

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 1 / 2016

Aufsätze

Thomas Würtenberger Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der Hochschulleitung im Landeshochschulgesetz von Baden-Württemberg **1-18**

Hartmut Maier Härtefall und Nachteilsausgleich bei der Vergabe von Studienanfängerplätzen – Rechtsrahmen und Grundstrukturen der Anwendung – **19-32**

*Tobias Mandler
und Markus Meißner* Entwurfsdiskussion WissZeitVG – Möglichkeiten, Einschränkungen, Verbesserungspotential **33-50**

Anmerkungen zur Rechtsprechung

Frank Wertheimer Schadensersatzanspruch bei fehlerhaft durchgeführtem Berufungsverfahren – OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 22.07.2014, 6 A 815/11 **51-56**

Berichte

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

Buchvorstellung

Philip Dylla Wer oder was beherrscht die Stiftung? – Buchvorstellung der Dissertation „Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks“ **63-70**

Ausgegraben

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

ISSN 2197-9197

Thomas Würtenberger

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

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

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

auf Verständigung angelegte Kompetenzausübung gemeinsam mit dem Land.

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

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

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

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

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

3 StGH BW Az. 1VB 16/15.

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

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

In seinem Urteil zum niedersächsischen Vorschaltgesetz hat das Bundesverfassungsgericht vor über 40 Jahren eine Organisation der Hochschulen gefordert, die das individuelle Grundrecht der freien wissenschaftlichen Betätigung so weit als möglich verwirklicht.⁵ In der Folgezeit blieben Verfassungsbeschwerden gegen die Hochschulorganisation meist erfolglos. Das neue Modell der Hochschulorganisation mit starken, oftmals monokratischen Leitungsorganen an der Spitze der Hochschule und auf Ebene der Fachbereiche⁶ hat allerdings zu Gesetzesverfassungsbeschwerden geführt, denen das Bundesverfassungsgericht durch eine differenzierte Fortentwicklung der Partizipationsrechte von Vertretungsorganen an Leitungsentscheidungen der Hochschule in einem begrenztem Umfang abgeholfen hat.

Will man den Stand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben für gesetzliche Regelungen der Kompetenzen der Hochschulleitung bestimmen, so darf nicht an einer einzelnen oder einigen wenigen Entscheidungen angesetzt werden. Aufgabe ist vielmehr, induktiv aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu diesem Problembereich jene verfassungsrechtlichen Maßstäbe herzuleiten, die die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung leiten.⁷ Die Verfassungsmäßigkeit von Regelungen der hochschulrechtlichen Leitungsebene bestimmt sich nach folgenden verfassungsrechtlichen Rahmenseetzungen, die das Bundesverfassungsgericht⁸ in seiner jüngeren Rechtsprechung vorgegeben hat:

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

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

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

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

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

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

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

5 BVerfGE 35, 79 ff.

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

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

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

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

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

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

11 BVerfG 1 BvR 748/06 Rn. 88.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

16 BVerfG 1 BvR 748/06 Rn. 92.

17 BVerfG 1 BvR 748/06 Rn. 95.

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

19 BVerfG 1 BvR 3217/07 Rn. 57.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

21 BVerfG 1 BvR 3217/07 Rn. 60.

22 BVerfG 1 BvR 3217/07 Rn. 60.

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

24 BVerfG 1 BvR 3217/07 Rn. 67.

25 BVerfG 1 BvR 3217/07 Rn. 69.

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

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

28 BVerfG 1 BvR 748/06 Rn. 113.

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

30 BVerfG 1 BvR 3217/07 Rn. 84.

dem Leitungsorgan gewichtige wissenschaftsrelevante Befugnisse zugewiesen sind.

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

II. Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der Kompetenzen der Leitungsorgane

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

1. Hochschulautonomie und Wissenschaftsfreiheit à la carte

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

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

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

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

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

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

31 BVerfG 1 BvR 3217/07 Rn. 92.

32 BVerfG 1 BvR 3217/07 Rn. 95.

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

rater von vier Rektoren der Freiburger Universität.

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

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

a) Das Dekanat als Kollegialorgan mit gefächertem wissenschaftlichem Sachverstand

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

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

b) Legitimation durch Wahl und Abwahlmöglichkeit

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

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

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

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

c) Unterrichtspflicht des Fakultätsrates

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

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

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

37 Zur verfassungsrechtlichen Absicherung der Wissenschaftsfrei-

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

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

d) Zustimmung des Fakultätsrates zum Struktur- und Entwicklungsplan

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

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

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

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

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

f) Zwischenergebnis

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ergebnis ist also, dass die Struktur- und Entwicklungsplanung der jeweiligen Hochschule sozusagen zur gesamten Hand⁴⁴ mit dem Land geschieht. Die Hochschule und das Land müssen einvernehmlich handeln, wobei das Land auf die Verwirklichung hochschulpolitischer und gesamtgesellschaftlicher Zielsetzungen hinwirkt und die Hochschulen diese Zielsetzungen in den wissenschafts- und forschungsrelevanten Bereich integrieren.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

für die anderen Landesuniversitäten im Editorial des 246 Seiten umfassenden Struktur- und Entwicklungsplans der Universität Freiburg 2014-2018⁴⁸ ausgeführt. Dieser kam in einer „offenen Dialogkultur“ und in „vertrauensvolle(r) und konstruktive(r) Zusammenarbeit aller Akteure und Gremien“ zustande. Am Anfang standen „Strategiegespräche des Rektorats mit den Fakultätsvorständen“. Diese führten zu „Meilensteinen in den Bereichen Forschung, Lehre und institutionelle Infrastruktur vor dem Hintergrund der finanziellen Ressourcen“. Die vom Rektorat zu entwickelnde Struktur- und Entwicklungsplanung wurde sodann „in den universitären Gremien mehrfach diskutiert“, insbesondere auch in der Struktur- und Entwicklungskommission des Senats. In ähnlicher Weise wurde die Struktur- und Entwicklungsplanung auch an anderen Hochschulen des Landes erarbeitet.⁴⁹ Der Struktur- und Entwicklungsplan der Universität Tübingen kam in „einem umfassenden Aushandlungsprozess mit allen Akteuren und Gremien“ zustande. Bei der Erarbeitung des Struktur- und Entwicklungsplans der Universität Heidelberg hat man „großen Wert auf eine Transparenz des Verfahrens und eine intensive Abstimmung innerhalb der universitären Gremien gelegt“.⁵⁰ Ein Mehr an Beteiligung von Fakultäten, Fakultätsräten und Senat ist kaum vorstellbar.

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

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

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

48 Im Internet auf der Internetseite der Universität Freiburg abruf-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

aa) Ein Blick auf die Kompetenzen des Senats

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

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

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

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

bb) Die Legitimationswirkung der genehmigten Struktur- und Entwicklungspläne

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

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

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

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

Nach § 19 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 LHG nimmt der Senat zum Abschluss von Hochschulverträgen und Zielvereinbarungen (vgl. 13 Abs. 2 S. 3 LHG) Stellung. Auch wenn die Zielvereinbarungen in der Praxis bislang keine Rolle spielen, so gilt dennoch: Hier findet eine Art von *doppelter Beteiligung* des Senats statt: Denn die Hochschulverträge und Zielvereinbarungen müssen auf Grund der gesetzlichen Regelung die Zielsetzungen der genehmigten Struktur- und Entwicklungspläne beachten, denen der Senat bereits seine Zustimmung gegeben hat.⁵⁸ Damit ist die verfassungsrechtlich gebotene Beteiligung des Senats, ähnlich wie in einer Kammerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts gefordert⁵⁹, gewahrt.

cc) Beteiligung des Senats am Qualitätsmanagement

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

Eine sachadäquate Forschungsevaluation hat allerdings ihre Schwierigkeiten. Überzeugende rechtliche Vorgaben sind weder vom Gesetzgeber noch von Hochschulsatzungen etc. zu erwarten. Es gilt nach wie vor, was das Bundesverfassungsgericht 2004⁶⁰ judiziert hat: Wir sind auch wegen der allseits bekannten Wandlungen der Rahmenbedingungen wissenschaftlicher Forschung und wegen der Unterschiede im jeweiligen wissenschaftsspezifischen Umfeld immer noch im Stadium der Diskussion von Praktiken der Wissenschaftsevaluation. So hat der Wissenschaftsrat eine Vielzahl von Kriterien der Evaluation von Wissenschaft vorgeschlagen, ohne vorgeben zu können, ob es Rangordnungen der Kriteri-

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

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

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

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

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

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

59 BVerfG-K NVwZ-RR 2001, 587.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

in Hessen nicht entgegen.⁶⁸ Streitgegenstand dieser Entscheidung war allein, ob die hessische W 2-Besoldung mit Art. 33 Abs. 5 GG in Einklang stehe, weil sie nicht dem Alimentationsprinzip und der amtsangemessenen Besoldung genüge. Lediglich in einem obiter dictum hat das Bundesverfassungsgericht allerdings die These entwickelt, es bedürfe einer wissenschaftsadäquaten Ausgestaltung der Gewährleistung von Leistungszulagen.⁶⁹ In formelhafter Übernahme früherer Rechtsprechung zur Absicherung der Wissenschaftsfreiheit wird behauptet, eine wissenschaftsadäquate Ausgestaltung der Vergabe von Leistungszulagen schütze die Freiheit der Wissenschaft und damit auch den einzelnen Wissenschaftler vor wissenschaftsinadäquaten Entscheidungen.⁷⁰ Warum sich dies so verhält, bleibt ohne Begründung, – und lässt sich auch nicht ausreichend begründen. Denn wie bereits bemerkt: Das Ausmaß von Wissenschaftsfreiheit hängt nicht von den Dienstbezügen des Professors ab. Dass es sich hier um ein bloßes obiter dictum handelt, erhellt sich daraus, dass die Wissenschaftsfreiheit nicht in den Leitsätzen⁷¹ der Entscheidung thematisiert wird, dass dem Gesetzgeber keinerlei Hinweise zur prozeduralen Absicherung gegeben werden und dass im Subsumtionsteil der Entscheidung nicht auf Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG Bezug genommen wird.

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

a) Zur Wahl

Die Wahl der hauptamtlichen Rektoratsmitglieder erfolgt in einem gestuften Verfahren:

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

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

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

69 BVerfG 2 BvL 4/10 Rn. 161.

70 BVerfG 2 BvL 4/10 Rn. 159.

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

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

Eine Findungskommission hat, wie vom Bundesverfassungsgericht betont⁷², einen *maßgeblichen Einfluss auf die Wahl* der hauptamtlichen Rektoratsmitglieder. Daher müssen die an der Hochschule tätigen Wissenschaftler in der Findungskommission ausreichend gewichtig repräsentiert sein. Dem wird dadurch Rechnung getragen, dass der Findungskommission die gleiche Zahl an Mitgliedern aus Senat und Hochschulrat angehören müssen (§ 18 Abs. 1 S. 2 LHG). Durch diese *paritätische Besetzung* hat der Senat auch dann ausreichende Mitwirkungskompetenzen, wenn dem Leitungsorgan gewichtige wissenschaftsrelevante Befugnisse zugewiesen sein sollten.⁷³

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

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

b) Zur Abberufung

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

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

Bedenken, wenn die abstimmenden Wissenschaftler nicht in der Lage sind, das Quorum von 2/3 Dritteln im Senat zu erreichen.⁷⁴ In aller Regel wird dieses Quorum im Senat von der Gruppe der Hochschullehrer (auch wenn man die Dekane hinzuzählt) nicht erreicht. Dies macht die „Abwahlregelung“ im LHG gleichwohl nicht verfassungswidrig. Denn das vom Bundesverfassungsgericht geforderte 2/3 Quorum für die Wissenschaftler gilt nur *unter besonderen Voraussetzungen*⁷⁵: Die wissenschaftsrelevanten Entscheidungen müssen größtenteils bei den hauptamtlichen Rektoratsmitgliedern bzw. beim Rektorat konzentriert sein, dem Senat dürfen, abgesehen von einigen wenigen Beschluss- oder Zustimmungsrechten, nur Informations- oder Benehmensrechte zustehen. Gerade dies ist aber bei der Kompetenzverteilung zwischen Senat und Rektorat nicht der Fall. Dem Senat stehen, wie ausgeführt⁷⁶, zahlreiche Beschlusskompetenzen und Zustimmungsrechte zu.

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

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

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

72 BVerfG 1 BvR 3217/07 Rn. 84.

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

74 BVerfG 1 BvR 3217/07 Rn. 95.

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

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

77 BVerfG 1 BvR 3217/07, LS 2.

dungsbefugnisse dem Vertretungsorgan der akademischen Selbstverwaltung entzogen und einem Leitungsorgan zugewiesen werden⁶⁷. Im Gesamtgefüge des baden-württembergischen Hochschulorganisationsrechts zeigt sich eine verfassungskonforme Austarierung zwischen den Kompetenzen von Senat, Hochschulrat und Rektorat einerseits und den *Bestellungs- und Abberufungsregelungen* der (hauptamtlichen) Rektoratsmitglieder andererseits.

