

Göttinger Schriften zum
Öffentlichen Recht

Hans Michael Heinig, Christine Langenfeld,
Thomas Mann, Christoph Möllers (Hg.)

Aktuelle Probleme des
Wissenschaftsrechts



Universitätsverlag Göttingen

Hans Michael Heinig, Christine Langenfeld,
Thomas Mann, Christoph Möllers (Hg)
Aktuelle Probleme des Wissenschaftsrechts

This work is licensed under the
[Creative Commons](#) License 3.0 “by-nd”,
allowing you to download, distribute and print the
document in a few copies for private or educational
use, given that the document stays unchanged
and the creator is mentioned.
You are not allowed to sell copies of the free version.



erschienen als Band 1 der Reihe „Göttinger Schriften zum Öffentlichen Recht“
im Universitätsverlag Göttingen 2011

Hans Michael Heinig,
Christine Langenfeld,
Thomas Mann,
Christoph Möllers (Hg.)

Aktuelle Probleme des Wissenschaftsrechts

Arbeitstagung anlässlich der
Eröffnung des
Instituts für Öffentliches Recht
an der Juristischen Fakultät der
Georg-August-Universität
Göttingen
10. und 11. Juli 2008



Universitätsverlag Göttingen
2011

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Herausgeber der Reihe „Göttinger Schriften zum Öffentlichen Recht“

Prof. Dr. Hans Michael Heinig, Prof. Dr. Dr. h.c. Werner Heun,

Prof. Dr. Christine Langenfeld, Prof. Dr. Thomas Mann

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den OPAC der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek (<http://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar und darf gelesen, heruntergeladen sowie als Privatkopie ausgedruckt werden. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion. Es ist nicht gestattet, Kopien oder gedruckte Fassungen der freien Onlineversion zu veräußern.

Satz und Layout: Max Bauer, Anna Halbig

Umschlaggestaltung: Jutta Pabst

© 2011 Universitätsverlag Göttingen

<http://univerlag.uni-goettingen.de>

ISBN: 978-3-941875-77-7

ISSN: 2191-4583

Vorwort der Herausgeber

Die Reflexion über das Verhältnis von Theorie und Praxis gehört zum Standardrepertoire wissenschaftlicher Selbstverortung. Doch Wissenschaft ist nicht nur auf Seiten der Theorie angesiedelt, sondern stellt auch selbst eine gesellschaftliche Praxis dar. Theoretische Reflexion über die Praxis der Wissenschaft wird zum Anwendungsfall der Wissenschaft auf sich selbst. In diesem Sinne wurde die Neugründung eines Instituts für Öffentliches Recht an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen 2008 durch eine unter Federführung von *Christoph Möllers* organisierte Tagung unter dem Titel „Aktuelle Probleme des Wissenschaftsrechts“ begangen. Organisation von Wissenschaft bedarf des Rechts. Recht bedarf der Reflexion seiner Praxis – Rechtswissenschaft. Rechtswissenschaftliche Reflexion über das Recht der Wissenschaft bedarf der Organisation – z.B. in Form eines universitären Instituts für Öffentliches Recht. Was liegt es da näher, als anlässlich der Neugründung eines solchen Instituts das Wissenschaftsrecht selbst zum Gegenstand einer Eröffnungsveranstaltung zu machen.

Jede Zeit hat ihre eigenen Begriffe, ihre eigenen Idealbilder des Wissens, der Wissenschaft und des Wissenschaftlers. Der Wandel dieser Begriffe, der Wandel dieser Idealbilder spiegelt jeweils Verschiebungen im gesellschaftlichen Diskurs über die Organisation des Wissens. Die forcierten wissenschafts- und hochschulpolitischen Debatten der letzten beiden Dekaden, ihre Perspektiven und Schwerpunkte und vor allem ihre spürbaren institutionellen Konsequenzen zeigen das deutlich: In Forschung und Lehre stehen die universitären Fächer im Strom tiefgreifender Veränderungen – zwischen Exzellenzinitiativen und Clusterbildung, zwischen Studiengebührenfinanzierung und Bologna-Prozess, zwischen Wettbewerbsstrukturen, Globalhaushalten und der Einbindung externen Management-Sachverständs. Und mit der modernen Wissenschaft ist auch das Wissenschaftsrecht in Bewegung geraten. Seine verfassungsrechtlichen Grundlagen sowie seine Umsetzung in Formen des Verwaltungsrechts sind ungewisser und umstrittener

denn je. Zugleich steht das Wissenschaftsrecht pars pro toto, zeichnen sich die Grundlinien des modernen Öffentlichen Rechts doch auf diesem Felde deutlich ab.

Auf der Eröffnungstagung zu den Gegenwartsherausforderungen des Wissenschaftsrechts geriet immer wieder in den Mittelpunkt der Diskussion, ob das heutige Wissenschaftsrecht vorrangig dem Schutz der individuellen Forschungsleistungen einzelner Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler dient oder ein Instrument zur Modernisierung der Hochschulen ist. Im diesem brisanten Kontext von Freiheitsverbürgung und Reformparadigma betrachtete zunächst *Michael Febling* die partielle Annäherung des Wissenschafts- und Hochschulrechts an Strukturen des Regulierungsrechts („Das Wissenschaftsrecht als Regulierungsrecht“). Im Weiteren erläuterte *Josef Franz Lindner* die „Rechtsstellung der Fakultäten“ im Kontext der gegenwärtigen Reformmaßnahmen. *Max-Emanuel Geis* warf einen kritischen Blick auf die Neuerungen von „Lehrprofessur und Hochschuldozentur“ („Lehrprofessur und Hochschuldozentur – Königsweg oder Holzweg?“), während *Volker Epping* am Beispiel der Fusion der Universität Lüneburg mit der Fachhochschule Nordost-Niedersachsen nach einer „Renaissance der Gesamthochschule“ fragte.

Dem Band beigelegt ist zudem ein Beitrag aus dem Göttinger Institut für Öffentliches Recht zum Wissenschaftsrecht. *Thomas Mann* untersucht darin die „Akkreditierung von Studiengängen“ als „Drahtseilakt zwischen Wissenschaftsfreiheit und demokratischer Legitimation“

Die Herausgeber danken den Autoren für ihr Engagement, die Institutsgründung mit einer wissenschaftlichen Arbeitstagung öffentlich zu vollziehen, und für ihre Bereitschaft, ihren Beitrag in dem vorliegenden Band zu dokumentieren. *Kristina Wieben*, *Maximilian Bauer* und *Anna Halbig* haben die Schlussredaktion besorgt. Auch dafür sei an dieser Stelle gedankt.

Hans Michael Heinig, Christine Langenfeld, Thomas Mann, Christoph Möllers

Inhaltsverzeichnis

Das Wissenschaftsrecht als Regulierungsrecht <i>Prof. Dr. Michael Fehling</i>	9
Die Rechtsstellung der Fakultäten <i>MinRat Priv.-Doz. Dr. Josef Franz Lindner</i>	27
Lehrprofessur und Hochschuldozentur – Königsweg oder Holz - weg? <i>Prof. Dr. Max-Emanuel Geis</i>	37
Renaissance der Gesamthochschule? – Das Modell Lüneburg <i>Prof. Dr. Volker Epping</i>	49
Die Akkreditierung von Studiengängen - Ein Drahtseilakt zwischen Wissenschaftsfreiheit und demokratischer Legitimation <i>Prof. Dr. Thomas Mann</i>	69

Das Wissenschaftsrecht als Regulierungsrecht[•]

Prof. Dr. Michael Febling

1 Einführung: Zwischen Kulturverwaltungsrecht und Regulierungsrecht

Herkömmlich wird das Wissenschafts- und speziell das Hochschulrecht dem Kulturverwaltungsrecht und nicht dem Regulierungsrecht zugerechnet.¹ Dieser Einschätzung liegen jedoch Annahmen zugrunde, die es im Lichte der Veränderungen zu überprüfen gilt. Der Trend zur Ökonomisierung, gerade auch im kulturellen Bereich, lässt es jedenfalls nicht mehr zu, Wirtschaftsregulierung einerseits und Bildungsverwaltung andererseits a priori als unvereinbare Gegensätze zu betrachten.

Unter traditionellem Blickwinkel wird das Hochschulrecht in der Tat durch gänzlich andere Strukturen geprägt als das Regulierungsrecht, selbst wenn man dieses nicht auf die Netzsektoren beschränkt: Regulierung hat mit dem Verhalten vorwiegend privater Wirtschaftsteilnehmer zu tun, die staatliche Hochschulaufsicht dagegen mit Strukturen funktionaler, grundrechtsgeprägter Selbstverwaltung.² Die Hochschulen waren keine Wettbewerbssubjekte, sondern Objekte staatlicher Ka-

* Der Vortrag greift Überlegungen auf, die ausführlicher in *Febling*, Hochschule, in: Febling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, Tübingen 2010, § 15 erschienen sind. Für wertvolle Mitarbeit insbesondere bei der Erstellung der Nachweise danke ich meinem Wiss. Mitarbeiter *Johannes Kefßner*.

¹ Grundlegend *Oppermann*, Kulturverwaltungsrecht, 1969, insbes. S. 29 ff. u. 292 ff.

