

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 3 / 2016

Aufsätze

Joachim von Barga Konsensuale Konfliktlösung auf dem Campus
Mediation in öffentlich-rechtlichen Hoch-
schulen **139-152**

Manfred Löwisch Forschung und Vergaberecht **153-160**

Felicitas Holzer International Patent Regimes and Access to
Medicines: Is the Health Impact Fund an
Effective Solution? **161-168**

Andreas Schubert Weisungsrecht und Forschungsfreiheit
und Sarah Tarantino **169-180**

Buchvorstellung

Markus Meißner Entstehung und Entwicklung des Hochschul-
befristungsrechts **181-186**

Bericht

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

Ausgegraben

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

ISSN 2197-9197

Joachim von Bargaen

*Konsensuale Konfliktlösung auf dem Campus**

Mediation in öffentlich-rechtlichen Hochschulen

I. Einleitende Bemerkungen

Dass sich das konsensuale Konfliktlösungsverfahren der Mediation auch auf dem Campus öffentlich-rechtlicher Hochschulen als hilfreich erweisen kann, ist eine Erkenntnis, die erst in jüngerer Zeit und immer noch eher zögerlich an Boden gewinnt. Ob freilich insoweit von dem am 26.07.2012 in Kraft getretenen Mediationsförderungsgesetz¹ *unmittelbar* wirksame Impulse ausgehen, die auch gerade die öffentlich-rechtlichen Hochschulen für dieses Verfahren sensibilisiert haben könnten, erscheint eher fraglich. Zwar ist der Gesetzgeber bei der Umsetzung der einschlägigen EU-Richtlinie² deutlich über diese hinausgegangen, aber das für öffentlich-rechtliche Behörden maßgebliche, kodifizierte Verwaltungsverfahren wurde nicht in das Mediationsförderungsgesetz einbezogen. Der Empfehlung der Abteilung „Mediation“ des 67. Deutschen Juristentages 2008 in Erfurt,³ das Verwaltungsverfahren solle ausdrücklich die Möglichkeit regeln, ein Mediationsverfahren „im“ oder parallel zum Verwaltungsverfahren durchzuführen, wurde nicht Rechnung getragen.

Aufgegriffen hat der Gesetzgeber dagegen den Vorschlag des 67. DJT, die gerichtsinterne Mediation in allen Prozessordnungen der Fachgerichte und damit auch in der für die Verwaltungsgerichte maßgeblichen VwGO vorzusehen,⁴ so dass in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nach § 40 VwGO den Beteiligten eines anhängigen Verfahrens – also auch in einem Streit unter Beteili-

gung einer öffentlich-rechtlichen Hochschule – nunmehr auf gesicherter rechtlicher Grundlage als Alternative zum konventionellen Prozess die Möglichkeit einer Mediation durch einen entsprechend geschulten, nicht zur Streitentscheidung befugten Richter – den Güterichter – angeboten werden kann.⁵ Dieses Angebot ist in den Gerichten und insbesondere in den Verwaltungsgerichten freilich nicht neu. Bereits Jahre vor dem Inkrafttreten des Mediationsförderungsgesetzes gab es eine rasant wachsende Zahl an Modellprojekten,⁶ die sich zunehmender Wertschätzung erfreuten.

Zwar hat das Mediationsförderungsgesetz – wie erwähnt – das Verwaltungsverfahrenrecht ausgeklammert, aber auch in den Bereichen, die dieses Recht regelt, wird die Mediation bereits seit mehreren Jahren – und nicht erst seit Inkrafttreten des Mediationsförderungsgesetzes – praktiziert. Das gilt für die nach *außen* wirksame Verwaltungstätigkeit (vor allem bei raumrelevanten Vorhaben), aber darüber hinaus für die *interne* Bearbeitung verwaltungsinterner Konflikte. Solche sogenannten Inhouse-Mediationen sind vor allem in großen privaten Wirtschaftsunternehmen ein bevorzugtes Mittel des Konfliktmanagements.⁷ Es gibt indes z.B. auch Kommunalverwaltungen, die mit Inhouse-Mediationen gute Erfahrungen gesammelt haben.⁸ Dazu gehört schon seit geraumer Zeit die Stadt Heidelberg.⁹ Selbst in einem Bundesministerium wird inzwischen die Einführung eines Konfliktmanagementsystems erwogen und der Frage nachgegangen, ob den Konfliktbeteiligten die Möglich-

* Bei diesem Aufsatz handelt es sich um die überarbeitete Fassung eines Beitrages, der in dem von *Fritjof Haft* und *Katharina Gräfin von Schlieffen* herausgegebenen „Handbuch Mediation“, 3. Aufl. 2016, als § 43 erschienen ist.

1 Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung v. 21.7.2012, BGBl. 2012 I, S. 1577. Dem § 1 des in Art. 1 normierten Mediationsgesetzes sind freilich nunmehr zentrale Begriffsbestimmungen zu entnehmen: Nach § 1 Abs. 1 ist die Mediation „ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich die einvernehmliche Beilegung ihres Konfliktes anstreben“. Nach § 1 Abs. 2 ist ein Mediator „eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt“.

2 Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.5.2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen v. 24.5.2008, ABl. EU 2008, L 136/3.

3 Vgl. unter <http://www.djt.de>, Die Tagungen, Beschlüsse, 67. DJT, Mediation, D 19. Siehe aber nunmehr das am 1.1.2015 in Kraft

getretene Umweltverwaltungsgesetz Baden-Württemberg vom 25.11.2014, GBl. S. 592, „§ 4 Umweltmediation“; vgl. dazu *Feldmann*, NVwZ 2015, 321, 324 ff.

4 Siehe Fn. 3, D 21. Vgl. § 278 Abs. 5 ZPO und § 173 S. 1 VwGO, jeweils in der Fassung des Mediationsförderungsgesetzes (Fn. 1), Art. 2 Ziff. 5 u. Art. 6.

5 Vgl. *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation, 3. Aufl. 2016, §§ 9 u. 51.

6 Vgl. *Jan Malte von Bargaen*, Gerichtsinterne Mediation, 2008, S. 70 ff.

7 Vgl. zum „Round Table Mediation und Konfliktmanagement der deutschen Wirtschaft“ (RTMKM), unter: <http://www.rtmkm.de>; sowie Handbuch Mediation (Fn. 5), § 36; siehe auch *Hoormann/Matheis*, Konfliktmanagement in Hochschulen, 2014, S. 7 ff.; *Henkel/Göhler*, Mediation im Betrieb, in: AuR 2014, 703.

8 *Hoormann/Matheis* (Fn. 7) nennen in diesem Zusammenhang die Städte Kempten und Wuppertal (S. 9).

9 *Weigle*, in: Niedoštadek (Hrsg.), Praxishandbuch Mediation, 2010, S. 154, 157.

keit eröffnet werden sollte, die Hilfe einer Mediatorin oder eines Mediators in Anspruch zu nehmen.¹⁰

Im Bereich der öffentlich-rechtlichen Hochschulen werden Mediationen zur Lösung hochschulinterner Konflikte derzeit noch am ehesten dann angeboten, wenn Hochschulen eine Konfliktberatungsstelle eingerichtet haben, die allen Hochschulangehörigen offen steht und diese im Falle unspezifischer, nicht speziell wissenschaftsbezogener Konflikte – wie es sie in jedem Wirtschaftsunternehmen und jeder Verwaltungsbehörde geben kann – unterstützt (dazu unter II.). Deutlich geringere Erfahrungen – wenn überhaupt –, aber einen wachsenden Bedarf an einem Konfliktmanagement (einschließlich der Mediation) gibt es, wenn spezifisch wissenschaftsbezogene Konflikte zu bearbeiten sind. Das gilt im Rahmen der immer dringlicheren Bemühungen um die „Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“¹¹ zum einen für das weite Feld der Forschung (III.), zum anderen aber auch speziell für den Bereich der Promotion (IV.). Nach ein paar Stichworten zu Möglichkeiten, zur konsensualen Lösung *interner* Konflikte *externe* Hilfe in Anspruch zu nehmen (V.), soll abschließend nur angerissen werden, dass sich öffentlich-rechtliche Hochschulen auch im Bereich der Lehre (VI.) und der Wissenschaft in Sachen „Mediation“ engagieren (VII.).

II. Bearbeitung unspezifischer Konflikte am Arbeits- und Studienplatz

Eine der ersten deutschen Universitäten, die eine Stelle für eine interne professionelle „Sozial- und Konfliktberatung“ eingerichtet hat, ist die Technische Universität Darmstadt (TUD).¹² Diese vorbildliche Einrichtung, die inzwischen seit ca. 15 Jahren ihre Hilfe anbietet, steht allen Beschäftigten der Universität u.a. im Falle von Konflikten am Arbeitsplatz offen, geht aber in ihrem Bestands-Angebot weit darüber hinaus. Sie ist mit zwei Mediatorinnen besetzt (davon eine Vollzeitstelle) und direkt als Stabsstelle dem Präsidium zugeordnet, die

Mediatorinnen arbeiten aber in gesicherter Unabhängigkeit.¹³

An die beiden Mediatorinnen *Mada Mevissen* und *Beatrice Wypych* herangetragen werden Konflikte zwischen Hierarchie-Ebenen ebenso wie innerhalb von Abteilungen und Teams. Veränderte Aufgaben und personeller Wechsel am Arbeitsplatz können ebenso zu eskalierenden Spannungen führen wie Überforderung, persönliche Aversionen oder Rivalitäten. Entwürdigendes und respektloses Verhalten wie Mobbing, Schikanen, Diskriminierungen und „sexual harassment“ oder „stalking“ sind häufig die Folge ungeklärter Konflikte. Bis einschließlich 2012 hat die Sozial- und Konfliktberatung der TUD 1500 Ratsuchende betreut. 2012 nahmen 180 Personen den Service in Anspruch, darunter ca. 10 bis 15% Professoren und knapp 30% Doktoranden. Die Zahl der Mediationen beläuft sich derzeit auf ein bis zwei im Monat. Die Mediatorinnen haben so gut zu tun, dass sie drei bis vier Wochen im Voraus ausgebucht sind.

Inzwischen gibt es ähnliche Einrichtungen wie die Sozial- und Konfliktberatungsstelle der TUD in zahlreichen öffentlich-rechtlichen Hochschulen, die sich freilich in ihrer Vielfalt erheblich unterscheiden. Umso verdienstvoller ist es, dass es die Autoren *Josef Hoormann* und *Alfons Matheis* in einer 2014 veröffentlichten Studie unternommen haben, im Zuge einer Bestandsaufnahme erstmals Ausmaß und Art des Konfliktmanagements an öffentlich-rechtlichen Hochschulen in der Bundesrepublik Deutschland zu erfassen.¹⁴ Die Idee der Autoren ist – wie es im Vorwort heißt –, weitere Hochschulen zu motivieren, sich für ein Konfliktmanagement zu öffnen. Die Studie gibt nicht nur den einschlägigen Stand der Forschung wieder,¹⁵ sondern skizziert auch ausgewählte Beispiele aus der Praxis des hochschulinternen Konfliktmanagements.¹⁶ Hier wird u.a. näher auf die Aktivitäten an der TUD, aber auch auf die an der Hochschule für Angewandte Wissenschaften Hamburg, der Technischen Universität Ilmenau und an der Hochschule RheinMain in Wiesbaden eingegangen. In allen hier genannten

10 *Wagner*, Mediation in Behörden, NJW 2014, 1344.

11 Deutsche Forschungsgemeinschaft, Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis – Denkschrift; diese ist sowohl in der ersten (1998) als auch in der zweiten (Juli 2013), ergänzten Auflage im Internet verfügbar unter: <http://www.ombudsman-fuer-die-wissenschaft.de>, weitere Informationen; vgl. ferner das Positionspapier des Wissenschaftsrates „Empfehlungen zur Sicherung wissenschaftlicher Integrität“ v. 24.4.2015, unter <http://www.wissenschaftsrat.de>; siehe dazu *Schmoll*, FAZ v. 27.4.2015, S. 2.

12 Vgl. hier und im Folgenden: <http://www.intern.tu-darmstadt.de/sokobe/> und die dort genannten Presseartikel. Siehe ferner den Vortrag von *Mada Mevissen* über die von ihr gesammelten Erfahrungen in der Sozial- und Konfliktberatung an der TUD im Rahmen des

vierten Netzwerktreffens „Konfliktmanagement und Mediation“ der HIS Hochschulentwicklung am 20.11.2013 in Hannover, unter: http://www.his-he.de/veranstaltung/dokumentation/Netzwerktreffen_2013. Lesenswert sind auch weitere der im Rahmen dieser Netzwerktreffen gehaltenen und dokumentierten Referate, zB das beim 5. Treffen Mitte Dezember 2014 vorgetragene Referat von *Joachim Kepplinger*, der sich u.a. zur innerbehördlichen Mediation in der Polizei Baden-Württembergs äußert.

13 Vgl. *Hoormann/Matheis* (Fn. 7), S. 56.

14 Vgl. zu dieser Studie *Knoke*, in: *duz* 10/2014, S. 26.

15 *Hoormann/Matheis* (Fn. 7), S. 43 ff. mwN., siehe auch das umfassende Literaturverzeichnis, S. 105 ff.

16 *Hoormann/Matheis* (Fn. 7), S. 50 ff.

Hochschulen sind ausgebildete Mediatorinnen bzw. Mediatoren tätig, allein an der zuletzt genannten Hochschule sind es sechs.

Von hohem Wert ist die Studie aber vor allem auch deshalb, weil sie sich auf umfassende empirische Erhebungen stützt.¹⁷ Die Verfasser der Studie haben an 238 staatliche Hochschulen und zwei staatlich anerkannte (private) Fachhochschulen einen detaillierten Fragenbogen verschickt, der von 86 Hochschulen beantwortet wurde (40 Universitäten und 46 Fachhochschulen); die Rücklaufquote lag bei 35,8%. In knapp mehr als der Hälfte dieser Hochschulen gibt es Regeln für die Konfliktbearbeitung wie z.B. fixierte Vereinbarungen, informelle Absprachen oder Gewohnheiten, die in der Hochschule allgemeine Praxis sind. Auf die Frage nach der Form der Konfliktbearbeitung nennen knapp 43% der Hochschulen die Mediation; mehr als ein Viertel (26,7%) nehmen externe Hilfe in Anspruch.¹⁸ Knapp mehr als die Hälfte (52,4%) schätzen die Konflikthäufigkeit an ihrer Hochschule als „mittel“ (mehrere Konflikte pro Monat) ein.¹⁹

Im Rahmen der empirischen Studie sind nicht nur quantitative Daten ausgewertet, sondern in ausgewählten Hochschulen auch persönliche Interviews mit den Akteuren der Konfliktberatungsstellen geführt worden.²⁰ In diesem Zusammenhang werden die Universitäten Mainz und Stuttgart sowie die Hochschulen Ostwestfalen Lippe und Harz genannt, in denen ausgebildete Mediatorinnen und Mediatoren Hilfe bei der internen Konfliktbearbeitung anbieten. Dass das auch für die TUD gilt, ist bereits dargelegt worden.²¹

III. Bearbeitung spezifisch wissenschaftsbezogener Konflikte im Bereich der Forschung

1. Grundlagen

Während noch vor ca. zwei Jahrzehnten die Hoffnung verbreitet war, dass es in den Hochschulen, in denen wis-

senschaftlich geforscht wird, so gut wie keine Konflikte gibt, jedenfalls keine, die Anlass geben könnten, ausreichende organisations- und verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu treffen, hat sich das im Jahr 1997 schlagartig geändert.²² Seinerzeit verdichteten sich Hinweise auf massive Vorwürfe wissenschaftlichen Fehlverhaltens gegen zwei bis dahin renommierte Mediziner und Krebsforscher, nämlich *Friedhelm Herrmann* sowie seine ehemalige Kollegin und Lebensgefährtin *Marion Brach*. In einem Mitte des Jahres 2000 vorgelegten Abschlussbericht kam eine „Task Force F.H.“ zu dem Ergebnis, dass sich in 94 Veröffentlichungen, in denen *Herrmann* als Co-Autor genannt worden war, Hinweise auf Datenmanipulationen fänden.²³

Dieser sogenannte „Sündenfall“²⁴ war für die Deutsche Forschungsgemeinschaft und andere Wissenschaftsorganisationen Anlass, die Initiative zu ergreifen und auf grundlegende Änderungen zu dringen. Während in den letzten 10 Jahren vor 1997 lediglich in sechs Fällen Ad-hoc-Kommissionen gebildet worden waren, haben Universitäten und Forschungseinrichtungen die in einer 1998 beschlossenen Musterverfahrensordnung der Hochschulrektorenkonferenz²⁵ empfohlenen Änderungen aufgegriffen und – inzwischen auch fortgeschrieben – Regeln zur Sicherung der Selbstverantwortung in der Forschung und zum Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten verabschiedet. Vorgesehen sind nunmehr in den Hochschulen ständige zentrale Institutionen, nämlich sowohl Ombudspersonen als auch Untersuchungskommissionen. Darüber hinaus hat die DFG ein – aus drei Wissenschaftlern bestehendes – Beratungs- und Vermittlungs-Gremium, den „Ombudsman für die Wissenschaft“ eingerichtet.²⁶

Eine wesentliche Ursache dafür, dass es im Interesse der Redlichkeit in der Wissenschaft zwingend geboten war, elementare Grundlagen für ein Konfliktmanagement zu normieren, sind fundamentale Strukturverän-

17 Vgl. hier und im Folgenden *Hoormann/Matheis* (Fn. 7), S. 59 ff.

18 *Hoormann/Matheis* (Fn. 7), S. 67.

19 *Hoormann/Matheis* (Fn. 7), S. 74.

20 *Hoormann/Matheis* (Fn. 7), S. 90 ff., 111 ff.

21 Siehe oben bei Fn. 12 ff.

22 Vgl. hier und im Folgenden DFG-Denkschrift, 2. Aufl. (Fn. 11), S. 8, 13 f.; *Apel*, Verfahren und Institutionen zum Umgang mit Fällen wissenschaftlichen Fehlverhaltens, 2009, S. 313; *Hüttemann*, Selbstkontrolle in der Wissenschaft, F&L 2011, 80; *Schiffers*, Ombudsman und Kommission zur Aufklärung wissenschaftlichen Fehlverhaltens an staatlichen Hochschulen, 2012, S. 17 ff.; *von Bargaen*, Wissenschaftliche Redlichkeit und zentrales hochschulinternes Verfahrensrecht, JZ 2013, 716 f.

23 Vgl. *Koenig*, Panel Calls Falsification in German Case 'Unprecedented', *Science* 277, 894.

24 *Finetti/Himmelrath*, Der Sündenfall. Betrug und Fälschung in der deutschen Wissenschaft, 1999.

25 HRK-Beschluss v. 6.7.1998 „Zum Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten in den Hochschulen“, <http://www.hrk.de>, Beschlüsse; siehe dort auch die überarbeitete und präzierte Fassung v. 14.5.2013.

26 DFG-Denkschrift, 2. Aufl. (Fn. 11), S. 35 ff.; sowie unter: <http://www.ombudsman-fuer-die-wissenschaft.de>.

derungen des internationalen Wissenschaftssystems,²⁷ die hier nur mit ein paar Stichworten skizziert werden können. Charakteristisch ist ein zunehmender internationalisierter Wettbewerb zwischen Forschergruppen, bei dem sich keineswegs alle Beteiligten ausschließlich fair verhalten, und der auch in ruinöse Formen ausarten kann („cut throat competition“). Immer schwerer zu kontrollieren ist eine wachsende Beschleunigung des Forschungsprozesses, die u.a. einen steigenden Veröffentlichungsdruck bewirkt. Konkurrenzdenken und Profilierungszwänge werden zunehmend selbstverständlicher. Das nie endende Ringen um Stellen und Fördermittel prägt den Alltag des Wissenschaftlers, dessen Leistungskraft an quantifizierenden Kennzahlen wie Drittmittel, Promotionen und Publikationen gemessen wird.

Die Folge ist, dass sich eine Tendenz hin zu einer ungesunden, verkrampften Kommunikationskultur und zur Entsolidarisierung entwickelt.²⁸ Coach- und Teamfähigkeit haben keinen hohen Stellenwert. Die offene Austragung von Konflikten oder die Einbeziehung Dritter werden aus Sorge vor einer Skandalisierung vermieden. Umso häufiger findet die Kommunikation mit Dritten einseitig „hinter vorgehaltener Hand“ statt. Positive Ergebnisse werden überbetont, negative verschwiegen oder kleingeredet. Eigene Fehler werden eher selten thematisiert, Anderen Fehler vorzuhalten, gilt als Affront. Zu den Ursachen, die ein Gegensteuern zwingend geboten haben und noch heute bieten, zählt freilich auch, dass die früher geschätzten Kontrollinstrumente „peer review“ und „replication“ erheblich an Effektivität verloren haben und mehr denn je überschätzt werden. Der in den Niederlanden lehrende deutsche Sozialpsychologe

Wolfgang Stroebe und sein Team haben sie in ihrer 2012 erschienenen Studie zum Mythos erklärt.²⁹ Eine Forschergruppe um den an der Universität Seattle lehrenden Wissenschaftler Ferric C. Fang hat in einer ebenfalls 2012 veröffentlichten Untersuchung nachgewiesen, dass nicht nur die Zahl zurückgezogener Artikel rasant steigt, sondern auch, dass – anders als bisher angenommen – die meisten Rücknahmen keineswegs die Folge bloßer Irrtümer sind.³⁰ Vielmehr beruhen ca. 67 % der Rücknahmen auf wissenschaftlichem Fehlverhalten, am häufigsten darunter mit 43 % Fälschungen bzw. Fälschungsverdachtsfälle. Der Göttinger Biochemiker Cornelius Frömmel nennt in einem Beitrag in der „Zeit“ mehrere geradezu haarsträubende Beispiele und Ergebnisse von Studien.³¹

Der Zufall wollte es, dass unmittelbar vor dem „Umschalt“-Jahr 1997 ein richtungweisendes Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zu der in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ohne Gesetzesvorbehalt garantierten Wissenschaftsfreiheit ergangen war, die auch die Freiheit von Forschung und Lehre einschließt.³² Um zu verhindern, dass Universitätsgremien in unkonventionelle Einfälle und Vorhaben eingreifen, wird jeder wissenschaftlich Tätige umfassend geschützt, und er hat es weitgehend selbst in der Hand, sich diesen Schutz zu erhalten: Das BVerwG schließt sich der Rechtsprechung des BVerfG im Hochschulreform-Urteil an, nach der „alles, was nach Inhalt und Form als ernsthafter, planmäßiger Versuch zur Ermittlung von Wahrheit anzusehen ist“, als wissenschaftliche Tätigkeit gilt.³³ Zwar sei es Aufgabe der Hochschulen, konkreten Anhaltspunkten für einen Missbrauch der Forschungsfreiheit nachzugehen. Voraussetzung seien aber „schwerwiegende Vorwürfe“. Dass die Miss-

27 Vgl. hier und im Folgenden Schulze-Fielitz, Reaktionsmöglichkeiten des Rechts auf wissenschaftliches Fehlverhalten, in: *WissR*, Beiheft 21 (2012), 1 ff.; *ders.*, Rechtliche Rahmenbedingungen von Ombuds- und Untersuchungsverfahren zur Aufklärung wissenschaftlichen Fehlverhaltens, in: *WissR* 2004, 122; *Fohrmann*, Zur Unverwechselbarkeit verpflichtet, siehe unter: <http://www.ombudsman-fuer-die-wissenschaft.de>, weitere Informationen; aufschlussreich ist auch das Interview mit dem Jenaer Soziologen *Hartmut Rosa*, in: *Die Zeit*, Nr. 45 v. 3.11.2011: „Jeden Tag schuldig ins Bett – Das Hamsterrad für Professoren dreht sich immer schneller, teils mit ruinösen Folgen für die Menschen und die Forschung“; vgl. ferner: *Die Zeit* Nr. 24 v. 11.6.2015, S. 59 ff. („Professoren protestieren gegen die Uni“).

28 Vgl. hier und im Folgenden *Baum*, Whistleblowing in der Wissenschaft, in: *F&L* 2012, 38 ff. Christopher Baum war in der Medizinischen Hochschule Hannover Ombudsman und ist seit 1.4.2013 ihr Präsident.

29 *Stroebe/Postmes/Spears*, Scientific Misconduct and the Myth of Self-Correction in Science, in: *APS* 2012, 670 ff.

30 *Fang/Stein/Casadevall*, Misconduct accounts for the majority of

retracted scientific publications in: *PNAS*, Bd. 109 (2012), 17028 ff.

31 *Frömmel*, Bitte nur die ganze Wahrheit, in: *Die Zeit* v. 24.7.2014, Nr. 31, S. 31.

32 Urt. v. 11.12.1996, BVerwGE 102, 104; der Kläger, Wolfgang Lohmann, Biophysik-Professor der Universität Gießen, gegen den Fälschungsvorwürfe erhoben worden waren, hatte mit seiner Klage in allen drei Instanzen Erfolg. Das BVerfG hat die Verfassungsbeschwerde der Universität nicht zur Entscheidung angenommen: BVerfG, Beschl. v. 8.8.2000, NJW 2000, S. 3635; vgl. auch die DFG-Denkschrift, 2. Aufl. (Fn. 11), S. 26 f. Siehe hier und im Folgenden ferner von *Bargen* (Fn. 22), in: *JZ* 2013, 717 ff. Anders als Wolfgang Lohmann hatte der Physiker Jan Hendrik Schön, dem der Doktorgrad wegen wissenschaftlichen Fehlverhaltens entzogen worden war, mit seiner Klage letztlich keinen Erfolg, vgl. BVerwG, Urt. v. 31.7.2013, BVerwGE 147, 292 und BVerfG, Beschl. v. 3.9.2014, NVwZ 2014, 1571; vgl. dazu von *Bargen*, Der Entzug des redlich erworbenen Doktorgrades, in: *JZ* 2015, 819 ff.

33 Urt. v. 29.5.1973, BVerfGE 35, 79, 113.

brauchsgrenze vom Kläger „zweifelsfrei“ überschritten worden sei, habe die Ad-hoc-Kommission in dem von ihr beurteilten Fall nicht feststellen können.

Das Bundesverwaltungsgericht weist in seinem Urteil darauf hin, dass das hochschulinterne Verfahren der wissenschaftlichen Selbstkontrolle normativ geregelt werden sollte, und es regt an, es am förmlichen Disziplinarverfahren zu orientieren. Letzterem ist mit überzeugenden Gründen widersprochen worden.³⁴ Nicht der Typ des streng formalisierten, kontradiktorischen Disziplinarverfahrens könne als Leitbild dienen, sondern das der Wissenschaft als kommunikativem Prozess gemäße, weitgehend auf Kooperation aller Beteiligten angelegte Verfahren des Diskurses. Daran haben sich die Hochschulen bei der Umsetzung der HRK-MusterVerfO³⁵ orientiert, wenn auch die Ausgestaltung im Detail höchst unterschiedlich ausgefallen ist. Als Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der wissenschaftseigenen Klärungsverfahren dient in acht Bundesländern unmittelbar Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG, in den übrigen acht Bundesländern sind die Hochschulgesetze ergänzt, alle wissenschaftlich Tätigen zu wissenschaftlicher Redlichkeit verpflichtet und die Hochschulen zum Erlass entsprechender Regeln ermächtigt worden.³⁶ Vieles spricht dafür, dass dadurch die wissenschaftliche Selbstkontrolle nachhaltiger legitimiert, der rechtliche Rahmen sicherer gestaltet, insbesondere aber das Klärungsverfahren in der Praxis ernster genommen wird. War auch in den ersten nach 1998 erlassenen Ordnungen die gebotene Form einer Satzung nicht die Regel, so ist das inzwischen der Fall.³⁷

2. Ombudspersonen

a) Funktion

Die Bestellung, die Amtszeit, die Zahl, der Status und der fachliche Hintergrund der Ombudspersonen³⁸ sind in

den einschlägigen Satzungen von Hochschule zu Hochschule anders geregelt. Nicht einmal die Bezeichnung ist einheitlich, vor allem sind auch ihre Kompetenzen unterschiedlich ausgestaltet. Ganz überwiegend übernommen wird freilich die Empfehlung der HRK-MusterVerfO,³⁹ sowohl denen, die Vorwürfe wissenschaftlichen Fehlverhaltens vorzubringen haben, als auch denen, die sich dem Verdacht wissenschaftlichen Fehlverhaltens ausgesetzt sehen, als „Ansprechpartner“; als „Vertrauensperson“ zur Verfügung zu stehen. Übernommen wird darüber hinaus häufig der Vorschlag, dass die Ombudspersonen von sich aus Hinweise aufzugreifen haben, die ihnen (ggf. über Dritte, insbesondere sog. „Whistleblower“) zur Kenntnis kommen. Und auch die Anregung, dass es zu den Aufgaben der Ombudspersonen gehöre, Vorwürfe unter Plausibilitäts Gesichtspunkten auf Konkretheit und Bedeutung zu prüfen, findet sich in einer Reihe von Satzungen wieder.

Weniger selbstverständlich ist, dass die Hochschulen in ihren Redlichkeitssatzungen den letzten Teil des Absatzes 1 (C. II.) aufgreifen, in dem die Empfehlungen der HRK-MusterVerfO formuliert sind.⁴⁰ Dort heißt es, dass sich die Prüfung auch „auf mögliche Motive und im Hinblick auf Möglichkeiten der Ausräumung der Vorwürfe“ erstrecken sollte. Berücksichtigung findet diese Empfehlung etwa in den Satzungen der Universitäten Hamburg,⁴¹ Göttingen,⁴² Bayreuth⁴³ und Köln⁴⁴. Gerade die beiden zuerst genannten Universitäten messen der Ombudsfunktion erhebliche Relevanz bei. Das kommt z.B. darin zum Ausdruck, wie eingehend sie geregelt wird, aber auch durch die Zahl der Personen, die diese Funktion wahrnehmen. In der Göttinger Satzung sind es für den gesamten Universitätsbereich mit Ausnahme der Medizin drei und speziell für die Medizin noch einmal fünf, die jeweils einzeln, aber ggf. auch als Kollegialorgan tätig werden. Vor allem aber zählt in beiden Satzungen auch zu den Aufgaben der Ombudspersonen, „zwischen

34 Vgl. Schmidt-Aßmann, Fehlverhalten in der Forschung – Reaktionen des Rechts, in: NVwZ 1998, 1231 ff.; Apel (Fn. 22), S. 306 ff., 309 f.; Schulze-Fielitz (Fn. 27), in: WissR, Beiheft 21 (2012), 51 f.

35 Siehe oben Fn. 25.

36 Vgl. von Barga (Fn. 22), in: JZ 2013, 718 m. Fn. 46; sowie Löwer, Regeln guter wissenschaftlicher Praxis zwischen Ethik und Hochschulrecht, in: Dreier/Ohly (Hrsg.), Plagiate, 2013, S. 51, 55 f.

37 Vgl. Schulze-Fielitz (Fn. 27), in: WissR, Beiheft 21 (2012), 38; Schiffers (Fn. 22), S. 78 ff., 87 ff.; eine Zusammenstellung von in den Hochschulen erlassenen Redlichkeits-Ordnungen findet sich bei Apel (Fn. 22), S. 335 ff. Sie ist freilich nicht mehr auf dem neuesten Stand.

38 Vgl. in diesem Zusammenhang eingehend Schiffers (Fn. 22), S. 25 ff., 170 ff.

39 HRK-MusterVerfO (Fn. 25) unter C. II.: „Ombudsmann“, hier: Abs. 1.

40 Siehe Fn. 39.

41 Satzung „zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis und zur Vermeidung wissenschaftlichen Fehlverhaltens an der Universität Hamburg“ v. 15.5.2014, siehe unter: <http://www.uni-hamburg.de>, §§ 6 f. und insbesondere § 7 Abs. 3.

42 Ordnung der Göttinger Universität „zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“ v. 12.12.2012, siehe unter: <http://www.uni-goettingen.de>, §§ 7 f., 10 f.

43 Satzung „zur Sicherung der Standards guter wissenschaftlicher Praxis und zum Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten“ v. 10.5.2012, siehe unter: <http://www.uni-bayreuth.de>, § 6 Abs. 2.

44 Ordnung „zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis und zum Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten“ v. 22.7.2011, siehe unter: <http://www.uni-koeln.de>, § 11.

den Verfahrensbeteiligten zu vermitteln, soweit dies möglich und sachlich gerechtfertigt ist“.⁴⁵

Die HRK hat ihre Empfehlungen in der MusterVerfO v. 06.07.1998⁴⁶ durch Beschluss v. 14.05.2013 noch einmal überarbeitet und präzisiert.⁴⁷ Die Überschrift unter C. II. lautet nun – anders als bisher – nicht mehr „Ombudsmann“, sondern „Ombudssystem an den Hochschulen“. Ausgeführt wird sodann, dass sich zur Sicherung der guten wissenschaftlichen Praxis im deutschen Wissenschaftssystem ein System der Selbstkontrolle (Ombudsman) etabliert habe. Hochschulen sollten „unabhängige Ombudspersonen“ haben (empfehlenswert sei ein aus mindestens drei Personen bestehendes Ombudsgremium an jeder Hochschule), an die sich ihre Mitglieder in Fragen guter wissenschaftlicher Praxis und in Fragen vermuteten Fehlverhaltens wenden könnten („Prävention und Mediation“). Die Hochschulen hätten Sorge dafür zu tragen, dass die Ombudspersonen in ihre Arbeit „bestmöglich eingeführt“ würden und dass sie in der Einrichtung bekannt seien.

