praktikum im Sinne des Qualitätsrahmens

Nach Abs. 27 des QR ist unter einem Praktikum eine „Arbeitserfahrung von begrenzter Dauer“ zu verstehen, die zwischen einem Praktikanten bzw. einer Praktikantin und einem Praktikumsanbieter ohne die Einbindung Dritter vereinbart wird und die eine Lernkomponente aufweist; Ziel ist es, vor der Aufnahme einer regulären Beschäftigung praktische Erfahrung zu sammeln (Praktika auf dem freien Markt).⁶

a) Begrenzte Dauer

Praktika sollen nur Arbeitserfahrungen „von begrenzter Dauer“ sein. Wie bei anderen Unionsvorhaben – etwa der Leiharbeitsrichtlinie⁷ – bleibt unklar, ob mit dieser Einschränkung eine materielle Regelungswirkung erzielt werden soll oder schon der Anwendungsbereich des Qualitätsrahmens beschränkt wird. Letzteres ist wohl vom Normgeber nicht gewollt, da nach Abs. 10 des QR gerade eine angemessene Dauer gewährleistet werden

1 COM (2013) 857 final, 3.

2 Instrukтив zur deutschen Rechtslage etwa *Schade*, NZA 2012, 654; *Seeger*, „Generation Praktikum“ (2012), 24 ff.; *Schnelle*, Die Berufsbildung der Volontäre und Praktikanten, (2010).

3 Statt aller *Lakies*, in: *Lakies/Malottke*, BBiG, 4. Aufl. (2010), § 26 Rn. 5; *Hergenröder*, in: *Benecke/Hergenröder*, BBiG (2009), § 17 Rn. 25; ausführlich zu den Abgrenzungskriterien *Grimm/Linden*, ArbRB 2014, 51, 53 f.; umfassend nun auch *Düwell*, DB 2014, 2047.

4 Eindeutig *Horstmeier*, AiB 2006, 230, 231 f.; *Benecke*, in: *Benecke/Hergenröder*, BBiG (2009), § 26 Rn. 14 mwN; eingeschränkt

Lakies, in: *Lakies/Malottke*, BBiG, 4. Aufl. (2010), § 26 Rn. 15; *Grimm/Linden*, ArbRB 2014, 51, 52.

5 BAG, 19.6.1974 – 4 AZR 436/73; zum Streitstand: *Benecke*, in: *Benecke/Hergenröder*, BBiB (2009), § 26 Rn. 21; *Leinemann/Taubert*, BBiG, 2. Aufl. (2008), § 26 Rn. 11.

6 Damit weicht der Kommissionsvorschlag deutlich ab von der Definition in der Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, SWD (2012) 408 final, 2.

7 Umfassend schon *Rieble/Vielmeier*, EuZA 2011, 475, 487 ff.

soll. Insofern ist für den Anwendungsbereich die begrenzte Dauer gerade nicht entscheidend, da sie vielmehr Regelungsgegenstand ist. Es handelt sich um schlechte Gesetzgebungstechnik.

b) Ohne Einbindung eines Dritten

Daneben sind Praktika nur Arbeitserfahrungen, die ohne Einbindung eines Dritten vereinbart werden. Ausgeschlossen werden damit alle Praktika, bei denen eine staatliche Stelle als außerstehender Dritter die Qualität der Praktika beeinflussen oder regulieren kann. Umgekehrt ist nicht gemeint, dass Praktika aus dem Anwendungsbereich ausgeschlossen sein sollen, die etwa durch einen Praktikumsvermittler zustande kommen. In diesen Vermittlungsfällen besteht materiell kein geringeres Schutzbedürfnis des Praktikanten, weil der lediglich makelnde Dritte keinen Einfluss auf die inhaltliche Qualität des Praktikums nimmt.

c) Mit Lernkomponente

Praktika sind daneben nur solche Arbeitserfahrungen, die eine Lernkomponente aufweisen. Fraglich ist auch hier, wie „Praktika“ zu beurteilen sind, denen es objektiv an einer Lernkomponente fehlt. Es könnte ausnahmsweise tatsächlich eine Begrenzung des Anwendungsbereichs gewollt sein – weil „Praktika“ ohne Lernkomponente auch nach Vorstellung des Normgebers Arbeitsverhältnisse sein sollen. Indes soll der Qualitätsrahmen nach seinem Abs. 4 die Mitgliedstaaten gerade anhalten, die Qualität von Praktika zu verbessern. Auf den Anwendungsbereich hat auch dieses Definitionsmerkmal keinen Einfluss.

Materielle Vorgaben, wie mit „Praktika“ ohne Lernkomponente umzugehen ist, enthält der Qualitätsrahmen nicht. Es kann also bei der bisherigen deutschen Handhabung bleiben, bisweilen ein verstecktes Arbeitsverhältnis anzunehmen und das „Praktikum“ entsprechend zu behandeln.⁸

d) Vor Aufnahme einer regulären Beschäftigung

Schließlich dienen Praktika nach Abs. 27 des QR dazu, „vor der Aufnahme einer regulären Beschäftigung praktische Erfahrung zu sammeln (Praktika auf dem freien Markt)“. Auch wenn rechtstechnisch eher als frommer Wunsch formuliert, ist hiermit eine echte Einschränkung gemeint. Ziel des Qualitätsrahmens ist nämlich nicht die Regulierung jeder Arbeitserfahrung, sondern

nur solcher von „Neueinsteigern“ vor ihrer regulären Tätigkeit. Gemeint sind also nicht etwa Secondments von bereits langjährig beschäftigten Arbeitnehmern.

Umgekehrt ist zweifelhaft, ob ein Praktikum im Sinne des Qualitätsrahmens dann nicht mehr vorliegt, wenn ein Praktikant bereits in einer „regulären Beschäftigung“ stand, sich aber im Anschluss – etwa weil er noch etwas (anderes) studiert hat – wieder in ein Praktikum begibt.⁹ Der Qualitätsrahmen ist hier nicht starr, sondern funktional auszulegen: Er möchte diejenigen Praktika regeln, die „nach dem Studienabschluss und/oder im Rahmen der Arbeitssuche absolviert“ werden.¹⁰ Diese können auch nach einem zweiten Studienabschluss erfolgen.

3. Ausdrückliche Ausnahmen

Umgekehrt beschäftigt sich der Qualitätsrahmen ausdrücklich nicht mit allen Arten von Arbeitserfahrungen. In seinem Abs. 29 nimmt er einige Anwendungsfälle aus, in denen ein anderer Normgeber für eine hinreichende Qualität der Arbeitserfahrung sorgt.

a) Bestandteil eines akademischen Lehrplans oder eines formellem Bildungs- und Berufsbildungskurses

Ausgenommen sind nach Abs. 29 S. 1 QR Praktika, die Bestandteil eines akademischen Lehrplans sind. Dies erinnert an die (nunmehr durch § 22 Abs. 1 MiLoG infrage gestellte) Rechtsprechung des BAG, nach der in Studienordnungen geforderte Praktika nicht unter das BBiG fallen. Aus Sicht der Union ist diese Begrenzung des Anwendungsbereichs indes stimmig und bewusst gewählt: Es geht gerade um die Verbesserung von Praktika als Sprungbrett für Hochschulabsolventen, nicht von Studenten im Vorfeld.¹¹

Im Deutschland wurden vereinzelt Zweifel geäußert,¹² ob die Unanwendbarkeit des BBiG auch für solche studentischen Praktika gerechtfertigt ist, die in der Prüfungsordnung lediglich „genannt“, nicht aber inhaltlich geregelt sind. Die Rechtsprechung des BAG steht indes im Einklang mit dem Qualitätsrahmen: Aus dem Vergleich von Abs. 29 S. 1 und S. 2 des QR ergibt sich, dass es gerade nicht auf eine inhaltliche Regelung des Praktikums ankommt, das im akademischen Lehrplan genannt ist. Abs. 29 S. 1 QR spricht insoweit eindeutig von „Bestandteil eines akademischen Lehrplans“. Demgegenüber normiert Abs. 29 S. 2, dass „Praktika, deren Inhalt gemäß nationalen Rechtsvorschriften geregelt ist“, vom Anwendungsbereich ausgenommen

⁸ Preis, in: ErfK, 15. Aufl. (2015), § 611 Rn. 178.

⁹ Die gleiche Frage stellt sich im Übrigen auch zum neuen § 22 MiLoG.

¹⁰ COM (2013) 857 final, 3.

¹¹ Ausdrücklich Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen,

SWD (2012) 408 final, 5.

¹² Überzeugend zu den Zweifeln zur deutschen Rechtslage etwa Schade, NZA 2012, 654, 655; Seeger, „Generation Praktikum“, (2012), 69 ff.

sind. Einzelheiten sind hier ungeklärt, etwa ob ein Student, der mehr Praktika absolviert als er nach Prüfungsordnung muss, aber auch nicht mehr als er hier nach darf, trotzdem nicht vom QR erfasst sein soll. Dies sind im Übrigen auch die Zweifelsfragen zum neuen § 22 MiLoG.