² Zu dieser Einordnung und zum Folgenden *Febling*, Neue Herausforderungen an die Selbstverwaltung in Hochschule und Wissenschaft, DV 35 (2002), 399 (401 ff.).

pazitätsfestsetzung, Haushaltsplanung und -bewirtschaftung. Das Organisationsmodell der Gruppenuniversität basierte auf dem Prinzip der partizipatorisch-sachverständigen Selbstbestimmung, nicht dem eines mitbestimmten Unternehmens. Wettbewerbsdenken bezog sich auf wissenschaftliche Leistungen und kaum auf ökonomische Akquise. Kurzum: Die Macht des Geldes sollte sich der Macht des Geistes³ unterordnen.

In jüngerer Zeit sucht die Politik⁴ jedoch den Wettbewerb zwischen den und innerhalb der Hochschulen zu intensivieren. Die Universität mutiert jedenfalls teilweise zum kundenorientierten Dienstleistungsunternehmen mit erweiterter rechtlicher – nicht notwendig tatsächlicher – Autonomie gegenüber dem Staat, bis hin zur Insolvenzfähigkeit. Durch das vermehrte Aufkommen privater Hochschulen zeichnet sich die Tendenz zu einem dualen Hochschulsystem ab.⁵ Zwar bleibt der private Sektor hier, anders als beim Rundfunk, aus Finanzierungsgründen quantitativ weitgehend auf eine Nischenstellung begrenzt, vermag aber im Reformprozess eine nicht zu unterschätzende Anstoßfunktion zu entfalten. Im wettbewerblichen Umfeld gewinnt die – über Akkreditierungsagenturen zunehmend externe – Qualitätssicherung an Bedeutung, um für die Studierenden gleichsam „Verbraucherschutz“ zu gewährleisten. Die sozialstaatliche Aufgabe, ein flächendeckendes ausreichendes Angebot an Studienplätzen zu sichern, stellt sich nach dem Rückbau staatlicher Kapazitätsplanung und -verteilung unter neuen, durchaus den klassischen Regulierungssektoren ähnlichen Vorzeichen. Schließlich nimmt auch im Hochschulbereich die internationale und vor allem europäische Vernetzung rapide zu.

Diese neuen Ziele und Strukturen lösen das alte bildungs- und kulturverwaltungsrechtliche Paradigma keineswegs gänzlich ab, sondern überlagern es in einer prekären Gemengelage. Regulierungstypische Ziele und Instrumente finden sich daher weder heute noch künftig „eins zu eins“ im Hochschulrecht wieder. Dafür sorgt schon die ungeachtet aller Autonomie-Lösungen fortbestehende finanzielle Abhängigkeit der Hochschulen vom Staat und von mittelbar staatlichen Drittmittelgebern. Dementsprechend ist das Reforminstrumentarium zu einem wesentli-

³ So der Titel von *Dörr u.a. (Hrsg.)*, FS-Schiedermair, 2001.

⁴ Dabei hat das von der Bertelsmann-Stiftung getragene „Centrum für Hochschulentwicklung“ (CHE) die Meinungsführerschaft inne; repräsentativ *Müller-Böling*, Die entfesselte Hochschule, 2000. Ferner etwa *Amrhein*, Die Universität als Dienstleistungsunternehmen, 1999, insbes. S. 18 f.; *Hödl/Zegelin*, Hochschulreform und Hochschulmanagement, 1999, S. 275 ff. Im Detail überzogene, im Kern aber berechnete Kritik bei *Dähne*, Forschung zwischen Wissenschaftsfreiheit und Wirtschaftsfreiheit, 2007, S. 205 ff.; überzeugender *Hoffacker*, Die Universität des 21. Jahrhunderts, 2000, S. 95 ff.

⁵ *Steinkemper*, Die verfassungsrechtliche Stellung der Privathochschule, 2002, insbes. S. 91; *Fehling*, in: BonnK, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit), 2004, Rn. 37, jeweils in begrifflicher Anlehnung an das duale Rundfunksystem mit öffentlich-rechtlichen und privaten Anbietern; von einem „hinkenden dualen System“ spricht *Kämmerer*, Regulierung staatlicher und privater Hochschulen, in: ders./Rawert (Hrsg.), Hochschulstandort Deutschland, 2003, S. 119 (123).

chen Teil dem „Neuen Steuerungsmodell“ als Projekt der Verwaltungsmodernisierung (und gerade nicht der Regulierung verwaltungsexterner Wirtschaftssubjekte) entlehnt.⁶ Zudem verläuft die durch die Wissenschaftsfreiheit verbürgte Autonomie vielfach quer zu wirtschaftlichen Freiheits- und Gestaltungsspielräumen der „entfesselten Hochschulen“.⁷ Wohl aber lassen sich vermehrt Annäherungen des Hochschul- an das Regulierungsrecht beobachten, die es im Folgenden herauszuarbeiten gilt.

2 Regulierungstypische Ziele und Mechanismen im Hochschulrecht

Die Hochschulgesetzgebung enthält keine ausdrücklichen (Regulierungs-)Zielbestimmungen. Normiert werden vielmehr die Hochschulaufgaben⁸, die in Ziel- und Leistungsvereinbarungen zu konkretisieren sind. In einer Gesamtschau der einschlägigen Regelungen sind trotz andersartiger Gesetzestermini sowohl regulierungsspezifische als auch eher regulierungsfremde Ziele und Strukturen zu identifizieren. Weit stärker als die Regulierung in den Netzsektoren ist die Hochschulaufsicht, jedenfalls staatliche Hochschulen betreffend, durch Instrumente „weicher“ indirekter Steuerung gekennzeichnet. Als besonders wirkungsvoll erweist sich dabei weiterhin der „goldene Zügel“ des Geldes.⁹

Dabei lässt sich auch im Hochschulrecht das für die Regulierung typische Zusammenspiel von kontinuierlicher Förderung von Wettbewerb einerseits und der Implementierung sonstiger Gemeinwohlbelange in zunehmend marktähnliche Prozesse andererseits nachweisen. Der Wettbewerb ist hier jedoch nur partiell ökonomischer Natur;¹⁰ es geht auch um Reputation, Ideen, um (Bildungs- und Erkenntnis-)Qualität. Bei den außerökonomischen Zielsetzungen lassen sich solche

⁶ *Fehling* (Fn. 2), 408 f.; *Mager*, Die Universität im Zeichen von Ökonomisierung und Internationalisierung, VVDStRL 65 (2006), 274 (278); *Kracht*, Das neue Steuerungsmodell im Hochschulbereich, 2006, insbes. S. 117 ff.

⁷ So der Titel von *Müller-Böling* (Fn. 4); aufgegriffen z.B. von *Ladeur*, Die Wissenschaftsfreiheit der entfesselten Hochschule, DÖV 2005, 753.

⁸ Z.B. § 2 HRG, § 2 LHG BW.

⁹ Zur hohen Bedeutung der finanziellen Steuerung im Wissenschaftsrecht allgemein z.B. *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 2. Aufl. 2004, 3. Kap., Rn. 41; *Trute*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, S. 423 ff.; für die europäische Forschungsförderung *Schulte*, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, VVDStRL 65 (2006), 110 (118).

¹⁰ Begrüßenswerte Klarstellung bei *Huber*, Das Hochschulwesen zwischen föderalem Kartell und internationalem Wettbewerb, WissR 39 (2006), 196 (199): Ein wirtschaftliches Wettbewerbsdenken, dass auf Gewinnmaximierung und Verdrängung von Konkurrenten zielt, würde das Wissenschaftssystem insgesamt und den föderalen Bund schädigen; differenzierend aus soziologischer und ökonomischer Sicht *Hein/Pasternack*, Effizienz und Legitimität, Das Hochschulwesen 1998, 141 ff.

als regulierungstypisch einordnen, die auf eine flächendeckende Grundversorgung mit gewissen (Daseinsvorsorge-)Leistungen ausgerichtet sind. Dies ist hier vor allem beim Ausbildungsangebot der Fall.

2.1 Schaffung von Wettbewerb

Für Regulierungsstrukturen kennzeichnend ist vor allem die Etablierung und Unterstützung von Wettbewerb auch dort, wo er sich nicht gleichsam von selbst einstellt.¹¹

Von Wettbewerb ist in hochschulrechtlichen Vorschriften jedenfalls unmittelbar nicht die Rede, umso mehr dagegen in (rechts-)politischen Stellungnahmen zur Reform des Hochschulwesens¹² auf europäischer wie auf nationaler Ebene. Ebenso wie in anderen Sektoren ist Wettbewerb im Hochschulwesen kein Selbstzweck; man erhofft sich vielmehr verbesserte Leistungen in Forschung und Lehre, die freilich mittelbar wiederum der wirtschaftlichen Prosperität zugute kommen sollen.¹³

Auch im Hochschulwesen müssen mehrere „Märkte“ unterschieden werden, die allerdings nicht nur oder auch nur vorwiegend ökonomischen Gesetzen von Angebot und Nachfrage gehorchen.¹⁴ Deshalb ist die Marktabgrenzung hier besonders schwierig und nicht allein mit den aus dem Kartellrecht bekannten Methoden¹⁵ möglich. Auf einer ersten Ebene ist zwischen dem Wettbewerb um Professoren und Mitarbeiter, um (besonders vielversprechende) Studierende und um Finanzmittel zu unterscheiden; die beiden letztgenannten „Märkte“ sind freilich teilweise dadurch verknüpft, dass die Zahl und die Leistungen der Studierenden

¹¹ Statt vieler *Fehling*, Regulierung als Staatsaufgabe im Gewährleistungsstaat Deutschland, in: Hill (Hrsg.), *Die Zukunft des öffentlichen Sektors*, 2006, S. 91 (97 ff. m.w.N.)

