

Wissenschaftsrecht

Herausgegeben von Volker Epping · Christian Flämig
Reinhard Grunwald · Jürgen Heß · Otto Kimminich †
Bernhard Kempen · Hartmut Krüger † · Dieter Leuze
Wolfgang Löwer · Ernst-Joachim Meusel † · Hans-Heinrich Rupp
Andreas Schlüter · Hermann Josef Schuster
Friedrich Graf Stenbock-Fermor †

43. Band · Heft 3 · September 2010

Klaus Ferdinand Gärditz

Die niedersächsische Stiftungshochschule
vor dem Bundesverwaltungsgericht

Armin von Weschpfennig

Professor auf Zeit – rechtliche Grenzen von
Befristungen an staatlichen Hochschulen bei der
Erstberufung im Lichte der Altersdiskriminierung

Valeska Franke

Die Kanzlerinnen und Kanzler
der Universitäten Deutschlands –
Nachwuchssorgen?

Hans Joachim Meyer

Die Exzellenzinitiative – Auszeichnung von
wissenschaftlicher Leistung oder von Strukturen



Mohr Siebeck

Wissenschaftsrecht

Wissenschaftsverwaltung · Wissenschaftsförderung

Inhalt dieses Heftes

Abhandlungen

- Professor Dr. *Klaus Ferdinand Gärditz*, Bonn
Die niedersächsische Stiftungshochschule vor dem
Bundesverwaltungsgericht 219
- Armin von Wischpfennig*, Bonn
Professor auf Zeit – rechtliche Grenzen von Befristungen an
staatlichen Hochschulen bei der Erstberufung im Lichte der
Altersdiskriminierung 250
- Valeska Franke*, Hannover
Die Kanzlerinnen und Kanzler der Universitäten Deutschlands –
Nachwuchssorgen? 279
- Professor Dr. Dr. h.c. *Hans Joachim Meyer*, Berlin
Die Exzellenzinitiative – Auszeichnung von wissenschaftlicher
Leistung oder von Strukturen 300

Rechtsprechung

- Entscheidungen
(bearbeitet von *Anne-Kathrin Lange*, Hamburg) 311
- Rechtsprechung in Leitsätzen
(bearbeitet von *Anne-Kathrin Lange*, Hamburg) 329

Literatur

- Übersicht über die Neuerscheinungen
(bearbeitet von *Anne-Kathrin Lange*, Bonn) 341
- Stefan Huber*: ÖH-Recht – Hochschülerinnen und Hochschüler-
schaftsgesetz mit Nebenbestimmungen – Neuer Wissenschaftlicher
Verlag – 3. Auflage – Wien, Graz 2009
(Referent: *Armin von Weschpfennig*, Bonn) 342

Die richterliche Entscheidung über die Vereinbarkeit von reformatorischen Neuregelungen im Hochschulrecht folgt der wissenschaftspolitischen Debatte zeitversetzt. Jetzt hatte das Bundesverwaltungsgericht im Gewand des juristischen Einwandes, Hochschullehrer wären in Niedersachsen nicht rechtmäßig auf die Stiftungshochschule übergeleitet worden, die inzident zu entscheidende Frage erreicht, ob die Stiftungshochschule selbst mit ihrem Organisationskonzept höherrangigem Recht genügt (BVerwG, v. 26.11.2009). Das Bundesverwaltungsgericht betont das demokratische und hier auch grundrechtlich (Art. 5 Abs. 3 GG) begründete Erfordernis effektiver Staatsaufsicht. Für das Organisationskonzept folgt das Bundesverwaltungsgericht zwar im Grundsatz der Linie des Brandenburgs-Urteils des Bundesverfassungsgerichts (E 111, 333), bringt aber den Senat im Wege verfassungskonformer Auslegung in eine legitimatorisch stärkere Position. Klaus Ferdinand Gärditz setzt sich mit dem Urteil kritisch auseinander und erläutert die Konsequenzen.

Die zunehmende Tendenz, Erstberufungen auf Zeit auszusprechen wird in der Theorie überwiegend für mit Art. 5 Abs. 3 GG unvereinbar gehalten (aus guten Gründen). Die wohl bisher nur erstinstanzliche Rechtsprechung sieht das weniger problematisch. Armin von Weschpfenig macht in seinem Aufsatz deutlich, dass die Erstberufung auf Zeit auch gegen europäisches Antidiskriminierungsrecht verstößt (wobei der Argumentationshaushalt für das nationale Verfassungsrecht und das europäische Recht durchaus verwandt ist).

Kanzler der Universität (Finanzvorstände) befinden sich heute in (fragilen) Zeitarbeitsverhältnissen. Diese sind von der Besoldung und Versorgung her nicht adäquat ausgestaltet, so dass nicht klar ist, wie die Hochschulen eine adäquate Besoldung sicherstellen sollen. Valeska Franke arbeitet die Problematik anhand des geltenden Rechts, insbesondere auch des Beamtenversorgungsrechts, heraus. Sie zeigt auf, dass sich aus der geltenden Rechtslage ein erhebliches Rekrutierungsproblem ergeben wird. In diesem Stück der Reform des Rechts der Universitätskanzler zeigt sich, dass ‚gut gemeint‘ häufig das Gegenteil von ‚gut‘ ist.

Im Rechtsprechungsteil sei im Hinblick auf den Beitrag von Gärditz vor allem auf die Entscheidung des OVG Münster zur Übernahme eines Hochschullehrers durch die Hochschule als neuen Dienstherren hingewiesen.

Klaus Ferdinand Gärditz

Die niedersächsische Stiftungshochschule vor dem Bundesverwaltungsgericht

I. Der Hintergrund der Entscheidung

In einem für das Hochschulrecht wegweisenden Urteil vom 26. November 2009 befasst sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem gleichermaßen hochschulpolitisch wie verfassungsrechtlich umstrittenen Reformprojekt der niedersächsischen Stiftungshochschule.¹ Die Entscheidung ist aus mehreren Gründen von breiterer Bedeutung: Sie enthält grundlegende Aussagen zu den Grenzen der Entstaatlichung des Hochschulwesens sowie zu hochschulspezifischen Legitimationsfragen, die absehbar auch über das fragliche Stiftungsmodell hinaus Beachtung finden werden. Zudem hat das Stiftungsmodell inzwischen auch außerhalb Niedersachsens – freilich teils mit deutlichen Abweichungen – Nachahmer gefunden.² Das

¹ BVerwG, Urt. v. 26. 11. 2009 – 2 C 15/08. Unter gleichem Datum sind weitere Parallelentscheidungen ergangen (2 C 21/08; 2 C 16/08; 2 C 22/08; 2 C 20/08).

² Am nächsten kommt dem das Stiftungsmodell der Stiftungsuniversität Viadrina Frankfurt (Oder), errichtet durch Gesetz über die Errichtung der „Stiftung Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder)“ (StiftG-EUV) v. 14. 12. 2007 (GVBl. Bbg 2007, S. 206). Auch hier wird eine Stiftung des öffentlichen Rechts errichtet, die Trägerin der staatlichen Universität ist (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 1 StiftG-EUV). Die Stiftung ist dienstherrenfähig (§ 11 Abs. 1 StiftG-EUV) und wird durch staatliche Finanzhilfen finanziert (§ 4 StiftG-EUV). Organe der Stiftung sind ein Stiftungsrat und ein Stiftungsvorstand (§ 6 StiftG-EUV). Der Stiftungsrat setzt sich im Wesentlichen wie der des niedersächsischen Vorbilds zusammen (vgl. § 7 Abs. 1 StiftG-EUV), hat aber wesentlich umfassendere Aufgaben (vgl. § 8 Abs. 2 StiftG-EUV), die teils (wie im Fall der Mitwirkung in Berufungsverfahren nach § 16 StiftG-EUV) auch den Selbstverwaltungsbereich der Hochschule berühren. Nur dem Namen nach verwandt hiermit ist demgegenüber das hessische Modell, das eigens für die Universität Frankfurt am Main in Gesetzesform gegossen wurde. Die Stiftungsuniversität Frankfurt am Main nach §§ 100a ff. HessHSchG ist selbst Stiftung in Trägerschaft des Landes (vgl. § 100a HessHSchG). Folglich sind die Stiftungsorgane im Kern auch die üblichen Hochschulorgane (vgl. § 100e HessHSchG), die lediglich um ein rein konsultativ tätiges Stiftungskuratorium ergänzt werden (§ 100g HessHSchG). Die Stiftungsuniversität besitzt Dienstherrenfähigkeit (§ 100h Abs. 1 Satz 1 HessHSchG). Im Übrigen bleibt es aber bei den allgemeinen Regelungen des Hochschulrechts, namentlich der Staats-

Bundesverwaltungsgericht stützt sein Urteil maßgeblich auf die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, sodass die aus dem Grundrecht abgeleiteten Anforderungen an die Hochschulstrukturen als *revisibles Bundesrecht* (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO) letztlich, soweit Anlass besteht, in Bezug auf die Hochschulgesetze aller Bundesländer zum Tragen kommen können.

Die Organisationsstrukturen der niedersächsischen Stiftungshochschule, die durch das Gesetz zur Hochschulreform in Niedersachsen im Jahre 2002 eingeführt wurde, lassen sich grob wie folgt skizzieren: Nach § 55 Abs. 1 Satz 1 NdsHSchG³ kann eine Hochschule auf ihren Antrag, den nach Satz 2 der Senat mit einer Mehrheit von zwei Dritteln seiner Mitglieder beschließt, durch Verordnung der Landesregierung in die Trägerschaft einer rechtsfähigen Stiftung des öffentlichen Rechts überführt werden. Für das Stiftungsmodell optiert haben die Universitäten Göttingen, Hildesheim und Lüneburg, die Fachhochschule Osnabrück und die Tierärztliche Hochschule Hannover.⁴ Die Stiftung unterhält und fördert nach § 55 Abs. 2 Satz 1 NdsHSchG die jeweilige Hochschule in deren Eigenschaft als Körperschaft des öffentlichen Rechts. Die Stiftung ist also ein von der Hochschule verschiedenes (und auch grundlegend verschiedenes organisiertes) Rechtssubjekt⁵ und rückt im Wesentlichen in den vor-

aufsicht (§ 100d Abs. 2 Satz 1 HessHSchG i.V. mit § 93 HessHSchG). § 2 Abs. 1 Satz 1 NWHSchG weist immerhin auf die Möglichkeit hin, dass eine Hochschule „durch Gesetz“ in die Trägerschaft einer Stiftung überführt werden kann, was freilich ohne operative Ausführungsgesetze zunächst einmal nur dem institutionellen Gesetzesvorbehalt Rechnung trägt. Bislang ist ein entsprechendes Gesetz nicht erlassen worden.

³ Niedersächsisches Hochschulgesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 24. 6. 2002 (NdsGVBl. S. 286). Heute gültig ist die Neubekanntmachung des Niedersächsischen Hochschulgesetzes v. 26. 2. 2007 (NdsGVBl. S. 69), die zuletzt durch Gesetz v. 18. 6. 2009 (NdsGVBl. S. 280) geändert worden ist. Die hier relevante Paragrafenfolge und der Inhalt der Vorschriften haben sich nicht geändert, sodass im Folgenden zwischen den zwei Fassungen nur differenziert wird, soweit ausnahmsweise Unterschiede bestehen.

⁴ Verordnung über die Errichtung der Stiftung „Georg-August-Universität Göttingen Stiftung öffentlichen Rechts“ (StiftVO-UGO) v. 17. 12. 2002 (NdsGVBl. S. 812); Verordnung über die „Stiftung Universität Hildesheim“ (StiftVO-UHI) v. 17. 12. 2002 (NdsGVBl. S. 841); Verordnung über die „Stiftung Universität Lüneburg“ (StiftVO-ULG) v. 17. 12. 2002 (NdsGVBl. S. 841); Verordnung über die „Stiftung Tierärztliche Hochschule Hannover“ (StiftVO-TiHo) v. 17. 12. 2002 (NdsGVBl. S. 852); Verordnung über die „Stiftung Fachhochschule Osnabrück“ (StiftVO-FHOS) v. 17. 12. 2002 (NdsGVBl. S. 858).

⁵ K. Schmidt, Hochschulträgerschaft und Hochschulkörperschaft bei atypischen Hochschulverfassungen nach öffentlichem und privatem Recht, in: Festschr. f. Andreas Heldrich, 2005, S. 1295 (1301), erblickt daher im niedersächsischen Stiftungsmodell idealtypische dualistische Strukturen einer „Doppelnatur“ der Hochschule.

maligen Aufgabenkreis des Staates ein,⁶ der bislang Träger der Hochschulen war. Die Stiftung übt namentlich die Rechtsaufsicht über die Hochschule aus (§ 55 Abs. 4 NdsHSchG) und untersteht nach § 62 Abs. 1 Satz 1 NdsHSchG ihrerseits der Rechtsaufsicht des zuständigen Fachministeriums. Sie muss korrespondierend aber auch das Selbstverwaltungsrecht der Hochschule achten (§ 55 Abs. 5 NdsHSchG). Letzteres ist schon landesverfassungsrechtlich zwingend, weil Art. 5 Abs. 3 NdsVef das Selbstverwaltungsrecht den *Hochschulen*, sprich: den Einrichtungen, an denen Forschung und Lehre stattfindet, garantiert und die Stiftung als Funktionsnachfolgerin des Staates weder akademische Selbstverwaltungsaufgaben erfüllt⁷ noch als eine reine Trägerinstitution Hochschule im Sinne der Landesverfassung ist. Die Stiftung erhält gemäß § 56 Abs. 4 NdsHSchG zur Erfüllung ihrer Aufgaben eine jährliche Finanzhilfe des Landes nach Maßgabe des staatlichen Haushalts. Sie ist nach § 58 Abs. 1 Satz 1 NdsHSchG dienstherrenfähig; das bisherige Landespersonal wurde auf der Grundlage der Gründungsrechtsverordnungen auf die errichteten Stiftungen übergeleitet.⁸ Aufgabenverschiebungen erfolgen letztlich allein vom Staat auf die Stiftung, während der Aufgabenbestand der Hochschule unverändert bleibt. Der Rückzug des Staates aus der unmittelbaren Hochschulträgerschaft führt also nicht zu einem Anwachsen der von der jeweiligen Hochschule in akademischer Selbstverwaltung wahrgenommenen Aufgaben.⁹

Organe der Stiftung sind nach § 59 Abs. 1 NdsHSchG der Stiftungsrat und das Präsidium der Hochschule, das insoweit doppelfunktional sowohl als Hochschul- als auch als Stiftungsorgan fungiert.¹⁰ Der Stiftungsrat besteht nach § 60 Abs. 1 Sätze 1–3 NdsHSchG aus sieben ehrenamtlichen Mitgliedern, und zwar aus fünf mit dem Hochschulwesen vertrauten, der Hochschule nicht angehörenden Personen vornehmlich aus

⁶ Siehe *J. Ipsen*, Stiftungshochschule und Hochschulstiftung, RdJB 2003, S. 36 (39).

⁷ Mit Recht *J. Ipsen*, Hochschulen als Stiftung des öffentlichen Rechts?, NdsVBl. 2000, S. 240 (242).

⁸ §§ 4 f. StiftVO-UGÖ; §§ 4 f. StiftVO-UHI; §§ 4 f. StiftVO-ULG; §§ 4 f. StiftVO-TiHo; §§ 4 f. StiftVO-FHOS (alle nachgewiesen in Fn. 4).

⁹ *W. Löwer*, Das Modell der niedersächsischen Stiftungsuniversität, in: Festschr. f. Hermann Josef Schuster, 2003, S. 187 (191), der mit Recht bilanzierend feststellt, dass die Hochschule durch dieses Modell keinen Zugewinn an Autonomie zu verzeichnen habe (197).

¹⁰ Kritisch zu dieser konfusionsanfälligen Konstruktion *W. Löwer*, Das Stiftungsmodell der Universität – ein neuer Weg?, RdJB 2004, S. 190 (193); *M.-E. Geis*, Die Entstaatlichung der Hochschulen, in: Festschr. f. Winfried Brohm, 2002, S. 297 (314); *C. Starck*, Die „Stiftung“ der Landesuniversität, in: O. Behrends (Hrsg.), Göttingen als Stiftungsuniversität?, S. 65 (70 f.).

Wirtschaft, Wissenschaft oder Kultur, die im Einvernehmen mit dem Senat der Hochschule vom Fachministerium bestellt werden und aus wichtigem Grund vom Fachministerium entlassen werden können, einem Mitglied der Hochschule, das vom Senat der Hochschule gewählt wird, sowie einem Vertreter des Fachministeriums. Der Stiftungsrat ist also mehrheitlich mit Hochschulexternen besetzt und ähnelt insoweit den inzwischen in zahlreichen Bundesländern vorgesehenen Hochschulräten. Zu den Aufgaben des Stiftungsrates zählen nach § 60 Abs. 2 NdsHSchG namentlich die Bestellung bzw. Entlassung des Hochschulpräsidiums und die Aufsicht über die Hochschule.

Das Bundesverwaltungsgericht setzt sich in der hier besprochenen Entscheidung im Einzelnen mit der Verfassungskonformität dieses vielschichtigen Organisationsmodells auseinander. Der zugrunde liegende Rechtsstreit betraf vordergründig freilich nicht unmittelbar Fragen der Hochschulbinnenorganisation, sondern die Überleitung der Landesbeamten, die im Zeitpunkt der Stiftungsgründung an der Hochschule eingesetzt waren, auf die Hochschulstiftung. Es ging mithin um die Zulässigkeit eines gesetzlich erzwungenen Dienstherrenwechsels nach Maßgabe des § 128 Abs. 3, Abs. 4 BRRG (entspricht § 16 BeamStG¹¹), gegen den ein übergeleiteter Hochschullehrer auf dem Verwaltungsrechtsweg vorgegangen ist.¹² Das Gericht stellte fest, dass die beamtenrechtlichen Voraussetzungen einer Überleitung vorliegen,¹³ sah sich aber zugleich gezwungen, inzident zu der Frage Stellung zu beziehen, ob die beklagte Hochschulstiftung, die den Überleitungsbescheid erlassen hat (vgl. § 129 Abs. 3 BRRG), überhaupt rechtmäßig errichtet wurde. In diesem Rahmen prüft das Gericht auch, ob das Stiftungsmodell als solches an grundlegenden verfassungsrechtlichen Defiziten leidet, die einer wirksamen Errichtung der Hochschulstiftung entgegenstehen. Im Folgenden sollen die hochschulorganisationsrechtlichen Facetten der Entscheidung näher beleuchtet werden.

¹¹ Abweichungen sind im Wesentlichen nur redaktionell, vgl. *A. Reich*, *BeamStG*, 2009, § 16, Rn. 1.

¹² Siehe hierzu auch die Vorinstanzen: OVG Lüneburg, 5. 12. 2007 – 5 LB 344/07; VG Göttingen, DÖV 2006, S. 525 ff.; ferner OVG Lüneburg, OVG 51, 409 ff; VG Göttingen, ZBR 2006, S. 263 ff.; kritisch *C. Kaluza*, Zur verfassungs- und dienstrechtlichen Problematik der niedersächsischen Stiftungsuniversitäten am Beispiel der Georg-August-Universität Göttingen, *NdsVBl.* 2007, S. 233 ff.

¹³ Rn. 13 ff. des Urteils (Fn. 1). Eingehend *V. Epping*, Vom Landesbeamten zum Hochschulbeamten: Rechtsfragen der Überleitung des wissenschaftlichen Hochschulpersonals, *ZBR* 2008, S. 181 ff.

II. Die staatliche Verantwortung für das Hochschulwesen

Das Bundesverwaltungsgericht stellt zunächst fest, dass sich die vom Kläger kritisierte Entstaatlichung des Hochschulwesens¹⁴ innerhalb der von der Wissenschaftsfreiheit gezogenen Grenzen hält. Hierbei ist entscheidend, dass die niedersächsische Stiftungshochschule nicht im eigentlichen Sinne entstaatlicht – sprich: aus der staatlichen Verantwortung entlassen – wurde, sondern die vormals unmittelbaren Beziehungen der Hochschule zum Staat lediglich durch die Dazwischenschaltung einer Hochschulstiftung mediatisiert wurden. Die Stiftung verbleibt jedoch in der Trägerschaft des Landes; die übergeleitete Hochschule bleibt unverändert eine öffentlich-rechtliche, auf hochschulgesetzlicher Grundlage organisierte Körperschaft. Vormals staatliche Aufgaben wie die Kontrolle des Präsidiums und die Genehmigung von Satzungen werden nach erfolgter Überleitung freilich nicht mehr vom Land, sondern von der Hochschulstiftung in eigenem Namen erfüllt (vgl. § 55 Abs. 3, Abs. 4 NdsHSchG).

1. Staatliche Finanzierungsverantwortung und Hochschulausgliederung

Mit erfolgter Überführung einer staatlichen Hochschule in die Trägerschaft einer Hochschulstiftung zieht sich das Land Niedersachsen aus einer *unmittelbaren* Haushaltsfinanzierung der Hochschule zurück. Das Land stellt Haushaltsmittel nur noch der Stiftung als jährliche Finanzhilfe zur Verfügung (§ 56 Abs. 4 NdsHSchG). Es kommt also zu einer formellen Entstaatlichung der Hochschulfinanzierung, die im Ergebnis aber, wie das Bundesverwaltungsgericht mit Recht feststellt, unschädlich ist, solange die materielle Finanzierungsverantwortung für das Hochschulwesen als solche nicht aufgegeben wird. Im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁵ geht das Bundesverwaltungsgericht in dem vorliegenden Urteil davon aus, dass die Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG) den für das Hochschulwesen zuständigen Ländern die Pflicht auferlege, die personellen, finanziellen und organisatorischen Mittel bereitzustellen, „die zur Unterhaltung funktionsfähiger Hochschulen mit einem freien Wissenschaftsbetrieb erforderlich sind.“ Begründet wird dies vor allem mit der faktischen Abhängigkeit von staatlichen Ressour-

¹⁴ Eingehend zum Problem *C. D. Classen*, Rückzug des Staates aus der Organisation der Wissenschaft?, in: Z. Kitagawa/J. Murakami/K. W. Nörr/T. Oppermann/H. Shiono (Hrsg.), *Regulierung – Deregulierung – Liberalisierung*, 2001, S. 277 (280 ff.); *Geis* (Fn. 10), S. 297 ff. Hierzu demnächst grundlegend auch *D. Krausnick*, *Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat*, Erlanger Habilitationsschrift, 2010.

¹⁵ BVerfGE 35, 79 (114 f.); 111, 333 (354).

cen. Ohne Einsatz des Staates könne in weiten Bereichen der Wissenschaften, insbesondere in den Naturwissenschaften, keine unabhängige Forschung und wissenschaftliche Lehre mehr betrieben werden. Die damit im Abstrakten bestehende Finanzierungsverantwortung zwingt aber weder zu bestimmten Organisationsstrukturen noch zu bestimmten Finanzierungsmodellen für die Hochschulen. Das sieht auch das Bundesverwaltungsgericht so. Eine „mittelbare Finanzierung“ sei „ebenso zulässig wie eine unmittelbare“, solange die gesetzlichen Regelungen den Wissenschaftsbetrieb an den Hochschulen und die freie wissenschaftliche Betätigung nicht strukturell gefährdeten.¹⁶

Die staatliche Finanzierungsverantwortung besteht jedenfalls unabhängig von der konkreten Organisation des Hochschulwesens. Dies bedeutet einerseits, dass sich der Staat seiner Finanzierungsverantwortung nicht durch eine Herauslösung der Hochschulen aus ihren unmittelbaren Bindungen zum Staat¹⁷ entledigen kann.¹⁸ Andererseits ist es aber dem Gesetzgeber aufgrund der Rechtsformneutralität der staatlichen Finanzierungsverantwortung auch nicht verwehrt, auf der gleichsam instrumentellen Durchführungsebene andere (mediatisierte und damit staatsfernere) Organisations- und Finanzierungsmodelle zu wählen.¹⁹ Letztlich ist dies nur Konsequenz des fehlenden Typenzwangs im Verwaltungsorganisationsrecht, das anders als das Gesellschaftsprivatrecht keinen *numerus clausus* der Organisationsformen kennt und daher für vielfältige Gestaltungen offen ist.²⁰ Gemessen hieran sah das Bundesverwaltungsgericht in der Ausgestaltung der mittelbaren Staatsfinanzierung der Hochschule über die Trägerstiftung keine Überschreitung der sich aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG ergebenden Grenzen organisationsrechtlicher Gestaltungsfreiheit.²¹

¹⁶ Rn. 41 des Urteils (Fn. 1).

¹⁷ Dies ist das Resultat des niedersächsischen Stiftungsmodells. Träger der Hochschule ist die Stiftung, die allein unmittelbare gesetzliche Rechtsbeziehungen zur Hochschule unterhält. Vgl. Rn. 42 des Urteils (Fn. 1).

¹⁸ R. Herfurth/D. Kirmse, Die Stiftungsuniversität, *WissR* 36 (2003), S. 51 (66). Zur hier nicht zu vertiefenden Frage, ob die Universität Göttingen darüber hinaus auch als überkommene heimatgebundene Einrichtung gemäß Art. 72 Abs. 2 *NdsVerf* qualifizierten Schutz genießt, siehe D. Fittschen, Universität Göttingen in der Trägerschaft einer Stiftung des öffentlichen Rechts?, *NdsVBl.* 2006, S. 216 (219).

¹⁹ Der Staat ist beispielsweise nicht gezwungen, der Stiftung auch das Eigentum an den benötigten Grundstücken zu verschaffen, da das Eigentum nicht Voraussetzung der Erfüllung von Aufgaben in Forschung und Lehre ist. So zutreffend Rn. 39 des Urteils (Fn. 1). Siehe allgemein H. Donner, Neuere Entwicklungen im Hochschulwesen: Die Stiftungsuniversität, in: *Festschr. f. Hans-Joachim Driehaus*, 2006, S. 244 (245).

²⁰ Siehe nur M. Jestaedt, Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2006, § 14, Rn. 29.

²¹ Dies ist schon deshalb wichtig, weil gegen das Stiftungsmodell teils der Vorwurf

Dies ist im Ausgangspunkt sicherlich richtig, bedarf aber einer Ergänzung: Gerade die Wissenschaftsadäquanz der Finanzierung findet bei einer lediglich mittelbaren Staatsfinanzierung unter veränderten Koordinaten statt. Denn mittelbare Finanzierungsmodelle erhöhen die Entscheidungsmacht der Mittler, hier also der Stiftung, die über die Finanzmittelallokation maßgeblich bestimmen. Der Verteiler enthält also Mittel zu einer Steuerung qua Haushaltskompetenz,²² was eine Einhegung zum Schutze der Wissenschaftsfreiheit der gesteuerten Hochschule bzw. Wissenschaftler erforderlich macht. Entscheidend kommt es daher darauf an, dass die zur Verfügung gestellten Finanzmittel ihrer Höhe nach freie Wissenschaft ermöglichen und die Verfahren der Finanzmittelverteilung wissenschaftsadäquat ausgestaltet sind.²³ Das niedersächsische Hochschulrecht sieht jedoch keine über die in ihrer Abstraktion kaum operablen Rahmenvorgaben des § 56 Abs. 4 Satz 2 NdsHSchG hinausgehenden Verteilungsparameter oder -verfahren vor. Ob allein Zielvereinbarungen geeignet sind, die Wissenschaftsadäquanz der Finanzmittelallokation hinreichend sicherzustellen, darf bezweifelt werden, zumal solche Vereinbarungen mit in der Regel schematischen Leistungsparametern arbeiten werden (müssen), die ihrerseits zu wissenschaftsinadäquaten Verzerrungen führen können.²⁴ In Anbetracht der dysfunktionalen Verselbstständigung der Stiftungsorgane und der Dominanz Hochschulexterner

des Formenmissbrauchs erhoben wurde, so etwa *O. Behrends*, Eine „Stiftung“ als Trägerin und Leitungselement einer Körperschaft – Miß- und Fehlgebrauch einer rechtlichen Institution, in: ders. (Hrsg.), Göttingen als Stiftungsuniversität?, S. 11 (17 ff., 29 ff.).

²² Vgl. zur Haushaltssteuerung allgemein und stellvertretend *D. Birk*, Steuerung der Verwaltung durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, DVBl. 1983, S. 865 ff.; *F. Kirchhof*, Das Haushaltsrecht als Steuerungsressource, DÖV 1997, S. 749 ff.; *ders.*, Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, NVwZ 1983, S. 505 ff.; *E. Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2004), S. 22 ff., 85 f., 372 ff.; *G. F. Schuppert*, Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, VVDStRL 42 (1983), S. 216 ff.

²³ Siehe zu den damit verbundenen Problemen stellvertretend *M. Bullinger*, Finanzierung der Hochschulen nach ihren Leistungen, JZ 1998, S. 111 ff.; *K. F. Gärditz*, Evaluationsbasierte Forschungsfinanzierung im Wissenschaftsrecht, WissR 42 (2009), S. 353 ff.; *U. Karpen*, Wissenschaftsfreiheit und Hochschulfinanzierung, 1983; *F. Kirchhof*, Rechtliche Grundsätze der Universitätsfinanzierung, JZ 1998, S. 275 ff.; *G. Sandberger*, Finanzierung staatlicher Hochschulen über Ziel- und Leistungsvereinbarungen, in: M. Fehling/J. A. Kämmerer/K. Schmidt (Hrsg.), Hochschulen zwischen Gleichheitsidee und Elitestreben, 2005, S. 21 ff.; *H. H. Seidler*, Hochschulfinanzierung, Evaluation und Mittelvergabe, in: M. Hartmer/H. Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 2004, S. 478; *U. Umbach*, Hochschulfinanzierung, in: V. Haug (Hrsg.), Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg, 2. Aufl. (2009), S. 152.

²⁴ Kritisch hierzu *Gärditz* (Fn. 23), S. 374 ff.

im Stiftungsrat, die ihrerseits vor allem (vom Gesetzgeber gewollt) gesellschaftliche Erwartungen an die Wissenschaft in die Hochschule tragen, hätte die Frage der „strukturellen“ Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit durch ein materielles und institutionelles Regelungsdefizit jedenfalls eine Erörterung verdient.²⁵

Akzeptiert man im Ergebnis die ohnehin kaum überraschende Würdigung des Bundesverwaltungsgerichts, ergibt sich Abweichendes auch nicht aus der – mangels Revisibilität vorliegend vom Bundesverwaltungsgericht nicht angesprochenen – institutionellen Garantie des Art. 5 Abs. 2 NdsVerf,²⁶ wonach das Land Hochschulen „unterhält und fördert“, da diese Pflicht eine mittelbare Finanzierung respektive Förderung vom Staat distanzierter Einrichtungen nicht ausschließt.²⁷ Die These, aus der vorgenannten Bestimmung folge, dass der parlamentarische Gesetzgeber selbst die grundlegenden Entscheidungen im Bereich der Hochschulfinanzierung durch Einstellung der Hochschulausgaben in den staatlichen Haushaltsplan zu gewährleisten habe und daher Allokationsentscheidungen nicht auf die Stiftung delegieren dürfe,²⁸ überstrapaziert die schlicht gefasste Garantie. Art. 5 Abs. 2 NdsVerf will den Hochschulen hinreichende Gesamtmittelzuflüsse aus dem Staatshaushalt sichern, betrifft also allein das materielle Außenverhältnis des Landes zu seinen Hochschulen. Die Bestimmung enthält hingegen keine unmittelbaren Aussagen, wie die Finanzmittelströme formell zu organisieren sind und welches Organ in welcher Dichte das Hochschulbudget zu konkretisieren hat. Zwar ist der Haushalt zweifellos demokratisch zu verantworten. Der *Höhe* nach ist dies ja ohnehin weiterhin uneingeschränkt der Fall.

²⁵ Das Bundesverfassungsgericht hat zwar in seiner Entscheidung zum BbgHSchG entsprechende Regelungsdefizite im Bereich der Forschungsevaluation – obschon mit wenig überzeugender Begründung – hingenommen, eine Konkretisierung der Kriterien erst im Rahmen der Rechtsanwendung aber nur insoweit gebilligt, als „die Herausarbeitung von solchen Kriterien einem *inneruniversitären* Prozess überlassen“ bleibe (BVerfGE 111, 333 [360] – Hervorhebung durch den Verfasser). Eine hochschulexterne Kriterienbildung, zumal unter maßgeblicher Beteiligung eines selektiv mit Vertretern aus der Gesellschaft besetzten, unabhängigen Stiftungsorgans, ist hiervon grundlegend verschieden.

²⁶ Zur Ausdeutung dieser Bestimmung im vorliegenden Kontext siehe *A. B. Röpke*, Hochschule und Stiftung des öffentlichen Rechts, 2006, S. 92 ff.

²⁷ So mit Recht *Geis* (Fn. 10), S. 307. Strenger gefasst ist namentlich Art. 138 Abs. 1 Satz 1 Verfassung des Freistaates Bayern, wonach die „Errichtung und Verwaltung der Hochschulen [...] Sache des Staates“ ist. Auch dies schließt jedoch ein öffentlich-rechtliches und staatlich verantwortetes sowie finanziertes Stiftungsmodell nicht aus. So mit Recht *J. F. Lindner*, in: ders./M. Möstl/H. A. Wolff (Hrsg.), Verfassung des Freistaates Bayern, 2009, Art. 138, Rn. 39.

²⁸ *T. Koch*, Verfassungsfragen eines neuen Hochschulrechts für Niedersachsen, WissR 34 (2001), S. 57 (66 f.).

Es ist zwar zu konzedieren, dass eine Rücknahme der *inhaltlichen* demokratischen Haushaltssteuerung anders als im Fall eines akademischen Globalbudgets nicht unter Bezugnahme auf die Wissenschaftsfreiheit gerechtfertigt werden kann, da sich die Stiftung auf dieses Grundrecht nicht berufen kann.²⁹ Eine hinreichende demokratische Determination wird aber dadurch hergestellt, dass die Mittel über § 56 Abs. 4 NdsHSchG im Zusammenspiel mit den Zielvereinbarungen einer engen Zweckbindung unterliegen, die ihrerseits maßgeblich von den Bedürfnissen einer freien Wissenschaft ausgefüllt wird (vor allem § 56 Abs. 4 Nr. 1–3 NdsHSchG).³⁰ Ungeachtet aller Problematik von Zielvereinbarungen im Hochschulbereich sind diese doch jedenfalls unter demokratischen Auspizien ein geeignetes Steuerungsmittel. Der Landtag kann zudem wesentliche haushaltswirksame Entscheidungen durch haushaltsrechtliche Vorgaben innerhalb der in den Haushaltsplan einzustellenden Finanzhilfe wahren. Insoweit bestimmt § 56 Abs. 1 Satz 1 NdsHSchG sogar ausdrücklich, dass die Stiftung zur Erfüllung ihrer Aufgaben eine jährliche Finanzhilfe des Landes „nach Maßgabe des Haushalts“ erhält.

2. *Notwendigkeit wirksamer staatlicher Rechtsaufsicht*

Für das Hochschulrecht grundlegend und auch über das niedersächsische Modell hinaus potentiell folgenreich sind die Aussagen des Gerichts zur staatlichen Rechtsaufsicht: „Die aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG folgende Verantwortung des Landes für den freien Wissenschaftsbetrieb an den Hochschulen erfordert eine wirkungsvolle Rechtsaufsicht über die Hochschulen.“³¹ Diese auf den ersten Blick unscheinbare und nicht näher begründete Aussage bildet einen beachtlichen Kontrapunkt zur vorherrschenden Reformphilosophie, die Hochschulen im Zuge bewusster Autonomisierung in möglichst weitem Umfang staatsfrei zu stellen. Diese verschiedenen Reformmodellen zugrunde liegende Auffassung leidet nicht zuletzt darunter, dass gesteigerte Hochschulautonomie im Außenverhältnis gegenüber dem Staat nicht zwangsläufig auch zu mehr Autonomie der einzelnen Wissenschaftler innerhalb der Hochschule führt.³² Im Gegenteil ist eine Stärkung der Hochschulautonomie meist mit einer Hierarchisierung

²⁹ Koch (Fn. 28), S. 67.

³⁰ Vgl. Herfurth/Kirmse (Fn. 18), S. 60.

³¹ Rn. 43 des Urteils (Fn. 1).

³² Vgl. M. Febling, Neue Herausforderungen an die Selbstverwaltung in Hochschule und Wissenschaft, Die Verwaltung 35 (2002), S. 399 (417); K. F. Gärditz, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2009, S. 381, 389; M.-E. Geis, Das Selbstbestimmungsrecht der Universitäten, WissR 37 (2004), S. 2 (7).

der Hochschulleitungsstrukturen einhergegangen.³³ Blicke in diesem hochschulpolitischen Kontext auch noch die Rechtskontrolle weitgehend dem Hochschulbetrieb selbst – sei es hier dem Stiftungsrat, sei es andernorts einem Hochschulrat – überlassen, könnten sich schnell rechtsfreie Ghettos akademischer Parallelgesellschaften herausbilden, in denen die Bindung an die individuelle Wissenschaftsfreiheit ‚pragmatisch‘ nur noch als Frage tagespolitischer Opportunität gehandhabt wird und zur bloßen – durch Hierarchisierung einseitig zugunsten der Leitungsorgane vorgezeichneten – Machtfrage verkommt.³⁴ Eine wirksame externe Rechtsaufsicht kann diese Probleme angesichts der geringen Normierungsdichte im Hochschulbereich zwar nicht beseitigen, Fehlentwicklungen aber doch ein Stück weit entgegensteuern, namentlich die fortbestehende Rechtsbindung anlassbedingt ins Bewusstsein rufen. Die vom Bundesverwaltungsgericht verfassungsrechtlich begründete Stärkung der traditionellen Staatsaufsicht ruht freilich auf dogmatischen Voraussetzungen, die keineswegs alle selbstverständlich sind.

a) Staatsaufsicht als Legitimationsinstrument

Die Staatsaufsicht über Selbstverwaltungsträger ist in erster Linie ein Modus zur Herstellung demokratischer Legitimation,³⁵ darüber hinaus aber auch im Hinblick auf die praktische Wirksamkeit geltenden Rechts³⁶ ein Instrument zur Wahrung der Rechtsstaatlichkeit im Rahmen der Selbstverwaltung.³⁷ Demokratisch und rechtsstaatlich radizierte Staatsaufsicht lässt sich aber nicht ohne weiteres durch andere Aufsichtsformen substituieren. Sie bleibt unverzichtbarer Bestandteil zur Herstellung eines

³³ Hierzu statt vieler und mit Recht überwiegend kritisch *M.-E. Geis*, Akademische Selbstverwaltung im Reformzeitalter, *Die Verwaltung* 33 (2000), S. 563 (567 ff.); *W. Kabl*, Das bayerische Hochschulurteil 2008, in: ders. (Hrsg.), *Das bayerische Hochschulurteil 2008*, 2008, S. 11 (13 ff.); *W. Löwer*, „Starke Männer“ oder „starke Frauen“ an der Spitze der Universität, in: *M. Ruffert* (Hrsg.), *Recht und Organisation*, 2003, S. 25 (30 ff.); *S. Ublig*, Weisungsrechte von Hochschulleitung und Dekan gegenüber Hochschullehrern, 2004, S. 10 ff.

³⁴ Siehe weitsichtig die Warnung vor einem neuen Caesarismus *Löwer* (Fn. 33), S. 38 ff., 43.

³⁵ *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), *GG*, Bd. II, 2. Aufl. (2006), Art. 20 (Demokratie), Rn. 124, 129; *W. Kabl*, *Die Staatsaufsicht*, 2000, S. 479 ff., m. zahlr. w. Nachw.

³⁶ Siehe zum Zusammenhang mit der Rechtsstaatlichkeit *E. Schmidt-Aßmann*, *Der Rechtsstaat*, in: *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), *HStR*, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 26, Rn. 21, 24.

³⁷ *O. Bachof*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, *VVDStRL* 12 (1954), S. 37 (49); *Kabl* (Fn. 35), S. 494 ff.; *T. Meder*, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, 4. Aufl. (1992), Art. 55, Rn. 28.

angemessenen Gesamtkontrollniveaus.³⁸ In der Auslagerung staatlicher Aufsichtsfunktionen über die Hochschule als Körperschaft auf eine weitgehend aus den demokratischen Legitimationssträngen herausgelöste Hochschulstiftung liegt daher – dies wurde frühzeitig erkannt – ein kardinales Problem des niedersächsischen Stiftungsmodells.³⁹ Dies sieht nun offenbar auch das Bundesverwaltungsgericht so, behilft sich aber damit, die bestehenden hochschulrechtlichen Bestimmungen verfassungskonform auszulegen. „Die verfassungsrechtlich gebotene Wirksamkeit der Rechtsaufsicht des Stiftungsrats muss durch das Fachministerium sichergestellt werden.“⁴⁰ Die Rechtsaufsicht der Stiftung über die Hochschule nach § 55 Abs. 4 Satz 1 NdsHSchG, in deren Rahmen die Stiftung Weisungen des Ministeriums unterliegt (§ 62 Abs. 2 NdsHSchG), ist dann konsequenterweise eine übertragene staatliche Aufgabe, auch wenn die Stiftung die Aufgabe im Außenverhältnis anders als im Fall der kommunalaufsichtsrechtlichen Organleihe als eigene Angelegenheiten wahrnimmt (§ 55 Abs. 3 NdsHSchG).

Die Ausübung der staatlichen Rechtsaufsicht über die Stiftung und die staatliche Steuerung der Aufsicht des Stiftungsrates über die Hochschule müssen zudem jeweils praktisch wirksam – also mehr als eine bloße Option – sein. Die Bestimmung über die staatliche Rechtsaufsicht sei „im Hinblick auf Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass das Fachministerium nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet ist, die Ausübung der Rechtsaufsicht durch den Stiftungsrat inhaltlich uneingeschränkt zu steuern.“⁴¹ Damit wäre es aber unvereinbar, die Rechtsaufsicht der Stiftung als verselbstständigtem Trabanten vollständig zur eigenverantwortlichen Erledigung zu überlassen. Das Land wird vom Bundesverwaltungsgericht also als Garant der Rechtsstaatlichkeit in Anspruch genommen und die hierfür unverzichtbare Rechtsaufsicht in die demokratisch verantwortete Staatsorganisation integriert.

b) Staatsaufsicht als Instrument des Grundrechtsschutzes

Vor allem die *grundrechtliche* Herleitung der Aufsichtspflicht durch das Bundesverwaltungsgericht ist bemerkenswert. Nach herkömmlicher Auffassung wird nämlich die staatliche Rechtsaufsicht als rein objektiv-

³⁸ Hierzu W. Kahl, Begriff, Funktionen und Konzepte von Kontrolle, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2009, § 47, Rn. 208 ff.

³⁹ So mit Recht Löwer (Fn. 9), S. 195: „kühne Konstruktion“.

⁴⁰ Rn. 46 des Urteils (Fn. 1).

⁴¹ Rn. 47 des Urteils (Fn. 1).

rechtliche Institution angesehen, die nicht dem Individualinteresse dient und daher keine Rechte Einzelner begründet.⁴² Staatliche Rechtsaufsicht dient hier demgegenüber, folgt man dem Gericht, gerade dazu, wissenschaftliche Freiheitsentfaltung der einzelnen Forscher und Lehrer zu gewährleisten. Anders als bei der Staatsaufsicht z.B. über die Kommunen geht es im Bereich der akademischen Selbstverwaltung in der Tat um die Entfaltung grundrechtlicher Freiheit der Hochschulmitglieder. Die akademische Selbstverwaltung durch gewählte und kollegial verfasste Repräsentationsorgane dient ihrerseits dem Schutz der Wissenschaftsfreiheit der einzelnen Hochschulmitglieder.⁴³ Die Wissenschaftsfreiheit war allerdings bislang vor allem Rechtfertigung, die staatliche Rechtsaufsicht über das Gebot der Hochschulfreundlichkeit auf das unabdingbare Maß zu reduzieren.⁴⁴ Binnenkonflikte können überwiegend über binnenorganisatorische checks and balances aufgefangen werden. Staatsaufsicht tritt vor diesem Hintergrund eher als Antagonist zur akademischen Freiheit in Erscheinung.⁴⁵ Auch wenn die Staatsaufsicht ihre Bedeutung als Interventionsmittel bei Verletzungen der individuellen Wissenschaftsfreiheit durch Hochschulorgane nicht verliert, kann sie vor diesem Hintergrund im klassischen Organisationsmodell, in dem die Hochschule eine Selbstverwaltungskörperschaft in unmittelbarer staatlicher Trägerschaft ist, eine bloße fleet in being bleiben, die nur in seltenen Ausnahmefällen eingesetzt werden muss.

Was ist nun aber der Grund für die Kehrtwende des Bundesverwaltungsgerichts hin zu einer bewussten Stärkung der Staatsaufsicht? Ent-

⁴² Etwa *M.-E. Geis*, Kommunalrecht, 2008, § 24, Rn. 36; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. (2009), § 23, Rn. 22; *G. Püttner*, Kommunalrecht Baden-Württemberg, 3. Aufl. (2004), Rn. 128.

⁴³ Siehe in diesem Sinne OVG RhPf, AS 7, 318 (323); *K. Braun*, Kommentar zur Verfassung des Landes Baden-Württemberg, 1984, Art. 20, Rn. 12; *H.-U. Gallwas*, Die verfassungsrechtliche Garantie des Selbstverwaltungsrechts der Hochschulen nach Art. 138 Abs. 2 Satz 1 der Bayerischen Verfassung, *WissR* 2 (1969), S. 116 (122 f.); *Gärditz* (Fn. 32), S. 401; *M.-E. Geis*, Kulturföderalismus und kulturelle Eigengesetzlichkeit: eine juristische Symbiose, *Jahrbuch für Kulturpolitik* 2001/II, S. 139 (145); *W. Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, 1997, S. 426; *J. F. Lindner*, in: *K. Hailbronner/M.-E. Geis* (Hrsg.), Hochschulrecht in Bund und Ländern, Stand: 2008, Freistaat Bayern, Rn. 32; *H.-H. Trute*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, S. 372.

⁴⁴ Siehe *Gärditz* (Fn. 32), S. 383; *U. Hufeld*, Rechtsfragen der Schließung von Studiengängen und Fakultäten, *DÖV* 1997, S. 1025 (1028 f.); *Kahl* (Fn. 35), S. 514 f., 521 f.; *F.-L. Knemeyer*, Hochschulautonomie/Hochschulselbstverwaltung, in: *Handbuch des Wissenschaftsrechts*, Bd. I, 2. Aufl. (1996), S. 237 (256); *D. Lorenz*, Die Rechtstellung der Universität gegenüber staatlicher Bestimmung, *WissR* 11 (1978), S. 1 (20 f.).

⁴⁵ Deutlich in diesem Sinne *P. M. Huber*, Staat und Wissenschaft, 2008, S. 71 f., 74 ff., 81 f.

scheidend dürften folgende Erwägungen sein: Der Transfer der Rechtsaufsicht auf die Hochschulstiftung verschiebt maßgeblich die Gewichte in dem austarierten System von akademischer Selbstverwaltung und staatlicher Residualverantwortung, auch wenn die Stiftung lediglich in die schon vorher bestehenden staatlichen Aufsichtsfunktionen eintritt.⁴⁶ Während die genannten Restriktionen aus Gründen der Hochschulfreundlichkeit bezogen auf die Aufsicht der Stiftung über die Hochschule erhalten bleiben müssen, erhält die Rechtsaufsicht des Staates über die Stiftung eine grundlegend veränderte Bedeutung, da der Staat nun nicht mehr als intervenierender Antagonist akademischer Freiheit agiert, sondern als übergeordnete Kontrollinstanz die wissenschaftsadäquate Ausübung von übertragener Herrschaftsgewalt durch die Stiftung zu gewährleisten hat. Denn Stiftungsautonomie – wenn auch mangels mitgliederschaftlicher Struktur nicht Selbstverwaltung – gegenüber dem Staat⁴⁷ wird transformiert in Herrschaftsgewalt der Stiftung gegenüber der Hochschule. Namentlich im Bereich der Haushaltsaufstellung und beim Abschluss von Zielvereinbarungen verfügt die Stiftung ungeachtet der ihr gegenüber fortbestehenden Selbstverwaltungsgarantie (§ 55 Abs. 2 NdsHSchG) sogar über aktive wissenschaftsrelevante Gestaltungskompetenzen.

Die Frage, wer Finanzkompetenzen und Aufsichtsfunktionen gegenüber der Hochschule ausübt, bleibt keineswegs grundrechtlich indifferent. Eine Verselbstständigung und Übertragung von Herrschaftsgewalt auf unabhängige und weder in die selbstverwaltungsadäquaten Legitimationszusammenhänge der Hochschule noch in die hierarchische Staatsverwaltung eingebundene Entscheidungsträger erhöht das Risiko von Rechtsverletzungen, zumal die Zusammensetzung des Stiftungsrates generell keine hinreichende Sensibilität für Rechtsfragen zu gewährleisten vermag. Denn der Stiftungsrat soll maßgebliche gesellschaftliche Interessen an der (und damit Erwartungshaltungen gegenüber der) Wissenschaft repräsentieren. Er tritt damit aber bereits qua Besetzungsmodus unmittelbar in ein Spannungsverhältnis zur Wissenschaftsfreiheit,⁴⁸ die gerade ein Bereich autonomer Verantwortung bleiben soll, der nicht durch bloße gesellschaftliche Nützlichkeits- und politische Zweckmäßigkeitvorstellungen

⁴⁶ So im Ergebnis auch *D. Sterzel/J. Perels*, Freiheit der Wissenschaft und Hochschulmodernisierung, 2003, S. 257, die hierin nicht ohne Grund eine Gefährdung der akademischen Selbstverwaltung sehen.

⁴⁷ Zu diesem Ziel des Modells *W. Kabl*, Hochschule und Staat, 2004, S. 95.