Wie der Hinweis auf die „Mediation“ gemeint ist, lässt sich wohl nicht anders verstehen, als dass die Mitglieder der Hochschule die Möglichkeit haben sollten, sich mit dem Anliegen an die Ombudspersonen – als „Vertrauenspersonen“⁴⁸ – wenden zu können, die ihnen – den Hochschul-Mitgliedern – zur Lösung ihres Konflikts ggf. eine Mediation oder zumindest ein sachorientiertes Konfliktmanagement unter Einsatz mediativer Elemente – z.B. Aktives Zuhören und Paraphrasieren, Fragetechniken, Reframing, professioneller Umgang mit Kommunikationsstörungen und Emotionen – anbieten.⁴⁹ Darauf deutet hin, wenn die HRK im selben Satz, in dem sie von „Mediation“ spricht, davon ausgeht, dass die Hochschulen die Unabhängigkeit der Ombudspersonen sichern, die Voraussetzung dafür ist, Beteiligte durch das – vertrauliche – Verfahren einer Mediation zu führen.⁵⁰ Offenbar sieht die HRK in diesem durchdachten Verfahren eine Chance, in geeigneten Fällen zu einem frühen Zeitpunkt mit allen Beteiligten eine interessengerechte, für alle befriedigende, nachhaltige Lösung zu erarbeiten und so vor allem auch in Zukunft eine störungs-

freie Kooperation etwa in derselben Forschergruppe zu ermöglichen. Das hätte besondere Bedeutung gerade dann, wenn die Konfliktbeteiligten – wie das in Hochschulen häufig der Fall sein dürfte – in wechselseitiger Abhängigkeit stehen. Ein solches Vorgehen würde im Übrigen nicht nur die Redlichkeitskommission entlasten, deren Verfahren in aller Regel mit größerem Aufwand verbunden sein dürfte, sondern es wäre auch für die Betroffenen weniger belastend.

b) „bestmöglich eingeführt“

Würde von den Hochschulen die aktualisierte Empfehlung zu den Aufgaben der Ombudspersonen im Beschluss der HRK vom 14.05.2013 (unter II. 1., Abs. 1)⁵¹ aufgegriffen, dann hätten die Hochschulen freilich auch den letzten Satz des oben wiedergegebenen Absatzes zu beachten, in dem es heißt, sie hätten Sorge dafür zu tragen, „dass die Ombudspersonen in ihre Arbeit bestmöglich eingeführt“ würden. Damit kann nur das Angebot einer optimalen Schulung gemeint sein, und das hieße in erster Linie, Ombudspersonen die Gelegenheit einer Mediationsausbildung zu bieten. Eine solche Ausbildung ist in zahlreichen Hochschulen selbst möglich.⁵²

Eine auf die Ombudspersonen zugeschnittene Einführung in ihre Arbeit – wenn auch keine Mediationsausbildung – bietet das Zentrum für Wissenschaftsmanagement in Zusammenarbeit mit der Deutschen Forschungsgemeinschaft. Seit Dezember 2012 werden im Rahmen eines Weiterbildungsprogramms Workshops speziell zu dem Thema „Mediation und Konfliktmanagement für Ombudspersonen“⁵³ veranstaltet. An zwei Tagen erörtern zwei Dozentinnen mit den Teilnehmerinnen und Teilnehmern Rolle und Aufgaben der Ombudspersonen, das Verfahren und die Rahmenbedingungen. Vorgestellt werden ua das Verfahren der Mediation, Kommunikationstechniken, ein idealtypischer Gesprächsaufbau und Techniken zum Umgang mit Emotionen. Vor allem aber werden in Rollenspielen exemplarische Fälle aus dem umfassenden Spektrum der Konflikte⁵⁴ bearbeitet, die an die Ombudspersonen herangetragen werden könnten. Ziel dieser Workshops ist

45 So ist es in der Göttinger Satzung geregelt, vgl. Fn. 42. Die Regelung in der Hamburger Satzung lautet: Die Ombudspersonen „beraten die Beteiligten und vermitteln zwischen ihnen mit dem Ziel, Konflikte so weit wie möglich gütlich beizulegen“, vgl. Fn. 41.

46 Vgl. Fn. 25.

47 Siehe unter: <http://www.hrk.de>, Beschlüsse, Beschluss v. 14.5.2013 unter II. 1.

48 Siehe nach Fn. 39.

49 Vgl. Handbuch Mediation (Fn. 5), §§ 14 und 16.

50 Vgl. § 1 Abs. 2 MediationsG, vgl. Fn. 1; siehe auch unter II. 1. Abs. 3 des HRK-Beschlusses v. 14.5.2013 (Fn. 47).

51 Vgl. Fn. 47.

52 Eine aktuelle Übersicht der Hochschulen, die eine Mediationsausbildung anbieten, findet sich unter:

<https://www.mediationaktuell.de/news/mediation-auf-suchenausbildungsangeboten-hochschulen>.

53 <http://www.zwm-speyer.de>; die DFG übernimmt für die Beteiligten aus ihren Mitgliedeinrichtungen die Tagungsgebühren, lediglich für die Verpflegung und eine Übernachtung wird ein Eigenbeitrag erhoben.

54 Vgl. die hilfreiche – auf den Jahrbüchern des DFG-Ombudsgremiums für die Wissenschaft (Fn. 26) basierende – empirische Bestandsaufnahme v. Schulze-Fielitz (Fn. 27), in: *WissR*, Beiheft 21 (2012), 10 ff.

auch, ein Netzwerk unter den Beteiligten aufzubauen, das dazu dient, Erfahrungen auszutauschen, sich mit Rat zu Seite zu stehen und zu informieren.

Auf höherer Ebene bietet das DFG-Ombudsgremium für die Wissenschaft ebenfalls seine Hilfe an. Auf der Homepage steht dafür ein Anfrageformular zur Verfügung. Darüber hinaus wird dort eine Liste aller Ombudspersonen an deutschen Hochschulen und Forschungseinrichtungen geführt, aber auch eine Fülle hilfreicher Materialien angeboten. Ertragreich sind schließlich die vom DFG-Ombudsgremium für Ombudspersonen veranstalteten Tagungen, bei denen diese ausgiebig Gelegenheit haben, den eigenen Horizont zu erweitern. Das gilt nicht zuletzt insoweit, als bei diesen Tagungen auch von Ombudspersonen Erfahrungsberichte vorgetragen werden.⁵⁵

Unterbleibt die von der HRK empfohlene „bestmögliche“ Einführung⁵⁶ der Ombudspersonen in ihr Amt, sind diese bei der Wahrnehmung ihrer Aufgabe rasch überfordert. Dabei kann es nicht nur misslich sein, wenn sie ihre Möglichkeiten unterschätzen, sondern auch, wenn sie sich zu viel zutrauen. Nicht in jedem Konflikt, in dem die Kommunikation zwischen emotional hoch erregten oder verstockt uneinsichtigen Beteiligten tiefgreifend gestört ist, sollte allein schon deshalb der Versuch einer gütlichen Streitbeilegung unterbleiben. Andererseits könnte genau das der Fall sein, wenn ein Konflikt bereits eine Eskalationsstufe erreicht hat, auf der nur noch ein Machteingriff, z.B. die Entscheidung eines Gerichts, den Konflikt beenden kann, weil weder z.B. eine Moderation noch selbst eine Mediation – wenn sich die Beteiligten überhaupt auf sie einlassen – Aussicht auf Erfolg verspricht. Um Anhaltspunkte dafür zu gewinnen, auf welcher Eskalationsstufe der Konflikt einzuordnen ist, hat *Friedrich Glasl* ein neunstufiges Modell der Eskalation entwickelt,⁵⁷ das in einer Abwärtsbewegung von einer bloßen Verhärtung der Standpunkte (Stufe 1) bis hin zur Vernichtung des „Feindes“ auch um den Preis der Selbstvernichtung (Stufe 9: „Gemeinsam in den Abgrund“) reicht. Bis zur Eskalationsstufe 3 genügt in der Regel eine bloße Moderation, eine Mediation kommt maximal bis Stufe 7 in Betracht.⁵⁸

c) Beispiele

Die Möglichkeiten und Grenzen einer konsensualen Konfliktlösung sollen im Folgenden noch einmal anhand von zwei Beispielen erläutert werden:

Der Studierende *S* nahm zu Beginn seines Germanistik-Studiums an einem von Professor *P* veranstalteten Seminar mit dem Thema „Die Funktion der Sprache in der Kommunikation Jugendlicher“ teil. Er schrieb eine Arbeit, für die er Protokolle von 120 Chat-Kontakten zwischen seinen Mitschülerinnen und Mitschülern und ihm selbst in anonymisierter Form verwertete. Diese hatte er während seiner gesamten Schulzeit gesammelt. *P* war von der Arbeit außerordentlich angetan. Er lobte *S* und bat ihn, die nicht anonymisierten Chat-Protokolle im Original einsehen zu dürfen. *S* freute sich über das Lob und leitete *P* die Original-Protokolle zu. Weitere Verabredungen wurden nicht getroffen.

Gegen Ende seines Studiums erfährt *S* von *M*, einem Mitarbeiter *P*'s, dass er – *M* – gerade die Druckfahnen eines von *P* für eine Zeitschrift verfassten Beitrages lese. *P* stütze sich in dem Beitrag auf die von *S* gesammelten Chat-Protokolle und verwende sie in nicht anonymisierter Form. *S* ist empört und bittet *P* um ein Gespräch, in dem er *P* vorwirft, ihn hintergangen zu haben. Er sei mit der Veröffentlichung keinesfalls einverstanden. *P* reagiert verärgert und beharrt darauf, das es sein – *P*'s – gutes Recht sei, Materialien in Veröffentlichungen zu verwerten, die in ein von ihm veranstaltetes Seminar eingebracht worden seien. Die nicht anonymisierte Fassung der Chat-Protokolle wirke authentischer. *S* wendet sich an die Ombudsperson, die *S* und *P* zu einem Gespräch einlädt.

Wie geht die Ombudsperson mit diesem Konflikt um? Denkbar wäre, dass sie – wenn sich der Sachverhalt in dem Gespräch zu Dritt nicht vollkommen anders darstellt, Anhaltspunkte für ein Fehlverhalten *P*'s bejaht.⁵⁹ Dafür spricht, dass *P*'s Standpunkt, er könne alle in seine Lehrveranstaltungen eingebrachten Materialien der Studierenden auch ohne Einverständnis für eigene Veröffentlichungen verwerten, nicht haltbar sein dürfte. Hinzu kommt aber hier, dass *S* die Chat-Protokolle in seiner Arbeit nur anonymisiert verwendet hat. Dass *P*'s Bitte,

55 Siehe unter Fn. 26. Die letzte Tagung am 21. und 22.05.2015 stand unter dem Generalthema: „Gefährdete Wissenschaft? – Regeln guter wissenschaftlicher Praxis als Beitrag zur Qualitätssicherung“.

56 Vgl. Fn. 47.

57 *Glasl*, Konfliktmanagement, 11. Aufl. 2013; eingehende Erläuterungen des Modells und der einzelnen Stufen finden sich ab S. 199 ff. und insbesondere ab S. 235 ff.

58 Vgl. in diesem Zusammenhang detailliert: *Glasl* (Fn. 57), S. 395 ff.

59 Vgl. in diesem Zusammenhang: *Schulze-Fielitz* (Fn. 27), in: *WissR*, Beiheft 21 (2012), S. 18; *Apel* (Fn. 22), S. 385. Vgl. zum Fall eines Professors der Universität Bonn, der die Staatsexamensarbeit einer Studentin unter seinem Namen veröffentlicht hat, den Beschluss des OVG NRW v. 19.12.2008 - 6 B 1607/08 - juris; und dazu *Schmoll*, *FAZ* v. 11.12.2012.

ihm Einsicht in die Original-Protokolle zu gewähren, *P* nicht das Recht gibt, sie in dieser Form in einer Publikation zu verwerten, liegt auf der Hand.

Die Ombudsperson könnte *S* und *P* deshalb beim Abschluss des Gesprächs darauf hinweisen, dass sie selbst die Redlichkeitskommission informieren werde. Sie könnte freilich insoweit auch *S* die Initiative überlassen. Käme die Redlichkeitskommission im Rahmen ihres Verfahrens ebenfalls zum Ergebnis, dass die Verwertung der nicht anonymisierten Chat-Protokolle als ein Fehlverhalten *P*'s zu werten sei, würde sie die Leitungsebene der Hochschule von ihrem Befund in Kenntnis setzen, und diese hätte zu entscheiden, ob eine Sanktion in Betracht käme und ggf. welche.

Denkbar wäre indes auch, dass die Ombudsperson den Konflikt – und das liegt durchaus nahe – noch nicht einer Eskalationsstufe zuordnet, auf der eine gütliche Einigung offensichtlich aussichtslos ist. Beim sachorientierten Durcharbeiten des Konflikts, bei dem es darum geht, die sich blockierenden Positionen (keine Veröffentlichung – Veröffentlichung) zu hinterfragen und die Interessen bzw. persönlichen Anliegen zu ermitteln, um Einigungsräume zu öffnen, könnte sich ergeben, dass *S* gar nichts gegen die Veröffentlichung als solche hat, dass sich sein Widerstand lediglich gegen die nicht anonymisierte Verwendung der Chat-Protokolle richtet, weil es in ihnen um höchst private Inhalte geht und eine Veröffentlichung seine Mitschülerinnen und Mitschüler und ihn – *S* – bloßstellen würde. *P* wiederum könnte zu der Einsicht kommen, dass ihm die Veröffentlichung des Beitrages als solche erheblich wichtiger sei, als die Verwendung der nicht anonymisierten Fassung, dass er aber auch nachvollziehen könne, wie viel *S* an der anonymisierten Veröffentlichung liege, und dass er *S* in jedem Fall hätte Gelegenheit geben müssen, sich zu der geplanten Veröffentlichung in der nicht anonymisierten Form zu äußern. Ergebnis könnte eine Vereinbarung sein, in der *S* der Veröffentlichung in anonymisierter Form zustimmt, *P* eine Anonymisierung in den Fahnen zusagt, diese *S* zur Kenntnis gibt und sich dafür entschuldigt, ihn nicht über seine Pläne informiert zu haben.

Das zweite Beispiel ist einem Fall nachgebildet, der sich in der Yale University zugetragen hat. Über ihn wurde in der Süddeutschen Zeitung mit der Überschrift „Fische vergiften im Labor“⁶⁰ berichtet. *A* war Postdoc-Wissenschaftlerin im Institut für Entwicklungsbiologie der Universität *U*. Sie arbeitete gemeinsam in einer For-

scherguppe mit anderen Postdocs an einem Projekt, für das in einem arbeits- und zeitaufwändigen Verfahren transgene Zebrafische zu züchten waren. Nach einigen Monaten musste *A* feststellen, dass nach und nach alle von ihr gezüchteten Fische starben, während die Zuchtbemühungen ihrer Kolleginnen und Kollegen ausnahmslos Erfolg hatten. *A* züchtete nunmehr eine neue Charge transgener Zebrafische und teilte sie in zwei Gruppen ein. Die eine Gruppe setzte sie in einen Behälter, den sie – wie üblich – mit ihren Initialen kennzeichnete. Dieser wurde mit einer versteckten Kamera überwacht. Den anderen Behälter markierte sie nicht. Nur die Fische in dem mit *A*'s Initialen gekennzeichneten Behälter starben. Die Überwachung ergab zweifelsfrei die Identität des Täters; *B*, ein anderer Postdoc derselben Forschergruppe, hatte zum zweiten Mal die Fische mit Ethanol vergiftet.

Würde sich *A* an die Ombudsperson wenden und ihr mit der Bitte um Rat den Sachverhalt vortragen, könnte diese zwar *B* um eine Stellungnahme bitten, ob aber die Anregung eines gemeinsamen Gesprächs mit dem Ziel des Versuchs einer gütlichen Einigung empfehlenswert wäre, erscheint fraglich. Alles spricht dafür, dass ein evidenter Fall wissenschaftlichen Fehlverhaltens in der Form eines – eher seltenen – Sabotageaktes⁶¹ vorliegt, der sich sogar wiederholt hat. Hier dürfte eine Eskalationsstufe erreicht sein, die einer konsensualen Konfliktlösung entgegensteht. Es bleibt daher nur ein Machteingriff. Auf Initiative der Ombudsperson oder *A*'s wird die Redlichkeitskommission ein Verfahren einleiten und die Hochschulleitung auf der Grundlage des Verfahrensergebnisses über eine Sanktion entscheiden, die *B* gerichtlich überprüfen lassen kann.

3. Untersuchungskommissionen

Auch die in der HRK-MusterVerfO vorgesehenen Untersuchungskommissionen⁶² haben die Hochschulen in ihre Redlichkeitssatzungen als Institution übernommen, aber ebenso wie die Institution der Ombudspersonen im Detail unterschiedlich ausgestaltet. Die HRK-MusterVerfO sieht vor, die Kommission „etwa“ mit drei oder fünf erfahrenen Professoren der eigenen Hochschule zu besetzen oder mit drei Professoren und zwei externen Mitgliedern, von denen eines die Befähigung zum Richteramt oder „Erfahrungen mit außergerichtlichen Schlichtungen hat“. Aufgabe der Kommission ist die „Förmliche Untersuchung“, in der die Kommission in

60 SZ v. 10.3.2014; vgl. in diesem Zusammenhang nach Fn. 27.

61 Vgl. zu dieser Form des Fehlverhaltens *Schulze-Fielitz* (Fn. 27), in: *WissR*, Beiheft 21 (2012), 13; *Apel* (Fn. 22), S. 386.

62 Fn. 25, siehe unter C. III.

nichtöffentlicher mündlicher Verhandlung berät.⁶³ Zu dieser können weitere Mitglieder – wie z.B. „Schlichtungsberater“ – mit beratender Stimme hinzugezogen werden. Hält die Kommission – so die Vorgabe der HRK-MusterVerfO – ein Fehlverhalten für *nicht* erwiesen, wird das Verfahren eingestellt. Hält sie es für *erwiesen*, legt sie das Ergebnis ihrer Untersuchung der Hochschulleitung mit einem Vorschlag zum weiteren Verfahren und zur weiteren Veranlassung vor.

Schon die Vorschläge der HRK-MusterVerfO zur Besetzung lassen erkennen, dass auch das Bemühen um eine gütliche Einigung zu den Aufgaben der Kommissionen gehört. Das wird in der DFG-Denkschrift eingehend dargelegt und als Vorzug der „institutionsinternen Verfahren“ gewürdigt.⁶⁴ Interne Regelungen könnten je nach Art und Schwere des Fehlverhaltens Wege zu einvernehmlichen Lösungen vorzeichnen. Diese hätten allgemein den Vorteil, dass sie Verfahren auf der Basis einer Einigung, also ohne streitentscheidendes Urteil eines Dritten, zügig beendeten. Dadurch hätte das Verhältnis der Beteiligten für die Zukunft eine Chance. Der oft auf Dauer angelegte Charakter von Arbeits- und Dienstverhältnissen lege ein solches Verfahren in vielen Fällen nahe, wie die gesetzlich vorgesehene Güteverhandlung im arbeitsgerichtlichen Prozess⁶⁵ zeige. Eine Verfahrensbeilegung auf der Basis einer Einigung habe Potenzial zur Befriedung und könne unter Umständen dem Einzelfall besser gerecht werden als ein Urteil auf der Grundlage abstrakt gefasster Tatbestände und Rechtsfolgen. Gleichzeitig dürfe diese Flexibilität aber nicht zur persönlichen Bevorzugung führen oder dazu, dass Vorwürfe ungeklärt unter den Teppich gefegt würden.

Obwohl es der DFG und ihr folgend der HRK ersichtlich darum ging, das Verfahren der Untersuchungskommissionen als der „Wissenschaft gewidmete Wahrheitskommissionen“⁶⁶ lediglich hochschulintern auszugestalten, d.h. so, dass es ausschließlich der Beratung der Hochschulleitung durch ein sachverständiges Votum zu wissenschaftlichen Fragen dient und keine Außenwirkung hat,⁶⁷ ist das Verwaltungsgericht Mainz zu einer

anderen Bewertung gekommen. In seinem Urteil vom 08.09.2010⁶⁸ interpretiert das Gericht die – von zahlreichen Hochschulen und auch von der Universität Mainz aus der HRK-MusterVerfO übernommenen – Regelungen in der Weise, dass sowohl die *Einstellung* des Verfahrens durch die Kommission, wenn es ein Fehlverhalten verneint, als auch die *Feststellung* eines Fehlverhaltens für die Hochschulleitung *verbindlich* sei. Es handle sich, wenn die Kommission ein Fehlverhalten bejahe, um einen feststellenden Verwaltungsakt in der Form eines Grundlagenbescheids, wie ihn z.B. das Abgaben- und Steuerrecht kenne. Die Hochschulleitung habe nur noch über die Sanktion zu entscheiden.

In dem vom VG Mainz entschiedenen Fall hat sich die Klägerin, eine Professorin und Lehrstuhlinhaberin, gegen die von der Redlichkeitskommission getroffene Feststellung gewehrt, ihr sei ein Fehlverhalten unterlaufen. Das Gericht gab der Klage statt, weil es die Feststellung als einen Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit wertete, die einer materiellrechtlichen Ermächtigungsgrundlage bedürfe. Die Redlichkeits-Ordnung der Universität Mainz war aber seinerzeit – noch – nicht als Satzung erlassen.⁶⁹ Auf die Frage, ob die Kommission das Fehlverhalten zu Recht festgestellt habe, kam es deshalb gar nicht mehr an. Aufgrund dieses Urteils haben viele Hochschulen klargestellt, dass die Redlichkeitskommission lediglich die Aufgabe habe, die Hochschulleitung „zu beraten“ und dass eine „rechtliche Bindung“ *nicht* bestehe.⁷⁰

Dem Tatbestand des Urteils des VG Mainz ist zu entnehmen, dass der Ombudsman der Universität „zunächst fachbereichsinterne Vermittlungsbemühungen“ angeregt habe, die sich aber zerschlagen hätten. Offenbar waren die Konfliktbeteiligten, die später klagende Lehrstuhlinhaberin K und eine an ihrem Lehrstuhl beschäftigte wissenschaftliche Mitarbeiterin W, zu einer konsensualen Lösung des Konfliktes nicht bereit. Rückblickend gesehen stellt sich die Frage, ob die beiden Wissenschaftlerinnen nicht doch besser daran getan hätten, sich auf diesen Weg einzulassen und sich gütlich zu eini-

63 Fn. 25, siehe unter C. IV. 2.

64 Vgl. hier und im Folgenden: DFG-Denkschrift, 2. Aufl. (Fn. 11), S. 24.

65 Vgl. § 54 Abs. 6 ArbGG, nunmehr i.d.F. des Art. 4 Ziff. 1 des Mediationsförderungsgesetzes (Fn. 1).

66 Häberle, Die Erinnerungskultur im Verfassungsstaat, 2011, S. 137 ff.

67 Siehe bei Fn. 64.

68 3 K 844/09.MZ - juris; diesem – rechtskräftigen – Urteil folgt das VG Berlin in seinem Beschluss v. 1.11.2011 - 12 L 1036/.11; anders dagegen das OVG Berlin-Brandenburg, das mit seinem Beschluss v. 26.4.2012, NVwZ 2012, S. 1491, 1493 ff., die Entscheidung des VG Berlin geändert hat. Siehe in diesem Zusam-

menhang auch Löwer (Fn. 36), in: Dreier/Ohly (Hrsg.), Plagiate, S. 51, 58 m. Fn. 28; Schulze-Fielitz (Fn. 27), in: WissR, Beiheft 21 (2012), 42 f.; Apel (Fn. 22), S. 410 ff., 425 f.; Schiffers (Fn. 22), S. 193 ff.

69 Inzwischen ist das der Fall; vgl. die nunmehr als Anlage zur Grundordnung beschlossene Ordnung der Universität Mainz zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis in Forschung und Lehre v. 15.12.2011, unter: <http://www.uni-mainz.de>.

70 Vgl. z.B. die Satzung der Freiburger Universität „zur Sicherung der Redlichkeit in der Wissenschaft“ v. 10.6.2011 i.d.F. v. 30.4.2013, unter: <http://www.uni-freiburg.de>, § 8 Abs. 2 Satz 1, siehe auch § 9 Abs. 5 Satz 1.

gen, anstatt auf eine Entscheidung im Rechtsweg zu setzen. Der Versuch, den Konflikt durch eine Verständigung beizulegen, hätte – auch wenn er im ersten Anlauf nicht erfolgreich war – ohne Weiteres im Verfahren der Untersuchungskommission noch einmal unternommen werden können, soweit die Konfliktbeteiligten damit einverstanden gewesen wären.⁷¹

Dafür sprechen die oben wiedergegebenen Erwägungen in der DFG-Denkschrift, in der u.a. darauf hingewiesen wird, dass gerade im Falle auf Dauer angelegter Arbeits- und Dienstverhältnisse eine zügige Beendigung des Streites durch gütliche Einigung die Zusammenarbeit der Beteiligten in der Zukunft weniger belastet als ein sich länger hinziehender, ungelöster Konflikt. In dem entschiedenen Fall hat sich *W* Ende August 2008 an den Ombudsman gewandt, Ende März 2009 ist von der Kommission ein Fehlverhalten *K*'s festgestellt worden, im September 2009 hat *K* Klage erhoben, über die ein Jahr später entschieden worden ist. Es liegt nahe, dass im Zuge dieses Zeitraumes, des Kommissionsergebnisses, der Klage und des Urteils, mit dem *K* den Prozess gewinnt und die Universität ihn verliert, die Spannungen zwischen den Beteiligten zu- und nicht abgenommen haben. Die dem Tatbestand zu entnehmenden Umstände deuten auch darauf hin, dass es sich um einen Einzelfall gehandelt hat, der sich geeignet hätte, das Befriedigungspotenzial einer konsensualen Konfliktlösung zu nutzen. Das gilt nicht zuletzt deshalb, weil Anhaltspunkte dafür fehlen, dass hier schon eine Eskalationsstufe erreicht gewesen wäre, die dem Versuch einer gütlichen Einigung entgegen gestanden hätte. Zwar wäre das Ergebnis einer vertraulichen Konfliktbearbeitung im Zuge eines erfolgreichen Einigungsverfahrens nicht öffentlich geworden. Im Urteil des VG Mainz wird aber der Konflikt der beiden Wissenschaftlerinnen, also die Frage, ob *K* ein Fehlverhalten unterlaufen ist, gar nicht entschieden. Die rechtlichen Ausführungen sind in mehrfacher Hinsicht für viele Hochschulen hilfreich. Die Beteiligten des Konfliktes indes, der dem Rechtsstreit zugrunde liegt, bringt das Urteil keinen Schritt auf dem Weg zur Lösung ihres Konfliktes weiter!

IV. Bearbeitung spezifisch wissenschaftsbezogener Konflikte im Bereich der Promotion

Bei dem *einen* – oben näher skizzierten – Sündenfall Ende der neunziger Jahre, der der DFG und anderen Wissenschaftsorganisationen Anlass zu grundlegenden Änderungsvorschlägen gab,⁷² ist es nicht geblieben. Ein *zweiter* Sündenfall ist verbunden mit dem Namen *Freiherr zu Guttenberg*, dem eine erhebliche Zahl an Plagiaten in seiner Dissertation vorgeworfen wurde, und dem deshalb die Promotionskommission der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth Ende Februar 2011 den Doktorgrad entzog. Der Fall löste eine ganze Welle weiterer Plagiatsvorwürfe aus, die sich gegen prominente Politikerinnen und Politiker richteten. Soweit sich diese überhaupt mit einer Klage bei den zuständigen Verwaltungsgerichten wehrten, hatten sie damit keinen Erfolg.⁷³

Der sog. „Guttenberg-Effekt“⁷⁴ hatte nicht nur zur Folge, dass Ombudspersonen, Untersuchungskommissionen und Promotionsausschüsse der Hochschulen zunehmend häufiger der Frage nachzugehen hatten, ob die Regeln guter wissenschaftlicher Praxis – und zwar keineswegs nur durch Plagiate – verletzt wurden, sondern die DFG⁷⁵ und andere Wissenschaftsorganisationen⁷⁶ regten auch an, darüber nachzudenken, ob nicht das Promotionsverfahren neu gestaltet werden sollte. Zu den Empfehlungen der DFG zählt u.a., neben der primären „Bezugsperson“ eine Betreuung durch zwei weitere erfahrene Wissenschaftlerinnen oder Wissenschaftler vorzusehen, die für Rat und Hilfe „und bei Bedarf zur Vermittlung in Konfliktsituationen zur Verfügung stehen“. Und in einem Beschluss der HRK⁷⁷ heißt es: Als unabdingbar werde eine Stelle angesehen, „die im Konfliktfall vermittelnd und schlichtend aktiv“ werde. „Dies kann z.B. eine Ombudsperson sein, die sich durch eine hohe Reputation auszeichnet und hinreichend neutral agieren kann“. Eine Ombudsstelle zur Konfliktregelung für den Promotionsbereich stehe allen Doktorandinnen und Doktoranden und Betreuerinnen und Betreuern offen.⁷⁸

71 Würde in einem vergleichbaren Fall Klage bei einem Verwaltungsgericht erhoben, käme auch hier noch eine Mediation durch einen entsprechend geschulten Güterichter in Betracht, vgl. bei Fn. 4 f.

72 Vgl. oben nach Fn. 22.

73 Vgl. von Münch, Gute Wissenschaft, 2012, S. 107 ff.; Gärditz, Die Feststellung von Wissenschaftsplagiaten im Verwaltungsverfahren, in: WissR 2013, 3 ff.; von Bargen (Fn. 22), in: JZ 2013, 715.

74 Schmoll, in: FAZ v. 22.11.2012.

75 DFG-Denkschrift, 2. Aufl. (Fn. 11), S. 18 f.

76 Vgl. z.B. das Positionspapier des WR v. 9.11.2011 „Anforderun-

gen an die Qualitätssicherung der Promotion“, unter: <http://www.wissenschaftsrat.de>.

77 Beschluss v. 23.4.2012, unter II. 4., letzter Absatz, siehe unter: <http://www.hrk.de>, Beschlüsse.

78 Vgl. in diesem Zusammenhang eingehend auch Lentsch (Akademisches Konfliktmanagement: Ein Beitrag zur Qualitätssicherung der Promotionspraxis, in: HRS 2012, 118 ff. mwN.), der zwischen den Modellen eines institutionalisierten Ombudsgremiums und einer prozessorientierten Wissenschaftsmediation unterscheidet; siehe dazu auch Hoormann/Matheis (Fn. 7), S. 44 ff.

Entsprechend normiert nunmehr z.B. das 2014 novellierte Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg in § 38 Abs. 4 S. 2 u.a., dass die Promotionsordnung die „Einsetzung von Ombudspersonen“ regelt.⁷⁹ Die Rahmenpromotionsordnung⁸⁰ der Universität Freiburg sieht vor, dass zwei – für alle Doktorandinnen und Doktoranden der Universität zuständige – Ombudspersonen bestellt werden, die „als unabhängige und unparteiische Beratungs- und Vermittlungsstelle“ fungieren. Die Promotionsordnungen der Fakultäten können stattdessen ein Ombudsverfahren auf Fakultätsebene etablieren.

Welche Art Vermittlungsaufgabe insoweit auf die zuständige universitäre Ombudsperson zukommen könnte, zeigt folgendes Beispiel: Professor A und seine Doktorandin B – beide sind Mitglieder der Medizinischen Fakultät der Universität U – nehmen an einem Fachkongress in Irland teil. B entdeckt dort ein Poster, auf dem Ergebnisse eines Projektes präsentiert werden, das ihrem sehr ähnlich ist. Es stellt sich heraus, dass das Poster die Arbeit des Doktoranden C zeigt, dessen primäre „Bezugsperson“ Professor D ist. C und D gehören derselben Universität U wie A und B, aber der Fakultät für Biologie an. Alle vier Wissenschaftler kommen noch während des Kongresses überein, beide Arbeiten in drei Monaten der Zeitschrift Z anzubieten, um sie im sog. „Back-to-Back-Verfahren“ zu publizieren. Bei diesem Verfahren werden zwei Manuskripte gleichzeitig eingereicht, die sich komplettieren. Kein Autor geht das Risiko ein, „unterwertig“ publizieren zu müssen, weil ihm der jeweils andere zugekommen ist. B und C tauschen sich in den nächsten Wochen intensiv aus. Zwei Monate nach der Übereinkunft erfährt A beiläufig in einem Gespräch mit dem Editor von Z, dass C's Arbeit entgegen der Absprache gerade eingereicht worden sei. In diesem Artikel sind C als Erstautor, B an zweiter, A an dritter und D an vierter Stelle genannt. A und B, die von C und D nicht informiert worden waren, wenden sich empört an die Ombudsperson.

Würde dieser Konflikt mit Hilfe einer mediativ geschulten Ombudsperson sachorientiert durchgearbeitet,⁸¹ könnte sich erweisen, dass beide Gruppen ein Interesse an einer möglichst optimalen Publikation ihrer Arbeiten haben. Vieles hinge davon ab, ob es gelingt, C und

D die Einsicht zu vermitteln, dass der Bruch der Absprache als Fehlverhalten gewertet werden könnte. Hilfreich könnte insoweit ein Perspektivwechsel sein, also die an C und D gerichtete sog. zirkuläre Frage,⁸² wie denn wohl sie – C und D – reagiert hätten, wenn B und A in der Weise vorgegangen wären wie sie. Einsicht bewirken könnte auch die sog. Zukunftsfrage, ob C und D denn sicher seien, dass der von ihnen bei Z eingereichte Beitrag ohne die Zustimmung von B und A veröffentlicht würde. Für die Frage, ob eine gütliche Einigung möglich ist, wird es nicht zuletzt darauf ankommen, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen B und A bereit sind, den beiden anderen Wissenschaftlern ihr Verhalten nachzusehen. Ergebnis des Gesprächs könnte die Vereinbarung sein, den eingereichten Beitrag in geteilter Erst-Autorenschaft von B und C zu veröffentlichen oder doch bei dem ursprünglich verabredeten „Back-to-Back-Verfahren“ zu bleiben.