¹² Nw. oben Fn. 4; außerdem etwa *Monopolkommission*, Wettbewerb als Leitbild für die Hochschulpolitik, Sondergutachten 30, 2000; *Oberender/Jochen Fleischmann*, Wettbewerb als Reformperspektive für die Hochschulen, *ORDO* 54 (2003), 93 (103 ff.); *Erhard*, Mehr Wettbewerb – weniger Staat: Hochschulreform in Deutschland, *WissR* 32 (1999), 1 ff.

¹³ Vgl. die Mitteilung der *EG-Kommission*, Wissenschaft und Technology: Schlüssel zur Zukunft Europas – Leitlinien für die Forschungsförderung der Europäischen Union, KOM (2004) 353 endg., insbes. Ziff. 1 u. – mit Bezug zur Ausbildung – Ziff. 25. Die Bedeutung von Bildung und Wissen im internationalen Wirtschafts- und Standortwettbewerb betonen z.B. *Mager* (Fn. 6), 276 f.

¹⁴ Für die semi-staatlichen Drittmittel verweist *Löwer*, in: Hailbronner/Geis (Hrsg.), *Kommentar zum Hochschulrahmengesetz (HRG)*, Bearbeitung 2004, § 25, Rn. 3 mit Recht darauf, dass die Knappheitsentscheidung hier normativ-politischer Art und nicht vom Angebot und Nachfrage bestimmt ist. Von Quasimärkten sprechen daher *Schröder*, Leistungsorientierte Ressourcensteuerung und Anreizstrukturen im deutschen Hochschulsystem, 2003, S. 54 ff. sowie *Hoffacker* (Fn. 4), S. 89.

¹⁵ Zum wettbewerbsbezogenen Bedarfsmarktconcept, das auf die Substituierbarkeit von Produkten aus der Sicht der Abnehmer abstellt, siehe *Müschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*, Bd. 2: *GWB*, 4. Aufl. 2007, § 19, Rn. 23 ff.

wiederum Indikatoren für die leistungsgesteuerte staatliche Finanzierung sein werden. Es finden sich unterschiedliche Märkte für unterschiedliche Finanzquellen: die Sockelfinanzierung im staatlichen (Global-)Haushalt, Drittmittel semi-staatlicher Förderungsorganisationen (insbesondere der DFG) und schließlich private Drittmittel. Weitere Märkte öffnen sich bei der eigenwirtschaftlichen Betätigung, die – in gewisser Parallele zur wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen und der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten – auch bei den staatlichen Hochschulen an Bedeutung gewinnt: vom Weiterbildungsangebot über (sogar international vermarktetes) E-Learning sowie Technologietransfer¹⁶ in die Praxis bis hin zum Merchandising.¹⁷

Der Wettbewerb um Studierende weist zunehmend Ähnlichkeiten mit dem Wettbewerb um Kunden¹⁸ in anderen Regulierungszweigen auf. In der allgemeinen Wahrnehmung und im – durchaus problematischen – Selbstverständnis mutieren die Studierenden ohnehin immer mehr von Partnern im Erkenntnisprozess (nach dem Humboldtschen Ideal) zu nun auch zahlenden Kunden, die für ihre Studiengebühren eine optimale Ausbildungsdienstleistung einfordern.¹⁹ Wettbewerb um Kunden ist freilich zwar typisch für die Wirtschaft, nicht aber speziell für die Regulierungssektoren. Im Übrigen geht es bei den Hochschulen im Wettbewerb um besonders qualifizierte Studierende nicht um Gewinnerzielung, wengleich die mittelbaren finanziellen Auswirkungen künftig nicht unterschätzt werden sollten. Solche Rückwirkungen sind namentlich bei der Bemessung der staatlichen Sockelfinanzierung, bei der Attraktivität für Drittmittelgeber sowie möglicherweise sogar beim späteren „Rückfluss“ von Spenden dankbarer Alumni zu erwarten.²⁰ Den Wettbewerb sucht der Gesetzgeber hier durch eine partielle Deregulierung zu fördern, nämlich mittels Zurückdrängung der zentralen Vergabe von Studienplätzen durch die ZVS und parallele Schaffung und Erweiterung von Auswahlmöglichkei-

¹⁶ Dazu *Lux*, Rechtsfragen der Kooperation zwischen Hochschulen und Wirtschaft, 2002; *Tettinger/Lux/Wesener*, Die Kooperation des Wissenschaftlers mit der Wirtschaft und das Nebentätigkeitsrecht der Professoren, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 2004, Kap. V, Rn. 3 ff.

¹⁷ Zum Ganzen *Fehling*, Neue Einnahmequellen durch wirtschaftliche Betätigung von Hochschulen, in: ders./Kämmerer/Schmidt (Hrsg.), Hochschulen zwischen Gleichheitsidee und Elitestreben, 2005, S. 35 ff.; zur massiv gestiegenen Bedeutung schon *von Trotha*, Die Beweglichkeit der Unbeweglichen, in: Kämmerer/Rawert (Fn. 5), S. 3 (15).

¹⁸ Marktradikal übersteigernd *Woll*, Reform der Hochschulausbildung durch Wettbewerb, 2001.

¹⁹ Von Hochschulausbildung als grundsätzlich marktfähigem Gut sprechen in diesem Kontext die *Monopolkommission* (Fn. 12), Anm. 84 (mit Tendenz zur vulgärökonomischen Simplifizierung); *Mager* (Fn. 6), 287; wichtige Relativierungen aus ökonomischer Sicht bei *Dilger*, Was nichts kostet, ist auch nichts wert?, FuL 2008, 18 ff.; bedenkenswerte Skepsis ferner bei *Bull/Mebde*, Reform der Hochschulorganisation – die populären Modelle und ihre Probleme, JZ 2000, 650 (657 f.).

²⁰ Zu letzterem *Kuchenbecker*, Ko-Finanzierung durch Alumni-Netzwerke am Beispiel der George Washington University, in: *Fehling/Kämmerer/Schmidt* (Fn. 17), S. 81 ff.; *Haibach*, Entwicklung und Perspektiven des Hochschul-Fundraisings, in: Beiträge zur Hochschulforschung, 3/2008, S. 10 (19 ff.).

ten durch die Hochschulen selbst (vgl. § 32 HRG).²¹ Zumindest vorerst verbleibt es allerdings mit Blick auf die NC-Rechtsprechung bei weitreichender staatlicher Planung der Ausbildungskapazität (vgl. § 30 HRG).²²

Der regulierungsrechtstypischen Markt- und Wettbewerbsstrukturierung am nächsten kommt der Wettbewerb um Finanzmittel. Hier geht es nicht um bloße Deregulierung, auch nicht um kartellrechtsähnliches punktuelles Reagieren auf Wettbewerbshemmnisse, sondern um die (semi-)staatliche Schaffung wettbewerblicher Vergabeverfahren. Diese sollen später noch gesondert betrachtet werden.²³

Nur indirekt im Wettbewerb erfolgt dagegen die idealtypisch an Leistungsindikatoren orientierte²⁴ staatliche Sockelfinanzierung der Hochschulen. Die Knappheit der finanziellen Ressourcen legt es nahe, dass der Finanzgewinn der einen Hochschule auf Kosten anderer Hochschulen geht. Diese Form des Wettbewerbs weist eine größere Verwandtschaft zum „Neuen Steuerungsmodell“ als Leitbild der internen Verwaltungsmodernisierung auf. Allerdings könnte die Verknüpfung von Ziel- und Leistungsvereinbarungen mit Finanzierungszusagen vermehrt auch dazu führen, dass der Staat bestimmte Leistungen in Forschung und Lehre von den Hochschulen mehr oder minder „einkauft“.

Noch zu wenig juristische Beachtung hat das Wettbewerbsverhältnis zwischen staatlichen und privaten Hochschulen erfahren.²⁵ Die Regulierung der beiden Säulen des sich entwickelnden dualen Hochschulsystems ist kaum aufeinander abgestimmt. Darauf ist zurückzukommen.²⁶

Schließlich erfolgt die Organisation des nationalen Hochschulwettbewerbs mit Blick auch auf die internationale Konkurrenzfähigkeit des deutschen Hochschulsystems. In einigen Netzsektoren schwingt in den politisch grundlegenden Weichenstellungen mehr oder minder offen die Absicht mit, zumindest ein deutsches Unternehmen stark zu machen für den zunehmend internationalen Wettbewerb. Im Hochschulsektor verfolgt die „Exzellenzinitiative“ des Bundes das ähnliche Ziel, durch gezielte Förderung einige deutsche Universitäten als nationale Champi-

²¹ Überblick bei *Datzler*, Diversifizierung beim Hochschulzugang: Die Auswahl der Studierenden aus Ländersicht, in: Fehling/Kämmerer/Schmidt (Fn. 17), S. 99 ff.

²² Zu den verfassungsrechtlichen Möglichkeiten einer begrenzten Flexibilisierung *Kluth*, Verfassungsrechtliche Anforderungen an ein modernisiertes Kapazitätsrecht, in: Hommelhoff/Müller (Hrsg.), Plädoyer für ein neues Kapazitätsrecht, *WissR Beiheft* 18, 2007, S. 60 (71 ff.).

²³ Siehe unten IV. 1.

²⁴ Instruktiv *Guntermann*, Rechtsstellung und Organisation der Hochschulen – Hochschulfinanzierung, in: Haug (Hrsg.), *Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg*, 2001, Rn. 536 ff.; kritisch *Hoffacker* (Fn. 4), S. 96 ff.