⁴⁸ Dies verkennt (bezogen auf ein entsprechendes Hochschulratsmodell) maßgeblich der BayVerfGH, WissR 41 (2008), S. 160 (168).

gen geprägt sein darf.⁴⁹ Dieser Antagonismus lässt den Stiftungsrat aber generell als ungeeignet erscheinen, gleichsam als neutraler Dritter über die Wahrung der Wissenschaftsfreiheit der Hochschulmitglieder zu wachen. Das Gericht weist ergänzend auch auf die Informationsasymmetrie zwischen Stiftungsrat und Hochschulpräsidium hin, die eine wirksame Kontrolle der Hochschulleitung erheblich erschwere. „Aus der Besetzung des Stiftungsrats und seiner rechtlichen Stellung ergeben sich durchgreifende Zweifel, ob er in der Lage ist, die Hochschule, insbesondere deren Präsidium, wirkungsvoll zu beaufsichtigen“.⁵⁰ Eine selbstbewusste Hochschulleitung wird also ‚ihren‘ Stiftungsrat gezielt steuern und damit an der kurzen Leine halten, sich dann aber auch elegant einer wirksamen Aufsicht entziehen können. Ein letzter Punkt ist zu ergänzen: Mit der Ausgliederung der Trägerstiftung aus der hierarchischen Staatsverwaltung geht zugleich ein Transparenzverlust in den verantwortungsbegründenden Zurechnungszusammenhängen einher, die gleichermaßen für die materielle Entscheidungslegitimation wie für den Schutz der Wissenschaftsfreiheit essentiell wären.⁵¹ Auch dies spricht dafür, zumindest die Rechtsaufsicht entlang der demokratischen Legitimationsstränge zu stärken, um einer Verflüchtigung von Legitimationsstrukturen und von rechtsstaatlicher Bindung durch eine (zu) komplex gestaltete Organisationsform überhaupt etwas entgegenzusetzen.

Eine strikte und effektive Staatsaufsicht dient dem Bundesverwaltungsgericht also letztlich der *Kompensation* der Verantwortlichkeits- und Legitimationsdefizite, die durch die Verselbstständigung der Trägerstiftung aufgerissen wurden. So überzeugend dieser *abstrakte* Grundansatz des Bundesverwaltungsgerichts zunächst ist, erweist er sich doch im *konkreten* Fall des Stiftungsmodells als letztlich ungeeignet, die aufgezeigten verfassungsrechtlichen Defizite zu beheben. Denn eine effektive Rechtsaufsicht des Staates über die Stiftung setzt eine hinreichende Dichte normativer Maßstäbe voraus. Rechtsaufsicht leidet daher in akademischen Angelegenheiten unter einer strukturellen Schwäche, die nur in traditionellen Organisationsmodellen sinnvoll konzipiert ist. Ohne konkrete und hinreichend verdichtete rechtliche Bindungen fehlt es schlichtweg an geeigneten Ansatzpunkten für eine rechtsaufsichtliche Intervention.⁵² Dies gilt in besonderem Maße für hochschulstrategische Grundsatzentschei-

⁴⁹ BVerfGE 111, 333 (358).

⁵⁰ Rn. 45 des Urteils (Fn. 1).

⁵¹ Vgl. Gärditz (Fn. 32), S. 413 f.

⁵² So auch (bezogen auf das bayerische Hochschulratsmodell) W. Kabl, Erwidernungsschriftsatz v. 26. 4. 2007, in: ders. (Hrsg.), Das bayerische Hochschulurteil 2008, 2008, S. 171 (176).

dungen und Entscheidungen über die Allokation knapper Ressourcen durch die Hochschul- und Stiftungsorgane.

Ungeachtet dieser Vorbehalte ist das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts auch für solche Bundesländer relevant, in denen Aufsichtsfunktionen selbstständigen und mit Hochschulexternen besetzten Hochschulräten überantwortet wurden, da in diesem Fall der Hochschulrat funktional dem für die Aufsicht zuständigen (§ 60 Abs. 2 Satz 2 Nr. 7 NdsHSchG) Stiftungsrat vergleichbar ist. Auch dort entlastet die binnen-administrative Aufsichtsfunktion des Hochschulrats folglich das jeweilige Land nicht davon, selbst effektive Rechtsaufsicht auszuüben.⁵³

c) Grundrechtliche Funktionalisierung der Rechtsaufsicht und Interventionsanspruch

Konsequente Folge einer grundrechtlichen Funktionalisierung der Rechtsaufsicht ist es zudem, entgegen dem herkömmlichen Verständnis auch den einzelnen Grundrechtsträgern, sofern deren Rechte verletzt sind, beim Versagen der Rechtsaufsicht durch die Stiftung einen gegen das Land gerichteten Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung betreffend das rechtsaufsichtliche Einschreiten einzuräumen. Potentielle Anspruchsberechtigte sind Hochschullehrer und Fakultäten, aber auch die Hochschulen, sofern diese durch Maßnahmen der Stiftung beschwert sind. Dieser Anspruch ist dann gemessen an § 42 Abs. 2 VwGO auch einklagbar. Denn es wäre in sich widersprüchlich, einerseits die Rechtsaufsicht grundrechtlich zu einer Interventionspflicht aufzuladen, die einzelnen Grundrechtsträger, die materieller Grund der organisationsrechtlichen Vorgaben der Wissenschaftsfreiheit sind und deren Rechte auch vom Bundesverwaltungsgericht für die Stärkung der Staatsaufsicht an-

⁵³ Dies gilt beispielsweise für Nordrhein-Westfalen. Nach § 21 Abs. 1 NWHSchG übt der Hochschulrat die Aufsicht über die Geschäftsführung des Präsidiums aus. Aufsicht kann hier nur im Sinne von Rechtsaufsicht, nicht hingegen im Sinne von Fachaufsicht verstanden werden (so aber *J. Horst/T. Fragel*, Zur Reichweite und Abgrenzung der Kompetenzen von Hochschulleitung und Hochschulrat nach dem neuen Hochschulgesetz NRW, *WissR* 41 [2008], S. 274 [281 ff.]), da es dem zumindest mehrheitlich mit Externen besetzten Hochschulrat sowohl an der Legitimation als auch an der adäquaten Organstruktur fehlt, nach eigenem Ermessen gestaltend in die von den Mitgliedern der Hochschulleitung legitimierten Vorgänge der Geschäftsführung durch die Hochschulleitung einzugreifen. Die Rechtsaufsicht ist aber nach Maßgabe der hier besprochenen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nur die funktionelle Fortsetzung der nach § 76 Abs. 1 NWHSchG bestehenden Rechtsaufsicht des Ministeriums, das durch die Aufsichtskompetenz des Hochschulrats hier nicht entlastet wird und zudem auch ggf. verpflichtet ist, gegen rechtswidrige Aufsichtsentscheidungen des Hochschulrates einzuschreiten.

geführt werden, aber lediglich zu reflexartig Begünstigten zu reduzieren. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die aus der objektiven Dimension der Wissenschaftsfreiheit abgeleiteten Organisationsanforderungen, denen hier auch die aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG abgeleiteten Vorgaben für die effektive Wahrnehmung der Staatsaufsicht hinzuzufügen sind, gleichsam zu resubjektivieren und einer Verfassungsbeschwerde zugänglich zu machen,⁵⁴ was bezogen auf ein (verwaltungsprozessual einklagbares) subjektives Recht auf eine wissenschaftsadäquate Hochschulorganisation gleichermaßen gelten muss. Im Übrigen bliebe die vom Bundesverwaltungsgericht geforderte aktive Wahrnehmung der staatlichen Rechtsaufsicht ohne Klagerechte Betroffener weitgehend wirkungslos, da sie dann keiner gerichtlichen Kontrolle und damit keinem latenten Aktivierungsdruck unterläge.

III. Hochschulorganisationsrechtliche Legitimationsfragen

Hochschulrelevante Entscheidungen betreffen entweder Angelegenheiten in Forschung und Lehre im Bereich der akademischen Selbstverwaltung und bedürfen dann einer grundrechtlich-autonomen, von den Hochschulmitgliedern abgeleiteten (akademischen) Legitimation. Oder es handelt sich um staatliche Angelegenheiten, die dann eine auf das Staatsvolk rückführbare demokratische Legitimation benötigen.⁵⁵ Die Problematik einiger reformierter Hochschulgesetze liegt nun darin, dass verschiedentlich Organe geschaffen wurden, die anspruchsvolle Hybridstrukturen aufweisen oder durch managementorientierte Verselbstständigung von den genannten Legitimationsquellen weitgehend abgenabelt wurden.⁵⁶

⁵⁴ Vgl. nur BVerfGE 111, 333 (352 f.); parallel für die Popularklage nach Art. 98 Satz 4 BayVerf die Entscheidung des BayVerfGH, WissR 41 (2008), S. 160 (161).

⁵⁵ Vgl. nur *M. Febling*, Hochschule, in: ders./M. Ruffert (Hrsg.), *Handbuch des Regulierungsrechts*, 2010, § 17, Rn. 83; *K. F. Gärditz*, Hochschulmanagement und Wissenschaftsadäquanz, NVwZ 2005, S. 407 (408); ders. (Fn. 32), S. 402 f.; *W. Kabl*, Hochschulräte – Demokratieprinzip – Selbstverwaltung, AöR 130 (2005), S. 225 (236 ff., 246 ff.); ders. (Fn. 47), S. 105 ff.

⁵⁶ Vgl. *Febling* (Fn. 55), § 17, Rn. 83 ff.

1. Nachträgliche Erweiterung der Organzuständigkeiten eines Kollegialorgans nach seiner Wahl

Für die Entscheidung über den Antrag, die staatliche Hochschule in eine Stiftungshochschule nach den §§ 55 ff. NdsHSchG zu überführen, war nach § 72 Abs. 1 Satz 4 NdsHSchG a.F. der bei Inkrafttreten des novellierten Hochschulgesetzes vom Juni 2002 bestehende, auf der Grundlage des alten Rechts gewählte Senat zuständig, solange dieser noch nicht von dem nach § 72 Abs. 1 Satz 1 NdsHSchG a.F. neu zu wählenden Senat abgelöst wurde.⁵⁷ Dem bereits bestehenden Senat wurde also zusätzlich zu seinen bisherigen Aufgaben die Organzuständigkeit für den Überleitungsantrag übertragen, der konstitutive Voraussetzung einer Umwandlung der Hochschule in eine Stiftungshochschule ist. Anders gewendet: Im Zeitpunkt der Senatswahl bestand keine Entscheidungskompetenz des Senats, eine Überführung der Universität in die Trägerschaft einer Stiftung zu beantragen. Daher stellt sich die Frage nach der Entscheidungslegitimation des Senats, die das Bundesverwaltungsgericht eher beiläufig bejaht hat. Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG stehe „Entscheidungen in Angelegenheiten nicht entgegen, die dem Kollegialorgan erst nach seiner Wahl übertragen werden. Dies gilt auch für Angelegenheiten von weit reichender Bedeutung.“⁵⁸

Diese apodiktische Feststellung ist zwar im Ergebnis bezogen auf die vorliegende Fallkonstellation richtig, lässt aber eine Auseinandersetzung mit dem dahinter stehenden Legitimationsproblem vermissen und taugt daher nicht zur Verallgemeinerung. Der Senat benötigt auch für die maßgebliche Antragstellung nach § 55 Abs. 1 Sätze 1–2 NdsStiftG entweder hinreichende demokratische oder hinreichende akademische Legitimation. Auch wenn der Senatsbeschluss die Überleitung der Hochschule in die Trägerschaft der in diesem Fall zu gründenden Stiftung nicht unmittelbar selbst herbeiführt, ist er doch konstitutiv für die Transformation und insoweit als amtliches Handeln mit Entscheidungscharakter legitimationsbedürftige Ausübung von Hoheitsgewalt. Zwar wird der Senat durch die einschlägige Bestimmung des Hochschulgesetzes sachlich-inhaltlich

⁵⁷ Die Übergangsregelung des § 72 Abs. 1 NdsHSchG a.F. lautete: „Bis zum 31. Januar 2003 ist ein neuer Senat nach § 97 NHG in der bis zum In-Kraft-Treten dieses Gesetzes geltenden Fassung zu wählen, der aus Vertreterinnen und Vertretern der Gruppen nach § 16 Abs. 2 Satz 3 Nrn. 1 bis 4 im Verhältnis 7 : 2 : 2 : 2 besteht. Dieser Senat hat bis zum 30. April 2003 vier, im Fall der Hochschule Vechta drei Mitglieder des Hochschulrats zu bestellen. Die Grundordnung, andere Ordnungen und Satzungen der Hochschule sind bis zum 31. Dezember 2004 an die Vorschriften dieses Gesetzes anzupassen. Der bei In-Kraft-Treten dieses Gesetzes bestehende Senat und der nach Satz 1 gewählte Senat sind für die Aufgaben des Senats nach diesem Gesetz zuständig.“

⁵⁸ Rn. 30 des Urteils (Fn. 1).

legitimiert. Seine personelle Legitimation bezieht er jedoch aus der vorausgegangenen Senatswahl und damit von den wahlberechtigten Hochschulmitgliedern. Diese haben dem Senat aber nur ein Mandat zur Erfüllung der *im Zeitpunkt der Wahl* bestehenden Aufgaben verschafft. Selbst wenn man das Mandat des Senats pauschal auf sämtliche grundlegenden Fragen der akademischen Selbstverwaltung (Art. 5 Abs. 3 NdsVerf) erstrecken würde, verschafft dies vorliegend noch keine personelle Entscheidungslegitimation. Denn gestalterische Entscheidungen über die äußere Organisation der Hochschule sind schon kein Gegenstand des akademischen Selbstverwaltungsrechts.⁵⁹ Das Selbstverwaltungsrecht setzt vielmehr voraus, dass das staatliche Recht eine selbstverwaltungsadäquate Organisationsform zur Verfügung stellt, innerhalb derer sich freie Forschung und Lehre entfalten können. Die Lücke in der personellen Legitimation des Senats, die hochschulstrukturpolitische Ermessensentscheidung über den Überleitungsantrag zu treffen, lässt sich nur dadurch schließen, dass man den notwendigen Legitimationstransfer hier nicht in der Senatswahl sieht, sondern in dem parlamentarisch verantworteten Hochschulgesetz, das den Senat in seinem vorgefundenen personalen Bestand unmittelbar in die fragliche Entscheidungskompetenz einsetzt. Dies ist jedenfalls folgerichtig, wenn man die Umorganisation der Hochschule wie hier als eine staatliche, der akademischen Selbstverwaltung vorgelagerte Aufgabe ansieht. Dass der Senat ungeachtet dessen die Überleitungsentscheidung in seinem Ermessen (also nach Maßgabe hochschulpolitischer Präferenzen) zu treffen hat, ohne hierbei Weisungen des Ressortministers zu unterliegen, wird man als zulässige Abweichung vom hierarchischen Legitimationsmodell ansehen dürfen: Zum einen handelt es sich um eine nur punktuelle und zudem einmalige Interimsaufgabe. Zum anderen sprechen gewichtige, einer verfassungsrechtlichen Rückkoppelung zugängliche Gründe für diese Abweichung, da das Ermessen dazu dient, die mitgliedschaftlich in der Hochschule organisierten Grundrechtsträger maßgeblich am Diskurs zu beteiligen, ob die gesetzlich lediglich angebotene Transformation in eine Stiftungshochschule letztlich auch tatsächlich gewünscht wird. Auch wenn der Senat nicht zu diesem Zweck gewählt wurde, kann er doch eine sachgerechte kommunikative Brückenfunktion im Interesse der ihrerseits verfassungsrechtlich verbürgten Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG) einnehmen. Insoweit lässt sich die atypische Rolle des Senats als punktuelle Abweichung vom Legitimationsmodell aus verfassungsimmanenten Gründen grundrechtsschonender Rücksichtnahme im Ergebnis noch tragfähig legitimieren.

⁵⁹ So im Ergebnis auch *Geis* (Fn. 10), S. 307 f.

2. Die Zusammensetzung des Stiftungsrates

Als wesentlich problematischer erweist sich folgende Feststellung des Bundesverwaltungsgerichts zur Legitimation des Stiftungsrates: „Der demokratisch legitimierte Gesetzgeber ist grundsätzlich nicht gehindert, Entscheidungs- und Mitwirkungsbefugnisse in wissenschaftsrelevanten, d.h. Forschung und Lehre betreffenden, Angelegenheiten der Hochschule auf Gremien zu übertragen, die sowohl gegenüber dem Fachministerium als auch gegenüber den Organen der Hochschule unabhängig sind.“ Es drängt sich die Frage auf: Wem gegenüber soll ein derart unabhängig gestelltes Hochschulorgan dann verantwortlich sein? Gegenüber sich selbst? Ein reines Gewissen schafft keine Legitimation; Sachkunde auch nicht. Das Gericht lässt die Legitimationsfrage letztlich unbeantwortet und rekurriert allein auf die individuelle Wissenschaftsfreiheit. Verfassungsrechtliche Grenzen seien dem Gesetzgeber nur insoweit gezogen, „als von gesetzlichen Regelungen der Hochschulorganisation keine strukturelle Gefährdung der durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geschützten freien wissenschaftlichen Betätigung ausgehen darf.“⁶⁰

a) Das Legitimationsdefizit

Das Bundesverwaltungsgericht verengt seine Betrachtung hier einseitig auf inhaltliche Grundrechtsgefährdungen, die eine wissenschaftsadäquate Hochschulorganisation fraglos reduzieren soll, verkennt hierbei aber das daneben bestehende Legitimationsdefizit, das seinerseits grundrechtsgefährdend wirkt. Das Herzstück wissenschaftsadäquater Entscheidungsstrukturen ist gerade ein hinreichendes Legitimationsniveau der zur Entscheidung in wissenschaftsrelevanten Angelegenheiten befugten Organe. Da die Aufgabenerfüllung durch den Stiftungsrat im geltenden Hochschulgesetz nur sehr vagen inhaltlichen Bindungen unterliegt, der Stiftungsrat mithin weitgehend diskretionär entscheidet,⁶¹ lässt sich hinreichende Entscheidungslegitimation letztlich nur durch eine verstärkte Rückanbindung an die zu politischen Entscheidungen legitimierten Organe herstellen. Grundsätzlich setzt dies aber Weisungsrechte voraus, die eine inhaltliche Einflussnahme auf die Entscheidung ermöglichen und so die politische Ausfüllung des administrativen Letztentscheidungsrechts le-

⁶⁰ Rn. 51 des Urteils (Fn. 1).

⁶¹ Die Kernvorschrift des § 60 Abs. 2 NdsHSchG enthält letztlich allein eine abstrakte Aufgabenbeschreibung, aber keine materiellen Maßstäbe. Konkretere, aber eher formale Maßstäbe finden sich im Wesentlichen nur in § 57 NdsHSchG, der die Wirtschaftsplanung und -führung betrifft.

gitimieren. Unabhängigkeit gepaart mit inhaltlicher Entscheidungsfreiheit ist hingegen selbstherrliche, verantwortlichkeitsfreie Autokratie in einem legitimationsabstinenten Niemandland.⁶² Insoweit wurde der Stiftungshochschule bislang mit Recht überwiegend ein sachlich-inhaltliches Legitimationsdefizit attestiert.⁶³ An vergleichbaren Defiziten leiden im Übrigen auch andere Organisationsmodelle, die namentlich für die Einsetzung von Hochschulräten hybride Mischlegitimationsformen zwischen Staat und Hochschule vorsehen und hierbei insgesamt hinter das erforderliche Legitimationsniveau zurückfallen, da keiner der unterschiedlichen Legitimationsstränge für sich gesehen eine hinreichende Anbindung an demokratisch bzw. grundrechtlich-funktional legitimierte Organe sicherstellt.⁶⁴

b) *Kompensation durch Einfluss des Senats?*

Freilich belässt es auch das Bundesverwaltungsgericht nicht bei einer pauschalen Billigung der doppelten Unverantwortlichkeit. Das Gericht bemüht sich vielmehr um eine angemessene Konturierung von Legitimationszusammenhängen und verlangt einen maßgebenden respektive ausschlaggebenden Einfluss der Hochschullehrer auf alle wissenschaftsrelevanten Entscheidungen.⁶⁵ Diesen Einfluss sieht es aber dadurch als gewährleistet an, dass dem gewählten und mehrheitlich mit Hochschullehrern besetzten Senat dauerhafter Einfluss auf die personelle Zusammensetzung des Stiftungsrates gesichert ist. Dies ist insoweit richtig, als durch Wahl gestiftete Legitimation durch Legitimationsketten auf andere, ihrerseits vom gewählten Basisorgan ernannte bzw. gewählte⁶⁶ Organe übertragen werden kann.⁶⁷ Entscheidend bleibt letztlich jedoch, ob

⁶² Vgl. auch *H. P. Bull/V. Mehde*, Reform der Hochschulorganisation – die populären Modelle und ihre Probleme, JZ 2000, S. 650 (656); *Gärditz* (Fn. 32), S. 550; *Kahl* (Fn. 52), S. 183.

⁶³ *M. Braukmann*, Mangelnde demokratische Legitimation und funktionswidrige Organisationsstrukturen der niedersächsischen Stiftungsuniversitäten, JZ 2004, S. 662 ff.; *Gärditz* (Fn. 32), S. 570; *Geis* (Fn. 10), S. 311 ff.; *Koch* (Fn. 28), S. 67 ff.; *Löwer* (Fn. 9), S. 194 ff.; *ders.*, Ein Diskussionsbeitrag, in: O. Behrends (Hrsg.), Göttingen als Stiftungsuniversität?, 2003, S. 149 (153 f.); *ders.* (Fn. 10), S. 203 ff.; *Sterzel/Perels* (Fn. 46), S. 245 ff.; *W. Thieme*, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl. (2004), Rn. 180. In allen Punkten anders aber *A. von Brünneck*, Verfassungsrechtliche Probleme der öffentlich-rechtlichen Stiftungshochschule, WissR 35 (2002), S. 21 (27 ff., 30 ff., 38 ff.).

⁶⁴ Vgl. *W. Löwer*, in: *ders./P.J. Tettinger* (Hrsg.), Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2002, Art. 16, Rn. 33.

⁶⁵ Rn. 51 des Urteils (Fn. 1).

⁶⁶ Vgl. zur Terminologie *A. Merkel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, S. 311: Kollegiale Kurationsorgane wählen, monokratische Kurationsorgane ernennen.

⁶⁷ Siehe im Einzelnen *Gärditz* (Fn. 32), S. 495 ff.

der hierdurch vermittelte Einfluss insgesamt ein hinreichendes Legitimationsniveau gewährleistet.⁶⁸ Dies ist noch nicht durch einen einmaligen Wahlakt erreicht. Vielmehr bedarf es auch ex post kontinuierlicher Einflussmöglichkeiten auf das gewählte Organ. Hierzu zählen namentlich Kontroll- und Korrekturrechte,⁶⁹ die einer wissenschaftsinadäquaten Abkoppelung von der Willensbildung des kollegialen akademischen Basisorgans (sprich: hier des Senats) entgegenwirken.⁷⁰ Je stärker die jeweiligen Befugnisse des Organs mit diskretionären Elementen durchzogen sind, umso intensiver müssen korrespondierende Kontrollrechte bzw. ‚checks and balances‘ ausfallen.⁷¹ Würde ein vom Senat gewähltes oder bestätigtes Leitungsorgan ohne solche Gegengewichte für die Wahlperiode in die Selbstständigkeit entlassen, wäre eine Einflussnahme auf wissenschaftsrelevante Entscheidungen praktisch nicht mehr möglich, weshalb der Legitimationsakt entwertet würde. Das Bundesverwaltungsgericht sieht dies mit erkennbaren Vorbehalten („kann [...] noch hingenommen werden“) letztlich wohl ebenso und verlangt daher, dass „dem Senat dauerhaft ausschlaggebender Einfluss eingeräumt“ werden müsse.⁷²

aa) Das unzureichende Einvernehmen

Ausgehend von dieser Prämisse sah sich das Bundesverwaltungsgericht bezogen auf das konkrete Organisationsmodell der Stiftungshochschule nun mit dem Problem konfrontiert, dass die Mehrheit der Mitglieder des Stiftungsrates nach dem Gesetz vom Ministerium lediglich im Einvernehmen mit dem Senat bestellt werden (§ 60 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 NdsHSchG).⁷³ Dies allein wäre erkennbar nicht geeignet, dem Senat und damit einer ausschlaggebenden Hochschullehrermehrheit hinreichenden Einfluss auf den Stiftungsrat zur Herstellung eines angemessenen (in der Terminologie des Gerichts: „dauerhaften“, sprich: auch noch während der konkreten Ent-

⁶⁸ Ansätze in diese Richtung bei BVerfGE 111, 333 (361).

⁶⁹ Allgemein *Schmidt-Aßmann* (Fn. 22), Kap. 2, Rn. 86.

⁷⁰ Vertiefend *Gärditz* (Fn. 32), S. 500 ff.

⁷¹ *W. Kabl*, Popularklage v. 19. 12. 2006, in: ders. (Hrsg.), *Das bayerische Hochschulurteil 2008, 20008*, S. 29 (84); parallel für die demokratische Legitimation *Löwerr* (Fn. 9), S. 195.

⁷² Rn. 52 des Urteils (Fn. 1). Siehe ähnlich bereits *Classen* (Fn. 14), S. 287, der eine „ständige Kontrolle der entsprechenden Vertreter“ fordert.

⁷³ Im insoweit parallelen Bereich der mehrheitlich mit Externen besetzten Hochschulräte wurde dies freilich teils für noch verfassungskonform erachtet, so *Kabl* (Fn. 55), S. 253 mit 254 f.; im Ergebnis ebenso *J. Schlegel*, Hochschulräte – Diktatur der Funktionäre oder Verbesserung der strategischen Planungskompetenz der Hochschulen?, in: *Festschr. f. Knut Ipsen*, 2000, S. 507 (523).

scheidungsfindung wirksamen) Legitimationsniveaus zu sichern.⁷⁴ Das Hochschulgesetz sieht auch keine weitergehenden Kontrollrechte der Hochschulorgane gegenüber der Stiftung und ihren Organen vor. Schließlich fehlt es dem mehrheitlich mit Hochschulexternen besetzten Stiftungsrat – anders als den von den Hochschulmitgliedern auf Zeit gewählten akademischen Repräsentationsorganen (Fakultätsräte und Senat) – an einer Selbstbetreffenheit,⁷⁵ durch die die bezeichneten Organe zu maßvoller Verwaltung angehalten werden, da sie getroffene Entscheidungen potentiell auch in der Rolle als Mitglieder der Hochschule gegen sich gelten lassen müssen.

bb) Kompensation durch Abwahlrecht contra legem?

Das Bundesverwaltungsgericht sah sich daher letztlich gezwungen, einen begleitenden Einfluss über ein faktisches Abwahlrecht des Senats gegenüber den Mitgliedern des Stiftungsrates herbeizudeuteln. Jedes Mitglied des Stiftungsrats kann zwar vom Fachministerium aus wichtigem Grund entlassen werden (§ 60 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 NdsHSchG). Dies allein verschafft aber *dem Senat* noch keinen Einfluss, weshalb sich das Gericht erneut einer durchaus mutigen verfassungskonformen Auslegung bedient: „Bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs des wichtigen Grundes ist dem verfassungsrechtlich gebotenen Einfluss des Senats Rechnung zu tragen. So kann der Senat die Voraussetzungen einer Entlassung in der Grundordnung der Hochschule konkretisieren [...]. Unabhängig davon muss dem Votum des Senats maßgebende Bedeutung für die Entscheidung des Fachministeriums zukommen.“⁷⁶ Diese Auslegung läuft freilich der Regelungsintention des Gesetzes offensichtlich zuwider. Das zuständige Ministerium wird hier letztlich zum bloßen Notar der materiell vom Senat zu treffenden Personalentscheidungen, was zwar die verfassungsrechtliche Problematik der hochschulgesetzlichen Regelung entschärft, aber offensichtlich nicht mit der Systematik der gesetzlichen Organbeziehungen (insbesondere § 60 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 NdsHSchG) in Einklang zu bringen ist. Der Gesetzgeber hat den Stiftungsrat funktional vor allem als Aufsichtsorgan konzipiert (vgl. § 60 Abs. 2 Satz 2 Nr. 7 i.V. mit § 55 Abs. 4 NdsHSchG). Wirksame Rechtsaufsicht wird aber entscheidend behindert, wenn das beaufsichtigende Organ seinerseits unter eine (wenn auch mittelbare) Aufsicht durch den Beaufsichtigten gestellt wird und die

⁷⁴ So auch *Braukmann* (Fn. 63), S. 663; parallel für das Hochschulratsmodell *W.-R. Schenke*, Neue Fragen an die Wissenschaftsfreiheit, NVwZ 2005, S. 1000 (1007).

⁷⁵ Hierzu *Gärditz* (Fn. 32), S. 549.

⁷⁶ Rn. 54 des Urteils (Fn. 1).

Organwalter befürchten müssen, im Falle der effektiven Ausübung ihrer Befugnisse durch Abwahl abgestraft zu werden. Die verfassungskonforme Interpretation hebt daher das gesetzliche Hochschulorganisationsmodell in einem tragenden Pfeiler seiner (notabene: hochschulpolitisch ebenso verfehlten wie verfassungsrechtlich prekären, aber eben durch Art. 100 Abs. 1 GG gegenüber einer instanzrichterlichen Desavouierung qualifiziert geschützten⁷⁷) Grundstruktur faktisch aus.

Akzeptiert man ungeachtet dessen im vorliegenden Fall die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung, hat die Entscheidung des Gerichts auch Auswirkungen auf die Hochschulverfassung solcher Bundesländer, die einem hochschulinternen Hochschulrat Aufsichtsfunktionen über die Hochschule oder deren Organe übertragen haben. Auch dort wird man konsequenterweise gleichermaßen ein Abwahlrecht des Ministeriums gegenüber bestellten Hochschulratsmitgliedern (verbunden mit einer Abwahlpflicht auf Verlangen des Senats) bejahen müssen, wenn das geltende Recht – wie durchweg der Fall – keine anderweitigen Einwirkungsmöglichkeiten der von den Mitgliedern gewählten Hochschulkollegialorgane auf den Hochschulrat vorsieht. Dies gilt zwangsläufig auch in Bundesländern, die wie Nordrhein-Westfalen (vgl. § 21 Abs. 4 NWHSchG) kein originäres gesetzliches Abwahlrecht kennen.⁷⁸ Auch hier muss gegebenenfalls die Grundordnung Möglichkeiten einer verfassungsrechtlich gebotenen Abwahl schaffen.⁷⁹

cc) Dysfunktionale Legitimation staatlicher Aufgaben durch Hochschulorgane

Als problematisch erweist sich aber auch noch ein anderer, vom Bundesverwaltungsgericht nicht beachteter Gesichtspunkt. Der Stiftungsrat ist vor allem in die vormalige Staatsaufsicht eingerückt, nimmt also insoweit gegenüber der Hochschule Aufgaben wahr, die zuvor der Ministerialverwaltung oblagen. Diese Aufgabe verbleibt, wie gezeigt, staatlich

⁷⁷ Siehe unten IV.

⁷⁸ Siehe zum Befund und zur zutreffenden verfassungsrechtlichen Kritik T. Horst, Zur Abwahlmöglichkeit von Mitgliedern des nordrhein-westfälischen Hochschulrats durch das Ministerium, NWVBl. 2009, S. 90 (91 f.).

⁷⁹ Dies dürfte im Rahmen des geltenden Rechts noch zu verwirklichen sein. Denn nach § 21 Abs. 4 Satz 6 HSchG NW gelten die Regelungen über die Ernennung auch im „Falle des Rücktritts oder der sonstigen Beendigung der Funktion eines Mitglieds des Hochschulrates“ für die Auswahl des jeweils nachfolgenden Mitglieds. Damit setzt das Gesetz die Existenz sonstiger Beendigungsgründe voraus, ohne diese selbst zu regeln. Dann aber ist es nur konsequent, die Konkretisierung der Grundordnung zu überantworten.

und gegenüber der Hochschulselbstverwaltung ein Externum, bedarf dann aber als Ausübung von Staatsgewalt gegenüber einem Selbstverwaltungsträger zwingend *demokratischer* – sprich: auf das Staatsvolk rückführbarer – Legitimation (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG).⁸⁰ Eine Legitimation durch die Hochschulmitglieder im Sinne akademischer Selbstverwaltung kommt hingegen in diesem Bereich von vornherein nicht in Betracht, weil die Staatsaufsicht, die der Durchsetzung des Rechts gegenüber aus der Staatsverwaltung ausgegliederten Selbstverwaltungsträgern dient,⁸¹ aus funktionalen Gründen nie von dem Beaufsichtigten selbst ausgeübt und damit ebenso wenig durch das personale Substrat eines Selbstverwaltungsträgers legitimiert werden kann.⁸² Folglich ist die Herleitung der Legitimationszusammenhänge durch das Bundesverwaltungsgericht hier nicht frei von Widersprüchen, wenn einerseits die Notwendigkeit einer staatlichen Rechtsaufsicht und deren effektive Wahrnehmung gerade durch die Staatsverwaltung betont, andererseits aber versucht wird, das an erster Stelle für die Rechtsaufsicht zuständige Stiftungsorgan staatsfern über die Mitglieder der Hochschule zu legitimieren.⁸³ Demokratische und grundrechtlich-funktionale (akademische) Legitimation beziehen sich auf zwei grundlegend unterschiedliche Legitimationssubjekte (Staatsvolk einerseits, Verbandsmitglieder andererseits) und legitimieren ebenso unterschiedliche Legitimationsobjekte (allgemeine demokratische Herrschaft [„Staatsgewalt“ im Sinne des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG] einerseits, Herrschaft der Betroffenen über einen engen Kreis eigener Angelegenheiten andererseits). Beide Legitimationsformen sind folglich nicht austauschbar.⁸⁴ Die vermeintlich verfassungskonforme Deutung durch das Bundesverwaltungsgericht mündet damit letztlich in einer Konfusion staatlicher und akademischer Legitimationsstränge, wodurch das Legitimationsdefizit des Stiftungsrates nicht beseitigt wird, sondern Konstruktionsfehler des Stiftungsmodells durch zusätzliche Komplexität potenziert werden.

⁸⁰ Gärditz (Fn. 32), S. 567; Löwer (Fn. 9), S. 193 ff.

⁸¹ Kabl (Fn. 35), S. 479 ff.

⁸² Bezogen auf den Genehmigungsvorbehalt für Hochschulsatzungen hervorhebend Löwer (Fn. 9), S. 195.

⁸³ Für die Möglichkeit einer solchen Kompensation (freilich im Ergebnis ablehnend) aber zuvor auch Sterzel/Perels (Fn. 46), S. 256. Auch W.-R. Schenke, Das neue baden-württembergische Hochschulgesetz auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts, in: Festschr. f. Reinhard Mußgnug, 2005, S. 439 (442); ders., (Fn. 74), S. 1004 f., will eine „doppelte personelle Legitimation“ anerkennen, soweit Mitglieder eines Hochschulrats sowohl durch staatliche als auch durch akademische Organe gemeinsam bestellt werden.

⁸⁴ Siehe zu den Unterschieden nur E.-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24, Rn. 33 f.; M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, S. 530.

Ausgehend von den prinzipiell zutreffenden grundrechtsdogmatischen Anforderungen an die Legitimationsbegründung lässt sich daher die Organisation des Stiftungsrates mit dem Demokratieprinzip nicht in Einklang bringen. Daher hätte das Bundesverwaltungsgericht – unterstützt durch die wohl überwiegende Meinung im Schrifttum – die betroffenen Regelungen nach Art. 100 Abs. 1 GG dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorlegen müssen.⁸⁵

3. Die Legitimation des Hochschulpräsidiums

Das Präsidium der Hochschule, das zugleich Organ der Stiftung ist (§ 59 Abs. 1 NdsHSchG), wird vom Stiftungsrat auf Vorschlag des Senats gewählt (§ 60 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 i.V. mit § 38 Abs. 2 Satz 1, § 39 Satz 1 NdsHSchG a.F.⁸⁶). Der Senat ist also dem Wortlaut nach auf ein Vorschlagsrecht beschränkt. Dies bedeutet zwar in der Sache immerhin, dass kein Bewerber gegen den Mehrheitswillen des Senats Präsident werden kann. Allerdings lässt sich mit einem bloßen Vorschlagsrecht eine Ernennung auch nicht erzwingen. Der Stiftungsrat kann sich mit anderen Worten als Vetospieler gerieren, einen Vorschlag zurückweisen und damit jedenfalls eine Stellenbesetzung entsprechend den Präferenzen des Senats verhindern.

Es ließe sich bereits die Frage aufwerfen, ob diese Regelung mit dem akademischen Selbstverwaltungsrecht nach Art. 5 Abs. 3 NdsVerf vereinbar ist. Denn die institutionelle Garantie der akademischen Selbstverwaltung schließt nach zutreffender Ansicht die Selbstorganschaft ein, mithin das Recht der Hochschule, die eigenen Organe durch einen auf die Hochschulmitglieder rückführbaren Beststellungsakt einzusetzen.⁸⁷ Der Stiftungsrat als wahlberechtigtes Kurationsorgan ist aber ein mehrheitlich mit Hochschulexternen besetztes Fremdorgan, steht also außerhalb der Selbstverwaltung.⁸⁸ Ein Vetorecht ist mithin unzulässige Fremdverwaltung.⁸⁹ Anders als eine Mitwirkung staatlicher Organe bei der Bestellung

⁸⁵ Die Erfolgsaussichten wären hierbei durchaus offen, da das Bundesverfassungsgericht in seiner enttäuschenden Entscheidung zum BbgHSchG (BVerfGE 111, 333 ff.) zu spezifisch demokratischen Legitimationsfragen, die sich dort nicht stellten, nicht Stellung bezogen hat.

⁸⁶ Neu gefasst in § 38 Abs. 2 Sätze 7–8, § 39 Abs. 1 Satz 1 NdsHSchG.

⁸⁷ Gärditz (Fn. 32), S. 410, 492 ff. (zur Hochschulleitung insbesondere S. 498); Geis (Fn. 33), S. 574; U. Hufeld, Staatlicher Schutz der Universitas litterarum, DÖV 2002, S. 309 (312); Kahl (Fn. 55), S. 254; Löwer (Fn. 64), Art. 16, Rn. 33.

⁸⁸ So in der Tat auch für parallele Kompetenzen eines mehrheitlich mit Externen besetzten Hochschulrats Löwer (Fn. 64), Art. 16, Rn. 33.

⁸⁹ Anders aber Geis (Fn. 10), S. 310 f., der das Selbstverwaltungsrecht durch ein Vorschlagsrecht als hinreichend gewahrt ansieht.

der Hochschulleitung, die im Hinblick auf dem Leitungsorgan übertragene staatliche Funktionen gerechtfertigt sein kann,⁹⁰ lässt sich eine Vetoposition des Stiftungsrates nicht als anerkannter Kondominalbereich legitimieren, da der Stiftungsrat – wie dargelegt – schon nicht über die hinreichende demokratische Legitimation verfügt, staatliche Ingerenzrechte im Hochschulbereich auszuüben.

Die Frage nach der Kompatibilität mit Art. 5 Abs. 3 NdsVerf stellte sich im Hinblick auf den Prüfungsmaßstab im Revisionsverfahren zwar nicht. Das Bundesverwaltungsgericht gelangt aber über die bundesrechtliche Wissenschaftsfreiheit erfreulicherweise zu weitgehend parallelen Ergebnissen, was schon deshalb beachtlich ist, weil die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung in diesem Punkt bei der Ausdeutung der Wissenschaftsfreiheit bislang mehr als zögerlich war.⁹¹ „Die verfassungskonforme Auslegung dieser Vorschriften ergibt, dass der Stiftungsrat an den Vorschlag des Senats gebunden ist. Er muss den vom Senat vorgeschlagenen Bewerber ernennen, wenn der Ernennung oder Bestellung keine rechtlichen Hindernisse entgegenstehen.“⁹² Reziprok erstreckt das Bundesverwaltungsgericht die strikte Bindung auch auf die Abwahl des Präsidiums. Nach Maßgabe von § 60 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 i.V. mit § 40 Satz 1 NdsHSchG kann der Senat ein Mitglied des Präsidiums abwählen und damit dem Stiftungsrat die „Entlassung vorschlagen“. Durch den Filter der verfassungskonformen Interpretation gepresst liest sich dies wie folgt: „Der Stiftungsrat muss dem Vorschlag Folge leisten, wie durch das gesetzliche Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit für den Abwahlbeschluss unterstrichen wird.“⁹³ Eine Bewertung dieser Aussage fällt ambivalent aus. Auch wenn die vom Gericht aus der Wissenschaftsfreiheit abgeleiteten verfassungsrechtlichen Anforderungen uneingeschränkt Zustimmung verdienen, bleibt die konkrete Auslegung der fraglichen Bestimmungen des Landeshochschulrechts zweifelhaft: Denn die vom Bundesverwaltungsgericht vorgenommene verfassungskonforme Auslegung ist kaum mehr mit dem ursprünglich vom Gesetzgeber intendierten Norminhalt vereinbar.

⁹⁰ Gärditz (Fn. 32), S. 499.

⁹¹ Vgl. BVerfGE 111, 333 (356); BayVerfGH, WissR 41 (2008), S. 160 (163).

⁹² Rn. 57 des Urteils (Fn. 1).

⁹³ Rn. 58 des Urteils (Fn. 1).

IV. Die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich letztlich an allen entscheidenden Stellen kraftvoll der verfassungskonformen Interpretation bedient, um ein behelfsmäßig geflicktes und mit mehr als nur sanftem Druck in den konstitutionellen Rahmen gezwängtes Hochschulgesetz zu retten. Bei aller Anerkennung der Bemühungen des Gerichts, die vom niedersächsischen Stiftungsmodell ausgehenden Gefährdungen für eine freie Wissenschaft durch verfassungskonforme Auslegung zu entschärfen, verbleibt vor diesem Hintergrund ein gewisses Unbehagen hinsichtlich des methodischen Vorgehens. Das Gericht überstrapaziert hier letzten Endes das Institut der verfassungskonformen Auslegung. Es spielt die richtig erfassten und erfreulich klar konkretisierten verfassungsrechtlichen Vorgaben der Wissenschaftsfreiheit gegen Sinn und Regelungsziel des einfachen Gesetzes aus und betätigt sich einmal mehr als Reparaturbetrieb misslungener, zeitgeistorientierter Aktionsgesetzgebung. Die Verantwortung für dieses Ausufern verfassungsrechtlich begründeter Gesetzesdeformation liegt freilich nicht primär beim Bundesverwaltungsgericht. Letztlich bedient sich das Gericht hier nur einer ihm aufgedrängten Ausweichstrategie, die das Bundesverfassungsgericht durch seine überzogenen Substantiierungsanforderungen im Rahmen von Richtervorlagen nach Art. 100 Abs. 1 GG⁹⁴ verursacht hat. Richtervorlagen sind nach ständiger Rechtsprechung unzulässig, wenn im Vorlagebeschluss nicht substantiiert und mit vertretbarer Begründung dargelegt wird, dass die Möglichkeit einer verfassungskonformen Interpretation ausgeschlossen wurde.⁹⁵ Versperrt aber der Wortlaut eine bestimmte verfassungskonforme Auslegung nicht von vornherein und evident, wird das vorlegende Gericht mit dem Argument, eine verfassungskonforme Auslegung sei nicht möglich, weil diese das Regelungskonzept des Gesetzgebers konterkariere, in Karlsruhe nur

⁹⁴ Vgl. *T. Baumgarten*, Anforderungen an die Begründung von Richtervorlagen, 1996, S. 116 ff.; *F. W. Dollinger*, in: D. C. Umbach/T. Clemens/ders. (Hrsg.), BVerfGG, 2. Aufl. (2005), § 80, Rn. 7 ff.; *W. Heun*, Normenkontrolle, in: Festschr. 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, 2001, S. 615 (625); *K. Schlaich/S. Koriath*, Das Bundesverfassungsgericht, 7. Aufl. (2007), Rn. 145 f. Siehe zu den daraus folgenden, im Einzelnen intransparent gehandhabten Möglichkeiten einer Steuerung durch Annahme *W. Heun*, Richtervorlagen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 122 (1997), S. 610 (619 f.).

⁹⁵ BVerfGE 85, 329 (333 ff.); 88, 187 (194 ff.); 96, 315 (324 f.); BVerfG, DStRE 2009, S. 1292 (1294 f.); BVerfG-K, MMR 2009, S. 606 (608); *Dollinger* (Fn. 94), Rn. 78. Kritisch zur Überspannung des Maßstabs *C. Hillgruber/C. Goos*, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl. (2006), Rn. 613. Eine andere Ansicht (Erörterung der verfassungskonformen Auslegung nicht erforderlich) hat das Gericht noch Ende der 1960er Jahre vertreten, Vgl. BVerfGE 25, 198 (204).

schwer Gehör finden. Die verfassungskonforme Auslegung, die eigentlich den parlamentarischen Gesetzgeber vor einer vorschnellen Gesetzesverwerfung schützen sollte, mutiert dann zur Brechstange, bestehende Gesetze in einen offensichtlich nicht mehr vom (ggf. mit einem verfassungsrechtlichen Makel behafteten) Willen des Gesetzgebers gedeckten Norminhalt umzudeuten⁹⁶ und insoweit zugleich die Sperrwirkung des Art. 100 Abs. 1 GG zu unterlaufen.⁹⁷ Dass im konkreten Fall die zugrunde liegenden Verfassungsfragen beim Bundesverfassungsgericht in Anbetracht seiner Entscheidung zum Hochschulgesetz des Landes Brandenburg⁹⁸ möglicherweise nicht in den besten Händen gewesen wären,⁹⁹ ändert an dieser allgemeinen Kritik naturgemäß nichts.

V. Resümee

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts hat einmal mehr vor Augen geführt, dass die organisationsrechtliche Transparenz der Legitimationsstränge, also die formalisierten Zurechnungszusammenhänge zwischen dem jeweiligen Legitimationssubjekt und seinem Legitimationsobjekt, für den Schutz demokratischer wie grundrechtlicher Selbstbestimmung kardinal sind. Diejenigen Stimmen, die das niedersächsische Stiftungsmodell von Anfang an fundierter verfassungsrechtlicher Kritik unterzogen haben, dürfen sich überwiegend bestätigt sehen, auch wenn die Verfassungskonformität im Ergebnis bejaht wurde. Die mangelnde Klarheit der Legitimationszusammenhänge und die dysfunktionalen Verschränkungen im Rahmen des Stiftungsmodells¹⁰⁰ haben dem Gericht freilich die denkbar

⁹⁶ Hiergegen immerhin explizit BVerwGE 123, 308 (316); 131, 242 (251). Dass das Gericht im Einzelfall die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung durchaus sensibel handhabt, zeigt etwa die Entscheidung zum EU-Haftbefehl, vgl. BVerfGE 113, 273 (315 ff.).

⁹⁷ Mit Recht jüngst C. Hillgruber, in: Maunz/Dürig, Stand: 2010, Art. 97, Rn. 72 f.

⁹⁸ BVerfGE 111, 333 ff.

⁹⁹ Kritisch zu der vorstehenden Entscheidung Gärdütz (Fn. 55), S. 407 ff.; E. Klein, Bemerkungen zur hierarchischen Hochschulstruktur, in: Festschr. f. Werner Merle, 2010, S. 193 (204 ff.); W. Löwer, Universitätsreform im Spiegel der Rechtsprechung, in: Festschr. f. Reinhard Mußgnug, 2005, S. 421 (435 f.).

¹⁰⁰ Ganz allgemein scheint gerade der niedersächsische Hochschulgesetzgeber eine übertriebene Leidenschaft für bislang unbekanntere organisationsrechtliche Komplexitätssteigerungen entwickelt zu haben, wie jüngst das Modell der Niedersächsischen Technischen Hochschule zeigt, bei der letztlich Segmente verschiedener Hochschulen in einen gemeinsamen organisationsrechtlichen Überbau integriert werden. Siehe das Gesetz zur Errichtung der Niedersächsischen Technischen Hochschule (NTHG) v. 15. 12. 2008 (NdsGVBl. S. 416); hierzu eingehend T. Gawron/R. Ramin, Die Hochschulorgane der Niedersächsischen Technischen Hochschule, NdsVBl. 2009, S. 304 ff.;

größten dogmatischen Kraftanstrengungen abverlangt, in ein misslungenes Gesetz über verfassungskonforme Auslegungen fragile, aber noch halbwegs tragfähige Strukturen zur wissenschaftsadäquaten Legitimation von Herrschaftsgewalt hineinzulesen. Anzuerkennen ist, dass sich das Bundesverwaltungsgericht fraglos – und im Kontrast zur verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung – um eine operable Konturierung der aus der Wissenschaftsfreiheit abzuleitenden Mindestanforderungen an eine wissenschaftsadäquate Hochschulorganisation bemüht und zahlreiche wichtige sowie neue Akzente bei der Ausdeutung der organisationsrechtlichen Dimension der Wissenschaftsfreiheit gesetzt hat. Insoweit steht das Urteil für eine zu begrüßende Abkehr von der schleichenden Dekonstitutionalisierung des Hochschulorganisationsrechts¹⁰¹ der letzten Jahre. Dass es dabei die Möglichkeiten der verfassungskonformen Interpretation in der denkbar umfänglichsten Weise für sich in Anspruch genommen hat, ist eine allgemeine Schattenseite ambitionierter instanzgerichtlicher Verfassungsrechtsprechung. Es bleibt daher vor allem zu hoffen, dass die wegweisenden Ansätze des Urteils künftig auch vom Bundesverfassungsgericht aufgegriffen werden, um die Freiheit von Forschung und Lehre künftig wieder wirksamer gegenüber materialer Fremdbestimmung in Schutz zu nehmen.

Summary

In principle, public universities in Germany are organized as corporations under public law and are maintained and financed directly by the state. In 2002 the parliament of Lower Saxony adopted a (highly disputed) reform bill, amending the public university act. The reformed university act allows state universities to be transformed into a so called foundation university. After legal transformation, the university is still indirectly state-financed, but it is maintained by a foundation under public law. In November 2009 the Federal Administrative Court delivered a verdict on a leading case concerning the constitutionality of the reformed university organization. The court discusses if the foundation university's internal organization, in particular the strong position of the university's president and of the managing board of trustees, infringes the freedom of science and academia as provided in Article 5 para 3 of the Federal Constitution (Grundgesetz). The court points out that the core problems of the foundation university's statutory organisation arise from relevant gaps in the personal accountability of the executive organs and from the lack of legal control by the state. The court

dies., Das Gesetz zur Errichtung der Niedersächsischen Technischen Hochschule, NordÖR 2009, S. 392 ff. Welche zusätzlichen Probleme sich hierbei in Relation zu den beteiligten Hochschulstiftungen ergeben können, ist wohl noch ungeklärt.