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

III. Abschließende Würdigung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Hartmut Maier

Härtefall und Nachteilsausgleich bei der Vergabe von Studienanfängerplätzen – Rechtsrahmen und Grundstrukturen der Anwendung⁻¹

I. Ausgangslage und normative Rahmenbedingungen

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

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

Die nähere Befassung damit, die verständlich motivierten Studienwünsche zeitnah in dem heutigen Vergabesystem für Studienanfängerplätze umzusetzen, lässt jedoch alsbald dunkle Wolken aufziehen. Das gilt für die stark nachgefragten und deshalb in das bundesweite zentrale Vergabeverfahren bei der Stiftung für Hochschulzulassung⁵ einbezogenen Studiengänge (Human-) Medizin, Zahnmedizin, Tiermedizin und Pharmazie in besonderer Weise. Die Durchschnittsnote (DN) ist hier die erste Säule der Auswahl unter den in hoher Zahl um einen solchen Studienplatz nachsuchenden Bewerbern. So lag die Auswahlgrenze für einen Studienanfängerplatz im Studiengang Medizin im Wintersemester (WS) 2015/2016 in der Abiturbestenquote (nach Abzug von Sonderquoten sind dies 20 v. H. der zu vergebenden Studienanfängerplätze) je nach dem Land, in dem die HZB erworben wurde, bei 1,0 bzw. 1,1. Für den Studiengang Zahnmedizin lag die Auswahlgrenze in dieser Quote für dieses Bewerbungssemester zwischen 1,1 und 1,4; ähnliche Auswahlgrenzen ergaben sich für das Studium der

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

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

Tiermedizin (zwischen 1,2 und 1,6) und der Pharmazie (zwischen 1,1 und 1,6).⁶ Diese – über die Jahre jedenfalls nicht geringer gewordenen – Anforderungen in der Abiturbestenquote verdeutlichen, dass unter den heutigen schulischen Gegebenheiten eine HZB im „Einserbereich“ nicht mehr nur einen exklusiven Kreis schmückt, sondern dieser schulische Erfolg mit einer hohen Zahl von Mitstreitern geteilt wird. Nach Angaben der Kultusministerkonferenz (KMK) für das Abschlussjahr 2013 lag der Anteil der Schüler und Schülerinnen mit einer Abiturnote von 1,0 bis 1,9 je nach Bundesland zwischen 15,6 v. H. (Niedersachsen mit einem Notenmittel von 2,61) und 37,8 v. H. (Thüringen mit einem Notenmittel von 2,17).⁷ Aber nicht nur in der Quote der Abiturbesten sind die Anforderungen dafür, sofort oder jedenfalls ohne eine lange Wartezeit das gewünschte medizinische oder pharmazeutische Studium aufnehmen zu können, hoch. Die Durchschnittsnote der HZB ist nämlich nicht weniger von Bedeutung für die Beteiligung an dem sog. Auswahlverfahren der Hochschule (AdH), in welchem (nach Abzug der Sonderquoten) 60 v. H. der in den Studiengängen Medizin, Tiermedizin, Zahnmedizin und Pharmazie zu vergebenden Studienanfängerplätze ausgebracht werden. In diesem Verfahren muss der Grad der schulischen Qualifikation nach normativer Anordnung⁸ den maßgeblichen Einfluss auf die Auswahlentscheidung haben. Die Hochschulen sind hier lediglich befugt, bei der zu bildenden Rangfolge innerhalb dieser Quote zusätzliche – in Punktwerte einmündende – Auswahlkriterien neben der aus der HZB folgenden Qualifikation zu berücksichtigen. Diese können je nach Landesrecht und Hochschule u. a. sein: die Gewichtung von Einzelnoten der HZB, das Ergebnis eines fachspezifischen Studierfähigkeitstests, neben dem schulischen Abschluss absolvierte Berufsausbildungen und -tätigkeiten, das Ergebnis eines Auswahlgesprächs oder Verbindungen der vorgenannten Merkmale. Nicht sämtliche Bewerber haben eine reale Chance, im AdH einen Studienplatz zu erhalten. Eine Einladung zu Auswahlgesprächen der Hochschule oder zu dortigen Studierfähigkeitstests erhält nämlich – neben anderen Anforderungen, etwa der Ortspräferenz – regelmäßig nur derjenige, der zu der

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

Schließlich werden auch die Studienanfängerplätze in den vielen – inzwischen die Regel bildenden – Zulassungszahlenbegrenzten Studiengängen außerhalb des bundesweiten zentralen Vergabeverfahrens, die mithin die Hochschulen selbst ausbringen, zu einem großen Teil über das Kriterium der Durchschnittsnote der HZB vergeben. Die dabei bei den einzelnen Hochschulen geltenden und oftmals anspruchsvollen Notengrenzen sind vielen Bewerbern zunächst kaum bekannt. So stellten sich die Grenznoten an der WWU Münster zum WS 2014/2015 (Stand nach Abschluss des Nachrückverfahrens) in den nachgenannten Studiengängen wie folgt dar: Betriebswirtschaftslehre/Bac.: 2,1, Biologie/Zweifach-Bachelor: 2,2, Kommunikationswissenschaft/Bac.: 1,8, Politik und Recht/Bac.: 2,4, Psychologie/Bac.: 1,3, Rechtswissenschaft/Staatsexamen: 1,9.¹⁰ Sogar bei der Auswahl der Bewerber um einen Platz in einem kapazitätsbegrenzten konsekutiven Masterstudiengang sehen sich Hochschulen berechtigt, rangrelevant neben dem Ergebnis und dem inhaltlichen Gehalt des vorausgegangenen Bachelorabschlusses auch der Durchschnittsnote des schulischen Abschlusses Bedeutung zuzumessen.¹¹ All dies belegt die zentrale Bedeutung der Durchschnittsnote der HZB für die Chance, den gewünschten Studienplatz zu erhalten, und zwar auch und gerade im Nachkommabereich.

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

6 Vgl. Übersicht der Stiftung für Hochschulzulassung zum WS 2015/2016 (Stand: 12.8. 2015), http://www.hochschulstart.de/fileadmin/downloads/NC/wise2015_16/nc_alle_ws15.pdf.

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

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

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

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

10 Vgl. www.uni-muenster.de/studium/bewerbung/bew_oertlich_auswahl_ws_1415.html. Zu den Auswahlgrenzen des SS 2015 vgl. www.uni-muenster.de/studium/bewerbung/bew_oertlich_auswahl_ss_15.html.

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

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

Die zurzeit in den Studiengängen des bundesweiten zentralen Vergabeverfahrens für eine Zulassung zum Wunschstudium erforderliche Wartezeit ist ernüchternd.¹³ Sie betrug zum WS 2015/2016 im Studiengang Medizin 14 Wartehalbjahre¹⁴ (mit einer nachrangig relevanten DN von 3,3), im Studiengang Tiermedizin 10 Wartehalbjahre (nachrangig DN von 2,2), im Studiengang Zahnmedizin 12 Wartehalbjahre (nachrangig DN von 3,0) und im Studiengang Pharmazie 2 Wartehalbjahre (nachrangig DN von 1,6).¹⁵

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

Diese – für die Zukunft kaum geringer werdenden – Wartezeiterfordernisse zur Studienaufnahme in kapazitätsbegrenzten Studiengängen, namentlich in denen des zentralen Vergabeverfahrens, werfen für viele Bewerber nicht nur die Frage auf, ob solche zeitlichen Verschiebungen überhaupt in die Lebensplanung eingestellt werden können, sondern auch die, wie man diese (langen) Zeiträume sinnvoll und zielführend überbrücken könnte. Die Aufnahme einer fachnahen beruflichen Ausbildung¹⁸, die Ableistung eines freiwilligen sozialen Dienstes oder sogar ein Ausweichen in das europäische Ausland¹⁹ wird erwogen, stellt aber vielfach aus verschiedensten Gründen keinen gangbaren Weg dar.

II. Die Sonderanträge aus Härte- oder Benachteiligungsgründen

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

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

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

14 Bei einer Regelstudienzeit dieses Studiums von 12 Semestern.

15 Vgl. Nachweis unter Fn. 6.

16 Vgl. Tabellenwerk der WWU Münster unter www.uni-muenster.de/studium/bewerbung/bew_oertlich_auswahl_ws_1415.html. Die Auswahlgrenzen im SS 2015 sind, soweit überhaupt eine Studienaufnahme zum Sommersemester angeboten wurde, unter

www.uni-muenster.de/studium/bewerbung/bew_oertlich_auswahl_ss_15.html veröffentlicht.

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

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

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

1. Härtefallanträge

Hierzu zählt zum Einen ein ergänzend zu der regulären Bewerbung möglicher Antrag auf eine Anerkennung als Härtefall. Ein solcher Härtefallantrag kann sowohl im bundesweiten zentralen Vergabeverfahren bei der Stiftung als auch in den Zulassungsverfahren, die die Hochschule selbst – ggf. in einem Serviceverfahren²⁰ – durchführt, gestellt werden.²¹ Hiermit durchzudringen hat zur Folge, innerhalb der hierfür bestimmten (Vorab-) Quote sofort zum Wunschstudium zugelassen zu werden.²² Ein solcher Antrag kann allerdings bei zudem hohen formalen und Darlegungs- sowie Nachweiserfordernissen in der Sache nur durchgreifen für Bewerber, für die es eine „außergewöhnliche Härte“ bedeuten würde, wenn sie für den genannten Studiengang keine sofortige Zulassung erhielten. Eine außergewöhnliche Härte liegt vor, wenn „in der eigenen Person liegende besondere soziale oder familiäre Gründe die sofortige Aufnahme des Studiums zwingend erfordern“.²³ Nach der Rechtsprechung ist hier eine strenge Betrachtungsweise geboten. Die Zulassung im Härtewege führt nämlich nach dem geltenden Vergabesystem zwangsläufig zur Zurückweisung eines anderen, noch nicht zugelassenen Mitbewerbers.²⁴ Zu beachten ist die Funktion, die derartigen Härtefallregelungen in Übereinstimmung mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung²⁵ nach dem Verständnis des Normgebers zukommen soll. Sie sollen „im Lichte des Gleichheitssatzes die Funktion haben, innerhalb des notwendigerweise schematisierenden Auswahlsystems für Massenverfahren einen Ausgleich für die mit dem System selbst verbundenen Unbilligkeiten im Einzelfall der Studienzulassung zu schaffen“.²⁶ Die hierzu von der Stiftung herausgegebenen Hinweise²⁷ zu dem dortigen „Sonderantrag D“ entsprechen dem von der Rechtspre-

chung insbesondere des VG Gelsenkirchen und des OVG NRW in ständiger Spruchpraxis angelegten Prüfungsmaßstab. Bei diesen Gerichten sind die Streit-sachen um Studienzulassung in Studiengängen des bundesweiten zentralen Vergabeverfahrens, soweit die Stiftung dort eigene Zulassungsentscheidungen trifft, konzentriert.²⁸ Die Hochschulen haben die Hinweise der Stiftung zu den Anforderungen bei Härtefallanträgen für die in ihrer Zuständigkeit liegenden Zulassungsentscheidungen inhaltsgleich oder jedenfalls in der Sache übernommen.²⁹ Danach kann etwa eine außergewöhnliche Härte i. S. d. § 15 VergabeVO NRW angenommen werden, wenn der Bewerber nachweist, dass er an einer ernsthaften Erkrankung mit Verschlimmerungstendenz leidet, die dazu führen wird, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit in Zukunft die Belastungen des Studiums in diesem Studiengang nicht durchgestanden werden können. Auch weitere Erkrankungen oder Behinderungen können unter engen Voraussetzungen, etwa einem aus diesen Gründen folgenden persönlichen Unvermögen, eine Wartezeit sinnvoll überbrücken zu können, einen solchen Sonderantrag tragen. Der Nachweis muss innerhalb der als Ausschlussfrist³⁰ ausgestalteten Bewerbungsfrist – einschließlich einer etwaigen Nachfrist zur Ergänzung von Antragsunterlagen – erbracht werden. Die Anforderungen an den Nachweis einer hier beachtlichen gesundheitlichen Beeinträchtigung sind jedoch so hoch, dass sich ein Bewerber glücklich schätzen sollte, sich nicht in einer derartigen Lebenslage zu befinden. Die Darlegung, aus sonstigen persönlichen, insbesondere familiären oder sozialen Gründen die Anerkennung als Härtefall zu erreichen, ist nochmals schwieriger. Hier mag an die Situation gedacht werden, dass der Bewerber früher für diesen Studiengang eine Zulassung erhalten hatte, es ihm jedoch aus zwingenden, etwa schwerwie-

20 Vgl. § 27 VergabeVO NRW.

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

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

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

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

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

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

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

27 www.hochschulstart.de/index.php?id=hilfe1010 sowie zusammenfassend unter www.hochschulstart.de/fileadmin/downloads/Merkblaetter/m07.pdf.

28 Vgl. § 52 Nr. 3 S. 4 und 5 VwGO.

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

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

genden gesundheitlichen Gründen unmöglich war, diese Zulassung auszunutzen.