²⁵ Vgl. aber *Zacharias*, Möglichkeiten internationaler Betätigung von Hochschulen nach dem General Agreement on Trade in Services (GATS), *WissR* 38 (2005), 290, 294.

²⁶ Siehe unten IV. 3.

ons (vulgo: Leuchttürme) in die universitäre Weltspitze zu führen.²⁷ Die aus anderen Sektoren bekannte Kritik an einer wettbewerbsverzerrenden Bevorzugung nationaler Champions in der innerstaatlichen Regulierung²⁸ lässt sich auf die Exzellenzinitiative freilich nicht ohne weiteres übertragen, weil hier kein geborener Marktführer geschont, sondern die nationalen „Leuchttürme“ in einem – wenn auch mit erheblichen Schwächen behafteten – wettbewerblichen Ausschreibungsverfahren ermittelt wurden.²⁹

2.2 Staatliche Gewährleistungsverantwortung für ein flächendeckendes Angebot der Hochschulbildung und der akademischen Berufsausbildung

Auch im Hochschulsektor ist dem Wettbewerbsziel eine spezifische, mit dem Daseinsvorsorgegedanken verwandte (Ausbildungs-)Gewährleistungsverantwortung zur Seite gestellt.

Die akademische Bildung wie auch die Vorbereitung auf die akademischen Berufe gehören zu den gesetzlichen Kernaufgaben aller Hochschulen (vgl. § 2 Abs. 1 S. 2 HRG). Aufgrund der weitgehenden Monopolstellung der staatlichen Hochschulen für diese Ausbildungswege hat das Bundesverfassungsgericht hier ausnahmsweise sogar einen grundrechtlichen und sozialstaatlichen (Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG) Leistungsanspruch auf Hochschulzugang anerkannt. Dieser ist freilich im Umfang beschränkt auf das, was der Einzelne von der Gemeinschaft vernünftigerweise erwarten kann.³⁰ Weil viele Studierende schon aus finanziellen Gründen zunächst bei ihren Eltern wohnen bleiben (müssen) und ihre Mobilität dementsprechend beschränkt ist, muss auch räumlich ein mehr oder minder flächendeckendes Angebot an entsprechenden Studienmöglichkeiten vorgehalten werden.

²⁷ Geschildert bei *Kämmerer*, Die verfassungsrechtliche Zuständigkeit für die Hochschulfinanzierung: Zwischen „Eliteuniversitäten“ und „Exzellenzclustern“, in: Fehling/Kämmerer/Schmidt (Fn. 17), S. 1 f.; von *Münch*, „Elite-Universitäten“: Leuchttürme oder Windräder?, 2005.

²⁸ *Monopolkommission*, Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 15. Hauptgutachten gemäß § 44 Abs. 1 S. 1 GWB – 2002/2003 –, 2005, BT-Drs. 15/3610; darauf antwortend Stellungnahme der *Bundesregierung*, BT-Drs. 15/5819, Tz. 6 ff.

²⁹ Siehe oben Fn. 27.

³⁰ Grundlegend BVerfGE 33, 303 (329 ff.); 43, 291 (317 ff.) – Numerus Clausus. Zum Gebot der Kapazitätserschöpfung z.B. *Kluth* (Fn. 22), S. 65 f.; für Bachelor-Studiengänge VerfGH Berlin, DVBl. 2008, 137 ff. m. Anm. *Trenczke/Plöse*; vgl. auch *Kluckert*, Gesetzliche Zugangsregelungen für Masterstudiengänge im Land Berlin und das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit, DÖV 2008, 904 ff.

Da somit auch geographisch ein „Netz“ von Studienmöglichkeiten geschaffen werden muss, kann in einem weiten Sinne³¹ von einem Studienplatz-Infrastrukturgewährleistungsauftrag gesprochen werden. Diesbezüglich lassen sich gewisse Parallelen zu Grundversorgungspflichten im Energierecht bzw. Universaldienstverpflichtungen im Post- und im Telekommunikationssektor konstruieren. Auch beim Hochschulzugang geht es um die Befriedigung ideell (Bildung)³² wie materiell (spätere Berufschancen) wichtiger Bedürfnisse für zunehmend breitere Bevölkerungskreise.

Eine Mitverantwortung des Staates für die Ausbildungsbelange ist als Grenze des Selbstverwaltungsrechts der Hochschulen und verfassungsimmanente Schranke der Wissenschaftsfreiheit anerkannt.³³ Dabei lässt sich von einer staatlichen Gewährleistungsverantwortung für ein ausreichend breites, von allen Studierwilligen finanzierbares³⁴ Angebot an Studienplätzen sprechen.

Die Verknüpfung des Daseinsvorsorgeziels eines flächendeckenden akademischen (Aus-)Bildungsangebots mit Wettbewerbsstrukturen ist längst nicht so weit fortgeschritten wie im besonders regulierungstypischen Universaldienstmodell. Bei der Bereitstellung von Studienplätzen dominiert in Knappheitssituationen trotz gewisser Deregulierung eine direkte staatliche Steuerung durch Gesetz (Art. 7 ZVS-StaatsV³⁵), Kapazitätsverordnung und Zuweisungsakt; den Hochschulen bleiben derzeit nur gewisse Auswahl- und Konkretisierungsspielräume (vgl. Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 ZVS-StaatsV). Eine passgenauere, regulierungstypischere Implementierung des Gemeinwohlziels der Ausbildungs-Daseinsvorsorge in Markt- und Wettbewerbsstrukturen wird jedenfalls mittelfristig über Ziel- und Leistungsvereinbarungen möglich, wenn diese die Höhe staatlicher Finanzzuweisungen auch an bestimmte Leistungsindikatoren in der Ausbildung koppeln. Die private Säule, die beim Rundfunk mit gutem Grund ebenfalls einer – freilich eingeschränkten – Vielfaltsregulierung unterliegt, bleibt im Hochschulbereich bezüglich Kapazitäten und Studierendenauswahl noch fast gänzlich regulierungsfrei.³⁶

³¹ D.h. die nicht physische „materielle“ Infrastruktur einbeziehend; zu den verschiedenen Begriffen einer (Netz-)Infrastruktur grundlegend *Jochimsen*, Theorie der Infrastruktur, 1966, S. 100, zur „materiellen“ Infrastruktur a.a.O., S. 103 f.

³² Bezeichnenderweise komplett vernachlässigt von der *Monopolkommission* (Fn. 12), Anm. 84, deren Horizont nur bis zum „studentischen Investor“ und zum „Humankapital“ reicht.

³³ BVerfGE 93, 85 (95 f.); BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), WissR 40 (207), 434 (437) – Bachelor und Master.

³⁴ Dies gewinnt in der Auseinandersetzung um Studiengebühren zentrale Bedeutung, vgl. OVG Münster, DVBl. 2007, 1442 (wonach nur die Errichtung einer „unüberwindlichen sozialen Barriere“ – Hervorhebung vom Verf. – unzulässig sein soll); tendenziell strenger die Vorinstanz VG Minden, DVBl. 2007, 773 ff.; zu Langzeitstudiengebühren BVerwGE 115, S. 32 (37 ff.). Die Risiken klar benennend *Bull/Mebde* (Fn. 19), 657; *Thieme*, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 869 f.

³⁵ Staatsvertrag über die Vergabe von Studienplätzen v. 22.06.2006, z.B. HmbGVBl. 2006, 569.

³⁶ De lege lata – freilich rechtspolitisch fragwürdig – selbst dann, wenn private Hochschulen erhebliche Staatszuschüsse erhalten; auf die auch dann fehlende Grundrechtsbindung verweist *Thieme* (Fn.

Der sich langsam öffnende Hochschulausbildungsmarkt zieht, im ökonomischen Leitbild konsequent, ein gesteigertes Bedürfnis nach einer Art Verbraucherschutz für Studierende und Studienbewerber nach sich. Politisch meint man dem Bedürfnis nach Transparenz des Angebots vor allem durch eine Standardisierung der Studiengänge und -abschlüsse Rechnung tragen zu müssen – Stichworte: Bachelor und Master. Die Qualitätssicherung soll wissenschaftsfreiheitsschonend über Akkreditierungen und Evaluationen von Studiengängen bzw. Veranstaltungen erfolgen (§ 6 HRG). Man mag insoweit von regulierter Selbstregulierung sprechen, doch erzeugt dies neue Bürokratie und die faktischen Selbstbestimmungsspielräume der Hochschulen erscheinen kaum größer als bei traditioneller staatlicher Genehmigung.

3 Schutz der Wissenschaftsfreiheit als regulierungsfremder Gesichtspunkt

Anders als die übrigen Regulierungsbereiche (mit gewisser Ausnahme des Rundfunks) wird das Hochschulrecht wesentlich durch ein außerökonomisches Freiheitsrecht geprägt, welches die Wettbewerbs- und Studienplatz-Infrastruktur-gewährleistungsziele in Ausprägung und Verwirklichung modifiziert.