¹⁰¹ Durchaus programmatisch auf den Punkt gebracht bei C. Möllers, Kein Grundrecht auf Exzellenzschutz, in: J. Kaube (Hrsg.), Die Illusion der Exzellenz, 2009, S. 56 (62 f.).

comes to the conclusion that the foundation model is (only just) in conformity with the constitution. Notwithstanding that, the federal judges interpret the university act in a rather surprising way to guarantee the constitutionality of the reviewed statutory provisions. This review essay discusses the verdict in detail. At least in general, the author approves the court's constitutional reasoning. Nonetheless, doubts remain if the relevant provisions of the university act can be saved by mere interpretation in accordance with the constitution.

Armin von Weschpfennig

Professor auf Zeit – rechtliche Grenzen von Befristungen an staatlichen Hochschulen bei der Erstberufung im Lichte der Altersdiskriminierung

Neben einem bereits seit einigen Jahrzehnten andauernden tiefgreifenden inhaltlichen Wandel in der deutschen Hochschulpolitik ist nun auch die Beschäftigungsstruktur der Universitäten einem Reformprozess unterzogen. Während Stellen für wissenschaftliche Mitarbeiter seit langem befristet werden¹, ist nun auch das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit für Hochschullehrer nicht mehr unantastbar. In die Diskussion werden Verbeamtungen auf Zeit oder Probe sowie bloße Anstellungsverhältnisse eingebracht, wobei diese – zumindest wenn man ein „politisches Signal“ des Bundesgesetzgebers berücksichtigt – insbesondere bei Erstberufungen relevant werden sollen². Ziel dieser inhaltlichen und strukturellen Reformen ist eine weitreichende Modernisierung vermeintlich verstaubter Strukturen und die Internationalisierung.

So finden sich mittlerweile in den Landesgesetzen zahlreiche Befristungsregelungen. Nach § 50 Abs. 1 S. 1 des Gesetzes über die Hochschulen in Baden-Württemberg in der bis zum 23. November 2007 gültigen Fassung (LHG BW a.F.) *war* das Dienstverhältnis bei der ersten Berufung in ein Professorenamt auf höchstens vier Jahre zu befristen. Vergleichbare Regelungen sind in anderen Bundesländern nach wie vor geltende Rechtslage. So bestimmt Schleswig-Holstein, dass vor der ersten Berufung eines Bewerbers oder einer Bewerberin in ein Professorenamt auf Lebenszeit das Dienstverhältnis zunächst auf zwei Jahre befristet werden *soll* (§ 63

¹ Siehe hierzu und zur Nichtigerklärung des fünften Hochschulrahmengesetz-Änderungsgesetzes (5. HRGÄndG) samt der darin durch den Bund geregelten Befristungen *Löwisch*, NZA 2004, 1065; allgemein zur Befristung von wissenschaftlichem Personal im Hochschulbereich bereits *Lübbert*, WissR 1985, 141; *Ossenbühl*, WissR 1983, 201; eine Neuregelung trifft jetzt das Gesetz über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft (WissZeitVG NRW); dazu *Haratsch/Holljesiefken*, NZA 2008, 207; *Hirdina*, NZA 2009, 712.

² BT-Drs. 13/8796, S. 27 zur Änderung der Reihenfolge von Verbeamtungen auf Zeit und Lebenszeit in § 46 HRG.

Abs. 1 S. 2 des Gesetzes über die Hochschulen und das Universitätsklinikum Schleswig-Holstein (HG SH)). Brandenburg stellt klar, dass insbesondere bei der Erstberufung zum Professor und bei der Berufung zwecks Deckung eines vorübergehenden Lehrbedarfs ein befristetes Angestelltenverhältnis oder ein Beamtenverhältnis auf Zeit begründet werden *solle* (§ 41 Abs. 1 S. 3 HS. 1 des Gesetzes über die Hochschulen des Landes Brandenburg (BbgHG)). Nach nunmehr geltendem Recht in Baden-Württemberg *können* bei der ersten Berufung in ein Professorenamt die Professoren auf Probe ernannt werden, wobei die Probezeit drei Jahre beträgt (§ 50 Abs. 1 S. 1, 2 LHG BW n.F.)³. U.a. in Nordrhein-Westfalen werden Juniorprofessorinnen und Juniorprofessoren für die Dauer von drei Jahren zu Beamtinnen oder Beamten auf Zeit ernannt (§ 39 Abs. 5 S. 1 des Gesetzes über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (HG NRW)). Diese Befristung gilt auch, sofern die Bewerber in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis beschäftigt werden (§ 39 Abs. 5 S. 4 HG NRW). Ebenso finden sich Regelungen, die die Berufung auf Zeit nicht an bestimmte Merkmale wie die Erstberufung anknüpfen⁴.

Die politische und juristische Debatte setzte sich ausgiebig mit der Vereinbarkeit mit den Grundsätzen des Berufsbeamtentums und der Wissenschaftsfreiheit auseinander⁵. Die Rechtsprechung hingegen scheint die zeitliche Begrenzung von Professorenbeschäftigungen ohne intensive Reflexion zu akzeptieren⁶, wobei unter Berufung auf die Entscheidung des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit von Führungsämtern auf Zeit⁷ zumindest in der Literatur das Damoklesschwert über Befristungen für junge Hochschullehrer gesehen wird⁸.

Zu dieser nationalverfassungsrechtlichen Dimension kommt – bisher wenig beachtet⁹ – eine europarechtliche hinzu: Das Verbot der Altersdiskriminierung, welches seine nationale Umsetzung vor allem im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) gefunden hat. Immerhin erhalten nach Geltendmachung des europarechtlichen Verbots der Altersdiskrimi-

³ Die meisten Bundesländer treffen derartige „*soll*“- oder „*kann*“-Bestimmungen.

⁴ So z.B. § 51 Abs. 1 HG RLP.

⁵ *Dorf*, DÖV 2009, 14, 20 f.; *Fink*, DÖV 1999, 980; *Isensee*, ZBR 1998, 295, 308; *Lecheler*, FuL 1999, 256; *Löwer*, FuL 2000, 522; *Mußgnug*, FuL 2000, 308; *Sager*, FuL 1999, 257; *Thieme*, DÖV 2000, 502; allg. zum Berufsbeamtentum *Landau/Steinkühler*, DVBl 2007, 133; *Lindner*, ZBR 2010, 26.

⁶ VG Stuttgart, Beschl. v. 27. März 2007 – 18 K 2223/07, BeckRS 2007, 22695; Urt. v. 16. April 2008 – 3 K 2222/07, BeckRS 2008, 34900.

⁷ BVerfGE 121, 205; Besprechungen von *Wichmann*, *Grigoleit*, *Lorse* und *Hebeler* in ZBR 2008, 289 ff.

⁸ So *Schinkels*, ZBR 2009, 405, 406.

⁹ So *Kämmerer*, ZBR 2008, 325 für das Beamtenrecht im Allgemeinen.

nierung vorwiegend im privaten Bereich zunehmend auch beamtenrechtliche Auseinandersetzungen Einzug in die nationale Judikatur. So musste sich beispielsweise der VGH Kassel jüngst mit der Vereinbarkeit der beamtenrechtlichen Höchstaltersgrenze mit Europarecht auseinandersetzen, nahm diese aber im Gegensatz zur Vorinstanz an¹⁰. Das BVerwG sah Altersgrenzen für die Einstellung in die Beamtenlaufbahn als mit dem AGG und Europarecht vereinbar an¹¹. Im Hochschulbereich verwarf das LAG Köln eine starre Altershöchstgrenze an einer Universität für Habilitationsstellen u.a. wegen Verstoßes gegen das AGG¹². Das BAG ersuchte kürzlich den EuGH um Vorabentscheidung bezüglich einer möglichen Diskriminierung jüngerer Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes bei der Vergütung¹³.

Dieser Beitrag beschäftigt sich mit der Vereinbarkeit von Befristungen bei der Erstberufung sowohl von verbeamteten als auch von angestellten Professoren mit dem Verbot der Altersdiskriminierung. Dabei sollen verfassungsrechtliche Probleme der Grundsätze des Beamtentums und der Wissenschaftsfreiheit ausgeblendet werden. Grundsätzlich kommt durch die Befristungen ein Verstoß gegen das Verbot der Altersdiskriminierung in Betracht (*I*). Nach einem Überblick über das Regelungsgefüge im Föderalismus und der Einfluss des Europarechts (*II*) wird die Geltung des AGG bei landesrechtlichen Befristungen von Professoren erläutert (*III*). Ist der Landesgesetzgeber an das Europarecht umsetzende AGG gebunden, darf er Befristungen nur im Rahmen des nach höherrangigem Recht Zulässigen vorsehen (*IV*). Abschließend erfolgt eine Betrachtung der Rechtsfolgen bei einer diskriminierenden Befristung (*V*) mit einem kurzen Fazit (*VI*).

I. Benachteiligung aufgrund des Alters

Die eingangs aufgeführten Befristungen bei der *Erstberufung* benachteiligen regelmäßig vor allem jüngere Wissenschaftler, da hier Anwärter signifikant jünger sind als bei Folgeberufungen¹⁴. Dabei bedarf es keines sta-

¹⁰ VGH Kassel, Beschl. v. 28. September 2009 – 1 B 2487/09, NVwZ 2010, 140; krit. *Rombach*, NVwZ 2010, 102; zust. *Gärditz*, GPR 2010, 17; das VG Frankfurt hat die Frage nun dem EuGH vorgelegt, Beschl. v. 29. März 2010 – 9 K 3854/09.F.; vgl. auch VG Düsseldorf, Urt. v. 08. März 2010 – 13 K 6883/09, BeckRS 2010, 46977.

¹¹ BVerwG, Urt. v. 19.02.2009 – 2 C 18/07, BVerwGE 133, 143 = NVwZ 2009, 840.

¹² LAG Köln, Urt. v. 12. Februar 2009 – 7 Sa 1132/08, BeckRS 2009, 68222.

¹³ BAG, Beschl. v. 20.05.2010 – 6 AZR 319/09 (A).

¹⁴ So auch *Schinkels*, ZBR 2009, 405, 407.

tistischen Nachweises; es genügt, wenn das Kriterium typischerweise eine bestimmte Altersgruppe benachteiligt (Indizwirkung der hypothetischen Betrachtungsweise)¹⁵. Auch wenn befristete Stellen ohne Anknüpfung an die Erstberufung ausgeschrieben werden, wird in der Regel eine mittelbare Benachteiligung vorliegen, solange die Verbeamtung von Hochschullehrern auf Lebenszeit üblich ist. Denn Professoren mit einer Verbeamtung auf Lebenszeit werden sich kaum auf solche Stellen bewerben.

Damit besteht die Möglichkeit eines Verstoßes gegen das *Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters*. Europarechtliche Verankerung findet das *allgemeine Diskriminierungsverbot* zunächst in Art. 19 Abs. 1 AEUV (ex. Art. 13 Abs. 1 EGV) und wird hinsichtlich der Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf unter anderem¹⁶ in der für die Altersdiskriminierung relevanten „Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf“ konkretisiert. Auf nationaler Ebene sind die Richtlinien mit dem „Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung vom 14. August 2006“ und dort insbesondere durch Art. 1, dem AGG, umgesetzt worden. Das AGG dient wiederum gleichzeitig einer Konkretisierung des Art. 3 Abs. 2, 3 GG¹⁷.

II. Die Befristung von Hochschullehrern im Spannungsfeld von Europarecht und AGG

Jüngst wurde die Frage aufgeworfen, inwieweit das AGG in den Hochschulbereich, der klassischerweise weitgehend Angelegenheit der Länder ist, hineinwirken kann¹⁸. Das Gesetz selbst trifft hierzu eine klare Aussage dahingehend, dass hinsichtlich der öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse das AGG entsprechend u.a. für Beamtinnen und Beamte der Länder *unter Berücksichtigung ihrer besonderen Rechtsstellung* gilt, § 24 Nr. 1 AGG. Sonstige Angestellte der Hochschulen werden bereits vom persönlichen Anwendungsbereich des § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AGG – Arbeit-

¹⁵ BAG, Beschl. v. 18.08.2009 – 1 ABR 47/08, NZA 2010, 222 Rn. 29, 33; ausführlich zu den Anforderungen an die Annahme einer mittelbaren Benachteiligung *Schlachter*, in: ErfK, 10. Aufl. 2010, AGG, § 3 Rn. 6 ff. m.w.N.

¹⁶ Zu den weiteren Richtlinien betr. den Schutz vor Diskriminierung vgl. BT-Drs. 16/1780, S. 1, 20; *Schlachter*, in: ErfK, 10. Aufl. 2010, AGG, vor § 1 Rn. 1 f.

¹⁷ *Schlachter*, in: ErfK, 10. Aufl. 2010, AGG, vor § 1 Rn. 5 m.w.N.

¹⁸ Siehe *Schinkels*, ZBR 2009, 405.

nehmerinnen und Arbeitnehmer – erfasst¹⁹. In sachlicher Hinsicht gilt das AGG u.a. für die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich der Arbeitsentgelt- und Entlassungsbedingungen, § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG, wozu auch der Abschluss lediglich befristeter Verträge oder die Berufung zum Beamten auf Zeit oder Probe zählt²⁰. Damit füllt das AGG den Geltungsbereich des Art. 3 Abs. 1 lit. b) der Richtlinie 2000/78/EG europarechtskonform aus.

Die Befristungsregelungen der Länder stehen also in Konflikt mit Europarecht und nationalem Recht. Dabei sind die landesrechtlichen Normen bei einem Verstoß gegen Bundesrecht (möglicherweise) nach Art. 31 GG nichtig, während gegen Europarecht verstoßende Normen (ggf.) unangewendet bleiben müssen.

Notwendige Voraussetzung für die Unanwendbarkeit einer nationalen Norm (wegen Richtlinienverstoßes) ist zunächst ein Verstoß gegen eine *Richtlinie*, die inhaltlich unbedingt und hinreichend genau und damit *unmittelbar anwendbar* ist²¹. Andernfalls bleibt nur die Möglichkeit der richtlinienkonformen Auslegung, die ihre Grenze wiederum im Wortlaut der nationalen Vorschrift findet. Eine Verdrängung findet nicht statt²². Die Richtlinie 2000/78/EG erfüllt *zumindest* in Hinblick *auf* die *Verdrängung nationaler Normen* die Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit. Art. 16 lit. a) bestimmt ausdrücklich, dass die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen treffen, um sicherzustellen, dass die Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die dem Gleichheitssatz zuwiderlaufen, aufgehoben werden. Damit ist die Rechtsfolge – Abschaffung der diskriminierenden Normen – hinreichend bestimmt²³. So hat der EuGH bereits entschieden, dass Regelungen, die gegen die Richtlinie 2000/78/EG verstoßen, in einem Rechtsstreit zwischen einem *Träger der Verwaltung* und einem Einzelnen außer Anwendung bleiben. Dies

¹⁹ Der Regierungsentwurf verweist ausdrücklich auf sämtliche Beschäftigte in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst mit Ausnahme der Beamten und Richter – BT-Drs. 16/1780, S. 34.

²⁰ *Schinkels*, ZBR 2009, 405, 407; *Schlachter*, in: ErfK, 10. Aufl. 2010, AGG, § 2 Rn. 8; vgl. EuGH, Urt. v. 22.11.2005 – C 144/04, *Mangold*, Slg. 2005, I-9981 = NZA 2005, 1345.

²¹ EuGH, Urt. v. 19.01.1982 – C-8/81, *Becker*, Slg. 1982, 53 = NJW 1982, 499; Urt. v. 26.02.1986 – 152/84, *Marshall*, Slg. 1986, 723 = NJW 1986, 2178 Rn. 55; Urt. v. 22.06.1989 – C-103/88, *Costanzo*, Slg. 1989, 1839 = NVwZ 1990, 649 Rn. 29 ff.; Urt. v. 04.07.2006 – C-212/04, *Adeneler*, Slg. 2006, I-6057 = EuZW 2006, 730 Rn. 107 ff., insb. Rn. 110, 124; *Herrmann*, JuS 2009, 1065 f.; *Hummel*, EuZW 2007, 268, 270.

²² EuGH, *Adeneler*, (Fn. 21), Rn. 110.

²³ Siehe zu den Voraussetzungen auch EuGH, *Becker*, (Fn. 21); *Marshall*, (Fn. 21), Rn. 53 ff.; Urt. v. 25.07.1991 – C-345/89, *Stoekel*, Slg. 1991, I-04047 = AP EWG-Vertrag Art. 119 Nr. 28 Rn. 12.

gilt selbst dann, wenn die Norm vor Inkrafttreten der Richtlinie erlassen wurde²⁴. Soweit zwar seit der *Mangold*-Rechtsprechung des EuGH die *horizontalen Wirkung von Richtlinien*²⁵ diskutiert wird, ist für die hier relevanten Konstellationen zu konstatieren, dass es sich bei der Befristung von Professoren unabhängig von einer Verbeamtung oder einem bloßen privaten Anstellungsverhältnis um eine *vertikale* Beziehung handelt²⁶.

Kann eine Landesnorm sowohl wegen Verstoßes gegen Europarecht unanwendbar als auch nach Art. 31 GG nichtig sein, besteht zwar grundsätzlich keine feste Rangfolge zwischen einer Vorlage vor dem EuGH nach Art. 267 AEUV (Art. 234 EGV). Eine konkrete Normenkontrolle ist nach Rechtsprechung des BVerfG aber dann unzulässig, wenn auch ohne Vorlage an den EuGH feststeht, dass die Norm nicht angewendet werden darf, da es dann an der Entscheidungserheblichkeit fehlt²⁷. Da das AGG in den hier relevanten Normen im Wesentlichen die Vorgaben der Richtlinie aufgreift²⁸, ist es unwahrscheinlich, dass ein Gericht zwar von der Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen Bundesrecht überzeugt ist, nicht aber von der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit. Selbst dann ist aber noch unklar, ob tatsächlich *feststeht*, dass die Norm unanwendbar ist. Dies dürfte nach dem eben zitierten Beschluss des BVerfG anzunehmen sein, wenn er dem vorliegenden Arbeitsgericht vorwirft, sich mit der in Literatur und *natio-*

²⁴ EuGH, Urt. v. 12.01.2010 – C-341/08, *Petersen*, NJW 2010, 587 Rn. 81. Letzteres erscheint nicht unbedingt selbstverständlich, wenn man bedenkt, dass die Norm gar nicht der Umsetzung der Richtlinie dient. Auf nationaler Ebene bislang nicht abschließend geklärt ist, ob der EuGH die unmittelbare Wirkung der Richtlinie ausdrücklich feststellen muss. Dies scheint BVerfGE 85, 191, 203 ff. voraussetzen; anders wohl BVerfG, Beschl. v. 18.11.2008 – 1 BvL 4/08, BeckRS 2008, 41121 sowie Beschl. v. 06. Juli 2010 – 2 BvR 2661/06, NZA 2010, 995 Rn. 87 ff.; nach dem EuGH ist eine Vorlage nach Art. 267 Abs. 2 AEUV zur Gewährung von Vertrauensschutz spätestens seit Urt. v. 19.01.2010 – C-555/07, *Kücükdevici*, NJW 2010, 427 Rn. 53 ff. nicht mehr notwendig, wobei das Gericht hier auch auf den allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts des Verbots der Altersdiskriminierung abstellt. Kritisch zur Verwischung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Geltung von EG-Recht und eine ausdrückliche Feststellung der unmittelbaren Wirkung durch den EuGH fordernd schon *Di Fabio*, NJW 1990, 947, 951 ff.

²⁵ EuGH, *Mangold*, (Fn. 20); *Kücükdevici*, (Fn. 24); vgl. zu diesem Problem u.a. *Bauer/Arnold*, NJW 2006, 6; *dies.* NJW 2008, 3377; *Hummel*, EuZW 2007, 268; *Preis/Temming*, NZA 2010, 185; *Streinz*, Europarecht, 8. Aufl. 2008, Rn. 447 ff.; *Streinz/Herrmann*, RdA 2007, 165; allgemein zur Bindung Privater an gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbote *Wernsmann*, JZ 2005, 224; zur Wirkung von Richtlinien unter Berücksichtigung der *Mangold*-Rechtsprechung siehe *von Danwitz*, JZ 2007, 697; siehe auch Fn. 29.

²⁶ EuGH, *Marshall*, (Fn. 21), Rn. 49; Urt. v. 12.07.1990 – C-188/89, *Foster*, Slg. 1990, I-3313 = NJW 1991, 3086 Rn. 20.

²⁷ BVerfG, Beschl. v. 18.11.2008 – 1 BvL 4/08, BeckRS 2008, 41121.

²⁸ Vgl. auch BVerwG, Urt. v. 19.02.2009, 2 C 18/07, BVerwGE 133, 143 = NVwZ 2009, 840. Rn. 23.

nalere Rechtsprechung bestehenden Auffassung der Europarechtswidrigkeit nicht gebührend auseinandergesetzt zu haben²⁹. Rechtsstaatlich wäre aber wünschenswert, wenn nicht jedes Gericht seine eigene Auffassung vertreten könnte und damit die Legislative „durch die Hintertür“ entmachtet würde. Hierdurch würde letztlich auch die Normverwerfungskompetenz des BVerfG unterlaufen³⁰.

Weitere Voraussetzung der Unanwendbarkeit muss demnach sein, dass der EuGH in einem mindestens vergleichbaren Fall einen Anwendungsvorrang angenommen hat, auch wenn der EuGH selbst keine Vorlagepflicht annehmen will³¹. Nicht ausreichend ist, dass der EuGH überhaupt die unmittelbare Geltung einer Richtlinie postuliert hat. So hatte auch das BVerfG noch in seiner Entscheidung zum *Nachtarbeitsverbot* ausdrücklich klargestellt, dass die zugrundeliegende Entscheidung des

²⁹ Dieselbe Kammer des ersten Senats hat aber mit Beschl. v. 25. Februar 2010 – 1 BvR 230/09, NJW 2010, 1268, im Unterlassen einer Vorlage vor den EuGH eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter, Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, gesehen, da weder der EuGH die dort relevante Frage entschieden hatte, noch die richtige Antwort auf die Rechtsfrage offenkundig war. Zurückhaltender hinsichtlich einer Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG BVerfG, Beschl. v. 06. Juli 2010 – 2 BvR 2661/06, NZA 2010, 995 Rn. 87 ff. In diesem Beschluss hat das BVerfG trotz erheblicher Kritik in der Literatur auch die *Mangold*-Rechtsprechung (siehe Fn. 20, 25) gebilligt, mit der der EuGH einen allgemeinen Grundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung und die Unanwendbarkeit von entgegenstehenden nationalen Normen konstruierte. Ohnehin besteht die Tendenz des BVerfG, einen weitgehenden Vorrang von Gemeinschaftsrecht anzunehmen. So hat es bei möglichen Grundrechtverletzungen durch nationale Normen mittlerweile einen Vorrang von Gemeinschaftsrecht bei der Umsetzung von nur mittelbar wirkenden Richtlinien angenommen: In Ausdehnung der *Solange-II*-Rechtsprechung findet eine Grundrechtsprüfung einer zwingendes – wenn auch nur mittelbar wirkendes – Gemeinschaftsrecht umsetzenden nationalen Norm nicht statt, solange die Gemeinschaft einen wirksamen Grundrechtsschutz generell gewährleistet und soweit die Vorgaben der Richtlinie reichen, BVerfGE 118, 79, 95 ff. unter Auseinandersetzung mit dem konträr erscheinenden Beschl. BVerfGE 95, 173, 180 f.; ferner BVerfG, Beschl. v. 09.01.2001 – 1 BvR 1036/99, NJW 2001, 1267; Beschl. v. 27.07.2004 – 1 BvR 1270/04, BVerfGK 3, 331, 334 = NVwZ 2004, 1346, 1347; Beschl. v. 14.05.2007 – 1 BvR 2036/05, BVerfGK 11, 189 = NVwZ 2007, 942; krit. *Weidemann*, NVwZ 2006, 623; zust. *Preis/Temming*, NZA 2010, 185 ff.

³⁰ So schon zu Recht *Di Fabio*, NJW 1990, 947, 951 ff. für die Wirkung mittelbar geltender Richtlinien.

³¹ In diese Richtung wohl auch *Wackerbarth/Kreße*, EuZW 2010, 252, 257; neuerdings spricht sich der EuGH (in einem Rechtsstreit zwischen Privaten) gegen eine Vorlagepflicht aus, EuGH, *Kücükdevici*, (Fn. 24), Rn. 52 ff.; *Preis/Temming*, NZA 2010, 185, 192 lehnen zumindest eine Vorlagepflicht ab, halten eine Klärung durch den EuGH aber wohl für notwendig; zu den prozessualen Folgeproblemen siehe auch *Bauer/von Medem*, ZIP 2010, 449, 452 ff. Insgesamt zurückhaltend bzgl. einer Vorlagepflicht BVerfG, Beschl. v. 06. Juli 2010 – 2 BvR 2661/06, NZA 2010, 995 Rn. 87 ff.

EuGH zwar nicht das deutsche, wohl aber ein nahezu identisches französisches Gesetz betraf³².

Aus den vorgenannten Gründen ist eine Überprüfung der landesrechtlichen Bestimmungen anhand des AGG zwingend erforderlich. Ein alleiniger Rückgriff auf das Europarecht genügt nicht³³. Selbst wenn man den Unterschied zwischen Nichtigkeit und Unanwendbarkeit als rein dogmatisch und praktisch irrelevant empfindet oder mit aktueller Rechtsprechung des BVerfG eine konkrete Normenkontrolle für unzulässig hält, lohnt sich dennoch ein Blick auf die Reichweite des AGG, insbesondere die Gesetzgebungskompetenzen (unten unter *III*). Denn der Anwendungsvorrang einer Richtlinie verdrängt zwar entgegenstehendes Landesrecht. Damit ist aber noch nicht geklärt, nach welchen Normen sich die Rechtsfolgen richten. Bevor auch hier die Richtlinie greift, kann bei entsprechender Reichweite des AGG auf dessen Rechtsfolgenregelungen zurückgegriffen werden. Ohnehin ist mehr als zweifelhaft, ob auch die Bestimmungen *der Rechtsfolgen* in den Art. 16, 17 der Richtlinie für das konkrete Beschäftigungsverhältnis noch hinreichend bestimmt und damit unmittelbar anwendbar sind, da hier die Mitgliedstaaten einen eigenen Entscheidungsspielraum haben³⁴. Der EuGH setzt hierbei aber einen recht großzügigen Maßstab an³⁵, den das BVerfG wohl auch akzeptiert³⁶.

III. Verbindlichkeit des AGG für die Länder – insbesondere Gesetzgebungskompetenz des Bundes und Abweichungsbefugnis der Länder

Das AGG erlangte mit Inkrafttreten am 18. August 2006 noch vor der Föderalismusreform Geltung. Mit der Föderalismusreform 2006 hat der Gesetzgeber die *Rahmenkompetenzen* für die Rechtsverhältnisse der im

³² BVerfGE 85, 191, 203 ff. Ergänzend sei bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass sich die Unwirksamkeit des Landesgesetzes – vorbehaltlich der Anwendbarkeit – nicht aus § 7 Abs. 2 AGG ergibt, da hiervon nur *Vereinbarungen*, aber keine Gesetze umfasst werden (*Schlachter*, in: ErfK, 10. Aufl. 2010, AGG, § 7 Rn. 3; *Thüsing*, in: MünchKomm, BGB, 2. HlBd, 5. Aufl. 2007, AGG, § 7 Rn. 11).

³³ So aber *Schinkels*, ZBR 2009, 405, 409.

³⁴ Die Notwendigkeit einer positiven Regelung der Rechtsfolge *für die unmittelbare Anwendung* ablehnend *Jarass/Beljin*, NVwZ 2004, 1, 3 ff.; zur Möglichkeit der Bestimmung einer Mindestgarantie aus der Richtlinie siehe EuGH, Urt. v. 19.11.1991 – C-6 u. 9/90, *Francoovich*, Slg. 1991, I-5357 = NJW 1992, 165 Rn. 18 ff.; *Thüsing*, NJW 2003, 3441, 3444.

³⁵ EuGH, *Becker* (Fn. 21); *Marshall*, (Fn. 21), Rn. 53 ff.; *Stoeckel*, (Fn. 23), Rn. 12.

³⁶ Vgl. BVerfG, Urt. v. 28.01.1992 – 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83 und 10/91, BVerfGE 85, 191, 203 ff.

öffentlichen Dienste der Länder stehenden Personen (Art. 75 Abs. 1 Nr. 1 GG a.F.) und die allgemeinen Grundsätze des Hochschulwesens (Art. 75 Abs. 1 Nr. 1a GG a.F.) durch *konkurrierende* Kompetenzen für die Statusrechte und -pflichten der Beamten der Länder (Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG) und die Hochschulzulassung und Hochschulabschlüsse (Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 GG) ersetzt. Unverändert blieb die *konkurrierende* Zuständigkeit des Bundes für das Arbeitsrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG). Nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes gibt es keine allgemeine Zuständigkeit des Bundes für das Recht der Antidiskriminierung³⁷. Das AGG kann nur auf eine Kumulation von Kompetenzen gestützt werden.

1. Die Gesetzgebungskompetenz für das AGG vor der Föderalismusreform

Nach der Begründung des Gesetzesentwurfes der Bundesregierung konnte der Bund die Abschnitte 1 bis 4 u.a. auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG a.F. stützen. Für das Anstellungsverhältnis oder die Verbeamtung von Professoren an Hochschulen griff jedenfalls die Kompetenz nach Art. 75 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GG a.F. (Landesbeamte und Angestellte)³⁸. Hiernach hatte der Bund die Gesetzgebungskompetenz für die Rechtsverhältnisse aller im öffentlichen Dienste der Länder stehenden Personen, womit (an sich) das gesamte öffentliche Dienstrecht³⁹ – so auch die Einstellung von Professoren auf Zeit oder auf Probe und die Befristung von Angestellten umfasst war. Diese bundeseinheitlichen Regelungen mussten nach Art. 72 Abs. 2 GG a.F. zur Wahrung der Rechtseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich sein⁴⁰. Die hieran zu stellenden Anforderungen sinken durch die ohnehin bestehende Pflicht des national zuständigen Gesetzgebers, europäische Richtlinien umzusetzen⁴¹. Wegen der Befürchtung einer fehlenden oder mangelhaften Umsetzung der Richtlinie in manchen Ländern waren die grundgesetzlichen Anforderungen noch

³⁷ *Schinkels*, ZBR 2009, 405, 409.

³⁸ BT-Drs. 16/1780, S. 28 f.

³⁹ *Kunig* in: v. Münch/Kunig, GGK, Bd. 3, 5. Aufl. 2003, Art. 75 Rn. 16.

⁴⁰ Zu den Voraussetzungen mit Nachw. zur Rechtsprechung des BVerfG s. *Degenhart*, in: Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 72 Rn. 10 ff.

⁴¹ In diesem Sinne *Frenz*, NVwZ 2006, 742, 744 f.; *Jarass*, NVwZ 2000, 1089, 1093; *Pieroth* in: Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 72 Rn. 17; differenzierend *Lechleitner*, Jura 2004, 746, 747; *Sannwald* in: Schmidt/Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, 11. Aufl. 2008, Art. 72 Rn. 48; a.A. *Degenhart* in: Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 72 Rn. 14; zweifelnd bereits bezüglich der Notwendigkeit einer europaweiten Regelung sowie der nationalen Umsetzung im Beamtenrecht *Kämmerer*, ZBR 2008, 325, 328.

erfüllt⁴². Das AGG genügt den Anforderungen des Art. 75 Abs. 2 GG a.F. Danach durften Rahmenregelungen nur in Ausnahmefällen in Einzelheiten gehende oder unmittelbar geltende Regelungen enthalten. Das AGG regelt im Bereich des öffentlichen Dienstrechts nur einen kleinen Teilbereich in qualitativer und quantitativer Hinsicht, was auch zur einheitlichen Umsetzung von Europarecht notwendig ist. Den Ländern verbleibt noch genügend Gestaltungsspielraum⁴³.

Soweit die Anwendbarkeit des AGG auf den Hochschulbereich auch die Rahmenkompetenz des Art. 75 Abs. 1 S. 1 Nr. 1a GG a.F. – die allgemeinen Grundsätze des Hochschulwesens – betrifft, ist nach der Entscheidung zur Juniorprofessur des Bundesverfassungsgerichts zu berücksichtigen, dass der Bundesgesetzgeber nicht durch eine weitgehende Regelung der Personalstruktur an Universitäten diese strengeren Anforderungen unterliegende Kompetenz unterlaufen darf⁴⁴. Das AGG wirkt aber nicht derart in den Bereich des Hochschulwesens ein, wie dies bei dem beabsichtigten Umbau der Personalstrukturen an Universitäten der Fall war.

Damit war der Bundesgesetzgeber befugt, im AGG das gesamte Antidiskriminierungsrecht für den Hochschulbereich zu normieren. Der Landesgesetzgeber durfte jedenfalls vor der Föderalismusreform kein dem AGG widersprechendes Hochschulrecht erlassen.

2. Fortbestehende Gesetzgebungskompetenz für das AGG nach der Föderalismusreform?

Ob nun die Länder mit dem AGG unvereinbares Recht erlassen dürfen, wird – ungeachtet der europarechtlichen Komponente⁴⁵ – maßgeblich dadurch beeinflusst, ob der Bundesgesetzgeber das AGG mit Geltung für den Hochschulbereich auch noch nach der neuen Kompetenzordnung erlassen dürfte, vgl. Art. 125a Abs. 1, 125b Abs. 1 GG. Dabei genügt nicht bereits ein bloßer Verweis auf die Kompetenz für das Beamtenstatusrecht aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG, da Professoren und sonstige Bedienstete nicht zwangsläufig verbeamtet sein müssen.

⁴² Näher BT-Drs. 16/1780, S. 28 f. auch zu den übrigen konkurrierenden Gesetzgebungskompetenzen.

⁴³ Näher BT-Drs. 16/1780, S. 29.

⁴⁴ BVerfGE 111, 226, 258 f.

⁴⁵ Geht man davon aus, dass das AGG jedenfalls bei der Altersdiskriminierung keine überobligatorische Umsetzung der Richtlinie darstellt (so zu Recht *Kämmerer*, ZBR 2008, 325, 327), ist nicht denkbar, dass eine Landesnorm zwar gegen das AGG verstößt, aber mit Europarecht vereinbar ist. Ob aber europarechtswidriges Landesrecht auch unanwendbar ist, ist damit noch nicht entschieden (s.o. unter II).

Soweit das AGG über das Verbot der Altersdiskriminierung auch Befristungen von Beamten umfasst, ist dieser Bereich der Statusgesetzgebung zuzuordnen. Hierzu zählt ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfes zur Föderalismusreform 2006 u.a. die Dauer des Dienstverhältnisses, nicht jedoch den Zugang zur Beamtenlaufbahn⁴⁶. Die Befristung regelt aber nicht den Zugang selbst, sondern vielmehr die Dauer⁴⁷.

Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG umfasst abweichend zu Art. 75 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GG a.F. nicht mehr die Dienstverhältnisse von *Angestellten*. Es stellt sich damit die hochkontrovers diskutierte Frage, inwieweit der Bund aufgrund der Kompetenzzuweisung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG – dem Arbeitsrecht – die Beschäftigungsverhältnisse an den Universitäten gestalten dürfte. Die Abgrenzung zu anderen Kompetenzen richtet sich nach herrschender Auffassung danach, ob lediglich allgemein arbeitsrechtliche Sachverhalte normiert werden oder ob es sich um „Sonderarbeitsrecht“ hinsichtlich spezifischer Belange des öffentlichen Dienstes handelt⁴⁸, wobei die Einzelheiten umstritten sind⁴⁹. Spezifische Belange des öffentlichen Dienstes könnten *allenfalls* dann durch das AGG betroffen sein, wenn der Bundesgesetzgeber durch eine weitgehende Regelung des Befristungsrechts zu sehr in das Hochschulrecht hineinregeln würde und eine grundlegende Änderung der Personalstruktur drohte⁵⁰. Das AGG nimmt aber an keiner Stelle unmittelbaren Einfluss auf eine etwaige *Neu-*

⁴⁶ BT-Drs. 16/813, S. 14; zur Statusgesetzgebung s. *Lecheler*, ZBR 2007, 18; *Grigoleit*, ZBR 2008, 1.

⁴⁷ Soweit in der Literatur Zweifel erhoben werden, ob das AGG in seinem vollen Umfang Anwendung auf das *gesamte Beamtenrecht* finden kann – so *Kämmerer*, ZBR 2008, 325, 327; *Schinkels*, ZBR 2009, 405, 409 – kommt es hierauf nicht an.

⁴⁸ BVerfGE 7, 120, 127; BVerwG, Urt. v. 13.03.1964 – VII C 87.60, BVerwGE 18, 135, 137 f.; *Axer* in: BK, Art. 74 (2006) Rn. 19; *Degenhart* in: Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 74 Rn. 53; *Pieroth* in: Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 74 Rn. 28.

⁴⁹ Die Diskussion entbrannte erneut im Anschluss an BVerfGE 111, 226 (Juniorprofessur) im Zusammenhang mit der Frage, inwieweit der Bundesgesetzgeber Befristungen von Beschäftigungsverhältnissen im Hochschulbereich regeln darf. Dazu eingehend *Dieterich/Preis*, NZA 2004, 1241; *Löwisch*, NZA 2004, 1065, 1069 f.; *ders.* NZA 2005, 321; das BVerfG selbst lässt eine Entscheidung zugunsten einer Gesetzgebungskompetenz teilweise dahinstehen (BVerfGE 51, 43, 53 ff.). Nach v. Mangoldt/Klein/Pestalozza, GG, Bd. 8, 3. Aufl. 1996, Art. 74 Rn. 812 tritt hingegen die Kompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG hinter die spezielleren Rahmenkompetenzen (dort Art. 75 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GG a.F.) zurück. *Heintzen* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 5. Aufl. 2005, Art. 73 Rn. 79 nimmt hingegen einen Vorrang von Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG an. Für die Zuständigkeit für das gesamte Arbeitsrecht vgl. BVerwG, Urt. v. 13.03.1964 – VII C 87.60, BVerwGE 18, 135, 137 f.; BAG, Urt. v. 30.03.1994 – 7 AZR 229/93, BAGE 76, 204, 209; *Dieterich/Preis*, NZA 2004, 1241, 1244

⁵⁰ Vgl. *Löwisch*, NZA 2004, 1065, 1070 unter Berufung auf BVerfGE 111, 226 (Juniorprofessur); dagegen *Dieterich/Preis*, NZA 2004, 1241, 1244.

gestaltung der Personalstruktur, womit in unzulässiger Weise in die Länderkompetenz eingegriffen würde. Es werden ausschließlich und lediglich allgemeine Diskriminierungsverbote festgelegt, die – wie noch zu zeigen ist – den Ländern genügend Gestaltungsspielraum belassen⁵¹. Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG ist also geeignete Kompetenzgrundlage.

Der Gesetzgeber könnte also auch nach neuer Kompetenzordnung das AGG für den Hochschulbereich erlassen, soweit es um das Verbot der Altersdiskriminierung geht.

IV. Gestaltungsspielraum des Landesgesetzgebers im Lichte des AGG und der Richtlinie 2000/78/EG

Damit steht fest, dass dem Bundesgesetzgeber im Bereich der Altersdiskriminierung die in Anspruch genommene weitreichende Kompetenz Zustand und immer noch zusteht. Die Länder können vom AGG nicht abweichen, sondern müssen es bei der Gesetzgebung beachten. Dabei ist das Gesetz ggf. europarechtskonform auszulegen. Nach einer Darstellung der rechtlichen Grundlagen (1.) bedürfen die einzelnen Landesregelungen einer genauen Rechtfertigungsprüfung (2.). Dem Gesetzgeber obliegen hierbei keine näheren Nachweispflichten (3.).

1. Rechtliche Grundlagen

Wie bereits unter II. ausgeführt, findet das AGG auf die Befristung von Hochschullehrern Anwendung. Das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG knüpft inhaltlich an die Ziele des § 1 AGG an. Danach sind u.a. Benachteiligungen wegen des Alters zu verhindern oder zu beseitigen. Geschützt werden nicht nur die älteren, sondern gerade auch die jüngeren Arbeitnehmer⁵². Da die verschiedenen Begrenzungsoptionen für die Erstberufung nicht *unmittelbar* an das Alter anknüpfen, kommt lediglich eine *mittelbare* Diskriminierung in Betracht, „wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.“

⁵¹ I.E. ebenso für das WissZeitVG *Haratsch/Holljesiefken*, NZA 2008, 207, 208.

⁵² *Däubler*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 1 Rn. 83 ff. m.w.N.

§ 3 Abs. 2 AGG (zum Vorliegen einer altersbedingten (mittelbaren) Benachteiligung s.o. unter I.). Auch hier findet sich der Duktus der Richtlinie wieder (Art. 1, 2 Abs. 2 lit. b)).

Einen Katalog von möglicherweise gerechtfertigten Ungleichbehandlungen wegen des Alters stellt § 10 AGG auf, der insoweit Art. 6 der Richtlinie 2000/78/EG umsetzt, allerdings nicht abschließend ist („insbesondere“)⁵³. In mehreren neueren Entscheidungen haben der EuGH und das BAG das Verhältnis von § 3 Abs. 2 AGG (Art. 2 Abs. 2 lit. b) der Richtlinie) und § 10 AGG (Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie) weitgehend klargestellt⁵⁴: Danach kann eine *unmittelbare* Ungleichbehandlung nur nach § 10 AGG gerechtfertigt werden, während *mittelbare* Diskriminierungen bereits nach § 3 Abs. 2 AGG ausgeschlossen sein können. Bei letzteren ist aber ein Rückgriff auf die Rechtfertigungsgründe für unmittelbare Benachteiligungen möglich, da die Anforderungen an die Rechtfertigung einer mittelbaren Benachteiligung jedenfalls nicht höher sind, als an diejenige einer unmittelbaren⁵⁵.

2. Anforderungen des Antidiskriminierungsrechts an die Ländergesetzgebung bei der Rechtfertigung

Eine mittelbare Ungleichbehandlung wegen des Alters ist also nur dann gestattet, wenn diese einem *rechtmäßigen Ziel* dient (*a*) sowie *angemessen* (*c*) und *erforderlich* (*b*) ist. Dabei bedürfen die unterschiedlichen Ausgestaltungen einer differenzierten Betrachtungsweise⁵⁶.

a) Die Befristung muss zunächst einem *rechtmäßigen Zweck* dienen und darf damit insbesondere nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen⁵⁷. Bei der Ungleichbehandlung *durch Private* ist umstritten, ob

⁵³ Zum Verhältnis zwischen § 10 und § 3 Abs. 1, 2 AGG allgemein siehe *Brors*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 10 Rn. 20 ff.; *Schlachter*, in: ErfK, 10. Aufl. 2010, AGG, § 10 Rn. 1; *Thüsing*, in: MünchKomm, BGB, 2. Hlbbd, 5. Aufl. 2007, AGG, § 3 Rn. 45, § 10 Rn. 10, 58.

⁵⁴ EuGH, Urt. v. 05.03.2009 – C-388/07, *Age Concern England*, NZA 2009, 305 Rn. 58 ff.; BAG, Urt. v. 26.05.2009 – 1 AZR 198/08, NZA 2009, 849 Rn. 40; Urt. v. 18.08.2009 – 1 ABR 47/08, NZA 2010, 222 Rn. 31.

⁵⁵ Ebenso dürfte geklärt sein, dass trotz der unterschiedlichen Formulierungen der Prüfungsmaßstab für unmittelbare Diskriminierungen aufgrund *des Alters* demjenigen für mittelbare Diskriminierungen im Allgemeinen entspricht. Hierfür spricht insbesondere EuGH, *Age Concern England*, (Fn. 54), Rn. 58 ff.; a.A. wohl *Brors*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 10 Rn. 30 ff.

⁵⁶ Anders wohl *Schinkels*, ZBR 2009, 405, der aber ausschließlich die Verbeamtung auf Zeit in Baden-Württemberg betrachtet.

⁵⁷ *Schlachter*, in: ErfK, 10. Aufl. 2010, AGG, § 3 Rn. 9.

bereits ein sachlicher Grund ausreicht⁵⁸, oder vielmehr ein „wirkliches Bedürfnis“, welches nichts mit der Diskriminierung selbst zu tun hat, erforderlich ist⁵⁹. Hingegen ist bei Gesetzen, die eine Ungleichbehandlung ermöglichen, derzeit offen, ob der Gesetzgeber *sozialpolitische Ziele* verfolgen muss, damit eine Rechtfertigung überhaupt in Betracht kommt.

aa) Nach dem Wortlaut der Richtlinie ist dieses Ergebnis nicht zwingend. Zwar bedarf nach dem Erwägungsgrund Nr. 25 eine Ungleichbehandlung wegen des Alters einer Rechtfertigung insbesondere durch rechtmäßige Ziele im Bereich der Beschäftigungspolitik, des Arbeitsmarktes und der beruflichen Bildung. Diese Aufzählung wird aber nur von Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie aufgegriffen; der nationale Gesetzgeber verzichtete gänzlich auf eine Übernahme in § 10 AGG⁶⁰. Diese Vorschriften gelten aber ohnehin nur für die *unmittelbare* Ungleichbehandlung. Bei den hier relevanten *mittelbaren* Ungleichbehandlungen ist kein Rückgriff auf Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie (§ 10 AGG) erforderlich⁶¹; alleiniger Maßstab bleibt Art. 2 Abs. 2 lit. b) der Richtlinie (§ 3 Abs. 2 AGG), der aber gerade nicht auf *sozialpolitisch motivierte Ziele* abstellt⁶².

bb) Anders stellt sich die Sachlage nach der Rechtsprechung dar. Der EuGH verlangt jedenfalls in seiner Rechtsprechung zur mittelbaren Geschlechterdiskriminierung ein legitimes *sozialpolitisches Ziel*⁶³. Das BAG hatte die Gemeinschaftsrechtskonformität von § 10 S. 3 Nr. 6 AGG zu prü-

⁵⁸ So *Thüsing*, in: MünchKomm, BGB, 2. HlbBd, 5. Aufl. 2007, AGG, § 3 Rn. 38; vgl. ferner *Schlachter*, in: ErfK, 10. Aufl. 2010, AGG, § 10 Rn. 1.

⁵⁹ Grundlegend EuGH, Urt. v. 13.05.1986 – 170/84, *Bilka*, Slg. 1986, 1607 = NZA 1986, 599 Rn. 36; BAG, Urt. v. 14.03.1989 – 3 AZR 490/87, NZA 1990, 25; Urt. v. 23.01.1990 – 3 AZR 58/88, AP BetrAVG § 1 Gleichberechtigung Nr. 7; Urt. v. 26.05.1993 – 5 AZR 184/92, BAGE 73, 166, 172 = NZA 1994, 413, 414; Urt. v. 26.01.2005 – 4 AZR 171/03, BAGE 113, 276, 283 = NZA 2005, 1059, 1061 f. jeweils zur mittelbaren Geschlechterdiskriminierung mit Verweisen auf EuGH-Rechtsprechung; vermittelnd *Schrader/Schubert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 3 Rn. 53 ff.

⁶⁰ Krit. *Roloff*, in: BeckOK Arbeitsrecht, Edition 14, Dezember 2009, AGG, § 10 Rn. 2 ff.

⁶¹ So ist jedenfalls EuGH, *Age Concern England*, (Fn. 54), Rn. 66 zu verstehen; vgl. auch BAG, Beschl. v. 18.08.2009 – 1 ABR 47/08, NZA 2010, 222 Rn. 31.

⁶² Abgesehen davon scheint selbst Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie nicht ausschließlich auf Allgemeinbedürfnisse abzustellen, wenn die beispielhaft aufgezählten möglichen *Ungleichbehandlungen* teilweise auch auf klassische Arbeitgeberinteressen abzielen und ein sozialpolitisches *Ziel* nicht zwangsläufig damit in Verbindung steht, vgl. *Schlachter*, in: ErfK, 10. Aufl. 2010, AGG, § 10 Rn. 1; *Thüsing*, in: MünchKomm, BGB, 2. HlbBd, 5. Aufl. 2007, AGG, § 10 Rn. 12. Außerdem scheint selbst die Richtlinie mit den zahlreichen Ausnahmen von der unmittelbaren Altersdiskriminierung eine konsequente Umsetzung für nicht sachgerecht zu erachten. Zum „Diskriminierungsverbot zweiter Klasse“ siehe *Kämmerer*, ZBR 2008, 325, 327.