Gemessen hieran drängt sich auf, dass die Nachfragefrage für die Landarztpraxis³¹ oder für die Apotheke nicht über einen Härtefallantrag gelöst werden kann. Dasselbe rechtliche Schicksal teilen die meisten sonst von den Bewerbern als außergewöhnliche Härte begriffenen Lebenssachverhalte, und zwar unabhängig davon, ob die angeführten Gründe mit oder ohne eine – subjektiv nachvollziehbare – Aggravierung vorgebracht werden. Einer Kompensation erlittener Schicksalsschläge dient die Härtefallregelung in ständiger Rechtsprechung jedenfalls nicht. Auch dient sie nicht der Heilung oder Linderung psychischer Erkrankungen oder Depressionen³², und zwar gleichgültig, ob deren Ursachen gerade in der Enttäuschung liegen, auf lange Zeit nicht das Wunschstudium aufnehmen zu können, oder ob sie auf anderen Umständen beruhen.³³ Auch kann nach dem Quotensystem des Staatsvertrages und der VergabeVO selbst eine langjährige Wartezeit auf den gewünschten Studienplatz, die man mit den konkurrierenden Bewerbern der Wartezeitquote teilt, als solche keinen individuellen und außergewöhnlichen Härtefall begründen. Die Funktion eines quasi automatischen Einrückens der Gruppe langjährig Wartenden in die Härtefallquote hat der Normgeber der individuell ausgebildeten Härtefallregelung nicht zugewiesen.

2. Anträge auf einen Nachteilsausgleich

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

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

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

Notenverbesserung Sonderantrag E	Wintersemester 2014/15	Sommersemester 2015
Anträge gesamt	898	256
Anträge anerkannt	125	59
Anträge abgelehnt	773	197

Wartezeitverbesserung Sonderantrag F	Wintersemester 2014/15	Sommersemester 2015
Anträge gesamt	693	212
Anträge anerkannt	99	34
Anträge abgelehnt	594	178

Die auf einen Nachteilsausgleich gerichteten Sonderanträge finden ihre derzeitige Rechtsgrundlage in Art. 9 Abs. 3 S. 2 des Staatsvertrages vom 5.6.2008, den hierauf bezogenen Ratifizierungsgesetzen³⁵ sowie den ausfüllenden gesetzlichen oder untergesetzlichen Regelungen der Länder, die jeweils Einzelbestimmungen, getrennt nach dem Ziel einer Verbesserung der Durchschnittsnote der HZB oder der Wartezeit, enthalten. In NRW sind dies § 11 Abs. 5 sowie § 14 Abs. 3 VergabeVO NRW. Sie bewirken im Falle des Erfolgs des hierauf bezogenen Sonderantrags, dass der Bewerber in den jeweiligen Vergabequoten mit einer besseren Durchschnittsnote bzw. der höheren Wartezeit berücksichtigt wird. Der erfolgreiche Sonderantrag zum Nachteilsausgleich hat somit nicht zur Folge, dass damit stets und unmittelbar eine Zulassung für den betreffenden Studiengang im Bewerbungssemester erfolgt. Er führt vielmehr zunächst allein zu einem besseren Rangplatz und damit einer Chancenver-

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

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

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

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

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

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

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

Ursprünglich waren die Grundlagen, einen Nachteilsausgleich im Bereich der Durchschnittsnote der HZB oder der Wartezeit zu erwirken, nur teilweise normiert. Die seit dem Jahre 1973 maßgeblich gewesenen Normen, insbesondere die Regelungen in den älteren Staatsverträgen der Länder über die Vergabe von Studienplätzen³⁶, sprachen generell in Gestalt eines unbestimmten Rechtsbegriffs die Situation einer „außergewöhnlichen Härte“ an und wiesen den damit erfolgreichen Bewerber der Vorabquote für Fälle außergewöhnlicher Härte zu. Die damalige VergabeVO³⁷ war ebenfalls generell gefasst, erwähnte allerdings in § 9 Abs. 3 Nr. 3 als Nachteilsituation jedenfalls „Zeitverluste bei der Aufnahme des Studiums, die vom Bewerber nicht zu vertreten sind“. § 15 Abs. 3 Nr. 2 VergabeVO vom 10.05.1977 benannte als einen im Rahmen der Härtequote beachtlichen Nachteil, wenn „Umstände in der Person des Bewerbers vorliegen, die dieser nicht zu vertreten hat und ihn gehindert haben, die Voraussetzungen für eine Zulassung im Rahmen der Auswahlquoten nach Qualifikation oder Wartezeit zu erfüllen“. Die Rechtsprechung systematisierte seinerzeit die normierte allgemeine Härteklausele im Wege einer Unterscheidung zwischen „kausalitätsabhängigen“ und „kausalitätsunabhängigen“ Härtegründen. Die kausalitätsabhängigen Härtegründe sollten diejenigen Situationen im Wege eines Nachteilsausgleichs (sog. Handikap-Ausgleich) erfassen, in denen besondere Umstände in der Person des Bewerbers, die er nicht zu vertreten hat, ihn gehindert haben, entweder eine bessere Durchschnittsnote oder eine höhere Wartezeit zu erreichen. Als relevante Härtegründe genügten dabei allerdings – wie sich aufdrängt – nur die, die den Bewerber insgesamt gesehen gehindert haben, die Auswahlgrenze des jeweiligen regulären Auswahlkriteriums zu erreichen. Das führte für die Studienbewerber, die solche kausalitätsabhängigen Härtegründe geltend machten, zu der Situation, dass im Vergabeverfahren

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

Seit dem Inkrafttreten des Staatsvertrages vom 14.06.1985³⁹, parallel zum Zweiten Gesetz zur Änderungen des HRG vom 28.03.1985⁴⁰ und auch zu der Änderungen in der ländereinheitlichen VergabeVO ZVS⁴¹, sind die Härtefallregelung und die Bestimmungen zu einem Nachteilsausgleich normativ getrennt worden. Art. 12 StV 1985 regelte in seinem Abs. 3 S. 2 erstmals den Nachteilsausgleich bei der Durchschnittsnote bzw. der Wartezeit eigenständig dahin, dass Bewerber, die dies erfolgreich in Anspruch nehmen, mit dem jeweils dann nachgewiesenen Wert am Vergabeverfahren in den Regelquoten beteiligt werden. § 14 Abs. 3 und § 17 Abs. 3 VergabeVO ZVS 1985 setzten dies auf Verordnungsebene entsprechend um. Hierbei ist es bis heute⁴² geblieben, was auch systemgerecht ist.

a) Der Sonderantrag „Verbesserung der Durchschnittsnote der Hochschulzugangsberechtigung“

Die Beurteilung eines auf eine Verbesserung der Durchschnittsnote der HZB gerichteten Sonderantrags im zentralen und auch in den von den Hochschulen durchzuführenden Vergabeverfahren für kapazitätsbeschränkte Studiengänge erfordert, sich zunächst den Gegenstand und den Kontext präsent zu machen, auf den sich ein solches Begehren bezieht. Das ist in den meisten Fällen die Durchschnittsnote, die aus dem Abiturzeugnis⁴³ nach dem erfolgreichen Abschluss der gymnasialen

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

37 Vgl. § 9 VergabeVO ZVS vom 10.5.1973.

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

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

40 BGBl. I 605.

41 Z.B. in NRW vom 2.9.1985.

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

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

Oberstufe⁴⁴ folgt. In diesem Abiturzeugnis, einer von der Schule ausgestellten Urkunde, werden die vom Schüler in den beiden Abschlussjahren der gymnasialen Oberstufe – dem 1. und 2. Jahr der sog. Qualifikationsphase – in den einzelnen Kursen bzw. Fächern und weiter die in der Abiturprüfung erbrachten Leistungen bewertet ausgewiesen. Die auf die einzelnen Aufgabenfelder⁴⁵ der gymnasialen Oberstufe bezogenen Leistungen werden dabei in ein Punktesystem einbezogen und führen zu der Gesamtqualifikation und der zugleich ausgewiesenen Durchschnittsnote. Die Umrechnung der Gesamtpunktzahl des Abiturs in die Durchschnittsnote – auf eine Stelle nach dem Komma – ist in der Anlage 2 zu § 11 Abs. 3 Satz 1 VergabeVO NRW geregelt. Eine nur geringfügige Erhöhung der Gesamtpunktzahl durch eine Punkteverbesserung in einem Fach/Kurs oder in mehreren Fächern/Kursen führt nicht stets zu einer Verbesserung der Durchschnittsnote der HZB im Nachkommabereich, da hier Punktespannen bestehen. Das Zeugnis und die für die einzelnen Leistungsbestandteile festgesetzten Kursnoten bzw. Punkte haben Verwaltungsaktqualität.⁴⁶ Die durch Noten/Punkte im Abiturzeugnis ausgedrückten Leistungsbewertungen können mit Widerspruch und Klage angegriffen werden. Sie sind der Bestandskraft fähig.

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

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

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

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

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

in-nordrhein-westfalen-informationen-fuer-schuelerinnen-und-schueler-die-im-jahr-2016-in-die-gymnasiale-oberstufe-eintreten/1651.

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

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

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

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

Diese können persönlicher oder sächlich/organisatorischer Art sein. Auch war und ist den Normgebern bekannt, dass Leistungsbewertungen, gerade was die in das Abiturzeugnis einbezogenen Noten/Punkte betrifft, von Land zu Land und weiter heruntergebrochen auch innerhalb eines Landes bis auf die Ebene der einzelnen Gemeinde oder Schule nicht uneingeschränkt gleichförmig sind und dies auch nicht sein können. Das wird nicht zuletzt dadurch belegt, dass § 32 Abs. 3 Nr. 1 HRG einen hierauf bezogenen Auftrag an die Länder zur Herstellung vergleichbarer Anforderungs- und Bewertungssysteme innerhalb eines Landes und im Verhältnis der Länder untereinander enthält. Solange es hieran – wie auch derzeit⁵⁰ – fehlt, sind für die Auswahl in der Abiturbestenquote Landesquoten zu bilden. Art. 10 Abs. 1 S. 1 STV 2008 und §§ 12 und 13 VergabeVO setzen dies um. Damit konkurriert der Bewerber nur mit Mitbewerbern, die die HZB im selben Land erworben haben. Trotz all dieser Problemhaltigkeit legt der Normgeber des Vergaberechts⁵¹ jedoch – verfassungsrechtlich wohl unbedenklich – als tragend zugrunde, dass die Abiturdurchschnittsnote auf der Basis erbrachter schulischer Leistungen ein valider Indikator zur Beurteilung der Studieneignung des Bewerbers für den betreffenden Studiengang ist. Sie soll zugleich implizieren, dass der durch die Höhenlage der HZB besonders qualifiziert ausgewiesene Bewerber im Stande ist, die Anforderungen in dem betreffenden Studiengang in angemessener Zeit, vorzugsweise in der Regelstudienzeit, zu bewältigen. Ausgehend von dieser Grundentscheidung zur Bedeutung der Durchschnittsnote der HZB ist sodann eine ergänzende Regelung dahin getroffen worden, dass unter besonderen individuell bezogenen Voraussetzungen eine rangrelevante Verbesserung der Durchschnittsnote vorzunehmen ist. Hiermit wird ein strukturell von dem Grundansatz abweichendes Element prognostischer Betrachtung eingebracht, nämlich die Berücksichtigung einer schulischen Leistungshöhe, die im Einzelfall bei Wegdenken bestimmter Hinderungsgründe möglich gewesen wäre. Die Berücksichtigung einer rückschauend abgeleiteten hypothetischen Leistungshöhe erfolgt ausschließlich für das Vergabeverfahren.⁵² Schon dieser vor dem Hintergrund eines Regel-/Ausnahmeverhältnisses stehende Einschluss einer nur prognostisch ableitbaren Leistungshöhe in das Vergabesystem gebietet es, die Vo-

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

Hiervon ausgehend stellen sich alle von den Bewerbern und Bewerberinnen als Erschwernis geltend gemachten Gründe, die sich auf die „Schullandschaft“, die Schulstruktur, das gegebene Bildungssystem in dem jeweiligen Land und auch auf die Rahmengengebenheiten in der einzelnen Schule beziehen, grundsätzlich nicht als individuell ausgleichsfähige Nachteile i.S.d. Art. 9 Abs. 3 S. 2 StV 2008, § 11 Abs. 5 VergabeVO NRW dar. Dies sind beispielhaft⁵³ folgende Gründe:

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

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

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

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

Sonderantrag Nachteilsausgleich für Spitzensportler bei einer Hochschulzulassung, s. www.ospbayern.de/cms/upload/Downloads/Infoblatt_Nachteilsausgleich_Zulassung_zum_Studium1.pdf.

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

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

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

- behauptete fachliche oder persönliche Defizite bei einzelnen Lehrkräften;

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

- angeblich allgemein schlechte Lernbedingungen an der besuchten Schule .

Für das letztere Beispiel könnte Abweichendes in Betracht kommen, wenn eine einzelne Schule etwa durch einen gravierenden Unglücksfall⁵⁴ oder durch tiefgreifende Skandale⁵⁵ lange Zeit an der Durchführung eines geordneten Schulbetriebs gehindert gewesen ist und sich dies nachweisbar auf den Leistungsstand des Bewerbers ausgewirkt hat.