Die Wissenschaftsfreiheit lässt sich auch nur teilweise mit regulierungsspezifischen Instrumenten in Markt- und Wettbewerbsprozesse implementieren, sondern setzt in ihren verschiedenen Grundrechtsfunktionen der ökonomischen eine andere Handlungs- und Systemrationalität³⁷ entgegen. Als Abwehrrecht gewährleistet Art. 5 Abs. 3 GG individuelle (Experimentier-)Freiheit in Forschung und Lehre teilweise auch frei von wirtschaftlichen Rücksichten. Effektiert wird diese Freiheit durch Teilhaberechte. Mittels einer Lebenszeitstellung³⁸, zeitlicher Freiräume³⁹ und einer finanziellen Grundausstattung⁴⁰ frei von besonderen Leistungsnachweisen und ohne Wettbewerb um Mittel sollen die Hochschullehrer gerade ein Stück weit aus ökonomischen Zwängen befreit werden. In diesen Kontext gehört auch das

34), Rn. 804; Lorenz, in: Hailbronner/Geis (Hrsg.), Kommentar zum Hochschulrahmengesetz (HRG), Bearbeitung 2000, § 70, Rn. 19.

³⁷ Mit systemtheoretischer Fundierung Luhmann, Die Wissenschaft der Gesellschaft, Lizenzausgabe Wiss. Buchgesellschaft 2002, insbes. S. 271 ff.; Schulte (Fn. 9), 111 f.; siehe auch Huber (Fn. 10), 206 ff.

³⁸ Dies schließt eine Art Probezeit verfassungsrechtlich nicht aus; Versuch einer ökonomischen Analyse zur „Academic Tenure“ Ferris/McKee, International Review of Law and Economics 25 (2005), 290 ff., die – freilich ohne Bezug zum deutschen Recht und zur Wissenschaftsfreiheit – für eine intensive Evaluation vor der Verleihung von „Tenure“ plädieren.

³⁹ Württemberg, Zeit und Wissenschaftsfreiheit, FS-Löwisch, 2007, S. 449 (454 f.); den politischen Einschätzungsspielraum betonend VGH Mannheim, VBIBW 2006, 464 ff.

⁴⁰ BVerfGE 111, 333 (362); 43, 242 (285); BVerwGE 52, 339 (342 ff., 348 ff.); zum Ganzen z.B. Fehling (Fn. 5), Art. 5 Abs. 3, Rn. 41; zur (noch) genügenden W-Besoldung jüngst BayVerfGH, NVZ 2009, 46 ff.

Verbot, das Einwerben von Drittmitteln, welche Anreize für eine auftrags- und ergebnisorientierte Forschung schaffen, zum Maßstab für die staatliche Sockelfinanzierung zu machen.⁴¹ Als wertentscheidende Grundsatznorm für das Verhältnis von Staat und Wissenschaft garantiert das Grundrecht Selbstverwaltungsstrukturen teilweise auch in Abgrenzung zu unternehmenstypischen effizienzorientierten Führungsstrukturen.

Doch darf der Gegensatz nicht überzeichnet werden. Die Autonomiegewährleistungen des Art. 5 Abs. 3 GG dienen nicht primär individueller oder kollektiver Selbstverwirklichung, sondern sollen – wie der als „Entdeckungsverfahren“ (*von Hayek*) ersehnte Wettbewerb – Kreativität und Innovationskraft befördern,⁴² wovon man sich wiederum auch (freilich keineswegs nur) wirtschaftliche Impulse verspricht.⁴³ Die Wissenschaftsfreiheit wird damit zwar nicht zu einer rein dienenden Freiheit wie dies bei der Rundfunkfreiheit der Fall ist. Im Schutzbereich wird die abwehrrechtliche Garantie nicht von vornherein durch objektiv-rechtliche Bindungen in den Hintergrund gedrängt. Wohl aber rechtfertigen die spezifische sozioökonomische Gemeinwohlerwartung an die wissenschaftliche Betätigung und darauf abzielende staatliche Finanzierung in der Verhältnismäßigkeitsabwägung tendenziell weitreichendere Autonomie-Einschränkungen, als dies bei anderen Freiheitsrechten, bei denen die individuelle Entfaltung als solche stärker im Vordergrund steht, möglich wäre.⁴⁴

Der Unterschied zur regulierungstypischen Wettbewerbsstimulierung liegt somit weniger in der letztendlichen Zielsetzung als in den dafür eingesetzten Mitteln und Strukturen: Art. 5 Abs. 3 GG markiert die Grenze für (indirekte) staatliche Steuerung zugunsten einer Verfassungserwartung an die produktive Kraft freier Wissenschaft.

In kulturverwaltungsrechtlicher Tradition trifft den Staat als Hochschulträger für die Freiheit von Forschung und Lehre eine besondere Gewährleistungsverantwortung. Diese bedingt teilweise andere Norm- und Regelungsstrukturen, als sie sonst für das Regulierungsrecht typisch sind. In den Netzwirtschaften führen die Schwierigkeiten bei der Durchsetzung chancengleichen Wettbewerbs tendenziell zu immer komplexeren, ökonomisch aufgeladenen Anordnungsermächtigungen, namentlich bei Netzzugang und Entgeltregulierung, mit gewissen Spielräumen zur einzelfallbezogenen Konkretisierung bei einer Regulierungsbehörde. Im Hochschulrecht muss es dagegen zur Freiheitssicherung bei offenen Rahmenvorgaben

⁴¹ BVerfGE 111, 333 (359); siehe auch *Mager* (Fn. 6), 285 f.

⁴² Diese Parallele wird besonders deutlich bei *Ruffert*, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, VVDStRL 65 (2006), 146 (169), wenn er von der „unsichtbare(n) Hand der Wissenschaftsfreiheit“ spricht.

⁴³ Am deutlichsten ist dies bei der universitären Berufsausbildung sowie bei der anwendungsorientierten Forschung, die in den technisch-naturwissenschaftlichen Fächern eng mit der hochschulgesetzlichen Aufgabe des Technologietransfers (dazu oben Fn. 16) verknüpft sein kann.

⁴⁴ Dazu näher *Fehling* (Fn. 5), Art. 5 Abs. 3, Rn. 20 m.w.N.

verbleiben, deren Konkretisierung durch die Hochschulen selbst (in internen Ordnungen) oder aber – häufiger – im Zusammenwirken von Staat und Hochschulen zu erfolgen hat.⁴⁵ Regulierte Selbstregulierung erscheint hier grundrechtlich geboten und ist nicht nur eine Frage der Effizienz.⁴⁶ Diesem Leitbild folgt auch die Umstellung bisheriger Mechanismen der Zusammenarbeit von Staat und Hochschulen (z.B. staatlicher Anzeige- oder Genehmigungsvorbehalt) auf vertragliche Strukturen; im weiteren Sinne lässt sich hier auch die paritätische Besetzung von Hochschul- oder Stiftungsräten einbeziehen.

4 Ausgewählte Problembereiche?

Im Folgenden wird der Versuch unternommen, anhand drei zentraler Problemfelder auch einige rechtspolitische Möglichkeiten der Weiterentwicklung in Richtung regulierungstypischer Strukturen aufzuzeigen.

4.1 Ausschreibungs- und Vergabeverfahren als Mittel der Wettbewerbsstimulierung.

Sie bilden das regulierungstypischste Steuerungsinstrument im Hochschulsektor. Bislang finden sie sich vor allem bei der Vergabe von Drittmitteln durch halbstaatliche Organisationen wie der DFG und gemeinnützige private Drittmittelgebern wie z.B. der Thyssen-Stiftung. Die Mittelvergabe im Rahmen der viel diskutierten „Exzellenzinitiative“ verläuft in ähnlicher Weise.⁴⁷ Tendenziell wird die staatliche Sockelfinanzierung zurückgefahren, um mehr Geld im Ausschreibungswettbewerb vergeben zu können.⁴⁸ Ausschreibungswettbewerb gibt es zunehmend aber auch – unter dem Einfluss des Vergaberechts – bei der Vergabe staatlicher Gutachtenaufträge. Der potentielle Anwendungsbereich solcher Wettbewerbsverfahren ist dadurch jedoch bei weitem noch nicht ausgeschöpft. Zu denken wäre etwa an die Ausschreibung zusätzlich benötigter Ausbildungskapazitäten in gewisser Anlehnung an das Universaldienstleistungsmodell. Auch bei hochschulübergreifenden zentralen Einrichtungen wie z.B. Großtechnik oder besondere Bibliotheken ließe sich an eine Ansiedlungsentscheidung im Vergabewettbewerb denken. Schließlich könnten sogar besondere Forschungsprojekte und -schwerpunktbildungen auch außerhalb der Drittmittelförderung durch das finan-

⁴⁵ *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource – Einleitende Problem-skizze, in: ders./Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 9, 30; *Febling* (Fn. 2), 406 f.

⁴⁶ Vgl. auch *Schulte* (Fn. 9), 125 u. 136 u. 139.

⁴⁷ Dazu *Schulte* (Fn. 9), 129.

⁴⁸ Besonders deutlich *Hendler*, Die Universität im Zeichen von Ökonomisierung und Internationalisierung, VVDStRL 65 (2006), 238 (254).

zierende Land im Wettbewerb vergeben werden; die entsprechende Ziel- und Leistungsvereinbarung diene dann der vertraglichen Umsetzung der Vergabeentscheidung mit dem Gewinner der Ausschreibung.