Rechtspolitisch sei an die Fakultäten appelliert, wahrzunehmen, dass sowohl der nationale Gesetzgeber als auch der Unionsgesetzgeber im Hinblick auf die Regelaufonomie der Hochschulen für die Studienbedingungen im weiteren Sinne (wozu anscheinend auch Praktika gehören) ihre eigenen Regelungen in einem Kernbereich, nämlich den Arbeitsbedingungen, zurücknehmen. Allerdings ist die Regelungsdichte für Praktika in Studien- und Prüfungsordnungen höchst unterschiedlich. Während etwa die Anforderungen der semesterlangen Praktika in Fachhochschulen detailliert geregelt sind, begnügen sich die meisten Fakultäten mit einem Verweis auf eine Mindestlänge. An die Inhalte und auch an die „Arbeitsbedingungen“ des Praktikanten werden keine Anforderungen gestellt. Manche Satzungen gerade kleinerer Fakultäten erwähnen das Praktikum gar nicht, es wird anscheinend praeter legem schlicht verlangt. Ohne hier die Studienfreiheit ernsthaft zu beschneiden, sollten die Fakultäten zumindest die Rahmenbedingungen doch genauer festlegen.

Hinsichtlich des Schülerpraktikums ist der Begriff des „akademischen Lehrplans“ weit auszulegen. Gleiches gilt auch für Praktika vor Studienbeginn, sofern sie ausdrücklich in universitären Lehrplänen vorgeschrieben sind. Der Qualitätsrahmen legt hier nicht fest, dass das Praktikum nach Studienbeginn erfolgen muss.

b) Praktika nach nationalen Rechtsvorschriften

Ausgenommen sind daneben nach Abs. 29 S. 2 QR „Praktika, deren Inhalt gemäß nationalen Rechtsvorschriften geregelt ist und die Voraussetzung für die Erlangung eines Hochschulabschlusses oder das Ausüben eines bestimmten Berufs (Arzt oder Architekt) sind“. Bedeutsam ist dies etwa für Juristen, da das Referendariat kein Bestandteil eines akademischen Lehrplans ist. Auch wenn die JAPO der Länder Spielräume lassen, ist der Inhalt der Stationsausbildung im Referendariat letztlich hinreichend durch Rechtsvorschrift geregelt.¹³

4. Zweifelsfälle

Neben den ausdrücklichen Ausnahmen aus dem Anwendungsbereich des QR gibt es einige Zweifelsfälle.

a) Praktika auf dem unfreien Markt?

So soll sich der Qualitätsrahmen nach seinem Abs. 28 lediglich an „Praktika auf dem freien Markt“ richten, ohne dass diese Einschränkung genauer erläutert wäre. Erhellung bietet hier die Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen: „wo abgesehen von den [...] Praktikanten und der aufnehmenden Einrichtung keine andere Stelle an der Definition, Organisation und Überwachung des Praktikums sowie der Lerninhalte und anderer Bedingungen beteiligt ist; dies ist in der Regel – aber nicht ausschließlich – der Fall bei Praktika von [...] Hochschulabsolventen.“¹⁴

Relevant wird die Ausnahme in Abs. 28 QR etwa für die Arbeitsgelegenheit nach § 16d SGB II. Durch Abs. 29 QR wäre sie nicht aus dem Anwendungsbereich ausgeschlossen, weil die Arbeitsgelegenheit weder Teil eines akademischen Lehrplans ist, noch Voraussetzung für das Ausüben eines bestimmten Berufs. Allerdings überwacht hier die Agentur für Arbeit „Lerninhalte und andere Bedingungen“.

b) Werkstudenten

Unklar ist, ob auch Werkstudententätigkeiten ein Praktikum i. S. d. Qualitätsrahmens sind. In Deutschland werden Werkstudenten überwiegend als Arbeitnehmer eingestuft¹⁵; hieran ändert sich auch durch § 22 Abs. 1 MiLoG nichts. Für den Qualitätsrahmen könnte etwas anderes gelten: Auch Werkstudententätigkeiten sind – sofern der Student in „seiner Fachrichtung“ tätig ist – eine Arbeitserfahrung von begrenzter Dauer, in der er vor Aufnahme einer „regulären Beschäftigung“ praktische Erfahrung sammeln kann.

c) Trainees

Ausdrücklich vom Anwendungsbereich erfasst sind Traineeprogramme, mit denen junge Absolventen an ihre neuen Aufgaben herangeführt werden sollen. Dies ergibt sich aus Abs. 10 QR, der für „Unternehmenseigene Schulungsprogramme zur späteren Einstellung“ eine längere Dauer für angemessen erachtet. Auch der Schutzzweck spricht für eine Anwendbarkeit, da gerade die

¹³ Hierzu schon umfassend Serr/Vielmeier, BayVBl 2013, 421.

¹⁴ Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, SWD (2012), 408

final, 3.

¹⁵ Preis, in: ErfK, 15. Aufl. (2015), § 611 Rn. 178.

Vereinbarung einer Traineeestelle ein üblicher Einstieg in den regulären Arbeitsmarkt ist. Dies liegt quer zum deutschen Verständnis. Auch wenn Trainee kein feststehender Rechtsbegriff ist, so meint er doch den Berufseinsteiger, der zwar noch für eine reduzierte Vergütung, zumeist aber doch als Arbeitnehmer tätig ist.¹⁶

Umgekehrt sind Traineeprogramme mit Arbeitnehmern zum internen Aufstieg in eine Führungslaufbahn vom QR nicht erfasst. Auch wenn es sich hier um eine Arbeitserfahrung handeln sollte, findet diese als Teil eines Arbeitsverhältnisses und nicht „vor Aufnahme einer regulären Beschäftigung“ statt. Auch der Schutzzweck des Qualitätsrahmens passt nicht.

d) Secondments, Auslandsaufenthalte

Aus dem gleichen Grund sind auch Arbeitserfahrungen, die Unternehmen ihren Mitarbeitern gewähren, nicht vom Anwendungsbereich erfasst. Weder Secondments noch Auslandsaufenthalte erfolgen vor Aufnahme einer regulären Beschäftigung, sondern sind Teil des Aufstiegs in einer Beschäftigung. Auch bedarf es hier regelmäßig keines besonderen Schutzes.

e) „Soziale“ Praktika?

Zweifelhaft erscheint schließlich, ob der breite Markt der sozialen Praktika in den Anwendungsbereich des Qualitätsrahmens fällt. Gemeint sind damit nicht Praktika in sozialen Berufen, sondern Praktika aus sozialem Antrieb (etwa „Naturschutzpraktikum“ in Südamerika). Auch diese können eine Lernkomponente aufweisen. Indes dürfte es am Ziel fehlen, vor der Aufnahme einer Tätigkeit praktische Erfahrung zu sammeln, wie es Abs. 27 QR a.E. nahelegt. Gemeint ist damit ein gewisser Konnex zwischen intendierter Beschäftigung und Erfahrungssammlung.

II. Materiell: Empfehlungen des Qualitätsrahmens

In materieller Hinsicht hält sich der Qualitätsrahmen doppelt zurück. Zum einen bleibt es (im Rahmen der gewählten Handlungsform des Art. 288 AEUV zwingend) bei bloßen Empfehlungen an die Mitgliedstaaten. Zum anderen möchte auch die Union grundsätzlich erwünschte Praktika nicht überregulieren. Trotzdem regt der Qualitätsrahmen durchaus zur Änderung der deutschen Rechtslage an.

¹⁶ So wohl auch BGH 30.11.2009 – AnwZ (B) 11/08, NZA 2010, 595; BAG 12.5.2005 – 2 AZR 149/04.

¹⁷ COM (2013), 857 final, 2.

¹⁸ COM (2013), 857 final, 3.