⁶³ EuGH, Urt. v. 26.09.2000 – C-322/98, *Kachelmann*, Slg. 2000, I-7505 = NZA 2000, 1155, Rn. 30; vgl. BAG, Urt. v. 05.03.1997 – 7 AZR 581/92, BAGE 85, 224, 229 =

fen, der sowohl mittelbare [Betriebszugehörigkeit] als auch unmittelbare (Alters-) Ungleichbehandlungen ermöglicht. Das Gericht differenzierte hierbei aber nicht zwischen den beiden Tatbeständen sondern erachtete die Norm als durch ein legitimes *sozialpolitisches* Ziel gerechtfertigt⁶⁴. Allerdings hegt das BAG bei der unmittelbaren Ungleichbehandlung nach § 6 Abs. 1 AGG offensichtlich Sympathien für die Öffnung der möglichen Ziele in Richtung originärer Arbeitgeberinteressen⁶⁵ und schlägt sich damit auf die Seite des Gesetzgebers und weiten Teilen der Literatur⁶⁶. Gleiches muss dann erst recht für die Rechtfertigung bei § 3 Abs. 2 AGG gelten.

cc) Ungeachtet dessen hat der Gesetzgeber aber nicht nur bei der Auswahl der Mittel sondern auch bei der Auswahl der konkreten Ziele aus dem Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik einen weiten Ermessensspielraum⁶⁷. Der EuGH gestand dem Gesetzgeber bei einer unmittelbaren Ungleichbehandlung wegen des Alters bei einer Zwangsverrentung ab einem bestimmten Alter auch eine Rechtfertigung aufgrund „politischer, wirtschaftlicher, sozialer, demografischer und/oder haushaltsbezogener Erwägungen [...] in Anbetracht der konkreten Arbeitsmarktlage“ zu⁶⁸. Selbst wenn sich entgegen der hier bevorzugten Sichtweise das Erfordernis eines sozialpolitischen Ziels auch bei der Rechtfertigung *mittelbarer* Benachteiligungen des Alters durchsetzen sollte, verbleibt ein recht weiter Gestaltungsspielraum, wobei die nationale Vorschrift nicht einmal das Ziel selbst angeben muss. Es reicht, wenn es sich aus dem Kontext erschließt⁶⁹.

dd) Soweit durch die *Befristungen bei Erstberufungen*⁷⁰ die fachliche und pädagogische Qualifikation des Berufenen vor Verleihung des Amtes auf Lebenszeit geprüft werden sollen, liegt hierin ein sozialpolitisch motivierter Zweck. Hierzu gehören nach Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie – der wie dargelegt zur Auslegung auch bei mittelbaren Benachteiligungen herangezogen werden kann – auch die Bereiche Beschäftigungspolitik und Arbeitsmarkt. Als Bestandteil der Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik

NZA 1997, 1242, 1243 f.; allgemein *Fuchs*, in: BeckOK, BGB, Edition 16, Februar 2010, AGG, § 3 Rn. 8 f.

⁶⁴ BAG, Urt. v. 26.05.2009 – 1 AZR 198/08, NZA 2009, 849 Rn. 42 f.

⁶⁵ BAG, Urt. v. 06.11.2008, NZA 2009, 361 Rn. 53; Urt. v. 26.05.2009 – 1 AZR 198/08, NZA 2009, 849 Rn. 36, 43.

⁶⁶ Ausführlich auch *Schlachter*, in: ErfK, 10. Aufl. 2010, AGG, § 10 Rn. 1.

⁶⁷ EuGH, Urt. v. 16.10.2007 – C-411/05, *Palacios de la Villa*, NZA 2007, 1219 Rn. 68; BAG, Urt. v. 26.05.2009 – 1 AZR 198/08, NZA 2009, 849 Rn. 35; einschränkend *Rombach*, NVwZ 2010, 102, 103.

⁶⁸ EuGH, *Palacios de la Villa*, (Fn. 67), Rn. 69.

⁶⁹ EuGH, *Palacios de la Villa*, (Fn. 67), Rn. 56 f.; *Age Concern England*, (Fn. 54), Rn. 44 f.; BAG, Urt. v. 26.05.2009 – 1 AZR 198/08, NZA 2009, 849 Rn. 37; a.A. *Brors*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 10 Rn. 20 ff.

⁷⁰ Näher zu den einzelnen Zielen *Schinkels*, ZBR 2009, 405, 407.

ist die Möglichkeit der Befristung zur Erprobung (nicht nur von Erstberufenen) – unvoreingenommen und losgelöst von der konkreten gesetzlichen Ausgestaltung betrachtet – ein legitimes Ziel (zu den Grenzen der Legitimität siehe unten unter c) aa)).

Darüber hinaus werden fiskalpolitische Gründe angeführt, die den Abbau von Lehrstühlen zu einem späteren Zeitpunkt ermöglichen sollen. Erscheint dies sowohl aus unternehmerischer Sicht als auch in Anbetracht der zweifelhaften Entwicklung der finanziellen Ausstattung von Hochschulen verständlich, so hat doch der EuGH im Zusammenhang mit mittelbarer Geschlechterdiskriminierung durch Gesetz entschieden, dass Haushaltserwägungen zwar sozialpolitischen Entscheidungen eines Mitgliedstaats zu Grunde liegen und die Art oder das Ausmaß der sozialen Schutzmaßnahmen, die er treffen möchte, beeinflussen können. Allerdings stellen sie als solche aber kein Ziel dar, welches eine Diskriminierung eines der Geschlechter rechtfertigen könnte⁷¹. Eine Rechtfertigung kann nach Rechtsprechung des EuGH nur aus (sozialpolitischen) Gründen erfolgen, die *nicht* haushaltsmotiviert sind. Zweifel an dem Erfordernis des sozialpolitischen Ziels wurden bereits oben geäußert. Die Rechtsprechung des EuGH ist aber auch insofern nicht unproblematisch, als – die Geltung für die mittelbare Altersdiskriminierung unterstellt – eine (ausschließlich) aus haushaltspolitischen Gründen (vorerst) temporäre Einrichtung von Stellen, auf die sich signifikant erkennbar nur Interessenten mit einer bestimmten Altersstruktur bewerben, ohne nähere Betrachtung europarechtswidrig wäre. Hier kann nur das oben Ausgeführte gelten: Wenn schon sozialpolitische Ziele zur Rechtfertigung einer mittelbaren Ungleichbehandlung wegen des Alters notwendig sind, muss dem Gesetzgeber ein entsprechend weiter Einschätzungsspielraum gewährt werden. So entspricht es durchaus dem allgemeinen Interesse, wenn temporär notwendige Stellen befristet werden können, da andernfalls eine übermäßige Belastung der steuerfinanzierten Haushaltsmittel in der Zukunft drohte.

b) Können also sowohl die Prüfung der Eignung als auch haushaltspolitische Gründe eine mittelbare Altersunterscheidung dem Grunde nach rechtfertigen, muss die jeweilige Ungleichbehandlung auch *erforderlich* sein. Dies ist dann der Fall, wenn es kein gleich geeignetes, aber weniger belastendes Mittel gibt.

⁷¹ EuGH, Urt. v. 20.03.2003 – C-187/00, *Kutz-Bauer*, Slg. 2003, I-2741 = NZA 2003, 506 Rn. 59; Urt. v. 23.10.2003 – C-4/02 u. C-5/02, *Schönheit und Becker*, Slg. 2003, I-12575 Rn. 84 f.

Dabei ist jedenfalls bei Verbeamtungen *auf Zeit* die Befristung zur Überprüfung der Qualifizierung *als einziges Ziel* nicht erforderlich, da die Verbeamtung *auf Probe* ein hierfür gleich geeignetes, aber weniger belastendes Mittel ist⁷². Bei der Verbeamtung *auf Zeit* endet das Dienstverhältnis automatisch mit Zeitablauf, während bei der Verbeamtung *auf Probe* die Ernennung zum Beamten *auf Lebenszeit* erfolgt, wenn sich der Bewerber bewährt hat (§§ 4 Abs. 1–3, 6, 10 BeamStG). Damit steht aber gleichzeitig fest, dass die Verbeamtung *auf Probe* erforderlich i.S.d. AGG ist. Entsprechend ist auch bei Angestelltenverhältnissen eine Befristung *zur Erprobung* erforderlich⁷³.

Eine zeitliche Begrenzung bei Verbeamtungen und Anstellungsverhältnissen – gleich auf welche Art und Weise – kann aus fiskalpolitischen Gründen erforderlich sein. Auch wenn eine Befristung aller Neuberufungen fiskalpolitische Ziele noch besser erreichen könnte, handelt es sich dabei um kein gleich geeignetes, sondern allenfalls um ein besseres Mittel⁷⁴. Der EuGH tendiert zwar dazu, bei Verfügbarkeit von besseren Mitteln oder bei umfangreichen und dem angestrebten Zweck widersprechenden Ausnahmen eine Rechtfertigung abzulehnen⁷⁵. Dabei ging es aber regelmäßig um offensichtliche Widersprüche bei *unmittelbarer* Anknüpfung an das Alter. Unter Berücksichtigung des dem Gesetzgeber eingeräumten Einschätzungsspielraums ist die Befristung aus haushaltspolitischen Gründen *noch* erforderlich.

c) Nicht alle Befristungen sind aber *angemessen*, wobei der Prüfungsmaßstab nicht einheitlich beurteilt wird. Während die deutsche Fassung der Richtlinie 2000/78/EG und damit das AGG mit der Wortwahl „*angemessen*“ [„*appropriate*“] eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne nahelegt⁷⁶, fordert der EuGH in ständiger Rechtsprechung, dass eine Ungleichbehandlung dann gerechtfertigt ist, wenn „die gewählten Mittel einem legitimen Ziel des Mitgliedstaats dienen, dessen Regelung streitig ist, und für die Erreichung dieses Ziels *geeignet* [ebenfalls „*appropriate*“] und erforderlich sind.“⁷⁷ Teilweise erweckt die weitere Rechtfertigungs-

⁷² Ebenso *Schinkels*, ZBR 2009, 405, 408.

⁷³ Vgl. auch § 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 TzBfG sowie BAG, Urt. v. 12.09.1996 – 7 AZR 31/96, NZA 1997, 841.

⁷⁴ *Schinkels*, ZBR 2009, 405, 408 nimmt sogar ein *aliud* an.

⁷⁵ EuGH, Urt. v. 18.06.2009 – C-88/08, *Hütter*, NZA 2009, 891 Rn. 48; *Petersen*, (Fn. 24), Rn. 62.

⁷⁶ So wohl auch *Roloff*, in: BeckOK Arbeitsrecht, Edition 14, Dezember 2009, AGG, § 3 Rn. 21; *Schlachter*, in: ErfK, 10. Aufl. 2010, AGG, § 3 Rn. 9.

⁷⁷ EuGH, *Bilka*, (Fn. 59); Urt. v. 19.11.1992 – C-226/91, *Molenbroek*, Slg. 1992, I-5943; siehe ferner *Palacios de la Villa*, (Fn. 67), Rn. 67, 77; *Age Concern England*,

prüfung – nach hohen Anforderungen an das legitime Ziel – den Eindruck einer bloßen Willkürprüfung („erscheint nicht unvernünftig“)⁷⁸. Dennoch darf der Grundsatz des Diskriminierungsverbots aus Gründen des Alters nicht ausgehöhlt werden⁷⁹. So müssen nach ständiger Rechtsprechung des EuGH die Erfordernisse des Gleichbehandlungsgrundsatzes so weit wie möglich mit denen des angestrebten Ziels in Einklang gebracht werden⁸⁰. Auch das BAG prüft die Verhältnismäßigkeit der Ungleichbehandlung *in Bezug auf* das angestrebte Ziel⁸¹; das BVerwG sieht derartige Formulierungen als Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsprinzips⁸². Ausgehend hiervon ergeben sich die folgenden Konsequenzen für die verschiedenen gesetzlichen Regelungen:

*aa) Eine obligatorische Befristung bei der Erstberufung*⁸³ – gleich ob als Beamter oder als Angestellter – zur *Eignungsfeststellung* ist nicht mehr angemessen. Die mittelbare Ungleichbehandlung wegen des Alters steht außer Verhältnis zu dem konkreten Nutzen. Zwar erscheint es auf den ersten Blick sinnvoll, neue Professoren auf die Eignung hin zu überprüfen. Gleichwohl sehen die Gesetze nicht vor, auch Neuzugänge von anderen Universitäten zu befristen, wenn diese bereits Professoren sind. Damit kann das Ziel der Qualitätssicherung schon nur bei Neuberufungen zum Professor erreicht werden. Zwar haben sich bereits tätige Hochschullehrer im Gegensatz zu neu Berufenen schon *als Professor* bewährt. Dies lässt aber außer Acht, dass eine Leistungskontrolle auch durch die „einstellende“ Hochschule nur begrenzt möglich ist. Aus diesem Grunde werden in der freien Wirtschaft regelmäßig alle neuen Arbeitnehmer befristet eingestellt. Eine sofortige unbefristete Einstellung bleibt der individuellen Verhandlung der Vertragsparteien überlassen. Umgekehrt können auch die neu Berufenen ihre Lehrbefähigung durch Habilitation (vgl. nur § 68 Abs. 2 HG NRW) oder durch eine Tätigkeit als Juniorprofessor (§ 47 f HRG) nachweisen, sodass es eines weiteren Nachweises der Qualifikation

(Fn. 54), Rn. 59; w. Nachw. bei *Fuchs*, in: BeckOK, BGB, Edition 16, Februar 2010, AGG, § 3 Rn. 8.

⁷⁸ EuGH *Palacios de la Villa*, (Fn. 67), Rn. 72; *Petersen*, (Fn. 24), Rn. 70.

⁷⁹ EuGH, *Age Concern England*, (54), Rn. 51 zu Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie.

⁸⁰ EuGH, Urt. v. 19.03.2002 – C-476/99, *Lommers*, Slg. 2002, I-2891 = NZA 2002, 501 Rn. 39; *Mangold*, (Fn 20), Rn. 65.

⁸¹ BAG, Urt. v. 23.01.1990 – 3 AZR 58/88, AP BetrAVG § 1 Gleichberechtigung Nr. 7 zur mittelbaren Frauendiskriminierung; Urt. v. 26.05.2009 – 1 AZR 198/08, NZA 2009, 849 Rn. 44; Beschl. v. 18.08.2009 – 1 ABR 47/08, NZA 2010, 222 Rn. 31; anders wohl *Brors*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 10 Rn. 35 f.

⁸² BVerwG, Urt. v. 19.02.2009 – 2 C 18/07, BVerwGE 133, 143 = NVwZ 2009, 840 Rn. 15.

⁸³ So noch § 50 Abs. 1 S. 1 LHG BW a.F.

regelmäßig nicht mehr bedarf⁸⁴. Fehlt es damit aber entgegen dem ersten Eindruck weitgehend an einem sachlichen Bedürfnis für eine Unterscheidung der beiden Gruppen, ist jedenfalls eine *gesetzlich vorgeschriebene zwingende Befristung* nicht mehr angemessen.

Wohl aus diesem Grunde sieht § 63 Abs. 1 HG SH von seiner – an sich zweifelhaften – Sollvorschrift („soll [...] befristet werden“) Ausnahmen für Bewerber vor, die mindestens sechs Jahre hauptamtlich an einer Hochschule im Bereich der Lehre tätig waren, oder sonst aus dem Ausland oder dem außerschulischen Bereich nicht gewonnen werden könnten. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass auch bereits bewährte Juniorprofessoren, wissenschaftliche Mitarbeiter oder Hochschuldozenten sogleich auf Lebenszeit verbeamtet werden können⁸⁵. Im Übrigen können „Soll-“ und „Kann“-Bestimmungen europarechts- und AGG-konform dahingehend ausgelegt werden, dass keine Befristungen *einzig* zur Probe ausgesprochen werden. Die Befristung von Juniorprofessoren begegnet keinen Bedenken, da diese Stellen gerade der Qualifizierung dienen.

Umgekehrt könnten die Länder auch eine Regelbefristung für alle Berufungen mit Abweichungsmöglichkeiten für – aus Sicht der Hochschule – besonders renommierte Wissenschaftler vorsehen⁸⁶. Hierdurch würde eine individuellere Handhabung unabhängig von der Erfahrung *als Professor* ermöglicht. Alleiniges Unterscheidungskriterium bliebe das Renommee. Zwar dürften auch signifikant mehr ältere Hochschullehrer oder in der Wirtschaft Bewährte entsprechend renommiert sein. Diese Ungleichbehandlung ist aber aufgrund einer *rein fachlichen* Begründung auf individueller Ebene ohne Anknüpfung an eine Erstberufung gerechtfertigt. Gleichwohl dürfte sich ein Bundesland, das eine Befristung als Regel vorsieht, in einem nicht zu unterschätzenden Wettbewerbsnachteil befinden.

bb) Ebenso zweifelhaft ist eine Rechtfertigung der mittelbaren Ungleichbehandlung wegen des Alters aus *fiskalpolitischen Gründen*. Wird die Möglichkeit, eingerichtete Lehrstühle zu einem späteren Zeitpunkt wieder streichen zu können, einseitig an persönliche Eigenschaften der Bewerber – hier die Erstberufung und damit mittelbar an das Alter – gekoppelt, stehen Ziel und Mittel erkennbar außer Verhältnis. Es ist kein

⁸⁴ Vgl. auch *Thieme*, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 697; *Mußgnug*, FuL 2000, 308.

⁸⁵ LT-Drucks. 16/1007, S. 63.

⁸⁶ So dürften wohl auch verfassungsrechtlich keine grundsätzlichen Bedenken gegen eine Berufung auf Probe bestehen; siehe hierzu *Löwisch/Wertheimer/Zimmermann*, WissR 2001, 28, 42 ff.; *Thieme*, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 696; a. A. *Isensee*, ZBR 1998, 295, 308; *Mußgnug*, FuL 2000, 308.

sachgerechtes Kriterium erkennbar, warum fiskalische Ziele einseitig auf dem Rücken der Jüngeren ausgetragen werden sollten⁸⁷.

Fiskalpolitische Gründe können aber dann eine mittelbare Ungleichbehandlung wegen des Alters rechtfertigen, wenn der Gesetzgeber nicht primär an das Merkmal der *Erstberufung*, sondern an die *Art der Stelle* anknüpft. So muss die Möglichkeit bestehen, temporär eingerichtete Lehrstühle bei Fortfall der Mittel auch wieder aufzugeben. Dies ist beispielsweise denkbar bei studiengebührenfinanzierten Lehrstühlen, wenn Studiengebühren wieder abgeschafft oder anders verwendet werden sollen. Dann liegt das legitime *Ziel* aber in der zeitlichen Begrenzung *der Stelle* an sich und *nicht* in *Eigenschaften des Bewerbers*. Mit dieser *sachbezogenen* Zielsetzung ist dann auch eine mittelbare Ungleichbehandlung wegen des Alters gerechtfertigt. Diese Möglichkeit dürfte freilich dann nicht in Betracht kommen, wenn der EuGH an dem Erfordernis des sozialpolitischen Ziels in enger Auslegung festhalten sollte (s.o. unter a)).

3. „Dichte“ der Rechtfertigungsprüfung in den Verfahren und Anforderungen an die „Beweislast“

Nach Darlegung der Anforderungen an die Rechtfertigung bleibt noch die interessante Frage, inwieweit der Gesetzgeber die oben angeführten Gründe darlegen und beweisen muss. Für den Rechtsstreit zwischen Arbeitgeber und -nehmer trifft § 22 AGG eine Beweislastregelung weitgehend zulasten des Arbeitgebers, wobei insbesondere umstritten ist, ob dies auch bei mittelbaren Benachteiligungen i.S.d. § 3 Abs. 2 AGG gilt⁸⁸.

Dabei ist der Anwendungsbereich des § 22 AGG aber für die hier relevante Frage der Beweislastverteilung bei Verstoß einer Landesregelung gegen das AGG in seiner gemeinschaftsrechtkonformen Auslegung irrelevant. Schon Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG und § 22 AGG stellen auf die *Parteien des Prozesses* ab. Der (Landes-) Gesetzgeber ist aber nie selbst Partei. Die Auslegung der streitentscheidenden Normen obliegt ausschließlich dem erkennenden Gericht⁸⁹. Es muss selbständig – ohne irgendeine Relevanz der Beweislastverteilung *in Bezug auf das Gesetz* – entscheiden, ob es die Norm für mit höherrangigem Recht unvereinbar hält und aufgrund dessen die Frage dem BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG vorlegt, eine Vorabentscheidung des EuGH nach Art. 267 AEUV (Art. 234 EGV) beantragt, eine verfassungskonforme oder gemeinschaftsrechts-

⁸⁷ Ebenso *Schinkels*, ZBR 2009, 405, 409.

⁸⁸ Siehe zum Streitstand *Schlachter*, in: ErfK, 10. Aufl. 2010, AGG, § 22 Rn. 2.

⁸⁹ Insoweit erscheint es aus Sicht des Benachteiligten freilich sinnvoll, einen Verstoß der Norm gegen das AGG oder Gemeinschaftsrecht darzulegen.

konforme Auslegung vornimmt oder die Norm ohne Vorlage vor den EuGH unangewendet lässt (Näher oben unter *II.*). Insoweit kommt es gar nicht auf eine zivilrechtliche Beweislastverteilung an⁹⁰.

Das Verfahren vor dem BVerfG ist ein objektives Verfahren, welches nicht dem Schutz subjektiver Rechtspositionen sondern einzig der Anwendung verfassungsgemäßer Normen dient⁹¹. So unterliegt es auch der Untersuchungsmaxime⁹²; auf eine Beweislastverteilung kommt es ebenfalls nicht an. Der Landesgesetzgeber hat nur nach Maßgabe des § 82 Abs. 1 i.V.m. § 77 BVerfGG ein Äußerungsrecht. Selbst wenn er gemäß § 82 Abs. 2 i.V.m. § 77 BVerfGG dem Verfahren beitrifft, gleicht ein Beweisantrag einer bloßen Anregung⁹³, womit die klassischen Beweismöglichkeiten ohnehin beschränkt sind. Die Parteien des Ausgangsverfahrens und damit auch der Betroffene hat lediglich ein Äußerungsrecht, § 82 Abs. 3 BVerfGG.

Das Verfahren vor dem EuGH unterscheidet sich zwar insoweit von der konkreten Normenkontrolle, als es auch dem Individualrechtsschutz dient⁹⁴. Neben der Möglichkeit einer Stellungnahme haben die Parteien des Ausgangsrechtsstreits aber keine Möglichkeit, auf das Verfahren Einfluss zu nehmen⁹⁵. Der Landesgesetzgeber ist nicht einmal beteiligt⁹⁶.

Anders sieht dies möglicherweise der EuGH. Bei der mittelbaren Geschlechterdiskriminierung sei es „Sache des Mitgliedstaats, der Urheber einer solchen Maßnahme [Gesetz] ist, [...] vor dem nationalen Gericht nachzuweisen, dass objektive Gründe zur Rechtfertigung dieser Maßnahme vorliegen“⁹⁷, wobei es regelmäßig nicht schadet, wenn die Ziele nicht unmittelbar aus der Norm selbst ersichtlich sind oder gar nicht mit der ursprünglichen Absicht in Zusammenhang stehen⁹⁸. Teilweise beschränkt sich das Gericht auf die Feststellung, dass die Beurteilung der nationalen Behörden *nicht unvernünftig* ist⁹⁹, während in der *Mangold-*

⁹⁰ Anders wohl *Schinkels*, ZBR 2009, 405, 408 f.

⁹¹ *Sturm*, in: Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 100 Rn. 4.

⁹² *Klein/Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 29. Aufl. 2009, § 23 Rn. 7.

⁹³ *Ulsamer/Müller-Terpitz*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 31. Aufl. 2009, § 82 Rn. 12.

⁹⁴ *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Stand April 2009, EGV, Art. 234 Rn. 3; *Wegener*, in: Callies/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 234 Rn. 1.

⁹⁵ *Wissmann*, in: ErfK, 10. Aufl. 2010, EGV, Art. 234 Rn. 41.

⁹⁶ Vgl. *Wissmann*, in: ErfK, 10. Aufl. 2010, EGV, Art. 234 Rn. 41.

⁹⁷ EuGH, *Schönheit und Becker*, (Fn. 71), Rn. 87.

⁹⁸ EuGH, *Schönheit und Becker*, (Fn. 71), Rn. 87; *Palacios de la Villa*, (Fn. 78), Rn. 57. Für Art. 3 Abs. 1 GG siehe BVerfGE 51, 1, 26 f.; 75, 246, 268.

⁹⁹ EuGH, *Palacios de la Villa*, (Fn. 67), Rn. 72; *Petersen*, (Fn. 24), Rn. 70.

Entscheidung des EuGH § 14 Abs. 3 TzBfG für mit Gemeinschaftsrecht unvereinbar erklärt wurde, da die Erforderlichkeit nicht *nachgewiesen* sei¹⁰⁰. Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG wird nicht erwähnt. Nach den bisherigen Ausführungen dürfen die Beweislastanforderungen des EuGH aber keinesfalls als klassische zivilrechtliche Beweisanforderungen nach deutschem Recht missverstanden werden. Der EuGH verleiht vielmehr der erforderlichen Rechtfertigungs*sintensität* im konkreten Fall Ausdruck, ohne eine wirkliche Beweislastverteilung zu postulieren. Die Anforderungen an die objektive Rechtfertigung selbst sind sehr stark einzel-fallabhängig; einheitliche Anforderungen können nicht aufgestellt werden und sind abhängig von den unterschiedlichsten Faktoren¹⁰¹.

V. Ausblick auf mögliche Rechtsfolgen bei der Berufung auf Grundlage eines nichtigen oder unanwendbaren Gesetzes

Bei einer (europa-)rechtswidrigen Befristung einer Professur stellt sich das weiterführende Problem der Rechtsfolgen für das einzelne Beschäftigungsverhältnis. Nach Art. 16 lit. b) der Richtlinie haben die Mitgliedstaaten u.a. dafür Sorge zu tragen, dass die mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zu vereinbarenden Bestimmungen in Arbeitsverträgen für nichtig erklärt werden oder erklärt werden können oder geändert werden. § 7 Abs. 2 AGG erklärt Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen das Gleichbehandlungsverbot verstoßen, für unwirksam, wobei sich diese Rechtsfolge bereits aus § 134 BGB ergibt. Während die Rechtslage bei einer *Anstellung* noch verhältnismäßig leicht zu beurteilen ist (1.), scheint die zeitlich begrenzte *Verbeamtung* von Professoren einen nahezu unaufhebbareren Widerspruch zwischen europarechtlichen Vorgaben und nationalen Rechtsfolgen auszulösen (2.).

1. Rechtsfolgen bei befristeten Angestelltenverhältnissen

Ziel des Diskriminierungsschutzes ist die Beseitigung der diskriminierenden Handlung. Bei einer diskriminierenden Befristung von Angestellten kann dieses Ziel mit Umwandlung in ein unbefristetes Beschäftigungs-

¹⁰⁰ EuGH, *Mangold*, (Fn. 20), Rn. 65.

¹⁰¹ Vgl. zu den Anforderungen an gleichheitsgerechte Gesetzgebung bzgl. Art. 3 Abs. 1 GG BVerfGE 88, 87, 96 f.; 89, 15, 23; *Jarass*, in: Jarass/Piero, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 3 Rn. 14 ff.; *Osterlob*, in: Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 3 Rn. 90 ff.; kritisch *Heun*, in: Dreier, GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 3 Rn. 25 ff.

verhältnis, § 16 S. 1 Hs. 1 TzBfG, erreicht werden¹⁰². Unabhängig von der wohl zu bejahenden Frage, ob das TzBfG in persönlicher Hinsicht auf angestellte Professoren anwendbar ist und ob neben den Befristungsregelungen der Länder auf § 16 TzBfG zurückgegriffen werden kann¹⁰³, muss jedenfalls nach dem Rechtsgedanken des AGG und der zugrunde liegenden Richtlinie Rechtsfolge ein unbefristetes Angestelltenverhältnis sein, wenn nicht der ganze Arbeitsvertrag von der Unwirksamkeit umfasst werden soll (was dem Schutzgedanken des AGG widersprechen würde). Jedenfalls verbietet sich eine geltungserhaltende Reduktion des Vertrages auf das gerade noch nicht diskriminierende Maß¹⁰⁴. Der Professor muss nach § 17 TzBfG innerhalb von 3 Wochen nach Ende des Arbeitsverhältnisses das Arbeitsgericht anrufen, um die Befristung abzuwenden.

2. Rechtsfolgen bei zeitlich begrenzten Verbeamtungen

Ungleich schwieriger erweist sich die Lage bei Verbeamtungen auf Zeit oder auf Probe. Begründender Rechtsakt ist hierbei nicht das befristende Gesetz oder ein Arbeitsvertrag, sondern der tatsächliche Ernennungsakt als mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt¹⁰⁵. Die Rechtsfolgenlösung bei der Befristung im Angestelltenverhältnis kann nicht ohne weiteres auf die beamtenrechtliche Ernennung übertragen werden.

a) Das Beamtenverhältnis auf Zeit oder auf Probe wird nicht *ipso jure* nach § 7 Abs. 2 AGG zu einem Beamtenverhältnis auf Lebenszeit. Zwar kann gegen eine Anwendung dieser privatrechtlichen Vorschrift nicht bereits die fehlende Gesetzgebungskompetenz bzw. ein *Hineinregeln* des Bundes in die Ausführung von Landesgesetzen geltend gemacht werden¹⁰⁶. Der Bund hatte und hat für den gesamten Bereich des Antidiskriminierungsrechts die Gesetzgebungskompetenz, einschließlich des Verwaltungsverfahrens über eine Annexkompetenz¹⁰⁷. Insoweit handelt es sich um das Verwaltungsverfahren bei der Umsetzung des Antidiskriminierungsrechts im öffentlichen Bereich und damit von Bundesrecht.

Allerdings wird bereits die Verbeamtung durch Verwaltungsakt nicht vom Wortlaut des § 7 Abs. 2 AGG umfasst¹⁰⁸, da lediglich *Vereinbarun-*

¹⁰² LAG Köln, Urt. v. 12.02.2009 – 7 Sa 1132/08, BeckRS 2009, 68222.

¹⁰³ Ausführlich hierzu *Lenk*, WissR 2009, 50, 55 (Fn. 21), 67 ff.; siehe ferner auch *Löwisch/Wertheimer*, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 2004, VII Rn. 141 ff.

¹⁰⁴ *Thüsing*, in: MünchKomm, BGB, 2. HlbBd, 5. Aufl. 2007, AGG, § 7 Rn. 10.

¹⁰⁵ *Löwisch/Wertheimer/Zimmermann*, WissR 2001, 28, 42; *Reich*, BeamtStG, 2009, § 8 Rn. 8.

¹⁰⁶ In diese Richtung aber *Schinkels*, ZBR 2009, 405, 410.

¹⁰⁷ *Bonk/Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 1 Rn. 37.

¹⁰⁸ A.A. *Schinkels*, ZBR 2009, 405, 410.

gen unwirksam sein können. Selbst ein mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt ist aber keine Vereinbarung sondern eine *einseitige* behördliche Regelung. Zwar gehen der Ernennung regelmäßig umfangreiche Verhandlungen voraus. Dies ändert aber nichts an dem Rechtscharakter des Ernennungsaktes selbst. Außerdem gelten die Vorschriften nach § 24 Nr. 1 AGG für Beamten nur unter „Berücksichtigung ihrer besonderen Rechtsstellung“. Diese zeichnet sich aber gerade dadurch aus, dass eine Änderung des Beamtenstatus wiederum einer Ernennung bedarf und keinesfalls *ipso jure* eintritt, § 8 Abs. 1 Nr. 2 BeamStG. Dies gilt selbst dann, wenn man das AGG als Maßstäbesgesetz versteht¹⁰⁹, welches anderweitige Bundesgesetze überlagern würde, da das AGG selbst für das Beamtenrecht eine Ausnahme bereithält. Ferner ist die zeitliche Beschränkung der Verbeamtung eine Inhaltsbestimmung und damit nicht *isoliert* anfechtbar, sodass sich die Unwirksamkeit – kaum gewollt – auf die Ernennung als solche beziehen müsste¹¹⁰. Letztlich hätte eine automatische Umwandlung die Konsequenz, dass noch lange Zeit nach eigentlicher Beendigung des Dienstverhältnisses eine Feststellungsklage erhoben werden könnte, die nur durch das Rechtsinstitut der Verwirkung gesperrt wäre.

Es ist auch keine richtlinienkonforme Auslegung des § 7 Abs. 2 AGG und der Vorschriften des BeamStG dahingehend geboten, dass der Professor *automatisch* zum Beamten auf Lebenszeit ernannt wird¹¹¹. Zwar muss die Möglichkeit der Nichtigkeitsklärung oder Änderungspflicht nach Art. 16 lit. b) der Richtlinie 2000/78/EG für Arbeitsverträge bei verständiger Auslegung der Richtlinie auch für Beamtenverhältnisse gelten, zumal Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie alle Personen im gesamten öffentlichen Bereich erfasst. Die Richtlinie setzt aber gerade nicht voraus, dass die Unwirksamkeit *ipso jure* eintritt.

b) Selbst wenn man in der fehlenden Regelung der Rechtsfolge einen Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht annehmen sollte, führt dies nicht zu einem Anwendungsvorrang der Richtlinie. Zunächst darf angezweifelt werden, ob die Rechtsfolgen des Art. 16 lit. b) überhaupt unmittelbar anwendbar sind (siehe oben *II. a.E.*). Abgesehen davon betont auch der EuGH regelmäßig, dass gemeinschaftsrechtswidrige Verwaltungsakte nur *nach Maßgabe* der nationalen Vorschriften zurückgenommen wer-

¹⁰⁹ *Kämmerer*, ZBR 2008, 325, 327; das BVerfG nimmt jedenfalls gegenüber dem BGB keinen Vorrang an, vgl. Beschl. v. 18.11.2008 – 1 BvL 4/08, BeckRS 2008, 41121.

¹¹⁰ Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus BVerfGE 70, 251, da im zugrunde liegenden Verwaltungsrechtsstreit eine nachträgliche Befristung Streitgegenstand war.

¹¹¹ A.A. *Schinkels*, ZBR 2009, 405, 410.

den¹¹². Die Europarechtswidrigkeit kann sich grundsätzlich sogar zu einem Anspruch auf Rücknahme verdichten¹¹³. Wie bereits dargestellt, ist die bloße Rücknahme der Befristung *bei im Übrigen* wirksamer Berufung (dann auf Lebenszeit) nationalrechtlich aber nicht möglich¹¹⁴.

c) Denkbar ist aber in Anlehnung an *Kühne & Heitz* und zur Durchsetzung des *effet utile* ein Anspruch des Professors auf Entfristung¹¹⁵. Ein solcher könnte auf die Richtlinie 2000/78/EG in Verbindung mit dem allgemeinen Grundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung gestützt werden. Es ist zweifelhaft, ob bereits die Richtlinie als ausreichende Grundlage ausreicht. Aus einer Richtlinie kann der einzelne Bürger nur dann Ansprüche gegen den Staat geltend machen, wenn diese „unbedingt und hinreichend“ genau ist und Rechte festlegt, „die dem Staat gegenüber geltend gemacht werden können“¹¹⁶. Gerade diese unmittelbare Geltung kann aber nicht angenommen werden, wenn es Art. 16 lit. b) der Richtlinie den Mitgliedstaaten überlässt, auf welche Art und Weise Ungleichbehandlungen ausgeglichen werden. Die Richtlinie enthält gerade keinen Anspruch auf Entfristung (siehe bereits oben unter II. a.E.).

Der EuGH hat in der Vergangenheit häufiger Ansprüche aus Primärrecht abgeleitet. So insbesondere aus den Grundfreiheiten oder dem Gebot der Lohngleichheit für Männer und Frauen, Art. 157 Abs. 1 AEUV (Art. 141 Abs. 1 EGV)¹¹⁷. Im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten gestand der EuGH den Bürgern in der Vergangenheit teilweise recht weitgehende (einklagbare) Rechte zur effektiven Durchsetzung von Gemeinschaftsrecht zu¹¹⁸. Bei der Herleitung von unmittelbaren Ansprüchen aus Grundrechten war der EuGH bislang etwas zurückhaltender. So leitete er aber aus Art. 157 Abs. 1 AEUV (Art. 141 Abs. 1 EGV) einen Anspruch

¹¹² EuGH, Urt. v. 13.01.2004 – C-453/00, *Kühne & Heitz*, Slg. 2004, I-858 = EuZW 2004, 215 Rn. 24.

¹¹³ Müller, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK, VwVfG, Edition 6, Januar 2010, § 48 Rn. 143 f. Nach OVG Hamburg, Urt. v. 14.05.2009 – 4 Bf 185/07, NordÖR 2009, 450, 452 f., dürfte dem jedoch regelmäßig die entgegenstehende Rechtskraft des ursprünglichen Urteils, welches die Europarechtswidrigkeit noch nicht erkannte, entgegenstehen.

¹¹⁴ Zudem dürfte es regelmäßig am Vorliegen der Voraussetzungen von *Kühne & Heitz* (insb. letztinstanzliche Entscheidung eines nationalen Gerichts, die die Europarechtswidrigkeit nicht erkennt) fehlen.

¹¹⁵ Einen solchen Anspruch ohne nähere Begründung ablehnend *Schinkels*, ZBR 2009, 405, 410.

¹¹⁶ St. Rsp. seit EuGH, *Becker*, (Fn. 21).

¹¹⁷ Nachweise bei *Herdegen*, Europarecht, 11. Aufl. 2009, § 9 Rn. 13 f.

¹¹⁸ EuGH, Urt. v. 04.12.1974 – C-41/74, *van Duyn*, Slg. 1974, 1337; Urt. v. 09.12.1997 – C-265/95, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1997-I, 6959 = NJW 1998, 1931 Rn. 32, 56; *Herdegen*, Europarecht, 11. Aufl. 2009, §. 9 Rn. 14.

auf Gleichheit des Arbeitsentgelts von Männern und Frauen ab, auf den sich die Benachteiligten vor Gericht auch unmittelbar berufen können¹¹⁹. In Deutschland wurde in der Folge der Anspruch aus nationalem Recht (§ 612 Abs. 3 BGB a.F.) hergeleitet¹²⁰. Dieses (Grund-)Recht beschreibt aber ganz klar Tatbestand (gleiche Arbeit) und Rechtsfolge (gleicher Lohn), was gerade bei dem allgemeinen Verbot der Altersdiskriminierung nicht der Fall ist¹²¹. Im *nationalen* Verfassungsrecht ist es ebenfalls nicht zwangsläufig üblich, dem allgemeinen oder den besonderen Gleichheitssätzen originäre Leistungsansprüche zu entnehmen¹²². Eine Anknüpfung für die Geltendmachung eines derivativen Leistungs- und Teilhaberecht fehlt gerade.

Die neuere EuGH-Rechtsprechung entwickelt aber einen mittlerweile sehr weitgehenden Grundrechtsschutz, der letztlich entgegen der geäußerten Bedenken in Zukunft auch hin zu originären Ansprüchen der EU-Bürger aus Grundrechten führen könnte. So vermochte bereits die Richtlinie 2000/78/EG den allgemeinen Grundsatz des Verbotes der Altersdiskriminierung derart zu konkretisieren, dass eine nationale Norm (§ 622 Abs. 2 S. 2 BGB), die nicht Gemeinschaftsrecht umsetzt, im Verhältnis zwischen Privaten außer Anwendung bleiben muss¹²³, obwohl die unmittelbare Wirkung von Richtlinien zwischen Privaten nach wie vor abgelehnt wird¹²⁴. Damit rückt der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz bereits in die Nähe einer originären Anspruchsgrundlage, wenn in Zukunft *zivilrechtliche* Ansprüche wegen der zwingenden Nichtberücksichtigung nationalen Rechts durchgesetzt werden können. Mit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon dürfte der EuGH in seiner Rechtsprechung bestärkt werden, da über Art. 6 Abs. 1 EUV die Europäische Grundrechtecharta (EuGRC) Teil des Primärrechts wird und nach Art. 6 Abs. 3 EUV auch die Rechte in der EMRK als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts werden. Allerdings gelten die europäischen Grundrechte nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 EuGRC nur bei der *Durchführung* von

¹¹⁹ EuGH, Urt. v. 08.04.1976 – C-43/75, *Defrenne II*, Slg. 1976, 455 = NJW 1976, 2068; vgl. auch *Schlachter*, in: ErfK, 10. Aufl. 2010, EGV, Art. 141 Rn. 2.

¹²⁰ BAG, Urt. v. 23.08.1995 – 5 AZR 942/93, BAGE 80, 343 = NZA 1996, 579, 580 auch zur Herleitung aus Art. 3 Abs. 2 GG.

¹²¹ Zurecht ebenso kritisch unter Auseinandersetzung mit der EuGH-Rechtsprechung *Wackerbarth/Kreße*, EuZW 2010, 252, 256 f.

¹²² *Osterloh*, in: Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 3 Rn. 55, 232, 262, 305.

¹²³ EuGH, *Kücükdevici*, (Fn. 24), in Fortführung von EuGH, *Mangold*, (Fn. 20), und Urt. v. 23.09.2008 – C-427/06, *Bartsch*, NZA 2008, 1119; krit. *Thüsing*, ZIP 2010, 199, 200.

¹²⁴ EuGH, *Adeneler*, (Fn. 21), Rn. 107 ff., insb. Rn. 110, 124; ebenso *Thüsing*, ZIP 2010, 199, 200.

Unionsrecht. Auch wenn man berechtigte Zweifel daran haben darf, dass eine Landesnorm, die nicht der Umsetzung einer Richtlinie dient (wie im Übrigen auch § 622 Abs. 2 S. 2 BGB¹²⁵), Unionsrecht durchführt, sobald diese in den *Anwendungsbereich* einer Richtlinie fällt, dürfte dies doch mittlerweile gefestigte EuGH-Rechtsprechung sein¹²⁶. Das BVerfG neigt dazu, nationale Grundrechte ebenfalls europarechtskonform auszulegen¹²⁷. Zur EMRK hat es bereits ausdrücklich anerkannt, dass diese als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der nationalen Grundrechte dienen können¹²⁸. Entsprechend könnten aus Art. 3 Abs. 1 GG originäre Rechte in Umsetzung des Gemeinschaftsrechts abgeleitet werden.

d) Sofern man einen Anspruch auf Entfristung ablehnt, ist dem diskriminierten Hochschullehrer nach Maßgabe des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs¹²⁹ Schadensersatz zu gewähren. Der Anspruch wird wohl nicht bereits an der Annahme scheitern, die Richtlinie 2000/78/EG bezwecke nicht, dem Einzelnen Rechte zu verleihen. Zwar formuliert sie keinen umzusetzenden Rechtsanspruch des einzelnen Diskriminierten sondern nimmt vielmehr die Mitgliedstaaten in die unmittelbare Pflicht, Art. 16. Auf der anderen Seite sieht Art. 9 der Richtlinie Rechtsschutz für die Betroffenen vor. Auch wäre es fernliegend, subjektive Rechte bereits deshalb abzulehnen, weil der Staat diese unmittelbar durchsetzen muss. Interessanter ist die Frage, ob auch ein hinreichend qualifizierter Verstoß¹³⁰ gegen die Richtlinie anzunehmen ist. So dürfte der Grad der Fahrlässigkeit des Bundesgesetzgebers bzgl. der fehlenden Rechtsfolgeregelung für Beamte nicht besonderes hoch ausfallen. Dann könnte schon eher dem Landesgesetzgeber (ungeachtet der Möglichkeit der europarechtskonformen Auslegung) mit Schaffung bzw. Nichtabschaffung ein hinreichend qualifizierter Verstoß vorgeworfen werden,

¹²⁵ Zur Entstehungsgeschichte siehe *Hesse*, in: MünchKomm, BGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2009, § 622 Rn. 1 ff.

¹²⁶ Vgl. *Kingreen*, in: Callies/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 51 Rn. 8 ff.; krit. zu § 622 BGB auch schon *Bauer/Arnold*, NJW 2008, 3377, 3379; *Brors*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 10 Rn. 104; zust. *Preis/Temming*, NZA 2010, 185; 189 f.

¹²⁷ *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, GGK, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Art. 3 Rn. 4a; *Osterloh*, in: Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 3 Rn. 268.

¹²⁸ So ausdrücklich BVerfG, Beschl. v. 04.02.2010 – 2 BvR 2307/06, BeckRS 2010, 46477; vgl. ferner BVerfGE 120, 180.

¹²⁹ St. Rsp. Seit EuGH, *Francovich*, (Fn. 34), Rn. 40; zu den Voraussetzungen s. *Sprau*, in: Palandt, BGB, 69. Aufl. 2010, § 839 Rn. 5 ff.

¹³⁰ Dazu EuGH, Urt. v. 08.10.1996 – C-178/94 u.a. *Dillenkofer*, NJW 1996, 3141 Rn. 21 ff.

womit sich das Problem anschließt, ob wahlweise gegen beide der Schadensersatzanspruch gerichtet werden kann.

VI. Fazit

Eine konsequente Fortschreibung der EuGH-Rechtsprechung zum Verbot der Altersdiskriminierung führt letztlich zu nahezu unüberbrückbaren Wertungswidersprüchen zwischen nationalen und europäischen Verständnis der Altersdiskriminierung. Ins Zentrum des Interesses rückt verstärkt die Durchsetzung von individuellen Rechtspositionen. Immerhin decken sich im Bereich der Befristung von Professoren die Aspekte, die zu einem Verstoß gegen das AGG und Europarecht führen, in weiten Teilen mit den Erwägungen, die auch für die Annahme eines Verstoßes gegen die Grundsätze des Berufsbeamtentums oder die Wissenschaftsfreiheit ins Feld geführt wurden oder werden könnten. Die Rechtsfolgen bei einer diskriminierenden Berufung sind weitgehend ungeklärt. So kommt eine richtlinienkonforme Auslegung bestehenden Rechts regelmäßig nicht in Betracht. Es bleibt abzuwarten, ob der EuGH originäre Ansprüche aus Gemeinschaftsrecht entwickelt.

Summary

In recent years the state legislator has been observed to have had a tendency (especially in regard to first appointments), to no longer appoint professorial posts for life but to initially fix a probationary period. Not only may the quality of the candidate be examined by these means but they also make possible a more flexible budgetary concept. Hereby arises the question as to in how far such regulations are compatible with the General Act on Equal Treatment (AGG = Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) and the EU – Council Directive 2000/78/EC.

Because significantly more young candidates are affected by the limited period of their initial appointments, these regulations are a case of indirect unequal treatment on grounds of age. This is justified if there is a legitimate aim and if it is appropriate and necessary. Such a justification is not given with standards which are especially disadvantageous towards professors in their first appointments, because these have already proved their quality in the qualification phase and therefore there is a lack of a sufficient amount of diversified criteria. According to the view of the author however, indirect disadvantages are legitimate if these have a budgetary motive and as long as they are not aimed at the person as a candidate as such but at the type of position they hold. As long as the European Court of Justice has not established an infringement of European law in an at least similar case the case must be permitted to appear before the Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht) on the grounds of legal certainty.

If limitations are allowed which are illegal according to both European and Constitutional law, then only the salaried professors can demand permanent employment. This is a different situation for temporary civil servants. The civil servant status will not become ipso jure a permanent one. There is also no possibility of laying down national law in accordance with the guide lines. Alone the possibility of a claim for unlimited employment under communal law seems a possibility but in the outcome must be rejected.

Valeska Franke*

Die Kanzlerinnen und Kanzler der Universitäten Deutschlands – Nachwuchssorgen?

I. Die Ausgangslage

Die Nachwuchssuche für das Amt der Kanzlerin oder des Kanzlers¹ an einer deutschen Universität gestaltet sich immer schwieriger. Immer weniger potentielle und befähigte Führungskräfte möchten die Position des Kanzlers übernehmen. Dieser Artikel geht daher der Frage nach, aus welchen Gründen das Amt des Kanzlers für die Bewerber nicht mehr allzu attraktiv scheint. Im besonderen Fokus liegt dabei die Versorgungssituation der neuen Kanzler. Aufgrund der Fülle der Gesetzesänderungen und der Vielfalt der unterschiedlichen Regelungen in den einzelnen Ländern hat sich ein Regelwerk ergeben, aus dem die Bewerber für das Amt nicht auf Anhalt ersehen können, welche besoldungs- und versorgungsrechtlichen Folgen eine Übernahme in das Amt des Kanzlers für sie haben könnte.

Die Führungsposition eines Universitätskanzlers geht mit einer großen Verantwortung einher: Sie sind Mitglieder der Hochschulleitung und zudem Chef der Hochschulverwaltung. Doch mit Übertragung des Amtes des Hochschulkanzlers stehen sie vor einer unsicheren Versorgungssituation. Das Problem ist, dass ihnen dieser Umstand bei Amtsantritt oftmals nicht bekannt ist und so gerade die jungen Kanzler in eine spätere Versorgungsfalle tappen könnten. Denn grundsätzlich werden deutsche Hochschulkanzler nur noch zu Beamten auf Zeit ernannt oder in einem befristeten Angestelltenverhältnis beschäftigt. Durch diese Einordnung ergeben sich oftmals Schwierigkeiten bei der späteren Versorgung. Sind die Kanzler nicht aus einem Beamtenverhältnis auf Lebenszeit in das Beamtenverhältnis auf Zeit ernannt worden, sind sie aus dem Beamtenverhältnis auf Zeit zu entlassen. Dies hat zur Folge, dass sie keinen Anspruch auf Versorgung, d.h. auf Ruhegehalt, haben. Lebt das Lebenszeitbeamten-

* Die Verfasserin ist Referentin des Bundessprechers der Kanzlerinnen und Kanzler der Universitäten Deutschlands an der Leibniz Universität Hannover.

¹ Im Folgenden wird aus Vereinfachungsgründen die männliche Form verwendet.

verhältnis indes wieder auf, so erhalten sie lediglich ein Ruhegehalt auf der Grundlage des Beamtenverhältnisses auf Lebenszeit und gerade nicht aus dem Beförderungssamt.

Noch schwieriger gestaltet sich die Versorgungssituation der Kanzler, die während ihrer Amtszeit in einem befristeten Angestelltenverhältnis beschäftigt worden sind. Nach Ablauf der Amtszeit und nicht erneuter Wiederwahl endet das Beschäftigungsverhältnis. Insofern müssen sich die neuen Kanzler bereits während ihrer Amtszeit Gedanken über andere Zukunftsperspektiven machen. Dadurch ist das Amt des Hochschulkanzlers für aus der Wirtschaft stammende junge Führungskräfte nicht mehr reizvoll.

Diese Versorgungssituation, die sich in dieser Form vor allem für neu ernannte oder neu eingestellte Kanzler darstellt, wird – dies ist absehbar – zwangsläufig zu einem gesteigerten Nachwuchsmangel für das Amt des Hochschulkanzlers führen.

II. Einführung in die Gesetzeslage

Im Zuge der Föderalismusreform sind den Ländern die Gesetzgebungskompetenzen für große Teile des Beamtenrechts übertragen worden. Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG ist nunmehr die Gesetzgebungskompetenz für Regelungen im Bereich der Laufbahnen, Besoldung und Versorgung der Landesbeamten den Ländern übertragen worden. Soweit die Länder in diesen Bereichen noch keine eigenen Regelungen getroffen haben, wird dies über das nach Art. 125 a Abs. 1 GG fortgeltende Bundesrecht aufgefangen.