V. Inanspruchnahme externer Hilfe

Selbstverständlich besteht die Möglichkeit, die Hilfe externer – freiberuflich tätiger, aufgrund des Mediationsgesetzes zertifizierter – Mediatorinnen und Mediatoren in Anspruch zu nehmen, wenn es gilt, einen Konflikt innerhalb der Hochschule zu lösen. In Betracht käme etwa, dass Ombudspersonen oder Untersuchungskommissionen in Fällen, in denen die Hilfe einer besonders erfahrenen – externen – Mediatorin geboten sein könnte, den Konfliktbeteiligten raten, deren Hilfe in Anspruch zu nehmen. Denkbar ist auch, dass sich mehrere Hochschulen (z.B. am selben Ort) zusammenschließen und der Mediator der *einen* Hochschule jeweils der *anderen* zur Verfügung steht. Es hätte den Vorteil, dass das Vertrauen der Konfliktbeteiligten in die Unabhängigkeit des Mediators einer *anderen* Hochschule noch selbstverständlicher sein könnte, als in die des Mediators der *eigenen*, sei sie auch noch so „gesichert“.

Beispiele, die den Wunsch wecken, viele Hochschulen würden sie sich zum Vorbild nehmen, sind z.B. Mediationsangebote des AstA der Universität Osnabrück und des AstA der Universität Bonn. Seit 2012 (Osnabrück) und 2013 (Bonn) gibt es in den genannten Uni-

79 Die Neufassung v. 1.4.2014 (GBl. S. 99) ist am 9.4.2014 in Kraft getreten; siehe zu der Neufassung: *Theresia Bauer*, Ein neuer Königsweg zum Dokortitel, in: FAZ v. 19.3.2014; *Sandberger*, Paradigmenwechsel oder Kontinuität im Hochschulrecht, VBIBW 2014, 321; speziell zu § 38 Abs. 4 S. 2 LHG BW: *Löwisch/Würtenberger*, Betreuungsvereinbarungen im Promotionsverfahren, OdW 2014, 103, 112. Vgl. zur Institution der Ombudsperson eingehend oben unter III. 2. a).

80 Vgl. unter: <http://www.uni-freiburg.de>, § 22. Die Universität

Freiburg hat seit 1.10.2014 eine Prorektorin für Redlichkeit in der Wissenschaft, Gleichstellung und Vielfalt; vgl. *Badischen Zeitung* v. 19.11.2014 „Die Plage mit den Plagiaten“ u. das Interview mit der neuen Prorektorin Gisela Riescher.

81 Vgl. oben nach Fn. 48 u. nach Fn. 59.

82 Vgl. hier und im Folgenden Handbuch Mediation (Fn. 5), § 14, Rn. 40. Vgl. zum sog. „verstehensbasierten“ Mediationsmodell *Friedman/Himmelstein*, Konflikte fordern uns heraus, 2013, S. 33 ff.

versitäten AStA-Projekte, in deren Rahmen Studierenden kostenlose „Konfliktberatung und Mediation“ angeboten wird. In beiden Fällen sind ausgebildete, externe Mediatoren tätig, die jeweils einen engeren Bezug zu ihrer Universität haben und die Gelegenheit nicht zuletzt nutzen können, um Mediationserfahrung zu sammeln.⁸³

VI. Mediation im Bereich der Lehre

1. Schlüsselqualifikation „Mediation“

Die Mediation und mediative Elemente werden in den Hochschulen nicht nur zur konsensualen Lösung von Konflikten genutzt, sondern sie sind auch Gegenstand der Lehre. Die wohl erste Erwähnung des Begriffs „Mediation“ in einem Bundesgesetz findet sich in § 5a Abs. 3 des Deutschen Richtergesetzes. Seit 2006 haben die Inhalte des rechtswissenschaftlichen Studiums die entsprechende, verwaltende und rechtsberatende Praxis einschließlich der hierfür erforderlichen Schlüsselqualifikationen wie z.B. Verhandlungsmanagement, Gesprächsführung, Rhetorik, Streitschlichtung, Vernehmungslehre und Kommunikationsfähigkeit, aber auch Mediation zu berücksichtigen.⁸⁴ Staatliche und universitäre Prüfungen haben sich auf die in § 5a Abs. 3 DRiG genannten Praxisbereiche einschließlich der hierfür erforderlichen Schlüsselqualifikationen zu erstrecken (§ 5d Abs. 1 S. 1 DRiG). Seither sind Lehrveranstaltungen zu den Schlüsselqualifikationen einschließlich der Mediation fester Bestandteil des Lehrangebots der Rechtswissenschaftlichen Fakultäten. Sie unterscheiden sich frei nach Schwerpunkt und Ausgestaltung.

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg z.B. bietet jeweils im Sommersemester eine Vorlesung „Mediation und Verhandlungslehre“ und im Wintersemester einen „Workshop Mediation“ an.⁸⁵ Im Mittelpunkt dieses Workshops – einer Mischung aus Vorlesung und Übung –, an dem insgesamt fünf als Mediatorinnen und Mediatoren ausgebildete Dozentinnen und Dozenten (darunter eine in der Mediationsausbildung engagierte Diplom-Psychologin) mitwirken, stehen vier Übungen, in denen in kleineren Gruppen zent-

rale Phasen der Mediation anhand von zwei Fällen im Rollenspiel erarbeitet werden, um dann ebenfalls im Rollenspiel in einem der Fälle der Frage nachzugehen, wie in einer Gerichtsverhandlung „verfahren“ würde. Beim Einüben des Mediationsverfahrens wird eine Videokamera eingesetzt, um den Studierenden Gelegenheit zu geben, sich selbst beim Rollenspiel zu beobachten und um ein hohes Maß an detaillierter, konstruktiver Kritik zu gewährleisten. In den zehn Jahren, in denen es das Workshop-Angebot gibt, haben sich mehrfach teilnehmende Studierende zu einer Mediationsausbildung entschlossen

2. Legal Clinics

Noch praxisorientierter sind studentische Rechtsberatungsprojekte, die insbesondere seit der Liberalisierung der Rechtsberatung durch das am 01.07.2008 in Kraft getretene Rechtsdienstleistungsgesetz⁸⁶ mit zunehmender Tendenz auf Initiative aus den Rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Hochschulen ins Leben gerufen werden. Diesen Projekten liegt das Konzept zugrunde, dass juristisch entsprechend geschulte Studierende unter Anleitung z.B. einer Rechtsanwältin kostenlosen Rat erteilen und damit nicht nur selbst praktische Erfahrungen sammeln, sondern finanzschwachen Ratsuchenden in der Realität behilflich sind.⁸⁷ Die Idee stammt aus den USA, dort sind sog. „Legal Clinics“ oder „Law Clinics“ an den Law Schools seit Jahrzehnten außerordentlich verbreitet.

Seit März 2014 gibt es auch in Freiburg einen Verein „Pro Bono“, den Studierende der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Freiburger Universität unter dem Beistand ihres Studiendekans, *Boris P. Paal*, gegründet haben.⁸⁸ Das – kostenlose – Beratungsangebot beschränkt sich derzeit auf die Bereiche Mietrecht, Verbraucherschutzrecht, Internetrecht und Existenzgründung. Zum Ausbildungsprogramm, das allen Studierenden empfohlen wird, die sich beim Freiburger „Pro Bono“-Verein engagieren wollen, gehören auch Lehrangebote zum Thema Mediation, wie z.B. der erwähnte Workshop.⁸⁹ Eine in diesem Workshop mitwirkende Dozentin, Rechtsanwältin und Mediatorin *Bettina Faller*, ist bei

83 In der Universität Osnabrück ist es der Mediator Maximilian Geßner; das Angebot des AStA findet sich unter: <https://www.aSta.uni-osnabrueck.de/service/konfliktberatung-und-mediation/>; Mediator des AStA in der Universität Bonn ist Christian Seiwald; http://www.aSta-bonn.de/Konfliktberatung_und_Mediation.

84 Das am 1.7.2003 in Kraft getretene Gesetz zur Reform der Juristenausbildung v. 11.7.2002 (BGBl. I, 2592) wurde am 1.7.2006 verbindlich, nachdem die Bundesländer den neuen Vorgaben in ihren Regelungen zur Juristenausbildung Rechnung getragen hatten. Vgl. hier und im Folgenden *von Bargen*, Erfahrungen auf einem neuen Ausbildungsterrain, in *JuS-Magazin* Sept./Okt. 2006, 14.

85 Vgl. unter: <http://www.legalclinics.uni-freiburg.de/mediation>.

86 Gesetz v. 12.12.2007, BGBl. I, 2840; siehe dort § 6.

87 *Himmer*, JuraStudenten machen sich nützlich, in: *FAZ* v. 13./14.09.2014; siehe ferner *Horn*, Studentische Rechtsberatung in Deutschland, in: *JA* 2013, 644.

88 Vgl. unter: <http://www.probono-freiburg.de/>. Siehe auch *Süddeutsche Zeitung* v. 29./30.11.2014: „Anwalt auf Probe“; vgl. ferner *Schubert*, Legal Clinics – Juristische Ausbildung mit Praxisbezug am Beispiel der Freiburg Legal Clinics und Pro Bono Studentische Rechtsberatung Freiburg, in: *OdW* 2014, 241.

89 Vgl. oben unter VI. 1.

„Pro Bono“ als anleitende Anwältin und Mediatorin tätig, so dass in geeigneten Fällen auch die Mediation im Spektrum des Vereinsangebots Berücksichtigung finden kann. Anders als z.B. an der Harvard Law School oder der Law School der University of Michigan⁹⁰ gibt es an deutschen Hochschulen wohl noch keine auf Mediation spezialisierte Clinic, aber vielleicht machen auch die genannten Beispiele hier eines Tages Schule.

3. Mediations-Aus- und Fortbildung

Gegenstand der Lehre ist die Mediation in den Hochschulen ferner in der Form, dass diese komplette Ausbildungs- und Fortbildungsgänge anbieten. Die Bandbreite dieser Angebote, die sich nach Art, Spezialisierung, Dauer und Struktur, Kosten und Abschluss deutlich unterscheiden, ist bemerkenswert.⁹¹ Erwähnung verdienen hier zwei Master-Studiengänge: Einer wird von der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt/Oder angeboten.⁹² Die wissenschaftliche Leitung liegt in den Händen von *Ulla Gläßer*, *Lars Kirchhoff*, *Stephan Breidenbach* und *Andreas Nelle*. Einen weiteren – interdisziplinär ausgerichteten – postgraduierten Studiengang „Master of Mediation“ hat die FernUniversität Hagen im Programm.⁹³ Wissenschaftlich verantwortlich zeichnet *Katharina Gräfin von Schlieffen*.

VII. Mediation im Bereich der Wissenschaft

Nicht unerwähnt bleiben soll, dass die Mediation in den Hochschulen auch Gegenstand der Wissenschaft ist. Um hier nur punktuelle Beispiele zu nennen, belegen das zum einen zwei Publikationen aus jüngerer Zeit, nämlich die von der Universität Graz angenommene Habilitationsschrift von *Sascha Ferz* mit dem Titel „Mediation im öffentlichen Bereich – Eine rechtstatsächliche und rechtsdogmatische Studie für Österreich und Deutschland“,⁹⁴ sowie eine von der Universität Kiel angenommene Dissertation von *Jonas Hennig* mit dem Titel: „Mediation als rationaler Diskurs – Überpositive Legitimation der Mediation und Vergleich zum Gerichtsprozess am

Maßstab der Alexyschen Diskurstheorie“.⁹⁵ Mit Mediationsforschung befasst sich etwa das Institut für Konfliktmanagement der Europa-Universität Viadrina,⁹⁶ aber auch das LOEWE-Verbundforschungsvorhaben „Außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung“ der Universität Frankfurt a.M., des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte und der Frankfurt University of Applied Sciences.⁹⁷ In diesen Zusammenhang gehören ferner der seit mehreren Jahren von der Universität Jena veranstaltete „Deutsche Mediationstag“⁹⁸ und die Kolloquien des Forums „für Forschung und Wissenschaft zu Mediation und außergerichtlicher Konfliktlösung“.⁹⁹

VIII. Abschließende Bemerkungen

Als der Verfasser dieses Beitrags, der sechs Jahre als Vorsitzender einer Untersuchungskommission in der Universität Freiburg tätig war, 2005 vor seiner Wahl gefragt wurde, ob er bereit sei, das Amt zu übernehmen, hat ihm die Hochschulleitung versichert, es handle sich um ein selten reizvolles Amt, es gäbe nämlich nichts zu tun. Es gab sie dann aber doch, die Fälle, und jeder Fall war eine neue, besondere und einsame Herausforderung! Inzwischen zweifelt niemand mehr daran, dass die Hochschulen auf eine professionelle Konfliktbearbeitung optimal eingestellt sein sollten, und die – Diskurs-basierte – Mediation ist ohne Zweifel ein Verfahren, das die besten Voraussetzungen für die Bearbeitung hochschulinterner und gerade auch spezifisch wissenschaftsbezogener Konflikte bietet. Die Hochschulen sind im eigenen Interesse gut beraten, sich dieses Verfahrens in der Praxis, aber auch in Lehre und Wissenschaft noch nachdrücklicher als bisher anzunehmen.

Der Autor ist Honorarprofessor der Universität Freiburg. Er war Präsident des Freiburger Verwaltungsgerichts und Mitglied des Verfassungsgerichtshofs Baden-Württemberg.

90 <http://hnmcp.law.harvard.edu/negotiation-mediation-clinic-course-description/> und <http://www.law.umich.edu/clinical/civilmediation/Pages/default.aspx>. Dort wird das Konzept des „Negotiation & Mediation Clinical Program“ bzw. der „Civil Mediation Clinic“ eingehend beschrieben.

91 Siehe zur detaillierten Übersicht Fn. 52.

92 Vgl. unter: <http://www.rewi.europa-uni.de/de/studium/master/mediation/index.html>.

93 Vgl. unter: http://www.fernuni-hagen.de/ls_schlieffen/mediation/wsm.shtml.

94 2013; vgl. dort zur Mediation im öffentlichen Bereich in Deutschland, S. 213 ff.

95 2014; vgl. in diesem Zusammenhang nach Fn. 34 und unter oben VIII.

96 Vgl. unter: http://www.europa-uni.de/de/forschung/institut/institut_ikm/index.html.

97 Vgl. unter: <http://www.konfliktloesung.eu/>.

98 Vgl. unter: <http://www.rewi.uni-jena.de/mediationstagung.html>.

99 Vgl. unter: <https://www.mediationaktuell.de/news/2.-kolloquium-in-freiburg-am-28.11.2014>.

Manfred Löwisch

Forschung und Vergaberecht

GLIEDERUNG

I. *Forschung und Entwicklung als Gegenstand des Vergaberechts*

II. *Wissenschaftsfreiheit und Vergaberecht*

1. *Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit*
2. *Vergaberecht als Schranke*

III. *Aufträge oberhalb der Schwellenwerte*

1. *Rechtsgrundlagen*
2. *Anwendungsbereich*
3. *Schwellenwerte*
4. *Relevante Vergabegrundsätze und Zuschlagskriterien*
5. *Wahrung der Wissenschaftsfreiheit*

IV. *Aufträge unterhalb der Schwellenwerte*

1. *Rechtsgrundlagen*
2. *Anwendungsbereich*
3. *Vergabegrundsätze*
4. *Wahrung der Wissenschaftsfreiheit*

V. *Private Auftraggeber*

VI. *Forschungsrelevante Lieferungen und Dienstleistungen*

1. *Oberhalb der Schwellenwerte*
2. *Unterhalb der Schwellenwerte*
3. *Wahrung der Wissenschaftsfreiheit*

I. Forschung und Entwicklung als Gegenstand des Vergaberechts

Vertragsforschung ist aus der arbeitsteiligen heutigen Forschungslandschaft nicht wegzudenken. Öffentliche Stellen wie private Unternehmen vergeben Aufträge an Forschungsinstitutionen, die ihrerseits wiederum öffentliche Stellen oder private Unternehmen, aber auch freiberuflich Tätige sein können. Gegenstand der Aufträge sind dabei zumeist nicht Fragen der Grundlagenforschung oder der angewandten Forschung, sondern solche der Entwicklung, also der zweckgerichteten Auswertung und Anwendung von Forschungsergebnissen und Erfahrungen vor allem technologischer oder ökonomischer Art, um zu neuen Systemen, Verfahren, Stoffen, Gegenständen und Geräten zu gelangen (Neuentwicklung) oder um vorhandene zu verbessern (Weiterentwicklung).¹

Eine Vorstellung vom Umfang der Vertragsforschung durch öffentliche Stellen lässt sich dem Qualitätsbericht „Ausgaben, Einnahmen und Personal der öffentlichen und öffentlich geförderten Einrichtungen für Wissenschaft, Forschung und Entwicklung 2013“ des Statistischen Bundesamts und dem Datenportal Forschung und Innovation des Bundesministeriums für Bildung und Forschung entnehmen. Nach dem Qualitätsbericht beliefen sich im Jahr 2012 die Ausgaben der Hochschulen für Baumaßnahmen auf 564 Mio. Euro und die Ausgaben für die übrigen Sachinvestitionen auf 481 Mio. Euro. Nach dem Datenportal erreichten diese Ausgaben bei den wissenschaftlichen Einrichtungen außerhalb der Hochschulen 2012 734 Mio. Euro für Bauten und 1.214 Mrd. Euro für die übrigen Investitionen.²

Die Vergabe von Vertragsforschung durch öffentliche Stellen unterliegt dem Vergaberecht. Dessen Verhältnis zum Schutz der Wissenschaftsfreiheit ist Gegenstand des zweiten Abschnitts (II).

Die Rechtsvorschriften des Vergaberechts unterscheiden nach dem Wert des Auftrags: Oberhalb bestimmter Schwellenwerte sind die vergaberechtlichen Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und der Vergabeverordnung sowie die Vergaberichtlinien der EU anwendbar. Unterhalb der Schwellenwerte sind gesetzliche Grundlage § 55 der Bundeshaushaltsordnung und die entsprechenden Bestimmungen der Landshaushaltsordnungen. Diese münden, jeweils in Verbindung mit Ausführungsbestimmungen unterschiedlichen Rechtscharakters, letztlich alle in der Anwendung der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen Teil A Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen (VOL/A).

Dementsprechend werden im Folgenden nacheinander die Vergabe von Forschungsleistungen oberhalb der Schwellenwerte (III) und danach die Vergabe von Forschungsleistungen unterhalb der Schwellenwerte (IV) untersucht. Ein Blick auf Rechtsfragen der Vergabe von Forschungsleistungen durch private Unternehmen schließt sich an (V).

Forschungsinstitutionen treten auch als Auftragnehmer von Dienstleistungen auf, die ihrerseits weder For-

1 So die Definition im Bundesbericht Forschung III der Bundesregierung vom 12. 6.1969 (BT-Drucksache V/4335 S. 5).

2 Statistisches Bundesamt, Fachserie 11 Reihe 4.3.2 (Monetäre hochschulstatistische Kennzahlen 2012), Tabelle 4.1.1; Datenportal des bmbf „Forschung und Innovation“, Tabelle 1.6.4. Ein – freilich weit

zurückliegenden – Überblick über Umfang und Bedeutung der Vertragsforschung findet sich bei Röhlingshöfer, Die Vergabe von Forschungs- und Entwicklungsaufträgen in der Bundesrepublik Deutschland, Schriftenreihe des IFO-Instituts für Wirtschaftsforschung Nr. 77 (1972), S. 27ff.

schung noch Entwicklung sind, aber für die Forschung Bedeutung haben. So nehmen etwa Institute der Rechtsmedizin forensisch – toxikologische und molekulargenetische Untersuchungsaufträge vor allem öffentlicher Auftraggeber wie etwa der Landeskriminalämter wahr, um Material für ihre rechtsmedizinische Forschung und Entwicklung zu gewinnen. Sie unterliegen dann als Auftragnehmer dem Vergaberecht und müssen sich dem mit diesem verbundenen Wettbewerb stellen. Die daraus resultierenden Fragen werden in einem eigenen Abschnitt behandelt (VI).

II. Wissenschaftsfreiheit und Vergaberecht

1. Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit

Die Wissenschaftsfreiheit schützt die „auf wissenschaftlicher Eigengesetzlichkeit beruhenden Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen bei der Suche nach Erkenntnissen, ihrer Deutung und Weitergabe“. ³ Träger dieses Schutzrechts sind einerseits die einzelnen Wissenschaftler und andererseits die wissenschaftlichen Einrichtungen, insbesondere die Hochschulen, aber auch private Wissenschaftseinrichtungen. ⁴

Der Schutz der Wissenschaftsfreiheit gilt dabei nicht nur der freien Wahl von Fragestellung und Methodik, sondern auch der praktischen Durchführung von Forschung und Lehre einschließlich der vorbereitenden und begleitenden Tätigkeiten, die in einem engen Zusammenhang mit Forschung und Lehre stehen. Geschützt ist auch die Organisation von Forschung und Lehre. ⁵

Erfasst wird so auch die Vergabe von Forschungs- und Entwicklungsaufträgen. Wer einzelne Wissenschaftler, eine Gruppe von Wissenschaftlern oder eine Forschungseinrichtung einschaltet, um bestimmte Teile eines Projekts durch deren Forschungs- oder Entwicklungsbeiträge voranzubringen, trifft eine genuin wissenschaftliche Entscheidung, die nicht reglementiert werden darf. Art. 5 Abs. 3 GG gewährleistet insoweit ein Recht auf Abwehr staatlicher Einwirkungen auf den Prozess der Gewinnung wissenschaftlicher Erkenntnisse. ⁶

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verkörpert sich in Art. 5 Abs. 3 GG auch eine objektive Wertentscheidung. Sie beruht auf der Schlüsselfunktion, die einer freien Wissenschaft sowohl für die Selbstverwirklichung des Einzelnen als auch für die gesamtgesellschaftliche Entwicklung zukommt. Diese Wertentscheidung bedeutet nicht nur die Absage an staatliche Eingriffe in den Eigenbereich der Wissenschaft. Sie schließt vielmehr das Entstehen des Staates, der sich als Kulturstaat versteht, für die Idee einer freien Wissenschaft und seine Mitwirkung an ihrer Verwirklichung ein und verpflichtet ihn, sein Handeln positiv danach einzurichten, d.h. schützend und fördernd einer Aushöhlung dieser Freiheitsgarantie vorzubeugen. ⁷

Der Staat muss deshalb die Pflege der freien Wissenschaft und ihre Vermittlung an die nachfolgende Generation durch Bereitstellung von personellen, finanziellen und organisatorischen Mitteln ermöglichen und fördern. ⁸ Diese Förderpflicht des Staates wäre zu eng verstanden, wollte man sie in sachlicher Hinsicht auf die ausdrücklich genannte Bereitstellung finanzieller Mittel beschränken. Zwar ermöglicht deren Bereitstellung es den Hochschulen in der Regel, sich die sachlichen Mittel für den Forschungs- und Lehrbetrieb am Markt zu beschaffen. Wo aber die Verfügung über diese sachlichen Mittel beim Staat liegt, muss er den Hochschulen angemessenen Zugang zu ihnen gewähren.

Für Akten und andere Unterlagen ist das im Grundsatz anerkannt. ⁹ Es muss aber auch für im Wesentlichen nur von staatlichen Stellen zu vergebende Aufträge gelten, die Gegenstand wissenschaftlicher Forschung und Lehre sind, wie das etwa auf Untersuchungsaufträge im Bereich der Rechtsmedizin zutrifft. ¹⁰

2. Vergaberecht als Schranke

Die Wissenschaftsfreiheit ist nicht schrankenlos garantiert. Schranken können sich aus anderen verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern ergeben. Der Staat ist bei der Regelung des wissenschaftlichen Lebens in seinen Hochschulen nicht auf die absolute Freiheit für die

3 BVerfG vom 26.10.2004, 1 BvR 911, 927, 928/00, BVerfGE 111, 333, 354.

4 BVerfG vom 14.4.1987, 1 BvR 775/84, BVerfGE 75, 192; BVerfG vom 10.3.1992, 1 BvR 454 u.a./91, BVerfGE 85, 360; *Kempfen* in Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar GG (Stand 1.9.2015) Art. 5 Rn. 185.

5 BVerfG vom 29.5.1973, 1 BvR 424/71 und 325/72, BVerfGE 35, 79.

6 BVerfG vom 1.3.1978, 1 BvR 333/75, BVerfGE 47, 327, 367.

7 BVerfG vom 29.5.1973, 1 BvR 424/71 und 1 BvR 325/72, BVerfGE 35, 79, 95.

8 BVerfG vom 29.5.1973 aaO. Rn. 96.

9 BVerfG vom 9.10.1985, 7 B 188/85, NJW 1986, 1177; näher *Kempfen* in Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar GG (Stand 1. 9. 2015) Art. 5 Rn. 182; vgl. auch § 5 Abs. 3 Satz 2 und Abs. 5 Satz 2 Bundesarchivgesetz, wo wissenschaftliche Forschungsvorhaben im Bezug auf die Dauer der Schutzfristen privilegiert werden.

10 Allgemein zum Schutz der Einwerbung von Mitteln für die Forschung *Britz* in Dreier, Kommentar zum Grundgesetz Band I, Art. 5 Abs. 3 Rn. 24.

Forschungs- und Lehrtätigkeit des einzelnen Wissenschaftlers und die damit einhergehende Vernachlässigung anderer im Grundgesetz geschützter Rechtsgüter festgelegt.¹¹ Vielmehr liegt es in seinem Gestaltungsermessens, inwieweit er die Träger der Wissenschaftsfreiheit an allgemeine rechtliche Regelungen bindet.¹²

Ihre Grenze findet diese Bindung an das allgemeine Recht aber am Mindestmaß dessen, was notwendig ist, um wissenschaftliche Forschung und Lehre zu betreiben. Rechtliche Vorschriften dürfen Wissenschaftler und Hochschulen nicht daran hindern, in ihren wissenschaftlichen Auffassungen gründende Entscheidungen in Forschungs- und Lehrangelegenheiten zu realisieren. Auch dürfen sie nicht dazu führen, dass ihnen die notwendige Mindestausstattung versagt bleibt.¹³

Hieraus folgt einerseits, dass Art. 5 Abs. 3 GG weder deutschen noch europäischen Vorschriften entgegensteht, welche die Vergabe von Forschungs- und Entwicklungsaufträgen und die Beschaffung der für Forschung und Lehre notwendigen sachlichen Mittel dem Vergaberecht unterstellen.

Andererseits darf auch die Anwendung des Vergaberechts nicht dazu führen, dass wissenschaftsbedingte Entscheidungen der Träger von Forschung und Lehre verhindert und die Mindestbedürfnisse für die Durchführung von Forschung und Lehre nicht mehr erfüllt werden.

III. Aufträge oberhalb der Schwellenwerte

1. Rechtsgrundlagen

Die Vergabe von Leistungen oberhalb der Schwellenwerte ist einerseits Gegenstand des europäischen Rechts. Maßgebend ist nunmehr die Richtlinie 2014/24/EU vom 26. Februar 2014, welche die vorangehende Richtlinie 2004/18/EG mit Wirkung zum 18. April 2016 aufgehoben hat. Andererseits sind die Bestimmungen des 4. Teils des GWB über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen einschlägig. Diese sind durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz vom 17. 2. 2016 an die Vorgaben der Richtlinie angepasst worden. Die Neufassung ist nach Art. 3 Satz 2 des Gesetzes am 18. 4. 2016 in Kraft getreten.¹⁴ Der Beitrag legt diese neuen Regelungen zugrunde.

Im Gefolge des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes ist auch die Vergabeverordnung neu gefasst und dort das Vergabeverfahren für Liefer- und Dienstleistungen sowie für freiberufliche Leistungen zusammengeführt worden.¹⁵ Diese Neufassung wird im Folgenden ebenfalls zugrunde gelegt.

2. Anwendungsbereich

Richtlinie wie 4. Teil des GWB beziehen sich auf öffentliche Auftraggeber. Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 der Richtlinie bezeichnet als solche den Staat, die Gebietskörperschaften, die Einrichtungen des öffentlichen Rechts oder die Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen des öffentlichen Rechts bestehen. Etwas weiter ist die Definition in § 99 GWB. Danach sind neben den Gebietskörperschaften und deren Sondervermögen andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art erfüllen, dann öffentliche Auftraggeber, wenn sie überwiegend öffentlich finanziert werden, der Aufsicht öffentlicher Stellen unterliegen oder mehr als die Hälfte ihrer Organmitglieder durch öffentliche Stellen bestimmt worden sind.

Grundsätzlich erfasst das Vergaberecht also die Hochschulen, aber auch überwiegend öffentlich finanzierte Forschungseinrichtungen wie die Institute der Max-Planck-Gesellschaft, der Fraunhofer-Gesellschaft, der Helmholtz-Gemeinschaft deutscher Forschungszentren und der Wissenschaftsgemeinschaft Gottfried Wilhelm Leibniz, sowie die Ressortforschung der Bundesregierung und Landesregierungen.

Nicht erfasst wird hingegen die Deutsche Forschungsgemeinschaft, die sich satzungsgemäß auf die finanzielle Förderung von Forschungsarbeiten beschränkt.¹⁶

Art. 14 der Richtlinie 2014/24/EU und damit übereinstimmend § 116 Abs. 1 Nr. 2 GWB enthalten indes eine Ausnahme für Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen. Nach diesen Vorschriften gelten Richtlinie und GWB nur für bestimmte, im Common Procurement Vocabulary (CPV) der EG-Verordnung 213/2008 genannte Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen, näm-

11 BVerfG vom 1.3.1978, 1 BvR 174, 178, NJW 1978, 1621; vom 15.9.1997, 1 BvR 406/96, NVwZ-RR 1998, 175.

12 BVerwG vom 9.10.1985, 7 B 188/85, NJW 1986, 1277.

13 BVerfG vom 29.5.1973 aaO; BVerfG vom 8. 2. 1977, 1 BvR 79/70, Rn. 114; vom 8. 7. 1980, 1 BvR 1472/78, Rn. 92 und vom 15.9.1997 aaO; Scholz in Maunz/Dürig, 75. EL September 2015, Art. 5 Abs. 3, Rn. 116 und 194.

14 Vergaberechtsmodernisierungsgesetz vom 17. 2. 2016 (BGBl I

2016, 203).

15 Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Art. 1 der Vergaberechtsmodernisierungsverordnung vom 12. 4. 2016, BGBl I 2016, 624).

16 Siehe § 1 Satz 1 in Verbindung mit § 12 der Satzung der Deutschen Forschungsgemeinschaft, zuletzt geändert und neugefasst am 2.7.2014, abrufbar im Internet unter http://dfg.de/dfg_profil/satzung/index.html (zuletzt abgerufen am 1.10.2015).

lich Forschungs- und Entwicklungsdienste und zugehörige Beratung, Dienstleistungen im Bereich Forschung und experimentelle Entwicklung, Forschungsdienste, Forschungslabordienste, Meeresforschungsdienste, Experimentelle Entwicklung, Planung und Ausführung von Forschung in Entwicklung, Vorstudie zur Durchführbarkeit und technologische Demonstration sowie Test und Bewertung. Alle übrigen Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen werden von der Richtlinie 213/2008 und damit von der Vergaberichtlinie und dem GWB nicht erfasst. Das betrifft insbesondere solche in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit bis hin zur Entwicklung von elektronischen Systemen für militärische Zwecke.

Auch soweit Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen von Richtlinie und GWB erfasst werden, gilt das nach den genannten Vorschriften nur, wenn ihre Ergebnisse ausschließlich Eigentum des öffentlichen Auftraggebers für seinen Gebrauch bei Ausübung seiner eigenen Tätigkeit werden und außerdem die erbrachte Dienstleistung vollständig durch den öffentlichen Auftraggeber vergütet wird.

Mit diesem Vorbehalt will die Richtlinie ausweislich ihres Erwägungsgrundes 35 die Finanzierung von Forschungs- und Entwicklungsprogrammen durch die Industrie fördern. Um dieses Ziel zu erreichen, soll sie nur anwendbar sein, wenn es keine solche Ko-Finanzierung gibt und wenn das Ergebnis der Forschungs- oder Entwicklungsdienstleistung dem betreffenden öffentlichen Auftraggeber zu Gute kommt.

Die Vorgängervorschrift von § 116 Abs. 1 Nr. 2 GWB, § 100 Abs. 4 Nr. 2 GWB a.F. ist verschieden interpretiert worden. Teilweise stand die Literatur auf dem Standpunkt, dass auch bei einem nicht ausschließlichen Nutzungsrecht des öffentlichen Auftraggebers der Vorbehalt entfalle, so dass das Vergaberecht anzuwenden sei.¹⁷ Teilweise wurde dem Wortlaut folgend nur bei ausschließlicher Nutzung der Tatbestand als erfüllt angesehen.¹⁸

Jedenfalls nach neuem Recht ist davon auszugehen, dass die wörtliche Auslegung das Richtige trifft. Wenn der Erwägungsgrund 35 der Richtlinie 2014/24/EG erklärt, dass es unschädlich sein soll, wenn der Dienstleistungserbringer einen Bericht über seine Tätigkeiten veröffentlicht, solange nur der Auftraggeber die „alleinigen“ Rechte zum Gebrauch der Forschungs- und Entwick-

lungsergebnisse bei der Ausübung seiner Tätigkeit behält, stellt er unmissverständlich auf die ausschließliche Nutzung ab. Zudem steht hinter dem Vorbehalt auch der Zweck, die Zugänglichkeit der Ergebnisse von Forschung und Entwicklungstätigkeiten für die Science Community zu begünstigen. Das legt es nahe, dem Vorbehalt einen weiten Anwendungsbereich zu geben.

Von vornherein nicht von der Vorschrift erfasst werden Dienstleistungen, denen das konstitutive Merkmal von Forschung und Entwicklung, nämlich das Streben nach neuen Erkenntnissen (Forschung) oder neuen Systemen (Entwicklung) fehlt. Schon daran musste in dem von der Vergabekammer Südbayern und dem Bayerischen Obersten Landesgericht entschiedenen Fall der Untersuchung von Rüstungsaltlastverdachtsstandorten¹⁹ die Anwendung des damaligen § 100 Abs. 2 lit. n GWB scheitern. Vor allem Bauleistungen unterfallen aus diesem Grund nicht der Ausnahme.