¹⁹ Zuletzt wieder *Grimm/Linden*, ArbRB 2014, 51, 52; *Maties*, RdA 2007, 135, 140: „Durch die Regelungen des Studiums und dessen (erfolgreichen) Abschluss hat der Gesetzgeber eine Wertung zum Ausdruck gebracht, dass die Absolventen in ihrem akademischen

1. Neu: Praktika von Absolventen als erwünschte Erscheinung

Der Qualitätsrahmen ist geprägt von einem ambivalenten Verständnis von Praktika. Einerseits werden die Nachteile, die sich aus unzureichenden Lerninhalten, unangemessenen Arbeitsbedingungen, aber auch dem „billigen Ersatz“ für reguläre Arbeitsplätze ergeben, klar beschrieben.¹⁷ Andererseits wird das Praktikum – noch dazu das grenzüberschreitende – als Chance zum Berufseinstieg und damit als Mittel gegen die hohe Jugendarbeitslosigkeit gesehen.¹⁸

Daneben ist zu betonen, dass die EU-Kommission gerade das Praktikum von Hochschulabsolventen als geeignetes und zu förderndes Instrument zur Erleichterung der Aufnahme einer regulären Beschäftigung sieht. Das hebt sich wohltuend von der Vorstellung ab, der Hochschulabsolvent sei bereits umfassend qualifiziert.¹⁹ So meinten etwa Bündnis 90/die Grünen noch im Jahr 2010: „Absolventenpraktika nach einer Ausbildung oder einem Studium sind grundsätzlich fragwürdig.“²⁰ Auch der DGB lehnte Absolventenpraktika zumindest Ende 2013 noch kategorisch ab.²¹ § 22 Abs. 1 MiLoG wendet sich entgegen dieser Forderungen nicht ausdrücklich gegen Praktika von Hochschulabsolventen, privilegiert sie aber auch nicht im Hinblick auf den Mindestlohn. Angesichts der Anerkennung der Praktika gerade von Hochschulabsolventen durch die Empfehlung der Kommission ist hier ein Umdenken angezeigt.

2. Klare Umsetzungsempfehlungen

Neben einem abweichenden Grundverständnis von Praktika enthält der Qualitätsrahmen auch einige ausdrückliche materielle Vorschläge.

a) Schriftliche Praktikumsvereinbarung und Ansprechpartner

So empfiehlt Abs. 2 QR, dass Praktika nur noch auf Grund einer schriftlichen Vereinbarung geschlossen werden können sollen. In dieser Vereinbarung sollen auch die „Bildungsziele [und] die Arbeitsbedingungen“ festgehalten werden. Beide Begriffe werden in den Abs. 4–8 QR weiter erläutert. Die schriftliche Vereinbarung soll ebenfalls die etwaige Bezahlung sowie die Rechte und Pflichten der Parteien und die Dauer des Praktikums beinhalten. Nach Abs. 5 QR sollen die Mitglied-

Beruf dem Arbeitsmarkt als tauglich zur Verfügung stehen.“; ablehnend *Horstmeier*, AiB 2006, 230; richtig *Wagner*, Instrumente zur Sicherung von angemessenen Arbeitsbedingungen von Praktikanten (2012), 88 ff.; überzeugend auch *C. Picker/Sausmikat*, NZA 2014, 942.

²⁰ BT-Drs. 17/4044, 1.

²¹ www.welt.de/wirtschaft/article121496235/Gewerkschaften-gegen-Mindestlohn-fuer-Praktikanten.html (31.10.2014).

staaten die Praktikumsanbieter aufrufen, einen Ansprechpartner für den Praktikanten zu benennen, der diesen anleitet und seine Fortschritte überwacht. Schließlich sollte die Vereinbarung nach Abs. 9 QR Vorgaben zu „Vertraulichkeit und Eigentum an Rechten des geistigen Eigentums“ enthalten.

Umgekehrt enthält der Qualitätsrahmen gerade keine Aufforderung, dass Praktika vergütet werden müssen, wie sich aus Abs. 8 QR deutlich ergibt. Vielmehr ist Regelungsziel, lehrreiche Praktika zu fördern. Diese können auch unbezahlt erfolgen, weil Zweck des Praktikums die Arbeitserfahrung und nicht der Verdienst ist.²²

b) Qualitätssicherung durch Transparenz

Um die Qualität von Praktika zu steigern, setzt der Qualitätsrahmen in erster Linie auf Transparenz. Der Praktikant soll wissen, was ihn erwartet, und sich auf dieser Basis bewusst für oder gegen eine Arbeitserfahrung entscheiden können. Deshalb soll nach Abs. 14 QR gewährleistet werden, dass „die Praktikumsanbieter in den Praktikumsausschreibungen und -anzeigen auch die Bedingungen des Praktikums erwähnen, vor allem die Frage der Bezahlung und/oder Aufwandsentschädigung und des Sozialschutzes.“ Die Transparenz setzt sich nach auch im Praktikumsvertrag fort, in dem die Bildungsziele, Arbeitsbedingungen, Rechte und Pflichten, Bezahlung und/oder Aufwandsentschädigung enthalten sein sollen.

c) Anerkennung für den Praktikanten: Bescheinigung oder Empfehlungsschreiben

Schließlich sollen die Mitgliedstaaten nach Abs. 13 QR die Praktikumsanbieter aufrufen, mit einer Bescheinigung oder einem Empfehlungsschreiben die während des Praktikums erworbenen Kenntnisse, Fertigkeiten und Kompetenzen zu bestätigen.

3. Interpretationsbedürftige Umsetzungsempfehlungen

Neben den genannten klaren enthält der Qualitätsrahmen auch einige auslegungsbedürftige Empfehlungen.

a) Angemessene Länge

Zum einen fordert der Qualitätsrahmen die Mitgliedstaaten auf zu gewährleisten, dass Praktika eine angemessene Länge haben sollen. Als regelmäßige Höchstgrenze schlägt der Qualitätsrahmen sechs Monate vor, was verdeutlicht, dass eine angemessene Länge durchaus auch einen kürzeren Zeitraum umfassen kann. Zweifelhafte ist, ob auch „zu kurze“ Praktika eine unangemesse-

ne Dauer im Sinne des Qualitätsrahmens sein können. Für eine solche Auslegung spricht, dass auch hier bisweilen der Ausbildungsmehrwert für den Praktikanten gering ist.

Eine Privilegierung schwebt dem Qualitätsrahmen für unternehmenseigene Schulungsprogramm vor. Dies meint etwa Trainee-Programme für Berufseinsteiger, die – anders als im deutschen Verständnis – Praktika im Sinne des Qualitätsrahmens sind. Dies kommt der Praxis entgegen, nach der solche Programme regelmäßig (mindestens) ein Jahr dauern.

Eine längere angemessene Dauer sieht der Qualitätsrahmen für grenzüberschreitende Praktika vor. Diese Differenzierung überzeugt nicht, sind Praktikanten in einem ihnen fremden Land doch gesteigert schutzbedürftig. Stellt man darauf ab, dass sich ein mit einem Praktikum verbundener Wohnortwechsel „lohnen soll“, müsste das gleiche auch für einen Wohnortwechsel innerhalb eines Landes gelten.

Abs. 10 QR fordert die Mitgliedstaaten daneben auf klarzustellen, „unter welchen Umständen und Bedingungen ein Praktikum nach Ablauf der ursprünglichen Praktikumsvereinbarung verlängert oder erneut durchlaufen werden darf“. Hier geht es um einen Schutz vor missbräuchlichen Praktika, bei denen der erhoffte Sprung in die reguläre Beschäftigung dadurch „vereitelt“ wird, dass das Praktikum unter Erweckung falscher Hoffnung auf Übernahme (mehrfach) verlängert wird.

b) Kündigungsmöglichkeiten

Des Weiteren fordert der Qualitätsrahmen die Mitgliedstaaten auf, „die Praxis zu fördern, dass sowohl Praktikant als auch Praktikumsanbieter die Vereinbarung mit einer Frist von zwei Wochen schriftlich kündigen können“. Hier scheint die Erleichterung und Attraktivität von Praktika im Vordergrund zu stehen: beide Seiten sollen sich vergleichsweise schnell und ohne Begründung lösen können. Ein Bestandsschutz ist also eindeutig nicht beabsichtigt.

c) Klarstellung der Kranken- und Unfallversicherung

Schließlich sollen die Mitgliedstaaten nach Abs. 7 QR die Praktikumsanbieter auffordern klarzustellen, in welchem Umfang eine Kranken- und Unfallversicherung besteht. Auch diese Vorgabe dient wohl der Qualitätssteigerung durch Transparenz – gerade grenzüberschreitende Praktikanten sollen leicht erkennen können, wie sie abgesichert sind.

²² Kritisch sieht die Kommission hier vielmehr, dass unbezahlte Praktika zu Problemen bei einem gleichwertigen Zugang zu Praktika führen; im Übrigen wurde auf eine Regulierung auch

aus kompetentiellen Gründen verzichtet: Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, SWD (2012), 408 final, 2, 4.

Indes drohen dem Arbeitgeber hier erhebliche Risiken, weil die soziale Absicherung von Praktikanten keineswegs einfach und einheitlich zu beantworten ist. Während die gesetzliche Unfallversicherung regelmäßig aus § 2 Abs. 1 Nr. 2 SGB VII folgt,²³ kommen für die Krankenversicherung unterschiedliche Konstellationen in Betracht. So kann der Praktikant etwa sozialversicherungsfrei (§ 8 SGB IV), familienversichert (§ 10 Abs. 1 SGB V) oder auch krankenversicherungsfrei (§ 5 Abs. 5 SGB V) sein. Gibt der Arbeitgeber wie verlangt Auskunft über die Rechtslage droht ihm, dass in der bloßen Erläuterung der Rechtslage eine rechtsgeschäftliche Erklärung gesehen²⁴ oder ein anderweitiger Schadensersatzanspruch konstruiert wird. Entschließt sich ein Arbeitgeber, eine solche Information zu erteilen, bedarf es einer genauen Analyse der Umstände des Einzelfalls.