Das Versorgungsrecht ist als Teil des Beamtenrechts geregelt. Art. 33 Abs. 5 GG stellt sowohl für die Bundes- als auch für die Landesebene sicher, dass die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums bei der Regelung und der Fortentwicklung des öffentlichen Dienstrechts zu berücksichtigen sind. Die wesentlichen Grundsätze, die für den Bestand und die Leistungsfähigkeit des Berufsbeamtentums bedeutsam sind, sind danach aus verfassungsrechtlicher Sicht zu berücksichtigen.² Darunter fallen auch das Lebenszeitprinzip und das Alimentationsprinzip.³ Der Staat verpflichtet sich im Rahmen seiner allgemeinen Fürsorgepflicht für den Lebensunterhalt der Beamten zu sorgen.⁴ Dieser öffentlich-rechtliche Unter-

² *Badura* in: Maunz/Dürig, GG, Kommentar, 56. Ergänzungslieferung, 2009, Art. 33 Rn. 2.

³ *Hense* in: Beck'scher OK, GG, Stand: 01.02.2010, Art. 33 Rn. 43, 44.

⁴ *Ebd.*

haltsanspruch sichert Beamte für das Alter sowie gegen Dienstunfähigkeit ab. Entsprechend des Alimentationsprinzips gibt der Staat die Garantie, dass die Beamten bei Ausscheiden aus dem Dienst eine Versorgung – gemessen an ihrem letzten Amt – erhalten.

Da das Beamtenverhältnis grundsätzlich „auf Lebenszeit“ begründet wird, besteht das Fürsorgeprinzip des Staates fort. Denn grundsätzlich bildet das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit die Regel, wie z.B. § 6 Abs. 1 S. 2 Bundesbeamtengesetz (BBG) zeigt. Korrespondierend mit der Betonung des Lebenszeitbeamten als Regeltypus in § 6 Abs. 1 S. 2 BBG hebt § 6 Abs. 2 den Ausnahmecharakter des Beamtenverhältnisses auf Zeit hervor.⁵ Das Beamtenverhältnis auf Zeit muss und darf nur ausdrücklich gesetzlich für besondere Fälle geregelt sein.⁶ Das BBG enthält eine derartige Regelung nur gemäß § 132 BBG für die beamteten Leiter, die beamteten hauptberuflichen Mitglieder von Leitungsgremien von Hochschulen und des wissenschaftlichen und künstlerischen Personals, wissenschaftlichen und künstlerischen Assistenten.⁷ Für die Hochschulkanzler finden sich in den landesgesetzlichen Hochschulgesetzen entsprechende Regelungen zur Bestellung als Beamte auf Zeit.

Die Beamtenbesoldung und die spätere Beamtenversorgung sind miteinander verknüpft. Dennoch sind für die Bemessung andere Gesetzesgrundlagen maßgeblich. Die Besoldung richtet sich nach den entsprechenden Besoldungsgesetzen des Bundes (BBesG) und der Länder; die Versorgung richtet sich nach dem Beamtenversorgungsgesetz (BeamtVG), soweit die Länder noch nicht von ihrer diesbezüglichen Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht haben.

Im BeamtVG waren bisher bundeseinheitlich Anspruchsvoraussetzungen, Art und Höhe der Versorgungsbezüge der Beamten und ihrer Hinterbliebenen geregelt. Mit der Föderalismusreform⁸ wurde die Gesetzgebungskompetenz für das Versorgungsrecht am 01.09.2006 auf die Bundesländer übertragen. Nicht alle Länder haben bislang von ihrem Recht Gebrauch gemacht und eigene Landesgesetze erlassen. Bis das BeamtVG durch entsprechende Landesgesetze ersetzt worden ist, gilt es auch für die Landesbeamten in der bis zum 31.08.2006 geltenden Fassung fort, § 108 Abs. 1 BeamtVG.

Bislang haben nur die Bundesländer *Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz, das Saarland, Schleswig-Holstein und Thüringen* von der vom Bund eingeräumten

⁵ *Battis*, BBG Kommentar, 4. Auflage, 2009, § 6 Rn. 4.

⁶ Ebd.

⁷ Ebd.

⁸ BT-Drs. 16/813.

Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht und eigene Landesgesetze im Versorgungsrecht erlassen.⁹ Da die Landesgesetze lediglich Regelungen in Bezug auf den vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärten § 5 Abs. 3 S. 1¹⁰ sowie zu § 14a BeamtVG enthalten und im Übrigen auf das BeamtVG verwiesen wird, ist hinsichtlich der versorgungsrechtlichen Problematik der Hochschulkanzler weiterhin das BeamtVG maßgebend.

Ferner sind für die Bewertung des Versorgungsrechts der Hochschulkanzler die einschlägigen bundes- und landesrechtlichen Vorschriften, hauptsächlich die Landeshochschulgesetze sowie die Landesbeamtenengesetze, von Bedeutung.

III. W-Besoldung

Seit dem 1. Januar 2005 gilt für alle neuberufenen Professoren an staatlichen Hochschulen die W-Besoldung. Nach § 32 S. 3 BBesG gilt die Einordnung in die Bundesbesoldungsordnung W auch für hauptberufliche Leiter und Mitglieder von Leitungsgremien an Hochschulen, die nicht Professoren sind, soweit ihre Ämter nicht Besoldungsgruppen der Bundesbesoldungsordnungen A und B zugewiesen sind. Danach gilt auch für die neu ernannten und eingestellten Kanzler als Mitglieder der Hochschulleitung die W-Besoldung.

Zur konkreten Einordnung in die Besoldungsgruppen finden sich in den Ländern unterschiedliche Regelungen. Exemplarisch werden nach § 2a Abs. 1 S. 2 Niedersächsisches Besoldungsgesetz (NBesG) die Ämter der hauptamtlichen Mitglieder der Hochschulpräsidien der Besoldungsgruppe W 3 der Bundesbesoldungsordnung W zugeordnet. Dies gilt – wie

⁹ Vgl. § 108 Abs. 1 BeamtVG; siehe hierzu folgende landesrechtliche Vorschriften: Brandenburg (Gesetz über ergänzende Bestimmungen zur Beamtenversorgung im Land Brandenburg – BbgBBeamtVG), Bremen (Bremisches Beamtenversorgungsgesetz – BremBeamtVG), Hamburg (Hamburgisches Beamtenversorgungsgesetz – HmbBeamtVG), Hessen (Gesetz zur Ersetzung der Fristen nach § 5 Abs. 3 und 5 des Beamtenversorgungsgesetzes und zur Aufhebung der Hinzuerdienstgrenze für Versorgungsberechtigte), Mecklenburg-Vorpommern (Gesetz über ergänzende Bestimmungen zur Beamtenversorgung), Rheinland-Pfalz (Landesgesetz zur Ersetzung und Ergänzung von Bestimmungen des Beamtenversorgungsgesetzes), Saarland (Saarländisches Beamtenversorgungsgesetz – SBeamtVG), Schleswig-Holstein (Gesetz über die Versorgung der Beamten und Richter des Bundes – (Beamtenversorgungsgesetz – BeamtVG) – Überleitungsfassung für Schleswig-Holstein), Thüringen (Thüringer Gesetz über ergänzende Bestimmungen zur Beamtenversorgung).

¹⁰ BVerfG, Entscheidung vom 07.07.1982, Az.: 2 BvL 14/78; BVerfG NVwZ 1983, 217 [217].

zuvor erläutert – soweit sie nicht den Besoldungsordnungen A und B zugeordnet sind.

Nach der Bundesbesoldungsordnung W setzt sich für die hauptberuflichen Leiter an Hochschulen – so auch für die Kanzler – die Besoldung aus einem Grundgehalt nach der Besoldungsgruppe W 3 sowie aus Funktions-Leistungsbezügen zusammen. Der Grundgehaltssatz der Besoldungsgruppe W 3 der Bundesbesoldungsordnung W liegt bei 5059,39 €. ¹¹ Dazu finden sich in den Ländern allerdings unterschiedliche Regelungen, so dass das Grundgehalt nach Bundestabelle vom Grundgehalt der Ländertabellen abweichen kann. ¹²

Über die Gewährung von Leistungsbezügen an Präsidenten sowie Vizepräsidenten entscheidet bei Hochschulen in Trägerschaft des Staates das Ministerium für Wissenschaft und Kultur, bei Hochschulen in Trägerschaft von rechtsfähigen Stiftungen des öffentlichen Rechts der Stiftungsrat. ¹³

Zu den Vergabekriterien der Funktions-Leistungsbezüge finden sich – wie auch zu den anderen besoldungsrechtlichen Vorschriften – länderspezifische Regelungen. So werden in Niedersachsen Leistungsbezüge für die Wahrnehmung von Funktionen im Rahmen der Hochschulselbstverwaltung oder der Hochschulleitung (Funktions-Leistungsbezüge) den hauptamtlichen Mitgliedern von Hochschulpräsidien gewährt. ¹⁴ Ähnliche Regelungen finden sich auch in den anderen Bundesländern.

Die Dauer der Vergabe der Funktions-Leistungsbezüge richtet sich nach § 33 Abs. 1 S. 3 BBesG. Danach werden Funktions-Leistungsbezüge nach § 33 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BBesG für die Dauer der Wahrnehmung der Funktion oder Aufgabe gewährt. Sie stellen also für die Zeit der Wahrnehmung des Amtes feste und regelmäßige Bezüge dar.

Die Höhe der Funktions-Leistungsbezüge richtet sich nach den einzelnen Leistungsbezügeverordnungen. Nach § 5 Abs. 2 1 NHLeistBVO ist bei der Bemessung der Höhe der Funktions-Leistungsbezüge für die hauptamtlichen Mitglieder der Hochschulpräsidien die mit der Funktion oder Aufgabe verbundene Verantwortung und Belastung sowie die Größe der Hochschule zu berücksichtigen. Insofern werden die Funktions-Leistungsbezüge zwar für die Dauer der Amtsübernahme gewährt, sind aber der Höhe nach abhängig von Funktion und Tätigkeit variabel.

Zu beachten ist, dass für funktionsgebundene Leistungsbezüge § 15a BeamtVG entsprechend mit der Maßgabe anzuwenden ist, dass der Be-

¹¹ Bundesbesoldungstabelle 1. Januar 2009.

¹² Vgl. so z.B. Niedersachsen 1. März 2009 (5.031,88 €).

¹³ § 2a Abs. 2 S. 1 NBesG.

¹⁴ § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Niedersächsische Verordnung über Leistungsbezüge sowie Forschungs- und Lehrzulagen für Hochschulbedienstete (NHLeistBVO).

trag der Leistungsbezüge als Unterschiedsbetrag gilt.¹⁵ Insofern sind die Funktions-Leistungsbezüge eines hauptamtlichen Mitgliedes des Hochschulpräsidiums ab einer Amtsdauer von fünf Jahren ruhegehaltstfähig.¹⁶

Es bleibt festzuhalten, dass die neu ernannten Kanzler nach den nunmehr anzuwendenden Vorschriften zwar ein geringeres Grundgehalt erhalten, dieses aber durch die Funktions-Leistungsbezüge wieder angehoben wird, so dass faktisch zum Einkommen der bereits seit längerem tätigen Kanzler kein allzu großer finanzieller Unterschied besteht.

IV. Beschäftigungsverhältnisse – Situation in den Ländern

Es gibt grundsätzlich drei mögliche Beschäftigungskonstellationen für potentielle Kanzler. Es besteht die Möglichkeit, zu Beamten auf Zeit oder zu Beamten auf Probe ernannt zu werden. Zudem können Kanzler auch in einem befristeten Angestelltenverhältnis beschäftigt werden.

1. Die Grundkonstellation: Kanzleramt auf Zeit

Grundsätzlich werden neue Kanzler länderübergreifend zu Beamten auf Zeit ernannt. Diese Beschäftigungsform ist in allen Landesgesetzen mit Ausnahme von Bayern verankert.

In Bayern werden die Kanzler in ein Beamtenverhältnis auf Probe berufen.¹⁷ Zwar haben auch Beamte auf Probe grundsätzlich keinen Anspruch auf Versorgung.¹⁸ Eine Ausnahme dazu stellen die Fälle der Dienstunfähigkeit infolge eines Dienstunfalls dar. Mit der Ernennung zu Beamten auf Probe erhalten sie aber die Möglichkeit, in ein Lebenszeitbeamtenverhältnis übernommen zu werden. Die regelmäßige Probezeit beträgt nach Art. 23 Abs. 2 S. 3 BayHSchG i.V.m. Art. 46 Abs. 1 S. 3 BayBG zwei Jahre. Eine Verkürzung der Probezeit ist ebenfalls denkbar und darf allerdings die Mindestprobezeit von einem Jahr nicht unterschreiten.¹⁹ Nach erfolgreichem Durchlaufen der Probezeit wird das Beamtenverhältnis auf Probe nach zwei, aber spätestens nach fünf Jahren, in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit umgewandelt.²⁰ Nach der Übernahme in ein Lebenszeitbeam-

¹⁵ § 33 Abs. 3 S. 2, Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BBesG.

¹⁶ Vgl. § 15a Abs. 4 BeamtVG.

¹⁷ Art. 23 Abs. 2 S. 3 des Bayrischen Hochschulgesetzes (BayHSchG) i.V.m. Art. 46 des Bayrischen Beamtengesetzes (BayBG).

¹⁸ § 15a Abs. 2 Hs. 1 BeamtVG.

¹⁹ Art. 23 Abs. 2 S. 3 BayHSchG i.V.m. Art. 46 Abs. 1 S. 4 BayBG.

²⁰ Art. 25 S. 1 BayBG.

tenverhältnis ergibt sich der Anspruch auf Ruhegehalt aus den Vorschriften des Beamtenverhältnisses auf Lebenszeit. Insoweit erfahren die bayrischen Kanzler eine – das Ergebnis der Gesamtbetrachtung vorausschickend – bessere versorgungsrechtliche Absicherung als in allen anderen Bundesländern. Ob und wie lange diese Besserstellung bestehen bleibt, ist von der bayrischen Landespolitik abhängig. Denn es liegt im Aufgabenbereich des Landesgesetzgebers, die Regelungen in Bayern an die in den anderen Bundesländern gültigen Vorschriften anzugleichen. Eine Anpassung der Rechtslage in Bayern muss deshalb immer in Betracht gezogen werden. Es ist zurzeit nicht vorhersehbar, ob diese günstigere Stellung der Kanzler in Bayern langfristig bewahrt werden kann. Die aktuelle Rechts-situation jedoch stellt noch das Lebenszeitbeamtenverhältnis für Kanzler in Aussicht. Dementsprechend stellt die Annahme des Hochschulkanzleramtes in Bayern derzeit bundesweit die beste Alternative dar, wenn es darum geht, die spätere Versorgung zu sichern.

In den anderen Landesgesetzen ist die Ernennung in das Beamtenverhältnis auf Zeit gesetzlich vorgesehen. In den einzelnen Landesgesetzen finden sich dazu zum Teil unterschiedliche Regelungen. Beispielhaft kann an dieser Stelle herausgestellt werden, dass in Berlin die Kanzler zu Beamten auf Zeit ernannt werden,²¹ aber die Bewerber auch abweichend durch Entscheidung des Kuratoriums in einem öffentlich-rechtlichen Auftragsverhältnis für die Dauer von bis zu fünf Jahren beschäftigt werden können.²²

In anderen Bundesländern finden sich einschränkendere Regelungen zum Beamtenverhältnis auf Zeit. In Brandenburg werden neue Kanzler nur in das Beamtenverhältnis auf Zeit ernannt, wenn sie auch aus einem Beamtenverhältnis auf Lebenszeit bestellt werden.²³ Dies hat zur Folge, dass z.B. ein leitender Regierungsdirektor, der bereits als Vertreter des Kanzlers fungiert hat, in ein Zeitbeamtenverhältnis übernommen wird. Anders sieht es aus, wenn sich der neue Kanzler aus der Wirtschaft auf die Position bewirbt. Diese haben nur die Möglichkeit, in Brandenburg in einem Angestelltenverhältnis beschäftigt zu werden.²⁴ Dies kann sich eventuell nachteilig auf die Suche eines Nachfolgers auswirken. Sind die Vize-Kanzler nicht bereit, das versorgungsrechtliche Risiko des Amtes als Kanzler auf sich zu nehmen, so muss auch in anderen Bereichen als in denen der Verwaltung annonciert werden. Dafür müssen wiederum Anreize geschaffen werden. Stellt das Amt der Kanzler allerdings nur ein Ange-

²¹ § 58 Abs. 3 Hs. 1 BerlHG.

²² § 58 Abs. 4 S. 1 BerlHG.

²³ § 65 Abs. 3 S. 2 BbgHG.

²⁴ § 65 Abs. 2 BbgHG.

stellenverhältnis ohne spätere Versorgung und lediglich mit Aussicht auf Entlassung aus dem Amt nach der Amtszeit in Aussicht, wird es schwierig sein, Bewerber aus der Wirtschaft für das Kanzleramt zu gewinnen. Für die Lebenszeitbeamten stellt sich wiederum die Frage, aus welchem Grund sie aus einem bisher abgesicherten Beamtenverhältnis auf Lebenszeit in ein Zeitbeamtenverhältnis wechseln sollten. Dies alles scheinen Gründe für die mangelnde Attraktivität des Kanzleramtes zu sein.

In Bremen können zukünftige Kanzler neben dem Zeitbeamtenverhältnis²⁵ und dem befristeten Angestelltenverhältnis²⁶ in besonders begründeten Ausnahmefällen zu Beamten auf Lebenszeit ernannt werden.²⁷ Die vom Landesgesetzgeber dazu verfasste Gesetzesbegründung lässt leider keine weiteren Schlüsse auf die Kriterien oder die Gründe für eine Ernennung im Lebenszeitbeamtenverhältnis zu.²⁸ Er führt lediglich aus, dass jetzt auch die Möglichkeit, die Amtsinhaber in besonders begründeten Ausnahmefällen zum Beamten auf Lebenszeit zu ernennen, besteht.²⁹ Insofern kann nicht erschlossen werden, in welchen Fällen eine derartige Ausnahmeregelung in Betracht kommt. Prinzipiell bietet diese Norm die Chance, den anderen Ländern die qualifizierten Bewerber abzuwerben, die sich zurzeit in allen anderen Ländern mit dem Zeitbeamtenverhältnis abfinden müssen. Die angestrebte größere Flexibilität in Bezug auf das anspruchsvolle Amt des Kanzlers führt zur Verunsicherung potentieller Kandidaten und schreckt eher ab, als das es Anreize schafft. Durch das Bremische Beamtenrecht könnte mit Ernennung qualifizierter Kandidaten in das Amt des Kanzlers in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit die Attraktivität des Hochschulkanzleramtes wieder gesteigert werden.

In Rheinland-Pfalz werden die neuen Kanzler in ein Beamtenverhältnis auf Zeit berufen.³⁰ Die Möglichkeit in einem befristeten Angestelltenverhältnis beschäftigt zu werden, ist nicht vorgesehen. Insofern verbleibt den neuen Kanzlern jedenfalls die Aussicht auf eine Versorgung aus dem Beförderungsamte, wenn sie in das Beamtenverhältnis bestellt worden sind.

²⁵ § 165I Abs. 1 S. 1 BeamtenG.

²⁶ § 85 Abs. 3 S. 3 BremHG.

²⁷ § 165I Abs. 2 BeamtenG.

²⁸ LT-Drs. 15/1363, S. 47.

²⁹ Ebd.

³⁰ § 83 Abs. 3 S. 1 HochSchG.

2. Das Hochschulkanzleramt im befristeten Angestelltenverhältnis – Übernahmemöglichkeit in den Landesdienst

Besonders beachtenswert sind die durch die Länder angedachten Beschäftigungskonstellationen in einem befristeten Angestelltenverhältnis. Selbiges gilt für die Entlassung aus einem Beamtenverhältnis auf Zeit, ohne in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zurückkehren zu können. So ist in einigen Bundesländern die Übernahme in den Landesdienst möglich.³¹ In Niedersachsen kann eine derartige Vereinbarung bereits vor Amtsantritt getroffen werden.³² Zur späteren Absicherung sollten die neuen Führungskräfte bereits vor Beginn der Amtszeit über die Möglichkeit der Übernahme in den Landesdienst mit ihrem jeweiligen Dienstvorgesetzten sprechen und dies als festes Kriterium für den Amtsantritt festlegen.

Zu beachten ist auch die Situation für neu ernannte oder eingestellte Kanzler in Hessen oder Sachsen. Die Übernahmemöglichkeit in den Landesdienst erscheint dort deutlich komplizierter. Dort gelten die Möglichkeiten der Übernahme in den Landesdienst nur eingeschränkt. In Hessen werden nur Kanzler in den Landesdienst übernommen, die nicht wiederbestellt werden und zuvor im öffentlichen Dienst tätig waren.³³ Die Kanzler, die aus der Wirtschaft rekrutiert wurden, sich also aus einem Angestelltenverhältnis auf eine Stelle beworben haben, können dementsprechend nicht auf eine Übernahme in den Landesdienst hoffen. In Sachsen werden nur diejenigen Kanzler übernommen, die vor der Ernennung im öffentlichen Dienst beschäftigt gewesen sind.³⁴

Die Versorgungsproblematik kann also nur deshalb entstehen, weil die Kanzler in den jeweiligen Bundesländern nicht immer in ein Beamtenverhältnis ernannt werden. So werden die hauptamtlichen Mitglieder des Präsidiums auch in einem befristeten Angestelltenverhältnis beschäftigt, woraus zunächst kein Anspruch auf ein Ruhegehalt erwächst. Für sie besteht lediglich die Möglichkeit der Übernahme in den Landesdienst, um überhaupt einen Anspruch auf Ruhegehalt erwerben zu können. Für die Kanzler, die für die Dauer ihrer Amtszeit in einem befristeten Angestelltenverhältnis beschäftigt gewesen sind, bedeutet dies, soweit sie nicht z.B. aufgrund einer Vereinbarung in den Landesdienst übernommen werden, dass sie entlassen werden und keinen Anspruch auf Ruhegehalt erworben

³¹ Vgl. z.B. Brandenburg (§ 65 Abs. 4 S. 2 BbgHG i.V.m. § 121 Abs. 6 S. 1 LBG); Niedersachsen (§§ 39 Abs. 1, 38 Abs. 6 S. 1 NHG); Nordrhein-Westfalen (§ 20 Abs. 4 S. 1 HG); Rheinland-Pfalz (§ 83 Abs. 3 S. 2, 3 HochSchG); Sachsen-Anhalt (§ 71 Abs. 3 S. 4, 5 HSG LSA); Thüringen (§ 31 Abs. 8 ThürHG).

³² §§ 39 I, 38 Abs. 6 S. 3 NHG.

³³ § 47 Abs. 3 S. 1 HHG.

³⁴ § 85 Abs. 7 SächsHG.

haben. Insofern lässt sich ihre Versorgung lediglich aus der gesetzlichen Rentenversicherung berechnen.

3. Amtszeiten

In den meisten Bundesländern beträgt die regelmäßige Amtszeit sechs bis acht Jahre.³⁵ Eine Ausnahme hierzu stellt Berlin mit einer Amtszeit von zehn Jahren dar.³⁶ Eine andere Ausnahme stellt das Saarland mit einer Amtszeit von mindestens vier bis maximal sechs Jahren dar.³⁷ Diese Ausgangssituation im Saarland ist als äußerst problematisch für die Bewerber auf Kanzlerebene anzusehen. Denn die Kürze der Amtszeit gewinnt deshalb eine so große Bedeutung, da eine Amtszeit von unter fünf Jahren keinen Anspruch auf Ruhegehalt begründet.³⁸ Einen Anspruch auf Versorgung, d.h. einen Anspruch auf Ruhegehalt, haben gemäß § 4 Abs. 1 BeamtVG nur diejenigen Beamten, die eine ruhegehaltsfähige Dienstzeit von fünf Jahren erreichen, oder die infolge von Krankheit, Verwundung oder sonstiger Beschädigung ohne grobes Verschulden bei Ausübung oder aus Veranlassung des Dienstes dienstunfähig geworden sind.

Daher erhalten Kanzler, die nicht wenigstens eine Dienstzeit von fünf Jahren erreichen, kein Ruhegehalt. Dieses „Schicksal“ könnte die zukünftigen Kanzler im Saarland ereilen. Ohne, dass sie sich über ihre Versorgung in jungen Jahren Gedanken gemacht haben, tappen sie in die Versorgungsfalle. Von einem Dienstantritt der potentiellen Kanzler im Saarland für die Dauer von lediglich vier Jahren ist demgemäß abzuraten. Da auch eine Ernennung für die Dauer von sechs Jahren möglich erscheint, sollte auch dieser Zeitraum angestrebt werden. Ansonsten werden die Amtsinhaber nach der Amtszeit ohne Anspruch auf Ruhegehalt entlassen. Als Lebenszeitbeamter würden sie nach der Entlassung aus dem Zeitbeamtenverhältnis zwar ein Ruhegehalt erhalten, aber nur aus dem Lebenszeitbeamtenverhältnis.

³⁵ § 17 Abs. 2 S. 2 LHG B-W; § 65 Abs. 4 Hs. 1 BbgHG; § 85 Abs. 3 S. 1 BremHG i.V.m. § 165l Abs. 1 S. 1 BeamtenG; § 83 Abs. 2 S. 2 HmbHG; § 47 Abs. 2 S. 2 HHG; § 87 Abs. 2 S. 1 LHG M-V; §§ 39 Abs. 1 i.V.m. 38 Abs. 4 S. 1 NHG; § 17 Abs. 5 S. 1 HG NRW; § 83 Abs. 3 S. 1 HochSchG Rh.-Pf.; § 52 Abs. 2 SächsHG; § 71 Abs. 3 S. 1 HSG LSA; § 25 Abs. 2 S. 3 HSG SH; § 31 Abs. 4 Hs. 1 ThürHG.

³⁶ § 58 Abs. 3 Hs. 2 BerlHG.

³⁷ § 15 Abs. 3 S. 5 UG.

³⁸ Vgl. § 4 Abs. 1 BeamtVG.

4. Anspruch auf Ruhegehalt

Einen Anspruch auf Ruhegehalt erwerben Beamte, die in den Ruhestand treten oder in den Ruhestand versetzt werden. Der Anspruch auf Ruhegehalt entsteht damit grundsätzlich mit dem Beginn des Ruhestandes.

Nach § 30 Nr. 4 BBG und den entsprechenden landesrechtlichen Regelungen stellt der Eintritt oder die Versetzung in den Ruhestand einen Beendigungsgrund für das Beamtenverhältnis dar. Der Eintritt in den Ruhestand nimmt unter den Beendigungsgründen eine Sonderstellung ein.³⁹ Es wird lediglich das aktive Beamtenverhältnis beendet, während das Grundverhältnis zwischen Beamten und Dienstherrn bestehen bleibt.⁴⁰ Das allgemeine Beamtenverhältnis wird umgewandelt in ein Ruhestandsbeamtenverhältnis mit neuen Rechten und verringerten Pflichten.⁴¹ Beamte auf Zeit treten nicht in den Ruhestand, sondern werden entlassen.⁴² Insofern erhalten Beamte auf Zeit grundsätzlich kein Ruhegehalt. Einen Anspruch erwerben lediglich die Beamten auf Lebenszeit, die bei Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze, auf eigenen Antrag (Antragsaltersgrenze), bei festgestellter dauernder Dienstunfähigkeit und bei einseitigem Ruhestand, in den Ruhestand versetzt werden.

Die Versetzung in den Ruhestand setzt nach § 32 Beamtenstatusgesetz (BeamtStG) die Erfüllung einer versorgungsrechtlichen Wartezeit voraus. Die Wartezeit ist dabei als eine Mindestzeit im Beamtenverhältnis zu verstehen, wobei die Nichterfüllung zur Entlassung aus dem Beamtenverhältnis führt.⁴³ Eine Versetzung in den Ruhestand lässt somit der Anspruch auf Ruhegehalt entfallen.

Nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 BeamtVG haben nur diejenigen Beamten einen Anspruch auf Versorgung und damit auf Ruhegehalt, die eine Dienstzeit von fünf Jahren erreicht bzw. abgeleistet haben.

Darüber hinaus sind die landesgesetzlichen Sondervorschriften für die Kanzler zu beachten, die demnach eine Mindestdienstzeit im Beamtenverhältnis auf Zeit zurückgelegt haben oder aus einem Beamtenverhältnis auf Lebenszeit in den Ruhestand versetzt worden sein müssen. In den meisten Bundesländern muss eine mindestens zehnjährige Dienstzeit zurückgelegt werden, um überhaupt in den Ruhestand treten zu können.⁴⁴ Beispielhaft sei hier genannt, dass in Sachsen keine gesonder-

³⁹ *Battis*, BBG Kommentar, 4. Auflage, 2009, § 30 Rn. 4.

⁴⁰ Ebd.

⁴¹ *Battis*, BBG Kommentar, 4. Auflage, 2009, § 50 Rn. 3.

⁴² Ebd.

⁴³ *Reich*, BeamStG Kommentar, 2009, § 32 Rn. 2.

⁴⁴ Vgl. § 17 Abs. 4 S. 6 LHG B-W; § 121 Abs. 5 LBG Brandenburg; §§ 165l Abs. 1 S. 2, 165k Abs. 2 S. 2 BeamtenG Bremen; §§ 83 Abs. 5, 80 Abs. 6 S. 1 HmbHG; §§ 47

ten Regelungen für die Mindestdienstzeit der Kanzler festgeschrieben sind. Dort treten Beamte auf Zeit mit Ablauf ihrer Amtszeit nur in den Ruhestand, wenn sie eine ruhegehaltstfähige Dienstzeit im Sinne des § 6 BeamtVG von 18 Jahren erreicht und das 45. Lebensjahr vollendet haben oder als Beamter auf Zeit eine Gesamtdienstzeit von zwölf Jahren erreicht oder das 62. Lebensjahr überschritten und als Beamter auf Zeit eine Gesamtdienstzeit von sechs Jahren erreicht haben.⁴⁵ Dies lässt wiederum die Schlussfolgerung zu, dass die zukünftigen Kanzler bereits bei Amtsantritt die landesgesetzlichen Sondervorschriften beachten müssen, wenn sie einen Anspruch auf Ruhegehalt erwerben möchten. Ohne sich eingehend mit den landesgesetzlichen Regelungen vertraut gemacht zu haben, ist ein Amtsantritt mit Rücksicht auf die spätere Versorgung riskant.

Treten die Kanzler mit Ablauf der Amtszeit ohne Erreichen der Mindestdienstzeit deshalb nicht in den Ruhestand oder werden sie im Anschluss an das Amt nicht für eine erneute Amtszeit in dasselbe Amt berufen, werden sie aus dem Beamtenverhältnis auf Zeit entlassen. Dies hat zur Folge, dass die Kanzler keinen Anspruch auf Beamtenversorgung und somit keinen Anspruch auf ein Ruhegehalt haben. Sie sind dann in der gesetzlichen Rentenversicherung nachzuversichern. Immerhin haben Kanzler nach § 47 BeamtVG, die als Beamte Dienstbezüge beziehen und nicht auf eigenen Antrag entlassen werden, nach wenigstens einjähriger Amtszeit einen Anspruch auf Zahlung eines Übergangsgeldes, das sich bei längerer Beschäftigungszeit erhöht.

5. Berechnung des Ruhegehalts

Grundlagen für die Berechnung des Ruhegehalts sind gemäß § 4 Abs. 3 BeamtVG die ruhegehaltstfähigen Dienstbezüge und die ruhegehaltstfähigen Dienstzeiten, aus denen der Ruhegehaltssatz folgt.

a) Ruhegehaltstfähige Dienstzeit

Unter ruhegehaltstfähiger Dienstzeit ist die vom Tage seiner ersten Berufung in das Beamtenverhältnis zurückgelegte Zeit im Dienst eines öffentlich-rechtlichen Dienstherrn im Beamtenverhältnis zu verstehen.⁴⁶

Abs. 3 S. 3, 45 Abs. 4 S. 1 HHG; §§ 39 Abs. 1, 38 Abs. 7 S. 1 NHG; § 31 Abs. 3 LBG NRW; §§ 15 Abs. 3 S. 4, 18 Abs. 2 S. 1 UG; § 7 Abs. 4 S. 1 LBG S-H; § 31 Abs. 8 S. 4, Abs. 7 S. 3 ThürHG.

⁴⁵ § 139 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 – 3 SächsBG.

⁴⁶ § 6 Abs. 1 BeamtVG.

Die ruhegehaltstfähige Dienstzeit kann durch Erhöhung der ruhegehaltstfähigen Dienstzeit, berufsmäßiger Wehrdienst und vergleichbare Zeiten, nichtberufsmäßiger Wehrdienst und vergleichbare Zeiten, Zeiten im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis im öffentlichen Dienst, Sonstige Zeiten, Ausbildungszeiten erhöht werden.⁴⁷ Zu beachten sind dabei die nicht zu berücksichtigen Zeiten nach § 12a BeamtVG und Zeiten in dem in Artikel 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiets nach § 12b BeamtVG. Gegebenenfalls kommen zum Ruhegehalt noch Zuschläge und Kindererziehungs- und Pflegezeiten hinzu. Bei Eintritt in den Ruhestand vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze vermindert sich gegebenenfalls das Ruhegehalt entsprechend.

b) Ruhegehaltstfähige Dienstbezüge

Ruhegehaltstfähig sind die Dienstbezüge aus Vollbeschäftigung, die bei Eintritt in den Ruhestand den Beamten zugestanden haben bzw. zugestanden hätten, wenn eine Vollbeschäftigung ausgeübt worden wäre. Die ruhegehaltstfähigen Dienstbezüge ergeben sich aus den §§ 5, 15a BeamtVG.

Ruhegehaltstfähige Dienstbezüge sind nach § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 – Nr. 4 BeamtVG das Grundgehalt, der Familienzuschlag (§ 50 Abs. 1 BeamtVG) der Stufe 1, sonstige Dienstbezüge, die im Besoldungsrecht als ruhegehaltstfähig bezeichnet sind und Leistungsbezüge nach § 33 Abs. 1 BBesG, soweit sie nach § 33 Abs. 3 BBesG ruhegehaltstfähig sind, die dem Beamten in den Fällen der Nummern 1 und 3 zuletzt zugestanden haben oder in den Fällen der Nummer 2 nach dem Besoldungsrecht zustehen würden. Die ruhegehaltstfähigen Dienstbezüge werden nach § 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BeamtVG mit dem Faktor 0,9951 vervielfältigt. Für Beamte auf Probe und auf Zeit in leitender Funktion – also auch für die Kanzler – ist § 15a BeamtVG maßgeblich.

c) Berechnung aus dem Beförderungssamt nach Maßgabe des § 15a BeamtVG

Für Beamte auf Zeit ist die Vorschrift des § 15a BeamtVG anzuwenden. Diese Norm galt nach ihrer alten Fassung bis zum 11.02.2009 für Ruhegehälter der Kanzler aus der A- oder B-Besoldung sowie aus dem Grundgehalt der W-Besoldung nicht, da die Norm lediglich für Beamtenverhältnisse von §§ 12a, 12b BRRG a.F. sowie für die Leistungsbezüge nach § 33 Abs. 3 BBesG entsprechend galt. Da die Regelungen §§ 1 – 120 des Beam-

⁴⁷ Vgl. §§ 7, 8, 9, 10, 11 und 12 BeamtVG.

tenrechtsrahmengesetzes (BRRG), somit auch die §§ 12a und 12b BRRG, mit Wirkung vom 01.04.2009 aufgehoben worden sind, kann die Vorschrift des § 15a BeamtVG in der neuen Fassung vom 12.02.2009 auch auf Ruhegehälter der Kanzler der Besoldungsgruppen A, B und W angewendet werden.⁴⁸

§ 15a Abs. 2 Hs. 1 BeamtVG bestimmt zunächst, dass sich aus dem Beamtenverhältnis auf Zeit grundsätzlich kein selbständiger Anspruch auf Versorgung ergibt. Nach § 15a Abs. 3 BeamtVG berechnen sich die Versorgungsbezüge des Beamten auf Zeit, der nach Ablauf der ersten Amtszeit in sein vorheriges Amt im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit eintritt, aus den Dienstbezügen des Beamtenverhältnisses auf Lebenszeit zuzüglich eines Unterschiedsbetrages, dessen Höhe von der Einkommensdifferenz und der Dauer des auf Zeit übertragenen Amtes abhängt. Der Unterschiedsbetrag wird gewährt in Höhe eines Viertels, wenn dem Beamten das Amt mindestens fünf Jahre, in Höhe der Hälfte, wenn es mindestens fünf Jahre und zwei Amtszeiten übertragen war.⁴⁹

Bei Eintritt in den Ruhestand des Zeitbeamten wegen Erreichens der gesetzlichen Altersgrenze folgt aus § 15a Abs. 4 BeamtVG, dass sich die Versorgungsbezüge aus den ruhegehaltfähigen Dienstbezügen aus dem Beamtenverhältnis auf Zeit berechnen lassen, wenn diesem das Amt mindestens fünf Jahre übertragen war. Dasselbe gilt für Beamte auf Zeit, die während ihrer Amtszeit wegen Dienstunfähigkeit in den Ruhestand versetzt werden.⁵⁰

Für die zukünftigen Kanzler ist also nur die Übertragungszeit maßgeblich. Das ist beachtenswert, da – wie bereits erläutert – die Ausgangssituation im Saarland die Bewerber unter Umständen mit einer Amtszeit von nur vier Jahren konfrontiert.⁵¹ Werden Kanzler in das Amt bestellt, wird eine Amtszeit von vier Jahren nicht ausreichen, um das Ruhegehalt zu erhalten. Denn das Ruhegehalt wird nur nach einer Dienstzeit von fünf Jahren gewährt.⁵² Ist der Kanzler nicht aus einem Lebenszeitbeamtenverhältnis ernannt worden, wird er entlassen und erhält kein Ruhegehalt. Ist er aus einem Lebenszeitbeamtenverhältnis ernannt worden und erfüllt die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 Nr. 1 BeamtVG, so kommt hinzu, dass unter der Ausgangslage keine Berechnung der Versorgungsbezüge aus dem

⁴⁸ § 15a Abs. 1 und Abs. 2 Hs. 2, Abs. 3 Satz 2 und Abs. 4 geändert m.W.v. 01. 01. 2002 durch G v. 20. 12. 2001 (BGBl. I S. 3926); Abs. 1 neu gefasst m.W.v. 12. 02. 2009 durch G v. 05. 02. 2009 (BGBl. I S. 160).

⁴⁹ § 15a Abs. 3 S. 2 BeamtVG.

⁵⁰ § 15a Abs. 5 BeamtVG.

⁵¹ Vgl. § 15 Abs. 3 S. 5 UG.

⁵² § 4 Abs. 1 Nr. 1 BeamtVG.

Beamtenverhältnis auf Zeit erfolgen kann, da nach § 15a Abs. 4 BeamtVG das Amt mindestens fünf Jahre übertragen worden sein muss. Infolgedessen setzen sich die Neukanzler bei Amtsantritt dem hohen Risiko aus, nicht wiederernannt zu werden und so gänzlich auf Versorgungsbezüge, also ein Ruhegehalt, verzichten zu müssen.

d) Zweijährige Wartezeit gemäß § 5 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 BeamtVG

Die in § 15a Abs. 4 BeamtVG genannte Wartefrist kollidiert hypothetisch mit der in § 5 Abs. 1 BeamtVG genannten Wartefrist, die lediglich eine Wartezeit von zwei Jahren vorsieht. Nach § 5 Abs. 3 S. 1 BeamtVG sind nur die Bezüge des vorher bekleideten Amtes ruhegehaltfähig, wenn ein Beamter, der aus einem Amt in den Ruhestand getreten ist, das nicht der Eingangsbesoldungsgruppe seiner Laufbahn oder das keiner Laufbahn angehört, und er die Dienstbezüge dieses oder eines mindestens gleichwertigen Amtes vor dem Eintritt in den Ruhestand nicht mindestens zwei Jahre erhalten hat.

Folglich trifft die zweijährige Wartezeit aus § 5 Abs. 3 S. 1 BeamtVG auf die fünfjährige Übertragungszeit des Amtes nach § 15a Abs. 4 BeamtVG. Diese Überschneidung spielt aber lediglich in der Theorie eine Rolle; in der Praxis besteht keine Kollision zwischen den beiden zuvor genannten Vorschriften. Es ist zwar grundsätzlich erforderlich, dass das Amt des Kanzlers für einen Zeitraum von fünf Jahren übertragen worden ist. Das Amt selbst muss allerdings tatsächlich nur zwei Jahre ausgeübt worden sein, um das Ruhegehalt erhalten zu können. Dies geht aus folgenden Überlegungen hervor: § 5 Abs. 1 BeamtVG bestimmt, dass grundsätzlich die Dienstbezüge, die dem Beamten zuletzt zugestanden haben, ruhegehaltfähig sind. Diese Anknüpfung an das letzte Amt wird durch § 5 Abs. 3 S. 1 BeamtVG eingeschränkt. Danach berechnen sich die Versorgungsbezüge des Beamten, der aus einem Beförderungsamte in den Ruhestand tritt und der die Bezüge aus diesem Amt nicht mindestens zwei Jahre erhalten hat, nur nach Maßgabe der Bezüge des vorher bekleideten Amtes. Das BVerfG entschied in diesem Zusammenhang, dass der vom Gesetzgeber nach Art. 33 Abs. 5 GG zu beachtende Grundsatz der Versorgung aus dem letzten Amt eine Verlängerung der Wartefrist auf mehr als zwei Jahre nicht zulässt.

Für die Kanzler, die den Status eines Beamten auf Zeit haben, bedeutet dies, dass sie mindestens zwei Jahre den Dienst im Beförderungsamte geleistet haben müssen, bevor sie die Versorgungsbezüge aus diesem (höheren) Amt erhalten können. Ist die geforderte Mindestdienstzeit von zwei Jahren erfüllt, so kann auf die Besoldungsgruppe des Beförderung-

amtes zurückgegriffen werden. Besteht ein solcher unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang nicht, wird jedenfalls ein sachlicher Zusammenhang zwischen der Wahrnehmung der Funktionen (Obliegenheiten) und der späteren Amtsübertragung gefordert.⁵³ Sachlich muss sich die Beförderung also als Anknüpfung an das früher erreichte Amt darstellen. Dann könnte auch ein Anspruch auf Versorgung aus dem letzten Amt erwachsen.

Dem Anspruch auf Berechnung der ruhegehaltsfähigen Dienstbezüge nach der letzten Besoldungsgruppe steht auch die Vorschrift des § 15a Abs. 2 Hs. 1 BeamtVG nicht entgegen, wonach sich aus dem Beamtenverhältnis auf Zeit grundsätzlich kein selbständiger Anspruch auf Versorgung ergibt. Tritt jedoch der Beamte auf Zeit wegen Erreichens der gesetzlichen Altersgrenze in den Ruhestand, berechnen sich die ruhegehaltfähigen Dienstbezüge nach § 15a Abs. 4 BeamtVG aus dem Beamtenverhältnis auf Zeit, wenn dem Beamten das Amt mindestens fünf Jahre übertragen war. Hierbei kommt es allerdings nicht auf die tatsächliche Wahrnehmung des Amtes auf Zeit an, sondern vielmehr darauf, dass das Amt in der Ernennungsurkunde wenigstens für einen Zeitraum von fünf Jahren übertragen worden ist. Der Anspruch auf Berechnung der ruhegehaltsfähigen Dienstbezüge aus dem Beamtenverhältnis auf Zeit setzt nach § 15a Abs. 4 BeamtVG nicht voraus, dass das Zeitalter (tatsächlich) mindestens fünf Jahre wahrgenommen worden ist.⁵⁴ Es ist demnach unerheblich, ob der betroffene Beamte das Amt auch tatsächlich fünf Jahre wahrgenommen hat. Maßgeblich ist allein die in der Ernennungsurkunde festgehaltene Übertragungszeit. Liegen diese Voraussetzungen vor, ist auch das Ruhegehalt unter Berücksichtigung der vorgenannten Vorschrift auf der Basis aus der zuletzt erreichten Besoldungsgruppe festzusetzen.

War der Kanzler vor Berufung in das Beamtenverhältnis auf Zeit in einem Beamtenverhältnis auf Lebenszeit ernannt, so lebt bei Nichterreicherung der Zweijahresfrist dieses wieder auf, mit der Folge, dass die Berechnung des Ruhegehalts auf der Grundlage des Beamtenverhältnisses auf Lebenszeit durchgeführt wird und nicht auf der Basis des letzten Amtes.

Nach dem Willen des Gesetzgebers sind die ruhegehaltsfähigen Dienstbezüge stets dann aus dem Beamtenverhältnis auf Zeit zu berechnen, wenn der Beamte aus dem ihm auf Zeit übertragenem Amt in den Ruhestand tritt. Zudem muss noch die allgemeine Wartefrist von zwei Jah-

⁵³ BVerwGE 11, 233 (237).

⁵⁴ OVG Schleswig, Urteil v. 09.11.2007 – 3 LB 27/06.

ren erfüllt sein, nicht jedoch die Wahrnehmung des Amtes von fünf Jahren. Eine andere Interpretation des Gesetzes widerspräche dem Sinn und Zweck der Vorschriften der § 15a BeamtVG. Insofern ist die Erfüllung der allgemeinen Wartefrist von zwei Jahren als ausreichend anzusehen.

Da in allen Bundesländern – mit Ausnahme des Saarlandes – die Amtszeiten der Kanzler für länger als fünf Jahre angesetzt sind,⁵⁵ können die Voraussetzungen für die Versorgung aus dem letzten Amt auch mit einer tatsächlich wahrgenommenen Amtszeit von zwei Jahren erfüllt werden. Den neu ernannten bzw. eingestellten Kanzlern für das Saarland ist deshalb anzuraten, nicht die kürzere Amtszeit von vier, sondern von sechs Jahren zu wählen.

e) Versorgung aus früherem höheren Amt gemäß § 5 Abs. 5 S. 1 BeamtVG

Die Versorgung aus einem früheren höheren Amt kommt unter den in § 5 Abs. 5 S. 1 BeamtVG genannten Voraussetzungen in Betracht. Danach wird das Ruhegehalt eines Beamten aus einem früheren mit höheren Dienstbezügen verbundenen Amt auch aus diesem berechnet, sofern der Beamte diese Bezüge mindestens zwei Jahre erhalten hat und nicht lediglich auf seinen im eigenen Interesse gestellten Antrag in ein niedrigeres Amt übergetreten ist.

Dies ist auch von der Rechtsprechung insoweit bestätigt worden, als dass die Versorgung aus einem früheren höheren Amt nach § 5 Abs. 5 S. 1 BeamtVG nur in Betracht kommt, wenn die Rückernennung nicht allein im privaten Interesse, sondern erkennbar zumindest auch im Interesse des Dienstherrn erfolgt ist.⁵⁶

Für Kanzler, die diese Möglichkeit wählen sollten, ist demnach grundlegend bedeutend, dass sie die möglichen Auswirkungen auf das Ruhegehalt mit in ihre Entscheidung einbeziehen, wenn sie ausschließlich im privaten Interesse in ein niedrigeres Amt aus dem „Kanzleramt“, also dem Beamtenverhältnis auf Zeit, zurückkehren. In Konsequenz folgt dann die Berechnung des Ruhegehalts aus dem letzten, dem niedrigeren Amt.

Des Weiteren werden sie nur zu Beamten auf Zeit ernannt und nach Ablauf der Amtszeit entlassen. Haben sie nicht die für das Ruhegehalt entsprechenden Dienstzeiten erbracht, so sind auch sie am Ende ohne Ruhe-

⁵⁵ §17 Abs. 2 S. 2 LHG B-W; § 58 Abs. 3 Hs. 2 BerlHG; § 65 Abs. 4 Hs. 1 BbgHG; § 85 Abs. 3 S. 1 BremHG i.V.m. § 165l Abs. 1 S. 1 BeamtenG; § 83 Abs. 2 S. 2 HmbHG; § 47 Abs. 2 S. 2 HHG; § 87 Abs. 2 S. 1 LHG M-V; §§ 39 Abs. 1 i.V.m. 38 Abs. 4 S. 1 NHG; § 17 Abs. 5 S. 1 HG NRW; § 83 Abs. 3 S. 1 HochSchG Rh.-Pf.; § 52 Abs. 2 SächsHG; § 71 Abs. 3 S. 1 HSG LSA; § 25 Abs. 2 S. 3 HSG SH; § 31 Abs. 4 Hs. 1 ThürHG.

⁵⁶ VGH Kassel, NVwZ-RR 2006, 712 [712].

gehalt entlassen. Aber auch die Situation der Kanzler, die aus einem Lebenszeitbeamtenverhältnis in ein Beamtenverhältnis auf Zeit ernannt werden, ist als äußerst schwierig einzustufen. Denn auch sie fallen nach nicht ausreichender Amtszeit im Beamtenverhältnis auf Zeit in ihr Lebenszeitbeamtenverhältnis zurück und erhalten lediglich die Versorgung aus diesem und nicht aus dem Beförderungsamt. All diese Folgen müssen bei Beginn der Amtszeit berücksichtigt werden.

f) Höhe des Ruhegehalts

Die Höhe des Ruhegehalts lässt sich gemäß §§ 14, 14a, 66 BeamtVG ermitteln. Das Ruhegehalt beträgt nach § 14 Abs. 1 S. 1 BeamtVG für jedes Jahr ruhegehaltstfähiger Dienstzeit 1,79375 vom Hundert der ruhegehaltstfähigen Dienstbezüge,⁵⁷ insgesamt jedoch höchstens 71,75 vom Hundert. Tritt der Beamte vor der gesetzlichen Altersgrenze in den Ruhestand, so vermindert sich gemäß § 14 Abs. 3 BeamtVG das Ruhegehalt um 3,6 vom Hundert für jedes Jahr, um das der Beamte in den Ruhestand versetzt wird. Für die Berechnung des Ruhegehaltssatzes ist dabei § 14a Abs. 1 BeamtVG zu beachten.