3. Schwellenwerte

Nach Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU, auf den § 106 GWB verweist, betragen die Schwellenwerte derzeit 5.186.000 Euro bei öffentlichen Bauaufträgen, 134.000 Euro bei öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, die von zentralen Regulierungsbehörden vergeben werden, und 207.000 Euro bei öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen die von subzentralen öffentlichen Auftraggebern vergeben werden.

Diese Schwellenwerte werden bei Hochschulen und Forschungseinrichtungen im Bereich von Bauleistungen häufig, im Bereich von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, um die es bei Forschung und Entwicklung in erster Linie geht, nur ausnahmsweise erreicht.

4. Relevante Vergabegrundsätze und Zuschlagskriterien

Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU verpflichtet die öffentlichen Auftraggeber, alle Wirtschaftsteilnehmer in gleicher und nichtdiskriminierender Weise zu behandeln und dabei transparent und verhältnismäßig zu handeln. Nach Art. 67 Abs. 2 lit. a gehören zu den Zuschlagskriterien Qualität, einschließlich technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Zugänglichkeit, Design für Alle, soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften und Handel und die damit verbundenen Bedingungen, nach Art. 67 Abs. 2 lit. b auch Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung

17 Pünder/Schellenberg, Vergaberecht 2. Aufl. 2015, § 100 Rn. 30.

18 Müller-Wrede/Sterner, GWB-Vergaberecht, 2. Aufl. 2014, § 100 Rn. 15; Kularz/Kus/Portz/Röwekamp, GWB-Vergaberecht, 3. Aufl. 2014, § 100, Rn. 45; Heuvels/Höb/Kuß/Wagner, Vergaberecht,

2012, § 100 Rn. 1.

19 Vergabekammer Südbayern vom 27.9.2002, 120.3-3194-1-36-08-02, juris; BayObLG vom 27.2.2003, Verg. 25/02, juris.

betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann.

Mit diesen Vorgaben stimmen die Regelungen des deutschen Vergaberechts überein: Zunächst verpflichtet § 97 Abs. 1 und 2 GWB die öffentlichen Auftraggeber auf die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit, Verhältnismäßigkeit und Gleichbehandlung. Nach § 97 Abs. 3 GWB werden bei der Vergabe Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte berücksichtigt.

Nach § 127 Abs. 3 GWB müssen weiter auch die Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Diese Verbindung ist auch dann anzunehmen, wenn sich ein Zuschlagskriterium auf Prozesse im Zusammenhang mit der Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung, auf den Handel mit der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht, auch wenn sich diese Faktoren nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken.

Die Vergabeverordnung gibt in ihren §§ 42ff für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte im Einzelnen Eignungskriterien vor. Gestellt werden können dabei unter anderem Anforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens, welche eine angemessene Qualität der Ausführung gewährleisten (§ 46 Abs. 1), sowie Studien- und Ausbildungsnachweise (§ 46 Abs. 3 Nr. 6).

5. Wahrung der Wissenschaftsfreiheit

Soweit Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgeschlossen sind, steht ein Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit der vergebenden wissenschaftlichen Einrichtungen von vornherein nicht in Rede.

Aber auch dort, wo der Anwendungsbereich des Vergaberechts eröffnet ist, lassen Vergabegrundsätze und Zuschlagskriterien ausreichend Raum, um den besonderen Bedürfnissen der Vertragsforschung Rechnung zu tragen. Insbesondere kann der Grad der erwarteten Innovation ein ausschlaggebender Aspekt sein. Auch die wissenschaftliche Qualifikation des für die Durchfüh-

rung vorgesehenen Personals kann so genügend gesichert werden.

Notwendig ist freilich, dass die Leistungsbeschreibung die forschungsrelevanten Anforderungen präzise formuliert. Auch ändert sich nichts daran, dass zwischen qualitativ gleichwertigen Angeboten der Zuschlag an das wirtschaftlichste zu gehen hat.

IV. Aufträge unterhalb der Schwellenwerte

1. Rechtsgrundlagen

Die gesetzlichen Vorgaben für die Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte enthalten § 55 Bundeshaushaltsordnung und die im Wesentlichen gleich lautenden entsprechenden Bestimmungen der Landeshaushaltsordnungen. Danach muss dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen (Abs. 1) und ist beim Abschluss von Verträgen nach einheitlichen Richtlinien zu verfahren (Abs. 2).

Was den Bund angeht, wird diese Vorgabe durch Abschnitt 1 der VOL (VOL/A) umgesetzt. Diese ist vom Bundesministerium für Wirtschaft am 20.12.2009 erlassen worden und am 11.6.2010 in Kraft getreten.²⁰ In der Sache ebenso verfahren die Bundesländer. Teilweise ordnen sie die Geltung der VOL/A gesetzlich an,²¹ teilweise begnügen auch sie sich mit entsprechenden Verwaltungsvorschriften.²²

Soweit die betreffenden Landesgesetze die Vergabe zusätzlich an die Gewährleistung von Tarifreue bei der Durchführung des Auftrags binden, gilt das grundsätzlich auch für die Vergabe von Forschungs- und Entwicklungsaufträgen. Allerdings müssen die einschlägigen tariflichen Bestimmungen ihrerseits mit der durch Art. 5 Abs. 3 GG gewährleisteten Wissenschaftsfreiheit vereinbar sein. So wären tarifliche Bestimmungen, welche die Nutzung der in § 14 Abs. 2 Nr. 2 Arbeitszeitgesetz für die Forschung vorgesehenen Ausnahme vom allgemeinen Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot ausschließen, unbeachtlich.²³

Ob im Zuge der Modernisierung des Vergaberechts auch die Vorschriften für die Vergabe unterhalb der

20 Bundesanzeiger 2009 Nr. 196a.

21 §§ 6 f. TtVG Bremen; § 2a VergG Hamburg; § 2 Abs. 1 VergG Mecklenburg-Vorpommern; § 3 Abs. 2 TVergG Niedersachsen; § 3 Abs. 3 TVergG Nordrhein-Westfalen; § 1 Abs. 2 VergG Sachsen; § 1 Abs. 2 LVG Sachsen-Anhalt; § 3 Abs. 1 TVergG Schleswig-Holstein.

22 LTMG Baden-Württemberg; MfG Bayern; AVG Berlin; VergG

Brandenburg; VergG Hessen; LTTG Rheinland-Pfalz; TtG Saarland.

23 Dazu Löwisch, Tarifverträge für das Hochschulpersonal, FS Würtenberger, 2013, 1165, 1172ff; allgemein zur Problematik der Tarifreueeregungen demnächst Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2016, § 5 Rn. 441ff.

Schwellenwerte geändert werden, ist offen. Das Eckpunktepapier des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie sieht insoweit nur eine zeitnahe Prüfung des Anpassungsbedarfs vor.²⁴

2. Anwendungsbereich

Abgesehen von Bauleistungen, für welche die VOB maßgebend ist, gilt die VOL/A nach ihrem § 1 Satz 1 für alle Vergaben von öffentlichen Aufträgen über Leistungen (Lieferungs- und Dienstleistungen). Mehrere Länder sehen allerdings Schwellenwerte für Kleinaufträge vor, sei es dass solche Aufträge überhaupt vom Vergaberecht ausgenommen werden, sei es dass bei ihnen die freihändige Vergabe zugelassen wird.²⁵

Von der Geltung der VOL/A von vornherein ausgenommen sind nach § 1 Satz 2 Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden. Für den Begriff der freiberuflichen Tätigkeit wird dabei in einer Fußnote auf § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG verwiesen, nach dem zur freiberuflichen Tätigkeit u. a. die selbständig ausgeübte wissenschaftliche, künstlerische, schriftstellerische, unterrichtende oder erzieherische Tätigkeit gehört. Selbständig in diesem Sinne ist eine Tätigkeit, die ein Steuerpflichtiger auf eigene Rechnung und Gefahr entfaltet.²⁶

Damit ist die Vertragsforschung im geistes- und sozialwissenschaftlichen Bereich aus dem Anwendungsbereich im Wesentlichen ausgenommen. Insbesondere wird die Gutachtertätigkeit in diesen Bereichen nicht erfasst.

Was die Vertragsforschung im Übrigen angeht, macht die VOL/A insofern eine Ausnahme, als sie in § 3 Abs. 5 lit. c eine freihändige Vergabe für zulässig erklärt, wenn es sich um die Erbringung von Dienstleistungen zur Erfüllung wissenschaftlich-technischer Fachaufgaben auf dem Gebiet von Forschung, Entwicklung und Untersuchung handelt, die nicht der Aufrechterhaltung des allgemeinen Dienstbetriebs und der Infrastruktur einer Dienststelle des Auftraggebers dient.

Man wird davon ausgehen müssen, dass damit nicht nur wissenschaftlich-technische Dienstleistungen im engeren Sinne gemeint sind, sondern allgemein Forschungs- und Entwicklungsaufträge auf wissenschaftlich-technischem Gebiet.²⁷ Denn gerade für diese ist die freihändige Vergabe sinnvoll, weil sie auf die angesichts der Dynamik von Forschung und Entwicklung nur schwer mögliche detaillierte Ausschreibung verzichtet.

3. Vergabegrundsätze

Auch soweit Forschungs- und Entwicklungsaufträge freihändig vergeben werden, sind doch die in § 2 VOL/A festgelegten Vergabegrundsätze zu beachten. Danach muss die Vergabe an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmen zu angemessenen Preisen erfolgen (Abs. 1 Satz 1). Kein Unternehmen darf dabei diskriminiert werden (Abs. 1 Satz 2).

§ 3 Abs. 5 lit. c VOL/A schreibt die freihändige Vergabe nicht vor, sondern erklärt sie nur für zulässig. Es steht deshalb nichts entgegen, Forschungs- und Entwicklungsaufträge auf wissenschaftlich-technischem Gebiet auszuschreiben. Dann sind die in § 16 VOL/A festgelegten Zuschlagskriterien zu beachten. Auch hier gilt dann, dass die Auftraggeber durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigte Kriterien, wie Qualität, Preis, technischen Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften usw. berücksichtigen können (Abs. 8), soweit diese in den Vergabeunterlagen genannt sind (Abs. 7).

In der Sache nichts anderes gilt aber auch für Leistungen im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit. Denn auch für diese gelten, wie § 1 Satz 3 VOL/A ausdrücklich festhält, die Bestimmungen der Haushaltsordnungen und damit die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 7 Satz 1 BHO).

4. Wahrung der Wissenschaftsfreiheit

Gleichgültig, ob Forschungs- und Entwicklungsaufträge unterhalb der Schwellenwerte freihändig vergeben oder ausgeschrieben werden: Vergabegrundsätze und Zuschlagskriterien lassen auch hier ausreichend Raum, um den wissenschaftsrelevanten Bedürfnissen von Forschungseinrichtungen gerecht zu werden. Insbesondere können die notwendigen Anforderungen an Fachkunde und Leistungsfähigkeit des Auftragnehmers gestellt werden.

V. Private Auftraggeber

Auf Auftragsforschung, welche von privaten Unternehmen vergeben wird, ist das Vergaberecht von Haus aus nicht anwendbar. Auch die Vorschriften über das verbotene Verhalten marktbeherrschender Unternehmen greifen in der Regel nicht, weil es sich bei Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen zumeist nicht um gewerbliche Leistungen handelt.

24 Siehe Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts, Beschluss des Bundeskabinetts, 7. Januar 2015, abrufbar unter www.bmwi.de.

25 § 5 TtVG Bremen; § 1 Abs. 2 VergG Hessen; § 4 VergG Sachsen; § 1 Abs. 1 LVG Sachsen-Anhalt.

26 *Blümich/Hutter*, Kommentar zum Einkommensteuergesetz, 130. Aufl. 2015, § 18 Rn. 19.

27 So wohl auch *Willenbruch/Wieddekind/Haak/Preißinger*, Vergaberecht, § 3 VOL/A, Rn. 45ff.

Eine Bindung an vergaberechtliche Bestimmungen kann sich aber aus dem Gesellschaftsrecht ergeben. So können Satzungen vorsehen, dass bestimmte Aufträge nur nach Ausschreibung vergeben werden dürfen. Auch kann es der von Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern anzuwendenden Sorgfalt entsprechen, Ausschreibungen vorzunehmen und bestimmte Vergabekriterien zu beachten. Das gilt aber nicht in jedem Fall. Forschungs- und Entwicklungsaufträge können so spezifische Anforderungen an die Fähigkeiten des Auftragnehmers stellen, dass von vornherein nur ein oder wenige Unternehmen in Betracht kommen. Dann kann es sinnvoll sein, auf eine Ausschreibung zu verzichten.

Denkbar, wohl aber weithin nicht praktiziert, ist auch eine Bindung von Zuschüssen öffentlicher Stellen an die Anwendung des Vergaberechts bei der Vergabe von Aufträgen.

VI. Forschungsrelevante Lieferungen und Dienstleistungen

1. Oberhalb der Schwellenwerte

Vorschriften, die Forschungseinrichtungen als Auftragnehmer ganz vom Vergaberecht ausnehmen würden, enthalten weder die Richtlinie 2014/24/EU noch das GWB. Art. 32 Abs. 3 lit. a der Richtlinie bestimmt aber, dass das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung anwendbar ist, wenn es sich um Produkte handelt, die ausschließlich zu Forschungs-, Versuchs-, Untersuchungs- oder Entwicklungszwecken hergestellt werden, sofern die Aufträge nicht die Serienfertigung zum Nachweis der Marktfähigkeit oder zur Deckung der Forschungs- und Entwicklungskosten umfassen. Das Vergaberecht des GWB enthält diese Ausnahme nicht. Es begnügt sich mit der allgemeinen Ausnahmenvorschrift des § 116 Abs. 1 Nr. 2, die aber an die oben II 1 dargelegten Voraussetzungen geknüpft ist.

Art. 5 Abs. 10 der Richtlinie und § 3 Abs. 9 der Vergabeverordnung ermöglichen es allerdings, aus einem Gesamtauftrag ein oder mehrere Lose mit einem geschätzten Wert von unter 80.000 Euro zu vergeben, solange diese 20 % des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigen. Das bedeutet praktisch, dass 20% regelmäßig wiederkehrender Aufträge außerhalb des Anwendungsbereichs von Richtlinie und GWB vergeben werden können, so dass sie nur den Bestimmungen für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte unterliegen.

Eine unzulässige Umgehung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Satz 2 der Richtlinie und § 3 Abs. 2 Vergabeverordnung liegt in einer solchen Vorgehensweise nicht. Bei Art. 5 Abs. 10 der Richtlinie und § 3 Abs. 9 Vergabeverordnung handelt es sich um Sondervorschriften, denen gegenüber den allgemeinen Umgehungsvorschriften Spezialcharakter zukommt. Sie sollen gerade auch die schwierige mit Unsicherheiten verbundene Beurteilung der Frage erübrigen, ob für eine Vermeidung der Anwendung von Richtlinie und GWB ein besonderer rechtfertigender Grund vorliegt.

2. Unterhalb der Schwellenwerte

Für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte ist wiederum § 3 Abs. 3 lit. c VOL/A einschlägig, nach dem die freihändige Vergabe stets zulässig ist, wenn es sich um die Erbringung von Dienstleistungen zur Erfüllung wissenschaftlich-technischer Fachaufgaben auf dem Gebiet von Forschung, Entwicklung und Untersuchung handelt, die nicht der Aufrechterhaltung des allgemeinen Dienstbetriebs und der Infrastruktur einer Dienststelle des Auftraggebers dienen. Indem die Vorschrift auch auf Untersuchungen abstellt, ermöglicht sie die Berücksichtigung von Forschungseinrichtungen, die für ihre eigene Forschung und Entwicklung auf das durch Untersuchungen gewonnene Material angewiesen sind.

Die freihändige Vergabe lässt zu, auf eine Ausschreibung zu verzichten, nur wenige Unternehmen zur Angebotsabgabe aufzufordern und dann auch nur mit einem Unternehmen über die Auftragsbedingungen zu verhandeln. Das lässt Spielraum, jedenfalls einen Teil solcher Untersuchungsaufträge an Hochschuleinrichtungen, etwa der Rechtsmedizin, zu vergeben, um die wissenschaftlichen Bedürfnisse solcher Forschungseinrichtungen zu befriedigen.

Ein Verstoß gegen die nach § 2 Abs. 4 VOL/A bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu beachtenden Preisvorschriften liegt darin nicht. Zwar bindet § 4 Abs. 2 der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen²⁸ öffentliche Auftraggeber an die im Verkehr üblichen Preise. Doch können diese nach § 4 Abs. 4 der Verordnung überschritten werden, wenn es die bei dem Auftrag vorliegenden besonderen Verhältnisse kostenmäßig rechtfertigen. Dass solche besonderen Verhältnisse vorliegen, muss man angesichts der Bedeutung dieser Aufträge für die durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geschützte wissenschaftliche Forschung annehmen. Solange die von den Hochschuleinrichtungen verlangten Preise die ver-

28 vom 21. 11. 1953 (BANz. Nr. 244), zuletzt geändert durch VO PR 1/89 vom 13. 6. 1989 (BGBl. I 1094).

kehrüblichen nicht unverhältnismäßig überschreiten, ist deshalb auch das Preisrecht eingehalten.

3. Wahrung der Wissenschaftsfreiheit

Aus der nach Art. 5 Abs. 3 GG bestehenden Pflicht des Staates, dafür zu sorgen, dass sich Hochschulen und Forschungseinrichtungen die für Forschung und Lehre notwendigen sachlichen Mittel, über die der Staat verfügt, verschaffen können, folgt seine Verpflichtung, auch bei Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte sicherzustellen, dass Hochschulen und Forschungseinrichtungen den für

ihre Forschung und Lehre unabdingbaren Mindestanteil an einschlägigen Aufträgen erhalten.

Um diese Verpflichtung zu erfüllen, muss der Staat vor allem von der Möglichkeit Gebrauch machen, bis zur Grenze von 20% des Gesamtwertes Einzelaufträge im Umfang bis zu 80.000,00 € zu vergeben, um so zur Anwendung von § 3 Abs. 5 lit. c VOL/A zu gelangen.

Der Autor ist Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und Leiter der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschulrechtsrecht.

Felicitas Holzer

International Patent Regimes and Access to Medicines: Is the Health Impact Fund an Effective Solution?

Der Zugang der Entwicklungsländer zu den Errungenschaften des medizinischen Fortschritts ist vielfach defizitär. Besondere Probleme bereitet dabei der Zugang zu patentgeschützten Arzneimitteln. Das Spannungsverhältnis zwischen den internationalen Regeln des Patentschutzes einerseits und den pharmazeutischen Bedürfnissen der Entwicklungsländer andererseits ist das Thema des Beitrags von Holzer. Schwerpunkt ist die Auseinandersetzung mit den rechtspolitischen Vorschlägen zur Lösung der Problematik. OdW ist für Diskussionsbeiträge zu diesem wichtigen wissenschaftspolitischen Thema offen.

Dem Journal of Science, Humanities and Arts (josha.org) danken wir für die Genehmigung der Übernahme in OdW.

I. Introduction

Patents are currently the most common mechanism to stimulate pharmaceutical innovation. They are considered an efficient allocation mechanism and a system in which fewer resources are squandered.¹ Patents are of importance for pharmaceutical companies, since innovation is expensive with developing costs per new drug at more than 2 billion U.S. Dollars.² In 1995, members of the World Trade Organization (WTO) signed the agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) to standardize patent rights in an international context.³ The trade agreement entails strict patent protection laws, i.e. a market exclusivity for patented drug over a period of at least 20 years.⁴ One of the main incentives to design the TRIPS agreement was to create a reward mechanism for pharmaceutical compa-

nies in order to recover costs, to make profits and importantly, to promote research and development (R&D) for diseases that affect developing nations.⁵

However, the adoption of the TRIPS agreement exacerbated two problems that are persistent in the discussion about essential medicines for the global poor.⁶

Access to medicines: First, there is a distribution problem of existing innovations. As Thomas Faunce and Hitoshi Nasu put it, “the moral and practical problem of how poor people will continue to gain affordable access to medicines is one of the most pressing issues currently confronting humanity”.⁷ Oftentimes, essential medicines are not accessible for poor patients, since pharmaceutical companies set high prices for drugs under the current patent regime.⁸ After the implementation of the TRIPS agreement, the generic industry for new drugs was effectively shut down in developing countries due to the strict patent protection on a global scale. Thus, the accessibility of new innovations under the TRIPS regime has been shifted beyond the twenty-year protection of patents. Thomas Pogge argues that in consequence, an even higher percentage of the global poor is nowadays excluded from drug use than during the pre-TRIPS era.⁹

Lack of R&D for neglected diseases: Second, under high price patent regimes, in which drugs are sold under a monopoly¹⁰, most R&D is dedicated to diseases predominant in developed nations where the purchasing power for expensive pharmaceuticals is the highest.¹¹ Hence, due to a lacking market in developing countries, pharmaceutical companies do not develop a sufficient amount of essential medicines that would be life-saving for type II and III diseases like tuberculosis, HIV/AIDS and tropical diseases.¹² Among other factors, this imbalance in global R&D finds expression in the “10/90 gap” – only 10

1 Hollis (2008: 124-125). All risk of R&D costs is efficiently imposed on the pharmaceutical company that develops new drugs.

2 DiMasi et al. (2014). These costs include marketing approval, R&D, out-of-the pocket and time costs.

3 WTO (2001), Hollis (2008: 124).

4 Ravvin (2008: 110), Hollis (2008: 124). The TRIPS agreement was fully implemented by most of the WTO member states in 2005.

5 Ravvin (2008), Pogge (2009: 543-546), Buchanan et al. (2011: 307-310, 131), see Pogge (2009).

6 Pogge (2008, 2009).

7 Faunce and Nasu (2008: 146).

8 Pogge (2005, 2008, 2008b, 2009) argues that also poor patients from affluent countries cannot afford expensive medicines.

9 Pogge (2008: 73-76, 2009: 543-546).

10 Monopoly prices are usually associated with inefficient market solutions from a macroeconomic standpoint. Baker (2004: 2-3) estimates that for every dollar spent on R&D in the pharmaceutical sector, one dollar is lost in deadweight losses – potentially benefits to consumers that are not realized due to high prices.

11 See Davis (1995), Hollis (2008), Pogge (2008), Pogge (2009), Ridley and Grabowski (2006).

12 The World Health Organization (2012:1) defines type I diseases as incident in both rich and poor countries with large numbers of vulnerable populations, and type II diseases as more substantially incident in poor countries. See Buchanan et al. (2011:307), see WHO (2006).

per cent of the global R&D is devoted to diseases that account for 90 percent of the global disease burden.¹³ Likewise, there is a bias towards symptom relieving drugs under the current patent regime. This means that profits for pharmaceutical companies depend on the number of treatments sold – which increases with the treatment of symptoms – and not necessarily on the health impact on the global burden of disease.¹⁴

There have been various attempts to overcome the outlined weaknesses of international patent regimes during the past decade. One of the most prominent proposals by Thomas Pogge and Aidan Hollis is the Health Impact Fund (HIF).¹⁵ The HIF is designed to address the essential medicines problem while preserving the current patent regime. The reform proposal of the HIF is based on Pogge's defence of a global health reform. Notably, he pursues a human rights approach to justify the urgent need for alternatives to the current patent regime that, in his view, violates the human right to health by depriving the poor.¹⁶ According to article 25 of the Universal Declaration of Human Rights, everyone has the right to a standard of living adequate for health and well-being which also includes medical care. Likewise, the World Health Organization defines the right to health as enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, which is embedded in international and domestic legal systems.¹⁷ While legal obligations of granting the right to health were historically imposed on national duty-bearers, broader theories of justice have been evolving during the past 15 years and encompass a global approach to health obligations.¹⁸ For instance, Pogge gives an historical account for a duty of the affluent countries to actively improve the health situation of the global poor. He infers this duty from the fact that the developed world has been responsible for the current unjust global order.¹⁹ Nevertheless, the human rights approach may be more commonly considered a robust ethical framework

which is rooted in the strong belief that there is a social value for the respect for human dignity and conceptualized as an international human rights norm.²⁰

As a matter of stipulation with the scope of this essay, I will not dwell on Pogge's human rights approach or his historical argument for a global health reform as philosophical foundations for the HIF. Likewise, I will not respond to the libertarian defence of property rights.²¹ In this essay, I will discuss the design of the HIF and problems that arise with respect to its practical implementation. In this regard, I will follow the main line of argument in the literature on the HIF.

After reconstructing the design of the HIF alongside other recent approaches to improve the health of the global poor, I will critically scrutinize the expected effectiveness of the HIF in terms of its health impact on the global burden of disease. I will then give a general overview on the practical problems that the HIF poses and reconstruct the main points of criticism by Jorn Sonderholm, Allen Buchanan et al., and Michael Selgelid.²² Subsequently, I will discuss the last mile problem in more detail. The last mile problem addresses the practical problem of lacking infrastructure in low-income countries and constitutes a major obstacle to the accessibility of medicines.²³ I will build upon Sonderholm who reformulates the last mile problem as collective choice problem. However, my aim is to go beyond Sonderholm's critique by embedding the last mile problem into the broader context of global poverty traps. More precisely, I will argue that a solution to the last mile problem would entail the access to pharmaceuticals *and* the access to information, education, technology and economic participation, which are crucial factors for the distribution and accessibility of drugs on the last mile. As a result, I will argue that the HIF can potentially contribute, but not fully solve the last mile problem and consequently, the access to medicines problem persists under the HIF.

13 Luchetti (2014: 731).

14 Ravvin (2008:112), Faunce and Nasu (2008), see Hilary (2001), see Farmer (2004).

15 Hollis (2005, 2007, 2008), Pogge (2005, 2008, 2009).

16 Pogge (2009: 554, 2005, 2005b).

17 The Universal Declaration of Human Rights (1948) art. 25 (1), WHO (2008), International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966) art. 12, Hunt (2008: 1-9).

18 See Clapham (2006), Pogge (2002, 2005, 2005b).

19 See Pogge (2002).

20 See Sen (1999), see McDonald (2006), Pogge (2005, 2005b, 2009). Even libertarians like Nozick (1974: 178-182), acknowledge the limits of private property in the light of human rights violations by

saying that those in control of the remaining resources must not deprive people from essential goods. See Exdell (1977: 144-145), see Gordon (1992).

21 In his philosophical foundation, Pogge (2009: 559-566) discusses the libertarian appeal to intellectual property rights. Pogge (2009: 364-365) denies the moral permissibility of intellectual property rights by arguing that intellectual property suppresses the poor people's freedom to use essential resources.

22 Sonderholm (2010), Buchanan et al. (2011), Selgelid (2008)

23 Sonderholm (2010: 171). Even if a drug is available on the local market at cheap prices, a lack of infrastructure can lead to delivery problems over the last mile.

II. The Health Impact Fund in the context of other approaches to improve the health situation of the global poor

States, international organizations and NGOs have made various attempts to improve the health situation of the global poor. Most notably, the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health states that trade agreements should be interpreted and implemented to protect public health and to promote access to medicines.²⁴ Push-mechanisms have historically been the primary ways to promote R&D for socially desirable but unprofitable medicines.²⁵ Push-mechanisms reduce the costs of R&D for researchers by providing funding up front. Governments and other funding bodies usually provide resources for research through grants. More recently, other push-strategies have been emerging like Public Private Partnerships and international health programs.²⁶ In contrast to pushmechanisms, pull-mechanisms give incentives to profit-seeking innovators to develop pharmaceuticals that are aligned to the social needs.²⁷ For instance, Advanced Market Commitments are committed to reward payments for medicines that meet certain criteria.²⁸

However, there are several flaws related to these current attempts to improve R&D for neglected diseases. Push-mechanisms, for instance, support publicly funded projects that often lead to unsuccessful R&D. Likewise, funding bodies may not be the most efficient agents to accurately determine successful projects.²⁹ Furthermore, push-mechanisms eventually lead to drugs that are sold at monopoly prices, since late-stage R&D is mostly funded by private companies.³⁰ In turn, Hollis points out that Advanced Market Commitments are actually efficient mechanisms because private companies bear the full costs of R&D. However, at the same time, they exhibit a too narrow scope for product development.³¹ Hence, current push- and pull-mechanisms, much the same as

the TRIPS patent system, do not sustainably solve the two aspects of the essential medicines problem: the sub-optimal access to life-saving drugs due to monopoly pricing and the limited R&D resources for drugs that would be of benefit to the global poor.³²

The reform proposal by Hollis and Pogge is a pull mechanism that addresses both aspects of the essential medicines problem. The HIF offers a second patent option alongside the current international patent regime.³³ Under the proposed HIF, pharmaceutical companies that bring new drugs to market have the option to either set monopoly prices under patents or to register new medicines with the HIF. The company could patent a HIF-registered drug in any country, but would be obliged to sell it everywhere during the reward period of 10 years at a determined price, ideally at production costs, and to offer a free license of the relevant technology to manufacture the drug after the reward period.³⁴ Reward payments would have to match the expected profit the firm would make by setting monopoly prices. Furthermore, reward payments would be based on the global health impact of the product, which could be assessed by quantitative methods to measure the reduction in the global burden of disease like Quality-Adjusted Life Years (QALYs),³⁵ a standardized measure to assess health interventions.³⁶ Hollis proposes two options to determine the amount of money that would be paid to the innovator. Either the price per incremental QALY would be fixed which would leave the budget of the fund indeterminate, or a total amount of funding for all innovators would be fixed in advance leaving the reward payment per QALY variable.³⁷ Moreover, Hollis' and Pogge's reform proposal aims to provide a just allocation mechanism of costs to finance the HIF. Developed nations should bear most of the costs needed to build and maintain the HIF.

According to Pogge, the HIF could be built if developed nations spent around 70 billion U.S. Dollars annually which would make up only 0.27 per cent of the ag-

24 WTO (2003), paragraph 1,4,7; see *Faunce and Nasu* (2008).

25 *Ravvin* (2008: 115-117).

26 For example, projects by the International AIDS Vaccine Initiative or the Global Alliance for Tuberculosis Drug Development (2007) or the "Treating 2 Million by 2005" by the World Health Organization to target AIDS and Malaria (WHO 2003: 4-5, 24), *Päivänsalo* (2009: 101-102).

27 *Ravvin* (2008:117), see *Hollis* (2006).

28 *Hollis* (2008: 125-126), see *Kremer and Glennerster* (2004: Ch.7), see *World Bank* (2006). Advanced Market Commitments are particularly used to incentivize R&D for vaccines.

29 See *Buchanan et al.* (2011), *WHO* (2012), *Hsu and Schwartz* (2007: 26), *Pogge* (2008: 24), see *Hollis* (2007), *Johnston and Wasunna* (2007).

30 *Ravvin* (2008: 111-112, 115).

31 *Hollis* (2008: 125-126).

32 *Ravvin* (2008: 115-117).

33 *Pogge* (2005, 2008, 2009), *Hollis* (2008).

34 *Hollis* (2008: 127).

35 The health impact could be also measured in DALYs (Disability-Adjusted Life Years), using disabilities as weight for burden of disease. According to *Hollis* (2008: 128-129), DALYs are the less appealing measure. However, *Selgelid* (2008: 138) argues that the DALY approach may be preferable for the HIF, since the relief from the burden of disease is measured.

36 See *Gold et al.* (2002).

37 *Hollis* (2008: 127).

gregate gross national income.³⁸ Hollis and Pogge consider the increased spending by the affluent countries as realistic option for prudential reasons: First, prices for pharmaceuticals would also be considerably lower in developed countries.³⁹ Second, Pogge states that a “free ride” for developing countries on pharmaceutical research could show good-will of the affluent countries and enable the developing world to respond more effectively to publichealth problems.⁴⁰ According to Pogge, the HIF registration system would be superior to the current status quo because it consists of an additional patent system that rewards R&D based on the health impact of new drugs. The health impact promises to be high when a new drug targets a large number of diseases like malaria, AIDS/HIV, tuberculosis and other tropical diseases that primarily affect the developing world. Thus, the HIF would incentivize research for diseases that currently impose a high burden across the world and for which there are only few treatment alternatives available.⁴¹ Furthermore, the HIF would be more efficient than common push-mechanisms because only successful innovation would be rewarded.⁴² Likewise, the reward system correspondent to the health impact would generate incentives to sell the drug cheaply in order to reach more patients, and to encourage other companies to copy and sell the drug. This would substantially contribute to improve the access to medicine problem for the global poor.⁴³

III. General critique and limits to the practical implementation of the HIF

Several critiques of Hollis’ and Pogge’s reform proposal address the practical issues of its implementation. Faunce and Nasu, Ravvin and Hollis himself argue that the HIF would be prone to firms that exaggerate the health impact of new drugs under the HIF.⁴⁴ Hence, useful resources that could be spent on R&D, the administration of the HIF and the assessment of the health impact

would have to be spent on a control system to fight corruption.⁴⁵ Furthermore, Buchanan et al. criticize two implicit assumptions of the HIF model which they call funding and reliability assumption. First, to address the funding assumption, Buchanan et al. give historical evidence that most publicized funding commitments in the affluent world have not been met in practice. Thus, pharmaceutical companies would rely less on the payment commitment by the HIF than on the current patent system. Also, providing public funding to private companies is politically unpopular.⁴⁶ In the same line, Faunce and Nasu as well as Sonderholm question the Pogge’s suggestion that affluent countries would bear an annual price tag of 70 billion U.S. Dollars when it remains unclear whether the developed world benefits from the HIF or not.⁴⁷ Second, regarding the reliability assumption, companies would have to rely on fair rewards that cover R&D expenses and assure equal profits compared to the ordinary patent registration. According to Buchanan et al., it remains difficult to implement reliable measurements for the health impact of drugs on the global burden of disease, in particular when diseases are multi-factorial or treated with several drugs.⁴⁸ Selgelid similarly points out that despite the progress in the global disease burden (GDB) research, measurement systems like those ones using QALYs or DALYs are weakest in developing countries where they would be needed most.⁴⁹ Thus, appropriate methods of data collection for the establishment of the HIF do not exist. Also, Selgelid systematically shows the problems that arise when the decline in GDB occurs due to effects caused by more than one drug. Based on counterfactual examples, he demonstrates that the actual effect of a drug is indefinable when there are synergistic or additive effects of a second drug.⁵⁰ He concludes that the evaluation of the real effect of a drug would require a huge amount of data collection and analysis in practice. Hence, an effective implementation of the HIF remains highly challenging and possibly unrealistic.⁵¹

38 Pogge (2005: 192). In turn, Hollis (2008: 127) suggests a minimal commitment funding of 2 billion to 10 billion U.S. Dollars a year that would incentivize drug development and commercialization.