III. Anpassungsbedarf in Deutschland?

Welche Auswirkungen hat der Qualitätsrahmen nun auf die deutsche Rechtslage?

1. Schriftlicher Praktikumsvertrag

Für den Abschluss eines Praktikumsvertrags ist bisher – wie auch für den Arbeitsvertrag – keine Form erforderlich, § 26, 10 BBiG. Dies entspricht nicht der Empfehlung in Abs. 2 QR. Im deutschen Recht besteht auch keinerlei Verpflichtung des Praktikumsanbieters, den Praktikanten über den Umfang von Kranken- und Unfallversicherung aufzuklären; vielmehr ist die Subsumtion geltenden Rechts Aufgabe des Praktikanten. Eine entsprechende Verpflichtung des Arbeitgebers sollte auch nicht geschaffen werden, da sie zahlreiche neue Rechtsfragen – etwa bei (un)vorsätzlicher Falschauskunft – nach sich ziehen wird.

2. Arbeitszeit, Entgeltfortzahlung, Urlaub, Zeugnis

Kein Anpassungsbedarf besteht hinsichtlich der Arbeitszeit von Praktikanten. § 2 Abs. 2 ArbZG erfasst nach überwiegender Ansicht auch Praktikanten,²⁶ was die Forderung aus Abs. 6 QR erfüllt. Anspruch auf Entgeltfortzahlung besteht nach § 1 Abs. 2 EFZG auch für Praktikanten.²⁷ Insoweit wäre Abs. 7 QR großzügiger, als lediglich im Praktikumsvertrag klargestellt werden soll, wie

krankheitsbedingte Abwesenheiten gehandhabt werden. Auch der Anspruch auf Erholungsurlaub steht Praktikanten zu,²⁸ was Abs. 6 QR entspricht, der auffordert sicherzustellen, dass auch bei Praktikanten der „Mindesturlaubsanspruch“ beachtet wird. Die Aufforderung an die Praktikumsanbieter in Abs. 13 QR, Bescheinigungen oder Empfehlungsschreiben auszustellen, dürfte in der Praxis sowieso so gehandhabt werden. Im Übrigen folgt ein Anspruch aus §§ 26, 16 BBiG.

3. Kündigungsfristen

Größere Abweichungen bestehen indes bei den Kündigungsfristen. Nach §§ 26, 22 Abs. 2 BBiG ist ein (echtes) Praktikum in der Probezeit jederzeit, danach nur noch durch den Praktikanten mit einer Frist von 4 Wochen kündbar.²⁹ Der Qualitätsrahmen scheint ein flexibleres Bild vom Praktikum zu haben: Nach seinem Abs. 12 werden die Mitgliedstaaten aufgerufen, die „Praxis zu fördern, dass [...] der Praktikant oder aber der Praktikumsanbieter diese Vereinbarung mit einer Frist von zwei Wochen schriftlich kündigen können.“ Es bleibt abzuwarten, ob der Gesetzgeber dieser Aufforderung folgt und § 22 BBiG zumindest dispositiv gestaltet. Rechtspolitisch kann man diese Flexibilität durchaus zweifelhaft finden, insbesondere auch im Hinblick auf Lernerfolg und Planungssicherheit für beide Seiten.

Bedingungen und Grenzen für eine Verlängerung oder Wiederholung von Praktika werden im deutschen Recht bisher nicht geregelt, auch nicht nach den Neuerungen in § 22 Abs. 1 MiLoG. Einerseits böten diese Instrumente gesteigerten Schutz vor missbräuchlichen Praktika. Andererseits trüge es nicht zur Flexibilität und Verbreitung von Praktika bei, würde man sie quasi einer „Befristungskontrolle light“ unterwerfen.

Die Empfehlung, dass Praktika von begrenzter Dauer sein sollen, ist deutschrechtlich bereits durch §§ 26, 21 BBiG angesprochen.

4. Vergütungspflicht

Eine Vergütungspflicht für Praktika sieht der Qualitätsrahmen nicht vor. Anders als die Bundesregierung in ihrer Begründung zu § 22 MiLoG betrachtet der Qualitätsrahmen eine Vergütung auch nicht als Schutz vor unerwünschten Praktika; diese sollen durch Transpa-

23 Rieke, in: KassKomm, 82. Erg.-Lfg. Mai (2014), § 2 SGB VII Rn. 6c.

24 Zur Rechtsgeschäftsqualität falsch erteilter Pflichtinformationen schon ausführlich Kolbe, JZ 2013, 441.

25 Zu den Einzelheiten: Wank, in: Erfk, 15. Aufl. (2015), § 2 ArbZG Rn. 4; Kock, in: BeckOKArbR, Ed. 33 (2014), § 2 ArbZG Rn. 17.1.; Krimphove, BB 2014, 564, 566.

26 Etwa Ricken, in: BeckOKArbR, Ed. 33 (2014), § 1 EFZG, Rn. 3;

Reinhard, in: Erfk, 15. Aufl. (2015), § 1 EZFG Rn. 3; Wagner, Instrumente zur Sicherung von angemessenen Arbeitsbedingungen von Praktikanten (2012), 55 f.

27 Ferme, AuA 2008, 456, 458; Krimphove, BB 2014, 564, 565; Schade, NZA 2012, 654, 657.

28 Dies zurecht als „besonders unangenehm“ bezeichnend schon Ferme, AuA 2008, 456, 459.

renz bekämpft werden. Vielmehr zeichnet sich in seinem Verständnis ein gutes Praktikum durch hinreichende Lern- und nicht durch Verdienstmöglichkeiten aus.

§ 22 MiLoG sieht nun erstmalig eine Vergütungspflicht für bestimmte Praktika vor. Dies steht mit dem Qualitätsrahmen zumindest im Einklang.

IV. Fazit

Die Debatte um die Sicherstellung der Qualität von Praktika wird nun um eine europäische Komponente erweitert. Spannend ist dabei, dass andere europäische Länder gerade das Praktikum des Hochschulabsolventen als erwünschte und letztlich zu fördernde Form des Berufseinstiegs begreifen. Dies erklärt sich vielleicht aus einem unterschiedlichen Studiensystem, bei dem Bache-

lor-Absolventen mit Anfang 20 in den Arbeitsmarkt gelangen. Auf Deutschland bezogen sollte dies zum Nachdenken anregen: man mag ein unbezahltes Praktikum eines 30-jährigen Medizinabsolventen anstößig finden, wegen seines Alters und der gesammelten Erfahrung. Umgekehrt ist es eine zweifelhafte Vorstellung, einen Bachelor-Studenten für bereits „umfassend ausgebildet“ zu halten, weshalb jede weitere Ausbildung im Unternehmen missbräuchlich sei. Hier scheinen andere Europäische Länder eine differenzierteres und realistischeres Bild zu haben.

Der Autor ist Rechtsanwalt im Münchner Büro der Noerr LLP. Der Beitrag ist im Original erschienen im BB 2014, 2485. Für die OdW wird das Thema aus einem anderen Fokus beleuchtet.

Vera Angela Karoline Rödel (geb. Glatzel)
*Rechtsfolgen beihilfegewährender gegen
das Durchführungsverbot verstößender
privatrechtlicher Verträge*

**Anwendbarkeit der Rechtsprechung des BGH auf mittelbare Beihilfen unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH am Beispiel von F & E-Verträgen
Konkretisierung des Ergebnisses anhand von Klauseln für die Praxis**

Die Dissertation betrachtet am Beispiel von F & E-Verträgen zwischen Universitäten und Industrieunternehmen die Rechtsfolgen beihilfegewährender, gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV verstößender Verträge und untersucht die Anwendbarkeit der Rechtsprechung des BGH auf mittelbare Beihilfen am Beispiel von F & E-Verträgen. Darauf aufbauend werden Klauseln für die vertragliche Gestaltung von F & E-Verträgen in der Praxis vorgestellt. Diese Vertragsklauseln ermöglichen keine Umgehung des beihilferechtlichen Durchführungsverbots, vielmehr schaffen sie bereits bei Vertragsschluss Rechts- und Planungssicherheit unter Wahrung beihilferechtlicher Vorschriften und beseitigen das regelmäßig über F & E-Verträgen lastende Damoklesschwert der (Gesamt-) Nichtigkeit.