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

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

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

Zahlreiche auch in der Rechtspraxis angeführte Nachteilsgründe scheitern an dem Erfordernis, dass der Bewerber ihre Ursache „nicht selbst zu vertreten“ haben darf. Vertretenmüssen bedeutet hier keine persönliche Vorwerfbarkeit oder gar ein Verschulden in eigener Sache. Maßgeblich ist, ob der angebliche Erschwerungsgrund auf selbst oder zurechenbar durch Dritte (insbesondere den Erziehungsberechtigten) gesetzten Umständen beruht. So handelt es sich um einen zu vertretenden Umstand, wenn bei der Wahl der Grund- oder Leistungskurse Abschätzungen zu der eigenen Leistungsfähigkeit oder Neigung eingeflossen sind, die sich später als zu optimistisch dargestellt haben. Das gilt auch unter Einschluss von dabei erfolgten schulischen Beratungen und Empfehlungen. Wählt der Schüler – bei entsprechender Beurlaubung – einen Auslandsaufenthalt⁵⁶ und tritt er nach Rückkehr sofort – also unter Anrechnung der Auslandszeit auf den „heimischen“ Bildungsweg – in die Qualifikationsphase der gymnasialen Oberstufe ein in der von der Schule mitgetragenen Erwartung, danach nahtlos an einen vorherigen hohen Leistungsstand anknüpfen zu können, ist es vom Schüler zu vertreten, wenn diese Erwartung sich später nicht realisiert. Die Entscheidung, im Verlauf des Schulbesuchs eine Klasse oder Jahrgangsstufe zu überspringen⁵⁷, ist – wie andere Maßnahmen der Akzeleration auch – stets vom Schüler zu vertreten.⁵⁸ Wird in solchen Fällen später angeführt und sogar schulisch attestiert, es habe ihm in einzelnen Kursen im Vergleich mit den älteren Mitschülern an der erforderlichen Reife und Lebenserfahrung gefehlt, um sein Leistungspotential voll auszuschöpfen, so ist dies für einen Nachteilsausgleich rechtlich unergiebig.

Wird neben der Schule ein zeitintensiver Leistungssport betrieben und kommt es infolgedessen zu schulischen Defiziten, sollten sie denn überhaupt nachvollziehbar durch ein Schulgutachten belegbar sein⁵⁹, so ist

54 Vgl. www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-03/haltern-am-see-flugzeugabsturz-trauer.

55 Vgl. www.faz.net/aktuell/rhein-main/hessen/odenwaldschule-schliesst-eine-schule-am-boden-13560599.html.

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

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

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

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

dies ein selbst zu vertretender Umstand, der einen Nachteilsausgleich nicht rechtfertigt.⁶⁰ Soweit nach der Verwaltungspraxis der Stiftung⁶¹ ein Nachteilsausgleich bei „Zugehörigkeit zum A-, B-, C- oder D/C-Kader der Bundessportfachverbände von mindestens einjähriger ununterbrochener Dauer während der letzten drei Jahre vor Erwerb der HZB“ dem Grunde nach wegen eines hier offenbar gesehenen öffentlichen (nationalen) Interesses gewährt wird, dürfte dies mit dem geltenden Recht nicht vereinbar sein. Auch dieser Personenkreis betreibt den Spitzensport keinesfalls zwangsweise, sondern aufgrund eigener Entscheidung.⁶² Derartige auf ein besonderes öffentliches Interesse bezogene Tätigkeiten⁶³ eines Studienbewerbers während seiner Schulzeit mögen bei einem von der Stiftung zu bescheidenden Sonderantrag (A), gerichtet auf eine bevorzugte Berücksichtigung des ersten Studienortwunsches (§ 21 Abs. 3 VergabeVO NRW) auf der nach Auswahl durchzuführenden Verteilungsstufe, berücksichtigungsfähig sein, nicht jedoch beim Nachteilsausgleich auf der Auswahlstufe.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Kultusministerium, Erlass vom 17.12.2014, www.og-eschwege.de/julio/sites/default/files/erlass_schulgutachten_17_de_zember_2014.pdf.

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

Hochschule für das AdH die nach § 11 Abs. 3 bis 5 VergabeVO NRW ermittelte Durchschnittsnote des Bewerbers zu übermitteln. Eine einheitliche Entscheidungszuweisung der Stiftung wegen einer Notenverbesserung wäre verwaltungspraktisch sicher naheliegend und würde auch deren umfassende Erfahrung berücksichtigen. Die Hochschulen haben hierzu – soweit ersichtlich jedenfalls teilweise⁶⁸ – auch korrespondierende eigene Satzungsregelungen getroffen, wonach für das AdH die Stiftung die Feststellung zu einer Notenverbesserung trifft. Allerdings dürften solche Regelungen nur die Rechtsbeziehung zwischen der Hochschule und der Stiftung betreffen. Im Außenrechtsverhältnis zum Bewerber ändert dies wohl nichts daran, dass die jeweilige Hochschule – ggf. mit Hilfe der Stiftung – die Entscheidung zu einem Nachteilsausgleich wegen der DN im AdH zu treffen hat und ein sich anschließendes Rechtsschutzgesuch wegen dieses Nachteilsausgleichs gegenüber der Hochschule als sachliche Streitgegnerin zu führen ist.⁶⁹ Eine Beiladung der Stiftung zu diesen gegen die Hochschule gerichteten gerichtlichen Verfahren ist weder geboten noch sonst erforderlich. Eine bestandskräftig gewordene Entscheidung der Stiftung zu Anträgen auf Nachteilsausgleich innerhalb der Abiturbestenquote entfaltet keine Bindungswirkung in dem gegen die Hochschule geführten Verfahren. Das gilt bei Streitigkeiten über die Beteiligung an einer notengesteuerten Zulassung zu Auswahlgesprächen und Testverfahren innerhalb des AdH in gleicher Weise.

Zu beachten ist ferner, dass ein Sonderantrag auf einen Nachteilsausgleich zu jedem Bewerbungsemester neben dem Hauptantrag auf Zulassung erneut gestellt werden muss, und zwar wiederum fristgerecht mit allen erforderlichen Unterlagen. Eine in einem vorausgegangenem Bewerbungsemester zum Sonderantrag positiv ergangene Entscheidung⁷⁰ entfaltet keine Feststellungs- und Bindungswirkung für nachfolgende Vergabeverfahren.

b) Der Sonderantrag „Verbesserung der Wartezeit“

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Soweit Verzögerungen vereinzelt damit begründet wurden, der Bewerber sei in der früheren DDR durch rechtsstaatswidrige Verfolgungen an der Fortführung seiner schulischen Ausbildung gehindert gewesen⁷⁴, dürfte es sich um zeitlich auslaufende Situationen handeln. Die Problemlage könnte in anderem Zusammenhang, nämlich bei (nunmehr deutschen) Studienbewerbern mit Migrations- oder Flüchtlingshintergrund, wieder aktuell werden.

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

Soweit zeitliche Verzögerungen mit dem Durchlaufen eines zweiten Bildungsweges⁷⁶ begründet werden, ist § 14 Abs. 4 VergabeVO NRW zu beachten. Die dort enthaltenen Privilegierungen des zweiten Bildungsweges sind auf Fälle begrenzt, in denen die HZB vor dem 16.7.2007 erworben wurde. Es handelt sich insoweit um auslaufendes Recht. Die in früheren Vergabeverordnungen bestimmten Regelungen zu Wartezeitberechnungen im Zusammenhang mit diesen Bildungswegen sind seit längerer Zeit außer Kraft. Vor dem Hintergrund des derzeit geltenden Rechts kann damit ein zeitlicher Mehrauf-

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

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

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

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

III. Zusammenfassung

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

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

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

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

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

anschließenden erfolgreichen Besuchs eines Kollegs oder Abendgymnasiums.

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

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

mungen im System des Rechts der Studienplatzvergabe zugewiesen hat.

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

Tobias Mandler und Markus Meißner

Entwurfsdiskussion WissZeitVG

– Möglichkeiten, Einschränkungen, Verbesserungspotential

Das Wissenschaftszeitvertragsgesetz steht aktuell in der Kritik. Es befördere Kurzzeitverträge, Missbrauch und Perspektivlosigkeit.¹ Deshalb soll im Sinne des Koalitionsvertrages für die 18. Legislaturperiode mit dem Ersten Gesetz zur Änderung des WissZeitVG nachgebessert werden.² Der hierzu vorliegende Entwurf ist detailreich und enthält verschiedene Anpassungen, Ergänzungen und Ersetzungen. Diese wurden bereits von *Blum/Vehling* aus der Perspektive der Forschungseinrichtungen vorgestellt und bewertet.³ Dieser Beitrag soll daran anknüpfen und den Entwurf der Bundesregierung sowie die darauf erfolgte Stellungnahme des Bundesrates⁴ im Hinblick auf Hochschulen und Universitätsklinika beurteilen. Die jeweiligen Möglichkeiten, Unklarheiten und Unzulänglichkeiten sollen ihre Darstellung dabei ebenso erfahren, wie vorzugswürdigere neue Lösungen.

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

I. Anwendungsbereich und Tarifsperre

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

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

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

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

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

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

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

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

5 BR-Drs. 395/15.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Mit Blick auf die vorgeschlagene Klarstellung im Anwendungsbereich des WissZeitVG sei darauf hingewiesen, dass auch die Benennung der Universitätsklinik mit Forschungsaufgaben¹⁹ sowie der juristischen Personen, die mit Forschungsaufgaben von Hochschulen oder Universitätskliniken landesrechtlich beliehen sind, sinnvoll erscheint. Insbesondere die Beleihung ist ein zu beobachtendes Phänomen,²⁰ das immer wieder Fragen hinsichtlich der Anwendbarkeit des WissZeitVG aufwirft. Grundsätzlich ist hier von einer unmittelbaren Anwendbarkeit im Rahmen der jeweiligen Tatbestände auszugehen, wie letztlich schon aus §§ 3-5 WissZeitVG hervorgeht. Es wird daher vorgeschlagen den Anwendungsbereich wie folgt neu zu fassen:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Sachgrundlose Befristungen

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

1. Wissenschaftliche und künstlerische Hilfskräfte

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

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

Die Regelung ist aus dogmatischer Perspektive an sich zu begrüßen, begegnet aber insbesondere in Bezug auf ihre praktische Umsetzbarkeit und sozialen Auswirkungen für Studenten²⁴ tiefgreifenden Bedenken. Im Einzelnen lassen sich fünf Problemkreise erkennen, für deren interessengerechtere Lösung im Anschluss an deren Analyse geworben werden soll.

a) Befristungsdauer

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Auch in anderen Studiengängen liegt die Regelstudienzeit regelmäßig über 4 Jahren. So werden etwa für das Studium der Rechtswissenschaften 9 Fachsemester,²⁹ das Mathematikstudium im gymnasialen Lehramt 10 Fachsemester,³⁰ Biologie mit Bachelor und Master 10 Fachsemester,³¹ Germanistik mit Bachelor und Master 10 Fachsemester³² usw. als Regelstudienzeit angegeben. Zieht man nun ins Kalkül, dass nach den Angaben des Statistischen Bundesamtes lediglich 39,3 % der Studenten ihr Studium in der Regelstudienzeit abschließen,³³ wird schnell sichtbar, dass mit der 4-Jahresregelung den Studenten vielfach zumindest ein Teil ihrer wirtschaftlichen Lebensgrundlage – gerade gegen Ende des Studiums und vor Beginn einer Dissertation oder sonstigen wissenschaftlichen Qualifizierung – genommen würde.

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

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

Zudem setzt die Befristungsregelung falsche Anreize. Studenten, die vertieft studieren oder aus persönlichen Gründen³⁶ das Studium nicht schneller absolvieren können, werden benachteiligt. So werden insbesondere die Studenten mit Lernbehinderungen, chronischen Erkrankungen oder sonstigen Einschränkungen über die Befristungsdauer mittelbar benachteiligt.

b) Zweitstudium und Studienwechsel

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

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

28 https://www.studium.uni-freiburg.de/studium/studienfaecher/fachinfo/index.html?id_stud=109, abgerufen am 22.10.2015.

29 http://www.studium.uni-freiburg.de/studium/studienfaecher/fachinfo/index.html?id_stud=136, abgerufen am 22.10.2015.

30 http://www.studium.uni-freiburg.de/studium/studienfaecher/fachinfo/index.html?id_stud=108, abgerufen am 22.10.2015.

31 http://www.studium.uni-freiburg.de/studium/studienfaecher/fachinfo/index.html?id_stud=362; http://www.studium.uni-freiburg.de/studium/studienfaecher/fachinfo/index.html?id_stud=302, abgerufen am 22.10.2015.

32 http://www.studium.uni-freiburg.de/studium/studienfaecher/fachinfo/index.html?id_stud=396; http://www.studium.uni-freiburg.de/studium/studienfaecher/fachinfo/index.html?id_stud=372, abgerufen am 22.10.2015.