Für Beamte auf Zeit, die eine ruhegehaltstfähige Dienstzeit von zehn Jahren zurückgelegt haben, beträgt das Ruhegehalt, wenn es für sie günstiger ist, nach einer Amtszeit von acht Jahren als Beamter auf Zeit 33,48345 vom Hundert der ruhegehaltstfähigen Dienstbezüge und steigt mit jedem weiteren vollen Amtsjahr als Beamter auf Zeit um 1,91333 vom Hundert der ruhegehaltstfähigen Dienstbezüge bis zum Höchstruhegehaltssatz von 71,75 vom Hundert.⁵⁸

g) Kurzzusammenfassung

Die für die neu ernannten Kanzler maßgebliche Berechnungsgrundlage für den Anspruch und den Erhalt des Ruhegehalts ist die Einhaltung der Zweijahresfrist in dem Beförderungsamt. Wenn sie für den Zeitraum von fünf Jahren und länger ernannt worden sind und vor Eintritt in den Ruhestand wenigstens zwei Jahre Dienstbezüge aus dem Beförderungsamt, also aus dem Beamtenverhältnis auf Zeit, erhalten haben, erfolgt auch die Berechnung des Ruhegehalts aus dem letzten Amt.

⁵⁷ § 5 BeamtVG.

⁵⁸ § 66 Abs. 2 S. 1 BeamtVG.

6. Kein Anspruch auf Ruhegehalt

Erfüllen die Beamten die zuvor diskutierten Voraussetzungen für den Eintritt in den Ruhestand hingegen nicht oder beantragen sie ihre Entlassung aus dem Beamtenverhältnis, endet das Beamtenverhältnis mit der Entlassung des Zeitbeamten ohne einen Anspruch auf Ruhegehalt.⁵⁹

Beim Ausscheiden aus dem Beamtenverhältnis durch Entlassung, Nichtfortsetzung eines Beamtenverhältnisses auf Widerruf oder Abberufung des Ruhegehalts aus dem Beamtenverhältnis entfallen sämtliche Ansprüche auf beamtenrechtliche Altersversorgung. In diesem Fall werden sie für die Dauer ihrer Amtszeit in der gesetzlichen Rentenversicherung nachversichert.⁶⁰

Die Nachversicherungszeit gilt als Zeit einer Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung, wobei rückwirkend eine Beitragsentrichtung gemäß den jeweiligen Bruttobezügen und den jeweils geltenden Beitragssätzen durchgeführt wird. Eine Nachversicherung in der Arbeitslosenversicherung erfolgt jedoch nicht, was zur Folge hat, dass nach Ausscheiden aus dem Beamtenverhältnis kein Anspruch auf Arbeitslosengeld besteht. Ferner erstreckt sich die Nachversicherung nicht auf die Zusatzversorgungssysteme des öffentlichen Dienstes.

Daneben erhalten diejenigen Beamten, die nicht auf eigenen Antrag entlassen wurden, nach einer mindestens einjährigen Amtszeit ein Übergangsgeld nach § 47 BeamtVG. Weitere Zahlungen wie z.B. Abfindungen dürfen nicht gewährt werden.

Wegen der späteren Rentenansprüche müssen sich die betroffenen Beamten dann an den zuständigen Versicherungsträger wenden.

⁵⁹ Siehe hierzu die spezialgesetzlichen Sonderregelungen der einzelnen Länder; so z.B. Berlin (§ 96 Abs. 3 LBG); Brandenburg (§ 65 Abs. 4 S. 1 BbgHG); Bremen (§§ 165l Abs. 1 S. 2, 165k Abs. 2 S. 3 BeamtVG); Hamburg (§§ 83 Abs. 5, 80 Abs. 6 S. 2 HmbHG); Hessen (§§ 47 Abs. 3 S. 3, 45 Abs. 4 S. 2 HHG); Mecklenburg-Vorpommern (§§ 127 Abs. 1 Nr. 1, 44 Abs. 2 S. 3 LBG M-V); Niedersachsen (§§ 39 Abs. 1, 38 Abs. 7 S. 4 NHG); Nordrhein-Westfalen (§ 20 Abs. 3 S. 1 HG); Rheinland-Pfalz (§ 49a LBG); Saarland (§§ 15 Abs. 3 S. 4, 18 Abs. 2 S. 2 UG); Sachsen (§ 140 S. 1 SächsBG); Sachsen-Anhalt (§ 112a S. 1 BG LSA); Thüringen (§ 31 Abs. 8 S. 4, Abs. 7 S. 3 ThürHG).

⁶⁰ §§ 8, 181–186 SGB VI.

V. Ausblick

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die versorgungsrechtliche Situation für neue Kanzler der Universitäten Deutschlands sich tatsächlich verschlechtert hat. Neben der Einstellung in das Zeitbeamtenverhältnis führen die verkürzten Amtszeiten auch gleichzeitig zu reduzierten oder auch keinen Versorgungsbezügen.

Die Frage, ob die Nachwuchssuche der deutschen Universitätskanzler auf eine Krise zusteuert, ist zu bejahen, sollte sich herumsprechen, dass der Anreiz einer abgesicherten Versorgung nicht mehr vollumfänglich besteht. Gerade potentielle Hochschulkanzler aus dem öffentlichen Dienst werden abwägen müssen, ob ihnen das Risiko des anspruchsvollen Amtes, am Ende gänzlich ohne Versorgung bzw. mit denselben Bezügen wie aus dem letzten Amt dazustehen, zu gewagt erscheint. Nicht anders gestaltet sich die Lage für zu rekrutierende Kanzler aus der Wirtschaft. Ihr Weg wird nicht in das Hochschulkanzleramt führen, wenn gerade die Vorteile des öffentlichen Dienstes – wie der Erhalt des Ruhegehaltes – für sie nicht gelten.

Darüber hinaus ist die Besoldungs- und Versorgungssituation neben der schlechten Absicherung sehr schwer zu überblicken. Durch die unterschiedlichen Regelungen in den Landesgesetzen sollten sich die Anwärter, die das Hochschulkanzleramt anstreben, zuerst intensiv mit den landesgesetzlichen Regelungen vertraut machen, um nicht am Ende anders dazustehen als zuvor erwartet. Für sie ist es bedeutsam, dass sie sich bereits vor Amtsantritt eingehend über das Amt des Kanzlers informieren, um so die Folgen – persönlich und beruflich – entsprechend abschätzen zu können. Denn eine Entlassung aus dem Zeitbeamtenverhältnis ohne einen späteren Anspruch auf Ruhegehalt kann nicht Zukunftswunsch des Aufstiegs in das Hochschulkanzleramt sein.

Im Gegenteil werden die versorgungsrechtlichen Nachteile – wie die aktuelle Situation bereits zeigt – potentielle Kandidaten eher davon abhalten, sich auf den Posten des Hochschulkanzlers zu bewerben. Diese versorgungsrechtlichen Einbußen werden die Attraktivität des Amtes weiter schmälern und langfristig dazu führen, dass eine Einstellung der Kanzler in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit – wie es zurzeit nur noch in Bayern möglich ist – unumgänglich erscheint, um qualifizierte Bewerber für das Amt zu gewinnen.

Summary

In German universities the head of administration and finance⁶¹ is a non-permanent civil servant. Due to this classification they are in deteriorating pension conditions so that by assumption of office they often do not know which pension benefits they will receive on leaving office.

Because of the increasing risk of leaving office without receiving any or less pension benefits there may be a lack of a new generation of heads of administration and finance in German universities. There is no guaranteed maximum amount of pension claim. It all depends on the different laws and provisions in the respective federal states. Basically, the new head of administration and finance has to be in office for a certain amount of time in order to receive a pension connected to his current job. Otherwise he will not obtain a pension at all. If he was a civil servant with a permanent contract prior to his appointment he would be reduced in rank to that position. To be precise, the appointment has to be for at least five years two of which have to be completed. Having fulfilled the two-year-restriction he will be able to receive a pension out of this appointment. It can therefore be stated that there is some instability and great deal of uncertainty when it comes to the provision of the pension itself and its benefits.

As a result of this fact and the large variety of laws and provisions there will be no adequate security referring to the pension benefits. In conclusion it can be said that this lack of security will finally lead to a decreasing number of applicants unless there is a change in the respective federal state laws in this respect.

⁶¹ Im Folgenden wird die Bezeichnung „Head of administration and finance“ als Synonym für den Kanzler einer deutschen Universität verwendet.

Hans Joachim Meyer*

Die Exzellenzinitiative – Auszeichnung von wissenschaftlicher Leistung oder von Strukturen

Ein Impulsreferat soll in ein Thema einführen und zur Diskussion anregen. Das kann man in unterschiedlicher Weise tun, nämlich affirmativ oder kritisch. In der Dramaturgie dieser Veranstaltung kommt mir die Rolle des Kritikers zu. Diese Rolle akzeptiere ich gern. Erstens, weil ich als Anglist die britische rhetorische Tradition bewunderte, in der Debatte zwischen den Rollen des Befürworters und des Kritikers zu unterscheiden und auch bereit zu sein, um der Fairness willen, beide Rollen zu übernehmen. Zweitens aber, weil ich, ohne den Wert eines Exzellenzwettbewerbs prinzipiell in Frage zu stellen, das konkrete Modell, wie es praktiziert wurde und weiterhin praktiziert werden soll, durchaus kritisch sehe.

Dabei stütze ich mich, neben eigenen Beobachtungen und Überlegungen, auf öffentliche Stellungnahmen, insbesondere auf die Zwischenbilanz einer Arbeitsgruppe der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften (BBAW), auf die ich auch wiederholt verweisen werde¹. Ausdrücklich will ich jedoch betonen, dass ich deren Autoren für meine grundsätzliche Kritik an leitenden Ideen des Exzellenzwettbewerbs nicht in Anspruch nehme.

Nun ist auch eine grundsätzliche Kritik nicht notwendigerweise eine Pauschalkritik. Auf diese Eingangsfeststellung lege ich großen Wert, damit wir uns anschließend nicht über Dinge streiten, die – jedenfalls aus meiner Sicht – nicht strittig sind. Und es mir auch wichtig, dass ich hier nicht missverstanden werde. Denn ich habe mich, seit ich 1990 am öffent-

* Prof. Dr. Dr. h.c. Hans Joachim Meyer, Sächsischer Staatsminister a.D., Koreferat zum Thema „Die Exzellenzinitiative – Auszeichnung von wissenschaftlicher Leistung oder von Strukturen“ – Hochschulgespräch der Konrad-Adenauer-Stiftung – Cadenabbia, 19. Juni 2010

¹ Stephan Leibfried (Hg.), Die Exzellenzinitiative. Zwischenbilanz und Perspektiven. Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften. Campus-Verlag Frankfurt / New York 2010. Siehe dazu *Jürgen Kaube*: Die allgemeine Mobilitätsfreude. In: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 10. März 2010, S. N5; *Tilmann Warnecke*: Elite mit Problemen. In: Der Tagesspiegel vom 9. März 2010, S. 24.

lichen Diskurs der Bundesrepublik teilhaben konnte und zwölf Jahre lang auch politische Verantwortung trug, stets, in Wort und Tat, für grundlegende Reformen von Hochschule und Wissenschaft eingesetzt. Insbesondere hielt ich eine stärkere Wettbewerbsorientierung von Forschung, Lehre und Studium für notwendig. Diese Auffassung vertritt ich auch heute noch.

Ich beginne also als Laudator: Ein Handlungsschritt wie der Exzellenzwettbewerb war überfällig und wirkte in vielem wie eine unerwartete und befreiende Chance, nicht zuletzt im Kontrast zu der seit Jahrzehnten erduldeten Unterfinanzierung der Hochschulen. Die neue Chance zum Erfolg durch wissenschaftliche Leistung löste eine große Dynamik aus und motivierte zu einem unübersehbaren Mobilisierungsschwung. Zu lange herrschte in der öffentlichen Meinung der Bundesrepublik das realitätsferne Postulat der Gleichheit aller Universitäten. Rechtlich wurde dies durch die Urteile des Bundesverfassungsgerichts zum Hochschulzugang gestützt. Politisch wurde es durch den Beschluss der Ministerpräsidenten zum Offenhalten der Hochschulen für eine höchstmögliche Zahl von Studienbewerbern umgesetzt. Diese Vorstellung erhielt durch den Exzellenzwettbewerb einen kräftigen Stoß, freilich ohne zugleich eine realistische Alternative zu eröffnen. Positiv war ferner, dass der Exzellenzwettbewerb an der bewährten deutschen Praxis festhielt, erstens, der Wissenschaft keine politisch oder wirtschaftlich motivierten thematischen Vorgaben zu machen und, zweitens, die Ergebnisse des Wettbewerbs in einem wissenschaftlichen Gutachterverfahren zu beurteilen. Es ist zu hoffen, dass der Zuwachs an Ansehen, den der Exzellenzwettbewerb den deutschen Universitäten in der internationalen Öffentlichkeit gebracht hat, sich auch segensreich auf die europäische Akzeptanz solcher Wettbewerbsprinzipien auswirken wird. Denn bisher folgt die Europäische Union im Umgang mit der Wissenschaft zu stark dem etatistischen Modell Frankreichs. Nicht zuletzt hat der Exzellenzwettbewerb vielfach zu einer die wissenschaftliche Zusammenarbeit befördernden institutionellen Flexibilisierung geführt, sowohl innerhalb der einzelnen Universitäten als auch in der Beziehung zwischen universitärer und außeruniversitärer Forschung. Das ist eine gewiss nicht erschöpfende, aber m. E. eindrucksvolle Liste von Vorzügen dieses Wettbewerbs.

Der Exzellenzwettbewerb hatte, wie jeder Wettbewerb, Nachteile. Es gibt eben unvermeidliche Folgen eines jeden Wettbewerbs, dessen Ziel ja darin besteht, Stärken und Schwächen offen zu legen. Das führt nicht selten dazu, Disproportionen noch zu verstärken. So auch in diesem Fall. Der Abstand zwischen Spitzenforschung und dem gleichsam normalen universitären Forschungsbetrieb ist größer geworden. Und dies nicht nur

durch offenbar gewordene Qualitätsunterschiede, sondern auch durch strukturelle und finanzielle Schwerpunktsetzungen, um Chancen im Exzellenzwettbewerb zu haben. Die ohnehin gravierende Frage, was aus leistungsstarken jungen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern werden kann, die keine realistische Aussicht auf eine Berufung haben, wurde durch die personelle Konzentration auf Spitzenprojekte noch verschärft. Das Erfolgsrisiko, das in jedem Wettbewerb liegt, wurde durch das Missverhältnis zwischen der Chance kurzzeitiger Förderung und dem Zwang zu langfristiger Strukturveränderung zugespitzt. Und in einem wahrhaft dramatischen Ausmaß hat der Gegensatz zwischen Forschung und Lehre in Bezug auf deren qualitativen Rang und praktischen Stellenwert zugenommen. Das ist zwar eigentlich keine Kritik, die man an einen Exzellenzwettbewerb in der Forschung richten sollte. Aber auch sein öffentliches Ansehen wird durch die negative Wirkung auf den Status der Lehre – zumindest langfristig – bedroht. Zweifellos ist es in erster Linie die Aufgabe der Hochschul- und Wissenschaftspolitik, diesen Nachteilen entgegenzuwirken. Aber die Deutsche Forschungsgemeinschaft hat es für richtig gehalten, ihrerseits Hochschul- und Wissenschaftspolitik zu betreiben, in dem sie eine bestimmte Vorstellung von Universität präferierte und beförderte. Insofern kann sie sich von einer Mitverantwortung für einige dieser Nachteile nicht ganz freisprechen.

Neben den mit einem Wettbewerb fast unvermeidlich verbundenen Nachteilen will ich kurz auch einige konkrete Kritikpunkte nennen, die abzustellen oder abzumildern eigentlich nicht schwierig wäre, wenn es denn ausschließlich um eine sich an wissenschaftlichen Kriterien orientierende Forschungsförderung ginge. Relativ einfach scheint es, der Kritik von Vertretern abgelehnter Projekte zu entsprechen und die Ablehnungsgründe präzise und nachvollziehbar darzulegen². Von ungleich größerer Bedeutung ist die dort ebenfalls geäußerte Kritik am Gewicht quantitativer Indikatoren, insbesondere, wenn diese „vergangene Tatbestände und Leistungen abbilden“³ oder „den sehr ungleichen Ressourcenbedarf verschiedener Disziplinen“⁴ nicht berücksichtigen. Denn, so Friedhelm Neidhardt, „Kennziffernregime erhöhen die Wahrscheinlichkeit, dass Betriebsamkeitsnachweise als Erfolgssurrogate gehandelt werden.“⁵ Dass

² These II, 4. In: Fn. 1; *Dagmar Simon, Patricia Schulz, Michael Sondermann*: Abgelehnte Exzellenz – die Folgen und die Strategien der Akteure. In: Fn. 1, S. 168.

³ BBAW-Arbeitsgruppe: Bedingungen und Folgen der Exzellenzinitiative. In: Fn. 1, S. 44.

⁴ Ebenda, S. 45.

⁵ *Friedhelm Neidhardt*: Exzellenzinitiative – Einschätzungen und Nachfragen. In: Fn. 1, S. 75.

quantitative Angaben nur Hinweise auf Tatbestände liefern können, die dann auf der Basis qualitativer Kriterien zu bewerten sind, dürfte in der Wissenschaft unstrittig sein. Dem entspricht ja auch sonst die allgemein anerkannte Förderpraxis der DFG. Geht es jedoch um die Leistungsbewertung wissenschaftlicher Institutionen, deren Handlungsraum durch Deregulierung erweitert wurde, gerät man ganz unvermeidlich in den größeren Zusammenhang eines Modells von öffentlichem Handeln, das als New Public Management bezeichnet wird. Dieses operiert aber mit einem Konzept von public value, das dem ökonomischen Begriff des shareholder value nachgebildet ist und sich ganz konsequent an einem primär quantitativen Effizienzkriterium orientiert. Darum stellt sich im institutionellen Kontext die Frage, ob auch die Dritte Linie des Exzellenzwettbewerbs dieser Logik folgt oder sogar folgen muss?

Schließlich will ich auf einen dritten konkreten und m.E. durchaus korrigierbaren Kritikpunkt hinweisen, der in der öffentlichen Debatte wiederholt genannt wurde, nämlich auf die fächerblinde Pauschalität des Verfahrens. Genauer gesagt: Die unzureichende Berücksichtigung jener charakteristischen Eigenheiten, welche die großen Wissenschaftsgebiete, also die Natur-, Technik-, Sozial-, Wirtschafts-, Geistes- und Kulturwissenschaften in einer für eine faire Forschungsförderung relevanten Weise unterscheiden. Diese Unterschiede bestehen bekanntlich vor allem im Ressourcenbedarf und im realen Ausmaß möglicher Drittmittel einwerbung, aber auch in der Notwendigkeit und in der Bereitschaft zur Teamarbeit sowie in der Bedeutung konkurrierender Denkrichtungen. Michael Zürn hat denn auch in der schon erwähnten Analyse der BBAW vorgeschlagen, „bei den Kriterien ‚vorangegangener Leistungen‘ und ‚Qualität der Anträge‘ „explizite Gewichtungen“ einzuführen und „Wissenschaftsbereichskörbe“ zu schaffen, „innerhalb derer zunächst intern eine Qualitätsrangfolge ermittelt wird.“⁶ Dem scheint mir bei einer rein wissenschaftsorientierten Forschungsförderung nichts entgegen zu stehen. Aber auch wer eine bestimmte Art von universitären Führungshandeln fördern will, sollte nicht die großen Wissenschaftsgebiete gegeneinander ausspielen. Allerdings geben nach dem Urteil der BBAW-Arbeitsgruppe⁷ die Ergebnisse des Exzellenzwettbewerbs dafür keine Anhaltspunkte.

Meine eigentliche, weil grundsätzliche Kritik macht sich denn auch nicht an in der Natur von Wettbewerb liegenden Nachteilen oder an einzelnen zwar kritikwürdigen, aber durchaus korrigierbaren Elementen des

⁶ Michael Zürn: Ein Rückblick auf die erste Exzellenzinitiative – Es geht noch besser! In: Fn. 1, S. 228.

⁷ Fn. 3, S. 43.

Wettbewerbsmodus fest, sondern an jener leitenden Idee des Exzellenzwettbewerbs, welche die dafür Verantwortlichen selbst als dessen Vorzug betrachten. Bekanntlich koppelt der Exzellenzwettbewerb zwei Ziele: Erstens, die Förderung von Graduiertenschulen und von wissenschaftlichen Clustern auf der Grundlage vorliegender Leistungen und, zweitens, die Förderung von Zukunftskonzepten, die zwar mit thematischen Absichten zu begründen waren, sich aber primär durch institutionelle Entscheidungen auszuweisen hatten. Es ging in der Dritten Förderlinie also um den Nachweis wirkungsvollen universitären Führungshandelns als Garantie für künftige wissenschaftliche Erfolge. In dieser Perspektive und nicht nur durch den zeitlichen Ablauf hatten die ersten beiden Förderlinien, also die Graduiertenschulen und die Cluster, in der Architektur des Exzellenzwettbewerbs den Status von Vorstufen. Das eigentliche Ziel war es, in einer Dritten Förderungsline zwischen normalen Universitäten und Exzellenzuniversitäten zu unterscheiden. Daraus folgt die Frage: Ging es dem Exzellenzwettbewerb primär um die Förderung exzellenter Forschung oder um die Durchsetzung eines bestimmten hochschul- und wissenschaftspolitischen Konzepts?

An dieser Stelle will ich für einen Moment innehalten und fragen, ob die Hervorhebung einiger Universitäten als Universitäten exzellenter Forschung auch auf anderem Wege möglich gewesen wäre. Diese Frage lässt sich uneingeschränkt bejahen. Auch wenn die gesamte Wettbewerbssumme für die Förderlinien 1 und 2 eingesetzt worden wäre, so hätte sich daraus, zusammen mit den jeweils schon eingeworbenen Sonderforschungsbereichen und Graduiertenkollegs, eine Gruppe von neun bis zwölf besonders erfolgreichen Universitäten ergeben, die man – informell, aber öffentlich nicht weniger wirkungsvoll – als Exzellenzuniversitäten hätte charakterisieren können. Dennoch hätte das Wettbewerbsergebnis das unterschiedliche Leistungsvermögen der Universitäten realistischer abgebildet. Es wäre ein zutreffenderes Gesamtbild der deutschen Universitäten entstanden. Denn dass diese sich angemessen in zwei Gruppen aufteilen lassen, kann ja eigentlich niemand im Ernst behaupten. Das hätte auch jene Verhärtungen vermieden, die sich aus der offiziellen Verkündung eines solchen Statusunterschiedes ergeben und den zweiten Exzellenzwettbewerb erwartbar belasten werden. Es geht mir also nicht darum, die Lebenslüge der qualitativen Gleichheit aller Universitäten zu verlängern. Sondern es geht mir um die hochschulpolitische Absicht, die hinter der offiziellen Etablierung einer herausgehobenen Gruppe von Universitäten steht!

Der Zweck der Dritten Linie war jedenfalls ein völlig anderer als jener der ersten beiden Förderlinien. In den ersten beiden Linien ging es um die

Förderung von Forschung. Bei der dritten Linie geht es – und jetzt zitiere ich die zwar kritische, diese Art von Exzellenzwettbewerb jedoch prinzipiell bejahende Arbeitsgruppe der BBAW: Es ging um „die Förderung der institutionellen Differenzierung und strategischen Handlungsfähigkeit von Universitäten“ durch „trial and error“⁸. Mit Hilfe eines neuen „Differenzierungsparadigma“ sollten „vertikale Differenzierungen mit wachsender Ungleichheit in und zwischen den Universitäten“ erreicht werden⁹. Oder in den Worten von Ulrich Schreiterer: „Auf dem Prüfstand“ war „das Potential institutioneller Arrangements und Förderpraktiken – offiziell zwar nur im Hinblick auf die Ermöglichung und organisatorische Einbettung so genannter Spitzenforschung, aber mit darüber weit hinausreichenden Folgen für die Ablauforganisation, interne Governance und Aufgaben der ganzen Universität“¹⁰. Tatsächlich scheint denn auch die Dritte Linie in einem gewissen Maße ein Wettbewerb der Universitätsleitungen gewesen zu sein, deren Ergebnis auch von der Gunst oder Ungunst des Standortes und anderer nichtakademischer Umstände beeinflusst wurde.

Ausdrücklich bejahe ich das von Schreiterer genannte Ziel, die deutschen Universitäten zu eigenständigen, handlungs- und entscheidungsfähigen kollektiven Akteuren zu entwickeln. Und selbstverständlich gilt es, auf die dafür erforderlichen strukturellen wie mentalen Bedingungen hinzuwirken. Das kann aber nicht unabhängig vom Status deutscher Universitäten als Einrichtungen öffentlicher Verantwortung geschehen. Und ebenso wenig scheint dies realistisch, ohne den föderalen Charakter unserer Verfassungsordnung zu berücksichtigen und die dauerhaft unterschiedliche Finanzkraft der Länder. Zu beiden Bedingungsgefügen stehen aber die neuen Exzellenzuniversitäten – zumindest potentiell – in einem nicht zu unterschätzenden Spannungsverhältnis. Die Frage ist also, ob mit einem Wettbewerb um überzeugende „Zukunftskonzepte“ nicht ein unrealistischer Nebenweg gewählt wurde, gleichsam an der bundesdeutschen Wirklichkeit vorbei. Die BBAW-Analyse berichtet ja nicht nur von der „Veränderung herkömmlicher Entscheidungsstrukturen“, sondern auch von deren „Umgehung“¹¹, vom Entstehen „merkwürdiger Doppelstrukturen oder gar Parallelwelten“ (so Schreiterer¹²), von der Gefahr der „Fragmentierung“, von „Kompetenz-Inseln“ und von „der zunehmenden

⁸ Ebenda, S. 36.

⁹ Fn. 5, S. 57.

¹⁰ *Ulrich Schreiterer: Exzellente Zukunft – Beobachtungen zur Dritten Förderlinie.* In: Fn. 1, S. 86.

¹¹ Fn. 3, S. 40.

¹² Fn. 10, S. 101.

Inkongruenz“ in der Organisation der beiden Kernaufgaben der Universität, nämlich von Forschung und Lehre (so Peter Gaethgens¹³). Ganz gewiss war und bleibt es richtig, die Universitätsleitungen zu stärken. Denn diese müssen ein universitäres Gesamtinteresse definieren und durchsetzen, das die divergierenden Individual- und Partikularinteressen nicht nur integriert, sondern auch nach Prioritäten und Posterioritäten sortiert. Aber das ist für mich kein Plädoyer für eine Kommandouniversität, weil nur diese Wettbewerbserfolge möglich mache. Aus gegenwärtigen Beobachtungen und vergangenen vierzigjährigen Erfahrungen weiß ich, dass Zentralisierung unvermeidlich zwei Folgen hat, nämlich die Intransparenz von Leitungsentscheidungen und die Privilegierung einzelner. Gewiss ist es im europäischen Vergleich imponierend, dass sich die Deutsche Forschungsgemeinschaft und der Wissenschaftsrat mit diesem Wettbewerb gleichsam zu Hauptakteuren der Hochschul- und Wissenschaftspolitik aufgeschwungen haben. Und als gesamtdeutsche Repräsentanten der Wissenschaft in einem eher unübersichtlichen politischen Entscheidungsgefüge haben sie dabei auch meine Sympathie. Dann stellt sich aber die Frage nach dem politischen und ideologischen Konzept, das hinter diesem Handeln steht.

Dieses ideologische Konzept ist überdeutlich: Sein Ideal und sein Orientierungsmaßstab sind das, was man im bundesdeutschen Bewusstsein von den amerikanischen Universitäten zu wissen glaubt und auch nur wissen will. Es ist der leuchtende Blick auf die USA, welcher nicht nur deren Realität vergoldet, sondern der auch nicht gewillt ist, deren Eigenart innerhalb der westlichen Welt zur Kenntnis zu nehmen, sondern zu der Meinung verführt, man könne deren Erfolg imitieren, ohne dessen Kontext zu analysieren. Vor allem will man das Agieren amerikanischer Universitäten auf dem Bildungs- und Forschungsmarkt kopieren und hofft so, etwas von deren Glanz abbekommen zu können. Als Beleg für eine weitverbreitete bundesdeutsche Haltung will ich hier nur den hymnischen Ausruf des von mir aufrichtig geschätzten Peter Gaethgens zitieren: „Denn es ging und geht in der dritten Säule tatsächlich um die Universität als Institution, als ein Ganzes: Name und Strahlkraft von Harvard, Stanford oder Oxbridge werden auch durch die Tatsache nicht geschmälert, dass es selbst dort schwächere Teilbereiche gibt. Und um Namen, Strahlkraft und Sichtbarkeit ging es den Initiatoren der Exzellenzinitiative.“¹⁴ Man träumt vom Mythos der Ivy League und will eine deutsche Ivy League konstituieren,

¹³ *Peter Gaethgens*: Die Dritte Säule der Exzellenzinitiative – eine offene Agenda? In: Fn. 1, S. 273 – 274.

¹⁴ Ebenda, S. 269.

und zwar mit deutscher Gründlichkeit auch ganz offiziell, was immer die Folgen sein mögen. Offenbar hatte man übersehen, dass die real existierende Ivy League nur ein Sportverband der acht ältesten Universitäten der USA ist. Übrigens betont Mitchell G. Ash in der BBAW-Analyse¹⁵, dass die führenden staatlich geförderten amerikanischen Universitäten ohnehin die besseren Vergleichsgrößen wären. Darauf wird bekanntlich von Hans Weiler schon seit Jahren hingewiesen.

Die Fixierung auf die USA als Vorbild und Maßstab wird verstärkt durch den unheilvollen Einfluss solch fragwürdiger Unternehmungen wie der sogenannten Schanghailiste, welche die Universitäten international mit Hilfe quantitativer Parameter sortieren. Wie bei den Leitvorstellungen von shareholder value und public value soll qualitativ Unterschiedliches auf quantitativ Vergleichbares reduziert werden. Vor allem aber dominiert die generelle Vorstellung, die Globalisierung führe zu einer weltweiten Gesellschaft, die englisch spricht und amerikanisch denkt. Und deren treibender Motor ein möglichst unbehinderter Wettbewerb sein müsse, dessen Ergebnisse quantitativ und kurzfristig gemessen werden. Für diese globale Gesellschaft müsste Deutschland fit gemacht werden. In der Wirtschaft hat diese Zukunftsvorstellung zu wahrhaft desaströsen Konsequenzen geführt. In der deutschen Wissenschaft wird seit langem die gleiche Strategie verfolgt, ohne dies kritisch zu reflektieren.

Denn in Wahrheit geht es bei den gegenwärtigen Reformprozessen um die Amerikanisierung der deutschen Hochschulen und um die Ersetzung des Deutschen durch das Englische als Hochschul- und Wissenschaftssprache. Insofern ist die Dominanz der Dritten Linie im Exzellenzwettbewerb Teil einer Gesamtstrategie. Der eine wichtige Schritt war die Einführung des angeblich existierenden und angeblich sogar international anerkannten angloamerikanischen Graduierungssystems im deutschen Hochschulwesen – unter missbräuchlicher Berufung auf die europäische Bologna-Erklärung. Wie zu erwarten und sicherlich auch gewollt, wirken Bachelor und Master als symbolische Türöffner für den Gebrauch des Englischen im Studium, wie die zunehmende Vergabe englischer Bezeichnungen an akademische Institutionen und Studienprogramme überdeutlich macht. Der andere Schritt ist die Orientierung an einem diffusen Idealbild der amerikanischen Universität als Zielvorstellung im Exzellenzwettbewerb, verbunden mit der strikten Vorgabe des Englischen als Sprache für die Bewertung aller zur Förderung eingereichten Projekte und Konzepte, also auch in den Sozial-, Kultur- und Geisteswissenschaften.

¹⁵ Mitchell G. Ash: Welcher (implizite) Universitätsbegriff steht hinter der Exzellenzinitiative? Spitzenforschung, intensive Lehre, Qualitätskultur. In: Fn. 1, S. 263.

ten. Es ist bezeichnend für den geistigen Zustand der bundesdeutschen Gesellschaft, dass diese beiden gleichsam offiziellen Schritte zum Englischen hin so gut wie nicht diskutiert wurden: Weder die Tatsache, dass die deutschen Universitäten, die zu den ältesten und geschichtlich angesehensten in der Welt gehören, künftig ihre akademischen Grade in Englisch vergeben sollen. Noch, dass ausländische Wissenschaftler auch Projekte zur Erforschung der deutschen Geschichte und Kultur bewerten, ohne von diesen Gutachtern als selbstverständlich zu erwarten, dass sie deutsch wenigstens verstehend lesen können. Meint man wirklich, dass wissenschaftliche Erkenntnis und wissenschaftliche Kompetenz generell außersprachlich sind?

Als Argument hört man, die ausschließliche Verwendung des Englischen sei die Konsequenz aus der Internationalität der Begutachtung. Und nur diese garantiere die Objektivität des Verfahrens. Ich bestreite, dass die Objektivität des Verfahrens dadurch erreicht wird, dass 90 % der Gutachter aus dem Ausland kommen. Ich befürchte sogar das Gegenteil. Denn je mehr man von der zu beurteilenden Institution räumlich entfernt ist, um so gewichtiger wird das diffuse Kriterium ihrer internationalen Sichtbarkeit. Diese wird nämlich nicht nur durch vorgeblich objektive quantitative Parameter ermittelt. Sie besteht nicht weniger im Kopf von Leuten, denen man Autorität und Kompetenz zuspricht. Wer von der Spitzenstellung einer Universität überzeugt ist, der wird sein Bild auf Grund weniger konkreter Daten auch nicht korrigieren. Mit Recht würde das ja auch jeder als weltfremd auffassen. Man muss Michael Zürn sehr dankbar sein, dass er uns in seinem überaus lesenswerten Beitrag zur BBAW-Analyse¹⁶ einen freimütigen Blick in das konkrete Bewertungsgeschehen werfen lässt. Und was wir da sehen, entspricht doch unser aller Erfahrung: Alle bemühen sich redlich um möglichst gerechte Beurteilungen und betten gerade darum den konkreten Fall in das ein, was sie bisher auch schon gewusst und gedacht haben. Wer von fern kommt, wird oft auch nur ein undeutliches Bild haben. Da fragt man sich doch, ob die hoch gepriesene Internationalität nicht die Rolle subjektiver Sichtbarkeit noch erhöht und also die Objektivität der Bewertung verringert?

Übrigens macht Michael Zürn die scharfsinnige Bemerkung, dass der Exzellenzwettbewerb auch deshalb notwendig war, weil bei wachsenden Studentenzahlen nur noch wenige Spitzenuniversitäten wirklich Forschung betreiben können.¹⁷ Zwar werden die Wissenschaft und die Hochschul- und Wissenschaftspolitik diese Feststellung als Argument gegen

¹⁶ Fn. 6, S. 224–225.

¹⁷ Ebenda, S. 220–221.

die Unterfinanzierung der deutschen Hochschulen werten. Aus meiner zwölfjährigen Erfahrung als Wissenschaftsminister und aus meinen weiter bestehenden Kontakten weiß ich jedoch, dass in der wissenschaftsfernen Politik nicht wenige das ganz anders sehen: Sie waren schon immer der Meinung, dass nur wenige Universitäten eine bessere Finanzierung verdienen, während die anderen für ihre Leistungen mehr als genug bekommen. Sie fühlen sich also exculpiert. Nichts läge mir ferner als eine solch abwegige Folgerung den Initiatoren des Exzellenzwettbewerb anzulasten. Aber entspringt nicht auch diese politische Sicht einem amerikanisierten Gesellschaftsbild, nach dem sich alles auf dem Markt bewähren muss?

Mitchell G. Ash sagt: „Die chronische Unterfinanzierung der Universitäten in Deutschland wird durch die Exzellenzinitiative bekanntlich keineswegs beendet, sondern bestenfalls kaschiert. Nun kann die Exzellenzinitiative geradezu als Musterbeispiel dessen dienen, wie viel Wandel in einem gesellschaftlichen Teilbereich mit relativ wenig Geld ausgelöst werden kann.“¹⁸ Eine solche Feststellung bestreitet weder den Wert des Exzellenzwettbewerbs, noch die Berechtigung, eine solche Summe auf die Förderung von Spitzenforschung zu konzentrieren. Kritisch muss man es jedoch sehen, wenn in den Anspruch, Exzellenzuniversität zu sein, die Qualität der Lehre und der Studienbedingungen stillschweigend einbezogen wird. Die DFG kann zwar für sich in Anspruch nehmen, dies ihrerseits nicht getan zu haben. Aber indem sie die Dritte Linie des Exzellenzwettbewerbs öffentlich als Beginn eines neuen Zeitalters der deutschen Hochschulen proklamierte, hat sie ein solche Fehldeutung begünstigt.

Was die dem Exzellenzwettbewerb zugrunde liegende Agenda ist, das war der Rede Ernst-Ludwig Winnackers, früherer Präsident der DFG und dann Generalsekretär des European Research Council, auf der Jahresversammlung der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften am 27. Juni 2009 unmissverständlich zu entnehmen: Er will einen englischsprachigen Europäischen Wissenschaftsraum. Und so gilt für den Exzellenzwettbewerb im Wesentlichen das Gleiche wie für die deutsche Version des Bologna-Prozesses: Zwar waren beide wichtige Schritte und positive Ergebnisse sind unbestreitbar. Aber ihre eigentliche Stoßrichtung ist es, die deutschen Universitäten als Bewerber zu einer englisch sprechenden und amerikanisch dominierten Wissenschaftswelt zu behandeln. Längerfristig wird dies für das geistige Selbstverständnis Deutschlands und für seine Kultur einschneidende und aus meiner Sicht verhängnisvolle Folgen haben.

¹⁸ Fn. 15, S. 264.

Summary

For quite a long time difference in university standards was not considered as desirable in German academic life. All universities were regarded as equal in status and achievement. It is undoubtedly a merit of the “Exzellenzinitiative” of the DFG to reveal how unrealistic this assumption was – at least in the field of research. The question, however, is whether this initiative offers a realistic alternative. In fact, its criteria of success are highly divergent. The first and the second stages in the competition promote graduate schools and research clusters in well-established DFG tradition on the basis of available research results. The third stage, however, serves to select a group of excellent universities on the basis of the quality of their research planning. In the first and second stages it is research work which is rewarded, whereas in the third stage it is a managerial project of research perspectives which is given a financial chance. The prestigious title of an “Exzellenzuniversität” was granted only in the latter case. The question is why academic excellence in this competition has not been identified exclusively on the basis of existing research results, which would also have revealed a wide spectrum of differences in research achievement. The answer seems to be that it was the main target of the “Exzellenzinitiative” to bring about a new type of university leadership, which puts aside traditional structures and follows the pattern of American elite universities. In so far the “Exzellenzinitiative” resembles the German version of the Bologna process, which introduced Bachelor, Master and PhD as academic degrees. In fact, there are grounds to suspect that the motivation for both reform moves was an ideological one, accepting English as the language of the emerging global society and taking the USA as its model.

Anne-Kathrin Lange

Ausgewählte Entscheidungen

Übersicht

1. *Oberverwaltungsgericht Münster: Übernahme eines Hochschullehrers durch die Hochschule als neuen Dienstherrn*
2. *Verwaltungsgerichtshof Mannheim: Ordnungsgemäße Einberufung einer Sitzung eines Hochschulsenats*

1. *Oberverwaltungsgericht Münster, Urteil vom 13. August 2010 – 6 A 815/09*

Übernahme eines Hochschullehrers durch die Hochschule als neuen Dienstherrn

Leitsätze

1. Rechtsgrundlage für die Übernahme eines an einer Hochschule tätigen Landesbeamten in ein Beamtenverhältnis mit seiner Hochschule, die mit Erlass des Hochschulfreiheitsgesetzes vom 31. Oktober 2006 Dienstherrnfähigkeit erlangt hat, ist § 128 Abs. 4, 3. Alt. BRRG.

2. Durch das Hochschulfreiheitsgesetz sind nicht nur die vormaligen staatlichen Angelegenheiten im Sinne von § 128 Abs. 4, 3. Alt. BRRG vom Land Nordrhein-Westfalen auf die Hochschulen übergegangen, sondern auch die in Wissenschaft, Forschung und Lehre angesiedelten Kernaufgaben, die nach dem Begriffsverständnis des BRRG erst mit Verleihung der Dienstherrnfähigkeit an die Hochschulen zu deren Aufgaben geworden sind.

3. § 128 Abs. 4, 3. Alt. BRRG fordert keine über einen rechtlichen Aufgabenübergang hinausgehende tatsächliche Verlagerung von Wahrnehmungszuständigkeiten.

4. Art. 33 Abs. 5 GG schützt den Beamten weder vor einem Wechsel des Dienstherrn noch fordert er eine Gleichwertigkeit von altem und neuem Dienstherrn, etwa hinsichtlich der Größe, des Organisationsmodells oder der wirtschaftlichen Stärke.

5. Die Rechtmäßigkeit der beamtenrechtlichen Überleitung erfordert nicht, dass das Organisationsmodell des neuen Dienstherrn geltendem Recht entspricht.

6. Die Übernahme der bisher im Landesdienst stehenden Hochschullehrer in ein Beamtenverhältnis mit der Hochschule verstößt nicht gegen die in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG gewährleistete Wissenschaftsfreiheit.

[Orientierungssatz

Im Wesentlichen gleichlautend mit 6 A 3214/08 und 6 A 3189/08.]

Aus dem Tatbestand

Die 1955 geborene Klägerin wurde mit Wirkung vom 1. August 1999 vom beigeladenen Land unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Probe zur Professorin ernannt und in eine Planstelle der Besoldungsgruppe C 2 BBesO eingewiesen. Am 1. August 2000 wurde ihr die Eigenschaft einer Beamtin auf Lebenszeit verliehen. Sie lehrt am Fachbereich Wirtschaftswissenschaften am Standort N. der Beklagten.

Durch Bescheid vom 4. Januar 2007 verfügte die Beklagte unter Anordnung der sofortigen Vollziehung die Übernahme der Klägerin in den Dienst der Hochschule O. Zur Begründung führte sie aus, durch das Hochschulgesetz (HG) vom 31. Oktober 2006 habe das Land Nordrhein-Westfalen die Hochschule O1. als eine vom Land getragene, rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts verselbständigt und ihr die Dienstherrneigenschaft übertragen. Auf der Grundlage von § 1 des Gesetzes über weitere dienstrechtliche und sonstige Regelungen im Hochschulbereich vom 31. Oktober 2006 (Art. 7 § 1 Hochschulfreiheitsgesetz – HFG) werde die Klägerin in den Dienst der Hochschule O1. übernommen. Die Beklagte übertrug der Klägerin das Amt einer Professorin und wies sie in eine Planstelle der Besoldungsgruppe W 2 ein.

Mit Schreiben vom 19. Januar 2007 legte die Klägerin Widerspruch ein. Am 18. Juli 2007 beantragte sie beim Verwaltungsgericht Düsseldorf die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs gegen den Bescheid der Beklagten vom 4. Januar 2007. Durch Beschluss vom 21. November 2007 lehnte das Verwaltungsgericht den Antrag ab (13 L 1200/07). Die hiergegen erhobene Beschwerde wies der Senat durch Beschluss vom 14. Januar 2008 zurück (6 B 2009/07).

Durch Widerspruchsbescheid vom 16. Oktober 2008, zugestellt am 20. Oktober 2008, wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Rechtsgrundlage für die Übernahmeverfügung sei § 128 Abs. 4, 3. Alt. i.V.m. Abs. 2 und 3 BRRG. Abstrakte Zuständigkeiten, die zuvor gem. § 107 Abs. 2 HG a.F. dem Land obliegen hätten, seien auf die Hochschule übergegangen. Damit gehe ein Wechsel des Verantwortungszusammenhangs einher, weshalb auch das konkret-funktionelle Amt der Klägerin betroffen sei. Auch aus der in Art. 5 Abs. 3 GG garantierten Wissenschaftsfreiheit lasse sich eine Rechtswidrigkeit der Übernahmeverfügung nicht herleiten, weil der Dienstherrwechsel nicht in den Schutzbereich dieser Norm eingreife.

Die Klägerin hat am 20. November 2008 Klage erhoben. Zur Begründung hat sie ausgeführt, es fehle an einem nach § 128 Abs. 4, 3. Alt. BRRG erforderlichen Aufgabenübergang. Kein Hochschulbediensteter werde tatsächlich mit Aufgaben betraut, die vorher außerhalb der Hochschule wahrgenommen worden seien. Ein isolierter Dienstherrwechsel auf eigener landesgesetzlicher Grundlage sei wegen der Sperrwirkung der §§ 59, 128ff. BRRG unzulässig. Mit der Auswechslung des Dienstherrn seien Nachteile und potentielle Beeinträchtigungen verbunden. Durch die neuen Strukturen der Hochschullandschaft und damit auch durch die Übernahmeverfügung sehe sie sich einer um ein Vielfaches höheren Gefahr ausgesetzt, ihren Anspruch auf amtsangemessene Beschäftigung zu verlieren, wobei das konkret-funk-

tionelle Amt bei Professoren auch den Schutz des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG genieße. Durch die nunmehr eingeschränkten Versetzungsmöglichkeiten werde die nachhaltige Wahrnehmung von Lehr- und Forschungsaufgaben gerade bei den angelegten Schwerpunkt- und Profildbildungen an den Hochschulen etwa bei Wegfall von Studiengängen oder Fachbereichen erheblich gefährdet. Weiterhin sei die oberste Dienstbehörde, der Hochschulrat, nicht verfassungskonform ausgestaltet und verletze damit hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums nach Art. 33 Abs. 5 GG. Daneben bestünden verfassungsrechtliche Bedenken gegen weite Teile des Hochschulfreiheitsgesetzes mit der Folge der Gesamtnichtigkeit, so dass Art. 7 § 1 HFG auch deshalb als Rechtsgrundlage nicht in Betracht komme.

[...]

Durch Urteil vom 6. Februar 2009 hat das Verwaltungsgericht Düsseldorf die Klage abgewiesen. [...]

Die Klägerin hat die vom Verwaltungsgericht zugelassene Berufung gegen das am 3. März 2009 zugestellte Urteil am 2. April 2009 eingelegt. [...]

Aus den Gründen

[...]

Die Berufung hat keinen Erfolg.

Die dem angegriffenen Urteil zugrunde liegende Klage ist mit dem Hauptantrag zulässig, aber unbegründet. Der Bescheid der Beklagten vom 4. Januar 2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16. Oktober 2008 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

Rechtsgrundlage für die Übernahme der bisher im Dienst des beigeladenen Landes stehenden Klägerin in ein Beamtenverhältnis mit der Beklagten ist § 128 Abs. 4, 3. Alt. i.V.m. Abs. 3 BRRG. Die Vorschrift des § 128 BRRG, die auf Landesbeamte unmittelbar anwendbar ist, gilt gem. Art. 125b Abs. 1 Satz 1 GG i.V.m. Art. 75 GG in der bis zum 1. September 2006 geltenden Fassung (GG a.F.) fort. Denn sie ist aufgrund des Art. 75 GG a.F. rechtmäßig erlassen worden und könnte gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG auch nach dem 1. September 2006 als Bundesrecht erlassen werden. Vgl. VerfGH NRW, Urteile vom 23. März 2010 – VerfGH 19/08, 21/08, 28/08, 29/08 –, juris; s. auch BVerwG, Urteil vom 25. Oktober 2007 – 2 C 30.07 –, NVwZ-RR 2008, 268.

Die Zuständigkeit der Beklagten für die Übernahmeverfügung ergibt sich aus § 129 Abs. 4 i.V.m. Abs. 3 BRRG. Danach verfügt die Körperschaft, in deren Dienst der Beamte treten soll, die Übernahme. Der hier handelnde Rektor war gem. § 1 Abs. 1 Satz 3, 2. HS des Gesetzes über weitere dienstrechtliche und sonstige Regelungen im Hochschulbereich vom 31. Oktober 2006 (Art. 7 des Hochschulfreiheitsgesetzes vom 31. Oktober 2006, GV.NRW. S. 474, im Folgenden: HFG) zuständiges Organ. Sonstige Umstände, aus denen sich die formelle Rechtswidrigkeit der Übernahmeverfügung ergeben könnte, sind nicht ersichtlich.

Die angegriffene Verfügung ist auch materiell rechtmäßig. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 128 Abs. 4, 3. Alt. i.V.m. Abs. 3 BRRG sind gegeben. Nach diesen Vorschriften sind die Beamten einer Körperschaft, deren Aufgaben teilweise auf eine andere Körperschaft übergehen, zu einem verhältnismäßigen Teil in den Dienst der aufnehmenden Körperschaft zu übernehmen.

Durch das Hochschulfreiheitsgesetz sind Aufgaben vom Land auf die Beklagte übergegangen.

Unter einem Übergang von Aufgaben im Sinne des § 128 Abs. 4, 3. Alt. BRRG ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine Verlagerung abstrakter Zuständigkeiten von einer Körperschaft auf eine andere durch Rechtssatz oder Verwaltungsvorschrift zu verstehen. Vgl. BVerwG, Urteile vom 26. November 2009 – 2 C 15.08 –, juris, und 2. April 1981 – 2 C 23.78 –, ZBR 1981, 311; s. dazu auch Schütz/Maiwald, BeamtR, vor §§ 28f. LBG a.F., Rn. 179, 188.

Eine solche Aufgabenverlagerung ist hier zunächst für die staatlichen Angelegenheiten im Sinne von § 107 Abs. 2 des Gesetzes über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen in der bis zum 31. Dezember 2006 geltenden Fassung (Hochschulgesetz, im Folgenden: HG a.F.) zu bejahen. Die Personalverwaltung (Nr. 1) und die Haushalts- und Wirtschaftsangelegenheiten (Nr. 2) sowie weitere enumerativ genannte Aufgaben haben die Hochschulen bis dahin als Einrichtungen des Landes (§ 2 Abs. 2 Satz 1 HG a.F.) unter der Fachaufsicht des Ministeriums (§ 107 Abs. 1 Satz 1 HG a.F.) wahrgenommen. Das als Art. 1 des HFG erlassene Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen vom 31. Oktober 2006 (Hochschulgesetz, im Folgenden: HG) kennt keine staatlichen Aufgaben mehr, sondern weist die bisher von den Hochschulen für das Land wahrgenommenen staatlichen Aufgaben den Hochschulen als Selbstverwaltungsangelegenheiten (§ 2 Abs. 2 Satz 1 HG) unter der Rechtsaufsicht des Ministeriums (§ 76 Abs. 1 HG) zu. Damit haben die Hochschulen, was erklärte Absicht des Gesetzgebers war, ihren Doppelcharakter als Körperschaften und zugleich staatliche Einrichtungen (vgl. § 2 Abs. 1 HG a.F., § 58 Abs. 1 Satz 1 HRG) verloren und sind als Körperschaften öffentlichen Rechts verselbständigt worden. Vgl. dazu den Gesetzentwurf der Landesregierung, LT-Drs. 14/2063, S. 1, 132, 135.