A. Themeneinführung

Obwohl das Problem der Rechtsfolgen unionsrechtswidriger Beihilfen in Rechtsprechung und Literatur seit Jahren diskutiert wird, sind viele Details aber noch ungewiss. Nach dem BGH ist ein Vertrag, durch den eine Beihilfe entgegen dem Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV gewährt wird, nichtig, weil Sinn und Zweck des Durchführungsverbots, Wettbewerbsvorteile zu verhindern, nicht anders als durch die Nichtigkeit des privatrechtlichen Vertrags zu erreichen sind.¹

Mit Urteil vom 5.12.2012² wendete sich der BGH nunmehr, wie auch von der Verfasserin in ihrer Arbeit gefordert, von der bisher postulierten Gesamtnichtigkeit als Folge eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot

ab und stellte klar, dass weder aus unionsrechtlichen Gründen noch auf Grundlage des deutschen Rechts die Gesamtnichtigkeit erforderlich ist. Nach dem BGH kann ein Vertrag, welcher Beihilfeelemente enthält, durch die Vereinbarung einer Ersetzungs- und Erhaltungsklausel mit beihilferechtskonformem Inhalt aufrechterhalten werden, falls konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, worauf sich die Parteien des Vertrags bei Nichtigkeit der Preisvereinbarung geeinigt hätten.

B. Beihilfegewährende F & E-Verträge

Wenn Universitäten wirtschaftlich tätig werden, kommen sie unter verschiedenen Aspekten mit dem Beihilferecht in Berührung: Auf der einen Seite empfangen die Universitäten staatliche Mittel für Forschung und Lehre und sind auf diese Weise Beihilfeempfänger. Sie handeln aber auf der anderen Seite auch selbst als Erbringer der Leistung, indem sie F & E-Verträge mit Unternehmen schließen und mit ihren unter Marktpreis erbrachten Leistungen die empfangenen staatlichen Zahlungen an die Unternehmen weiterreichen. So haben die Universitäten eine Position inne, in der sie sowohl Unternehmen im Sinne des Beihilferechts als auch staatlich finanzierte Einrichtungen sein können.³ Zu dieser „Zwitterstellung“ der Universitäten wird in der Arbeit ausführlich Bezug genommen.

Die Universität kann als staatlich finanzierte Einrichtung ein Unternehmen gegenüber einem anderen begünstigen. Diese Konstellation birgt die Gefahr einer mittelbaren Beihilfe an das begünstigte Unternehmen, mit dem die Universität den Vertrag schließt. Die eine Nichtigkeit des Vertrags zwischen Universität und Unternehmen und damit die infolge der Nichtigkeit ausgelöste Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses und hat den Verlust der durch den Vertrag generierten Schutzrechte zur Folge.

1 BGH, EuZW 2003, 444-448; BGH, EuZW 2004, 254-256; BGH, EuZW 2004, 252-254; BGH, BGHZ 173, 129-145; BGH, BGHZ 173, 103-116; BGH, BGHZ 188, 326-351; BGH, WuW 2012, 1065-1073.

2 BGH, EuZW 2013, 753-759, in seinen Urteilsgründen erst am

25.6.2013 veröffentlicht; der BGH nahm hier erstmals zur Frage der Teilnichtigkeit beihilfegewährender gegen das Durchführungsverbot verstößender Verträge Stellung.

3 Dazu ausführlich: *Huber/Prikoszovits*, EuZW 2008, 171 (172, 173).

I. Rechtsfolgen beihilfegewährender F & E-Verträge⁴

1. Nichtigkeit bipolarer beihilfegewährender Verträge

Nach dem BGH ist ein Vertrag nichtig, durch welchen eine Beihilfe entgegen dem Durchführungsverbot gewährt wird, weil Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV ein Verbotsgesetz nach § 134 BGB darstellt, dessen Verletzung zur Nichtigkeit des beihilfegewährenden Vertrags führt.⁵ Grundsätzlich richtet sich das Durchführungsverbot seinem Wortlaut nach nur an die Mitgliedstaaten, nicht jedoch an die Empfänger staatlicher Beihilfen. Dies steht der Anwendung des § 134 BGB aber nicht entgegen, da die Vorschrift auch dann Anwendung findet, wenn es sich zwar um die Verletzung eines nur an eine Vertragspartei gerichteten gesetzlichen Verbots handelt, der Zweck des Gesetzes aber nicht anders zu erreichen ist als durch Annullierung der durch das Rechtsgeschäft getroffenen Regelung.

Um die verhältnismäßige Rechtsfolge des gegen das Durchführungsverbot verstoßenden beihilfegewährenden Vertrags zu bestimmen, ist zu beachten, dass sich die Rechtsfolgen einer rechtswidrigen Beihilfegewährung zwar nach nationalem Recht richten, dessen Anwendung jedoch Tragweite und Wirksamkeit des Unionsrechts nicht beeinträchtigen darf und ohne Diskriminierung erfolgen muss.⁶

Da der Zweck des Durchführungsverbots nicht anders als durch die Nichtigkeit des privatrechtlichen Vertrags zu erreichen ist, führt dieser Verstoß zur Nichtigkeit der Verträge. Das Durchführungsverbot will gerade Wettbewerbsvorteile verhindern, die der Beihilfempfänger aus einer nicht auf dem vorgesehenen Weg gewährten Beihilfe ziehen kann. Dieses Ziel kann nur erreicht werden, wenn der privatrechtliche Vertrag, durch den die Beihilfe gewährt wird, als nichtig angesehen wird, damit der Beihilfegeber oder ein Wettbewerber des Beihilfempfängers in die Lage versetzt wird, zur Vermeidung einer weiteren Wettbewerbsverzerrung umgehend die Erstattung der nicht genehmigten Beihilfe zu verlangen.⁷

Insbesondere ist nach Meinung der Verfasserin die von Teilen der Literatur favorisierte schwebende Unwirksamkeit⁸ als Rechtsfolge nicht ausreichend, weil so die Wettbewerbsvorteile der vorzeitigen Auszahlung gerade nicht verhindert und damit der Telos des Durchführungsverbots nicht gewahrt würden.

Die Rechtsfolge der Gesamtnichtigkeit ist folglich grundsätzlich die verhältnismäßige Rechtsfolge eines gegen das Durchführungsverbot verstoßenden Vertrags, wenngleich der Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV weder nach Unionsrecht noch nach deutschem Recht in jedem Fall zur Gesamtnichtigkeit des Vertrags führt. Nur so wird die Wettbewerbslage vor Beihilfegewährung geschaffen und der Mitbewerber in die Lage versetzt, zu denselben Konditionen wie der Beihilfempfänger agieren zu können. Die Rechtsfolge der Teilnichtigkeit des Beihilfelements aber ließe diese fehlerhafte Auswahlentscheidung gerade bestehen und die Wettbewerbsverzerrung verfestigte sich damit.

Dennoch kommt die Teilnichtigkeit bei Vorliegen einer Ersetzungs- und Erhaltungsklausel in Betracht, so bei einem Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung; wenn Beihilfeelement ein zu geringer Preis ist. Dann reicht es zur Beseitigung der beihilferechtlich bedeutsamen Begünstigung aus, wenn vom Beihilfempfänger die Zahlung des Differenzbetrags zwischen dem vereinbarten und dem höheren beihilfefreien Preis zuzüglich des bis zur Rückforderung entstandenen Zinsvorteils verlangt wird. In einem solchen Fall müssen sich aber stets in der Vereinbarung und damit im rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien konkrete Anhaltspunkte finden lassen, worauf sich die Parteien des Vertrages bei etwaiger Nichtigkeit der Preisvereinbarung geeinigt hätten.⁹

2. Nichtigkeit multipolarer beihilfegewährender Verträge

a. Grundlegendes

Die Teilnichtigkeit des Vertrages mit der Möglichkeit der Aufrechterhaltung mit beihilferechtskonformem Inhalt

4 Dazu: Rödel, PharmR 2014, 141 ff.; ausführlich: dies., Beihilfegewährende Forschungs- und Entwicklungsverträge (2014).

5 BGH, EuZW 2003, 444-448; BGH, EuZW 2004, 252-254; BGH, EuZW 2004, 254-256; BGH, BGHZ 173, 103-116; BGH, BGHZ 173, 129-145; BGH, BGHZ 188, 326-351; BGH, WuW 2012, 1065-1073.

6 So auch: Striemi/Werner, JuS 2006, 106, 108.

7 So auch in der Literatur: Münch-Komm-BGB/Armbrüster, 6. Aufl. (2012), § 134, Rn. 104; Bacon, 2. Aufl. (2013), European community law of state aid, 20.12; Koenig, EuZW 2003, 417, 417; Kühling, ZWR 2003, 498 (502 f.); Martin-Ehlers, WM 2003, 1598, 1603; Pechstein, EuZW 1998, 495, 497; ders., Anm. z. BGH, Urt. v. 4.4.2003 – V ZR 314/02, EuZW 2003, 447, 447, 448; Staudinger-

BGB/Sack/Seibl, 15. Aufl. (2011), § 134, Rn. 313; zum Meinungsstreit „Schwebende Unwirksamkeit oder Nichtigkeit“: Pütz, NJW 2004, 2199, 2199; Schmidt-Räntsch, NJW 2005, 106, 108; Steindorff, ZHR 152 (1988), 474, 488; ders., EuZW 1997, 7, 9 ff.