Ausschreibungswettbewerbe um projektbezogene Forschungsmittel lassen sich ein Stück weit mit Ideenwettbewerben (Auslobungsverfahren) nach Vergaberecht (vgl. § 31a VOL/A) vergleichen, wie sie dort vor allem im künstlerisch-gestalterischen Bereich verbreitet sind, aber auch zur Innovationsförderung eingesetzt werden können.⁴⁹ Die Verfahrensgestaltung selbst ist freilich im Wissenschaftsbereich kaum mit dem Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge oder demjenigen für Dienstleistungskonzessionen vergleichbar. Für die Vergabe semi-staatlicher Drittmittel gibt es keine Formalisierung, die dem offenen oder nicht offenen Verfahren des GWB vergleichbar wäre. Wegen des grundrechtlichen Teilhabeanspruchs wird man allerdings eine Ausschreibung verlangen müssen, die auch allgemein üblich ist; ferner sind mehr als bisher Gleichbehandlung und Transparenz zu gewährleisten. Dies gilt freilich mangels Grundrechtsbindung nicht für materiell private Drittmittelgeber. Im Übrigen kann die Ausschreibung wissenschaftstypisch nicht den Formalisierungsgrad aufweisen wie im Vergaberecht, wo eine umfassende Beschreibung der gewünschten Leistung (und sei die Beschreibung auch funktional) gefordert ist.⁵⁰

Allgemein – in der Wissenschaftsförderung kaum anders als beim ÖPNV – besitzt das Ausschreibungsverfahren mit der Kreation recht konkreter semi-staatlich festgelegter Wettbewerbsbedingungen eine gewisse planerisch-dirigistische Note, jedenfalls wenn man diesen staatlich initiierten Wettbewerb mit dem Ideal eines gänzlich freien wissenschaftlichen Wettbewerbs der Ideen auf dem Marktplatz der „Scientific Community“ vergleicht.⁵¹ Hieran wird deutlich, dass der regulierte Wettbewerb (mit dem Staat gleichsam als Mentor und – gerade bei der europäischen Forschungsförderung – einer extensiven Kontrollstruktur) nicht mit freiem Wettbewerb (mit dem Staat allenfalls als Schiedsrichter) gleichgesetzt werden darf.

4.2 Zugang zu zentralen Einrichtungen

Zum zweiten will ich mit dem Zugang zu zentralen Einrichtungen einen scheinbar eher nebensächlichen Aspekt ansprechen, der jedoch erhebliches Potential für eine regulierungsrechtsähnliche Steuerung bietet. Die hohen Kosten der Ressourcen im Forschungsbereich führen dazu, dass bestimmte Einrichtungen für die im Wissenschaftssystem oder jedenfalls für die an benachbarten Hochschulen Tätigen zentral bereitgestellt werden müssen. Dies betrifft namentlich Bibliotheken (einschließlich

⁴⁹ Dazu *Fehling*, Innovationsförderung durch staatliche Nachfragemacht – Potentiale des Vergaberechts, in: Hoffmann-Riem/Eifert (Hrsg.), Innovationsfördernde Regulierung, 2009, S. 119 ff.

⁵⁰ Statt vieler *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2008, Rn. 1057; näher *Fehling*, in: Hoffmann-Riem/Eifert (Fn. 49).

⁵¹ Vgl. *Löwer*, in: Hailbronner/Geis (Fn. 14), § 25, Rn. 4.

eines Fernleihsystems), aber auch Labore und extrem teure Forschungsgeräte wie z.B. Teilchenbeschleuniger.

Ökonomisch und in Anleihe an das Kartellrecht (vgl. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB⁵²) lassen sich derartige zentrale Einrichtungen als essential facilities deuten, auf deren Mitbenutzung Wissenschaftler angewiesen sind, um auf dem nachgelagerten „Forschungsmarkt“ erfolgreich agieren zu können. Die Hochschulgesetze enthalten zwar bislang kaum explizite subjektive Mitbenutzungsrechte⁵³, doch lassen sich diese aus der teilhaberechtlichen Seite der Wissenschaftsfreiheit i.V.m. der jeweiligen Benutzungsordnung o.ä. ableiten.⁵⁴ Gewisse Erkenntnisse der Netzökonomie, namentlich zu den Größenvorteilen und zu den externen Effekten, mögen sich übertragen lassen, z.B. auf Bibliotheken und Bibliotheksverbände.

Primär geht es hier um die Wettbewerbsposition der einzelnen Wissenschaftler sowie teilweise der Studierenden, nämlich Lehrmaterial in Bibliotheken und ausbildungsrelevante Laboreinrichtungen betreffend. Sekundär ist jedoch auch der Hochschulwettbewerb berührt, weil sich das Ansehen einer Hochschule nicht zuletzt aus der Reputation der ihr angehörenden Wissenschaftler nährt. Sollte es künftig zu einer extrem wettbewerblich orientierten Hochschullandschaft kommen, könnten die Hochschulen in Versuchung geraten, die eigenen Einrichtungen gegenüber „fremden“ Benutzern abzuschotten oder jedenfalls überhöhte Entgelte für die Benutzung zu verlangen. Nach geltendem Recht sind zentrale (Informations-)Einrichtungen staatlicher Hochschulen anderen Hochschulen und Hochschulfremden typischerweise nur nach Ermessen und gegen Entgelt geöffnet (so etwa § 28 Abs. 1 S. 3 LHG BW); für private Hochschulen fehlt dazu jegliche Regelung.⁵⁵ Die Regelungsstruktur erinnert derzeit eher an die kommunalrechtlichen Bestimmungen zu öffentlichen Einrichtungen⁵⁶ als an regulierungstypische Mitbenutzungsrechte und die daran anknüpfende Entgeltregulierung. Ein Umsteuern könnte jedoch künftig geboten sein, wenn der Staat aus Kostengründen bestimmte

⁵² Anwendbar ist diese Norm hier freilich schon deshalb nicht, weil zwischen der zentralen Einrichtung und dem Zugang begehrenden Wissenschaftler kein wirtschaftliches Wettbewerbsverhältnis, wie von § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB gefordert (*Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker [Fn. 15], § 19, Rn. 203), besteht.

⁵³ Vgl. etwa § 28 LHG BW, der als rein objektive Aufgabenbeschreibung formuliert ist.

⁵⁴ Skeptisch gegenüber einem originären grundrechtlichen Zugangsanspruch *Fehling* (Fn. 5), Art. 5 Abs. 3, Rn. 49; zu weitgehend *Mayen*, *Der grundrechtliche Informationsanspruch des Forschers gegenüber dem Staat*, 1992, S. 151 ff, der von einer „natürlichen Freiheit“ zur Benutzung öffentlicher Einrichtungen und Sachen auch im Wissenschaftsbereich spricht.

⁵⁵ An der Bucerius Law School ist die – wegen der Neubestände immer stärker nachgefragte – Benutzung der Bibliothek für Nicht-Hochschulmitglieder nach § 2 BenutzungsO „grundsätzlich“ nicht gestattet, wofür freilich Kapazitäts- und nicht Wettbewerbsgründe ausschlaggebend sind. Umgekehrt hat sich die Bucerius Law School die Mitbenutzung der Bibliotheken der staatlichen Universität durch ein hohes Entgelt erkauft.

⁵⁶ Zu Bibliotheken als öffentliche Sachen im Anstaltsgebrauch allgemein, ohne Bezug zu Hochschulen, *Peilert*, in: Wolff/Bachof/Stober, *Verwaltungsrecht*, Bd. 2, 6. Aufl. 2000, § 75, Rn. 14.

Ressourcen immer mehr nur an einzelnen ausgewählten Hochschulen konzentrieren würde.

4.3 Ausgewogene Regulierung und chancengleicher Wettbewerb in einem sich entwickelnden dualen Hochschulsystem

Während die staatlichen Hochschulen traditionell einer sehr weitreichenden und erst in jüngster Zeit zurückgenommenen Staatsaufsicht unterliegen und dem Land auch künftig über die Finanzierung eine intensive Steuerung möglich sein wird, bleibt die Regulierung privater Hochschulen weitgehend auf die Anerkennung und die Genehmigung von Prüfungsordnungen u.ä. beschränkt; eine kontinuierliche Aufsicht findet kaum statt.⁵⁷ Das Verhältnis der beiden Säulen zueinander bedarf nicht allein unter Wettbewerbs- und Kooperationsgesichtspunkten der Klärung. Vielmehr könnten darüber hinaus längerfristig auch Art und Umfang der sozialstaatlich motivierten Bindungen zum Problem werden. Insoweit kommen Anleihen an die Rundfunkrechtsdogmatik (Stichwort: Grundversorgungsauftrag) in Betracht.⁵⁸ Zwar gelten für private wie für staatliche Hochschulen derzeit (noch) mangels Unternehmenseigenschaft⁵⁹ nicht die strengen Anforderungen der Art. 86, 87 EG.⁶⁰ Dennoch sollte der Staat eine –zulässige, aber nicht gebotene⁶¹ – finanzielle Unterstützung privater Hochschulen⁶² sowohl aus Gründen der Wettbewerbsgerechtigkeit als auch der staatlichen Gemeinwohlverantwortung an klar definierte

⁵⁷ Kritisch dazu *Kämmerer*, in: ders./Rawert (Fn. 5), S. 125; vgl. auch *Fehling* (Fn. 5), Art. 5 Abs. 3, Rn. 247 f.

⁵⁸ Siehe *Fehling* (Fn. 5), Art. 5 Abs. 3, Rn. 37.