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

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

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

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

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

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

c) Bachelor- und Masterstudium

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

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

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

d) Promotion während des Studiums

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

Der erste Fall, der wohl mehrheitlich nur im Bereich der Humanmedizin auftritt und damit besonders für die Universitätsklinika und medizinischen Fakultäten der Hochschulen von Interesse ist, wirft Fragen auf. Unklar ist, ob die Voraussetzungen des § 6 WissZeitVG-E noch gegeben sind, wenn das Promotionsstudium neben dem Hauptstudium erfolgt bzw. eine Immatrikulation als Promotionsstudent nicht erfolgt. Vielfach wird sich der Promotionsstudent im Hinblick auf die Regelstudienzeit beurlauben lassen oder einfach ohne als solcher immatrikuliert zu sein während seines regulären Studiums promovieren⁴¹ und ein bis drei Semester seiner Doktorarbeit widmen. Während dieser Zeit bleibt er weiterhin eingeschrieben; erfüllt insoweit also die Voraussetzungen des § 6 WissZeitVG-E. Sein (Haupt-)Studium ist nach wie vor auf einen berufsqualifizierenden Abschluss gerichtet, obwohl die Promotion an sich nicht berufsqualifizierend wäre. Hierdurch entsteht die eigenartige Situation, dass Promotionszeiten während des Studiums als Zeiten nach § 6 WissZeitVG-E gewertet würden und so eine Anrechnung auf die Höchstbefristungszeit des § 2 Abs. 1 WissZeitVG nicht stattfindet. § 2 Abs. 3 WissZeitVG-E sieht keine Anrechnung für die Zeiten nach § 6 WissZeitVG-E vor. Damit würde der immatrikulierte Promotionsstudent nicht nur weniger Zeit, als die in § 2 Abs. 1 WissZeitVG veranschlagten 6 Promotionsjahre haben, er würde auch die Verlängerungsmöglichkeit bei zügiger Promotion nach § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG-E einbüßen. Diese bezieht sich eindeutig nur auf Befristungen nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG und erfasst damit § 6-Befristungen nicht. Dies bedeutet eine gravierende Schlechterstellung insbesondere der medizi-

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

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

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

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

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

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

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

e) Familienpolitische Komponente

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

Für diese Schlechterstellung bedarf es eines rechtfertigenden Grundes. Dieser mag darin gesehen werden, dass Hilfskräfte nicht für ihre eigene wissenschaftliche oder künstlerische Qualifikation tätig werden.⁴³ Gleichwohl erlaubt die angedachte starre Regelung hier keine Spielräume. Es ist zwar aus Gründen der Planungssicherheit vernünftig, die Hilfskräfte nicht in die Position einer einseitigen Verlängerungsoption nach § 2 Abs. 5 WissZeitVG zu setzen, allerdings steht der Nichtanrechnung dieser Zeiten auf die Zeiten nach § 6 WissZeitVG-E eine solche Erwägung nicht entgegen. In diesem Fall liegt eine willkürlich erscheinende Schlechterstellung der Hilfskräfte vor. Insbesondere Elternzeiten oder Zeiten, in denen Angehörige betreut werden und Zeiten nach der Nr. 6-E⁴⁴ sind hier von Relevanz.

f) Verbesserungspotential

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

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

„§ 6 Wissenschaftliche und künstlerische Hilfstätigkeiten

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

Der Vorschlag räumt die genannten Problemlagen aus. So wird durch Befristungsdauer von 8 Jahren erreicht, dass Studenten ihr gesamtes Studium über beschäftigt werden können.⁴⁵ Die Dauer von 8 Jahren ergibt sich aus der Erkenntnis, dass im Bereich der Humanmedizin Studiendauern von 13-16 Fachsemestern nach den Erhebungen des Statistischen Bundesamtes⁴⁶ üblich sind. Da nach Satz 5 eine Anrechnung von Beschäftigungszeiten erfolgt, die auf anderen Befristungstatbeständen beruht, erledigt sich die Problematik um den willkürlichen Einsatz von § 14 Abs. 2 TzBfG. Selbiges gilt für Umgehungstatbestände nach § 14 Abs. 1 TzBfG.

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

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

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

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

44 Siehe unten unter IV. 2.

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

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

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

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

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

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

Satz 5 stellt die Möglichkeit zur Verlängerung sicher. Satz 6 löst die TzBfG-Problematik⁴⁷ über eine Anrechnungsregelung. Dadurch werden Fragen einer vormaligen Beschäftigung etwa beim Land obsolet und der Verwaltungsaufwand damit rechtssicher gesenkt.

e) Zwischenfazit

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

gänge, Promotionsstudium und familienpolitische Komponenten.

2. Promotionsphase

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

a) Entwurf der Bundesregierung

Hinsichtlich der Befristung in der Promotionsphase nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG-E enthält der Entwurf nunmehr die Klarstellung, dass eine Befristung nur „zur Förderung der eigenen wissenschaftlichen oder künstlerischen Qualifizierung“ erfolgen darf. Diese sprachliche Ergänzung schafft – entgegen der unbefangenen Lektüre des Gesetzes – keine neuen tatbestandlichen Anforderungen.⁴⁸ Das Kriterium der Förderung eigener wissenschaftlicher oder künstlerischer Qualifizierung bestand seit je her; wenngleich dieses nicht im Wortlaut wiedergegeben wurde, sondern aus den Gesetzesmaterialien⁴⁹ und dem Telos der Befristung abgeleitet werden musste.⁵⁰

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

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

47 Siehe oben unter II. 1. a).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Vorschlag des Bundesrates

Ausgereifter ist der Vorschlag des Bundesrates. Dieser fordert eine Neufassung des Satz 3:⁶⁵

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

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

c) Verbesserungspotential

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

d) Zwischenfazit

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

3. Post-Doc Phase

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

III. Drittmittelbefristung

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

1. Wissenschaftliches Personal

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

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

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

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

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

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

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

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

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

die verbleibende Projekt- oder Bewilligungsdauer den maßgeblichen Orientierungspunkt.“

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

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

2. Nicht-Wissenschaftliches Personal

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

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

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

Allerdings lässt der Entwurf eine teilweise übersehene⁸⁰ bedeutsame Lücke. Ausdrücklich darf das nicht-wissenschaftliche Personal nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz befristet werden.⁸¹ In § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG ist der Befristungsgrund der Projektbefristung normiert. Nach der Rechtsprechung muss bei der Projektbefristung bereits im Zeitpunkt des Vertragschlusses zu erwarten sein, dass die im Rahmen des Projekts durchgeführten Aufgaben nicht dauerhaft anfallen. Für eine solche Prognose müssen ausreichend konkrete Anhaltspunkte vorliegen.⁸² Zur Drittmittelbefristung besteht der Unterschied, dass § 2 Abs. 2 WissZeitVG eine gesetzliche Vermutung formuliert, die nur im Extremfall durch den Vorwurf des Rechtsmissbrauches widerlegt werden kann.⁸³ Sie führt damit zu einem Mehr an Rechtssicherheit.

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

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

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

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

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

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

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

79 AR-Löwisch, § 2 WissZeitVG Rn. 8.

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

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

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

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

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

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

lung der Wissenschaftsförderung durch – denklogisch – notwendiges akzessorisches Personal.⁸⁵ Zwar dürfte die Grenze eines nicht zu rechtfertigenden Eingriffs noch nicht erreicht sein; es bleibt jedoch der Eindruck, dass sich die Geschichte⁸⁶ wiederholen wird und wie schon zuvor die Drittmittelbefristung für wissenschaftliches und auch für nicht-wissenschaftliches Personal zur Herstellung von Rechtssicherheit letztlich wieder Eingang in das WissZeitVG findet.⁸⁷

IV. Verlängerungstatbestände

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

1. Abstrakte Verlängerungstatbestände

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

Für diese sieht der Entwurf eine Anpassung und eine Erweiterung vor. Zum einen wird klargestellt, dass die pauschale Verlängerung für die Kindesbetreuung von 2 Jahren auch dann erfolgt, sofern hinsichtlich des Kindes die Voraussetzungen nach § 15 Abs. 1 Satz 1 BEEG vorliegen; zum anderen wird ein neuer zweijähriger Verlängerungstatbestand für die Fälle einer Behinderung nach § 2 Abs. 1 SGB IX oder einer schwerwiegenden chronischen Erkrankung⁸⁸ eingeführt.

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

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

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

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

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

2. Konkrete Verlängerungstatbestände

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

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

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

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

88 Unklar bleibt hier welche Art und welcher Grad der Erkrankung

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

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

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

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

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

a) Krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit als Verlängerungstatbestand

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

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

Daneben ist dieser Verlängerungstatbestand in Bezug auf die einseitige Verlängerungsoption insgesamt fragwürdig. Es ist an sich das Risiko des Arbeitnehmers, wenn dieser arbeitsunfähig erkrankt. Ein zwingender Zusammenhang zwischen Wissenschaft, Qualifizierung und Familie besteht im Gegensatz zu den übrigen Tatbeständen nicht. Krankheit ist dem allgemeinen Lebensrisiko zuzurechnen, die nicht durch eine einseitige Verlängerungserklärung auf die Arbeitgeber übertragen werden darf. Es scheint daher vorzugswürdig die Langzeiterkrankung zur Sicherung des Beschäftigtenstatus zwar in Bezug auf die Verlängerungszeiten anzuerkennen, die einseitige Verlängerungsoption⁹³ nach § 2 Abs. 5 Satz 1 WissZeitVG aber nicht zu gewähren. Insoweit wäre an das Ende des fünften Absatzes Folgendes zu stellen:

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

b) Automatischer Nichtanrechnungsmechanismus

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. Anrechnung von Beschäftigungszeiten

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

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

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

VI. Übergangsregelung

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

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

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

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

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

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

VII. Fazit

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

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

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

VIII. Anhang

Die Neuerungen des Entwurfes¹⁰³ sind durch Unterstreichung hervorgehoben. Soweit Regelungen getilgt wurden, sind diese nicht gesondert vermerkt:

§ 1 Befristung von Arbeitsverträgen

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

Vorschriften der §§ 2 bis 6 nicht widersprechen.

(2) Unberührt bleibt das Recht der Hochschulen, das in Absatz 1 Satz 1 bezeichnete Personal auch in unbefristeten oder nach Maßgabe des Teilzeit- und Befristungsgesetzes befristeten Arbeitsverhältnissen zu beschäftigen.

§ 2 Befristungsdauer; Befristung wegen Drittmittelfinanzierung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Zeiten des Grundwehr- und Zivildienstes,

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

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

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

§ 3 Privatdienstvertrag

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

§ 4 Wissenschaftliches Personal an staatlich anerkannten Hochschulen

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

§ 5 Wissenschaftliches Personal an Forschungseinrichtungen

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

§ 6 Wissenschaftliche und künstlerische Hilfstätigkeiten

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

§ 7 Rechtsgrundlage für bereits abgeschlossene Verträge; Übergangsregelung

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

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

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

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

§ 8 Evaluation

Die Auswirkungen dieses Gesetzes werden im Jahr 2020 evaluiert.

Artikel 2

Dieses Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft.

Frank Wertheimer
Schadensersatzanspruch bei fehlerhaft durchgeführtem Berufungsverfahren – OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 22.7.2014, 6 A 815/11¹

Die Entscheidung des OVG NRW betrifft den Themenkreis der Konkurrentenstreitigkeiten im Hochschulbereich. Der Kläger hatte sich auf eine ausgeschriebene W₃-Professur beworben, wurde von der Berufungskommission aber nicht berücksichtigt. Weil diese u.a. Publikationsleistungen des Klägers, die kurz vor der Veröffentlichung standen, nicht berücksichtigt hatte, erhob der Kläger nach der Ernennung eines Mitwewerbers zum W₃-Professor Klage. In der Entscheidung setzte sich das OVG schwerpunktmäßig mit der Frage auseinander, unter welchen Voraussetzungen einem nicht berücksichtigten Bewerber ein Schadensersatzanspruch zusteht. In diesem Zusammenhang wurde auch die Frage erörtert, zu welchem Zeitpunkt eines Berufungsverfahrens ein unterlegener Bewerber sich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die bevorstehende Ernennung eines Mitbewerbers wenden muss.

I. Zentrale Aussagen der Entscheidung

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

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

II. Kein Anspruch auf Ernennung

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

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

1 DÖD 2014, 304 = NWVBl 2015, 30.

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

3 Zu den Anforderungen an eine abweichende Entscheidung vgl.

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

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

III. Bewerbungsverfahrensanspruch

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

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

Bis hierher enthält die Entscheidung nichts Neues.

IV. Anspruch auf Schadensersatz wegen unterbliebener Ernennung

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

1. Pflichtverletzung

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

Bewerber mit nicht näher begründeten Pauschalbewertungen nicht weiter berücksichtigt werden.⁹

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Verschulden der Hochschule

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

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

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

3. Kausalität

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Unterlassene Schadensabwehr?

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

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

In einem Berufungsverfahren kommen hierfür mehrere Fallgestaltungen in Betracht:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. Praktische Konsequenzen der Entscheidung

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

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

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

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

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

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

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

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

Benjamin Rätz

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

I. Einführung

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

Wenige deutsche Studierende absolvieren einen LL.M.-Studiengang in Japan. Dabei stellt das Land als drittgrößte¹ Wirtschaftsnation weltweit und wichtiger Handelspartner Deutschlands ein interessantes Ziel für deutsche Absolventinnen und Absolventen dar. Beide Länder verbindet ein intensiver wirtschaftlicher, kultureller und wissenschaftlicher Austausch. Für Juristinnen und Juristen lohnt sich eine Beschäftigung mit dem Recht Japans, welches durch eine umfassende Rezeption deutschen Zivilrechts² geprägt ist. Darüber hinaus ist der Erwerb fortgeschrittener japanischer Sprachkenntnisse wohl nur durch einen längeren Aufenthalt im Land zu bewältigen, wofür sich ein LL.M.-Studium besonders eignet.