39 Through lower prices, a bigger quantity of medicines could be covered by the health care system and patients would have to spend less money on medicines (Pogge 2005: 192-193).

40 Pogge (2005: 193-194).

41 Pogge (2009: 548-550).

42 Hollis (2008: 126-127).

43 Pogge (2009: 549-550).

44 Hollis (2008: 128), Ravvin (2008: 121), Faunce and Nasu (2008: 150).

45 Hollis and Pogge (2008: 31).

46 Buchanan et al. (2008: 325-326).

47 Faunce and Nasu (2008: 150), Sonderholm (2010: 173).

48 Buchanan et al. (2008: 326).

49 Selgelid (2008: 138).

50 Selgelid (2008: 139-151), see Sonderholm (2010: 171-173).

51 Selgelid (2008: 138, 143).

IV. An assessment of the HIF's ability to solve the access to medicine problem in the light of poverty traps

So far, the presented critiques mainly address the implementation of the HIF. However, I will now focus in more detail on another practical problem – the “last mile problem” – that concerns access to pharmaceuticals. Many people are still excluded from drug use, although pharmaceuticals could be cheaply available. A recent UNAIDS report states that to this day only about 41 per cent of sub-Saharan African HIV/AIDS patients receive antiretroviral drugs.⁵² However, Sonderholm argues that antiretroviral HIV drugs are not commonly patented in African countries.⁵³ Thus, the current TRIPS system cannot be made fully responsible for the exclusion of patients from essential drugs in the global AIDS crisis. According to Sonderholm, the lack of physicians, clinics, and infrastructure to administer the antiretroviral therapy and to screen people are the main causes for the AIDS epidemic and not the price policies of pharmaceuticals.⁵⁴ This lack of infrastructure for the final distribution of drugs is known as the last mile problem. To reduce the global burden of disease effectively, drugs must be delivered to patients over ‘the last mile’.

Hollis and Pogge argue that shortcomings in the health sector would adversely affect the spread of HIF-registered drugs. Hence, the authors believe that pharmaceutical companies that register drugs under the HIF would have strong incentives to sustainably pursue strategies to improve the health impact of new drugs on the GDB in order to increase the reward payments.⁵⁵ Firms would tackle the last mile problem by improving factors that prevent the effective acquisition of drugs.⁵⁶ Such improvements would be efforts to determine how information could be best communicated to the public, how health care education could be improved, and to identify strategies to encourage health care providers in the public and private sector to develop strategies for drug dispensers, health care workers and drug sellers.⁵⁷ Furthermore, Pogge argues that HIF registrants, perhaps in collaboration with international agencies or NGOs, would be in a more potent position than poor countries to over-

come shortcomings on the last mile.⁵⁸ Therefore, Hollis and Pogge consider the HIF as a realistic chance to improve the last mile problem.

However, as Sonderholm puts it, there is little hope that the HIF would sustainably solve the last mile problem. He argues that despite strong incentives to improve the access to medicines under the HIF, there would be a collective choice problem.

„So, imagine that company A has a product in country x and that company B also has a product in this country and that its product has a significantly higher potential for health improvement than the product of company A. Imagine also that company A has another product in another country that has a huge potential for health improvement and that company B has no other product than the one it has in x. [...] In this scenario, company A has very little financial incentive for contributing to country x.”⁵⁹

In this outlined hypothetical case, a collective choice problem of lacking incentives to improve the health infrastructure occurs. Furthermore, assuming that there is usually more than one company that produces medicines with a potential health impact, firms would speculate to free-ride on the efforts made by other companies. This would eventually lead to a suboptimal provision of health infrastructure.⁶⁰

Building upon Sonderholm's critique, I will introduce the concept of poverty traps and apply it to the last mile problem in order to provide a different, more fundamental critique of the HIF's ability to effectively solve the access to medicines problem. Similarly to Sonderholm, I do not believe that Hollis' and Pogge's argument – that firms would have the capacity to substantially contribute to the last mile problem⁶¹ – is very compelling. However, I believe that there are reasons other than the collective choice problem Sonderholm identifies. To show this, I will analyze the last mile problem in the context of global poverty traps.

The Millennium Development Goals (MDGs) established in 2000 envisaged the affluent countries mobilizing resources to reduce poverty by increasing develo-

52 UNAIDS (2013: 4). However, the provision of treatment in the area has been substantially increased during the last decade. As stated in a former WHO report (2005: 13), only 11 percent of the sub-Saharan African HIV patients received antiretroviral therapy in 2005.

53 Sonderholm (2010: 170), see Attaran and Gillespie-White (2001).

54 Sonderholm (2010: 170-171) argues against Pogge (2005: 184) who uses the global AIDS crisis in Africa as vital example for the needs of poor patients that is played out against the recoup of R&D costs of pharmaceutical companies.

55 Hollis and Pogge (2008: 75).

56 Hollis and Pogge (2008, Ch. 7).

57 Hollis and Pogge (2008: 75-77).

58 Pogge (2009: 549-550), Hollis and Pogge (2010).

59 Sonderholm (2010: 171).

60 As widely discussed in the economic theory of public goods, the free-rider problem occurs when those who benefit from goods do not pay for them, which results in a suboptimal provision of goods or services. See Cornes and Sandler (1996).

61 Hollis and Pogge (2008: Ch. 7).

ping assistance from 0.25% of the gross domestic product in 2003 to 0.54% in 2015 which amounts to 120 billion U.S. Dollars annually.⁶² The goal was already exceeded by 2007 when more than 120 billion U.S. Dollars were spent, from which 22 billion U.S. Dollars were going to health programs.⁶³

However, the United Nations, that set the MDGs, expected a much greater impact on poverty which was not overcome by the raising and spending of enormous funds. Many very poor countries are still unable to reach the outlined goals. For instance, according to estimates in 2010 and 2012, 896 million people were living on less than two Dollars a day. Child and maternal mortality are still above the target rate.⁶⁴ David Stuckler et al. show that the unequal progress in achieving the health MDGs in low-income countries is significantly related to the burden of type I and type II diseases like HIV/AIDS and other communicable diseases.⁶⁵

Gorik Ooms et al. explain that poverty traps are the major causes for the fact that the MDGs have not been met as expected. Poverty traps, according to Ooms et al., are vicious cycles of insufficient capital in which poor countries are unable to build up infrastructure and business, and to sustain education. This lack of sustainable infrastructure entails a lack of services that would be needed for health, education, or other basic infrastructure which, in turn, would be required to maintain the health of workers that would produce capital and so on.⁶⁶ Poverty traps imply a long-term growth failure of very poor countries and an increasing divergence in the global economy. Also, institutional failures prevent countries from escaping this viscous cycle.⁶⁷ Furthermore, global centres of economic growth and prosperity like the Western world, China, Russia, Brazil, and South Africa, attract capital and human resources to “bend the rules to their advantage”, but the return of capital does not go back to poor countries.⁶⁸ In addition to that, capital accumulation in poor countries can easily be overwhelmed by global price fluctuations, for instance, of commodities low-income countries largely depend on. Also, low-income countries frequently lack an insurance system that would be needed to develop comparative economic advantages.⁶⁹

As Ooms et al. suggest, poor countries cannot improve their overall health situation due to the poverty traps they are caught in. In the following, I will show that this corresponds to the – what Sonderholm, Hollis and Pogge call – last mile problem. The failure to achieve the MDGs reveals the genuine importance of poverty traps and the substantial difficulties on the last mile, since countries remain in poverty despite the provision of enormous funding. Sustainable networks of services, staff and traffic systems that would be needed to efficiently solve the last mile problem seem to be deeply entangled with more far-reaching global economic structures. There are longstanding shortcomings like the lack of electricity, knowledge and information about diseases, as well as corruption which international agencies, NGOs and states have been addressing over several decades.

Given the entanglement of the last mile problem with global economic structures and local shortcomings, I argue that the HIF is not unable to solve the last mile problem just because of the collective choice problem Sonderholm introduces. Even if the presented collective choice problem could be solved, a sustainable intervention needed to drag a country out of a poverty trap would be too far-reaching in view of the local and global dimension of the trap. Despite the affluence of the pharmaceutical industry, it would be unlikely to expect private firms to have the necessary resources to attain success. This seems especially compelling when considering Hollis and Pogge’s assumption that the resources needed to solve the last mile problem could almost exclusively be raised by the pharmaceutical industry. Then, the authors would have to claim that firms would maximize profits with the HIF while and precisely because they are freeing countries from poverty traps. This claim appears to substantially underrate the structural constitution of the last mile problem.

To actually tackle the access to medicines problem effectively, I suggest that the problem has to be viewed in a wider context of access to health-related information, knowledge, and education.⁷⁰ These factors are of importance to the distribution of drugs, just as affordable prices. According to Thana Campos, only a fundamental institutional health reform could solve the current global

62 Ravishankar et al. (2009: 2113), see United Nations (2015), see Sachs and McArthur (2005).

63 Ooms et al. (2010: 1), see Ravishankar et al. (2009).

64 World Bank (2015), Stuckler et al. (2010: 2).

65 Stuckler et al. (2010: 1).

66 Ooms et al. (2010: 1-2).

67 Azariadis and John (2005).

68 Ooms et al. (2010: 2).

69 Ooms et al. (2010: 3), see Lock et al. (2009).

70 See Campos (2008), see Balkin (2006) who defines access to knowledge as access to education, information, knowledge-embedded goods (products that require information for producing e.g. drugs) and tools for the reproduction of such goods.

health dilemma.⁷¹ For instance, the Millennium Development Goals advocate a more systematic approach by identifying, for instance, pharmaceutical companies and the whole private sector as responsible actors to provide access to medicines and new technologies, such as information and communication technologies.⁷²

V. Conclusion

The HIF is comprehensive in its scope and offers in its theoretical foundation a plausible mechanism to solve the health problems of the global poor. It is a serious attempt to tackle the global imbalance in R&D and to set long-term incentives for the development of cheap drugs with a global health impact. Thus, the HIF is a valuable reform proposal to address the problem of patentable drugs and the problem of extreme deprivation through monopoly prices. Also, the HIF is in line with a strong and justifiable ethical framework based on a human rights approach.

The critiques of the practical implementation I discussed suggest that more research on issues of practicality needs to be done before a final verdict on the HIF can be passed. However, having depicted the complex structures of poverty traps, the analysis of the last mile problem suggests that however positive this verdict turns out to be, the HIF's ability to solely improve the last mile problem is limited. In this regard, Hollis and Pogge may overestimate the potential strength of the HIF. Thus, I advocate an approach in which the HIF would be introduced as a mechanism alongside other structural reforms on a global and local level to overcome poverty traps and the access to medicines problem.

Die Autorin absolviert zur Zeit das Masterprogramm (MPhil) in „History and Philosophy of Science“ an der University of Cambridge mit den Schwerpunkten Bioethik und Wissenschaftstheorie.

71 Campos (2008: 8), see Tarantola et al. (2008).

72 United Nations (2015: 62-68), Goal 8.

Andreas Schubert und Sarah Tarantino

Weisungsrecht und Forschungsfreiheit

ÜBERSICHT

A. Einleitung

B. Weisungsrecht und Forschungsfreiheit im außeruniversitären Bereich

I. Grundlagen

1. Geltung des Art. 5 Abs. 3 GG in den außeruniversitären Forschungseinrichtungen
2. Geltung des Art. 5 Abs. 3 GG in der Privatwirtschaft
3. Umfassender Grundrechtsverzicht oder Maßgeblichkeit der vertraglichen Ausgestaltung
4. Grundsätzliche Interessenabwägung

II. Die einzelnen Freiheiten der Wissenschaftler

1. Forschungsziel
2. Forschungsmethoden und Arbeitsorganisation
3. Publikationsrecht
 - a. Veröffentlichung durch den Arbeitgeber
 - b. Veröffentlichung durch den Arbeitnehmer
 - aa. Wirtschaftliche Nachteile des Arbeitgebers und Geheimhaltungsinteressen
 - bb. Fehlende inhaltliche Übereinstimmung
 - cc. Interessen anderer Forscher

III. Ergebnis

C. Weisungsrecht und Forschungsfreiheit im universitären Bereich

I. Dienstpflichten der Wissenschaftlichen Mitarbeiter

II. Weisungsrechtliche Integration in der Hochschule

1. Grundsätzliche weisungsrechtliche Integration
 - a. Fachliches und dienstrechtliches Weisungsrecht
 - b. Grundlegende hochschulrechtliche Ausgestaltung des fachlichen Weisungsrechts
2. Abstufung der Reichweite des Weisungsrecht nach fachlicher Qualifikation

III. Einzelfragen

1. Forschungsziel
2. Forschungsmethodik
3. Urheber-, Publikations- und Arbeitnehmererfindungsrecht

IV. Ergebnis

D. Gesamtergebnis

A. Einleitung

An außeruniversitären Forschungseinrichtungen, in der privaten Wirtschaft und im Hochschulwesen leisten For-

scher und Wissenschaftliche Mitarbeiter einen erheblichen Teil zum Gelingen wissenschaftlicher Forschungsprojekte bei. Oftmals ist eine Realisierung ohne das Zuarbeiten Wissenschaftlicher Mitarbeiter gar undenkbar. Sie stellen eine tragende Säule in der wissenschaftlichen Landschaft der Bundesrepublik Deutschland dar.

Während die Weisungsfreiheit des Hochschullehrers in Bezug auf seine wissenschaftliche Tätigkeit sich bereits aus Art. 5 Abs. 3 GG ergibt,¹ ist die Beantwortung der Frage der direktionsrechtlichen Stellung von Forschern und Wissenschaftlichen Mitarbeiter sowohl im hochschulischen als auch außerhochschulischen Bereich nicht ganz so einfach zu beantworten. Zwar ist Art. 5 Abs. 3 GG ein Grundrecht, auf das sich jede natürliche Person berufen kann, die Forschung betreibt.² Allerdings ist die Reichweite der Schutzwirkung der Forschungsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG im beruflichen Alltag von der jeweiligen vertraglichen Ausgestaltung bzw. konkret in Frage stehenden Tätigkeit abhängig.

Der nachfolgende Beitrag widmet sich im ersten Teil der weisungsrechtlichen Stellung dieser Forscher an außeruniversitären Forschungseinrichtungen. Der zweite Teil geht auf die allgemeine weisungsrechtliche Stellung Wissenschaftlicher Mitarbeiter im Hochschulwesen sowie auf die (landes-)hochschulrechtlichen direktionsrechtlichen Besonderheiten bei dieser Personalgruppe ein.

B. Weisungsrecht und Forschungsfreiheit im außeruniversitären Bereich

Geht es um wissenschaftliche Forschung, so ist diese nach weitverbreiteter Ansicht vor allem an den Hochschulen, insbesondere an den Universitäten angesiedelt. Allerdings stimmt dieses Bild schon lange nicht mehr.³ Forschung wird zu großen Teilen an außeruniversitären Forschungseinrichtungen – wie den Instituten der Max-Planck-Gesellschaft und der Fraunhofer-Gesellschaft, den Akademien der Wissenschaft oder den Ressortforschungsanstalten des Bundes und der Länder – und auch in privaten Wirtschaftsunternehmen betrieben, ohne dass hochschulrechtliche Regelungen anwendbar sind.

Die Rechtsbeziehung zwischen angestellten Wissenschaftlern und ihren Arbeitgebern werden durch Geset-

1 Ausführlich zum Schutzbereich siehe in dieser Ausgabe Löwisch, *Forschung und Vergaberecht*, S. 152 ff.

2 Mager, in: Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, 3. Aufl., Heidelberg 2005, § 166 Rn. 17.

ze, Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen und den Arbeitsvertrag gestaltet. Einzelheiten, die durch diese Rechtsquellen nicht geregelt werden, kann der Arbeitgeber im Rahmen seines Direktionsrechts nach billigem Ermessen gem. § 106 GewO näher bestimmen. Das betrifft z.B. den Inhalt, Zeit und Ort der Arbeitsleistung sowie das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb. Allerdings sind in die Billigkeitskontrolle alle Umstände mit einbeziehen, die für die Interessen des Arbeitnehmers relevant sind.⁴ Das könnte auch die verfassungsrechtlich geschützte freie wissenschaftliche Betätigung eines Forschers umfassen. Denn, wie eingangs erwähnt, steht Art. 5 Abs. 3 GG als „Jedermannsgrundrecht“⁵ grundsätzlich jedem zu, der wissenschaftlich tätig ist oder tätig werden will, egal ob an den Hochschulen oder außeruniversitär.⁶ Im außeruniversitären Bereich ist allerdings zunächst klärungsbedürftig, ob die jeweiligen Arbeitgeber überhaupt an die Grundrechte gebunden sind.

I. Grundlagen

1. Geltung des Art. 5 Abs. 3 GG in den außeruniversitären Forschungseinrichtungen

Die meisten außeruniversitären Forschungseinrichtungen werden ausschließlich bzw. überwiegend von der öffentlichen Hand getragen sowie organisiert und übernehmen staatliche Aufgaben. Auch wenn sie dabei privatrechtlich organisiert sind, müssen sie daher dem Staat zugerechnet werden.⁷ Dementsprechend ist auch eindeutig, dass sie an die Grundrechte und damit an den Art. 5 Abs. 3 GG gebunden sind. Sollte in Einzelfällen nicht von einer Zuordnung vom Staat ausgegangen werden (z.B. bei der Max-Planck-Gesellschaft⁸), so ergibt sich die Grundrechtsbindung aus der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte.⁹

2. Geltung des Art. 5 Abs. 3 GG in der Privatwirtschaft

Auch private Arbeitgeber sind an die Grundrechte gebunden: Eine unmittelbare Wirkung der Grundrechte, wie es das BAG lange Zeit angenommen hat,¹⁰ verbietet

sich zwar wegen der Stellung der Grundrechte als Freiheitsrecht gegenüber dem Staat. Heute wird aber von einer mittelbaren Wirkung der Grundrechte ausgegangen.¹¹ Denn der Gesetzgeber ist bei der Gestaltung der Rechtsordnung an die Grundrechte gebunden. Auch sind die Gerichte aufgrund ihrer Grundrechtsbindung verpflichtet, bei Rechtsstreitigkeiten im Rahmen ihrer Kompetenzen durch eine grundrechtskonforme Auslegung und ggf. Fortbildung des einfachen Rechts Schutz zu gewähren.¹² Dabei bietet sich die Generalklausel „billiges Ermessen“ im Rahmen des § 106 GewO an: sie kann ohne weiteres im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen konkretisiert werden, sodass der Arbeitgeber bei seinen Weisungen stets die Wissenschaftsfreiheit seiner angestellten Forscher zu achten hat. Grundsätzlich kann so auch Art. 5 Abs. 3 GG in privatwirtschaftlichen Arbeitsverhältnissen Anwendung finden.

Fraglich bleibt allerdings, ob bzw. inwieweit sich Wissenschaftler überhaupt gegenüber ihren Arbeitgebern auf die Wissenschaftsfreiheit berufen können. Immerhin haben sie sich freiwillig dazu entschieden, in der außeruniversitären Forschung tätig zu werden und sich privatwirtschaftlichen Zwängen zu unterwerfen.

3. Umfassender Grundrechtsverzicht oder Maßgeblichkeit der vertraglichen Ausgestaltung

Teilweise wird vertreten, dass die Eingehung des außeruniversitären Arbeitsverhältnisses bzw. bestimmte Gestaltungen des Arbeitsvertrags einen „Grundrechtsverzicht“ darstellen.¹³ Dabei verzichtet der betroffenen Wissenschaftler bewusst und freiwillig auf die Ausübung der ihm eigentlich zustehenden Wissenschaftsfreiheit.¹⁴ Das hätte zur Folge, dass er sich im weiteren Verlauf des Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Arbeitgeber auch nicht mehr darauf berufen könnte.

Dagegen spricht, dass das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit nicht an den Arbeitnehmer, sondern an die wissenschaftliche Tätigkeit gebunden ist.¹⁵ Die wissenschaftliche Bildung oder frühere Forschungstätigkeit

3 Bereits *Thieme*, Die Wissenschaftsfreiheit der nichtuniversitären Forschungseinrichtungen, DÖV 1994, 150.

4 BAG 23.9.2004, 6 AZR 567/03, EzA § 106 GewO Nr. 1; *AR/Kolbe*, § 106 GewO Rn. 50.

5 BVerfG 8.2.1977, 1 BvR 79/70, NJW 1977, 1049.

6 BVerfG 29.5.1987, 1 BvR 424/71, NJW 1973, 1176.

7 *Zimmermann*, Befristete Arbeitsverhältnisse an Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen bei Drittmittelfinanzierung, 2001, S. 85; *Thieme*, Die Wissenschaftsfreiheit der nichtuniversitären Forschungseinrichtungen, DÖV 1994, 150, 151.

8 *Ossenbühl* in: Hanau/Ossenbühl, Kündigungsschutz und Wissenschaftsfreiheit, S. 74 ff.

9 *Zimmermann*, Befristete Arbeitsverhältnisse an Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen bei Drittmittelfinanzierung, S. 85 Fn. 368. Zur mittelbaren Grundrechtsbindung sogleich.

10 Siehe dazu BAG 3.12.1954, 1 AZR 150/54, NJW 1955, 606.

11 *Isensee/Kirchhof/Rifner*, § 197 Rn. 88 ff.

12 *MüKoBGB/Armbrüster*, § 134 Rn. 34.

13 *Wegehaupt*, Wissenschaftsfreiheit im außeruniversitären Arbeitsverhältnis, S. 104 ff.

14 *Bethge* in: *Isensee/Kirchhof*, § 203 Rn. 92 ff.

15 Siehe auch *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, S. 150 ff.; *Lebich*, Die Haftung angestellter Ärzte, S. 52.

eines Arbeitnehmers bedeutet nicht, dass er sich bei all seinen späteren Tätigkeiten stets auf die Wissenschaftsfreiheit berufen und damit auch auf sie verzichten kann. Das bedeutet, nur, wer tatsächlich wissenschaftlich tätig wird, kann den Schutz des Art. 5 Abs. 3 GG in Anspruch nehmen.

Daher kommt es auf den einzelnen Arbeitsvertrag an: Lässt dieser Spielraum für eine unabhängige wissenschaftliche Tätigkeit oder grenzt er die Tätigkeit genau ein? Davon hängt ab, ob der Arbeitnehmer als Wissenschaftler oder nur als hochqualifizierte Fachkraft tätig wird. Der Arbeitsvertrag bestimmt damit, ob überhaupt eine unabhängige wissenschaftliche Tätigkeit vorliegt, die in den Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 3 GG fallen kann. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Geltung von Grundrechten vertraglich festgelegt wird.¹⁶ Wenn im Arbeitsvertrag von „Wissenschaft“ die Rede ist, so ist damit ein abstrakter Wissenschaftsbegriff gemeint – es soll damit nicht auf die verfassungsrechtlich geschützte Wissenschaftsfreiheit rekuriert werden. Entscheidend ist vielmehr, dass im Arbeitsvertrag eine für wissenschaftliches Arbeiten erforderliche Unabhängigkeit gewährt wird, so dass diese wissenschaftliche Tätigkeit auch im Lichte des Art. 5 Abs. 3 GG zu betrachten ist. Es kommt beim Grundrechtsschutz nicht darauf an, warum jemand wissenschaftlich tätig wird, sondern dass er wissenschaftlich tätig wird. In dem Moment, in dem Forschung stattfindet, kann sich derjenige, der sie ausübt auch auf seinen verfassungsrechtlichen Schutz berufen.

Die arbeitsvertraglich gewährte wissenschaftliche Unabhängigkeit wird in der Praxis die Regel sein, denn anders kann ein Erkenntnisgewinn kaum gelingen. Ein Arbeitgeber wird in den meisten Branchen wenig Vorgaben machen können, da zu Beginn und auch während eines Forschungsvorhabens häufig offen ist, welche wissenschaftliche Richtung das Vorhaben nehmen und welche wissenschaftliche Methodik zur Anwendung kommen wird.

4. Grundsätzliche Interessenabwägung

Freilich kann die Wissenschaftsfreiheit des außeruniversitär tätig werdenden Wissenschaftlers nicht so umfassend sein, wie die des Hochschulwissenschaftlers. Die Bestimmung des Forschungsgebiets oder verbindlicher

Vorgaben für die Publikation von Forschungsergebnissen sind für das Funktionieren der außeruniversitären Forschung essentiell und in der Privatwirtschaft auch durch die Unternehmerfreiheit verfassungsrechtlich geschützt.¹⁷ Die Forschung wird dabei nicht um ihrer selbst ermöglicht, sondern ist auf die Erlangung verwertbarer Ergebnisse gerichtet.¹⁸ Dabei spielen ganz andere Überlegungen als an den Hochschulen eine Rolle: Die Institute und Unternehmen, die Wissenschaftler beschäftigen, können diesen bei weitem keinen so großen Freiraum einräumen, wie es an einer Hochschule der Fall ist. Die außeruniversitär geltenden Hierarchien und entsprechenden Weisungsrechte sind ein notwendiges Strukturelement, ohne die die außeruniversitäre Forschung nicht möglich wäre.¹⁹

II. Die einzelnen Freiheiten der Wissenschaftler

Eine allgemeingültige Abwägung zwischen den Rechtspositionen von Wissenschaftlern und deren Arbeitgebern in der außeruniversitären Forschung kann allerdings nicht vorgenommen werden, denn jeder Einzelfall muss individuell betrachtet werden. Wo die Wissenschaftsfreiheit ihre Grenzen in der Wissenschaftsfreiheit findet, kann richtigerweise nur beispielhaft beleuchtet werden. § 106 GewO nennt bereits „Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung“, in der wissenschaftlichen und unternehmerischen Praxis sind zudem die Fragen nach dem Arbeitsziel, der Methodenwahl, der Arbeitsorganisation sowie der Publikation von wissenschaftlichen Ergebnissen grundlegend.

1. Forschungsziel

Das Forschungsziel, das der Arbeitgeber anstrebt, ergibt sich meist nicht schon aus dem Arbeitsvertrag. Ausnahmen können bei befristeten Arbeitsverhältnissen bestehen, die für ein bestimmtes Forschungsprojekt abgeschlossen werden. Ohne Bestimmungen im Arbeitsvertrag steht dem Arbeitgeber in dieser Hinsicht ein Weisungsrecht zu. Das muss auch für die Arbeitnehmer gelten, deren Arbeitsverhältnis grundsätzlich von einer wissenschaftlichen Unabhängigkeit geprägt ist.²⁰ Ansonsten könnte kein Arbeitgeber ein Forschungsunternehmen führen. Das gilt auch für die Planung des Vorgehens bei dem entsprechenden Forschungsvorha-

16 *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, S. 152; *Lebich*, Die Haftung angestellter Ärzte, S. 52.

17 Siehe auch *Däubler*, Wissenschaftsfreiheit im Arbeitsverhältnis – Eine erste Skizze, NZA 1989, 945, 947.

18 *Isensee/Kirchhof/Mager*, § 166 Rn. 51 f.

19 *Thieme*, Die Wissenschaftsfreiheit der nichtuniversitären Forschungseinrichtungen, DÖV 1994, 150, 152; *Wegehaupt*, Wissenschaftsfreiheit im außeruniversitären Arbeitsverhältnis,

S. 164. In den Instituten der Max-Planck-Gesellschaft und den Akademien der Wissenschaft stellt sich das Problem allerdings in abgeschwächter Form, da dort mitgliederschaftlich organisierte Kollegien Leitungsfunktionen (v.a. bzgl. Planung und Durchführung von Forschungsvorhaben) wahrnehmen und so die Forscher in die Leitung einbeziehen.

20 *Däubler*, Wissenschaftsfreiheit im Arbeitsverhältnis, NZA 1989, 945, 947.

ben. Der angestellte Forscher ist diesbezüglich ebenfalls an die Weisungen des Arbeitgebers bzw. seines Vorgesetzten gebunden.

Nach den oben genannten Grundsätzen ist dies unproblematisch. Die Freiheit, die eine wissenschaftliche Tätigkeit i.S.d. Art. 5 Abs. 3 GG voraussetzt, ist in diesem Bereich nicht gegeben. Denn im Arbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer, für den Arbeitgeber und dessen Interessen zu forschen und die dementsprechenden Dienstleistungen zu erbringen. Das bedeutet, dass gar kein Spielraum für eine freie Forschung bleibt, bei der sich der Wissenschaftler sein eigenes Forschungsziel auswählt und eigenverantwortlich plant. Ohne einen solchen Spielraum kommt eine freie wissenschaftliche Betätigung, für die Art. 5 Abs. 3 GG gelten würde, nicht in Betracht. Aber auch das Argument der Funktionsfähigkeit der außeruniversitären Forschung kommt hier zur Anwendung: um schlussendlich zu einem für den Arbeitgeber sinnvollen und verwertbaren Arbeitsergebnis zu kommen, muss er Ziel- und Planungsvorgaben machen können. Der Arbeitnehmer kann sich insofern nicht auf die Wissenschaftsfreiheit berufen, sondern muss sich in die vorgegebene Weisungshierarchie einfügen.

Allerdings kann der Arbeitgeber (oder auch der Staat bei den Forschungseinrichtungen der öffentlichen Hand) niemals vorgeben, wann das Arbeitsziel erreicht ist. Wann und ob ein wissenschaftliches Ergebnis vorliegt und wie dieses zu bewerten ist, kann auch nicht arbeitsvertraglich vorgegeben sein – ansonsten handelte es sich nicht mehr um Wissenschaft²¹ – sondern muss den wissenschaftlich fundierten Einschätzungen und Erkenntnissen des Forschers überlassen bleiben.²² Die angestellten Wissenschaftler müssen sich allerdings nach den diesbezüglichen Ansichten des ihnen vorgesetzten Wissenschaftlers richten.

Eine Beschränkung des Weisungsrechts des Arbeitgebers kann ansonsten nur durch die Gewissensfreiheit des angestellten Forschers gerechtfertigt werden. Allerdings muss der Gewissenskonflikt eine gewisse Intensität erreichen. Wissenschaftliche Meinungsverschiedenheiten reichen hierfür nicht aus.²³

2. Forschungsmethoden und Arbeitsorganisation

Die Wahl der wissenschaftlichen Methoden, die der Arbeitnehmer bei seinen Forschungsvorhaben verwendet, kann durch den Arbeitsvertrag unterschiedlich stark geregelt sein. Lässt er in dieser Hinsicht Gestaltungsspielräume zu, so muss dem Wissenschaftler eine freie Methodenwahl zugestanden werden.²⁴ Nur so kann dessen Wissenschaftsfreiheit verwirklicht werden. Das Interesse des Arbeitgebers, so effizient und günstig zu arbeiten wie möglich, um einen höheren Gewinn bei der Ergebnisvermarktung abzuschöpfen, wird dadurch geschützt, dass er den Forschungsabteilungen bestimmte Budgets zuteilen kann. Diesen finanziellen Rahmenbedingungen hat sich der Wissenschaftler unterworfen, als er das Arbeitsverhältnis eingegangen ist und kann seinerseits somit nicht als Begrenzung von dessen Wissenschaftsfreiheit betrachtet werden. Im Rahmen des Budgets darf der Arbeitgeber jedoch keine Vorgaben über den Einsatz der Mittel machen.

Auch ob der einzelne Wissenschaftler sich in eine hierarchische Personalstruktur mit verschiedenen Abteilungen und Vorgesetzten einordnen muss, ist Folge seiner Entscheidung, in der außeruniversitären Forschung zu arbeiten. Er geht kein Arbeitsverhältnis ein, das ihm die Herrschaft über seine wissenschaftliche Tätigkeit ermöglicht, sondern fügt sich in ein bereits bestehendes Forschungssystem ein, das aus Funktionalitätsgründen Hierarchien erfordert. Anders wäre ein geregelter Forschungsablauf nicht möglich.²⁵

Dasselbe gilt für die Vorgabe der Arbeitszeit durch den Arbeitgeber. Ein geregelter Forschungsablauf in der außeruniversitären Forschung verlangt häufig – es kann je nach Unternehmen freilich auch Ausnahmen geben – dass die Wissenschaftler zu bestimmten Zeiten gleichzeitig anwesend sind. Das hat wenig damit zu tun, dass der Forscher in diesem Zeitraum zum Denken gezwungen wird,²⁶ sondern hat wiederum mit der Forschungsstruktur zu tun, die der Arbeitgeber aufgrund von Funktionalitätsgründen vorgeben kann. Die angestellten Forscher müssen regelmäßig ihre Tätigkeiten koordinieren sowie ansprechbar für ihre Vorgesetzten und Mitarbeiter

21 *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, S. 158.

22 *Däubler*, Wissenschaftsfreiheit im Arbeitsverhältnis, NZA 1989, 945, 948; *Wegehaupt*, Wissenschaftsfreiheit im außeruniversitären Arbeitsverhältnis, S. 178.

23 *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, S. 158 f.

24 So auch *Däubler*, Wissenschaftsfreiheit im Arbeitsverhältnis – Eine erste Skizze, NZA 1989, 945, 948 und *Wegehaupt*, Wis-

senschaftsfreiheit im außeruniversitären Arbeitsverhältnis, S. 175 f., der die Methodenauswahl zum „ureigensten Bereich der Wissenschaftsfreiheit“ zählt.