8 Bungenberg/Motzkus, WiVerw 2013, 73, 110 ff.; Nomos Kommentar-Europäisches Beihilfenrecht/Bungenberg/Motzkus, (2013) Kapitel 5, S. 1302 f.; Fiebelkorn/Petzold, EuZW 2009, 323, 326; Heidenhain, EuZW 2005, 135, 135; Hopt/Mestmäcker, WM 1996, 801, 806; Pütz, NJW 2004, 2199, 2200.

9 BGH, EuZW 2013, 753, 753 (Leitsatz).

durch Vereinbarung einer Erhaltens- und Ersetzungs-klausel ist die verhältnismäßige Rechtsfolge für komplexe multipolare Vertragsverhältnisse und mittelbare Beihilfen wie F & E-Verträge, da sie ausreichend ist, um Sinn und Zweck des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV zu wahren.

Dem möglicherweise beihilfeempfangenden Unternehmen ist daher zu empfehlen, sich vor Vertragsschluss durch Verhandeln salvatorischer Klauseln abzusichern und zu untersuchen, ob die unionsrechtlichen Regeln befolgt werden, da nur auf diese Weise eine nachträglich festgestellte Gesamtnichtigkeit des geschlossenen Vertrags verhindert und die Aufrechterhaltung des Vertrages mit beihilfekonformem Inhalt erreicht werden kann.

b. Mittelbare Beihilfen

Die mittelbare Beihilfe als indirekte Vorteilsgewährung zugunsten bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige fällt auch unter den Beihilfetatbestand des Art. 107 AEUV¹⁰ und damit grundsätzlich unter die Rechtsprechung des BGH zur Nichtigkeit beihilfegewährender Verträge. Durch die Einbeziehung mittelbarer Begünstigungen in den Beihilfetatbestand werden Sinn und Zweck der sachgerechten Registrierung wettbewerbsverfälschender Fördermaßnahmen erfüllt.

c. F & E-Verträge als mittelbar beihilfegewährende Verträge

Der F & E-Vertrag birgt eine mittelbare Beihilfe, wenn die Universität ihre Leistung dem Unternehmen gegenüber unterhalb des Marktpreises oder zu einem nicht angemessenen Preis erbringt und dieses damit gegenüber anderen Mitbewerbern begünstigt wird.

Der Unionsrahmen für staatliche F & E & I-Beihilfen der Kommission beinhaltet die für die beihilferechtliche Frage der Vereinbarkeit von F & E & I-Beihilfen mit dem Binnenmarkt relevanten Aspekte und Voraussetzungen unter 2.2. (Indirect state aid to undertakings through public funded research and knowledge dissemination organisations and research infrastructures).¹¹ Der letzte Gemeinschaftsrahmen trat am 01.01.2007 in Kraft und war

ursprünglich bis zum 31.12.2013 anwendbar, erfuhr aber eine technische Verlängerung bis zum 30.06.2014.¹² Am 01.07.2014 trat der neue Unionsrahmen in Kraft, mit dem die Gewährung von Beihilfemaßnahmen zur Förderung von Maßnahmen im Bereich Forschung, Entwicklung und Innovation erleichtert werden soll.

Der Unionsrahmen führt aus, unter welchen Voraussetzungen Unternehmen im Falle einer Auftragsforschung durch Forschungseinrichtungen oder einer Zusammenarbeit mit diesen eine Begünstigung im Sinne des Beihilferechts erhalten. Dargestellt wird sowohl die Konstellation, in der die Forschungseinrichtung ein Vorhaben im Auftrag eines Unternehmens ausführt (Auftragsforschung oder Forschungsdienstleistungen) als auch, wenn mindestens zwei Partner an der Konzeption des Vorhabens mitwirken, zu seiner Durchführung beitragen und seine Risiken und Ergebnisse teilen (Zusammenarbeit von Unternehmen und Forschungseinrichtungen).

Bei einer Forschung im Auftrag von Unternehmen erhält das Unternehmen von der Forschungseinrichtung in der Regel keine staatliche Beihilfe und ist nicht begünstigt im Sinne des Beihilferechts, wenn die Forschungseinrichtung ihre Dienstleistung zum Marktpreis oder, sofern es keinen Marktpreis gibt, zu einem Preis erbringt, der sowohl sämtliche Kosten als auch eine angemessene Gewinnspanne enthält. Bei gemeinsamen Kooperationsprojekten von Unternehmen und Forschungseinrichtungen erhält das Unternehmen von der Forschungseinrichtung in der Regel keine mittelbare staatliche Beihilfe, wenn das Unternehmen sämtliche Kosten des Vorhabens trägt oder die Ergebnisse, für die keine Rechte des geistigen Eigentums begründet werden, weit verbreitet werden können oder die Forschungseinrichtungen von den beteiligten Unternehmen für die Rechte des geistigen Eigentums, die sich aus den von der Forschungseinrichtung im Rahmen des Vorhabens ausgeführten Forschungsarbeiten ergeben und auf die beteiligten Unternehmen übertragen werden, ein marktübliches Entgelt erhalten.

Zu untersuchen ist damit, ob die Leistung der For-

10 Dies wird in der Arbeit anhand einer Subsumtion unter die Tatbestandsmerkmale der Beihilfe dargestellt. Zur mittelbaren Beihilfe: EuGH, Urt. v. 19.9.2000 – C-156/98; EuGH, Urt. v. 13. 6. 2002 – C-382/99; EuG, Urt. v. 4.3.2009 – T-424/05; zu der Sache T-424/05: López, ESTAL 2010, 219-228; EuG, Urt. v. 15.6.2010 – T-177/07; Kommission, Entscheidung v. 24.1.2007 – 2007/374/EG über die staatliche Beihilfe C 52/2005, die die Italienische Republik mit ihrem Zuschuss zur Anschaffung von Digitaldecodern gewährt hat; MünchKomm-Beihilfen- und Vergaberecht/Arhold (2011), Art. 107 AEUV, Rn. 135; Koenig/Kühling/Ritter, EG-Beihilfenrecht, 2. Aufl. (2005), 63; Koenig/Sander, EuR 2000, 743, 747; López, ESTAL 2010, 219, 223 f.; Nomos Kommentar-Europäisches

Beihilfenrecht/Penner (2013), Kapitel 1, 386 f.; Quigley/Collins, EC State Aid Law and Policy (2003), 22 ff.; Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union/von Wallenberg/Schütte, 50. Ergänzungslieferung (2013), Art. 107 AEUV, Rn. 48; kritisch: Bartosch, EU-Beihilfenrecht – Kommentar (2009), Art. 87 Abs. 1 EGV, Rn. 82; gegen eine Einbeziehung mittelbarer Beihilfen: Ehle/Meier, EWG-Warenverkehr (1971), 244.

11 http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/rdi_framework_en.pdf.

12 Der neue Unionsrahmen ist zu finden unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:C:2014:198:TOC> (Stand: Juli 2013).

schungseinrichtung zu einem angemessenen Preis oder zum Marktpreis entrichtet wurde, die Rechte des geistigen Eigentums zu einem marktüblichen Entgelt übertragen wurden und so eine beihilferelevante Begünstigung des Unternehmens ausgeschlossen werden kann.

Trotz dieser Voraussetzungen des Unionsrahmens stehen die Vertragsparteien bei der Ermittlung des vom Unionsrahmen postulierten Marktpreises Problemen gegenüber. Die Bestimmung desselben ist oft nur unter gewichtigen Anstrengungen möglich. Kritisch ist dabei, dass für wissenschaftliche Dienstleistungen einer Universität regelmäßig kein Marktpreis ermittelt werden kann, weil durch die kleine Anbieterzahl für die im Vertrag vereinbarte Leistung kein Markt besteht. Daher gibt es weder Berechnungsmöglichkeiten noch Orientierungsmaßstäbe für eine angemessene Vergütung. An dieser Stelle untersucht die Verfasserin Optionen, welche eine Begünstigung im Sinne des Beihilferechts messbar und damit erkennbar für die Parteien machen kann. Der Vorschlag der Kommission, nach dem der Preis nach im Vergabeverfahren bestehenden Auswahlkriterien zu bestimmen und so die Gegenleistung marktgerecht zu gestalten ist, um auf diese Weise die Voraussetzung für den Ausschluss einer beihilferechtlichen Begünstigung zu erfüllen, stellt keine akzeptable Lösung dar.¹³ Das Bietverfahren ist nämlich im Rahmen von F & E-Verträgen zur Bestimmung des Marktpreises ungeeignet und wird sowohl vom Industrieunternehmen als auch von der Universität abgelehnt werden. Bei Wahrung der Voraussetzungen eines offenen, transparenten und bedingungslosen Ausschreibungswettbewerbs mit Vergabe an den Meistbietenden kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Motiv der Forschungsk Kooperation oder der Auftragsforschung an die Öffentlichkeit kommt. Der Ausschreibungswettbewerb konterkariert das Interesse des Unternehmens, weil auf diesem Weg geheimes Knowhow offengelegt werden könnte. Zudem möchte das Industrieunternehmen verhindern, dass Mitbewerber von der strategischen Forschungsausrichtung oder den zukünftig anvisierten Betätigungsfeldern Kenntnis erlangen. Dies würde aber gerade durch das Interesse an bestimmten Projekten erkennbar. Die Durchführung eines Bietverfahrens widerspricht auch dem Interesse der Forschungseinrichtung. Bei der Suche nach einem neuen Wirkstoff und der Entwicklung einer Substanz, an der