Während viele japanische Universitäten juristische Magisterstudiengänge in der Landessprache anbieten, so ist die Zahl englischsprachiger Programme noch gering. Diese werden aktuell von der Universität Nagoya³, der Universität Kyūshū⁴ und der Temple University⁵ angeboten. Im Folgenden soll auf das Angebot der Universität Nagoya eingegangen werden.

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

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

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

II. Das Studium

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

1. Bewerbung und Finanzierung

a) Bewerbungsprozess

Die Universität Nagoya nimmt jährlich 35 LL.M.-Studenten auf, wobei zwanzig Studienplätze für Stipendiaten der japanischen Regierung⁹ vorgesehen

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

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

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

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

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

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

7 2014 waren insgesamt 16.574 Studierende, darunter 1.791 internationale Studierende, an der Universität eingeschrieben, s. Universität Nagoya, Nagoya University Factbook 2014, S. 6 ff. http://en.nagoya-u.ac.jp/about_nu/upload_images/factbook2014_en.pdf.

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

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

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

aa) Für einen Nachweis hinreichender Sprachkenntnisse genügt das von der Universität bereitgestellte Formular¹⁰, welches von einem Sprachprüfer oder einer sonst qualifizierten Person auszufüllen ist. International anerkannte Sprachzertifikate, etwa TOEFL oder IELTS, können ebenfalls eingereicht werden. Für das erforderliche Sprachniveau ist von etwa 80 Punkten im TOEFL-ibt-Test sowie von 6 im IELTS-Test auszugehen.

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

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

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

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

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

b) Finanzierung

Die größte Hürde für ein Studienvorhaben in Japan dürfte die Finanzierung darstellen. Mit dem Studium geht eine schon rein zeitlich bedingte, aber auch immigrationsrechtliche¹¹ Beschränkung der Arbeitsaufnahme einher, sodass oft ein Stipendium oder ein Studienkredit herangezogen werden muss. Dabei unterscheidet sich Japan als Studienort nicht von anderen Universitätsstandorten. Zwar hat das Land immer noch den Ruf vergleichsweise hoher Lebenshaltungskosten, dieser beruht aber vor allem auf hohen Immobilienpreisen in der Hauptstadt Tokio.¹² In Nagoya werden die durchschnittlichen monatlichen Lebenshaltungskosten für Studenten auf 110.000 Yen (ca. 800 Euro)¹³ geschätzt.¹⁴

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

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

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

12 Deutsche Industrie- und Handelskammer in Japan, Konten und

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

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

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

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

bb) Stipendien: Der Großteil der LL.M.-Studierenden finanziert das Studium durch ein Stipendium. Weit verbreitet ist das für deutsche Interessierte vor allem in Betracht kommende Monbukagakushô-Stipendium der japanischen Regierung¹⁵. Das Stipendium lässt sowohl die Bewerbungs- als auch die Studiengebühren entfallen und deckt die Lebenshaltungskosten ab.¹⁶ Eine Stipendienbewerbung ist grundsätzlich an die japanische Auslandsvertretung im Land des gewöhnlichen Aufenthaltes zu richten. In Deutschland stellt die Bewerbung beim Deutschen Akademischen Austauschdienst in Bonn eine notwendige Vorstufe dar.¹⁷ Für in Japan Ansässige steht außerdem der Weg über eine direkte Bewerbung beim japanischen Bildungsministerium offen. In jedem Fall ist durch die relativ lange Vorlaufzeit des Bewerbungsverfahrens eine frühe Planung des Auslandsaufenthaltes geboten, da die entsprechenden Fristen weit vor denen der eigentlichen Universitätsbewerbung liegen.

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

2. Studieninhalt

a) Lehrveranstaltungen

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

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

b) Zusätzliches Engagement

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

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

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

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

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

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

bb) Moot Court: Neben dem Besuch regulärer Lehrveranstaltungen steht den Studierenden die Teilnahme an Moot-Court-Veranstaltungen frei. Die Universität Nagoya nimmt jährlich am renommierten Willem C. Vis (East) International Commercial Arbitration Moot¹⁹ in Hong Kong teil, zu dem auch nationale Vorrunden gegen andere japanische Universitäten durchgeführt werden.²⁰ Darüber hinaus stellt die Universität jährlich ein Team für die Intercollegiate Negotiation Competition²¹ in Tokio, einem internationalen Wettbewerb in Verhandlungsführung. Die Teilnahme an solchen Wettbewerben stellt eine sinnvolle Ergänzung des Auslandsstudiums dar und eröffnet den Studierenden die Möglichkeit, vertiefte Kenntnisse des Rechts der Schiedsverfahren, der Verhandlungsführung und natürlich der englischen Rechtssprache zu erwerben.²²

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

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

c) Internationales

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

d) Sprachausbildung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Fazit

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

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

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

Philip Dylla

Wer oder was beherrscht die Stiftung? –

Buchvorstellung der Dissertation

„Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks“

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

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

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

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

Die Frage, wer in der Zeppelin-Stiftung künftig das Sagen haben wird, beziehungsweise welcher Wille, welches Interesse als Leitgedanke für das Stiftungshandeln anzusehen ist, sorgt bereits für ein erhebliches Aufsehen. Die Rede ist von einem Fall, der Rechtsgeschichte schreiben werde,⁷ von einem Streit, der Friedrichshafen bedrohe⁸ sowie davon, dass der Zeppelin-Urenkel der Stadt den Krieg erklärt habe.⁹ Der Friedrichshafener Fall verdeutlicht die Grundproblematik von Stiftungen. Sie sind mitgliederlose Organisationen, die auf eine grundsätzlich ewig anhaltende Verfolgung eines ihnen vom Stifter verliehenen Zwecks angelegt sind. Vor allem nach dem Ableben des Stifters, nach politischen, gesellschaftlichen und technischen Veränderungen sind Konflikte über das

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Der Stiftungszweck als entscheidendes rechtliches Kriterium

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

III. Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. Die Konsequenzen der Weisungsfunktion

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

1. Folgepflichten der Stiftungsorgane

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

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

2. Bedeutung für Voraussetzungen zur Zulässigkeit des Zwecks

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

3. Verhältnis von Zweck und sonstigen Regelungen der Stiftungssatzung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Durchsetzung der Weisungsfunktion und Haftung der Organwalter

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

5. Grenzen der Gestaltungsfreiheit des Stifters

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

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

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

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

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

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

34 *Dylla*, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 195 f. (dort weitere Nachweise); ausführlich zur Anwendung der business judgement rule im Stiftungsrecht: *Gollan*, Vorstandshaftung in der Stiftung, 2009, S. 267 ff.

35 *Dylla*, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 206 ff.

36 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, 2006, S. 1 ff.

37 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, 2006, S. 668 f. In eine ähnliche Richtung weisen die von einer rechtsvergleichenden Betrachtung ausgehenden Arbeiten von *Hippels* und *Schlüters*: Siehe von *Hippel*, Grundprobleme von Nonprofit-Organisationen, 2007, S. 421 ff.; *Schlüter*, Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung, 2004, S. 256 f.

38 Siehe *Wiesner*, Korporative Strukturen bei der Stiftung bürgerlichen Rechts, 2012, S. 37 ff.; *Hüttemann/Rawert*, in: *Staudinger*, § 85, Rn. 9 ff.; *Rawert*, in: *Festschrift für Hans-Joachim Priester zum 70. Geburtstag*, 2007, S. 649 ff.; *Reuter*, AcP 207 (2007), 1, S. 6 ff.; *Happ*, Stifterwille und Zweckänderung, 2007, S. 42 ff.; *Jacob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 209 f.; *Flume*, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, I/2 Die juristische Person, S. 131; *Muscheler*, ZSt 2003, S. 67, 77.

39 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, 2006, S. 675 ff.

mal ist, darf sie auch durch Gestaltungen des Stifters nicht ausgehebelt werden. Die Stiftungsgründung ist nämlich eine bewusste Entscheidung des Stifters für die in den §§ 80 ff. BGB mitgliederlose juristische Person. Ein Stifter muss sich vor der Stiftungserrichtung der Konsequenzen seiner Entscheidung bewusst sein.⁴⁰ Ist – anders als bei *Burgard* – aber mit der Schaffung korporativer Strukturen lediglich gemeint, dass Beratungs- oder Mitwirkungsorgane geschaffen werden (z.B. bei Bürgerstiftungen), so steht dem die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks nicht entgegen, so lange das jeweilige Organ zweckgebunden und nicht autonom handelt.⁴¹

6. Änderungen von Stiftungszweck und anderen Regelungen der Stiftungssatzung

Von erheblicher Bedeutung war bei der hier vorgestellten Arbeit zudem die Frage, welche Möglichkeiten bestehen, den Zweck oder sonstige Bestimmungen der Stiftungssatzung zu ändern. Neben dem sehr restriktiven § 87 BGB (Fälle der Unmöglichkeit und der Gefährdung des Gemeinwohls) bestehen zu Änderungen des Stiftungszwecks Regelungen in verschiedenen Landesstiftungsgesetzen (z.B. § 6 StiftG BW). Der herrschenden Ansicht ist jedoch darin zu folgen, dass § 87 BGB hinsichtlich einer Zweckänderung durch die Stiftungsaufsicht von Amts wegen als abschließendes Bundesrecht anzusehen ist, welches die landesrechtlichen Normen verdrängt.⁴² Unter Heranziehung der Weisungsfunktion des Stiftungszwecks sieht der Autor neben den Fällen des § 87 BGB eine Zweckänderung auch dann als möglich an, wenn im Stiftungsgeschäft der Fall und der Weg einer solchen Zweckänderung vorgezeichnet sind.⁴³ Als gesetzesnormativer Anknüpfungspunkt für eine solche Zweckänderung kann mit *Nissel*⁴⁴ § 81 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 BGB angesehen werden. Die Änderungsbestimmung ist selbst als ein Teilbestandteil des weisungsgebenden Stiftungszwecks anzusehen, der unter den gegebenen Umständen zu einer Änderung der Stiftungstätigkeit anweist.⁴⁵ Eine Änderung sonstiger Bestimmungen der Stiftungssatzung kann einerseits beim Eintreffen von in der Satzung selbst geregelten Voraussetzungen erfolgen, solange die Zweckbindung des Stiftungshandelns gewahrt bleibt. Andererseits muss eine solche Änderung

auch stets dann möglich sein, wenn die zu ändernde Regelung der Stiftungssatzung in keinem fördernden Verhältnis mehr zum Stiftungszweck steht.⁴⁶

7. Relevanz der Weisungsfunktion für Außenrechtsverhältnisse der Stiftung

Ein Kapitel der hier vorgestellten Dissertation behandelt die Bedeutung der Weisungsfunktion des Stiftungszwecks für die Rechtsverhältnisse der Stiftung zu anderen natürlichen oder juristischen Personen.⁴⁷ Hierzu muss beachtet werden, dass die Weisung des Stiftungszwecks, wie auch beispielsweise eine Weisung eines GmbH-Geschafters an die Geschäftsführung, im Innenverhältnis wirkt. Eine unmittelbare Außenwirkung kann ihr nicht entnommen werden; eine Bedeutung des Stiftungszwecks kann aber in einem Schuldverhältnis (z.B. einem Arbeitsverhältnis oder einer Zustiftungsvereinbarung) erfasst werden. Vor dem Hintergrund der primären Wirkung des weisungsgebenden Stiftungszwecks im Innenverhältnis ist die Auffassung des BGH durchaus kritikwürdig, wonach der Stiftungszweck und nicht ein Schenkungsvertrag der Rechtsgrund sei, wenn eine Stiftung zur Erfüllung ihres Stiftungszwecks einen Finanzierungsvertrag mit einem Destinatär schließt.⁴⁸ Hier hat der BGH aus der Sicht des Autors die Reichweite des Stiftungszwecks überspannt. Denn auch im Beispiel einer von den Gesellschaftern einer GmbH angelegten Werbegeschenkaktion ist nicht die Gesellschafterweisung sondern ein Schenkungsvertrag Rechtsgrund für das Behaltendürfen des Werbegeschenks.⁴⁹

8. Bedeutung für das Gemeinnützigkeitsrecht

Im abschließenden Teil der Dissertation befasst sich der Autor mit der Bedeutung der Weisungsfunktion des Stiftungszwecks für das Gemeinnützigkeitsrecht.⁵⁰ Aus Sicht des Autors kann die Annahme einer Weisungsfunktion des Zwecks mit den gemeinnützigkeitsrechtlichen Bestimmungen der Abgabenordnung gut in Einklang gebracht werden. Die Weisungsfunktion vereinfacht sogar die Einhaltung gemeinnützigkeitsrechtlicher Grundsätze wie der Selbstlosigkeit und Ausschließlichkeit gemäß §§ 55 f. AO.⁵¹ Für den Autor noch offene Fragen bestehen bezüglich der dogmatischen Einordnung

40 Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 212 ff.

41 Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 215 ff.