⁵⁹ 165#Vgl. *Kämmerer*, in: ders./Rawert (Fn. 6), S. 119 mit dortiger Fn. 3, u.a. mit Verweis auf die wenig klaren Ausführungen (einen Studienreferendar betreffend) in EuGH Slg. 1986, 2121 (2145, Rn. 20) – Lawrie-Blum; deutlicher GA Lenz, a.a.O., S. 2133: Die Bildungspolitik betreffe nicht das Marktgeschehen; *Steinkemper* (Fn. 5), S. 185; *Ennuschat*, Europäische Impulse zur Entstaatlichung des Bildungswesens, *WissR* 36 (2003), 186 (189 f.) mit Verweis auf die *EG-Kommission* Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM(2000) 580, Rn. 29; a.A. im Hinblick auf Art. 87 EG *Heinrich*, Die rechtliche Systematik der Forschungsförderung in Deutschland und den Europäischen Gemeinschaften unter Beachtung von Wissenschaftsfreiheit und Wettbewerbsrecht, 2003, S. 179 f. Aus völkerrechtlicher Perspektive zum Dienstleistungscharakter von (Hochschul-)Bildungsangeboten *Zacharias* (Fn. 25), 292 ff.

⁶⁰ So für private Hochschulen auch *Steinkemper* (Fn. 5), S. 185, die zusätzlich auf die Kulturförderungsklausel des Art. 87 Abs. 2 lit. d) EG hinweist.

⁶¹ Dazu *Kämmerer*, in: ders./Rawert (Fn. 5), S. 134 f.; eingehend *Steinkemper* (Fn. 5), S. 154 ff.

⁶² Staatliche Co-Finanzierung ist in Form von direkten Zuwendungen sowohl beim Aufbau als auch beim laufenden Betrieb weit verbreitet, hinzu kommen Steuererleichterungen; dazu mit Beispielen *Steinkemper* (Fn. 5), S. 186 ff.

„Gegenleistungen“ bei der Ausbildungskapazität und der sozialverträglichen Ausgestaltung der Studiengebühren koppeln.⁶³

Wollen nichtstaatliche Hochschulen staatlich anerkannte Berufsabschlüsse oder die Zulassung zu Staatsexamina vermitteln, so bedürfen sie eines – ggf. mit Auflagen zu versehenen – staatlichen Anerkennungsakts. Dieser stellt zum einen eine genehmigungsähnliche Eröffnungskontrolle für den Betrieb der Hochschule dar,⁶⁴ zum anderen umfasst er aber auch einen mehr oder minder weitreichenden Beleihungsakt.⁶⁵ Die Beleihung bezieht sich zumindest auf die Verleihung der studienabschließenden Hochschulgrade, gegebenenfalls auch auf das Promotions- und Habilitationsrecht.⁶⁶ Inwieweit darüber hinaus die Beleihung im Studienbetrieb reicht, bleibt oftmals unklar,⁶⁷ da der Beleihungsakt – so er überhaupt ausdrücklich erfolgt – typischerweise nicht die rechtsstaatlich eigentlich geforderte Bestimmtheit⁶⁸ aufweist.

Die partielle Beleihung führt zu einer kategorialen Abstufung der Regulierungsdichte. Soweit die Beleihung reicht, unterliegen Privathochschulen denselben öffentlich-rechtlichen Bindungen und Anforderungen wie staatliche Hochschulen.⁶⁹ Im Bereich der Anerkennungsvoraussetzungen ohne Beleihung werden an private Hochschulen gesetzlich durchweg ähnliche, aber weniger weitreichendere Anforderungen gestellt als an die staatlichen Hochschulen. In ihrem restlichen Betätigungsfeld, d.h. außerhalb von Beleihung sowie gesetzlicher Anerkennungsvoraussetzungen, besitzen Privathochschulen grundsätzlich volle Privatautonomie. Die genauen Grenzziehungen zwischen diesen drei Bereichen lassen sich durch die jeweilige Regulierungsbedürftigkeit, namentlich durch das strukturelle Gefährdungspotential für die Wissenschaftsfreiheit und durch die Notwendigkeit der Qualitätssicherung, nicht ohne weiteres erklären und rechtfertigen.⁷⁰ Erst recht

⁶³ In diese Richtung auch *Kämmerer*, in: ders./Rawert (Fn. 5), S. 135; auf die – insoweit wegen Art. 5 Abs. 3 GG weit problematischere – Forschungsausrichtung bezogen vgl. *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 5 Abs. 3, Rn. 404.

⁶⁴ Besonders deutlich § 70 Abs. 1 LHG BW.

⁶⁵ Dass im Gesetz nicht ausdrücklich von Beleihung die Rede ist (z.B. § 70 Abs. 3 HRG; § 70 Abs. 5 LHG BW; §§ 115, 116 Abs. 1 HmbHG), ändert daran nichts; vgl. *Steinkemper* (Fn. 5), S. 124; *Lorenz*, Privathochschule, in: Flämig u.a. (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 1996, S. 1151, 1167 u. 1169.

⁶⁶ *Thieme* (Fn. 34), Rn. 168.

⁶⁷ Symptomatisch *Lorenz*, in: Hailbronner/Geis (Fn. 36), § 70, Rn. 17, wonach „das Verhältnis zu den Studierenden“ als „hoheitlich angesehen werden (kann), soweit ein untrennbarer Zusammenhang mit der durch die staatliche Anerkennung vermittelten und deshalb als öffentlich-rechtlich zu qualifizierenden Prüfungs- und Graduierungsberechtigungen besteht, so bei Prüfungs- und nicht disziplinarischen Ausschlussentscheidungen“.

⁶⁸ Statt vieler *Schmidt-Aßmann* (Fn. 9), 5. Kap., Rn. 57.

⁶⁹ *Thieme* (Fn. 34), Rn. 168.

⁷⁰ Dies betont *Kämmerer*, in: ders./Rawert (Fn. 5), S. 132 f. u. 137 f.

berücksichtigen die genannten Abstufungen in der Regulierungsdichte in keiner Weise das Wettbewerbsverhältnis zu den staatlichen Hochschulen,⁷¹ ganz anders als beim privaten Rundfunk, dessen Regulierung im dualen Rundfunksystem durchgängig auch im Wettbewerbsbezug zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk konzipiert ist.

Im dualen Hochschulsystem kommt den staatlichen Hochschulen bei der Studienplatz-Infrastrukturgewährleistung eine Grundversorgungsaufgabe zu, die hier aber noch weniger als im Rundfunkrecht auf eine Reserveverantwortung beschränkt werden darf.⁷² Vielmehr können die privaten Hochschulen ökonomisch nur eine eng begrenzte Zusatzversorgung leisten. Dies schliesse es aber nicht aus, sie in eine erwägenswerte Ausschreibung zusätzlich benötigter Ausbildungskapazität einzubeziehen. Aus sozialstaatlichen wie bildungspolitischen Gründen müsste freilich verbessert dafür Sorge getragen werden, dass auch private Hochschulen keine Sonderung nach den Besitzverhältnissen der Eltern fördern; ein solches für Privatschulen sogar verfassungsrechtlich verankertes (Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG) Verbot gehört bislang nur in wenigen Bundesländern zu den gesetzlichen Anerkennungsvoraussetzungen.⁷³

5 Fazit

Hochschulrecht ist zwar als Ganzes kein Regulierungsrecht, nähert sich diesem aber in verschiedenen Aspekten weit stärker an, als dies bislang zur Kenntnis genommen worden ist. Dies betrifft besonders die staatliche Wettbewerbsförderung in bislang nicht wettbewerblich verfassten „Quasi-Märkten“; als Mittel dient dabei vor allem der Ausschreibungswettbewerb, welcher als Instrument zwar nicht im engsten Sinne regulierungstypisch, wohl aber in vielen Sektoren mit dem Regulierungsrecht eng verflochten ist. Die Ausbildungsaufgabe kann als in den Hochschulwettbewerb zu implementierendes Gemeinwohlziel verstanden werden; dabei sind Annäherungen an Grundversorgungs-, wenn nicht sogar Universaldienststrukturen möglich. Zentrale Einrichtungen lassen sich im weiteren Sinne als „essential facilities“ deuten.

Andere Aspekte sind dagegen weit weniger mit dem Regulierungsrecht vergleichbar. Zwar finden sich in Kooperationsverhältnissen auch Strukturen regulierter Selbstregulierung (namentlich bei der Akkreditierung), doch sind im Übrigen die (Aufsichts-)Instrumente stärker der modernisierten internen Staatsaufsicht entlehnt als dem Recht der Wirtschaftsregulierung. Eine in diesem Rahmen graduell erhöhte Autonomie der Hochschulen gegenüber dem Staat macht diese noch

⁷¹ Deshalb de lege ferenda für ein einheitliches Hochschulregulierungsrecht nach den Vorbildern von Post und Telekommunikation *Kämmerer*, in: ders./Rawert (Fn. 5), S. 140.

⁷² Siehe oben Fn. 58.

⁷³ Z.B. § 101 Abs. 1 Nr. 9 HessHG; Überblick bei *Steinkemper* (Fn. 5), S. 134 ff.

nicht automatisch zu „echten“ Wirtschaftsunternehmen;⁷⁴ Ökonomisierung bewirkt im Hochschulsektor nicht ohne weiteres eine den Netzsektoren vergleichbare Regulierung. Selbst bei weiter steigendem Wettbewerbsdruck setzen die Abhängigkeit der Marktakteure von staatlicher Finanzierung einerseits sowie die Wissenschaftsfreiheit andererseits einer kompletten Umstellung auf „klassische“ Regulierungsstrukturen Grenzen.

Mein Blick auf das Hochschulrecht durch die Brille des Regulierungsrechts darf daher nicht als Plädoyer für eine grenzenlose Ökonomisierung verstanden werden. Wohl aber bedarf es dort, wo politisch Wettbewerb gewünscht und dieser verfassungsrechtlich zulässig ist, transparenterer und Chancengleichheit – auch im dualen Hochschulsystem – besser als bislang sichernder Strukturen.