mit Hilfe eines Unternehmens weiter geforscht werden soll, kann und will die Forschungseinrichtung nicht alle Tatsachen offenlegen, weil manche Informationen nicht öffentlich sind und damit noch dem Patentschutz zugänglich sein könnten. Im Fall der Offenlegung solcher Details ist die geleistete Forschung wertlos und nicht mehr schutzfähig, weil die Erfindungen nicht mehr neu wären, sondern zum Stand der Technik gehörten.

Nicht nur die Bestimmung des Marktpreises, sondern auch die des Preises, der sowohl sämtliche Kosten als auch eine angemessene Gewinnspanne enthält, gestaltet sich als äußerst schwierig. Dieser Preis ist nach dem Unionsrahmen maßgebend, wenn kein Marktpreis ermittelt werden kann. Das zu wählende System der Kostenberechnung, um diesen Preis zu bestimmen, muss alle direkten und indirekten Kosten für die im Vertrag vereinbarte Forschungsleistung erfassen.

II. Rechts- und Planungssicherheit durch den Entwurf von Vertragsklauseln

Um Rechts- und Planungssicherheit bereits bei Vertragschluss für beide Vertragsparteien zu erreichen, ist nach Meinung der Verfasserin der Entwurf von Vertragsklauseln unabdingbar. F & E-Verträge sind durch die Bestimmung und das dokumentierte Aushandeln einer Vergütung im Sinne des Unionsrahmens und der Ergänzung des F & E-Vertrages um die folgenden Klauseln so zu gestalten, dass keine Beihilfe an das Industrieunternehmen besteht und auch bei Unklarheit hinsichtlich der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung zumindest keine Rückabwicklung des geschlossenen Vertrags wegen Nichtigkeit gemäß Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV i.V.m. § 134 BGB droht.¹⁴

Die in der Dissertation entwickelten Klauseln wurden anhand der Beispiele aus den Mustervereinbarungen für F & E-Kooperationen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie¹⁵ entworfen. Diese umgehen nicht das Durchführungsverbot, sondern schaffen vielmehr Rechts- und Planungssicherheit unter Wahrung der beihilferechtlichen Vorschriften.

Schon die Präambel sollte den Vertragszweck darstellen, um die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung nachzuweisen sowie die verschiedenen Arbeitspakete im Hinblick auf Beiträge, Aufwand und Interesse

13 XXIX. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik, Wettbewerbsbericht 1999, Rn. 233, 235.

14 Dazu ausführlich: Rödel, Beihilfegewährende Forschungs- und Entwicklungsverträge (2014).

15 Bezugsmöglichkeiten der BMWi Mustervereinbarungen für Forschungs- und Entwicklungskooperationen unter: <http://www.patentserver.de/Patentserver/Navigation/Patentpolitik/kooperation->

wissenschaft-wirtschaft (Juli 2014). Es werden die Klauseln des Vertrags über Auftragsforschung in der Variante der Übertragung der Schutzrechte des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (BMW, Mustervereinbarungen für Forschungs- und Entwicklungskooperationen, 12 ff.) herangezogen.

umreißen. Weiterhin soll das Interesse des Unternehmens am Zugang zu den Ergebnissen und deren Nutzung, das der Forschungseinrichtung am Entgelt und der Möglichkeit der späteren Publikation der Ergebnisse, dokumentiert werden.

Auch muss die Klausel im Hinblick auf die Altrechte sorgsam verfasst werden. Um den erörterten Ansprüchen im Vertragstext zu genügen, ist die Klausel aus dem Mustervertrag des Bundesministeriums über die Altrechte zu ergänzen:

„Die Parteien stimmen überein, dass der Wert der Altrechte, die dem Industriepartner zugeordnet werden, bereits von der Vollkostenrechnung erfasst und Teil der Gesamtvergütung ist.“

Eine solche Ergänzung der Klausel ist notwendig, um die Nichtigkeit nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV i.V.m. § 134 BGB auszuschließen, weil die Altrechte mit der Vergütungsregelung abgegolten sein müssen. Durch die Bestimmung der angemessenen Gegenleistung für Nutzung und Verwertung der Altrechte wird ein Marktpreis oder ein angemessener Preis für die Altrechte bestimmt, welcher das Vorliegen einer Begünstigung seitens des Industrieunternehmens ausschließt.

Auch die Klausel über die Vergütung der Forschungsarbeiten ist wie folgt abzuändern:

„Die Parteien sind sich darüber einig, dass die vorgenannte Vergütung der Arbeiten Gegenstand einer detaillierten Kalkulation ist, die alle Kosten erfasst, die bei Erbringung der Leistung anfallen und i.S.d. Vollkostenrechnung einen angemessenen Preis für die Leistung, das Projekt und die Übertragung von Neu- und Altrechten nach Anlage [X] darstellt und die einen gegenwärtigen und nachvollziehbaren Betrag für die Durchführung des Vertrags und die Übertragung der Rechte nach Ziffer [X] und [Y] dieses Vertrags zur Grundlage hat.“

Die Erfassung von Alt- und Neurechten ist im Rahmen der Vollkostenrechnung erforderlich, um einen Marktpreis oder einen angemessenen Preis für die Übertragung der Neurechte und die Nutzung der Altrechte zu bestimmen. Dieser kann so das Vorliegen einer Beihilfe zu Gunsten des Industrieunternehmens nach dem Unionsrahmen ausschließen und die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung dokumentieren.

Die Klausel dokumentiert, dass die Parteien bei Vertragsschluss einen angemessenen und damit beihilferechtmaßige Preis aushandeln und vereinbaren wollten. So wird das Interesse der Parteien deutlich artikuliert, auch bei etwaiger Nichtigkeit der Preisklausel am

Vertrag festzuhalten zu wollen. Dieser Fortführungswille ist wie oben dargestellt Voraussetzung für die Aufrechterhaltung des Vertrages bei Nichtigkeit der Vergütungsklausel durch Ersetzung dieser Klausel oder ergänzende Vertragsauslegung.

Zuletzt sollte auch die salvatorische Klausel des Mustervertrags des Bundesministeriums ergänzt werden, da die Gesamtnichtigkeit des Vertrags nur auf diese Weise verhindert und der Vertrag durch eine beihilferechtmäßige Klausel auch bei Unwirksamkeit der Preisklausel aufrechterhalten werden kann:

„Sollte eine der Bestimmungen oder ein wesentlicher Teil dieser Vereinbarung unwirksam oder nichtig sein oder werden, wird nach dem Willen der Parteien die Vereinbarung im Übrigen hiervon nicht berührt.“

„Derartige Bestimmungen werden die Vertragspartner durch eine neue, gültige und zumutbare Bestimmung ersetzen, die ihren ursprünglichen Absichten im wirtschaftlichen Ergebnis soweit wie möglich und dem Vertragszweck entspricht, sofern dadurch keine wesentliche Änderung des Vertragsinhalts herbeigeführt wird. Insbesondere im Fall der Unangemessenheit der Vergütung betreffend die Regelung zu Neu- und Altrechten werden die Vertragspartner diese Klausel durch eine neue gültige Bestimmung ersetzen, die der Billigkeit entspricht.“

„Wird ein entsprechender Vorschlag eines Vertragspartners abgelehnt oder von diesem innerhalb eines Monats nach Zugang nicht angenommen, kann jeder Partner beantragen, dass ein fachkundiger Schiedsgutachter die Ersetzung der Klausel nach dessen Ermessen verbindlich festlegt.“

Die salvatorische Erhaltungsklausel sollte nicht standardmäßig und allgemeingültig eingearbeitet werden, sondern hat unter Abwägung der möglichen Folgen ausgearbeitet zu werden.