Ein Aufgabenübergang im Sinne des § 128 Abs. 4, 3. Alt. BRRG ist auch hinsichtlich der akademischen Angelegenheiten, d.h. der in Wissenschaft, Forschung und Lehre angesiedelten Kernaufgaben der Hochschulen zu bejahen. Zwar oblagen sie aus verfassungsrechtlichen Gründen (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG) schon vor Erlass des Hochschulfreiheitsgesetzes den Hochschulen als eigene Angelegenheiten (vgl. §§ 2 Abs. 2 Satz 1, 106 HG a.F.). Tatbestandsvoraussetzung des § 128 Abs. 4, 3. Alt. BRRG ist aber eine Aufgabenverlagerung zwischen Körperschaften im Sinne des § 133 BRRG. Nach dieser Bestimmung gelten als Körperschaft im Sinne der Vorschriften dieses Abschnitts alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts mit Dienstherrnfähigkeit. Diese Eigenschaft haben die Hochschulen erst mit dem HFG erworben (§ 2 Abs. 3 Satz 2 HG). Nach dem Begriffsverständnis des BRRG waren deshalb auch die von den Hochschulen alten Rechts wahrgenommenen akademischen Angelegenheiten solche des Landes als der – soweit hier von Interesse – einzigen mit Dienstherrnfähigkeit ausgestatteten Körperschaft. Erst mit Verleihung der Dienstherrnfähigkeit an die Beklagte (§ 121 Nr. 2 BRRG) sind dementsprechend diese Angelegenheiten zu ihren Aufgaben geworden.

Der Annahme eines tatbestandsmäßigen Übergangs von Aufgaben steht nicht entgegen, dass sowohl die bisherigen Selbstverwaltungsangelegenheiten als auch die vormals staatlichen Aufgaben, die die Hochschule schon bisher durch eine Einheitsverwaltung zu erfüllen hatte (§ 2 Abs. 2 Satz 2 HG a.F.), tatsächlich nicht bewegt

wurden, d.h. ein Ortswechsel der Wahrnehmungszuständigkeiten ausgeblieben ist. So auch Löwer, in: Behrends (Hrsg.): Göttingen Stiftungsuniversität?, 2003, S. 149 (151); a.A. dagegen: Behrends, in: Behrends (Hrsg.): Göttingen Stiftungsuniversität?, 2003, S. 11 (56ff.), Epping, ZBR 2008, 181 (184, 185), Koch, in: Behrends (Hrsg.), Göttingen Stiftungsuniversität?, 2003, S. 81 (92ff.), Lohkamp, NWVBl. 2007, 325 (327), und wohl auch Peters, ZBR 2007, 115 (120f., 123).

Das ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Der Wortlaut des § 128 Abs. 4, 3. Alt. BRRG fordert keine über einen rechtlichen Aufgabenübergang hinausgehende tatsächliche Aufgabenverlagerung. Vielmehr erfasst er auch Strukturveränderungen wie die hier maßgebliche Verselbständigung der Hochschulen, die eigene Personal-, Finanz- und Organisationskompetenzen sowie Dienstherrnfähigkeit erhalten haben, wodurch sich die rechtliche Zuordnung sämtlicher Hochschulaufgaben, insbesondere die organisations- und personalrechtliche Verantwortung für die Aufgabenerfüllung, verändert hat.

Bei systematischer Betrachtung ergeben sich keine Anhaltspunkte für eine einschränkende Auslegung des § 128 Abs. 4, 3. Alt. BRRG. Regelungsgegenstand des § 128 BRRG ist die Übernahme von Beamten bei der Umbildung von Körperschaften. Aus den geregelten Fallvarianten, die von einer vollständigen Eingliederung einer Körperschaft in eine andere (Abs. 1) bis hin zur Neubildung von Körperschaften durch Verschmelzung und Abspaltung (Abs. 4, 1. und 2. Alt.) reichen, kann nicht geschlossen werden, im Rahmen des 3. Anwendungsfalles des Absatzes 4 könne nur das räumliche Bewegen von Fachaufgaben zwischen Verwaltungsträgern eine beamtenrechtliche Überleitung der hiermit befassten Beamten zur Folge haben. Der Gesetzgeber mag Gebiets- und Funktionalreformen als Hauptanwendungsfälle im Blick gehabt haben, eine Beschränkung auf solche Umstrukturierungen lässt sich dem Gesetz aber nicht entnehmen. Die Vielzahl der geregelten Anwendungsfälle der Vorschrift verdeutlicht vielmehr, dass diese umfassend ermöglichen soll, Verwaltungsstrukturentscheidungen der Landes- und Bundesgesetzgeber beamtenrechtlich umzusetzen. Nach der Systematik der Norm ist lediglich erforderlich – und hier zu bejahen –, dass die Verlagerung abstrakter Zuständigkeiten nach der letzten geregelten Fallvariante in gleicher Weise wie eine in den Bestand einer Körperschaft selbst eingreifende Maßnahme einen Eingriff in die Rechtsstellung von Beamten durch erzwungenen Dienstherrnwechsel zu rechtfertigen vermag. Vgl. BVerwG, Urteil vom 2. April 1981 – 2 C 23.78 –, ZBR 1981, 311.

Ferner kann systematisch nicht mit Hilfe von § 121 Nr. 2 BRRG, wonach Körperschaften öffentlichen Rechts die Dienstherrnfähigkeit durch Gesetz verliehen werden kann, argumentiert werden, das BRRG erfasse Beamtenübergänge infolge der erstmaligen Verleihung von Dienstherrnfähigkeit an bereits bestehende Verwaltungsträger nicht. So aber Epping, ZBR 2008, 181 (186).

Diese allgemeine Bestimmung lässt schon aufgrund ihrer systematischen Stellung im 1. Abschnitt („Allgemeines“) des 2. Kapitels („Vorschriften, die einheitlich und unmittelbar gelten“) nicht den Schluss zu, der Gesetzgeber habe die damit im Zusammenhang stehende Übernahme von Beamten, deren Regelungsort Abschnitt III desselben Kapitels ist („Rechtsstellung der Beamten und Versorgungsempfänger bei der Umbildung von Körperschaften“), dem Landesgesetzgeber überlassen wollen. Insbesondere ergeben sich aus § 121 Nr. 2 BRRG keine Anhaltspunkte für eine einschrän-

kende Auslegung der Tatbestandsvoraussetzung des Aufgabenübergangs in § 128 Abs. 4, 3. Alt. BRRG. Im Übrigen handelt es sich im vorliegenden Fall nicht um einen sog. isolierten Dienstherrnwechsel, sondern um eine weitergehende Verselbständigung der Hochschulen, denen das Land neben den Kompetenzen und der Verantwortung für Finanz-, Personal- und Organisationsangelegenheiten auch die Dienstherrnfähigkeit übertragen hat. Vgl. insoweit auch die Gesetzesbegründung, Gesetzentwurf der Landesregierung, LT-Drs. 14/2063, S. 136: „Anlässlich ihrer Verselbständigung als Körperschaft erhalten die Hochschulen die Dienstherrnfähigkeit.“

Zudem entspricht es Sinn und Zweck des § 128 Abs. 4, 3. Alt. BRRG, dass bei solchen Verwaltungsstrukturentscheidungen und der damit verbundenen neuen Zuordnung von Fachaufgaben das Personal ebenfalls neu zugeordnet wird. Denn § 128 BRRG ist darauf ausgerichtet, bei einer Veränderung von Zuständigkeiten den Aufgaben das für ihre sachgerechte Erfüllung notwendige Personal folgen zu lassen. Bei der die Aufgaben abgebenden Körperschaft wird es nicht mehr benötigt, bei der nunmehr zuständigen Körperschaft entsteht ein entsprechender Personalbedarf. Dabei sollen die §§ 128 ff. BRRG die Freiheit des Staates zur Organisation öffentlicher Aufgaben nicht einschränken. Der Staat braucht organisatorische Beweglichkeit, um seine Aufgaben seiner Einschätzung gemäß optimiert erbringen zu können. Diesen organisatorischen Freiraum setzen die §§ 128 ff. BRRG voraus und regeln lediglich die beamtenrechtlichen Folgen, die bei der Umbildung von Körperschaften eintreten. Vgl. insoweit schon die Gesetzesbegründung BT-Drs. 2/1549, S. 62; ferner BVerwG, Urteil vom 23. Februar 1961 – II C 75.58 –, NJW 1961, 1323; OVG NRW, Beschluss vom 27. September 2007 – 6 B 714/07 –, www.nrwe.de; Löwer, in: Behrends (Hrsg.), aaO., S. 149 (151).

Es ist danach eine weite Auslegung des § 128 Abs. 4, 3. Alt. BRRG geboten, damit sich der Organisationswille des Landesgesetzgebers entfalten kann. Dies gilt mit Blick auf Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG hier umso mehr, als durch die staatliche Organisationsentscheidung die – auch durch Art. 16 Abs. 1 LV NRW garantierte – Selbstverwaltung der Hochschule gestärkt wird und ihre Staatsferne zunimmt.

Der weitere gesetzliche Zweck der §§ 128 ff. BRRG, die Beamten bei Körperchaftsumbildungen in Bund und Ländern gleichmäßig gegenüber den Nachteilen eines unfreiwilligen Dienstherrnwechsels zu schützen und ihre beamtenrechtliche Rechtsstellung so weit als möglich zu wahren, vgl. die amtliche Begründung BT-Drs. 2/1549, S. 62; BVerwG, Beschluss vom 3. März 1981 – 7 B 36.81 –, Buchholz 230 § 128 BRRG Nr. 3; BVerwG, Urteil vom 30. November 1978 – II C 6.75 –, BVerwGE 57, 98; VerfGH NRW, Urteile vom 23. März 2010 – VerfGH 19/08, 21/08, 28/08, 29/08 –, juris, steht der Subsumtion des streitgegenständlichen Sachverhaltes unter § 128 Abs. 4, 3. Alt. BRRG ebenfalls nicht entgegen. Im Gegenteil: Strukturentscheidungen der vorliegenden Art, die das dienstliche Aufgabenfeld und den Dienstort des Einzelnen nicht berühren, belasten, wenn überhaupt, den Beamten jedenfalls weit geringer als Gebiets- oder sonstige Verwaltungsstrukturereformen, die mit einem örtlichen Wechsel der Wahrnehmungszuständigkeiten verbunden sind.

Der danach zu behandelnde Aufgabenübergang im Sinne des § 128 Abs. 4, 3. Alt. BRRG betrifft auch das konkret-funktionelle Amt der Klägerin, das nunmehr der Beklagten zugeordnet ist, die die Verantwortung für Personal, Finanzen und Organisation der Hochschule trägt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts setzt die Übernahme eines Beamten auf der Grundlage des § 128 Abs. 4, 3. Alt. BRRG in Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes voraus, dass sein dienstlicher Aufgabenbereich, d.h. sein Amt im konkret-funktionellen Sinn, durch den Aufgabenübergang berührt wird. Das wird bejaht, wenn das Amt des Beamten derjenigen Aufgabe zugeordnet ist, die aus der Zuständigkeit der abgebenden Körperschaft in diejenige der aufnehmenden Körperschaft übergeht. Hierfür ist es nach der Rechtsprechung ausreichend, wenn ein Wechsel des Verantwortungszusammenhangs eintritt, in den der konkrete Aufgabenkreis des zu übernehmenden Beamten gestellt ist, ein Amt also in einen anderen organisationsrechtlichen Zusammenhang gestellt wird. Demgegenüber kommt es nicht darauf an, dass sich der konkrete Aufgabenbereich des Amtsinhabers und die an ihn gerichteten dienstlichen Anforderungen ändern. Vgl. BVerwG, Urteile vom 2. April 1981 – 2 C 35.78 –, BVerwGE 62, 129, und vom 26. November 2009 – 2 C 15.08 –, juris; Nds. OVG, Urteil vom 5. Dezember 2007 – 5 LB 343/07 –, ZBR 2008, 209; siehe dazu auch OVG NRW, Beschluss vom 27. September 2007 – 6 B 714/07 –, www.nrwe.de.

Der Übergang der Trägerschaft für eine Hochschule vom Land auf eine Stiftung etwa hat zur Folge, dass alle Aufgabenbereiche von Landesbeamten an der Hochschule nunmehr der Stiftung zugeordnet sind und berührt in diesem Sinne alle an der Hochschule eingerichteten Ämter im konkret-funktionellen Sinne. Vgl. BVerwG, Urteil vom 26. November 2009 – 2 C 15.08 –, juris; Nds. OVG, Urteil vom 5. Dezember 2007 – 5 LB 343/07 –, ZBR 2008, 209.

Zwar besteht in Nordrhein-Westfalen – anders als beim niedersächsischen Modell – gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 HG die Trägerschaft des Landes fort, das wie zuvor neben den Hochschulen sicherstellt, dass die Mitglieder der Hochschule bei der Erfüllung ihrer Aufgaben die durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG und das HG verbürgten Rechte wahrnehmen können (§ 4 Abs. 1 Satz 1 HG). Allerdings wird auch hier das konkret-funktionelle Amt der Klägerin durch die Verselbständigung der Hochschulen in einen anderen Zusammenhang hineingestellt. Aus der Übertragung eigener Personal-, Finanz- und Organisationskompetenzen und der damit verbundenen Verantwortlichkeiten ergibt sich eine geänderte Aufgabenzuordnung, die alle an der Hochschule eingerichteten Ämter betrifft. Dass das Land in Form von Zuschüssen, die in das Vermögen der Hochschule fallen, weiterhin die Mittel zur Durchführung der Aufgaben der Hochschulen bereitstellt (§§ 2 Abs. 3 Satz 3, 5 Abs. 2 und 3 HG), ist insoweit ebenso unerheblich wie seine fortbestehende Verantwortung für die Freiheit von Forschung und Lehre.

Ergibt sich danach eine Kompetenz für die Übernahme in den Hochschuldienst unmittelbar aus § 128 Abs. 4, 3. Alt. BRRG, bedarf es keiner weiteren Erörterung, ob § 128 BRRG Spielraum lässt für anderweitige landesgesetzliche Regelungen. Vgl. dazu (bejahend) VerfGH NRW, Urteile vom 23. März 2010 – VerfGH 19/08, 21/08, 28/08, 29/08 –, juris; siehe auch BVerwG, Urteil vom 27. Oktober 1970 – VI C 8.69 –, BVerwGE 36, 179; ablehnend OVG NRW, Urteil vom 30. April 2007 – 1 A 1939/06 –, juris.

Ebenfalls unentschieden bleiben kann damit die Frage, ob der insoweit von der Beklagten angeführte Art. 7 § 1 Abs. 1 Satz 1 HFG angesichts der gesetzgeberischen Vorstellung, diese Bestimmung habe nur klarstellende Bedeutung, die Übernahme

der Beamten erfolge nach den §§ 128 ff. BRRG, Gesetzentwurf der Landesregierung, LT-Drs. 14/2063, S. 179, überhaupt als Ermächtigungsgrundlage in Betracht käme. Dass diese Vorschrift im Ausgangsbescheid als Rechtsgrundlage genannt wird, ist unschädlich. Abgesehen davon, dass Klagegegenstand der Anfechtungsklage der ursprüngliche Verwaltungsakt in der Gestalt des Widerspruchsbescheides ist (vgl. § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO) und dieser hier § 128 Abs. 4, 3. Alt. BRRG benennt, führt die Stützung behördlichen Handelns auf eine unzutreffende Rechtsgrundlage jedenfalls bei einer gebundenen Entscheidung nicht zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes, solange sich – wie hier – anderweitig eine Ermächtigungsnorm ergibt.

Die Übernahme der Klägerin in ein Beamtenverhältnis mit der Beklagten verstößt auch nicht gegen höherrangiges Recht. Insbesondere ist sie mit Art. 33 Abs. 5 GG vereinbar. Ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums, der auch bei einer Umbildung von Körperschaften des öffentlichen Rechts einen Wechsel des Dienstherrn gegen den Willen des Beamten auf Lebenszeit ausschließt, besteht nicht. Vgl. BVerfG, Beschluss vom 26. November 1963 – 2 BvL 12/62 –, BVerfGE 17, 172 (187); BVerwG, Urteil vom 26. November 2009 – 2 C 15.08 –, juris.

Die Überleitungsverfügung verletzt auch nicht, wie die Klägerin meint, deshalb hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums im Sinne von Art. 33 Abs. 5 GG, weil ihre amtsangemessene Beschäftigung nicht hinreichend gesichert wäre. Art. 33 Abs. 5 GG schützt den Beamten weder vor einem Wechsel des Dienstherrn noch fordert er eine Gleichwertigkeit von altem und neuem Dienstherrn, etwa hinsichtlich der Größe, des Organisationsmodells oder der wirtschaftlichen Stärke. Überdies dürfen die der staatlichen Gestaltungsfreiheit obliegenden Organisationsveränderungen mit dem Ziel, die Aufgabenwahrnehmung zu verbessern, nicht deshalb dauerhaft unmöglich werden, weil die Überleitung der betroffenen Beamten kaum zu überwindende Schwierigkeiten bereitet. Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 27. September 2007 – 6 B 714/07 –, www.nrwe.de.

Darüber hinaus war im Zeitpunkt der Übernahme der Klägerin eine amtsangemessene Beschäftigung gewährleistet. Durch das bloße Risiko der Schließung von Fachbereichen oder der Auflösung der Hochschule etwa infolge von Zahlungsunfähigkeit, für dessen Realisierung jegliche Anhaltspunkte fehlen, wird die Rechtmäßigkeit der Übernahme in den Hochschuldienst nicht in Frage gestellt. Denn insoweit begründet nicht schon die Überleitung eine Rechtsverletzung, sondern allenfalls die Einstellung des Studienganges oder Betriebes ohne anderweitige Gewährleistung einer amtsangemessenen Beschäftigung.

Die Rechtswidrigkeit der Übernahmeverfügung lässt sich auch nicht mit einer fehlenden demokratischen Legitimation des Hochschulrates als oberster Dienstbehörde im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 LBG NRW a.F. begründen. Ob die gesetzlichen Regelungen insoweit dem Demokratieprinzip genügen, bedarf keiner Entscheidung. Eine etwaige Verfassungswidrigkeit führt jedenfalls nicht zur Rechtswidrigkeit der Übernahme von vormaligen Landesbeamten in den Hochschuldienst. Die Rechtmäßigkeit der beamtenrechtlichen Überleitung erfordert nicht, dass das Organisationsmodell des neuen Dienstherrn einschließlich der Zusammensetzung und Bildung seiner Organe sowie der obersten Dienstbehörde in allen Einzelheiten geltendem Recht entspricht. Denn durch derartige Rechtsverstöße wird nicht zwingend die Rechtsstellung des Beamten berührt. Die in § 128 BRRG nicht angelegte

Sichtweise der Klägerin führte dazu, dass im Rahmen der Prüfung der Überleitung eine unübersehbare Zahl möglicher Rechtsverstöße zur Überprüfung gestellt werden könnte, ohne dass eine Rechtsverletzung des betreffenden Beamten im Hinblick auf sie auch nur als möglich erscheinen müsste.

Die Übernahmeverfügung verstößt ferner nicht gegen Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG. Die Überleitung in den Hochschuldienst selbst greift nicht in die Wissenschaftsfreiheit ein. Es ist weder geltend gemacht noch anderweitig erkennbar, dass und wie die Klägerin persönlich durch den Dienstherrenwechsel konkret in ihrer freien wissenschaftlichen Betätigung eingeschränkt wäre. Die von der Klägerin angeführten verfassungsrechtlichen Defizite der neuen nordrhein-westfälischen Organisationsstruktur der Hochschulen, insbesondere etwaige strukturelle Gefährdungen der Wissenschaftsfreiheit durch die personelle Zusammensetzung und die Befugnisse des Hochschulrates, wirken sich ohne unmittelbare (und hier nicht ersichtliche) Beeinträchtigung ihrer Rechte aber nicht auf die Rechtmäßigkeit der Übernahmeverfügung aus. Die Klägerin stützt ihre Auffassung, im vorliegenden Verfahren sei eine umfassende Auseinandersetzung mit der Verfassungsmäßigkeit des nordrhein-westfälischen Hochschulmodells geboten, zu Unrecht auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. November 2009 (2 C 15/08) zur Stiftungsuniversität H. . Die verfassungsrechtliche Prüfung des niedersächsischen Stiftungsmodells am Maßstab des Art. 5 Abs. 3 GG in dieser Entscheidung ist vor dem Hintergrund des dortigen Trägerwechsels vom Land zu einer neu errichteten Stiftung und der Beendigung der unmittelbaren Rechtsbeziehungen zwischen Land und Hochschule zu sehen, woran es in Nordrhein-Westfalen gerade fehlt. Im Übrigen führte hier eine Verfassungswidrigkeit der hochschulrechtlichen Normen über den Hochschulrat und das Präsidium aus den zutreffenden Gründen des angefochtenen Urteils nicht zu einer Verfassungswidrigkeit der Bestimmungen über den nunmehr eindeutigen Körperschaftsstatus und die Dienstherrnfähigkeit der Hochschulen (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 2 HG).

Die Übernahme der Klägerin in ein Beamtenverhältnis mit der Beklagten schließlich verhältnismäßig. Wird – wie hier – das konkret-funktionelle Amt des Beamten von der Aufgabenverlagerung berührt, ist die Übernahme wegen des Aufgabenübergangs regelmäßig unumgänglich und genügt damit grundsätzlich dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. Vgl. BVerwG, Urteil vom 26. November 2009 – 2 C 15.08 –, juris.

Die Klägerin benennt auch keine Gesichtspunkte, die ausnahmsweise im vorliegenden Einzelfall einen Verstoß gegen das Übermaßverbot begründen könnten. Solche sind für den Senat auch nicht ersichtlich. Mit ihrem Einwand, die Personalüberleitungen seien nicht erforderlich, es gebe dafür keine überzeugenden Gründe, greift die Klägerin die Zweckmäßigkeit der Organisationsentscheidung selbst an, hinsichtlich derer aber ein weiter Gestaltungsspielraum des Landes besteht.

Die Klage hat auch mit dem Hilfsantrag keinen Erfolg. Sie ist unzulässig. Die Klageänderungen in 1. und 2. Instanz genügen nicht den Anforderungen des § 91 Abs. 1 VwGO. Danach ist eine Änderung der Klage zulässig, wenn die übrigen Beteiligten einwilligen oder das Gericht die Änderung für sachdienlich hält. Die Beklagte hat der Erweiterung der Klage um ein neues Begehren in der mündlichen Verhandlung des Verwaltungsgerichts ausdrücklich widersprochen und sich auf die im Beru-

fungsverfahren erneut erweiterte Klage jedenfalls nicht eingelassen (vgl. § 91 Abs. 2 VwGO). Die Klageänderungen sind auch nicht sachdienlich, weil dadurch der Prozessstoff wesentlich erweitert wird. Mit dem Hilfsantrag werden weit über die mit dem Hauptantrag angegriffene Übernahmeverfügung hinausgehende Fragen aufgeworfen, die einer vertieften verfassungsrechtlichen Prüfung bedürften. Unabhängig davon sind die im Berufungsverfahren gestellten Hilfsanträge wegen der Subsidiarität der Feststellungsklage unzulässig. Gem. § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO kann die Feststellung nicht begehrt werden, soweit der Kläger seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann. Im Falle der Ausübung der beamtenrechtlichen Befugnisse durch den Hochschulrat oder den Präsidenten, die Gegenstand des Feststellungsantrages sind, kann die Klägerin die entsprechenden Maßnahmen unmittelbar angreifen.

[...]

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 VwGO und des § 127 BRRG nicht erfüllt sind.

[...]

Mitgeteilt von RA Erik Günther, Oldenburg.

2. Verwaltungsgerichtshof Mannheim, Beschluss vom 3. August 2010 – 9 S 2315/09

Ordnungsgemäße Einberufung einer Sitzung eines Hochschulsenats

Leitsatz

Die Öffentlichkeit der Sitzung eines Hochschulsenats setzt die rechtzeitige und „ortsübliche“ Bekanntgabe der Sitzung voraus. Dieser Verfahrensschritt muss nachvollziehbar dokumentiert werden. Wird dies unterlassen, führt die Obliegenheitsverletzung dazu, dass die Hochschule die Beweislast für die Einhaltung des ordnungsgemäßen Verfahrens zu tragen hat.

Aus dem Tatbestand

Der Antragsteller wendet sich gegen eine Änderung der Grundordnung der Universität Konstanz, durch die die Mitgliedschaft in den beratenden Ausschüssen nicht mehr durch Wahlen, sondern aufgrund einer Bestellung durch den Senat auf Vorschlag des Rektors erfolgt.

[...]

Gegen diese Neuregelung der Mitgliederauswahl hat der Antragsteller am 23.10.2009 Normenkontrollantrag gestellt. Zur Begründung trägt er im Wesentlichen vor, die Neufassung des Auswahlmodus führe faktisch zu einem unüberwindbaren Bestimmungsrecht des Rektors und entwerte damit die Mitwirkungsrechte aus § 9 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes über die Hochschulen in Baden-Württemberg vom 01.01.2005 (GBl. S. 1; zuletzt geändert durch Gesetz vom 17.12.2009, GBl. S. 809 – LHG –). Kritische Universitätsmitglieder, deren Mitwirkung in den Ausschüssen dem Rektor nicht genehm sei – wie dies im Falle des Antragstellers angesichts der be-

stehenden Auseinandersetzungen zwischen ihm und dem Rektor angenommen werden müsse –, seien damit faktisch von der Mitwirkung in den Gremien ausgeschlossen. Ein derartiges Bestimmungsrecht des Rektors sei mit geltendem Recht jedoch nicht vereinbar. Nach § 19 Abs. 1 Satz 3 LHG handle es sich bei den beratenden Ausschüssen vielmehr um solche des Senats. Eine (faktische) Mitgliederauswahl durch den Rektor sei daher unzulässig. Dies gelte umso mehr, als es ständiger Praxis der Antragsgegnerin entspreche, in den beratenden Ausschüssen abgelehnte Anträge im Senat nicht mehr zur Abstimmung zu stellen, sodass den Gremien jedenfalls faktisch eine Beschlusskompetenz zufalle.

Überdies leide die Änderungssatzung auch an formellen Mängeln. So seien weder die öffentliche Anhörung vom 07.05.2008 noch die Senatssitzungen vom 13.02.2008 und vom 11.06.2008 ordnungsgemäß bekannt gemacht worden. Dies folge bereits daraus, dass ein Hinweis auf die Sitzungen nicht im Schaukasten „Amtliche Bekanntmachungen“ ausgehängt worden sei, auf den Universitätsmitglieder hinsichtlich wichtiger Angelegenheiten vertrauen dürften. Die bloße Einstellung auf der Homepage der Universität dagegen sei für die erforderliche ortsübliche Bekanntmachung nicht ausreichend. Auch das am Tag der öffentlichen Anhörung versandte Rundmail erfülle die an eine ordnungsgemäße Bekanntmachung zu stellenden Anforderungen nicht. Einerseits sei der Hinweis am selben Tag zu kurzfristig, andererseits sei diese Nachricht auch nicht an Mitarbeiter und Studenten versandt worden. Im Übrigen sei die öffentliche Anhörung dadurch zur Formalie entwertet worden, dass alle wesentlichen Fragen bereits vorab in einer – nicht öffentlichen – Arbeitsgruppe festgezurrt worden seien. Schließlich sei die maßgebliche Beschlussfassung in der Sitzung vom 11.06.2008 unter Verstoß gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz erfolgt. Weder die Ladung noch das Protokoll enthielten einen Hinweis auf die Öffentlichkeit der Sitzung. Entgegen der von der Antragsgegnerin vorgetragene Auffassung könne es sich insoweit auch nicht um ein Redaktionsversehen handeln. Es fehle nicht nur die Feststellung der Öffentlichkeit der Sitzung, vielmehr sei weder die sonst übliche Begrüßung der Öffentlichkeit noch deren Verabschiedung festgehalten. Aus dem Vermerk vom 18.06.2008 ergebe sich nichts anderes. Naheliegend sei vielmehr, dass die Antragsgegnerin unzutreffend davon ausgegangen sei, dass dem Erfordernis der Öffentlichkeit der Sitzung bereits dadurch Genüge getan werden könne, dass die Türen nicht verschlossen wurden. Im Übrigen spreche viel dafür, dass der Vermerk nachträglich erstellt und rückdatiert worden sei.

[...]

Aus den Gründen

Die zulässige Normenkontrolle (I.) hat in der Sache Erfolg (II.). Das ordnungsgemäße Zustandekommen der angegriffenen Bestimmungen der Ersten Satzung zur Änderung der Grundordnung der Universität Konstanz kann nicht festgestellt werden (II.1.), auch wenn die Regelungen materiell nicht zu beanstanden sein dürften (II.2.).

I.

Der Normenkontrollantrag ist zulässig.

Die Grundordnung der Antragsgegnerin (vgl. § 47 Abs. 2 Satz 2 VwGO) ist als „andere im Rang unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschrift“ nach § 47

Abs. 1 Nr. 2 VwGO i.V.m. § 4 AGVwGO statthafter Gegenstand eines verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens. Die Antragsfrist des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO ist gewahrt, weil der Normenkontrollantrag am 23.10.2009 und damit innerhalb eines Jahres nach der am 27.10.2008 durch Aushang erfolgten Bekanntmachung der Änderungssatzung gestellt wurde. Der Antragsteller kann auch geltend machen, durch die angegriffenen Rechtsvorschriften in absehbarer Zeit in seinen Rechten verletzt zu werden, weil die von ihm angestrebte Mitgliedschaft in einem der Ausschüsse künftig einen Vorschlag des Rektors voraussetzt und das ihm in § 9 Abs. 2 Satz 1 LHG gewährleistete Mitwirkungsrecht damit erschwert werden kann.

Auch das Rechtsschutzbedürfnis ist gegeben. Zwar gilt der vom Antragsteller gerügte Bestellungsmodus für die Mitglieder der Ausschüsse für Forschungsfragen, für Lehre und Weiterbildung sowie für Kommunikation und Information auch unabhängig von der Wirksamkeit der mit dem Normenkontrollantrag angegriffenen Bestimmungen der Universitäts-Grundordnung. Denn das Auswahlverfahren ist weitgehend wortgleich in den jeweiligen Geschäftsordnungen der Ausschüsse vom 21.02.2001 geregelt. In § 2 Abs. 1 der Geschäftsordnung des Ausschusses für Kommunikation und Information der Universität Konstanz etwa ist bestimmt:

Die Mitglieder und Stellvertreter nach § 11 Abs. 2 Zi. 2 der Grundordnung werden auf Vorschlag des Rektors vom Senat bestellt. Der Vorschlag des Rektors für die Mitglieder gemäß § 11 Abs. 2 Zi. 2 a) und b) der Grundordnung wird im Benehmen mit den Fachbereichssprechern und für die Mitglieder gemäß § 11 Abs. 2 Zi. 2 c) im Benehmen mit dem AStA erfolgen. Wiederbestellungen als Ausschussmitglied sind zulässig.

Hinsichtlich der unmittelbar geltenden Rechtslage vermag der Normenkontrollantrag daher selbst im Erfolgsfalle die vom Antragsteller erstrebte Wirkung nicht zu erzielen. Dementsprechend ist auch in der Entwurfsbegründung vom 21.01.2008 ausgeführt, die Neuregelung folge „den Geschäftsordnungen der Ausschüsse und der bisherigen Praxis“ (Bl. 18 der Verfahrensakte). Diese Geschäftsordnungen aber sind – unbeschadet einer etwaigen Rechtswidrigkeit – einer gerichtlichen Normenkontrolle entzogen, weil die Antragsfrist des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO hierfür längst verstrichen ist. Die Regelungen hätten einem Beanstandungsverfahren nach § 47 VwGO auch unterzogen werden können, weil Geschäftsordnungen jedenfalls insoweit im Anwendungsbereich der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle liegen, als sie abstrakt-generelle Konkretisierungen der mitgliedschaftlichen Rechte in der Art einer Rechtsnorm enthalten (vgl. BVerwG, Beschluss vom 15.09.1987 – 7 N 1/87 –, NVwZ 1988, 1119; VGH Bad.-Württ., Urteil vom 24.06.2002 – 1 S 896/00 –, VBIBW 2003, 119). Die hier maßgeblichen Bestimmungen zum Bestellungsmodus künftiger Mitglieder wären daher selbst dann statthafter Antragsgegenstand einer Normenkontrolle gewesen, wenn man sie als Innenrechtssätze qualifizieren würde.

Allerdings erscheint nicht ausgeschlossen, dass sich die Rechtsstellung des Antragstellers im Falle der begehrten Unwirksamkeitserklärung gleichwohl verbessern kann. Denn unbeschadet der fehlenden Möglichkeit einer prinzipialen Normenkontrolle kann die entsprechende Geschäftsordnung in einem vom Antragsteller betriebenen Verwaltungsstreitverfahren inzident einer Überprüfung unterzogen und die hierauf basierende Bestellung des Ausschussmitgliedes beanstandet werden. Die für das Normenkontrollverfahren geltende Ausschlussfrist ist insoweit nicht anwendbar

(vgl. BVerwG, Beschluss vom 10.10.2006 – 4 BN 29/06 –, ZfBR 2007, 149). Insoweit erscheint nicht fernliegend, dass der Rechtscharakter des Regelungssystems, in dem der Bestellungsmodus angeordnet wird, von Bedeutung ist. Denn falls die Geschäftsordnungsautonomie für Regelungen, die die Auswahl und Bestellung der (künftigen) Mitglieder zum Gegenstand haben, nicht ausreicht, oder sonstige Unwirksamkeitsgründe hinsichtlich der Geschäftsordnung vorliegen würden, wäre die Unwirksamkeit der Grundordnung für den Erfolg eines etwaigen Rechtsmittels des Antragstellers ausschlaggebend.

Trotz der in den Geschäftsordnungen der betroffenen Ausschüsse bestehenden Regelungen zum Bestellungsmodus der Mitglieder ist das Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers für das Begehren, die entsprechenden Regelungen in der novellierten Grundordnung für unwirksam erklären zu lassen, daher gegeben.

II.

Der Normenkontrollantrag ist auch begründet, weil Zweifel am ordnungsgemäßen Zustandekommen der Vorschriften nicht ausgeräumt werden können (1.). Inhaltlich sind die angegriffenen Regelungen der Grundordnung dagegen nicht zu beanstanden (2.).

1. Formelle Fehler der Satzung können – angesichts der fehlenden Dokumentierung wesentlicher Verfahrensschritte in der Behördenakte – nicht ausgeschlossen werden.

a) Allerdings war der Senat der Antragsgegnerin gemäß § 19 Abs. 1 Satz 2 Nr. 12 LHG für die Beschlussfassung über die Grundordnung und ihre Änderungen zuständig und hat auch mit dem in § 20 Abs. 2 der Grundordnung vorgesehenen Quorum entschieden. Der Aufsichtsrat wurde entsprechend der Vorgabe aus § 20 Abs. 1 Satz 3 Nr. 13 LHG beteiligt und gab in der Sitzung vom 10.06.2008 eine befürwortende Stellungnahme ab. Die darüber hinaus gemäß § 8 Abs. 4 Satz 2 LHG erforderliche Zustimmung des Wissenschaftsministeriums ist mit Schreiben vom 15.10.2008 erteilt worden.

b) Die Beschlussfassung über die Änderung der Grundordnung leidet aber möglicherweise an Verfahrensfehlern; insbesondere kann nicht festgestellt werden, dass die maßgebliche Senatssitzung vom 11.06.2008 ordnungsgemäß einberufen und dem Öffentlichkeitsgrundsatz damit Rechnung getragen wurde.

aa) Zutreffend hat der Antragsteller zunächst darauf hingewiesen, dass ein in nicht ordnungsgemäß einberufener Sitzung gefasster Beschluss wegen des vorausgegangenen Einberufungsmangels rechtswidrig ist. Die fehlerhafte Einberufung schlägt auf die Rechtmäßigkeit des in der Sitzung gefassten Beschlusses durch (vgl. VGH Bad.-Württ., Urteil vom 24.06.2002 – 1 S 896/00 –, VBIBW 2003, 119 m.w.N.). Maßgeblich ist jedoch grundsätzlich nur die abschließende Sitzung. Verfahrensfehler im Vorfeld des eigentlichen Satzungsbeschlusses dagegen führen regelmäßig nicht zur Rechtswidrigkeit des in einer nachfolgenden Sitzung gefassten Beschlusses (vgl. VGH Bad.-Württ., Urteil vom 03.12.1999 – 3 S 2702/98 –). Die vorgetragenen formellen Mängel der vorbereitenden Sitzungen entfalten deshalb keine „Fortwirkung“. Anhaltspunkte dafür, dass ein untrennbarer Zusammenhang der Sitzungen bestanden haben könnte, sind nicht ersichtlich.

Bei der Beschlussfassung über die Änderung der Grundordnung hat der Senat der Antragsgegnerin gemäß § 10 Abs. 4 Satz 1 i.V.m. § 19 Abs. 1 Satz 2 Nr. 12 LHG auch

öffentlich zu tagen. Die Sitzungsöffentlichkeit stellt sicher, dass die betroffenen Körperschaftsmitglieder Einblick in die Tätigkeit des Vertretungsorgans und ihrer einzelnen Mitglieder erhalten und sich dadurch eine auf eigener Kenntnis und Beurteilung beruhende Grundlage für eine sachgerechte Kritik verschaffen können (vgl. dazu auch BVerfG, Urteil vom 04.07.2007 – 2 BvE 1/06 u.a. –, BVerfGE 118, 277 [353]; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 1990, Rn. 152). Zugleich unterzieht der Öffentlichkeitsgrundsatz die Organtätigkeit der allgemeinen Kontrolle und trägt so dazu bei, der Einwirkung persönlicher Beziehungen, Einflüsse und Interessen sowie dem Anschein vorzubeugen, dass „hinter verschlossenen Türen“ unsachliche Motive für die Entscheidung maßgebend gewesen sein könnten. Mit dem Zweck, eine gesetzmäßige und sachgerechte Arbeit zu ermöglichen und Missdeutungen der Willensbildung und Beschlussfassung zu vermeiden, dient der Grundsatz der Sitzungsöffentlichkeit damit dem öffentlichen Interesse an demokratischer Legitimation und mitgliederschaftlicher Begleitung und Kontrolle (vgl. VGH Bad.-Württ., Urteil vom 24.02.1992 – 1 S 2242/91 –, VBIBW 1992, 375 für die kommunale Selbstverwaltung). Das Bundesverfassungsgericht hat insoweit sogar von einem „allgemeinen Öffentlichkeitsprinzip der Demokratie“ gesprochen (BVerfG, Urteil vom 14.01.1986 – 2 BvE 14/83 u.a. –, BVerfGE 70, 324 [358]). Gerade die Verabschiedung der Grundordnung, die als „Hochschulverfassung“ die grundlegenden Organisations- und Verfahrensfragen regelt, bedarf daher einer öffentlichen Verhandlung.

bb) Inhalt des Öffentlichkeitsgrundsatzes ist indes nicht nur, dass die Sitzung selbst öffentlich abgehalten, es also grundsätzlich allen Interessierten nach einheitlichen Grundsätzen ermöglicht wird, den Sitzungsraum zu betreten und dem Sitzungsablauf zu folgen. Denn wenn die Betroffenen keine Kenntnis von der Sitzung erhalten, läuft der Schutzzweck auch dann leer, wenn nachfolgend die Sitzung selbst frei zugänglich abgehalten wird. Der Grundsatz der Öffentlichkeit beinhaltet daher auch, dass die Sitzung rechtzeitig bekannt gemacht wird (vgl. auch Gern, Kommunalrecht Baden-Württemberg, 9. Aufl. 2005, Rn. 253). Sofern hierfür normative Vorgaben fehlen, sind für die Bekanntgabe die in der Körperschaft „ortsüblichen“, also herkömmlicherweise verwendeten Publikationswege zu benutzen. Nur so kann die Funktion der Bekanntgabe sichergestellt werden, dass die Betroffenen in zumutbarer Weise Kenntnis von der Mitteilung erlangen können (vgl. VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 11.02.1972 – II 51/72 –, BWVBl 1972, 61).

Aus rechtstaatlichen Gründen ist überdies erforderlich, dass der Interessierte weiß, wo er sich über alle wesentlichen Bekanntmachungen informieren kann (vgl. auch Kunze/Bronner/Katz, Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, Stand: Juli 2008, § 4 Rn. 25). Er muss sich darauf verlassen können, dass die Veröffentlichungen durchgängig in derselben Weise vorgenommen werden. Nur so wird der Interessierte in die Lage versetzt, rechtzeitig Kenntnis von öffentlichen Bekanntgaben zu erhalten. Eine Bekanntmachungspraxis, die alternativ unterschiedliche Verkündungsarten wählt, wird diesen Anforderungen nicht gerecht. Sie gibt selbst demjenigen kein lückenloses Bild vom Inhalt der Bekanntmachungen, der ein Forum im Auge behält. Es kann den Betroffenen aber nicht zugemutet werden, laufend zwei oder mehrere Verkündungsorgane zu überwachen (vgl. zur st.Rspr. bereits VGH Bad.-Württ., Urteil vom 11.12.1967 – II 128/65 –, ESVGH 19, 25 sowie Beschluss vom 11.02.1972 – II 51/72 –, BWVBl 1972, 61; hierzu auch Dolde, NJW 1975, 21 [25]).

cc) Spezielle Regelungen über die Gestaltung der öffentlichen Bekanntgabe einer Senatssitzung der Antragsgegnerin sind nicht ersichtlich. Die Verfahrensordnung der Universität Konstanz in der Fassung vom 22.09.2006 enthält keine diesbezüglichen Anordnungen und die Satzung über Amtliche Bekanntmachungen der Universität Konstanz in der Fassung vom 22.07.2002 betrifft nur Satzungen (§ 2) sowie Verwaltungsvorschriften, Richtlinien und Allgemeinverfügungen (§ 6). Allerdings liegt nahe, die dort in § 3 getroffene Anordnung des Aushangs an der Anschlagtafel „Öffentliche Bekanntmachungen“ als einzige Rechtsvorgabe auch auf andere Bekanntgaben zu erstrecken. Auch die Antragsgegnerin selbst hat vorgetragen, dass heute entsprechend verfahren werde.

Jedenfalls ist kein anderes, von der Antragsgegnerin üblicherweise verwendetes Publikationsmedium erkennbar. Vielmehr hat der Vertreter der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung eingeräumt, die Entscheidung darüber, ob entsprechende Bekanntgaben im Internet, im Intranet oder durch Mailinglisten zu erfolgen hätten, sei „systematisch“ und „auf Zuruf“ erfolgt. Eine etablierte Praxis, nach der universitätsinterne Angelegenheiten stets durch Einstellung ins Intranet bekannt gemacht würden, kann demnach nicht festgestellt werden. Dem entspricht, dass zwar die öffentliche Anhörung vom 07.05.2008, nicht aber die Senatssitzung vom 11.06.2008 auf der Homepage angekündigt war. Nachdem die Antragsgegnerin unstreitig eine Schautafel „Amtliche Bekanntmachungen“ unterhält und für die Veröffentlichung wesentlicher Verlautbarungen – wie etwa Satzungen, Richtlinien oder Verwaltungsvorschriften – auch verwendet, kann nur diese Publikationsform als ortsüblich bewertet werden. Hiermit stimmt überein, dass auch die Antragsgegnerin selbst vorgetragen hat, die Senatssitzungen vom 13.02.2008 und vom 11.06.2008 seien durch Aushang an der Schautafel bekannt gemacht worden.

Damit muss die Antragsgegnerin eine fehlende Bekanntgabe in diesem, von ihr selbst als amtlich ausgewiesenen Bekanntmachungsorgan auch gegen sich gelten lassen. Das von ihr begründete Vertrauen beinhaltet auch den Schutz der negativen Publizität; Universitätsmitglieder dürfen sich also – mit anderen Worten – auch auf das Schweigen dieses Bekanntmachungsorgans verlassen. Auf die Frage, ob die fragliche Senatssitzung vom 11.06.2008 in sonstiger Weise bekannt gegeben war, kommt es deshalb nicht an.

dd) Ob die das Rechtsetzungsverfahren abschließende Sitzung des Senats vom 11.06.2008 in dem hierfür maßgeblichen Schaukasten bekannt gegeben worden ist – und ggf. mit welchem Wortlaut und wie lange –, kann zum heutigen Zeitpunkt aber nicht mehr festgestellt werden. Entgegen der nach Angaben der Antragsgegnerin heute üblichen Praxis ist zum damaligen Zeitpunkt weder das Datum des Aushangs noch dessen Beendigung vermerkt und archiviert worden. Sowohl der Antragsteller als auch die Antragsgegnerin sind daher nicht in der Lage, für ihre sich widersprechenden Angaben substantiierte Anhaltspunkte, Belege oder auch nur Zeugen zu benennen. Eine Beweisaufnahme für das über zwei Jahre zurückliegende Geschehen könnte damit nicht mehr als schlichte Behauptungen ergeben. Konkretisierte Anknüpfungspunkte in tatsächlicher Hinsicht, mit denen eine Entscheidungsgewissheit begründet werden könnte, sind nicht ersichtlich.

Allerdings sind Zweifel an der von der Antragsgegnerin abgegebenen Darstellung nicht von der Hand zu weisen, denn der von ihr geschilderte Geschehensablauf weist

eine Reihe von Ungereimtheiten auf. Dies folgt zunächst schon daraus, dass die in den Akten befindliche Einladung der Senatsmitglieder vom 02.06.2008 zwar eine nachrichtliche Übermittlung an die Fachbereiche, Sektionen und Zentralen Einrichtungen enthält, ein Hinweis auf eine Öffentlichkeitsbeteiligung indes nicht ersichtlich ist. Dementsprechend sind auch dem vom Antragsteller vorgelegten Internet-Auszug vom 11.06.2008 zwar verschiedene Hochschulveranstaltungen zu entnehmen, nicht aber die streitige Sitzung des Senats. Auch das Sitzungsprotokoll Nr. 7/2008 selbst weist eine öffentliche Sitzung nicht aus; sie kann auch dem Inhalt des Protokolls nicht entnommen werden. Allein der nachträglich erstellte Vermerk vom 18.06.2008 gibt an, dass die Öffentlichkeit „nicht ausgeschlossen war“. Woraus sich die tatsächliche Öffentlichkeit der Senatssitzung vom 11.06.2008 ergab und in welcher Weise diese sichergestellt wurde, ist indes auch dem Vermerk des Protokollführers nicht zu entnehmen.

c) Die Nichtaufklärbarkeit des ordnungsgemäßen Zustandekommens geht hier zu Lasten der Antragsgegnerin. Denn diese hat es unterlassen, eine Dokumentation der behaupteten Bekanntgabe zu den Akten zu nehmen.

Anders als im Falle der Bekanntmachung des Satzungsbeschlusses kann den vorgelegten Verfahrensakten nicht entnommen werden, ob – und ggf. mit welchem Text und wie lange – ein Aushang im Schaukasten erfolgte. Dies wäre der Antragsgegnerin durch ein Abheften des Aushangs mit einem Vermerk der Zeitdauer leicht möglich gewesen. Ohne eine entsprechende Dokumentation ist die spätere Beweisführung indes – wie der vorliegende Fall zeigt – kaum möglich (vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 09.07.2007 – 2 BvR 206/07 –, NVwZ 2007, 1178, zum Erfordernis der Aktenkundigkeit, um nachträgliche Darlegungen nicht unzumutbar zu erschweren, sowie VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 16.07.1970 – III 316/70 –, BWVBl 1971, 109, zur bei Bekanntmachungen erforderlichen Missbrauchskontrolle). Dementsprechend enthält auch die Verwaltungsvorschrift betreffend Amtliche Bekanntmachungen der Universität Konstanz vom 10.12.2001 in Nr. 5 die Verpflichtung, den ausgehängten Text mit entsprechenden Aushangvermerken zu archivieren, „da ansonsten ein Nachweis über den Aushang nicht geführt werden kann“.

Die Unaufklärbarkeit wurzelt somit maßgeblich in dem Unterlassen einer ordnungsgemäßen Aktenführung. Es entspricht daher den Grundsätzen der an Rechtssphären orientierten Beweisverteilung, Behörden im Falle einer Verletzung der ihnen obliegenden Verpflichtung, die Einhaltung wesentlicher Verfahrensschritte in der Verfahrensakte zu dokumentieren, die Beweislast für das ordnungsgemäße Verfahren zu überbürden. Möglichkeiten für einen positiven Gegenbeweis kommen betroffenen Antragstellern regelmäßig nicht zu.

Bei Berücksichtigung dieser Maßstäbe kann vorliegend nicht von einer ordnungsgemäßen, der Anstoßfunktion für die betroffene Öffentlichkeit genügenden Einberufung der Senatssitzung vom 11.06.2008 ausgegangen werden.

d) Da mit der Bekanntmachung die Effektivität des Öffentlichkeitsgrundsatzes gewährleistet werden soll, kann der Mangel auch nicht durch den in einer Abstimmung liegenden konkludenten Verzicht (vgl. zuletzt VGH Bad.-Württ., Urteil vom 09.02.2010 – 3 S 3064/07 –) oder das sonstige Verhalten der Organmitglieder geheilt werden. Denn das Öffentlichkeitsprinzip dient dem Schutz der Öffentlichkeit und damit dem Interesse der Allgemeinheit (vgl. VGH Bad.-Württ., Urteil vom

24.02.1992 – 1 S 2242/91 –, VBIBW 1992, 375). Der hier wegen der fehlenden Dokumentation nicht auszuschließende Fehler in der ortsüblichen Bekanntgabe der Senatssitzung vom 11.06.2008 ist daher beachtlich.