25 S. o. B. I. 4. .

26 So *Däubler*, Wissenschaftsfreiheit im Arbeitsrecht – Eine erste Skizze, NZA 1989, 945, 948.

und auch für den Arbeitgeber sein. Verlangt der Arbeitgeber also die Anwesenheit zu einer bestimmten Zeit, so müssen die Wissenschaftler dieser Weisung Folge leisten.

3. Publikationsrecht

Die Wissenschaftsfreiheit umfasst das Recht zur Verwertung und Veröffentlichung der wissenschaftlichen Erkenntnisse. Die wirtschaftliche Verwertung von patentfähigen Forschungsergebnissen wird verfassungsrechtlich unbedenklich durch das ArbNErfG geregelt.²⁷ Durch das Veröffentlichungsrecht ist insbesondere die Entscheidung über Ort, Zeit und Modalitäten einer wissenschaftlichen Publikation geschützt.²⁸ Für den Wissenschaftler bieten Veröffentlichungen die Chance zur Anerkennung und zum Austausch mit der wissenschaftlichen Community. In der außeruniversitären Forschung können sich in diesem Bereich Konflikte ergeben, wenn der Arbeitgeber bestimmte Ergebnisse gar nicht oder zu einem anderen Zeitpunkt als der Arbeitnehmer veröffentlichen möchte.

a. Veröffentlichung durch den Arbeitgeber

Die Veröffentlichung von Forschungsergebnissen ist für den Arbeitgeber zunächst unproblematisch möglich. Der angestellte Wissenschaftler kann sich nicht auf eine negative Publikationsfreiheit berufen, da er durch Abschluss des Arbeitsvertrags regelmäßig dem Arbeitgeber ein Recht auf Verwertung der Forschungsergebnisse eingeräumt hat.²⁹

Eine Pflicht zur Übertragung der Nutzungsrechte wird auch angenommen, wenn Forschungsberichte oder ähnliches in den Anwendungsbereich des Urhebergesetzes (UrhG) fallen.³⁰ Dem Forscher steht dann allerdings das Rückrufrecht nach § 42 UrhG zu. Wandelt sich seine Meinung bezüglich einer wissenschaftlichen Arbeit, so kann er vom Arbeitgeber das Nutzungsrecht zurückfordern. Das entspricht auch der Wertung des Art. 5 Abs. 3 GG.

Unerlässlich ist allerdings für den Forscher, dass er als Urheber oder Miturheber in der Veröffentlichung genannt wird. Dafür muss er einen relevanten Beitrag zur Forschung im Sinne einer selbständigen Mitarbeit geleistet und nicht nur eine fachliche Aufsicht geführt oder die formale Verantwortung getragen haben.³¹ Im Gegen-

zug hat das Forschungsinstitut oder das Forschungsunternehmen auch ein Recht darauf, die Arbeit als eine ihrer Forschungsarbeiten herauszugeben, wenn die Ergebnisse nur durch deren Gelder oder besonderen Forschungsbedingungen ermöglicht wurden.

b. Veröffentlichung durch den Arbeitnehmer

Auf der anderen Seite kann der Arbeitgeber auch nur unter bestimmten Bedingungen verhindern, dass der Arbeitnehmer wissenschaftliche Ergebnisse veröffentlicht, die er selbst erlangt hat. Dabei kommen folgende Konstellationen in Betracht: Dem Arbeitgeber entstehen wirtschaftliche Nachteile durch die Veröffentlichung oder es besteht ein Geheimhaltungsinteresse, er stimmt inhaltlich nicht mit der Veröffentlichung überein, oder die Interessen seiner anderen angestellten Forscher müssen berücksichtigt werden.

aa. Wirtschaftliche Nachteile des Arbeitgebers und Geheimhaltungsinteressen

Breibt der Arbeitgeber Forschung mit dem Ziel, die Ergebnisse wirtschaftlich zu verwerten, kann eine Veröffentlichung dieser Ergebnisse durch einen angestellten Wissenschaftler zur falschen Zeit, kann für den Arbeitgeber einen großen Gewinnverlust bedeuten, weil z.B. Konkurrenten wissenschaftliche Ergebnisse zu früh erfahren, bevor sie durch den Arbeitgeber verwertet werden konnten. Dass mit der Forschung Geld verdient wird, ist auch im Interesse des angestellten Wissenschaftlers, da nur so sein Arbeitsplatz finanziert wird. In der Abwägung zwischen den Rechtspositionen der Beteiligten, müssen sich daher die Interessen des Arbeitgebers durchsetzen. Denn die (zeitweise) Zurückhaltung von Forschungsergebnissen kann für ihn von grundlegender Wichtigkeit sein, der Wissenschaftler kann dagegen die Ergebnisse auch noch später veröffentlichen und so seinen wissenschaftlichen Ruf festigen.³²

Einer Weisung des Arbeitgebers bedarf es in diesen Fällen meist nicht, da das Verbot des Verrats von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen regelmäßig bereits im Arbeitsvertrag beinhaltet ist.

Einem Veröffentlichungsrecht des Wissenschaftlers steht jedoch nichts mehr im Wege und kann durch den Arbeitgeber auch nicht mehr verhindert werden, wenn die Forschungsergebnisse, z.B. durch Patentanmeldung,

27 Dazu auch *Thieme*, Die Wissenschaftsfreiheit der nichtuniversitären Forschungseinrichtungen, DÖV 150, 153.

28 Ständige Rspr, siehe nur zuletzt BVerfG 3.9.2015, 1 BvR 1983/15, ArbR 2015, 513.

29 *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, S. 162.

30 *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, S. 162 mwN.

31 *Thieme*, Die Wissenschaftsfreiheit der nichtuniversitären Forschungseinrichtung, DÖV 150, 153.

32 *Wegehaupt*, Wissenschaftsfreiheit im außeruniversitären Arbeitsverhältnis, S. 202.

allgemein zugänglich gemacht wurden, oder eine wirtschaftliche Verwertung endgültig gescheitert ist.³³ Dann können die wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers das Recht auf Veröffentlichung nicht mehr beschränken.

Insbesondere bei den staatlich unterhaltenen Forschungsinstituten können in Ausnahmefällen auch berechnete öffentliche Geheimhaltungsinteressen ein Publikationsverbot durch die Institutsleitung rechtfertigen.

bb. Fehlende inhaltliche Übereinstimmung

Ist der Arbeitgeber mit dem Inhalt bestimmter Forschungsergebnisse nicht einverstanden, stehen aber keine wirtschaftlichen Interessen einer Veröffentlichung entgegen, so ist ein (auch arbeitsvertraglich festgehaltenes) Veröffentlichungsverbot stets unzulässig. Im Rahmen eines Interessenausgleichs hat der Arbeitnehmer die Interessen seines Arbeitgebers jedoch insoweit zu wahren, dass er entweder den Hinweis auf das Forschungsinstitut oder Unternehmen, bei dem er tätig ist unterlässt, oder hinzufügt, dass die vertretenen Ansichten nicht mit denen seines Arbeitgebers übereinstimmen und er die alleinige Verantwortung für die Forschungsergebnisse trägt.³⁴

cc. Interessen anderer Forscher

Der Arbeitgeber hat auch die Interessen anderer, bei ihm angestellter Forscher gegenüber dem veröffentlichenden Forscher durchzusetzen. Hat dieser die wissenschaftlichen Erkenntnisse im beruflichen Zusammenhang gewonnen, so haben seine Kollegen das Recht auf Achtung ihrer wissenschaftlichen Persönlichkeitsrechte – entweder indem sie und ihr wissenschaftlicher Beitrag erwähnt und an eine Beteiligung geknüpft wird, oder indem die Veröffentlichung untersagt wird, wenn sie nicht ohne die Erwähnung von bestimmten Teilbeiträgen der anderen Forscher erfolgen kann und diese einer Veröffentlichung nicht zustimmen.³⁵

III. Ergebnis

Die Entscheidung des angestellten Wissenschaftlers, an einer außeruniversitären Forschungseinrichtung oder in der Privatwirtschaft tätig zu werden, bedeutet für ihn, sich weitestgehend dem Direktionsrecht seines Arbeitgebers zu unterwerfen. Nur wo nach dem Arbeitsvertrag Raum für eine eigenständige Forschung bleibt, kann er sich auf die Wissenschaftsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 GG berufen.

C. Weisungsrecht und Forschungsfreiheit im universitären Bereich

„Die wissenschaftliche Hochschule lebt aus der freien Schöpfungskraft der an ihr wirkenden Wissenschaftler.“³⁶ Weisungsrechte sind der freien wissenschaftlichen Betätigung grundsätzlich zuwider.³⁷ Inwiefern diese Grundsätze auch auf Wissenschaftliche Mitarbeiter im Hochschulwesen zu übertragen sind, gilt es im Folgenden zu erörtern. Unter den Begriff der wissenschaftlichen Mitarbeiter sind in Übereinstimmung hochschulgesetzlicher Regelungen nur die Personen gemeint, die ein abgeschlossenes Hochschulstudium aufweisen.³⁸ Der definitorische Rahmen des wissenschaftlichen Mitarbeiters reicht hierbei von der der wissenschaftlichen Hilfskraft bis zum außerplanmäßigen Professor.³⁹

I. Dienstpflichten der wissenschaftlichen Mitarbeiter

Der grundsätzliche Aufgabenbereich wissenschaftlicher Mitarbeiter einer Hochschule umfasst Tätigkeiten in Wissenschaft, Forschung, Lehre und Weiterbildung sowie wissenschaftliche Dienstleistungen nach Maßgabe ihrer Dienstaufgabenbeschreibung.⁴⁰ Im klinischen Bereich gehören zu den Dienstaufgaben der wissenschaftlichen Mitarbeiter auch Tätigkeiten im Rahmen der Krankenversorgung.⁴¹ Sofern dem wissenschaftli-

33 *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, S. 178 ff.; *Däubler*, Wissenschaftsfreiheit im Arbeitsverhältnis – Eine erste Skizze, NZA 1989, 945, 949.

34 So auch *Thieme*, Die Wissenschaftsfreiheit der nichtuniversitären Forschungseinrichtungen, DÖV 150, 153; will der Forscher mit der Veröffentlichung wissenschaftliches Fehlverhalten des Arbeitgebers anprangern, so kommen die Grundsätze des Whistleblowings zur Anwendung, s. dazu *Busekist/Fahrig*, Whistleblowing und der Schutz von Hinweisgebern, BB 2013, 119, 121 ff.

35 *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, S. 182.

36 *Gerber*, Rechtsfragen der Planung im Hochschulwesen, in: Planung II, Hrsg. von Kaiser, 1966, S. 315, 333.

37 *Evers*, WR Beiheft 4, 1970, S. 41.

38 § 52 Abs. 3 S. 1 LHG BW; § 110 Abs. 5 BerlHG; § 49 Abs. 3 S. 1 BbgHG; § 23 Abs. 2 BremHG; § 29 Abs. 1 HmbHG; § 66 Abs. 3

LHG MV; § 65 Abs. 4 S. 1 HessHG; § 31 Abs. 1 NHG; § 44 Abs. 4 HG NRW; § 56 Abs. 2 HSG RP; § 68 Abs. 5 HSG SH; § 71 Abs. 3 SächsHSG; § 42 Abs. 4 HSG LSA; § 37 Abs. 4 UG Saarland; § 84 Abs. 4 ThürHG.

39 Vgl. *Hartmer*, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), 2. Aufl. 2011, Kap. V, Rn. 95.

40 So etwa § 52 Abs. 1 S. 1 LHG BW; Art. 21 Abs. 1 BayHSchPG; § 110 Abs. 1 und 3 BerlHG; § 49 Abs. 1 BbgHG; § 23 Abs. 1 BremHG; § 27 Abs. 1 S. 1 HmbHG; § 65 Abs. 1 S. 1 HessHG; § 66 Abs. 1 S. 1 LHG MV; § 31 Abs. 1 NHG; § 44 Abs. 1 HG NRW; § 56 Abs. 1 HSG RP; § 68 Abs. 1 HSG SH; § 71 Abs. 1 SächsHSG; § 42 Abs. 1 HSG LSA; § 37 Abs. 1 UG Saarland; § 84 Abs. 1 ThürHG; vgl. auch BAG, AP Nr. 3 zu § 57a HRG.

41 *Reich*, in: Flämig u.a. (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts Band 1, 1982, S. 415; vgl. etwa § 52 Abs. 1 S. 3 LHG BW.

chen Mitarbeiter auch die Prüfungsbefugnis übertragen ist, gehört auch die Mitwirkung an Prüfungen zu seinen Dienstaufgaben.⁴²

II. Weisungsrechtliche Integration in der Hochschulorganisation

1. Grundsätzliche weisungsrechtliche Integration

Die Wissenschaftlichen Mitarbeiter sind herkömmliche Arbeitnehmer, die aufgrund ihres Dienstverhältnisses tätig werden.⁴³ Die Tätigkeit der wissenschaftlichen Mitarbeiter erfolgt im Rahmen eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages mit dem jeweiligen Bundesland⁴⁴ grundsätzlich unselbstständig.⁴⁵ Sie sind weisungsrechtlich im Hinblick auf die genannten Dienstpflichten in die jeweilige Hochschulorganisation integriert.⁴⁶ Eine freie, weisungsunabhängige Stellung, wie sie den Hochschullehrern zuteilwird, kommt den wissenschaftlichen Mitarbeitern, bereits aufgrund der vertraglichen Konstellation, grundsätzlich nicht zu. Dies macht auch das BAG deutlich, indem es den Begriff der wissenschaftlichen Dienstleistung als die Wahrnehmung weisungsabhängiger Aufgaben in Forschung und Lehre definiert.⁴⁷ Das Weisungsrecht folgt auch im Hochschulrecht zunächst aus den allgemeinen Vorschriften des § 106 GewO und des § 315 BGB.⁴⁸ Handelt es sich bei den Wissenschaftlichen Mitarbeitern um verbeamtete Personen, folgt die Weisungsgebundenheit aus § 35 BeamtStG.⁴⁹

a. Fachliches und dienstrechtliches Weisungsrecht

Das Arbeitsverhältnis und somit auch das Weisungsrecht gegenüber den Wissenschaftlichen Mitarbeitern sind zweigleisig ausgestaltet. Sie gliedern sich in eine fachliche und eine dienstrechtliche Komponente.⁵⁰ Auf

der dienstrechtlichen Ebene obliegt die Weisungsbefugnis gegengenüber den wissenschaftlichen Mitarbeitern dem Präsidium oder Rektorat der Hochschule, welches sich zur Ausfüllung der Vorgesetztenrolle der Personalverwaltung der Hochschule bedient.⁵¹ Abmahnungen, disziplinarrechtliche Vorgänge sowie die Einstellung und Entlassung fallen unter diese dienstrechtliche Ebene.⁵²

Das primär forschungsrelevanter fachliche Weisungsrecht hingegen obliegt dem jeweiligen Leiter der Hochschuleinrichtung, der der Wissenschaftliche Mitarbeiter zugeordnet ist.⁵³ Sofern sie ausschließlich einer Fakultät zugeordnet sind, obliegt das Weisungsrecht dem Dekan der jeweiligen Fakultät.⁵⁴ Der Wissenschaftliche Mitarbeiter nimmt seine Aufgaben unter der fachlichen Verantwortung und Betreuung eines Hochschullehrers wahr.⁵⁵ Der Aufgabenbereich des Hochschullehrers ist hierbei durch seine fachliche Qualifikation vorgegeben.⁵⁶ Die Tätigkeit, namentlich die wissenschaftliche Dienstleistung, des Wissenschaftlichen Mitarbeiters beschränkt sich in forschungsrelevanter Hinsicht grundsätzlich auf die bloße Zuarbeit zu der jeweiligen aktuellen Forschungstätigkeit des Hochschullehrers.⁵⁷ Im Rahmen seines Dienstverhältnisses kommt der Wissenschaftliche Mitarbeiter grundsätzlich nicht in den Genuss weisungsfreier eigenständiger Forschungstätigkeit.

b. Grundlegende hochschulrechtliche Ausgestaltung des fachlichen Weisungsrechts

Die Hochschulgesetze der Länder machen vom Begriff des Weisungsrechts im Rahmen von Wissenschaftlichen Mitarbeitern keinen Gebrauch. Vielmehr schreiben diese lediglich vor, dass die wissenschaftlichen Mitarbeiter ihre Dienstleistung unter der fachlichen Verantwortung

42 Vgl. etwa § 52 Abs. 1 S. 5 LHG BW; Art. 21 Abs. 11 BayHSchPG;

43 Löwisch/Wertheimer, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), 2. Aufl. 2011, Kap. X, Rn. 9; vgl. etwa Art. 20 S. 2 BayHSchPG, der als vertragliche Grundlage der Tätigkeit explizit ein „privatrechtliches Arbeitsverhältnis“ normiert.

44 Löwisch/Wertheimer, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), 2. Aufl. 2011, Kap. X, Rn. 10.

45 OVG Saarlouis, WissR 1978, 81, 82; LAG Berlin, NZA-RR 2002, S. 612; dies gilt sowohl hinsichtlich der Forschungs-, als auch der Lehrtätigkeit, vgl. Reich, HRG-Kommentar, 9. Aufl. 2005, § 53, Rn. 5; OVG Saarlouis, WissR 1978, 81, 82.

46 Raab, Der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft (WissZeitVG), WR-Beiheft 23, 2015, S. 32; Evers, WR Beiheft 4, 1970, S. 41, 54; Sieweke/Koch, NordÖR 2009, S. 485, 487.

47 BAG, Urteil vom 1.6.2011, 7 AZR 827/09; vgl. mwN. auch Preis, WissZeitVG, 2009, § 1, Rn. 13.

48 Hartmer, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, Kap. V, Rn. 99.

49 Vgl. § 35 BeamtStG; Hartmer, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.),

Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, Kap. V, Rn. 99.

50 Hartmer, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, Kap. V, Rn. 99.

51 Hartmer, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, Kap. V, Rn. 99.

52 Hartmer, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, Kap. V, Rn. 99.

53 Vgl. Leuze, WissR 2011, S. 280, 291.

54 So explizit etwa § 52 Abs. 5 S. 1 LHG BW.

55 Perschel, in: Flämig u.a. (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts Band 1, 1982, S. 393; vgl. etwa § 52 Abs. 1 S. 4 LHG BW; Art. 21 Abs. 1 S. 2 BayHSchPG; § 49 Abs. 1 S. 8 BbgHG; § 23 Abs. 1 S. 2 BremHG; § 66 Abs. 1 S. 4 LHG MV; § 44 Abs. 1 S. 2 iVm. Abs. 2 HSG NRW; § 37 Abs. 2 UG Saarland; § 71 Abs. 1 S. 2 SächsHSG; § 42 Abs. 1 S. 5 HSG LSA; § 68 Abs. 2 HSG SH; § 84 Abs. 2 ThürHG.

56 Umfangreich hierzu Detmer, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, Kap. IV, Rn. 156 ff.

57 Thieme, Hochschulrecht, 3. Auflage, Köln 2004, Rn. 795; Detmer, in: Leuze/Epping (Hrsg.), Kommentar zum HG NRW, § 59, Rn. 5.

und Betreuung des Hochschullehrers erbringen, dem sie zugeordnet sind.⁵⁸ Die in den Hochschulgesetzen der Länder enthaltene Formulierung lässt sich historisch begründen. Im Rahmen des 5. HRGÄndG wurde die bis dahin in § 53 Abs. 1 S. 2 HRG explizit normierte Weisungsbefugnis des Hochschullehrers⁵⁹ durch die in § 53 Abs. 1 S. 3 HRG a.F. vorzufindende Formulierung „soweit wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter Hochschullehrerinnen oder Hochschullehrern zugeordnet sind, erbringen sie ihre wissenschaftlichen Dienstleistungen unter deren fachlicher Verantwortung und Betreuung“ ersetzt.⁶⁰ Die Gesetzgeber einiger Länder haben daraufhin die Formulierung in die Hochschulgesetze übernommen.⁶¹ Mag die Formulierung „unter der fachlichen Verantwortung und Betreuung“ begrifflich weich ausgestaltet sein, ändert dies jedoch nichts an der grundsätzlichen Weisungsgebundenheit der wissenschaftlichen Mitarbeiter in fachlicher Hinsicht.

2. Abstufung der Reichweite des Weisungsrecht bei Qualifikationsstellen

Die Landeshochschulgesetze eröffnen jedoch die Möglichkeit, vom Grundsatz fachlicher Weisungsgebundenheit abzuweichen und den Wissenschaftlichen Mitarbeitern Freiräume zur eigenständigen Forschung während der Dienstzeit einzuräumen. Insofern hängt auch im Hochschulbereich, ähnlich wie in der Privatwirtschaft und außeruniversitären Forschung, die weisungsfreie Forschungstätigkeit von der vertraglichen Ausgestaltung bzw. der vertraglich eingeräumten Stellung des jeweiligen Dienstverhältnisses ab.

Die Weisungsfreiheit in Forschungsangelegenheiten ist hierbei grundsätzlich von der jeweiligen Qualität der Stelle des Wissenschaftlichen Mitarbeiters abhängig.⁶² Ist diese als Qualifikationsstelle ausgestaltet, kann er in den Genuss weisungsunabhängiger Forschungstätigkeit

kommen. Dann besteht die Möglichkeit, im Rahmen der eigentlichen Diensttätigkeit Forschung zu betreiben. Die Dienstzeit hat dann nicht mehr nur die o.g. weisungsgebundene wissenschaftliche Dienstleistung sowie sonstige Aufgaben in Forschung und Lehre zum Gegenstand. Es kann zusätzlich hierzu in der Dienstzeit Forschung betrieben werden, ohne hierbei von fachlichen Weisungen abhängig zu sein. Der fachliche Rahmen wiederum, in welchem die selbstständige Forschungsstätigkeit zu erfolgen hat, wird hierbei durch die fachliche Qualifikation des Hochschullehrers gezogen, welchem der wissenschaftliche Mitarbeiter zugeordnet ist.

Die weisungsunabhängige Forschungsmöglichkeit ist nach der Ausgestaltung der Stelle bzw. dem jeweiligen Qualifikationsziel des Wissenschaftlichen Mitarbeiters abgestuft. So sehen einige Landeshochschulgesetze neben der Übertragung der wissenschaftlichen Dienstleistungen die Möglichkeit der Übertragung von Aufgaben vor, die der Vorbereitung einer Promotion oder der Erbringung zusätzlicher wissenschaftlicher Leistungen förderlich sind.⁶³ Hierbei soll den Wissenschaftlichen Mitarbeitern im Rahmen ihrer Dienstaufgaben ausreichend Gelegenheit zu eigener wissenschaftlicher Arbeit gegeben werden.⁶⁴ Die von den Landeshochschulgesetzen oftmals als „Soll-Vorschriften“ ausgestalteten Regelungen,⁶⁵ sind hierbei jedoch als „Muss-Vorschriften“ zu verstehen.⁶⁶ Dieser Schluss lässt sich im Zusammenhang mit der Ausgestaltung hochschulgesetzlicher Regelungen zu Qualifikationsstelle Wissenschaftlicher Mitarbeiter mit qualifizierter Promotion begründen. So sehen einige Landeshochschulgesetze vor, dass Wissenschaftlichen Mitarbeitern mit qualifizierter Promotion ausreichend Zeit zur eigenständigen Forschung einzuräumen „ist“.⁶⁷ Es erschließt sich jedoch nicht, warum ein wissenschaftlicher Mitarbeiter mit qualifizierter Promotion eine andere weisungsrechtliche Stellung im Hinblick auf

58 Vgl. Art. 21 Abs. 1 S. 2 BayHSchPG; § 49 Abs. 1 S. 8 BbgHG; § 23 Abs. 1 S. 2 BremHG; § 66 Abs. 1 S. 4 LHG; § 65 Abs. 1 S. 6 HessHG; § 41 Abs. 1 S. 5 HSG SA; § 68 Abs. 2 S. 1 HSG SH; anders § 31 Abs. 1 NHSG; § 44 Abs. 1 S. 2 HSG NRW; § 37 Abs. 2 UG Saarland; § 71 Abs. 1 S. 2 SächsHSG; § 84 Abs. 2 HSG RP.

59 Vgl. § 53 Abs. 1 S. 2 HRG a.F.: „Soweit der wissenschaftliche Mitarbeiter dem Aufgabenbereich eines Professors zugewiesen ist, ist dieser weisungsbefugt“.

60 Art. 1 Nr. 33 des 5. HRGÄndG vom 16.2.2002, BGBl. I., S. 693; vgl. auch Raab, Der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft (WissZeitVG), WR-Beiheft 23, 2015, S. 32.

61 Vgl. hierzu auch Raab, Der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft (WissZeitVG), WR-Beiheft 23, 2015, S. 32.

62 Raab, Der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft (WissZeitVG), WR-Beiheft 23, 2015, S. 38.

63 Vgl. etwa § 52 Abs. 2 S. 1 LHG BW; Art. 22 Abs. 1 S. 1 BayHSch-

PG; § 49 Abs. 2 S. 2 BbgHG; § 23 Abs. 4 S. 1.1. HS BremHG; § 28 Abs. 1 S. 4, 5 HmbHG; § 66 Abs. 2 S. 1 LHG MV; § 41 Abs. 4 HSG NHSG; § 44 Abs. 5 HSG NRW; § 56 Abs. 4 S. 1 HSG RP; § 71 Abs. 2 S. 2 SächsHSG; § 42 Abs. 2 S. 1 HSG SA; § 84 Abs. 3 S. 2 ThürHSG.

64 Vgl. etwa § 52 Abs. 2 S. 1 LHG BW; Art. 22 Abs. 1 S. 2 BayHSchPG; § 110 Abs. 4 S. 3 BerlHG; § 23 Abs. 4 S. 1.2. HS BremHG; § 28 Abs. 1 S. 4.2. HS HmbHG; § 65 Abs. 1 S. 4 HessHG; § 66 Abs. 2 S. 2 LHG MV; § 41 Abs. 4 HSG NHSG; § 44 Abs. 3 S. 2 HSG NRW; § 56 Abs. 4 S. 2 HSG RP; § 37 Abs. 3 S. 4 UG Saarland; § 71 Abs. 2 S. 3 SächsHSG; § 42 Abs. 2 S. 2 HSG SA; § 84 Abs. 3 S. 3 ThürHSG.

65 § 65 Abs. 1 S. 4 HessHG; § 66 Abs. 2 S. 2 LHG MV; § 42 Abs. 2 S. 2 HSG SA; § 44 Abs. 3 S. 2 HSG NRW.

66 So auch Leuze, WissR 2011, S. 280, 291.

67 Vgl. etwa § 52 Abs. 4 S. 2 LHG BW; ähnlich § 49 Abs. 2 S. 2 BbgHG; § 28 Abs. 2 S. 3 HmbHG; § 65 Abs. 2 S. 3, 4 HessHG; § 73 Abs. 5 S. 2 UG Saarland; § 72 Abs. 1 SächsHSG.

seine Forschungsstätigkeit eingeräumt werden soll, als einem Wissenschaftlichen Mitarbeiter, welcher sich in Vorbereitung seiner Promotion befindet („soll“).⁶⁸ Die wissenschaftliche Betätigung an sich bedingt bereits die Eigenständigkeit und Weisungsfreiheit des Wissenschaftlichen Mitarbeiters im Rahmen seiner Forschung.⁶⁹ Dies muss bei allen Qualifikationsstellen zwingend gelten, da die zu erlangende wissenschaftliche Qualifikation in Form von Promotion oder Habilitation ja gerade die Fähigkeit zu eigenständigem wissenschaftlichen Handeln bestätigen und honorieren soll.⁷⁰

Fraglich ist in beiden Fällen allerdings, welcher Zeitraum weisungsfreier Forschungsstätigkeit im Rahmen der eigentlichen Arbeitszeit als ausreichend zu erachten ist. Die gesetzliche Lage diesbezüglich ist uneinheitlich. Nach den Hochschulgesetzen von Berlin, Sachsen und Thüringen ist mindestens ein Drittel der Arbeitszeit zu selbstständigen Forschungszwecken einzuräumen.⁷¹ Brandenburg, Hamburg und Hessen wiederum legen exakt ein Drittel der Arbeitszeit als Untergrenze für weisungsfreie Forschungszwecke fest.⁷² Bremen hingegen lässt lediglich bis zu einem Drittel der Arbeitszeit für die eigenständige Forschungsstätigkeit Wissenschaftlicher Mitarbeiter zu. Die übrigen Landeshochschulgesetze legen keine gesetzlichen Normwerte fest. Sie beschränken sich lediglich auf die gesetzliche Fixierung des Möglichen weisungsfreier Forschungsstätigkeit der Wissenschaftlichen Mitarbeiter. Dies kann jedoch nicht zur vollständigen Verwässerung der gesetzlich einzuräumenden unabhängigen Forscherstellung führen.

Auch ohne normierte zeitliche Vorgabe weisungsfreier Forschungsstätigkeit ist der jeweilige Dienstherr angehalten, ein Mindestmaß weisungsfreier Arbeitszeit im gesetzlichen Sinne zu gewährleisten. Dies wird zuletzt auch durch die deklaratorische Vorschrift des durch § 40 Nr. 2 Ziff. 3 TV-L; § 3 TV-L angefügten Abs. 8 deutlich.⁷³

Hiernach muss der Arbeitgeber bei der Wahrnehmung des Direktionsrechts das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit berücksichtigen.

Die Ausübung des Direktionsrechts hat auch im Hochschulwesen stets unter Beachtung billigen Ermessens zu erfolgen. Die Erhöhung von Lehrdeputaten⁷⁴ etwa oder des Umfangs sonstiger Dienstaufgaben kann nicht bis zur völligen Erschöpfung der eigentlichen Arbeitszeit des Wissenschaftlichen Mitarbeiters, zumindest nicht ohne entsprechenden Ausgleich, betrieben werden. Anderenfalls wäre die Ausübung des Weisungsrechts aufgrund Verstoßes gegen die durch Art. 5 Abs. 3 GG verbrieftete Forschungsfreiheit des Wissenschaftlichen Mitarbeiters ermessensfehlerhaft.⁷⁵ Überdies gälte dies auch bereits allein aufgrund der Einstellung als Wissenschaftlicher Mitarbeiter. Die bloße Bezeichnung Wissenschaftlicher Mitarbeiter verpflichtet den Fachvorgesetzten gesetzlich zur Übertragung wissenschaftlicher Dienstleistung.⁷⁶

Ob ein Drittel der Arbeitszeit hierbei als absolute Untergrenze zur eigenständigen Forschung zu gewährleisten ist, mag jedoch bezweifelt werden.⁷⁷

III. Einzelfragen

Sind nun die grundlegende weisungsrechtliche Integration der Wissenschaftlichen Mitarbeiter in die Hochschulorganisation sowie die gesetzlich bestehenden Möglichkeiten weisungsfreier Forschungsstätigkeit skizziert, gilt es nun noch die Reichweite des Art. 5 Abs. 3 GG in Bezug auf das fachliche Weisungsrecht der dem Wissenschaftlichen Mitarbeiter vorgesetzten Person im Hinblick auf Forschungsziel, Forschungsmethode sowie Urheber-, Publikations- und Arbeitnehmererfindungsrecht zu erörtern.

68 Ähnlich auch *Leuze*, *WissR* 2011, S. 280, 291; so § 110 Abs. 4 S. 3 *BerlHG* auch für Wissenschaftliche Mitarbeiter, die nicht auf Qualifikationsstellen beschäftigt werden: „Anderen wissenschaftlichen Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen ist nach Maßgabe ihres Dienstverhältnisses ausreichend Zeit zu eigener wissenschaftlicher Arbeit zu geben“.

69 Vgl. *Maunz/Dürig/Scholz*, Art. 5 Abs. 3 GG, Rn. 99; *Raab*, *Der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft (WissZeitVG)*, *WR-Beiheft* 23, 2015, S. 38; so wohl auch das BAG, indem es eine Lehrtätigkeit nur dann als wissenschaftliche Betätigung definiert, „wenn dem Lehrenden die Möglichkeit zur eigenständigen Forschung und Reflexion verbleibt“, BAG, Urteil vom 1.6.2011, 7 AZR 827/09.

70 So zu Recht *Raab*, *Der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft (WissZeitVG)*, *WR-Beiheft* 23, 2015, S. 38.

71 § 110 Abs. 4 S. 1 *BerlHG*; § 71 Abs. 2 S. 3; § 72 Abs. 1 S. 2 *SächsHG*; § 84 Abs. 3 S. 3.

72 § 49 Abs. 2 S. 2 *BbgHG*; § 28 Abs. 1 S. 4 *HmbHG*; § 65 Abs. 2 S. 4 *HessHG*.

73 Deklaratorisch, da die Geltung von Grundrechten nicht von der einfachgesetzlichen Normierung abhängt, vgl. *Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese*, *TV-L*, Loseblatt, 2016, § 40 Rn. 22.

74 Beispiel nach *Löwisch*, *Wissenschaftsmanagement* 1996, S. 326 ff.

75 Allgemein zur Billigkeitskontrolle der Weisungsrechtsausübung siehe *Kolbe*, in *Dornbusch/Fischermeier/Löwisch* (Hrsg.), *AR*, 7. Aufl. 2015, § 106 *GewO*, Rn. 50.

76 *Sieweke/Koch*, *NordÖR* 2009, S. 485, 487.

77 Vgl. etwa § 110 Abs. 4 *BerlHG*, der Wissenschaftlichen Mitarbeitern auf Qualifikationsstellen ist mindestens ein Drittel ihrer Arbeitszeit für selbstständige Forschung, zur eigenen Weiterbildung oder Promotion zur Verfügung zu stellen. Anderen wissenschaftlichen Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen ist nach Maßgabe ihres Dienstverhältnisses ausreichend Zeit zu eigener wissenschaftlicher Arbeit zu geben.