Um den Willen der Parteien, den Vertrag auch dann zur Wirksamkeit gelangen zu lassen, wenn ein wesentlicher Teil desselben nichtig ist, hinreichend deutlich werden zu lassen, ist der Zusatz „oder ein wesentlicher Teil“ der Vereinbarung vonnöten. Daher muss der Wille der Parteien, bei Nichtigkeit einer Klausel, insbesondere der Preisklausel, am Vertrag festhalten zu wollen und zu einem angemessenen und folglich beihilferechtmäßigen Preis abzuändern, bereits in die Klausel einfließen. Diese Formulierung der Erhaltungsklausel hat in Verbindung mit der Ersetzungsklausel zu erfolgen. Denn erst durch das Einfügen der Ersetzungsklausel kann der durch die

Nichtigkeit entstandene „wesentliche Teil“ als Lücke gefüllt werden. Der Zusatz einer Klausel, die Sinn und Zweck des Vertragsinhalts aufzeigt, ist dementsprechend anzuraten, da damit eine Präzisierung der Klausel und Dokumentation des Parteiwillens erzielt wird.

Insbesondere im Rahmen der Suche eines angemessenen Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung oder konkreter Vergütungsmodalitäten gibt es verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten. Ausschließlich mithilfe der Ersetzungsklausel ist es möglich, ein interessengerechtes Ergebnis zu erzielen, sodass die Vereinbarung erforderlich ist, weil eine „Lückenfüllung“ durch den Richter versagen würde. Vor allem bei Nichtigkeit der Preisklausel kann der Vertrag wegen Nichtigkeit von *essentialia negotii* gesamtничtig sein. Daher kann allein durch eine solche, vom Parteiwillen ausdrücklich gewünschte, Ersetzungsklausel die Gesamtnichtigkeit verhindert werden, während eine Ersetzung der Preisklausel durch den Richter gerade nicht zulässig wäre.

Die zu entwerfende Ersetzungsklausel hat die Voraussetzungen von Bestimmbarkeit und Durchführbarkeit zu erfüllen und den Grad der Ersetzungswirkung sowie die Ersetzungsmaßstäbe festzulegen, wobei sie ausdrücklich vom Parteiwillen gedeckt sein muss und festzuschreiben hat, von wem und in welcher Weise sie zu ersetzen ist. Ansonsten drohen Auslegungsschwierigkeiten. Die entworfenen Ersetzungsklausel kann die dispositive Regelung des § 139 BGB wirksam abbedingen. Damit tritt die Gesamtnichtigkeit lediglich ein, wenn die Erhaltung des Vertrags trotz salvatorischer Klausel im Einzelfall durch den durch Vertragsauslegung zu ermittelnden Parteiwillen nicht mehr umfasst wird, was aber bei ausreichender Dokumentation und Festschreiben des Parteiwillens nicht der Fall sein sollte.

Folglich ist die Preisersetzungsklausel so auszugestalten, dass die Interessen beider Vertragsparteien hinreichend gewahrt werden. Ein Bestimmungsrecht beider Parteien sollte implementiert werden, da die Parteien wegen ihrer Sachnähe fachkundiger sind betreffend die Bestimmung von Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung für die dem Vertrag zugrunde liegenden Arbeitspakete und Leistungen als ein externer Dritter. Um Interessengerechtigkeit zu gewährleisten, ist der Zusatz der Zumutbarkeit anzuraten, um unzumutbare Härten der Klausel zu vermeiden.

Es beschleunigt den Vorgang der Ersetzung und treibt ihn an, wenn ein Schiedsgutachter die Ersetzung nach seinem Ermessen verbindlich festlegt für den Fall, dass die Parteien sich nicht einigen können. Diese Klausel steigert des Weiteren den Einigungsdruck auf die Parteien, sodass deren Verhandlungen nicht endlos fort-dauern können. Durch die Drittbestimmungsbefugnis des Schiedsgutachters, dessen Unparteilichkeit, Unabhängigkeit und Objektivität kommt dem Ersetzungsverfahren ein Mehr an Rechtssicherheit zu; es werden sowohl die Interessen beider Parteien hinreichend berücksichtigt als auch das Verfahren beschleunigt.

Die vorgeschlagenen Vertragsmodifikationen in Gestalt der Klauseln schaffen bereits bei Vertragsschluss Rechtssicherheit unter Wahrung beihilferechtlicher Vorschriften und beseitigen auf diese Weise das über dem F & E-Vertrag lastende Damoklesschwert der Nichtigkeit.

Die Autorin ist Syndikusanwältin bei der Merck KGaA als Head of Consumer Health Germany.

Ausgegraben:

*Dwbm (Dienstweihnachtsbäume)*¹

Hiermit wird die Arbeitsorganisationsrichtlinie über die Handhabung und Verwendung von Nadelbäumen, kleineren oder mittleren Wuchses, die in Diensträumen Verwendung finden (ArbOrgRichtl.Dwbm) bekannt gegeben:

1. Dienstweihnachtsbäume

Dienstweihnachtsbäume (Dwbm) sind Weihnachtsbäume natürlichen Ursprungs oder natürlichen Bäumen nachgebildete Weihnachtsbäume, die zur Weihnachtszeit in Diensträumen aufgestellt werden.

2. Aufstellen von Dwbm

2.1 Dwbm dürfen nur von sachkundigem Personal nach Anweisung des unmittelbaren Vorgesetzten aufgestellt werden. Dieser hat darauf zu achten, dass der Dwbm mit seinem unteren, der Spitze entgegen gesetzten Ende, in einem zur Aufnahme von Baumenden geeigneten Halter eingebracht und befestigt wird,

2.2 der Dwbm in der Haltevorrichtung derart verkeilt wird, dass er senkrecht steht. In schwierigen Fällen ist ein zweiter Beamter hinzuzuziehen, der das Senkrecht-Stellen überwacht und ggf. durch Zurufe wie „mehr links“, „mehr rechts“ usw. korrigiert,

2.3 im Umfallbereich des Dwbm keine zerbrechlichen oder durch umfallende Dwbm in ihrer Funktion zu beeinträchtigende Anlagen vorhanden sind.

3. Behandeln der Beleuchtung

Die Dwbm sind mit weihnachtlichem Behang nach Maßgabe des Rektorats zu versehen. Dwbm-Beleuchtungen, deren Leuchtwirkung auf dem Verbrennen eines Brennstoffs mit Flammenwirkung beruht (sog. Kerzen), dürfen nur Verwendung finden, wenn

3.1 die Bediensteten über die Gefahren von Feuersbrünsten hinreichend unterrichtet sind und

3.2 während der Brennzeit ein in der Feuerbekämpfung unterwiesener Beamter mit Feuerlöscher bereit steht.

4. Aufführen von Krippenspielen und Absingen von Weihnachtsliedern

In Universitätseinrichtungen, Dezernaten und Stabsstellen mit ausreichendem Personal können Krippenspiele unter Leitung eines erfahrenen Vorgesetzten zur Aufführung gelangen.

Zur Besetzung sind folgende in der Personalplanung vorzusehende Personen notwendig:

Maria: Möglichst weibliche Mitarbeiterin oder ähnliche Person

Josef: Älterer Beamter mit Bart

Kind: Kleinwüchsiger Mitarbeiter

Esel und Schafe: Geeignete Beamte aus verschiedenen Laufbahnen

Heilige Drei Könige: Sehr (schein-) heilige Beschäftigte

Die Rollen der Heiligen Drei Könige können auch von Beschäftigten mit dunklem Haupthaar, gebräunter Gesichtshaut und starkem, unverständlichem Akzent übernommen werden.

Bei der Besetzung der Rollen ist der Personalrat (PR), bei der Besetzung der Rolle „Kind“ mit einem Jugendlichen die Jugendvertretung und bei der Rolle „Maria“ die Frauenbeauftragte zu beteiligen.

Zum Absingen von Weihnachtsliedern stellen sich die Bediensteten ganz zwanglos, nach Dienstgraden geordnet, um den Dwbm auf. Evtl. vorhandene Weihnachtsgeschenke können bei dieser Gelegenheit durch einen Vorgesetzten (in Gestalt eines Nikolauses) und ein Mitglied des PR (in Gestalt eines Knecht Ruprecht) an die Untergebenen verteilt werden.

¹ Abrufbar unter: <https://www.zuv.uni-freiburg.de/service/dwbm>.
(16.12.2014)

Über den Ablauf der Veranstaltung ist eine Niederschrift zu fertigen und dem PR zur Aufnahme in das ZBDI zuzusenden. Aus Gründen des Datenschutzes sind in dieser Niederschrift die Namen der Personen, welche die Rollen „Esel und Schafe“ bzw. „Heilige Drei Könige“ übernommen haben, auf Wunsch unkenntlich zu machen.

5. Inkrafttreten

Diese Verordnung tritt bei allen Universitätseinrichtungen, Dezernaten und Stabsstellen, die einen Dwbm beschaffen oder beschafft haben, zum Beschaffungszeitraum in Kraft und treten mit der Aussonderung des Dwbm außer Kraft.