2. Materielle Bedenken gegen die angegriffenen Bestimmungen bestehen dagegen nicht.

Rechtsgrundlage für die in Art. 1 Nr. 7 und Nr. 8 der Ersten Satzung zur Änderung der Grundordnung der Universität Konstanz vom 24.10.2008 enthaltenen Regelungen sind §§ 8 Abs. 4 Satz 1, 9 Abs. 4 Satz 3 LHG, wonach die von der Hochschule erlassene Grundordnung auch die Rechte und Pflichten der Angehörigen regelt, an der Selbstverwaltung und der Erfüllung der Aufgaben der Hochschule mitzuwirken. Als „Hochschulverfassung“ kommt der Grundordnung insbesondere die Aufgabe zu, Organe und Gliederungen der Hochschule zu konstituieren (vgl. Eiselstein, in: Haug (Hrsg.), Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2009, S. 36; Bay. VerfGH, Entscheidung vom 07.05.2008 – Vf. 19–VII–06 –, NVwZ 2009, 177). Die Grundordnung hat daher auch die Aufgabe, Zusammensetzung und Bestellung der Organmitglieder festzuschreiben.

Dies folgt im Übrigen schon daraus, dass eine entsprechende Regelung durch die jeweilige Geschäftsordnung ausscheidet. Geschäftsordnungen sind Binnenrechtssätze zur Regelung der inneren Organisation des jeweiligen Organs und seiner Verfahrensabläufe (vgl. VGH Bad.-Württ., Urteil vom 24.06.2002 – 1 S 896/00 –, VBIBW 2003, 119). Regelungen über den Bestellungsmodus künftiger Mitglieder – wie die hier in Rede stehenden Vorschriften der Grundordnung – betreffen aber nicht die Binnenorganisation und entspringen damit auch nicht der auf die Strukturierung „innerer Angelegenheiten“ bezogenen Geschäftsordnungsautonomie. Vielmehr geht es insoweit erst um die Bildung des Organs, das nachfolgend geschäftsordnende Organisationsakte erlässt.

Entgegen der von der Antragsgegnerin vorgebrachten Meinung sind die von der Änderung betroffenen Ausschüsse auch als Senatsausschüsse im Sinne des § 19 Abs. 1 Satz 3 LHG einzuordnen. Dies ergibt sich – trotz der den Ausschüssen zugewiesenen Aufgabe, auch das Rektorat zu beraten – bereits aus der unmissverständlichen Anordnung in §§ 9 Abs. 1 Satz 1, 10 Abs. 1 Satz 1 und 11 Abs. 1 Satz 1 der Grundordnung. Danach werden die benannten Ausschüsse vom Senat gebildet. Dementsprechend ist auch die Beschlussfassung über die jeweiligen Geschäftsordnungen dem Senat übertragen worden.

Hieraus folgt jedoch nicht, dass diese Ausschussmitglieder stets gewählt werden müssten. Vielmehr bestimmt § 10 Abs. 2 Satz 1 LHG, dass die Mitglieder eines Gremiums, deren Zugehörigkeit nicht bereits kraft Amtes bestimmt ist, für eine bestimmte Amtszeit „bestellt oder gewählt“ werden. Sonderbestimmungen ergeben sich insoweit zwar für die Mitglieder des Senats, die gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 2 LHG „auf Grund von Wahlen“ zu bestimmen sind. Entsprechendes gilt indes nicht für beratende Ausschüsse, die das Hauptorgan durch eine (ggf. durch externe Sachkunde verstärkte) Vorberatung entlasten und eine Entscheidungsgrundlage für die nachfolgende Beschlussfassung nur vorbereiten sollen. Insoweit ordnet § 19 Abs. 1 Satz 3 LHG lediglich an, dass derartige Ausschüsse vom Senat gebildet werden können. Auf welche Weise deren Mitglieder zu bestimmen sind, gibt das Gesetz jedoch nicht vor. Zwar liegt in einem demokratischen Staatswesen grundsätzlich die Wahl der Mitglie-

der als Bestellungsmodus nahe, die regelmäßig auch gesetzlich vorgeschrieben ist. Zwingend vorgegeben ist dies indes für nur beratende Vorbereitungsgremien nicht. Denn durch derartige Unterausschüsse werden Zuständigkeiten und Entscheidungsbefugnisse des Hauptorgans nicht vorweggenommen (vgl. auch BVerwG, Urteil vom 10.12.2003 – 8 C 18/03 –, BVerwGE 119, 305 [308]).

Durch die fehlende Festlegung des Gesetzgebers in § 10 Abs. 2 Satz 1 LHG, der § 37 Abs. 2 Satz 1 HRG inhaltsgleich wiederholt, ist die Auswahl des Bestellungsmodus für die Mitglieder beratender Senatsausschüsse damit der autonomen Entscheidung der Hochschule unterstellt. Diese verfügt im Rahmen ihrer Selbstorganisation über ein weites Ermessen. Mit dem Vorschlagsrecht des Rektors wird dieser Gestaltungsspielraum nicht überschritten (vgl. zum Vorschlagsrecht auch BVerfG, Beschluss vom 26.10.2004 – 1 BvR 911/00 u.a. –, BVerfGE 111, 333 [363 ff.]). Dies folgt schon daraus, dass es ungeachtet dessen der Senat ist, der über die Bestellung der Ausschussmitglieder befindet. Insoweit kommt den bestellten Mitgliedern auch eine durch den Senat vermittelte demokratische Legitimation zu (vgl. Bay. VerFGH, Entscheidung vom 07.05.2008 – Vf. 19–VII-06 –, NVwZ 2009, 177, der sogar eine hälftige Bestellung des die Grundordnung erlassenden Hochschulrats durch den Wissenschaftsminister für zulässig hält). Im Übrigen kommt dem Ausschuss nicht die Möglichkeit zu, eine Entscheidung gegen oder ohne den Willen des Senats selbst herbeizuführen. Schließlich stünde dem Senat im Konfliktfall letztlich sogar die Möglichkeit zur Seite, den in der Grundordnung festgeschriebenen Bestellungsmodus selbst zu ändern.

Zweifel an der materiellen Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht bestehen daher nicht.

[...]

Dieser Beschluss ist unanfechtbar.

Mitgeteilt vom VorsRi am VGH Schwan

Anne-Kathrin Lange

Rechtsprechung in Leitsätzen

Zulassungsbeschränkungen für nichtansässige Studierende im Bereich des Gesundheitswesens

AEUV Art. 18, 21; Richtlinie 2004/38/EG Art. 24 Abs. 1

1. Die Art. 18 und 21 AEUV stehen einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren streitigen entgegen, die die Zahl der als nicht in Belgien ansässig angesehenen Studierenden, die sich zum ersten Mal für einen medizinischen oder paramedizinischen Studiengang an einer Hochschuleinrichtung einschreiben können, beschränkt, es sei denn, das vorlegende Gericht stellt nach Würdigung aller von den zuständigen Stellen angeführten relevanten Gesichtspunkte fest, dass diese Regelung im Hinblick auf das Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt ist.
2. Die zuständigen Stellen können sich nicht auf Art. 13 Abs. 2 Buchst. c des von der Generalversammlung der Vereinten Nationen am 16. Dezember 1966 angenommenen und am 3. Januar 1976 in Kraft getretenen Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte berufen, wenn das vorlegende Gericht feststellt, dass das Dekret der Französischen Gemeinschaft vom 16. Juni 2006 zur Regelung der Studierendenzahl in bestimmten Studiengängen des ersten Zyklus des Hochschulunterrichts nicht mit den Art. 18 und 21 AEUV vereinbar ist.

Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 13. April 2010 – C-73/08 (Nicolas Bressol u.a. und Céline Chaverot u.a. gegen Gouvernement de la Communauté française)

In: juris

Amtsangemessene Beschäftigung eines medizinischen Hochschullehrers

GG Art. 5; BBesG § 33; LHG § 53; UKG §§ 1, 7

Ein medizinischer Hochschullehrer kann sich nicht mit der Behauptung gegen die Berufung eines weiteren Professors wenden, durch dessen künftige Tätigkeit werde sein Anspruch auf amtsangemessene Beschäftigung und Wissenschaftsfreiheit beeinträchtigt. Etwaige Schmälerungen seines Tätigkeitsfeldes im Bereich der Krankenversorgung können sich regelmäßig erst aus nachfolgenden Organisationsmaßnahmen des Universitätsklinikums ergeben.

Verwaltungsgerichtshof Mannheim, Beschluss vom 3. Februar 2010 – 9 S 2586/09
Mitgeteilt vom VorsRi am VGH Schwan.

Ausstattung einer Professur

HSchulG SN §§ 98 Abs. 6, 60 Abs. 7; GKG 2004 § 52 Abs. 1

1. Der Haushalts- und Verteilungsvorbehalt des Hochschulgesetzes führt nicht dazu, dass die Universitäten bindende Ausstattungsvereinbarungen mit Professoren einseitig kürzen können.
2. Der Streitwert in hochschulrechtlichen Streitigkeiten über die Ausstattung einer Professur ist mit 10 % der Kosten der begehrten Ausstattung zu bemessen.
3. Bei wiederkehrenden Leistungen ist vom 2-fachen Jahresbetrag auszugehen (Fortentwicklung der Rspr. im Beschl. d. OVG Bautzen v. 23. Februar 2009 – 2 E 11/09 -).
4. Der Mindeststreitwert in Streitigkeiten über Ausstattungszusagen oder -vereinbarungen beträgt 10.000,- €.

Oberverwaltungsgericht Bautzen, Urteil vom 21. Januar 2010 – 2 A 156/09

In: juris

Weisung gegenüber Hochschullehrer

GG Art. 5 Abs. 3; SächsVerf. Art. 21; SächsHochschG §§ 38, 58

1. Der beamtete Hochschullehrer hat ein Recht auf seinen konkret-funktionellen Aufgabenbereich, der durch seine Berufung und die Funktionsbeschreibung seiner Professur beschrieben wird.
2. Weisungen, die diesen Aufgabenbereich berühren, stellen einen Verwaltungsakt dar.
3. Ein Hochschullehrer ist nicht verpflichtet, Lehrveranstaltungen außerhalb seines Faches und seinem Berufungsgebiet verwandter Gebiete zu übernehmen.

Oberverwaltungsgericht Bautzen, Beschluss vom 16. Januar 2009 – 2 B 403/08

In: NVwZ-RR 2010, 13 S. 519.

Verleihung des akademischen Grades „Diplom-Jurist Univ.“

HSchulG BY Art. 66 Abs. 1 S. 5 u. 8, 86 Abs. 1 S. 2 u. 6; HRG § 18 Abs. 1 S. 3

Universitäten können die nachträgliche Verleihung des akademischen Grads „Diplom-Jurist Univ.“ davon abhängig machen, dass die Absolventen die Erste Juristische Staatsprüfung nach dem 3. Oktober 1990 abgelegt haben.

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 9. Februar 2010 – 7 B 09.1717

In: juris

Verleihung des akademischen Grades „Diplom-Jurist Univ.“ an der LMU München

GG Art. 13 Abs. 1, 3 Abs. 1; HSchulG BY Art. 66 Abs. 1 S. 5 u. 8, 86 Abs. 1 S. 2 u. 6; § 15 JAPO BY 2003 §§ 15, 16, 22, 26, 27, 36, 72 Abs. 2 S. 2; JAPO BY 1993 §§ 4, 11, 15, 16, 29

Die Verleihung des akademischen Grades „Diplom-Jurist. Univ.“ an der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU) setzt nicht voraus, dass der Absolvent, der die Erste Juristische Staatsprüfung erst im zweiten Anlauf in München bestanden hat, unmittelbar davor mindestens zwei Semester an der LMU eingeschrieben war. Grundsätzlich genügt es vielmehr auch, wenn er diese Voraussetzung unmittelbar vor einem gescheiterten früheren Prüfungsversuch am selben Prüfungsort erfüllte.

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 9. Februar 2010 – 7 B 09.1718

In: juris

Erteilung der ärztlichen Approbation

§ 3 BÄO § 3; BZRG §§ 30, 41, 51, 52 Abs. 1 Nr. 4

Die Approbationsbehörde kann bei der Entscheidung über die Eignung eines Bewerbers als Arzt auch strafgerichtliche Verurteilungen – hier u.a. wegen Totschlags – berücksichtigen, die zwar nicht mehr in ein Führungszeugnis aufzunehmen, aber weiterhin im Bundeszentralregister enthalten sind.

Oberverwaltungsgericht Lüneburg, Beschluss vom 10. Dezember 2009 – 8 LA 185/09

In: juris

Begründung von Prüfungsentscheidungen

GG Art. 19 Abs. 4; VwVfG BW § 39 Abs. 1 S. 2

Grundsätzlich muss ein Prüfer zur Begründung seiner Prüfungsentscheidung nicht eine Musterlösung oder einen verbindlichen Punkte-Verteilungsschlüssel offen legen.

Oberverwaltungsgericht Mannheim, Beschluss vom 23. April 2010 – 9 S 278/10

In: juris

Prüfungsrecht, Eilverfahren

VwGO 123

1. Die ordnungsgemäße Durchführung des verwaltungswirtschaftlichen Kontrollverfahrens setzt voraus, dass die Prüfungsbehörde substantiierte Einwände des Prüflings unverzüglich den Prüfern zum Zwecke des Überdenkens ihrer Bewertung zuleitet und die Prüfer die gerügten Bewertungen gleichermaßen unverzüglich überdenken.
2. Eine unverzügliche Einleitung des verwaltungswirtschaftlichen Kontrollverfahrens liegt nur dann vor, wenn der Zweck des Kontrollverfahrens, das Überdenken der Bewertung durch die Prüfer unter Berücksichtigung der substantiierten Einwände des Prüflings, noch erreicht werden kann.
3. Bei mündlichen Prüfungen kann der Zweck des verwaltungswirtschaftlichen Kontrollverfahrens nicht mehr erreicht werden, wenn die Prüfer sich aufgrund des Zeitablaufs nicht mehr verlässlich an die mündliche Prüfung erinnern können.

4. Die nicht ordnungsgemäße Durchführung des verwaltungsinternen Kontrollverfahrens geht zu Lasten der Prüfungsbehörde, soweit der Prüfling seinen Mitwirkungspflichten nachgekommen ist.

Oberverwaltungsgericht Münster, Beschluss vom 8. Januar 2010 – 19 B 1004/09
In: NWVBl 2010, 8 S. 328.

Neubewertung bei Verlust einer Prüfungsarbeit

GG Art. 2 Abs. 1, 3 Abs. 1, 12 Abs. 1, 14 Abs. 1; ZPO § 444

Auch bei einer Neubewertung muss der jeweilige Prüfer die Prüfungsleistungen persönlich unmittelbar zur Kenntnis nehmen und eine selbstständige, eigenverantwortliche Entscheidung über das Bestehen der jeweiligen Prüfung treffen. Dazu bedarf es einer Begutachtung der erstellten Prüfungsleistung, nicht nur der Betrachtung von Fotos der Prüfungsarbeit.

Oberverwaltungsgericht Bautzen, Beschluss vom 10. Dezember 2009 – 4 A 204/08
In: NVwZ-RR 2010, 13 S. 525.

Mindestnote im Bachelorstudium als Voraussetzung für Masterstudiengang

GG Art. 12 Abs. 1; HSchulG NW § 49

1. Der Zugang zu einem Masterstudiengang (hier: International Economics) kann von einem „qualifizierten Abschluss“ eines vorangegangenen Bachelorstudiums in Form einer Mindestnote abhängig gemacht werden.
2. Gesetzliche Grundlage für den Erlass einer Prüfungsordnung.

Oberverwaltungsgericht Münster, Beschluss vom 17. Februar 2010 – 13 C 411/09
In: juris

Außerkapazitäres Vergabeverfahren für Bildungsinländer

GG Art. 3 Abs. 1, 12 Abs. 1, 30, 70; VergabeVtr Art. 1 Abs. 1, 15 Abs. 1 Nr. 6; HSchulZulG BY Art. 1 Abs. 2 S. 1, 3; HSchulZulV BY §§ 1, 2 S. 2 Nr. 4, 24; Richtlinie 2003/109/EG Art. 2a, 7 Abs. 1, 8 Abs. 3, 11 Abs. 1; AufenthG, §§ 9, 9a Abs. 1 S. 3, 28 Abs. 2

Ein Nicht-EU-Ausländer mit inländischer Hochschulzugangsberechtigung („Bildungsinländer“), der aufenthaltsrechtlich nur über eine Niederlassungserlaubnis verfügt, kann auch aus Art. 11 Abs. 1 Buchst. b) Richtlinie 2003/109/EG keinen Anspruch auf außerkapazitäre Zulassung zu einem zulassungsbeschränkten Studiengang ableiten.

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 11. Mai 2010 – 7 CE 10.10133
Mitgeteilt von RA Schaller, Hamburg.

Zulassung zum Hochschulstudium, Mittel aus Hochschulpakt

KapV BE 1994 §§ 8 Abs. 1, 10, 16

1. Ein aus Hochschulpaktmitteln finanziertes Lehrangebot ist bei summarischer Prüfung in die Kapazitätsberechnung einzustellen.
2. Die zum Wintersemester 2005/2006 erfolgte Umstellung von einem sechsemestrigen Diplomstudiengang auf einen siebensemestrigen Bachelorstudiengang (Soziale Arbeit) zwingt bei der Ermittlung der Schwundquote nicht zu einer Abweichung von der weiteren Anwendung des sog. „Hamburger Modells“.

Oberverwaltungsgericht Bremen, Beschluss vom 17. März 2010 – 2 B 409/09

In: NordÖR 2010, 5 S. 213.

Kapazitätenberechnung für Zulassung zum Studium

KapVO §§ 9, 11, 13; LehrverpflichtungsVO für die Hamburger Hochschulen (HbgLVVO) v. 21. 12. 2004 (HbgGVBl S. 497) §§ 14, 16, 17, 19

1. Zulassung zum Studium der Medizin an der Universität Hamburg zum Wintersemester 2008/2009.
2. Das Beschwerdegericht hält im Grundsatz an seiner Auffassung fest, dass sich die bei der Kapazitätsberechnung zu berücksichtigende Lehrverpflichtung von angestellten wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern gem. § 14 II 1 HbgLVVO allein nach der arbeitsvertragsrechtlichen Ausgestaltung ihres Arbeitsverhältnisses richtet.
3. Die kapazitätsrechtliche Berücksichtigung von Deputatsverminderungen hat in § 9 II 1 KapVO i.V. mit §§ 16, 17, 19 HbgLVVO auch in der neuen Ausgestaltung, dass den Hochschulen Kontingente von Deputatsverminderungen für die darin bestimmten Aufgaben auf dem Wege der Ziel- und Leistungsvereinbarung zugewiesen werden, eine hinreichende gesetzliche Grundlage.
4. Die Berücksichtigung eines Dienstleistungsbedarfs für einen der Lehreinheit nicht zugeordneten Bachelor- oder Masterstudiengang setzt dessen Akkreditierung nicht voraus.
5. Die Berechnung des Dienstleistungsbedarfs gem. § 11 KapVO setzt nach dem Berechnungssystem der Kapazitätsverordnung (Berechnungsformel in Anlage 1, Abschnitt I Nr. 2) die Aufteilung des Curricularnormwerts auf die am Lehrangebot beteiligten Lehreinheiten nach § 13 IV KapVO voraus. Im Übergangsstadium der Neustrukturierung der Studiengänge nach dem Bachelor-Master-System ist es rechtlich nicht ausgeschlossen, auch ohne Vorliegen sämtlicher Bestimmungsgrößen Dienstleistungen zu berücksichtigen, die für den anderen Studiengang nach dessen absehbar verbindlichem Ausbildungsinhalt zwingend erforderlich sind und tatsächlich erbracht werden, soweit eine curriculare Bemessung in Lehrveranstaltungsstunden abschätzbar ist.

OVG Hamburg, Beschluss vom 19. Oktober 2009 – 3 Nc 82/08

In: NVwZ-RR 2010, 11 S. 437.

Zulassung zum Studium außerhalb der festgesetzten Kapazität

GG Art. 12 Abs. 1; NWVergabeVO § 23 Abs. 5

Die Fristen nach § 23 VNWVergabeVO für Zulassungsanträge für Studienplätze außerhalb der festgesetzten Zulassungszahlen sind verbindlich.

Oberverwaltungsgericht Münster, Beschluss vom 16. März 2010 – 13 C 122/10

In: NVwZ-RR 11, S. 438.

Zulassung zum Medizinstudium außerhalb der Kapazität

GG Art. 12 Abs. 1; SaarVergabeVO §§ 3 Abs. 1 und 12, 14, 20; VwGO § 123 Abs. 1 2

1. Einem Studienbewerber kann in einem Eilrechtsschutzverfahren, in dem er die vorläufige Zulassung zum Studium der Humanmedizin im ersten klinischen Fachsemester erstrebt, nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, er habe die Frist des § 3 Abs. 1, 12 SaarVergabeVO für die Stellung eines dahingehenden Antrags bei der Universität versäumt.
2. Ein Eilrechtsschutzantrag mit dem Ziel, vorläufig zum Studium (hier: 1. klinisches Fachsemester des Studiengangs Humanmedizin) zugelassen zu werden, kann bei Gericht bis zum formellen Ende des Bewerbungssemesters gestellt werden.

OVG Saarlouis, Beschluss vom 23. November 2009 – 2 B 469/09

In: NVwZ-RR 2010, 11 S. 434.

Ablehnung der Wunschuniversität

GG Art. 12 Abs. 1; VwGO § 123; HRG § 19 Abs. 2

Die endgültige Zuteilung eines Studienplatzes im gewünschten Studiengang an einer anderen als der Wunschuniversität schließt eine Studienplatzzuteilung im Wege des § 123 VwGO (auch) bei einem Bachelorstudiengang aus.

Oberverwaltungsgericht Münster, Beschluss vom 21. Januar 2010 – 13 C 408/09

In: DÖV 2010, 10 S. 449.

Zulassung zum Studium nur mittels elektronischer Bewerbung

GG Art. 12; HSchulZulG HA §§ 18, 10; UniZulV HA §§ 1, 19

1. Das Verfahren der Online-Bewerbung schränkt die Geltendmachung des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf Zulassung zum Studium aus Art. 12 Abs. 1 GG nicht in unverhältnismäßiger Weise ein.
2. Die Satzungsermächtigung in § 10 Abs. 2 HZG (juris: HSchulZulG HA) lässt es zu, das die Satzung – wie hier § 19 Abs. 1 UniZS – der Hochschule die Entscheidung überlässt, ob (und in welchem Umfang) sie für das Zulassungsverfahren die elektronische Form bestimmt.
3. Die Entscheidung der Universität Hamburg, für das Zulassungsverfahren gemäß § 19 Abs. 1 Satz 3 UniZS die elektronische Form zu bestimmen, muss zu ihrer Wirksamkeit gegenüber den Studienbewerbern nicht im Amtlichen Anzeiger veröffentlicht sein; es genügt die Bekanntgabe im Rahmen der Bewerbungsinformationen.

4. Das elektronische Formerfordernis gilt, wenn es für das Zulassungsverfahren nach der Universitäts-Zulassungssatzung generell bestimmt ist, nach §§ 1 Abs. 2 und Abs. 3, 19 Abs. 1 und Abs. 5 UniZS auch für Anträge auf Zulassung zu einem höheren Fachsemester oder zum Hauptstudium in den zulassungsbeschränkten Studiengängen.

Oberverwaltungsgericht Hamburg, Beschluss vom 5. Februar 2010 – 3 Bs 179/09, 3 So 153/09

In: NordÖR 2010, 7–8 S. 309.

Studiengebühren in Hamburg in den Jahren 2007 und 2008

GG Art. 3, 12, 20, 28, 70, 75, 104, 125a; WiSoKuPakt Art. 4, 13; HRG §§ 37, 41; BAföG, §§ 15, 17 BAföG; HSchulG HA, §§ 9, 36, 52, 102; HSchulG HA 2003 § 6; HSchulG HA 2006, §§ 6b, 6c; HSchulG HA 2008 §§ 6b, 6c, 6d

1. Die gesetzlichen Grundlagen der Erhebung von Studiengebühren in Höhe von 500 Euro je Semester (für den Zeitraum Sommersemester 2007 bis einschließlich Sommersemester 2008) in §§ 6 b und 6 c HmbHG 2006 (juris: HSchulG HA) sind gültig. Sie sind mit dem Grundgesetz vereinbar und verstoßen nicht gegen den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte.
2. Das Studiendarlehen gemäß § 6 c HmbHG 2006 (juris: HSchulG HA) hat hinreichend sicher gewährleistet, dass die Einführung allgemeiner Studiengebühren nicht zu einer Sonderung der Studierenden nach den Besitzverhältnissen der Eltern führt und nicht abschreckend wirkt.
3. Die Kappungsgrenze in § 6 c Abs. 6 HmbHG 2006 (juris: HSchulG HA) bestimmt eine Verschuldensobergrenze. Das Überschreiten der Höchstgrenze von 17.000 Euro führt dazu, dass der Darlehensnehmer, der zugleich BAföG-Empfänger ist, von jeder darüber hinausgehenden Rückzahlungspflicht aus dem Studiendarlehen – bezogen sowohl auf die Darlehensschuld als auch auf weitere Zinsen – auf Antrag zu befreien ist.
4. Die Ermäßigung der Studiengebühren „beim Teilzeitstudium“ in § 6 b Abs. 6 HmbHG 2006 (juris: HSchulG HA) gilt nur für Studierende, die als Teilzeitstudierende immatrikuliert sind. § 36 Abs. 4 HmbHG (juris: HSchulG HA) überlässt es der (satzungsgebenden) autonomen Entscheidung der Hochschulen, die Möglichkeit eines individuellen Teilzeitstudiums vorzusehen.
5. Mit § 6 b Abs. 4 HmbHG 2006 (juris: HSchulG HA) hat der Gesetzgeber eine allgemeine Härtefallregelung geschaffen, die nicht auf Fälle einer wirtschaftlichen Notlage beschränkt ist.
6. Bei Studierenden, die in angemessener Zeit in Hochschulorganen oder in Organen der Studierendenschaft tätig sind, führt die volle Entrichtung der Studiengebühr in den Semestern ihrer Aufgabenwahrnehmung zu einer unbilligen Härte im Sinne des § 6 b Abs. 4 HmbHG 2006 (juris: HSchulG HA); dieser Unbilligkeit können die Hochschulen nicht mit einer Stundung, sondern ermessensgerecht nur mit einem (vollständigen oder teilweisen) Erlass der Studiengebühr begegnen.

7. Die verminderte Inanspruchnahme des Lehrangebots wegen einer Erwerbstätigkeit neben dem Studium bildet im Rahmen des Konzepts der einheitlichen Gebühr keinen Umstand, der dazu führt, dass die Erhebung der vollen Studiengebühr unverhältnismäßig ist, gegen gebührenrechtliche Grundsätze oder Art. 3 Abs. 1 GG verstößt oder eine unbillige Härte im Sinne des § 6 b Abs. 4 HmbHG 2006 (juris: HSchulG HA) darstellt.
8. Das Studienguthaben, das Studierende gemäß § 6 Abs. 6 HmbHG 2003 (juris: HSchulG HA) für die Regelstudienzeit zuzüglich vier weiterer Semester erhielten, hat keinen Vertrauenstatbestand dahin begründet, dass das begonnene Studium für diese Semesterzahl auch bei Einführung allgemeiner Studiengebühren studiengebührenfrei bleibt.
9. Die Hochschulen dürfen die Studiengebühren auf der Grundlage des § 6 b Abs. 1 HmbHG 2006 (juris: HSchulG HA) semesterübergreifend festsetzen. Die Rechtmäßigkeit der Gebührenfestsetzung wird durch das Bestehen von Ansprüchen auf Erlass oder Stundung der Studiengebühren nach § 6 b Abs. 4 HmbHG 2006 (juris: HSchulG HA) oder auf deren Ermäßigung nach § 6 b Abs. 6 HmbHG (juris: HSchulG HA) nicht berührt.
Oberverwaltungsgericht Hamburg, Urteil vom 23. Februar 2010 – 3 Bf 70/09
In: NordÖR 2010, 7–8 S. 326.

Zur Studiengebühr bei Studierenden, die in Organen der Fachschaften tätig sind
GG Art. 3, 12, 20, 28 GG; WiSoKuPakt Art. 4, 1; HRG §§ 37, 41; BAföG §15; HSchulG HA §§ 9, 36, 52, 60, 102; HSchulG HA 2003 § 6; HSchulG HA 2006 §6b; HSchulG HA 2008, § 6b

1. Bei Studierenden, die in Organen der Fachschaften (hier: Fachschaftsrat) tätig sind, führt die volle Entrichtung der Studiengebühr in den Semestern der Aufgabenwahrnehmung nicht zu einer unbilligen Härte im Sinne des § 6 b Abs. 4 HmbHG 2006 (juris: HSchulG HA). Sie stehen Studierenden, die in den Organen der Studierendenschaft tätig sind (dazu OVG Hamburg, Urt. v. 23.2.2010, 3 Bf 70/09), insoweit nicht gleich.
2. Einwände, die die Gültigkeit des Studienfinanzierungsgesetzes vom 6. Juli 2006 in der Gesamtheit seiner Regelungen betreffen, können nicht zugleich eine unbillige Härte im Sinne des § 6 b Abs. 4 HmbHG 2006 (juris: HSchulG HA) begründen oder eine Ermäßigung nach § 6 b Abs. 6 HmbHG 2006 (juris: HSchulG HA) rechtfertigen.

Oberverwaltungsgericht Hamburg, Urteil vom 30. März 2010 – 3 Bf 280/09
In: NordÖR 2010, 7–8 S. 327.

Studiengebühren trotz Nichtinanspruchnahme des Lehrangebots im konkreten Semester

HSchulG HA § 6b

1. Die Studiengebühr nach § 6 b Abs. 1 HmbHG 2006 (juris: HSchulG HA) ist auch von dem Studierenden zu entrichten, der das Lehrangebot der Hochschule

in seinem Studiengang in dem Semester, zu dem er sich zurückmeldet, deshalb nicht in Anspruch nimmt, weil er die prüfungserheblichen Pflichtfächer bereits sämtlich absolviert hat.

2. Gleiches gilt für den Studierenden der Medizin, der die im Studienabschnitt zwischen dem Ersten Abschnitt der Ärztlichen Prüfung und dem Beginn des Praktischen Jahres – bei einer Gliederung der drei Studienjahre in neun Trimester – vorgeschriebenen sieben Unterrichtsblöcke von je zwölf Wochen absolviert hat und in dem Semester vor dem Beginn des Praktischen Jahres allein noch das letzte der beiden Freitrimester wahrnimmt und an seiner Dissertation arbeitet.

Oberverwaltungsgericht Hamburg, Urteil vom 14. April 2010 – 3 Bf 147/08

In: NordÖR 2010, 7–8 S. 327.

Zulassung zum Medizinstudium außerhalb der Kapazität

GG Art. 12 Abs. 1; SaarlVergabeVO §§ 3 Abs. 1 und Abs. 8, 14, 20; VwGO § 123 Abs. 1 S. 2

1. Einem Studienbewerber kann in einem Eilrechtsschutzverfahren, in dem er die vorläufige Zulassung zum Studium der Humanmedizin im ersten klinischen Fachsemester erstrebt, nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, er habe die Frist des § 3 I, XII SaarlVergabeVO für die Stellung eines dahingehenden Antrags bei der Universität versäumt.
2. Ein Eilrechtsschutzantrag mit dem Ziel, vorläufig zum Studium (hier: 1. klinisches Fachsemester des Studiengangs Humanmedizin) zugelassen zu werden, kann bei Gericht bis zum formellen Ende des Bewerbungssemesters gestellt werden.

Oberverwaltungsgericht Saarlouis, Beschluss vom 23. 11. 2009 – 2 B 469/09

In: NVwZ-RR 2010, 11 S.

Zulassungsrecht, Lehrverpflichtung von wissenschaftlichen Mitarbeitern

HSchulZulG BW § 5 Abs. 4; HSchulG BW §§ 34, 52 Abs. 2 und 4; KapVO BW 2002 § 21; LVerpflV BW § 1 Abs. 1 Nrn. 5 und 7

1. Die Weiterqualifikation befristet beschäftigter wissenschaftlicher Mitarbeiter über die Promotion hinaus rechtfertigt die Reduzierung der Lehrverpflichtung auf vier Semesterwochenstunden, ohne dass konkrete Ziele der Weiterqualifikation im Einzelnen dargelegt werden müssten.
2. Identische Bezeichnung universitärer Studiengänge – hier: Molekulare Medizin – bedeutet nicht zwingend deren „Gleichartigkeit“ oder auch nur „Vergleichbarkeit“ im Sinne von § 5 Abs. 4 Satz 4 HZG (juris: HSchulZulG BW) und § 34 Abs. 1 Satz 6 Nr. 3 LHG (juris: HSchulG BW). Von maßgebender Bedeutung für eine solche Charakterisierung sind vielmehr die jeweiligen Lehrinhalte und Prüfungsanforderungen, die im jeweils festgesetzten Curricularnormwerte ihren Niederschlag finden.

3. Auch die Prüfungsordnung eines neuen Studienganges ist ein „Datum“ im Sinne des § 5 Abs. 2 KapVO VII (juris: KapVO BW 2002) (in Anschluss an Beschluss vom 12.05.2009 – NC 9 S 240/09 -).

Für deren Berücksichtigung nach § 5 Abs. 2 KapVO VII (juris: KapVO BW 2002) reicht es aus, wenn ihr Inhalt vor Beginn des Berechnungszeitraums bekannt gewesen ist und ihre Geltung sich auf den gesamten Berechnungszeitraum erstreckt. Nicht entscheidend ist dagegen, ob ihre Bekanntgabe erst während des Berechnungszeitraums erfolgt.

Verwaltungsgerichtshof Mannheim, Beschluss vom 13. August 2010 – NC 9 S 357/10

Mitgeteilt vom VorsRi am VGH Schwan.

Zulassungsrecht: Kein Kapazitätsverschaffungsanspruch

GG Art. 19 Abs. 4; HSchulGebG BW § 4 Abs. 2; KapVO BW 2002 § 19 Abs. 2

Einen „Kapazitätsverschaffungsanspruch“ auf Bereitstellung zusätzlicher Studienplätze kennt das geltende Recht nicht. Hieran ändern auch zusätzliche Einnahmen aus Studiengebühren und der „Hochschulpakt 2020“ nichts.

[Zum Leitsatz: Vergleiche VGH München, Beschluss vom 11.03.2010 – 7 CE 10.10075 -; OVG Münster, Beschluss vom 08.07.2009 – 13 C 93/09 -; VGH Mannheim, Urteil vom 16.02.2009 – 2 S 2833/07 – VBIBW 2009, 301–310.]

Verwaltungsgerichtshof Mannheim, Beschluss vom 28. Juni 2010 – NC 9 S 1056/10
Mitgeteilt vom VorsRi am VGH Schwan.

Grundanspruch auf Ausbildungsförderung trotz im Ausland erworbener Studienabschlüsse

BAFöG §§ 7 Abs. 1 und 2, 17

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist § 7 Abs. 1 Satz 2 BAFöG nach Sinn und Zweck so auszulegen, dass nur solche berufsqualifizierenden Ausbildungsabschlüsse im Ausland erfasst werden, für die der Studierende sich aufgrund einer freien Wahl zwischen der Ausbildung in Deutschland und der im Ausland entscheiden konnte.
2. Nach dem Rundschreiben des Bundesministeriums für Bildung und Forschung vom 17. Juli 2009 ist es Ehegatten Deutscher nicht zuzumuten, ihr Studium im Ausland abzubrechen und nach Deutschland zu reisen, wenn die Ausbildung bereits weit fortgeschritten ist und der Abschluss dann nicht gemacht werden kann.
3. Nach § 7 Abs. 1 S. 1 BAFöG soll jeder Auszubildende zumindest für drei Schul- oder Studienjahre Förderungsleistungen bis zu einem berufsqualifizierenden Abschluss erhalten, so dass mit einer weniger als drei Studienjahre dauernden Ausbildung trotz berufsqualifizierenden Abschlusses der Grundanspruch auf Ausbildungsförderungsleistungen nicht verbraucht ist. Wird im Anschluss an eine solche Ausbildung eine förderungsfähige Ausbildung begonnen, so wird auch diese insgesamt nach § 7 Abs. 1 BAFöG gefördert, auch wenn dadurch der Zeitraum von drei Jahren überschritten wird.

Verwaltungsgericht Mainz, Urteil vom 24. Juni 2010 – 1 K 1358/09
In: DVBl 2010, 17 S. 1124.

Umfang der Steuerbefreiung für selbständige Lehrer

UStG 2005 § 4 Nr. 21 und Nr. 22 Buchst. a; Richtlinie 77/388/EWG Art. 4 Abs. 4, Art. 13 Teil A Abs. 1 Buchst. i und j

1. Art. 13 Teil A Abs. 1 Buchst. j der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17. 5. 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern – Gemeinsames Mehrwertsteuersystem: einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage ist dahin auszulegen, dass Lehrleistungen, die ein Diplom-Ingenieur an einem als privatrechtlicher Verein verfassten Bildungsinstitut für die Teilnehmer von Fortbildungslehrgängen erbringt, die bereits mindestens einen Universitäts- oder Fachhochschulabschluss als Architekt bzw. Ingenieur oder eine gleichwertige Bildung besitzen, wobei die Kurse mit einer Prüfung abgeschlossen werden, „Unterrichtseinheiten, die sich auf Schul- und Hochschulunterricht beziehen“, i.S. dieser Bestimmung sein können. Auch andere Tätigkeiten als die Lehrtätigkeit im eigentlichen Sinne können solche Unterrichtseinheiten sein, sofern diese Tätigkeiten im Wesentlichen im Rahmen der sich auf den Schul- und Hochschulunterricht beziehenden Vermittlung von Kenntnissen und Fähigkeiten durch den Unterrichtenden an Schüler oder Studierende ausgeübt werden. Soweit erforderlich, hat das vorlegende Gericht zu prüfen, ob alle im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Tätigkeiten Unterrichtseinheiten sind, die sich auf den „Schul- und Hochschulunterricht“ i.S. dieser Bestimmung beziehen.
2. Art. 13 Teil A Abs. 1 Buchst. j der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG dieser Richtlinie ist dahin auszulegen, dass eine Person wie Herr Eulitz, der Gesellschafter der Kl. des Ausgangsverfahrens ist und der als Lehrkraft im Rahmen der von einer dritten Einrichtung angebotenen Lehrveranstaltungen Leistungen erbringt, unter Umständen wie den im Ausgangsverfahren gegebenen nicht als „Privatlehrer“ i.S. dieser Bestimmung angesehen werden kann.

Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 28. Januar 2010 – C-473/08 (Ingenieurbüro Eulitz GbR)

In: DStR 2010, 5 S. 218 f.

Teilnahme eines Universitätsverbands an Vergabeverfahren, Begriff „Wirtschaftsteilnehmer“ – „CoNISMa“

Richtlinie 2004/18/EG Art. 1 II lit. a, VIII Unterabs. 1 u. 2

1. Die Bestimmungen der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. 3. 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, insbesondere die Art. 1 II lit. a und VIII Unterabs. 1 und 2, die auf den Begriff „Wirtschaftsteilnehmer“ Bezug nehmen, sind dahin auszulegen, dass sie es Einrichtungen, die nicht in erster Linie Gewinnerzielung anstreben, nicht über

die Organisationsstruktur eines Unternehmens verfügen und nicht ständig auf dem Markt tätig sind, wie Universitäten und Forschungsinstitute sowie Gruppen von Universitäten und Behörden, gestatten, an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags teilzunehmen.

2. Die Richtlinie 2004/18/EG ist dahin auszulegen, dass sie der Auslegung einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden entgegensteht, die es Einrichtungen wie Universitäten und Forschungsinstituten, die nicht in erster Linie Gewinnerzielung anstreben, untersagt, sich an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags zu beteiligen, obwohl sie nach nationalem Recht berechtigt sind, die auftragsgegenständlichen Leistungen zu erbringen.

Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 23. Dezember 2009 – C-305/08 (Conorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare [CoNISMa]/Regione Marche)
In: NZBau 2010, 3 S. 188.

Anne-Kathrin Lange

Übersicht der Neuerscheinungen

Schriften

Gärditz, Klaus Ferdinand/Pahlow, Louis: Hochschülerfinderrecht: Handbuch für Wissenschaft und Praxis – Springer Verlag – Berlin 2010 – 350 Seiten – 79,95 €.

Hartmer, Michael: Hochschulrecht: Ein Handbuch für die Praxis – C.F. Müller Verlag – Heidelberg 2010 – 640 Seiten – 98 €.

Knopp, Lothar/Peine, Franz-Joseph/Nowacki, Konrad/Schröder, Wolfgang: Hochschulen im Umbruch: Ausgewählte aktuelle hochschulpolitische Themen – Cottbuser Schriften zu Hochschulpolitik und Hochschulrecht, Bd. 1 – Nomos Verlag – Baden-Baden 2009 – 133 Seiten – 34,00 €.

Prüwer, Tobias: Humboldt reloaded – kritische Bildungstheorie heute – Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum-Verlag – Band 12 – Marburg 2009 – 130 Seiten – 24,90 €.

Sendlak, Moritz: Unternehmerische Tätigkeit der Hochschulen – Erörterung am Beispiel des Hochschulfreiheitsgesetzes NRW – Schriften zum Wirtschaftsverwaltungs- und Vergaberecht, Band 25 – Nomos Verlag – Baden-Baden 2010 – 207 Seiten – 54 €.

Stalleiken, Jörg: Drittmittelforschung im Einkommens- und Körperschaftssteuerrecht unter besonderer Beachtung der Abgrenzung steuerbarer wirtschaftlicher Tätigkeiten von steuerfreier hoheitlicher Betätigung staatlicher Hochschulen – Bonner Schriften zum Steuer-, Finanz- und Unternehmensrecht, Bd. 11 – lit-Verlag – Berlin et. al. 2010 – 256 Seiten – 34,90 €.

Aufsätze

Haack, Stefan: L'État – qu'est-ce que c'est? Die Wissenschaft vom öffentlichen Recht und ihre Methoden nach sechzig Jahren Arbeit mit dem Grundgesetz. In: Staat 19 (2010), 1 S. 107.

Hilpold, Peter: Anmerkung zu EuGH, U. v. 13.04.2010 – Rs. C-73/08 – (Beschränkung der Neueinschreibung „nichtansässiger“ Studenten). In: EuZW 2010, 12 S. 471.

Kobler, Alexander: Bologna verwirklichen: Was trägt die Qualitätssicherung dazu bei? In: ÖHZ 2020, 6 S. 12.

- Lund, Carsten/Jäger, Cornelia*: Von Studienbeitragssatzungen und Hochschulräten – zur Öffentlichkeit von Senatssitzungen. In: NWVBl 2010, 8 S. 301.
- Salaw-Hanslmaier, Stefanie*: Mehr Professorinnen durch flexible Arbeitszeitmodelle in Verbindung mit neuen Lehrmethoden. In: ZRP 2010, 6 S. 184.
- Siewecke, Simon*: Verfassungsrechtliche Anforderungen bei der flächendeckenden Umstellung auf Bachelor- und Masterstudiengänge im Rahmen des Bologna-Prozesses. JA 2010, 8–9 S. 611.
- Sturn, Dorothea/Sturn, Richard*: Qualitätssicherung in Forschung und Lehre: Die institutionelle Architektur von Qualitätssicherung In: ÖHZ 2010, 6 S. 10.
- Trauzettel, Michael*: Zur endlosen Geschichte des Hochschullehrerbegriffs und zur verfassungskonformen Auslegung des § 40 Abs. 3 S. 4 SächsHSG. Ist in Sachsen tatsächlich die Berechtigung zur Begutachtung einer Dissertation vom Mitgliedsstatus abhängig? In: SächsVBl 2010, 6 S. 137.
- Voßkuhle, Andreas*: Das Leitbild des „europäischen Juristen“ – Gedanken zur Juristenausbildung und zur Rechtskultur in Deutschland. In: Rechtswissenschaft 2010, 3 S. 326.

Rezension

Stefan Huber: ÖH-Recht – Hochschülerinnen- und Hochschülerschaftsgesetz mit Nebenbestimmungen – Neuer Wissenschaftlicher Verlag – 3. Auflage – Wien, Graz 2009 – 297 Seiten – 38,80 €

Vier Jahre nach dem erstmaligen Erscheinen liegt nun die 3. Auflage des Kommentars zum Bundesgesetz über die Vertretung der Studierenden (Hochschülerinnen- und Hochschülerschaftsgesetz) HSG vor. *Stefan Huber* wird auch in dieser Auflage seinem eigenen Anspruch gerecht, einen Kommentar für die Praxis zu schreiben, der real existierende Probleme behandelt, ohne einen kritischen Blick für gesetzgeberische Entscheidungen zu verlieren. Dabei finden auch neueste Entwicklungen wie beispielsweise die Einführung des E-Voting Berücksichtigung. Dienlich ist hierbei sicherlich seine frühere aktive Tätigkeit in der Österreichischen Hochschülerinnen- und Hochschülerschaft.

Neben dem Kernstück, der Kommentierung des HSG (S. 55–194), beinhaltet die Schrift auch zumindest auszugsweise die Texte samt Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Organisation der Universitäten und ihre Studien (Universitätsgesetz 2002) UG, dem Bundesverfassungsgesetz B-VG (hier Art. 81c) und dem Bundesgesetz über Fachhochschul-Studiengänge (Fachhochschul-Studiengesetz) FHStG. Ferner sind die Texte der Hochschülerinnen- und Hochschülerschaftswahlordnung 2005 (HSWO 2005) sowie diverser Verordnungen und Richtlinien abgedruckt.

Nach einer kurzen Einführung (S. 23 ff.) über die Entwicklung der Organisation der Studierenden in den vergangenen Jahren und neuere Gesetzesnovellen kommentiert *Huber* ausgewählte und für die Hochschülerinnen- und Hochschüler-schaften wesentliche Normen aus dem UG, so beispielsweise die Mitbestimmungsmöglichkeiten der Vertretungen der Studierenden im Senat (S. 39 ff.). Nach einer Anmerkung zum B-VG werden im Rahmen der Kommentierung des HSG praxisrelevante Fragen bezüglich der Österreichischen Hochschülerinnen- und Hochschülerschaft (S. 57 ff., 61 ff.), der Hochschülerinnen- und Hochschülerschaften an den Universitäten (S. 79 ff.) sowie den pädagogischen Hochschulen und Fachhochschul-Studiengängen (S. 96 ff.) besprochen. Unter den Bestimmungen zu den Studierendenvertreterinnen und -vertretern (S. 100 ff.) finden sich Ausführungen u.a. zur pauschalierten Entschädigung für die Tätigkeit als Studierendenvertreter. Ebenso behandelt *Huber* Regelungen zum Vorsitz der verschiedenen Vertretungen (S. 109 ff.) und zu organisatorischen, wirtschaftlichen und finanziellen Angelegenheiten (S. 119 ff.), wobei er neben anderen Aspekten u.a. das Weisungsrecht des/der Vorsitzenden (S. 122 ff.) sowie die Verteilung der Studienbeiträge (S. 127 ff.) erläutert. Änderungen bei der Willensbildung der Mitglieder durch die HSG-Novelle 2004 (S. 138 ff.), hier insbesondere beim Wahlsystem, werden ebenso dargestellt wie die Aufsicht über die Studierendenvertretungen (S. 174 ff.). Es folgen kurze Anmerkungen zu den Verfahrens-, Übergangs- und Schlussbestimmungen (S. 188 ff.). Neben der Kommentierung des HSG erläutert *Huber* auch Auszüge des Bundesgesetzes über Fachhochschul-Studiengänge (FHStG) und kritisiert hierbei zu Recht den Regelungsgehalt und die gesetzliche Systematik, insbesondere die unklaren Verweisungen (S. 195 ff.).

Der Kommentar stellt die wesentlichen für die Mitbestimmung der Studierenden maßgeblichen Normen dar und weist dabei auch auf redaktionelle Fehler bei Gesetzesänderungen hin, gibt Hinweise für das praktische Verfahren und die Durchsetzung der Rechte und integriert zudem zahlreiche Begründungen aus den Gesetzgebungsverfahren. Soweit Unklarheiten in der Gesetzesauslegung bestehen, zeigt *Huber* praxistaugliche und sinnvolle Lösungswege auf, ohne sich zu stark in der Dogmatik zu verlieren. Dabei erscheinen allerdings manche Ausführungen etwas zu kurz wie beispielsweise bei der Besprechung des Urteils des Verfassungsgerichtshofes zur unzulässigen aufsichtsbehördlichen Aufhebung einer Satzung (S. 177).

Dem Gesetzgeber werden konkrete Verbesserungsvorschläge aufgezeigt, die ein klareres Verständnis und eine praxisgerechtere Handhabung ermöglichen sollen. Teilweise irritiert es allerdings, dass einige Vorschriften nur knapp oder gar nicht kommentiert sind. So fehlen beispielsweise Ausführungen zum Recht der Österreichischen Hochschülerinnen- und Hochschülerschaft sowie der Hochschülerinnen- und Hochschülerschaften der Universitäten zur Führung von oder Beteiligung an Wirtschaftsbetrieben (S. 124 f.). Ebenso wünschenswert wären etwas umfangreichere Hinweise auf Literatur und Rechtsprechung zur vertieften Auseinandersetzung.

Die klare, verständliche und vor allem praxisorientierte Kommentierung eignet sich besonders für alle diejenigen, die bei ihrer täglichen Arbeit mit Problemen bei

der Anwendung des Rechts der Studierendenvertretungen umgehen müssen und damit nicht nur für Juristen, sondern insbesondere auch für juristische Laien. Ferner bleibt zu hoffen, dass bei zukünftigen Gesetzesnovellen einige von *Hubers* Änderungsvorschlägen aufgegriffen werden.

Armin von Weschpfennig