1. Forschungsziel

Hinsichtlich des Arbeitsziels ist die Linie zwischen weisungsfreier Tätigkeit einerseits und weisungsrechtlicher Eingriffsmöglichkeit durch den Fachvorgesetzten des Wissenschaftlichen Mitarbeiters andererseits anhand der in Frage stehenden Tätigkeit zu ziehen. Erbringt der Wissenschaftliche Mitarbeiter für den Hochschullehrer wissenschaftliche Dienstleistungen nach seiner vertraglich geschuldeten Tätigkeit, kann dieser das Arbeitsziel aufgrund seiner Stellung als Direktionsrechtsinhaber vorgeben. Die obigen Grundsätze zu Wissenschaftlichen Mitarbeitern an außeruniversitären Einrichtungen können hier entsprechend herangezogen werden.⁷⁸ Ist der Wissenschaftliche Mitarbeiter jedoch im Rahmen der ihm übertragenen eigenständigen Forschung wissenschaftlich tätig, so schützt Art. 5 Abs. 3 GG eben auch das jeweilige Arbeits- bzw. Forschungsziel.⁷⁹

2. Forschungsmethode

Selbiges gilt hinsichtlich der Forschungsmethodik. Art. 5 Abs. 3 GG schiebt dem Vorgesetzten des Wissenschaftlichen Mitarbeiters in weisungsrechtlicher Hinsicht auch einen Riegel bei der Vorgabe der Forschungsmethodik vor, sofern der Wissenschaftliche Mitarbeiter außerhalb seiner dienstrechtlichen „Gehilfenstellung“ eigenständig tätig wird.⁸⁰ Das BVerfG stellt in seinem Hochschulurteil explizit fest, dass „die Freiheit der Forschung insbesondere die Fragestellung und die Grundsätze der Methodik“ umfasst.⁸¹ Weisungsrechtliche Befugnisse können somit nur in dem dienstvertraglichen Teil ausgeübt werden, welcher außerhalb der eigenständigen Forschung des Wissenschaftlichen Mitarbeiters liegt. Den wissenschaftlichen Mitarbeiter können und sollen in der Umsetzung ihrer fachlichen Dienstaufgaben, abhängig nach ihrer jeweiligen Qualifikation, zwar weitgehend Freiheiten eingeräumt werden. Das fachliche Letztentscheidungsrecht obliegt jedoch dem Hochschullehrer, dem der wissenschaftliche Mitarbeiter zugeteilt ist.⁸² Insofern kann diesbezüglich auf die oben ausgeführten Grundsätze zur Weisungsbefugnis hinsichtlich der

Arbeitsmethode bei Wissenschaftlichen Mitarbeitern in außeruniversitären Einrichtungen verwiesen werden.⁸³

3. Urheber-, Publikations- und Arbeitnehmererfindungsrecht

Die Frage der Reichweite von Art. 5 Abs. 3 GG stellt sich auch im Rahmen des Urheber- und Publikationsrechts des Wissenschaftlichen Mitarbeiters.

Sind die seitens des Wissenschaftlichen Mitarbeiters angefertigten wissenschaftlichen Arbeiten in Eigenregie entstanden, kommt ihm zwingend die urheberrechtliche Stellung an dem jeweiligen Werk i.S.d. § 7 UrhG zu.⁸⁴ Insbesondere gilt dies für Dissertationen und Habilitationen. Hier gilt der oben genannte Grundsatz, dass diese beiden Arten der wissenschaftlichen Betätigung gerade die Fähigkeit zu eigenständigem wissenschaftlichen Tätigsein ausweisen sollen. Doktorand und Habilitand sind alleinige Urheber ihrer Werke.⁸⁵ Die Beteiligung des Doktorvaters im Rahmen von Anregung Korrektur oder Kritik führt räumt diesem keine urheberrechtliche Stellung ein.⁸⁶

Im Übrigen ist jedoch insgesamt die inhaltliche Bewertung des Handelns des Wissenschaftlichen Mitarbeiters entscheidend. Hierbei ist die reine Gehilfenfähigkeit im Rahmen der vertraglich geschuldeten Erbringung wissenschaftlicher Dienstleistungen von der eigenständigen Forschungstätigkeit des Wissenschaftlichen Mitarbeiters streng abzugrenzen.⁸⁷ Nur im Rahmen der Gehilfenfähigkeit kann eine urheberrechtliche Stellung des Hochschullehrers und die damit verbundenen Berechtigungen in Frage kommen.

Etwas anderes kann jedoch gelten, wenn der Wissenschaftliche Mitarbeiter im Rahmen der Erbringung seiner eigenständigen Forschung unveröffentlichte Forschungsobjekte und die fachliche Bewertung seines Hochschullehrers, etwa im Rahmen der Anfertigung einer Dissertation, verarbeitet. Es kommt dann eine sogenannte Miturheberschaft von Wissenschaftlichem Mitarbeiter und Hochschullehrer i.S.d. § 8 Abs. 1 UrhG in Betracht.⁸⁸ Der Hochschullehrer hat dann die Möglichkeit, seine Einwilligung zur Veröffentlichung, Verwer-

78 S. o. B. II. 1.

79 BVerfGE 35, 79 = BVerfG, Urteil vom 29. 5. 1973 - 1 BvR 424/71 und 325/72 = NJW 1973, 1176; Maunz/Dürig/Scholz, Art. 5 Abs. 3 GG, Rn. 110.

80 BVerfGE 35, 79 = BVerfG, Urteil vom 29. 5. 1973 - 1 BvR 424/71 und 325/72 = NJW 1973, 1176; Maunz/Dürig/Scholz, Art. 5 Abs. 3 GG, Rn. 110.

81 BVerfGE 35, 79 = BVerfG, Urteil vom 29. 5. 1973 - 1 BvR 424/71 und 325/72 = NJW 1973, 1176.

82 Raab, Der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft (WissZeitVG), WR-Beiheft 23, 2015, S. 33.

83 S. o. B. II. 2.

84 Leuze, WissR 2011, S. 280, 291.

85 Leuze, WissR 2011, S. 280, 291.

86 Leuze, WissR 2011, S. 280, 291.

87 Vgl. Ahlberg/Götting/Leuze, Beck'scher Online Kommentar Urheberrecht, 12. Edition, Stand 1. Januar 2015, Urheberrecht im Bereich der Wissenschaft, Rn. 27 ff.

88 Vgl. Ahlberg/Götting/Leuze, Beck'scher Online Kommentar Urheberrecht, 12. Edition, Stand 1. Januar 2015, Urheberrecht im Bereich der Wissenschaft, Rn. 27 ff.

tung oder Änderung unter dem Vorbehalt der treuwidrigen Ausübung verweigern, vgl. § 8 Abs. 2 UrhG.

Auf verfassungsrechtlicher Ebene treten die Forschungsfreiheit des Hochschullehrers und die Forschungsfreiheit des Wissenschaftlichen Mitarbeiters in Konflikt zueinander. Dieser ist grundsätzlich im Rahmen praktischer Konkordanz zugunsten des Hochschullehrers aufzulösen, der die wissenschaftlichen Erkenntnisse, welche durch den Wissenschaftlichen Mitarbeiter verwendet wurden, produziert hat. Dies gilt jedoch nicht, wenn der Hochschullehrer die Einwilligung zur Veröffentlichung, Verwertung oder Änderung seiner eigenen Forschungsmaterialien vom Gesamtergebnis der wissenschaftlichen Arbeit des Wissenschaftlichen Mitarbeiters abhängig macht. Das Forschungsvorhaben des Wissenschaftlichen Mitarbeiters stünde so unter dem Damoklesschwert der abschließenden Bewertung und Billigung seines Fachvorgesetzten. Dies führte nicht nur zur Treuwidrigkeit der Einwilligung i.S.d. § 8 Abs. 2 UrhG, sondern verstieße auch gegen die Forschungsfreiheit, des an dem gemeinsamen Projekt beteiligten Wissenschaftlichen Mitarbeiters. Die Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG ist ergebnisoffen ausgestaltet und duldet keinen wissenschaftlichen „Monismus“.⁸⁹ Forschung muss weltanschaulich, ideologisch und politisch „neutral“ oder „wertfrei“ sein.⁹⁰

Eine weisungsrechtliche Beschränkung der Verwendung der zutage beförderten wissenschaftlichen Erkenntnisse durch den Fachvorgesetzten, etwa in Form eines Publikationsverbots, schiebt Art. 5 Abs. 3 GG erst recht bei eigenständiger Forschung des Wissenschaftlichen Mitarbeiters einen Riegel vor.⁹¹ Insofern kann wiederum auf die Ausführungen des BVerfG verwiesen werden, welches von der Forschungsfreiheit auch die Verbreitung des Forschungsergebnisses erfasst sieht.⁹²

Dieser Kerngedanke der Forschungsfreiheit spiegelt sich auch im Rahmen von Arbeitnehmererfindungen wieder.⁹³ Nach der für an einer Hochschule Beschäftigten geltenden Spezialvorschrift des § 42 ArbNErfG steht dem Erfinder „aufgrund seiner Lehr- und Forschungsfreiheit“ frei, seine Dienstleistung zu offenbaren oder nicht. In den Genuss des § 42 ArbNErfG können jedoch nur Personen kommen, die in einem Dienst- oder Beamtenverhältnis stehen.⁹⁴ Studenten, Diplomanden, Doktoranden, Honorarprofessoren, Privatdozenten

und Lehrbeauftragte, die nicht als Arbeitnehmer oder Beamte für die Hochschule tätig werden, sind von § 42 ArbNErfG nicht erfasst.⁹⁵ Dies ergibt sich auch bereits aus der Begrifflichkeit Arbeitnehmererfindungsgesetz.

IV. Ergebnis

Die Wissenschaftlichen Mitarbeiter sind weisungsrechtlich in die Hochschulorganisation integriert. Das dienstrechtliche Weisungsrecht obliegt dem Präsidium der Hochschule bzw. dem Rektorat. Auf fachlicher Ebene obliegt das Weisungsrecht dem Fachvorgesetzten Hochschullehrer. Sofern Wissenschaftliche Mitarbeiter einer Fakultät zugewiesen sind, ist der jeweilige Dekan weisungsberechtigt. Grundsätzlich ist im Rahmen des Dienstverhältnisses Wissenschaftlicher Mitarbeiter kein Raum zur eigenständigen weisungsfreien Forschung. Etwas anderes gilt jedoch im Rahmen von Qualifikationsstellen. Werden Wissenschaftliche Mitarbeiter auf diesen beschäftigt, ist ihnen ausreichend Raum zur eigenständigen weisungsfreien Forschungstätigkeit zu geben.

Das Grundrecht der Forschungsfreiheit schützt den Wissenschaftlichen Mitarbeiter im Hochschulwesen vor weisungsrechtlichen Eingriffen hinsichtlich des Forschungsziels, der Forschungsmethode sowie hinsichtlich der Publikation des Forschungsergebnisses. Der

Wissenschaftliche Mitarbeiter ist als Urheber der in Dienstzeit produzierten Forschungsergebnisse. Eine Miturheberschaft des Fachvorgesetzten kann bei Verarbeitung dessen Forschungsergebnissen durch den Wissenschaftlichen Mitarbeiter in Betracht kommen. Lediglich dann kann der Fachvorgesetzte seine Einwilligung zur Veröffentlichung unter dem Vorbehalt treuwidriger Ausübung verweigern. In weisungsrechtlicher Hinsicht ist ein solches Vorgehen vor dem Hintergrund des Art. 5 Abs. 3 GG nicht möglich.

D. Gesamtergebnis

Sowohl im Hochschulbereich als auch bei außeruniversitärer Forschung spielt Art. 5 Abs. 3 GG im Hinblick auf die weisungsrechtliche Stellung Wissenschaftlicher Mitarbeiter eine bedeutende Rolle. Der Einfluss des Grundrechts der Forschungsfreiheit hängt jedoch von der ver-

89 Maunz/Dürig/Scholz, Art. 5 Abs. 3 GG, Rn. 95 ff. mwN.

90 Maunz/Dürig/Scholz, Art. 5 Abs. 3 GG, Rn. 96 mwN.

91 Maunz/Dürig/Scholz, Art. 5 Abs. 3 GG, Rn. 83, 84.

92 BVerfGE 35, 79 = BVerfG, Urteil vom 29. 5. 1973 - 1 BvR 424/71 und 325/72 = NJW 1973, 1176.

93 Allgemein hierzu siehe Kraßer, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, Kap. XIV, Rn. 54 ff.

94 Schwab, Arbeitnehmererfindungsgesetz, 2. Aufl. 2014, § 42, Rn. 6.

95 Kraßer, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, Kap. XIV, Rn. 63.

traglichen Ausgestaltung bzw. dienstrechtlichen Stellung des Wissenschaftlichen Mitarbeiters ab. Ist diesem im Rahmen seiner vertraglich geschuldeten Tätigkeit eigenständige Forschung übertragen, ist eine direktionsrechtliche Einflussnahme durch den Arbeitgeber nicht möglich. Weisungen können nur in den arbeitsvertraglichen Sphären erfolgen, die nicht die eigenständige Forschungstätigkeit berühren.

Die Autoren sind Wissenschaftliche Mitarbeiter der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschul-arbeitsrecht.

Markus Meißner

Entstehung und Entwicklung des Hochschulbefristungsrechts

Die Dissertation „Entstehung und Entwicklung des Hochschulbefristungsrechts“ wurde unter Betreuung von Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg erstellt. Sie erscheint als Band 19 der Reihe „Wissenschaftspolitik und Wissenschaftsrecht“ des Deutschen Hochschulverbandes.

I. Einführung in das Thema

Mit Gesetz vom 11.03.2016 wurde das Wissenschaftszeitvertragsgesetz (WissZeitVG) novelliert. Ziel der Reform ist es vor allem die große Zahl der befristeten Arbeitsverhältnisse an Wissenschaftseinrichtungen, darunter viele mit einer Laufzeit von unter einem Jahr, zu begrenzen.¹ Besonders betroffen von den Befristungsregelungen sind wissenschaftliche Mitarbeiter, von denen 2012 an den Hochschulen 84% befristet beschäftigt waren.² Prägend für die Befristungsregelungen im Wissenschaftsbereich ist das Spannungsfeld zwischen den Bestandsschutzinteressen der im Wissenschaftsbereich Tätigen, die sich auf das Sozialstaatsprinzip berufen können, und den Freiheits- und Flexibilitätswünschen der Wissenschaftseinrichtungen. Hierbei einen angemessenen Ausgleich zu finden ist die Anforderung an alle gesetzgeberischen Aktivitäten.

Die Entwicklung hin zur Massenuniversität, die Zunahme an drittmittelfinanzierten Projekten, kurzfristige Finanzierungszusagen und damit die Schwierigkeit der Wissenschaftseinrichtungen, langfristige Personalplanung zu betreiben, stellen an das Befristungsrecht im Wissenschaftsbereich immer neue Anforderungen. Zusätzlich ist zu bedenken, dass die Wissenschaftseinrichtungen als Arbeitgeber global im Wettbewerb insbesondere mit der Wirtschaft um die besten Köpfe stehen. In anderen Branchen erhalten Jungakademiker oftmals in überschaubarem Zeitraum eine Dauerstelle. So waren 2011 im verarbeitenden Gewerbe beispielsweise nur 7,1% der 30- bis 34-jährigen befristet beschäftigt.³ In einem Land wie Deutschland, das auf Fortschritt und Innovation angewiesen ist, um sich im internationalen Vergleich

bewähren zu können, unterstreicht das die Wichtigkeit von angemessenen Befristungsregelungen im Wissenschaftsbereich.

II. Motivation und Fragestellung

Ziel der Dissertation ist es einerseits, erstmalig in konzentrierter Form einen Gesamtüberblick über die Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte des Hochschulbefristungsrechts zu geben. Andererseits werden aus der Historie Erkenntnisse für das Verständnis der Hochschulbefristungsregelungen sowie für Verbesserungsvorschläge gewonnen. Daneben wird der Ursprung der Regelungen untersucht. Welchen Einflüssen unterlag die Gesetzgebung im Hochschulbefristungsrecht und wie sind diese zu bewerten? Aufgrund der Aktualität der Diskussion um Hochschulbefristungsregelungen werden zusätzlich, losgelöst von der historischen Perspektive, neue Anregungen für mögliche Verbesserungen gegeben.

III. Entwicklungslinien des Hochschulbefristungsrechts

Die Entwicklung nach der Entstehung des Hochschulbefristungsrechts (1.) unterteilt sich in bisher drei wesentliche Schritte: die Umstellung des Befristungssystems mit dem 5. HRGÄndG beziehungsweise der Reparaturnovelle (2.), die Verlagerung der Hochschulbefristungsregelungen in das WissZeitVG (3.) sowie die aktuelle Novellierung des WissZeitVG (4.)

1. Entstehung des Hochschulbefristungsrechts

a) Gründe für die Entwicklung wissenschaftsspezifischer Befristungsregelungen

Durch die Änderung der Personalstruktur mit Einführung des Hochschulrahmengesetzes 1976 gewann das Arbeitsrecht eine größere Bedeutung im Hochschulbereich. Das Arbeitsrecht bot Möglichkeiten, befristete Arbeitsverträge abzuschließen. Hierbei war jedoch

1 BT-Drucks 18/6489, S. 1.

2 Autorengruppe Bildungsberichterstattung, Bildung in Deutschland 2014, S. 129.

3 Statistisches Bundesamt, Jobs ohne Befristung: Für viele Jungaka-

demiker nur ein Traum, Wiesbaden 2013,

https://www.destatis.de/DE/Publikationen/STATmagazin/Arbeitsmarkt/2013_05/2013_05PDF.pdf?__blob=publicationFile (22.12.2015).

immer ein sachlicher Grund vonnöten, zu dem es eine weitgehende Einzelfallrechtsprechung gab. Bei dieser wurde die Tendenz beobachtet, dass die Arbeitsgerichte zunehmend die sachlichen Begründungen der Hochschulen nicht anerkannten. Im Umfeld eines angespannten Arbeitsmarktes führte dies zu einer Vielzahl von erfolgreichen Entfristungsklagen.

Um die von Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Wissenschaftsfreiheit zu schützen und sich ihre Innovationsfähigkeit zu erhalten, forderten Hochschulvertreter Lösungsmöglichkeiten, mit denen rechtssicher befristete Arbeitsverhältnisse mit wissenschaftlichen Mitarbeitern gestaltet werden konnten. Als Lösungsmöglichkeiten wurden landesrechtliche, tarifrechtliche oder bundesrechtliche Regelungen vorgeschlagen. Den Ländern fehlte die Kompetenz zum Erlass rechtssicherer Normen. Eine tarifrechtliche Lösung scheiterte am Widerstand der Arbeitnehmervertretung. In der Konsequenz führte dies zu einer bundesrechtlichen Regelung.

b) Einfluss des Wissenschaftsrates

Von Politik und Literatur wird dem Wissenschaftsrat ein entscheidender Einfluss auf das Gesetz über befristete Arbeitsverträge mit wissenschaftlichem Personal an Hochschulen und Forschungseinrichtungen vom 14.06.1985 (Zeitvertragsgesetz) zugesprochen. Die Arbeit klärt, welche Rolle der Wissenschaftsrat bei der Entstehungsgeschichte tatsächlich innehatte. Hierzu wurde sich mit der Entscheidungsfindung innerhalb des Wissenschaftsrates auseinandergesetzt. Dabei konnte herausgefunden werden, dass Anstoß für eine Beschäftigung mit Befristungsregelungen im Wissenschaftsbereich Arbeitgeber und Professoren waren, die unmittelbar von den Missständen betroffen waren. Diese übten über ihre Gremien und Interessenvertretungen Druck aus, um Arbeitnehmer, Länder und Bund von geeigneten Maßnahmen zu überzeugen. Der Wissenschaftsrat lieferte in diesem Prozess mit der Schrift „Zur Problematik befristeter Arbeitsverhältnisse mit wissenschaftlichen Mitarbeitern“ eine umfassende wissenschaftliche Ausarbeitung, die Handlungsmöglichkeiten aufzeigte. Dabei war ein besserer Umgang mit der damals bestehenden Rechtslage eine wesentliche Empfehlung des Wissenschaftsrates. Das Zeitvertragsgesetz entstand also nicht auf Initiative des Wissenschaftsrates und war auch nicht unbedingte Forderung des Wissenschaftsrates. Ein Ver-

gleich der Begründung des Gesetzes mit der Schrift des Wissenschaftsrates zeigt aber, dass immer wieder über längere Passagen Bezug auf den Wissenschaftsrat genommen wurde. Den Stimmen, die in der Schrift „Zur Problematik befristeter Arbeitsverhältnisse mit wissenschaftlichen Mitarbeitern“ das wichtigste Dokument für die Entstehung des Zeitvertragsgesetzes sehen,⁴ oder der Ansicht sind, die Bundesregierung habe mit dem Zeitvertragsgesetz im Wesentlichen an die Stellungnahme angeknüpft,⁵ kann zugestimmt werden.

c) Behandlung der Frage der Verfassungsmäßigkeit im Gesetzgebungsverfahren

Die Entstehungsgeschichte des Zeitvertragsgesetzes wurde kontrovers diskutiert. In Frage stand die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes. Insbesondere ein Verstoß gegen die Tarifautonomie wurde dem Gesetz vorgeworfen. Nachdem eine tarifliche Einigung nicht zu erreichen gewesen sei, habe sich die Bundesrepublik Deutschland von der Rolle des Tarifpartners in die des Gesetzgebers begeben, um einseitig ihre Interessen durchzusetzen.⁶

Nachdem eine Nichteinigung der Tarifparteien auf Regelungen zur Befristung im Hochschulbereich absehbar war, lag innerhalb kurzer Zeit ein Entwurf zum Zeitvertragsgesetz vor. Dies zeigt, dass der Schritt zu einer gesetzlichen Regelung bereits vorbereitet war. Dafür spricht auch der Druck, den politische Akteure beispielsweise im Wissenschaftsrat aufbauten. In diesem Zusammenhang stellt sich tatsächlich die Frage nach einem verantwortungsvollen Umgang der Regierungskoalition mit der Tarifautonomie. Im Gesetzgebungsprozess wurden die Fragen nach der Gesetzgebungskompetenz des Bundes und einem Verstoß gegen die Tarifautonomie in Diskussionen, Anhörungen und Gutachten aber behandelt. Namhafte Sachverständige bescheinigten dem Gesetzentwurf seine Verfassungsmäßigkeit, die letztlich auch vom BVerfG anerkannt wurde. Die Regelungen selbst führten zudem teilweise zu Verbesserungen für die Arbeitnehmer. Auch bei unterschiedlichen Befristungsgründen war die Höchstgrenze von fünf Jahren einzuhalten. Zudem sollte der erstmalige Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages nicht später als vier Jahre nach Studienabschluss erfolgen. Vorwürfe wie die von Nagel, welcher den Werdegang des Zeitvertragsgesetzes als „politischen Skandal“ bezeichnete,⁷ sind vor diesem Hintergrund als fehlerhaft zu bewerten.

4 Dallinger, NZA 1985, S. 648.

5 Enders, Beschäftigungssituation im akademischen Mittelbau, S. 35; Enders, Die wissenschaftlichen Mitarbeiter, S. 120.

6 Frohner, in: Sprecherkreis der Hochschulkanzler, Die Neuregelung der Dienst- und Arbeitsverhältnisse des wissenschaftlichen Personals, S. 28; Miller PersV 1986, S. 19; Nagel, RdA 1997, S. 353;

Peiseler, NZA 1985, S. 242; Plander RiA 1985, S. 59f.; Plander, AuR 1986, S. 73; Schrimpf, KJ 1985, S. 39.

7 Nagel, in: Sprecherkreis der Hochschulkanzler, Die Neuregelung der Dienst- und Arbeitsverhältnisse des wissenschaftlichen Personals, S. 133.

d) Verfassungsrecht als maßgebendes Prinzip

Die Kritik am Zeitvertragsgesetz betraf auch die mangelnde empirische Begründung einer Steigerung der Innovationsfähigkeit durch befristete Arbeitsverhältnisse. Diese Kritik betrifft letztlich den Kern der Rechtfertigung der Hochschulbefristungsregelungen. Es wird gezeigt, dass die Anforderungen der Wissenschaftsfreiheit und damit Verfassungsrecht der Maßstab für eigene Hochschulbefristungsregelungen sein muss. Zwei Aspekte garantieren ein Mindestmaß an Flexibilität für die Wissenschaftseinrichtungen als Träger der Wissenschaftsfreiheit: Der ständige Fluss der Erkenntnis erfordert Reaktionen auch auf arbeitsrechtlicher Ebene, um wie im Bereich des Rundfunkprogramms inhaltlich unterschiedlichen Anforderungen durch spezialisiertes Personal begegnen zu können. Zudem muss die Möglichkeit, sich an den Wissenschaftseinrichtungen zu qualifizieren, den stetig nachrückenden Generationen von Nachwuchswissenschaftlern immer offen stehen.

e) Regelungen des Zeitvertragsgesetzes

Die Regelungen des Zeitvertragsgesetzes beinhalteten die Kombination eines Sachgrunderfordernisses mit einer Höchstbefristungsgrenze.

Das BAG stellte die Anforderung eines sachlichen Grundes zur Befristung von Arbeitsverhältnissen. Daraus entstand der Wille, spezifisch wissenschaftsrelevante sachliche Gründe zu entwickeln, die rechtssichere und flexible Befristungsmöglichkeiten gewährleisten sollten. Neben einer Befristung für Qualifizierungszwecke wurde unter anderem ein sachlicher Grund bei drittmittelfinanzierter Tätigkeit oder bei erstmaliger wissenschaftlicher Tätigkeit anerkannt.

Im Interesse der Arbeitnehmer wurden Obergrenzen sowohl hinsichtlich der Dauer als auch bezüglich der Zeitspanne nach dem Abschluss eines Mitarbeiters eingeführt. Der erstmalige Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages sollte nicht später als vier Jahre nach Studienabschluss erfolgen. Die Befristungshöchstgrenze lag in der Regel bei fünf Jahren. Nicht angerechnet wurden dabei Promotionszeiten.

f) Geeignetheit der Regelungen des Zeitvertragsgesetzes

Das Zeitvertragsgesetz sorgte für eine Flexibilisierung der Beschäftigungsverhältnisse an den Hochschulen. Durch eine Verbesserung der Rechtssicherheit flankierte es die Expansion der Beschäftigtenzahl im Mittelbau.

Die im Sinne der Arbeitnehmer getroffenen Regelungen wurden jedoch durch zahlreiche Anrechnungs- und Kombinationsmöglichkeiten konterkariert. Diese ermöglichten in der Folge langandauernde Befristungen. Als Beispiel kann hier die Möglichkeit dienen, bei einem Wechsel der Hochschule Arbeitsverträge mit einer neu laufenden Höchstfrist zu schließen.

2. Regelungen des 5. HRGÄndG beziehungsweise der Reparaturnovelle

Da die Befristungsregelungen des 5. HRGÄndG aufgrund des Zusammenhangs mit den Regelungen zur Juniorprofessur vom BVerfG für nichtig erklärt wurden,⁸ erließ man sie mit der Reparaturnovelle erneut.⁹

a) Umstellung des Befristungssystems

Den durch die zahlreichen Anrechnungs- und Kombinationsmöglichkeiten hervorgerufenen Missstand griffen *Dieterich/Preis* auf, als sie auf Grundlage der Vorgaben des Bundesministeriums für Bildung und Forschung Änderungen des 5. HRGÄndG erarbeiteten. Sie erkannten die Möglichkeiten des durch die Befristungsrichtlinie auf europäischer Ebene neu geschaffenen Rechtsrahmens. Daraus entstand die Umstellung des bisher sachgrundorientierten Befristungssystems auf eine reine Höchstbefristungsgrenze. Der Gedanke von *Dieterich/Preis* war, aufgrund von Qualifikationszwecken sei eine Befristung im Wissenschaftsbereich regelmäßig für jeweils sechs Jahre vor und nach der Promotion gerechtfertigt.¹⁰

Die Umstellung des sachgrundorientierten Systems auf eine Höchstbefristungsgrenze vereinfachte die Handhabung des Gesetzes. Die damit einhergehende Rückführung von Anrechnungs- und Kombinationsmöglichkeiten erhöhte die Transparenz für den wissenschaftlichen Nachwuchs und verhinderte missbräuchliche Kettenbefristungen.

b) Verzicht auf eine eigene Drittmittelregelung

Als problematisch erwies sich der Verzicht auf eine eigene Drittmittelregelung. Die durch das TzBfG und die Rechtsprechung eröffneten Befristungsmöglichkeiten führten zu Schwierigkeiten in der praktischen Umsetzung an den Hochschulen. Rechtssichere Befristungsmöglichkeiten sind aber notwendig, um eine zurückhaltende Personalpolitik zu verhindern und potentielle Drittmittelgeber nicht abzuschrecken.

8 BVerfG Urteil vom 27.7.2004 – 2 BvF 2/02, NJW 2004, S. 2803.

9 BT-Drucks 15/4132, S. 9.

10 *Dieterich/Preis*, Befristete Arbeitsverhältnisse in Wissenschaft und Forschung, S. 50.

c) Problematische Tariföffnungsklausel

Teil der auf *Dieterich/Preis* zurückgehenden Reformen war eine partielle Tariföffnungsklausel. Bei dieser ergeben sich zwei Probleme. Sie ist als arbeitsrechtliche Regelung von der Gesetzgebungskompetenz des Bundes umfasst. Kompetenzrechtlich sind aber die Länder zur Formulierung von Fachrichtungen und Forschungsbereichen ermächtigt. Dieser Zwischenschritt müsste erfolgen, damit die Tarifparteien rechtssicher Vereinbarungen treffen können. Inhaltlich dürften die Tarifvereinbarungen nach § 1 Abs. 1 S. 3 WissZeitVG von den vorgesehenen Fristen abweichen und die Anzahl der zulässigen Verlängerungen befristeter Arbeitsverträge festlegen. Bei einem Abweichen von den vorgesehenen Fristen müssten immer die Anforderungen der Wissenschaftsfreiheit beachtet werden. Bei Verkürzungen der Fristen wären die Tarifparteien zunächst im Unklaren über deren Verfassungsmäßigkeit.

Widersprüchlich ist zudem, dass eine Tariföffnung immer wieder gefordert wird, aber von der derzeitigen Öffnungsmöglichkeit kein Gebrauch gemacht wird. Das System aus sachgrundloser Befristung mit Höchstbefristungsgrenze und einer daneben möglichen Sachgrundbefristung bei Drittmittelfinanzierung ist ausgewogen und an den Eigenheiten des Wissenschaftssystems orientiert. Deshalb ist es erhaltenswert. Eine Streichung der rechtlich mangelhaft ausgestalteten und praktisch nicht verwendeten Tariföffnungsklausel wäre sinnvoll.

3. Verlagerung in das WissZeitVG

a) Neuregelungen des WissZeitVG 2007

Durch die Föderalismusreform I verlor der Bund die Gesetzgebungskompetenz für die allgemeinen Grundsätze des Hochschulwesens. Da die Befristungsregelungen auf dem Kompetenztitel des Arbeitsrechts beruhen und man spezifische Normen für erhaltenswert hielt, verlagerte man das Hochschulbefristungsrecht in das WissZeitVG. Dabei wurden zugleich Forderungen von Arbeitgeber- beziehungsweise Arbeitnehmerseite nach einem speziellen Drittmittelatbestand beziehungsweise nach einer Verbesserung der Vereinbarkeit von wissenschaftlicher Karriere und Familie erfüllt. Nach einem Hinweis von *Hartmer*¹¹ wurde der vorgesehene persönliche Anwendungsbereich des WissZeitVG umformuliert. Der Entwurf der Bundesregierung eröffnete den Anwendungsbereich des WissZeitVG für wissenschaftliche

beziehungsweise künstlerische Mitarbeiter und Hilfskräfte. Da die Gestaltung der Personalstruktur mit der Föderalismusreform auf die Länder übergegangen ist, wurde der Begriff des wissenschaftlichen Personals bevorzugt. Ausgenommen waren dabei die Hochschullehrer. Damit vermied man Begrifflichkeiten, die „*einer zukünftigen Fortentwicklung in den Ländern entgegenstehen könnten*“.¹²

Durch die eigene Drittmittelregelung – die auch für nichtwissenschaftliches Personal galt – wurde die notwendige Flexibilität und Rechtssicherheit für Befristungen, die abseits der Höchstbefristungsgrenze erfolgen, gewonnen. Seither besteht ein angemessenes Regulationssystem, das für die Beschäftigten transparent ist, dem Nachwuchs genügend Qualifizierungszeit zugesteht und den Arbeitgebern die notwendige Flexibilität gewährt.

b) Der persönliche Anwendungsbereich des WissZeitVG

Soweit behauptet wird, der Gesetzgeber habe mit Schaffung des WissZeitVG keine Erweiterung des Anwendungsbereichs vorgesehen, ist dies falsch. Entsprechende Ausführungen finden sich in der Entwurfsbegründung der Bundesregierung, die zeitlich vor der Sachverständigenanhörung vom 29.11.2006 erstellt wurde. Erst nach der Anhörung kam es aber zu der Veränderung des Anwendungsbereichs in § 1 Abs. 1 S. 1 WissZeitVG, der seither von wissenschaftlichem und künstlerischem Personal ohne die Hochschullehrer spricht. Richtig ist deshalb, dass sich der Gesetzgeber vor dem Hintergrund der Entscheidung des BVerfG zum 5. HRGÄndG bei der Festlegung des Anwendungsbereichs zurückgehalten hat, um keine kompetenzrechtlichen Schwierigkeiten zu produzieren. Damit hat er Raum für länderrechtliche Regelungen eröffnet, die zuständigerweise Personalkategorien formulieren können, die in den Anwendungsbereich des WissZeitVG fallen. Die Festlegung wissenschaftlichen Personals ist hochschulrechtlicher Natur und damit Ländersache. Eine Bestimmung des Anwendungsbereichs in diesem Sinne ist auch zweckmäßig, da eine tätigkeitsbezogene Beschreibung zu Abgrenzungsschwierigkeiten und in der Konsequenz zu unübersichtlicher Einzelfallrechtsprechung führt. Rechtsstreitigkeiten zum Anwendungsbereich des WissZeitVG werden derzeit unnötig oft vor Arbeitsgerichten ausgefochten. Eine rechtssichere Gestaltung bei derzeitiger Formulierung des WissZeitVG wäre eine statusbezogene Festlegung des wissenschaftlichen Personals durch die Länder.