42 Happ, Stifterwille und Zweckänderung, 2007, S. 138 ff.; Nissel, in: Werner/Saenger, Stiftungsrecht, 2008, Kap. VI, Rn. 237; Hüttemann/Rawert, in: Staudinger, 2010, § 87, Rn. 4.

43 Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 222 ff. Zu einer erforderlichen Vorzeichnung einer Zweckänderung im Stiftungsgeschäft siehe auch Muscheler, ZErB 2005, S. 4, 7 ff., der die erbrechtlichen Grundsätze des § 2065 Abs. 2 BGB überträgt.

44 Nissel, in: Werner/Saenger, Stiftungsrecht, 2008, Kap. VI, Rn. 235.

45 Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 225 f.

46 Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 230 ff.

47 Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 233 ff. (5. Kapitel).

48 BGH, Urteil vom 7. 10. 2009 – Xa ZR 8/08, NZG 2009, S. 1433 ff.

49 Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 253 f.

50 Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 267 ff.

51 Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 271 f.

von § 56 Nr. 6 AO. Hier spricht er sich für die Annahme eines ausnahmsweise von der Abgabenordnung zugelassenen Nebenstiftungszwecks aus.⁵²

V. Der weisungsgebende Stiftungszweck in der Rechtspraxis – der Fall Zeppelin

Ziel der hier vorgestellten Dissertation ist es, einen Beitrag zur Erforschung und Diskussion der rechtsstrukturellen Grundlagen des Stiftungsrechts zu leisten. Das Gründen der rechtsfähigen Stiftung gemäß §§ 80 ff. BGB ist aus sozialer und rechtlicher Sicht eine außergewöhnliche Entscheidung. Durch das Gründen einer auf Dauer angelegten juristischen Person ohne jegliche Mitglieder ist das Stiften meist eine Entscheidung mit weit über den Tod des Stifters hinausragenden Wirkungen. Diese Wirkungen werden wegen der Weisungsfunktion des Stiftungszwecks erzielt. Dies ist nicht für jeden potentiellen und aktuellen Stifter attraktiv, da auch der lebende Stifter nach der Stiftungsgründung den objektiv auszulegenden Stiftungszweck nicht mehr verändern und in seine Weisungswirkung eingreifen kann. Die Entscheidung für eine Gründung einer selbstständigen privaten Stiftung sollte daher nicht leichtfertig – etwa nur wegen des gesellschaftlichen Prestiges des Stifters – erfolgen. Derjenige aber, der an der konsequenten Verwendung von Stiftungsmitteln für einen bestimmten Zweck interessiert ist, findet gerade in der bürgerlich-rechtlichen Stiftung mit ihrem weisungsgebenden Stiftungszweck eine reizvolle Gründungsmöglichkeit. Denn die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks führt zu einer – in anderen Rechtsformen nicht zu erreichenden – Beständigkeit des Stiftungshandelns. Die Wahlmöglichkeit für oder gegen die vom weisungsgebenden Zweck angetriebene Stiftung gemäß §§ 80 ff. BGB ist insbesondere in Zeiten rasch wechselnder politischer und sozialer Trends reizvoll. Weniger reizvoll für die betroffenen Entscheidungsträger sind die Konfliktsituationen, die hinsichtlich des korrekten Umgangs mit dem Stiftungszweck auftreten können. Der eingangs berichtete Fall der Friedrichshafener Zeppelin-Stiftung ist hierfür ein gutes Beispiel. Einerseits ist der Fall für die Stadt Friedrichshafen besorgniserregend; neben dem städtischen Haushalt in Höhe von 307 Millionen Euro stellten für das Jahr 2015 Stiftungsgelder der Zeppelin-Stiftung einen ausgegliederten Posten von 94 Millionen Euro dar.⁵³ Andererseits ist der

Vorwurf des Urenkels des Stiftungsgründers, dass der wahre Stiftungszweck nicht befolgt werde, in Anbetracht der Weisungsfunktion des Stiftungszwecks schwerwiegend.

1. Missachtung der Weisungsfunktion des Stiftungszwecks?

Der aktuelle Streit über die Friedrichshafener Zeppelin-Stiftung – genauer gesagt die darüber aus der Presse bekannten Tatsachen – legen nahe, dass es auf eine genaue Betrachtung des konkreten Stiftungszwecks und dessen Funktion innerhalb der Stiftung ankommen wird. Die Auffassung Albrecht Graf von Brandenstein-Zepplins, dass der Stiftungszweck – Förderung der Luftschiffahrt und der weiteren Luftfahrt – nicht hätte aufgegeben werden dürfen, ist jedenfalls zunächst durchaus nachvollziehbar. Denn ein Stiftungszweck muss wegen seiner Weisungsfunktion konsequent verfolgt werden. Einen Automatismus, dass der Zweck in Krisenzeiten nicht mehr befolgt werden muss und abgeändert werden kann, gibt es nicht.

2. Möglichkeit der Zweckänderung / Umwandlung?

Demgegenüber bestehen allerdings Möglichkeiten der Zweckänderung. § 87 Abs. 1 BGB regelt die Zweckänderung von Amts wegen, für den Fall, dass der Stiftungszweck unmöglich wird oder das Gemeinwohl gefährdet. Die Regelung bestand bereits in der Fassung des BGB zum Ende des 2. Weltkriegs.⁵⁴ Es liegt nahe, jedenfalls den Rechtsgedanken dieser Regelung auch auf die bei Zeppelin vorgenommene Zweckänderung anzuwenden, die mit einer Umwandlung der bürgerlich-rechtlichen Stiftung in eine unselbstständige Stiftung der Stadt Friedrichshafen verbunden war. Dafür spricht, dass § 87 BGB sogar als schärfste Maßnahme die Auflösung der Stiftung vorsieht; eine Umwandlung in eine andere Stiftungsart ist diesbezüglich ein milderer Mittel. Zudem spricht der Wortlaut von § 87 Abs. 2 und Abs. 3 von einer „Umwandlung“ des Zwecks. Für den Fall der fehlenden Erfüllbarkeit des Stiftungszwecks sah hier zudem die Satzung den Stiftungsübergang auf die Stadt Friedrichshafen vor.⁵⁵

3. Unmöglichkeit der Zweckverfolgung?

Zunächst könnte man bei der Zeppelin-Stiftung annehmen, dass eine weitere Verfolgung des bisherigen Stiftungszwecks nach der Kriegsniederlage Deutschlands

52 Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 278 ff.

53 Gruppe/Hennings/Range, Geschäftsgrundlage in Gefahr, in: Schwäbische Zeitung vom 25.9.2015, S. 3.

54 Vgl. die verschiedenen Fassungen des BGB in der online publizierten Quellensammlung des Innsbrucker Rechtshistorikers Gerhard Köbler, www.koeblergerhard.de.

55 Bei dieser Bestimmung kann man darüber diskutieren, ob sie als Zweckänderungsbestimmung zu verstehen war oder wegen der Auflösung einer selbstständigen Stiftung zu Gunsten einer unselbstständigen Stiftung der Stadt eine Regelung des Vermögensfalls gemäß § 88 BGB darstellte.

und den Bedenken der französischen Besatzungsmacht gegenüber dem in der Rüstungsindustrie tätigen Zeppelin-Konzern unmöglich war. Bezüglich der Unmöglichkeit der Zweckverfolgung gelten die von § 275 Abs. 1 BGB bekannten Maßstäbe der tatsächlichen und rechtlichen Unmöglichkeit. Unmöglichkeit liegt vor, wenn aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen der Stiftungszweck nicht (mehr) dauerhaft verfolgt werden kann.⁵⁶ Ob bei der Zeppelin-Stiftung nach dem 2. Weltkrieg eine Unmöglichkeit der weiteren Verfolgung des bisherigen Stiftungszwecks bestand, ist schwer zu beurteilen. Einerseits ist es einleuchtend, dass Handlungszwänge gegenüber der Besatzungsmacht bestanden. Andererseits wird von einem Machtkampf um die Stiftungsinteressen berichtet, der in den Jahren 1945 bis 1947 geherrscht haben soll, unter Beteiligung der Stadt Friedrichshafen, der provisorischen Landesregierung in Tübingen, der französischen Besatzungsmacht und lokaler Interessengruppen (darunter der langjährige Stiftungsvorstand Hugo Eckener).⁵⁷ Inwiefern es tatsächlich zum damaligen Zeitpunkt noch möglich war, einen von der Besatzungsmacht nicht mehr erwünschten Stiftungszweck zu verfolgen, ist fraglich. Zur Klärung dieser Frage könnte im Friedrichshafener Fall aber ein historisches Sachverständigengutachten einzuholen sein. Jedenfalls muss man – nimmt man eine Unmöglichkeit des Stiftungszwecks an – konstatieren, dass in der Folge eine zweckkonforme Umwandlung der Stiftung vorgenommen worden wäre. Denn die dem Zweck beigefügte Weisung, wie mit dem Wegfall der Erfüllbarkeit des Zwecks umzugehen sein würde, wäre mit dem Übergang der Stiftung auf die Stadt Friedrichshafen zu mildtätigen Zwecken befolgt worden.

4. Gefährdung des Gemeinwohls?

Auf die zweite Alternative des § 87 Abs. 1 BGB, wonach eine Zweckänderung bei einer Gefährdung des Gemeinwohls zulässig ist, wird man die Umwandlung der Zeppelin-Stiftung aus heutiger Sicht nicht stützen können. Zwar lässt der Wortlaut „Gemeinwohl“ verschiedene Auslegungen zu, wie auch diejenige, dass eine Zweckänderung bereits bei einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung möglich sein könnte. Demnach könnte der

Zweck bereits schon dann geändert werden, wenn er den herrschenden sittlichen Ansichten in einem betroffenen Gebiet zuwiderliefe.⁵⁸ Die Bedenken der französischen Besatzungsmacht gegen den ursprünglichen Zweck der Stiftung und der daraus resultierende Konflikt um die Stiftungsausrichtung könnten durchaus die öffentliche Ordnung in diesem Sinne gefährdet haben. Aus heutiger Sicht verlangt die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Stifterfreiheit einen restriktiveren Maßstab für die Annahme einer Gemeinwohlgefährdung. Eine solche wäre nur bei der konkreten Gefährdung anderer – nach einer Abwägung im Einzelfall vorrangiger – Verfassungsgüter durch den Stiftungszweck anzunehmen.⁵⁹ Eine so zu definierende Gemeinwohlgefährdung lässt sich bei einem Zweck „Förderung der Luftschiffahrt/Luftfahrt“ nicht begründen.

5. Besonderheiten des Zeitpunkts der Umwandlung

Allerdings wird es im Fall der Zeppelin-Stiftung eine nicht nur geringe Rolle spielen, dass die Umwandlung nach dem 2. Weltkrieg und vor der Gründung der Bundesrepublik vorgenommen wurde. Gerade die Definition unbestimmter Rechtsbegriffe wie des Gemeinwohls wird von verfassungsrechtlichen Wertungen geprägt. Das Grundgesetz war jedoch zur Zeit der Umwandlung der Zeppelin-Stiftung noch nicht in Kraft. Gerade die stiftungsrechtliche Dogmatik wird wesentlich von einem modernen Verständnis der Privatautonomie gemäß Art. 2 Abs. 1 GG geprägt. Die rechtswissenschaftliche Diskussion über die Stifterfreiheit wurde maßgeblich durch das Referat *Ernst-Joachim Mestmäckers* auf dem Deutschen Juristentag im Jahr 1962 vorangetrieben.⁶⁰ Auch die in der vorgestellten Dissertation dargelegte Weisungsfunktion des Stiftungszwecks beruht auf einem durch die Privatautonomie geprägten Verständnis des Stiftens – der Stiftungszweck als Scharnier zwischen der Stifterfreiheit bei der Stiftungsgründung und der mitgliederlosen Rechtsperson Stiftung. Es ist durchaus fraglich, in welchem Umfang Albrecht Graf von Brandenstein-Zeppelin heutige Maßstäbe des Stiftungszweck-Schutzes auf die Umwandlung der Zeppelin-Stiftung vor Gründung der Bundesrepublik übertragen können wird. Außerdem

56 Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 92 ff. Wegen der Prüfung, ob der Zweck dauerhaft weisungsgebend wirken kann, bedarf es eines eigenen Maßstabs des § 275 Abs. 2 BGB hier nicht. Siehe Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 93; vgl. Backert, in: BeckOK BGB, 36. Ed., 2015, § 87, Rn. 3; a.A.: Weitemayer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., 2015, § 87, Rn. 6; ebenfalls für eine Geltung des Maßstabs von § 275 Abs. 2 BGB im Ergebnis aber mit gleicher Wertung wie der Autor, dass die dauerhafte und nachhaltige Zweckerfüllung möglich sein muss: Hüttemann/Rawert, in: Staudinger, 2010, § 87, Rn. 5.

57 Gruppe/Hennings/Range, Machtkampf um die Stiftung, in:

Schwäbische Zeitung vom 25.9.2015, S. 3, siehe hierzu auch: Oellers/Semmler, Der Graf und die Stiftung, Der Friedrichshafener Zeppelin-Pfad, 2008, S. 57 ff.; Semmler, in: Zeppelin 1908 bis 2008, Stiftung und Unternehmen, 2008, S. 249 ff.