11 *Hartmer*, Stellungnahme DHV, BT-A-Drucks 16(18)139h, S. 3; *Hartmer*, Öffentliche Anhörung zum WissZeitVG am 29.11.1006, Protokoll 16/21, S. 8 und 31; *Lehmann-Wandschneider*, Sonder-

befristungsrecht an Hochschulen, S. 57.

12 BT-Drucks 16/4043, S. 9.

Alternativ kann der Bundesgesetzgeber abschließend von seiner Gesetzgebungskompetenz im Arbeitsrecht Gebrauch machen und ohne Vorgabe von Personalkategorien den Anwendungsbereich beispielsweise für „*wissenschaftliches, wozu auch lehrendes Personal gehört*“ eröffnen. Denn unter das wissenschaftliche Personal sind auch Lehrkräfte für besondere Aufgaben und Lektoren zu fassen, da eine Unterscheidung zwischen einer bloß repetierenden Wiedergabe vorgegebener Inhalte und einer Vermittlung von Inhalten, mit denen sich in Form einer kritischen Hinterfragung und einer eigenen Reflexion auseinandergesetzt wurde, praxisfern ist.¹³

4. Novellierung des WissZeitVG

Es ist zu begrüßen, dass mit der Novellierung des WissZeitVG an dem System aus sachgrundloser Befristung zur Qualifizierung und eigenem Drittmittelatbestand zum Erhalt der darüber hinausgehenden Flexibilität keine grundsätzlichen Änderungen vorgenommen wurden. Teile der Reform sind aber zu kritisieren.

Die vereinbarte Befristungsdauer soll so bemessen werden, dass sie der angestrebten Qualifizierung angemessen ist, beziehungsweise dass sie der Dauer der Projektlaufzeit entspricht (a). Die Möglichkeit auch nichtwissenschaftliches Personal bei drittmittelfinanzierten Projekten zu befristen wurde gestrichen (b). Befristete Arbeitsverträge mit studentischem Personal sind bis zu einer Dauer von sechs Jahren zulässig (c).

a) Befristungsdauer bei Qualifizierung

Die Anforderung eines angemessenen Verhältnisses zwischen der vereinbarten Befristungsdauer und der angestrebten Qualifizierung lässt Raum für Unsicherheiten.¹⁴ Aufgrund des unspezifischen Regelungsgehalts ist die Formulierung zudem nicht geeignet, die als Missstände empfundenen kurzen Befristungen zu verhindern.¹⁵ Die von den Wissenschaftseinrichtungen selbst entwickelten Richtlinien, auf die der Gesetzgeber hinweist, haben das Problem der zahlreichen kurzen Befristungen bisher nicht in den Griff bekommen. Dies führt in der Konsequenz zu einer Auslegung durch die Rechtsprechung.

Diese hat in der Vergangenheit nicht immer auf die spezifischen Anforderungen der Hochschulen Rücksicht genommen.

Die vor der Novelle des WissZeitVG geltenden Regelungen gewährten den Wissenschaftseinrichtungen Flexibilität und Rechtssicherheit.¹⁶ Wird aber das Ziel aus gegeben, gegen die vielen Befristungsverträge im Wissenschaftsbereich mit kurzer Laufzeit auch arbeitsrechtlich vorgehen zu wollen, ist die getroffene Regelung mangelhaft. Vorzugswürdig erscheint eine Mindestvertragslaufzeit von 24 Monaten, wobei Ausnahmemöglichkeiten nach unten zur Erhaltung der Flexibilität der Wissenschaftseinrichtungen vorzusehen wären. Eine flexiblere Alternative wäre der Vorschlag von Preis, eine maximal zulässige Anzahl an Verlängerungen zu bestimmen.¹⁷

b) Behandlung des nichtwissenschaftlichen Personals

Für das nichtwissenschaftliche Personal gilt die Rechtfertigung für ein Sonderbefristungsrecht nicht in gleicher Weise wie für das wissenschaftliche Personal.¹⁸ Ein stetiger Zufluss neuer Ideen und die Notwendigkeit einer ständigen Fluktuation zur Förderung des Nachwuchses sind beim nichtwissenschaftlichen Personal nicht erforderlich.¹⁹ Die Herausnahme des nichtwissenschaftlichen Personals aus dem Anwendungsbereich des WissZeitVG erscheint vor diesem Hintergrund zunächst nachvollziehbar. Zu bedenken ist allerdings, dass das nichtwissenschaftliche Personal weiterhin nach dem TzBfG befristet werden kann. Daraus ergibt sich kein struktureller Unterschied. Die Hochschulverwaltungen sind in der Vergangenheit mit den Anforderungen des TzBfG nicht ausreichend zurechtgekommen.²⁰ Aus praktischen Erwägungen und der historischen Perspektive ist daher für eine Wiederaufnahme des nichtwissenschaftlichen Personals in den Anwendungsbereich des WissZeitVG zu werben.

c) Befristungsdauer bei studentischen Beschäftigten

Die Höchstbefristungsdauer für studentisches Personal sollte ursprünglich nur vier Jahre betragen, wurde aber

13 AR/Löwisch, 7. Aufl. 2015, § 1 WissZeitVG Rn. 2; Raab, Der persönliche Anwendungsbereich des WissZeitVG, S. 116 f. und 124.

14 Hippler, Stellungnahme Ausschussdrucksache 18(18)143d, Anlage S. 1; Mandler/Meißner, OdW 2016, S. 40; Preis, Stellungnahme Ausschussdrucksache 18(18)143a, S. 4; Tschaut, Stellungnahme Ausschussdrucksache 18(18)143b, S. 3.

15 Mandler/Meißner, OdW 2016, S. 40.

16 Mandler/Meißner, OdW 2016, S. 41.

17 Preis, Stellungnahme Ausschussdrucksache 18(18)143a, S. 5.

18 BR-Drucks 395/15, S. 9.

19 Mandler/Meißner, OdW 2016, S. 43.

20 Lieb, Zur Befristung von Beschäftigungsverhältnissen im Bereich der Rundfunkfreiheit, S. 425; Mandler/Meißner, OdW 2016, S. 43; Preis, Protokoll Öffentliche Anhörung zum WissZeitVG am 29.11.2006, S. 13.

aufgrund breiter Kritik²¹ auf sechs Jahre angehoben.²² Damit bleibt die Befristungsdauer immer noch erkennbar hinter den Regelstudienzeiten und den tatsächlichen Studienzeiten zurück. Die Möglichkeit, während der gesamten Studienzeit von einer studentischen Beschäftigung an den Wissenschaftseinrichtungen zu profitieren, wird damit ohne vernünftigen Grund beschnitten.²³ Eine Höchstbefristungsdauer von acht Jahren wäre angemessen.

V. Fazit und Ausblick

Die Dissertation untersucht die Entstehungs- und Entwicklungsprozesse bis zum Beschluss der Novellierung des WissZeitVG durch den Bundestag vom 17.12.2015. Dabei zeigt sich, dass die Entstehungsgeschichte einzelner Regelungen ein besseres Verständnis fördern kann. Daraus lassen sich konkrete Forderungen an Gesetzgeber ableiten.

Als derzeit dringendstes Problem stellt sich die Vielzahl von befristeten Verträgen an Hochschulen mit kurzen Laufzeiten dar. Hierbei werden verschiedene Lösungsansätze verfolgt. Neben einer verbesserten Finan-

zierung sollen Personalkonzepte und das Hochschularbeitsrecht Abhilfe schaffen. Die geänderte Finanzierung und die Möglichkeiten durch neue Personalkonzepte bedürfen gesonderter Untersuchungen. Im Hinblick auf die hochschularbeitsrechtliche Komponente wird in der Dissertation Stellung bezogen. Kritisch zu begleiten wird die Rechtsprechung zum neuen WissZeitVG sein, insbesondere bezüglich des angemessenen Verhältnisses zwischen Befristungs- und Qualifizierungsdauer.

Der Autor ist Rechtsanwalt im Bereich des Arbeitsrechts bei CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB in Stuttgart.

Markus Meißner, Entstehung und Entwicklung des Hochschulbefristungsrechts
Herausgegeben vom Deutschen Hochschulverband, Bonn 2016, Band 19 der Reihe „Wissenschaftspolitik und Wissenschaftsrecht“, 216 Seiten, 26 Euro (für Mitglieder des Deutschen Hochschulverbandes 23 Euro) incl. Porto inland
ISBN: 978-3-944941-04-2

Zu bestellen über: Deutscher Hochschulverband, Rheinallee 18-20, 53173 Bonn, E-Mail: dhv@hochschulverband.de, Fax: 0228-90 266 80

21 DGB, Stellungnahme Ausschussdrucksache 18(18)143f, S. 5; Goldmann, Stellungnahme Ausschussdrucksache 18(18)143c, S. 9; Keller, Stellungnahme Ausschussdrucksache 18(18)143e, S. 20; Mandler/Meißner, OdW 2016, S. 35; ver.di, Stellungnahme

Ausschussdrucksache 18(18)143g, S. 6.

22 BT-Drucks 18/7038, S. 5.

23 Mandler/Meißner, OdW 2016, S. 35 f.

Volker M. Haug

Exzellenzinitiative zum Dritten!

Nach den beiden ersten Phasen der Exzellenzinitiative (2006/07-2012 und 2012-2017) soll das milliardenschwere Programm zur Förderung der Spitzenforschung in Deutschland in einer teilweise modifizierten Form fortgeführt werden. Dies haben die Regierungschefs von Bund und Ländern am 16. Juni 2016 auf Vorschlag der Gemeinsamen Wissenschaftskonferenz vom 22. April 2016 beschlossen. Grundlage ist – wie schon bei den beiden vorherigen Runden – eine Verwaltungsvereinbarung (Exzellenzstrategie-Vereinbarung – ExSV¹).

I. Bedeutende Änderungen gegenüber der bisherigen Exzellenz-Förderung

1. Nachhaltigkeit

Die bedeutendste Änderung gegenüber den beiden ersten Phasen besteht darin, dass die Exzellenzinitiative in ihrer dritten Ausgestaltung nicht mehr von vornherein zeitlich begrenzt ist.² Mit dieser Nachhaltigkeitsstellung der Förderung macht die Politik von den Möglichkeiten des 2014 novellierten Art. 91b GG Gebrauch; danach ist die gemeinsame Forschungsförderung von Bund und Ländern nicht mehr auf Vorhaben (also zeitlich befristete Projekte) beschränkt, sondern kann auch zeitlich unbegrenzt angelegt werden.

2. Förderstruktur

Ebenfalls von großer Bedeutung sind Änderungen in der Förderstruktur: Von den bisherigen drei Förderlinien fallen die Graduiertenschulen und damit das einzige (auch) lehrbezogene Element des Programms weg. Dies bewirkt eine noch stärkere Fokussierung der Förderung auf die international wahrnehmbare Spitzenforschung in Deutschland und deckt sich mit den Empfehlungen der Imboden-Kommission.³ Außerdem wird die bisher dritte Förderlinie („Zukunftskonzepte“) nun auch offiziell als „Exzellenzuniversitäten“ bezeichnet und in ihrer Fördersystematik umgestaltet. So folgt die GWK dem Vorschlag der Imboden-Kommission, auf die bisherigen Forschungsleistungen – wie sie etwa durch Preise oder

Drittmittel zum Ausdruck kommen können – abzustellen,⁴ und nutzt damit auch in diesem Punkt die erweiterten Spielräume des neuen Art. 91b GG durch die Loslösung vom früheren Zwang der Projektbezogenheit (§ 4 Abs. 3a ExSV). Allerdings wird – insoweit abweichend von den Kommissionsempfehlungen – auf die bisherige Fokussierung auf die sogenannten Zukunftskonzepte zum projektbezogenen Ausbau der universitären Spitzenforschung (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 ExV II⁵) nicht ganz verzichtet: Auch künftig sind neben den bisherigen Forschungsleistungen die Kohärenz und Qualität eines strategischen institutionenbezogenen Gesamtkonzepts der Antragsteller maßgeblich (§ 4 Abs. 3b ExSV). Die Förderung der Exzellenzcluster bleibt dagegen im Wesentlichen unverändert erhalten.

II. Eckpunkte

1. Finanzielles Gesamtvolumen

Bund und Länder investieren jährlich rund 533 Mio. €, wovon der Bund 75 % (400 Mio. €) und die Sitzländer jeweils 25 % der auf sie entfallenden Fördermaßnahmen (zusammen 133 Mio. €) tragen (§ 1 Abs. 3 S. 1 ExSV). Damit bleibt das Gesamtvolumen in seiner Größenordnung erhalten (vgl. 2 Abs. 1 ExV II).

2. Entscheidungsstruktur

Im Mittelpunkt der Entscheidungsstruktur steht das Expertengremium, das „aus insgesamt 39 in der Forschung auf verschiedenen Wissenschaftsgebieten ausgewiesenen Expertinnen und Experten“ besteht. Die Mitglieder werden vom DFG-Senat und von der Wissenschaftlichen Kommission des Wissenschaftsrates benannt (§ 2 Abs. 4a ExSV). Gemeinsam mit den Wissenschaftsministern und -ministerinnen von Bund und Ländern (die zusammen 32 Stimmen haben) bildet das Expertengremium unter Leitung des DFG-Präsidenten und des WR-Vorsitzenden die Exzellenzkommission, die dann auf der Grundlage der Vorschläge und Bewertungen des Expertengremiums die abschließenden För-

1 Nichtamtliche, vom Autor gewählte Abkürzung. Die Veröffentlichung des Vereinbarungstextes durch das GWK-Büro ist demnächst zu erwarten.

2 Allerdings sahen bisher die Ausschreibungsbedingungen vor, dass die Universitäten Verstärkungszusagen abgeben mussten (einschließlich der Sitzländer).

3 Endbericht der Internationalen Expertenkommission zur Evaluation der Exzellenzinitiative (IEKE) vom Januar 2016, S. 39 f.; <http://www.gwk-bonn.de/fileadmin/Papers/Imboden-Bericht-2016.pdf>

(3.6.2016).

4 Endbericht der IEKE (Fn. 2), S. 43 f.

5 Verwaltungsvereinbarung zwischen Bund und Ländern gemäß Artikel 91b Abs. 1 Nr. 2 des Grundgesetzes über die Fortsetzung der Exzellenzinitiative des Bundes und der Länder zur Förderung von Wissenschaft und Forschung an deutschen Hochschulen – Exzellenzvereinbarung II (ExV II) – vom 24.6.2009, BAnz Nr. 103 v. 16.7.2009, S. 2416; <http://www.gwk-bonn.de/fileadmin/Papers/Exzellenzvereinbarung-II-2009.pdf> (31.5.2016).

derentscheidungen trifft (§ 2 Abs. 4b ExSV). Damit ähnelt die Entscheidungsstruktur stark der bisherigen: Dort bildeten die Fachkommission (von der DFG benannt und für die ersten beiden Förderlinien zuständig) und die Strategiekommission (vom WR benannt und für die Zukunftskonzepte zuständig) zusammen die Gemeinsame Kommission mit insgesamt 39 Stimmen, die mit den Ministerinnen und Ministern (32 Stimmen) im Bewilligungsausschuss zusammenwirkte (§ 4 ExV II). Somit werden nun DFG und WR bei der Bildung und Leitung des Expertengremiums noch stärker zusammengefasst, während sie bisher in getrennten Teilgremien agierten.

3. Antragstellung

Zur Antragstellung sind – wie bisher – nur Universitäten berechtigt.⁶ Sie müssen dies aber nicht mehr alleine tun, sondern können sich auch als Verbund mehrerer Universitäten (Universitätsverbund) – in beiden Förderlinien – bewerben. Damit trägt die GWK dem zunehmenden Grad der fachlichen Vernetzung der Universitäten Rechnung, da sich bei wettbewerblichen Verfahren zunehmend hochschulübergreifende Antragsverbünde und -konsortien etabliert haben. Allerdings muss der wissenschaftliche und strukturelle Mehrwert für jede einzelne beteiligte Universität „deutlich erkennbar“ sein; auch muss die „institutionell nachhaltige strategische Zusammenarbeit“ in einem verbindlichen Regelwerk ausdrücklich niedergelegt sein, womit reinen ad-hoc-Bündnissen eine klare Absage erteilt wird. Sowohl Einzeluniversitäten als auch Universitätsverbünde sind zudem ausdrücklich berechtigt, weitere Kooperationspartner etwa aus der außeruniversitären Forschung, der Wirtschaft oder der Gesellschaft einzubeziehen (§ 1 Abs. 2 ExSV).

4. Wissenschaftsgeleitetes Verfahren

Wie in den beiden ersten Förderphasen ist auch in der dritten Ausgestaltung der Exzellenzinitiative ein wissenschaftsgeleitetes Verfahren vorgesehen. Dies ist zum einen in der Verwaltungsvereinbarung ausdrücklich festgeschrieben (§ 2 Abs. 7 ExSV) und ergibt sich zum anderen aus den Bewertungskriterien (§§ 3 Abs. 3, 4 Abs. 3 ExSV). Ebenso kommt es in der eben geschilderten Entscheidungsstruktur zum Ausdruck: Mussten früher die Fachkommission und die Strategiekommission mindestens nur zur Hälfte aus „Expertinnen und Experten mit langjähriger Auslandserfahrung“ bestehen (§ 4 Abs. 3 S. 4 ExV II), bezieht sich das Expertenerfordernis nun

auf sämtliche Mitglieder des Expertengremiums. Wie schon bisher hat die Fachseite mit 39 Stimmen ein klares Übergewicht gegenüber der Politik mit 32 Stimmen. Während allerdings Förderentscheidungen von Exzellenzclustern mit der einfachen Mehrheit der Exzellenzkommission getroffen werden können, bedarf es für die Entscheidung über die politisch prestigeträchtigen Exzellenzuniversitäten neben einer einfachen Mehrheit im Expertengremium einer qualifizierten Mehrheit von 25 (von 32) Stimmen der Politik (§ 2 Abs. 5 ExSV). Letzteres ist neu, da bislang die Entscheidungen in allen Förderlinien mit einfacher Mehrheit getroffen werden konnten (§ 4 Abs. 10 ExV II).

5. Zeitplan

Bereits im Juli 2016 konstituiert sich das Expertengremium. Zeitgleich erfolgt die Ausschreibung für beide Förderlinien, wobei es zunächst nur um die Forschungscluster geht: Bis April 2017 sind die Skizzen einzureichen, über die im September entschieden wird. Es folgen die Vollantragstellung bis Februar 2018 und – nach der Begutachtung – im September 2018 die Förderentscheidungen, damit ab Dezember 2018/Januar 2019 die Förderung erfolgen kann. Erst danach, nämlich im Februar 2019, werden die Anträge auf Exzellenzuniversitäten erwartet, über die im Juli 2019 entschieden wird. Diese Förderung läuft dann ab November 2019.

III. Förderlinien

1. Exzellenzcluster

Für die Exzellenzcluster, mit denen „international wettbewerbsfähige Forschungsfelder“ projektbezogen gefördert werden (§ 1 Abs. 1a ExSV), stehen jährlich 385 Mio. € zur Verfügung. Unter angemessener Berücksichtigung der Besonderheiten der einzelnen Fächer sollen unter Ausschöpfung der Bandbreite der Förderhöhe 45 bis 50 Förderfälle ermöglicht werden (§ 3 Abs. 1 S. 3 ExSV), was einen Durchschnittsbetrag von rund 8,5 Mio. € pro Cluster und Jahr bedeutet. Dies enthält eine spürbare Steigerung, da nun die bisher für die Graduiertenschulen eingesetzten Mittel auf die beiden verbleibenden Förderlinien umverteilt werden. So wurden in der zweiten Runde 43 Cluster mit insgesamt 292 Mio. jährlich (§ 2 Abs. 2 ExV II) gefördert, was einem Durchschnittswert von 6,8 Mio. € entspricht. Der Förderbetrag umfasst (wie bisher) eine Programmpauschale in Höhe von nunmehr 22 % der verausgabten direkten Projektmittel (§ 3 Abs. 1 S. 2 ExSV) sowie – neu – Universitätspauschalen zur Stär-

⁶ Dies rechtfertigt sich nicht nur durch die Fokussierung auf die Spitzenforschung, sondern auch durch das Förderprogramm „Innovative Hochschule“, das neben kleineren und mittleren

Universitäten auch die Fachhochschulen besonders im Blick hat, vgl. <https://www.bmbf.de/de/innovative-hochschule-2866.html> (6.6.2016).

kung der Governance und strategischen Ausrichtung der einzelnen Universitäten. Diese müssen gesondert beantragt werden und betragen 1 Mio. € pro Jahr. Bei mehreren geförderten Clustern beim gleichen Antragsteller beträgt die Universitätspauschale dann 750.000 € für das zweite und 500.000 € für jedes weitere Exzellenzcluster (§ 3 Abs. 4 ExSV). War die Förderung der Cluster bislang zeitlich stark limitiert (5 Jahre, § 2 Abs. 5 ExV II), wird nun ein Zeithorizont von „grundsätzlich zweimal sieben Jahren“ eröffnet (§ 3 Abs. 6 ExSV). Das Bewerbungsverfahren ist für Erstantragstellungen zweistufig (Antragskizzen/Vollanträge) ausgestaltet; die Entscheidung über die Antragskizzen liegt beim Expertengremium (§ 3 Abs. 2 ExSV).

2. Exzellenzuniversitäten

Die Förderlinie der Exzellenzuniversitäten dient der dauerhaften institutionellen Stärkung und dem Ausbau der internationalen Spitzenstellung in der Forschung (§ 1 Abs. 1b ExSV). Für die Förderung von acht bis elf Exzellenzuniversitäten bzw. Verbünde werden jährlich 148 Mio. € bereitgestellt (§ 4 Abs. 1 S. 1, 2 ExSV). Wie bei den Fächern der Exzellenzcluster sollen auch hier exzellente Anträge kleiner Universitäten unter Ausschöpfung der Bandbreite der Förderhöhe angemessen berücksichtigt werden. Zudem sind für die Förderbeträge zwischen Einzeluniversitäten (10 – 15 Mio. € p.a.) und Universitätsverbänden (15 – 28 Mio. € p.a.) unterschiedliche Spannbreiten vorgesehen (§ 4 Abs. 1 S. 3 ExSV). In den Schlussverhandlungen auf Regierungschef-Ebene wurde auf massives Drängen Hamburgs außerdem vereinbart, nach Ablauf der ersten Förderperiode im Jahr 2024 eine Folgeausschreibung durchzuführen. Hier können sich Neuantragsteller auf die bei der ersten Evaluation eventuell frei werdenden Plätze bewerben. Um die von Hamburg geforderte „Dynamik im System“ sicherzustellen, sollen dann – unabhängig von der Zahl eventuell frei werdender Plätze – auf jeden Fall vier weitere Exzellenzuniversitäten gekürt werden.⁷ Sollten bei der Evaluation keine vier Plätze frei werden, bedeutet das einen Anstieg jeder Gesamtzahl der Exzellenzuniversitäten über die Obergrenze von elf hinaus – im Extremfall sogar auf 15. Dies würde dann auch eine entsprechende Erhöhung des Mittelrahmens nötig machen.

Der durchschnittliche Förderbetrag pro Exzellenzuniversität und Jahr liegt – je nach Zahl der Förderfälle – bei ca. 15 Mio. €, während bei der zweiten Runde der Ex-

zellenzinitiative für elf Universitäten 142 Mio. € (und damit durchschnittlich jeweils knapp 13 Mio. €) zur Verfügung standen. Pauschalen sind in dieser Förderlinie ausdrücklich ausgeschlossen. Um in dieser Förderlinie antragsberechtigt zu sein, muss eine Universität mindestens zwei geförderte Exzellenzcluster vorweisen können; bei Universitätsverbänden müssen mindestens drei Cluster gefördert werden, wobei jede beteiligte Universität an mindestens einem Cluster beteiligt sein muss (§ 4 Abs. 1 ExSV). Die Auswahl der Exzellenzuniversitäten findet nicht mehr – wie bisher – zeitgleich mit den Exzellenzclustern statt, sondern erfolgt nun zeitlich versetzt zum Verfahren über die Exzellenzcluster in einem einstufigen Verfahren (Vollanträge). Dabei ist ein „strategisches, institutionenbezogenes Gesamtkonzept“ mit grobem Finanzierungsplan bis zur ersten Evaluation vorzulegen (§ 4 Abs. 2 ExSV). Die Evaluationen finden regelmäßig alle sieben Jahre statt. Fällt eine Exzellenzuniversität aus der Förderung heraus, erfolgt nach Auslaufen der degressiven Auslauffinanzierung eine Neuausschreibung durch den Wissenschaftsrat (§ 6 ExSV).

IV. Bewertung

Die Exzellenzinitiative hat in ihrer dritten Ausgestaltung neben viel Zustimmung auch erhebliche Kritik im Hochschulpolitischen Raum erfahren. Dabei wird teilweise der Grundgedanke der Spitzenförderung an sich angegriffen, aber teilweise auch die konkrete Neuausrichtung. Gegen das – schon in den beiden Vorrunden – verfolgte Ziel der Fokussierung der Förderung auf die Spitzenforschung wendet sich beispielsweise die Online-Petition „Exzellenzkritik“, die eine weitere Hierarchisierung zwischen den Hochschulen, die Verstärkung des Trends zu „Pseudo-Märkten im Hochschulsektor“, die Verschlechterung der Situation des wissenschaftlichen Nachwuchses und die wissenschaftsinadäquate Orientierung an äußerlichen Erfolgsindikatoren beklagt.⁸ Die HRK begrüßt demgegenüber die Fortführung der Exzellenzinitiative, kritisiert aber die aus ihrer Sicht zu hohen Hürden für die zweite Förderlinie, weil kleinere Universitäten kaum zwei Exzellenzcluster stemmen könnten und damit faktisch vom Exzellenztitel ausgeschlossen würden; dies würde „der Vielfalt und Leistungsfähigkeit der deutschen Universitäten nicht gerecht“.⁹

7 Meldung der Deutschen Presseagentur vom 17.6.2016: „Drei Programme, viele Milliarden: Warmer Regen für Hochschulen“ (Zusammenfassung 1300).

8 <https://exzellenzkritik.wordpress.com/2016/04/27/petition-exzellenzkritik/> (3.6.2016).

9 <https://www.hrk.de/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung/meldung/gwk-entscheidung-zur-nachfolge-der-exzellenzinitiative-hrk-praesident-kritisiert-hohe-huerde-zur-zweiten-foerderlinie-3944/> (3.6.2016).

Der Grundgedanke der Exzellenzinitiative, die Sichtbarkeit der deutschen Spitzenforschung im internationalen Maßstab zu stärken und so das Ansehen des deutschen Wissenschaftssystems im Ganzen zu erhöhen, hat ungeachtet mancher Probleme im Detail seine Berechtigung. Würde man die Ressourcen gleichmäßiger verteilen, wäre dieses Ziel aber nicht zu erreichen. Stärker wiegt der Hinweis, dass das Erfordernis von zwei Exzellenzclustern die großen Universitäten faktisch stark begünstigt. Zwar trägt ein Exzellenzwettbewerb strukturell die Tendenz zu einer Bevorzugung größerer Einheiten in sich, da mehr kritische Masse auch mehr Potential für Spitzenleistungen generieren kann. Umso mehr aber trägt das Expertengremium eine besondere Verantwortung, bei seinen Entscheidungen die Vielfalt der deutschen Universitätslandschaft angemessen zu berücksichtigen. So ist es wichtig, dass nicht nur wenige „Alibi“-Exzellenzcluster kleinerer Fächer bzw. aus kleineren Universitäten gefördert werden, sondern eine hinreichende Zahl, um daraus auch Zugänge zur zweiten Förderlinie real zu eröffnen.¹⁰

Folgt man dem geschilderten Grundgedanken der Exzellenzinitiative, ist die Nachhaltigkeitsstellung des Programms besonders zu begrüßen. Denn die bisherigen Fünfjahresintervalle haben eine langfristige und gedeihliche Exzellenzentwicklung – wie sie im internationalen Maßstab erforderlich ist – mindestens stark erschwert. Zwar besteht auch weiterhin auf Grund der diversen Evaluationsvorbehalte, die zur Qualitätssicherung (und zur Rechtfertigung des Einsatzes öffentlicher Mittel in Milliardenhöhe) erforderlich sind, die in der Forschung immerwährende Gefahr des Scheiterns. Aber

durch die Verlängerung der Förderabschnitte von fünf auf sieben Jahre und durch die Weiterfinanzierungsmöglichkeit bestehen nun qualitativ ganz andere Perspektiven für eine langfristig angelegte Forschungsstrategie der einzelnen Universitäten. Sehr erfreulich ist zudem, dass das Verfahren erneut stark wissenschaftsgeleitet ausgestaltet ist. Auch wenn man sich in den beiden vorangegangenen Förderrunden daran gewöhnt hat und für diese Ausgestaltung auch zahlreiche sachliche Gründe sprechen, ist es keineswegs selbstverständlich, dass die Politik bei der Verteilung großer Geldsummen eine politikferne Verfahrensgestaltung zulässt. Kritisch beleuchten mag man die Abschaffung der Förderung von Graduiertenschulen, die als Kristallisationspunkte zur Heranbildung und Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses eine eminent große Bedeutung für die Entwicklung des Forschungsstandortes Deutschland haben.¹¹ Mit Blick auf das Ziel der durch Spitzenforschung vermittelten internationalen Wahrnehmbarkeit deutscher Universitäten ist die Weiterentwicklung des Programmdesigns der Exzellenzinitiative aber durchaus schlüssig, da die mit Graduiertenschulen verbundene Promotionsförderung stärker dem Bereich der Lehre zuzuordnen ist¹² und – jedenfalls unmittelbar – wenig zur Sichtbarkeit beiträgt.

Der Autor ist als Ministerialrat im Hochschuldienst und Honorarprofessor tätig. Er leitet die Abteilung für Rechtswissenschaft im Institut für Volkswirtschaftslehre und Recht der Universität Stuttgart. Seine Arbeitsschwerpunkte liegen im Partizipations-, Hochschul- und Verfassungsrecht.

10 Die Imboden-Kommission spricht sich daher für ein „hinsichtlich Finanzvolumen und Partizipationsmöglichkeiten wesentlich flexibleres Programm“ aus, Endbericht der IEKE (Fn. 2), S. 40.

11 Dem trägt freilich auch das zeitgleich beschlossene Förderprogramm von Bund und Ländern für den wissenschaftlichen Nachwuchs Rechnung, das einen Umfang von 1 Mrd. € über 15 Jahre hat

(vgl. <https://www.bmbf.de/de/wissenschaftlicher-nachwuchs-144.html>, 6.6.2016); dennoch wäre es zu begrüßen, wenn die DFG den Wegfall der Graduiertenschulen im Rahmen der Exzellenzförderung zum Anlass nähme, eine verstärkte Förderung besonders bedeutsamer Graduiertenkollegs in den Blick zu nehmen.

12 So auch im Endbericht der IEKE (Fn. 2), S. 39.

Rezensent und Autor

Johann Wolfgang von Goethe
*Rezensent*¹

*Da hatt ich einen Kerl zu Gast,
Er war mir eben nicht zur Last;
Ich hatt just mein gewöhnlich Essen,
Hat sich der Kerl pumpsatt gefressen,
Zum Nachtsch, was ich gespeichert hatt.
Und kaum ist mir der Kerl so satt,
Tut ihn der Teufel zum Nachbar führen,
Über mein Essen zu rasonieren:
„Die Supp hätt können gewürzter sein,
Der Braten brauner, firner der Wein.“
Der Tausendsackerment!
Schlag ihn tot, den Hund! Es ist ein Rezensent.*

¹ Abgedruckt in *Karl Eibl*, Johann Wolfgang von Goethe, Sämtliche Werke, Briefe, Tagebücher und Gespräche, Band 2, 1987, S. 373.

Heinrich Leopold Wagner
*Der Sudelkoch*²

*Ein Pendant zum unverschämten Gast im
 Göttingischen Musenallmanach aufs künftige Jahr.*

*Da hieng ein Kerl ein neues Schild heraus,
 Kramte Pastetchen und Tärtchen zum Kauf aus;
 Rühmte sie seinen hungrigen Gästen
 Als die schmackhaft`sten und besten,
 Die je gebacken worden; Hum!
 Dacht ich — zu seiner Zeit ein Leckerbissen
 Schmeckt eben nicht dumm!
 Wirst wohl auch eins davon versuchen müssen!
 Ich thats, gab meinen baaren Groschen drum,
 Erkauft` also zugleich das Recht zu judiciren
 Ob Ich für mein Theil es goutiren
 Könn` oder nicht? — Da g`schah nun grad das leztere;
 Die liebe Butter, mit Respekt zu sagen! älzelte;
 Der span`sche Teig, war härter fast als Steine;
 Das Eingefüllete halb roh, kaum gar für Schweine;
 Hin warf ich`s! schlich voll Aergers weg.
 Brummt` in den Bart so was von Sudelkoch und Dreck. —
 Drob that der Kerl sich stracks formalisiren,
 Fing an von Unverschämt, von Gast, von Recensent,
 Und Tausend Sakerment
 Was her zu raisonniren: — —
 Der Bengel! — schmeißt ihn tod den Hund! Es ist ein
 Autor, der nicht kritisirt will seyn.*

² Abgedruckt in *Johann Wilhelm Appel, Werther und seine Zeit*,
 4. Aufl. 1896, S. 282.