58 Siehe Depenheuer, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 74. EL, 2015, Art. 8, Rn. 155; Rühl, NVwZ 2003, S. 531, 532.

59 Siehe Dylla, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S. 110 ff.

60 Mestmäcker, in: Verhandlungen des vierundvierzigsten Deutschen Juristentags, 1964, S. G 3 ff.

könnten besondere rechtliche Wertungen aufgrund der damaligen Besetzung Deutschlands zu berücksichtigen sein. Es ist daher nicht überraschend, dass bereits über die erforderliche Einholung eines rechtshistorischen Sachverständigengutachtens nachgedacht wird.⁶¹

6. Bestandsschutz

Gelangt man trotz dieser Besonderheiten zu dem Ergebnis, dass die Umwandlung der Stiftung zweck- und damit rechtswidrig war, so stellt sich die Frage, inwiefern ein Bestandsschutz der Stiftung zu beachten ist. *Stolte* hat bereits die Frage aufgeworfen, ob hier die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf die Stiftung übertragen werden müssen.⁶² Fraglich ist aber bereits, ob der Übergang der Zeppelin-Stiftung nicht evtl. durch einen bestandskräftig gewordenen Verwaltungsakt erfolgte. Die Umwandlung der Stiftung von Amts wegen ist ein rechtsgestaltender Verwaltungsakt.⁶³ Eine offensichtliche Fehlerhaftigkeit der Umwandlung - Nichtigkeitsvoraussetzung des heutigen § 44 Abs. 1 VwVfG - kann angesichts der erörterten Probleme bei der stiftungsrechtlichen Bewertung des Falles kaum angenommen werden. Es würde sich sodann die Frage stellen, ob die Stiftungsaufsicht dazu verpflichtet ist, den Verwaltungsakt gemäß § 48 VwVfG zurückzunehmen. Diesbezüglich besteht jedoch ein Ermessen. Fraglich ist, ob im Falle einer rechtswidrigen aber bestandskräftigen Zweckänderung die Stifterfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG zu einer gebundenen Entscheidung der Verwaltung zu Gunsten des ursprünglichen Stiftungszwecks führt.

7. Antrags- und Klagebefugnis

Die hier zuletzt zu behandelnde – im Verwaltungsverfahren und -rechtsstreit aber primäre – Frage ist, ob dem Urenkel des Stiftungsgründers überhaupt eine Antrags-/Klagebefugnis zusteht. Der Stifter selbst ist zwar der Begründer des weisungsgebenden Stiftungszwecks; er ist aber nicht selbst Mitglied der Stiftung und damit Weisungsgeber. Dennoch verlangt aber die Stifterfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG nach effektiven prozessualen

Möglichkeiten des Rechtsschutzes und der Rechtsverteidigung.⁶⁴ Vor diesem Hintergrund ist die Ansicht *Weitemeyers*, dem Stifter sei gegenüber einer Zweckänderung von Amts wegen eine Befugnis zu einer Anfechtungsklage einzuräumen, Zustimmungswürdig.⁶⁵ Aufgrund des engen sachlichen Zusammenhangs ist auch die Antrags- und Klagebefugnis des Stifters bezüglich einer Rücknahme im Sinne von § 48 VwVfG zu bejahen. Äußerst problematisch ist hingegen, ob ein Urenkel des Stifters – als Erbe, aus einem berechtigten familiären Interesse an der Stiftung oder als eine Art Prozessstandschafter für den Stifterwillen – Befugnisse gegenüber der Stiftungsaufsicht geltend machen kann. Die aufgrund der Mitgliederlosigkeit der Stiftung naheliegende Antwort lautet nein. Und dennoch: Wissenschaft und Rechtsprechung müssen sich Gedanken machen, wie auch nach dem Tod des Stifters dessen Stifterfreiheit, die in einen weisungsgebenden Stiftungszweck mündet, effektiv geschützt werden kann. Dies könnte in der Tat für eine Ererbbarkeit der Antrags- und Klagebefugnis sprechen.

8. Ausblick

Gerade auch bei dem Fall der Friedrichshafener Zeppelin Stiftung scheinen wesentliche Grundcharakteristika einer Stiftung auf. Der dauerhafte Bestand der mitgliederlosen Stiftung unabhängig vom Stifter; aber auch das Beruhen der Stiftung auf ihrer privatautonomen Gründung durch den Stifter. Aus beiden Charakteristika resultiert bei bürgerlich-rechtlichen Stiftungen gemäß §§ 80 ff. BGB eine Weisungsfunktion des Stiftungszwecks. Um diesen beiden Charakteristika gerecht zu werden, könnte – soweit verwaltungsrechtlich möglich – für die Beteiligten des Zeppelin-Falles durchaus auch eine gütliche Lösung reizvoll sein: Etwa der Erhalt der aktuellen Stiftungsstruktur bei einer Gewährleistung, dass die Stiftung in Zukunft gewisse Forschungsprojekte hinsichtlich der Luftfahrt unterstützt.

Philip Dylla ist beim Amtsgericht Schweinfurt als Richter für Zivil- und Nachlasssachen zuständig.

61 Siehe *Stolte*, zitiert in: Schwäbische Zeitung vom 30.9.2015, S. 7.

62 *Stolte*, zitiert in: Schwäbische Zeitung vom 30.9.2015, S. 7.

63 *Weitemeyer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 87, Rn. 27; *Schlüter/Stolte*, Stiftungsrecht, 2. Aufl., 2013, Kap. 3, Rn. 44 ff.

64 Siehe *Dylla*, Die Weisungsfunktion des Stiftungszwecks, 2015, S.

236 ff. Siehe insbesondere auch die ausführliche Auseinandersetzung mit dieser Problematik bei *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 140 ff.

65 *Weitemeyer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 87, Rn. 27.

Mit Trompeten und Doktorschmaus – Promotionsfeiern in alter Zeit¹ –

Zunächst geleiteten die Universitätsmitglieder und die Gäste den Doktoranden auf feierliche Weise in einem sogenannten „*Conductus doctoralis*“ zum Ort der Graduierung ins Freiburger Münster. Den Anfang dieses Doktorzuges bildeten drei oder vier Trompeter, denen drei Schauspieler folgten. Nach den Pedellen mit ihren Zeptern schritten zwei Hochschüler mit Leuchtern und danach zwei mit den Doktorgeschenken. Ihnen folgte der Doktorand mit seinem aus der Mitte der Fakultät erwählten Promotor.

Mehrere Hochschüler trugen dann die verschiedenen Doktorinsignien; zunächst zwei mit dem Doktorhut und der goldenen Kette, dahinter drei, die den Siegelring und die Bücher mit sich führten. Vor zwei weiteren Hochschülern mit Leuchtern gingen Dekan und Prodekan der Juristischen Fakultät. Den Abschluß des Zuges bildete der Universitätsrektor mit den geladenen Gästen.

Der eigentliche feierliche Promotionsakt begann mit dem Einzug des *Conductus doctoralis* in das Münster unter Glockengeläut und Orgelspiel. Prompeter und Schauspieler begleiteten die Eintretenden zu ihren Sitzplätzen, wo alle auf ihren vorbestimmten Sitzen Platz nahmen. Nunmehr überreichte einer der Hochschüler dem Pedellen die Doktorinsignien, die dieser auf den dafür vorbereiteten Tisch legte. Diese Handlung wurde von Orchestermusik untermalt. Dann betrat der Kandidat das Podium und bat den Promotor, ihm die Würde eines Lizentiaten zu verleihen, worauf er sich zu seinem Sitzplatz zurückbegab. Nach einer neuerlichen musikalischen Einlage hielt der Promotor eine Schlussrede. Im Anschluss daran legte der Doktorand den Eid auf die Universität und die Juristische Fakultät ab, der ihm vom Universitätsnotar vorgelesen wurde. Diese Eidesformel ist nicht mehr im Wortlaut erhalten; ihrem Inhalt nach dürfte sie aber jener anderer Fakultäten und Universitäten entsprochen haben. Der Lizentiand musste schwören, dass er das Wohl der Universität und Fakultät und die Eintracht zwischen den Fakultäten nach Kräften fördern, sich des Grades würdig erweisen, weder die Lizentiatenwürde an einer anderen Universität wiederholen, noch dort den Doktorgrad erlangen und eine bestimmte Zeit an der Universität lehren werde. Danach überreich-

te man ihm das Fakultätszepter, und er empfing mit gebeugtem Knie die Lizentiatenwürde.

Nach einem musikalischen Zwischenspiel des Orchesters oder einer unterhaltenden Einlage durch die Schauspieler bat der neu kreierte Lizentiat um die Verleihung der Doktorwürde. Dabei hatte der Doktorand auf Neue die vom Notar vorgelesene Eidesformel zu beschwören. Spätestens seit dem 5. August 1660 musste der Graduand zusätzlich das Glaubensbekenntnis und den Eid betr. die unbefleckte Empfängnis Mariens ablegen. Dann wurde dem sich niederknienenden Promovenden die Doktorwürde verliehen. Nach einem unterhaltenden Zwischenspiel der Schauspieler und Trompeter rief der Promotor den neu kreierte Doktor zum oberen Katheder und überreichte ihm mit aufklärenden Worten über die Bedeutung der einzelnen Symbole den Doktorhut, häufig mit der Krone oder dem Lorbeerkranz verglichen oder als Symbol der Kirche gedeutet, den Doktorring als Symbol der Zugehörigkeit zu einem höheren Stande bzw. als Symbol der Verlobung mit *Justitia*, das geschlossene und geöffnete Buch als Ermahnung zum fortdauernden Studium und Nachdenken. Kuss und Segnung folgten als Zeichen kollektiver Eintracht. Den Schluss dieses Aktes bildete das Umhängen der goldenen Kette zum Zeichen der erlangten Freiheit und Würde. In unmittelbarem Anschluss daran gab der neu kreierte Doktor eine Probe seines Könnens ab, vermutlich in Form eines Lehrvortrages.

Beim Ausklang der Feierstunde erfolgten die Geschenkverteilung an die Gäste. Ende des 17. Jahrhunderts waren dies vor allem Handschuhe, die zumindest dem Rektor und jenen Mitgliedern der Fakultät überreicht wurde, unter denen der neue Doktor promoviert hatte. Möglicherweise verteilte man noch weitere Geschenke an die die geladenen Gäste, z.B. Birette, wie im 15. und 16. Jahrhundert üblich. Zum Abschluss dankte ein Zeuge, und nach dem Anzünden der Altarkerzen wurde das *Te Deum* angestimmt. Nach dem feierlichen Auszug aus dem Münster fanden sich die geladenen Gäste zum Doktormahl ein. Das Statut der Juristischen Fakultät von 1471 zählte im Detail auf, welche Universitätsmitglieder einzuladen waren: alle Doktoren der drei höheren Fakultäten, der Dekan der Artistischen Fakultät und zwei oder

1 Aus *Merkel*, Die Doktorpromotionen der juristischen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau, Freiburg 1976, S. 17 ff. Die Schilderung beruht auf einer von Merkel im Freiburger

Universitätsarchiv (Jur. Fak., Abt. VII/Nr. 6) aufgefundenen Aufzeichnung aus den letzten Jahrzehnten des 17. Jahrhunderts.

drei der Senioren jeder Fakultät. Daneben nahmen unter anderem die Spitzen des städtischen Adels und der Geistlichkeit daran teil.

Einen genauen Eindruck von dem Umfang eines Doktorschmauses vermittelt das bei *Schreiber* dargelegte, zu jener Zeit übliche Festmahl, welches am 6. Mai 1574 im Gasthaus zum wilden Mann abgehalten worden war:

„Die Speisen wurden in drei Gängen aufgetragen:

1. Junge Tauben in Pasteten
2. Suppe und (Ochsen-) Fleisch, samt gesottene Hennen
3. Kleine Fische, Grundeln, Groppen, Neunaugen
4. Grünes Kraut mit getrocknetem Fleisch und gebackenen Kalbsfüßen
5. Braten: Kitzlein (Ziege), Kalbsbraten, Geflügel
6. Salmen oder Krebse
7. Confect (Bellaria), Käse, Mai-Anken (Butter), Obst, Nüs-

se usw. Frisches Brod erster Sorte, nebst altem, rothen und weißen Wein zur Genüge, bis die Gäste sich von selbst (sua sponte) erheben.“²

In Einzelfällen erlaubte die Fakultät, das Dokormahl im Hause des neu kreierten Doktors und nicht in einem Gasthaus abzuhalten. Zu weit ging ihr allerdings der Antrag des Kandidaten Grais, der im Jahre 1536 die Doktorfeierlichkeiten mit seiner Hochzeitsfeier verbinden wollte. Sie beschloss daher: „... facultas non voluit aut vult in futurum Doctorali dignitati, matrimoniales nuptias adiungi, sed separatim fieri.“

Im Laufe der Zeit ermöglichte es die Fakultät, den Doktorschmaus durch Zahlung eines gewissen Geldbetrages an die davon betroffenen Universitätsmitglieder zu ersetzen (Präsenzgelder). Der Doktorschmaus scheint aber auch noch in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts hin und wieder abgehalten worden zu sein.

2 *Schreiber*, Geschichte der Universität Freiburg, Bd. 1, S. 173 f.