⁷⁴ Überzeugend differenzierend *Bullinger*, Finanzierung der Universität nach ihren Leistungen, JZ 1998, 109 (114 f.); erschreckende Eindimensionalität demgegenüber bei der *Monopolkommission* (Fn. 12), insbes. Anm. 84 ff.

Die Rechtsstellung der Fakultäten[•]

MinRat Priv.-Doz. Dr. Josef Franz Lindner

1 Einleitung

Hochschulpolitik und Hochschulrecht sind seit mehreren Jahren in heftiger Bewegung, mit tatkräftiger Unterstützung des Bundesverfassungsgerichts. Die Gründe dafür sind vielfältig. Die – gelegentlich durchaus marktschreierisch vorgebrachten – hochschulpolitischen Schlagworte¹ lauten u.a.: Profil-/Exzellenzbildung und Effizienz durch mehr Wettbewerb zwischen den Hochschulen (Stichworte: „Exzellenzinitiative“, „Clusterbildung“); Europäisierung und Internationalisierung der

* Der Verfasser ist Ministerialrat im Bayerischen Staatsministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst und Privatdozent an der Universität München. Inhaltlich schließt der Beitrag an *Lindner*, Zum Rechtsstatus der Fakultät, *WissR* 40 (2007), S. 254 ff. an.

¹ Aus der anschwellenden Literatur *Müller-Böling*, Die entfesselte Hochschule, 2000; *Bull/Mehde*, Reform der Hochschulorganisation, *JZ* 2000, S. 650 ff.; *Sandberger*, Organisationsreform und -autonomie - Bewertung der Reformen in den Ländern, *WissR* 2002, S. 125 ff.; *Groß*, Wissenschaftsadäquates Wissenschaftsrecht, *WissR* 2002, S. 313 ff.; *Kahl*, Hochschule und Staat, 2004; *Oppermann*, Ordinarieuniversität – Gruppenuniversität – Räteuniversität, *WissR* Beih. 15, 2005, S. 1 ff.; *Schenke*, Neue Fragen der Wissenschaftsfreiheit. Neue Hochschulgesetze im Lichte des Art. 5 III GG, *NVwZ* 2005, S. 1001 ff.; *Kempen*, Die Universität im Zeichen von Ökonomisierung und Internationalisierung, *DVBl.* 2005, S. 1082 ff.; *Hendler/Mager*, Die Universität im Zeichen von Ökonomisierung und Internationalisierung, *VVDStRL* 65 (2006), S. 238 ff., 274 ff.; *Huber*, Das Hochschulwesen zwischen föderalem Kartell und internationalem Wettbewerb, *WissR* 2006, S. 196 ff. m.w.N.; *Battis*, Zur Reform des Organisationsrechts der Hochschulen, *DÖV* 2006, S. 498 ff.

Hochschulen; „Ökonomisierung“ durch Managementstrukturen, Neues Steuerungsmodell, insbesondere Globalhaushalte sowie Kosten- und Leistungsrechnung; „Professionalisierung“ durch Stärkung der Leitungsstrukturen der Hochschule sowie Einbindung externen Sachverständigen in sog. Hochschulräten². Hinzu kommen der sog. Bologna-Prozess und die Einführung von Studiengebühren. Ein weites Reformfeld also.

Weniger beachtet werden bislang allerdings Veränderungsprozesse, die die Fakultät betreffen. Dies scheint daran zu liegen, dass die Fakultäten als organisatorische Grundeinheiten der Hochschulen jedenfalls noch im Grundsätzlichen vom hochschulpolitischen Reformfeuer verschont geblieben sind. Doch der Schein trügt. Mittlerweile ist auch die Fakultät Gegenstand einer Fülle von hochschul(structur)politischen und hochschulrechtlichen Veränderungen. Das Spektrum reicht von der Auflösung von Fakultäten bis hin zur Veränderung ihres traditionellen Aufgabenspektrums.

Dies sei zum Anlass genommen, den Rechtsstatus der Fakultät näher zu analysieren und auszuloten, wie weit der Gestaltungsspielraum von Hochschulgesetzgebung und Hochschulverwaltung insoweit reicht bzw. was ihnen von Verfassungs wegen entzogen ist.³

Die nachfolgenden Überlegungen gliedern sich in drei Schritte: Zunächst soll die Fakultät als „Reformobjekt“ kurz beleuchtet werden (2), sodann sind die verfassungsrechtlichen Koordinaten für diese Veränderungsprozesse abzustecken (3), aus denen schließlich drittens einige Konsequenzen für den Rechtsstatus der Fakultät abgeleitet werden können (4).

2 Die Fakultät als „Reformobjekt“ – eine Typologie

Die Fakultät⁴ bildet die organisatorische Grundeinheit der Hochschule⁵, gewissermaßen das Herz, in dem Forschung und Lehre leben und gelebt werden. Sie ist das organisatorische Essentialium, durch das der Hochschulgesetzgeber seinem grundrechtlichen Organisationsauftrag aus Art. 5 Abs. 3 GG gerecht wird. Gleichwohl ist auch die Fakultät den Zugriffen von Hochschulpolitik ausgesetzt. In einer groben Typologie lassen sich drei Veränderungsmodalitäten unterscheiden: solche, die den Status der Fakultäten betreffen (2.1), solche, die ihre Struktur berühren (2.2) und schließlich solche, die sich auf ihren Aufgabenbereich beziehen (2.3).

² *Kempfen*, Bayerische Hochschulräte, BayVBl. 1999, S. 454 ff.; *Kersten*, Alle Macht den Hochschulräten? DVBl. 1999, S. 1704 ff.; *Laqua*, Der Hochschulrat zwischen Selbstverwaltung und staatlicher Verwaltung, 2004; *Kahl*, Hochschulräte – Demokratieprinzip – Selbstverwaltung, *AöR* 130 (2005), S. 225 ff. mit umfangreichen Nachweisen; *Hendler* (Fn. 1), S. 251 ff.

³ Vgl. dazu vertiefend *Lindner*, Zum Rechtsstatus der Fakultät, *WissR* 40 (2007), S. 254 ff.

⁴ *Thieme*, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rdnr. 1026 ff. zur geschichtlichen und tatsächlichen Entwicklung.

⁵ Vgl. z.B. Art. 27 Abs. 1 BayHSchG, § 26 HG NRW.

2.1 Statusbeeinflussende Maßnahmen

Statusbeeinflussende Maßnahmen sind solche, die den rechtlichen Status der Fakultät verändern. Dabei ist zwischen der Aufhebung der Fakultät (2.1.1.), der Verschmelzung zweier oder mehrerer Fakultäten zu einer (2.1.2.) sowie dem „Ruhen“ einer Fakultät (2.1.3.) zu unterscheiden:

Die Aufhebung der Fakultät

Die Aufhebung – oder untechnisch gesprochen: „Schließung“ – einer Fakultät führt dazu, dass diese ihren rechtlichen Status als Organisationseinheit vollständig verliert. Auch hier kann weiter unterschieden werden:

- Die ersatzlose Aufhebung ist verbunden mit der Zuordnung der in der Fakultät tätigen Professoren, wissenschaftlichen Mitarbeiter etc. an andere Fakultäten oder mit der Versetzung an eine andere Hochschule.

- Die Aufhebung kann aber auch einhergehen mit der (ggf. teilweisen) inhaltlichen und personellen organisatorischen „Fortführung“ in der Modalität eines eigenen Departments oder eines Instituts in einer anderen Fakultät oder als Zentralinstitut.

- Ein insbesondere in einem Papier der Hochschulrektorenkonferenz⁶ diskutiertes, aber in der Praxis (noch) nicht verfolgtes Modell schließlich ist es, die Fakultäten als organisatorische Grundeinheiten der Hochschulen generell in Frage zu stellen, also aufzuheben, und durch andere inter- oder transdisziplinäre Institutionen zu ersetzen – wie auch immer man sich das konkret vorstellen soll.⁷

Die Verschmelzung zweier oder mehrerer Fakultäten zu einer

Eine statusbeeinflussende Maßnahme stellt zweitens die „Verschmelzung“ von zwei oder mehreren Fakultäten in einer Fakultät dar. Letztlich ist dies indes wohl nur ein – praktisch allerdings im Rahmen der aktuellen Bemühungen über eine sog. Profilbildung von Hochschulen sehr relevanter – Unterfall der Auflösung der Fakultäten in der Modalität der inhaltlichen und personellen Weiterexistenz als Department oder Institut in einer neuen Fakultät.

⁶ HRK, EntschlieÙung v. 8.6.2004, S. 70; dazu auch *Battis* (Fn. 1), S. 504. Ähnliche Vorstellungen finden sich im Gutachten der Expertengruppe „Wissenschaftsland Bayern 2020“, 2005, S. 18 f.: „Restrukturierung dringend geboten“; vgl. auch *Hartmer*, in: *Hartmer/Detmer* (Hrsg.), Hochschulrecht, 2004, S. 191. Solche Überlegungen sind allerdings alles andere als neu. So formulierte *Kimminich*, Der Fachbereich in der Bewährung, *WissR* 1971, S. 50 bereits 1971: „Die Zerschlagung der Fakultäten ist seit langem eines der Hauptziele der Universitätsreform“.

⁷ Eine solche Möglichkeit ist z.B. in Art. 19 Abs. 3 Satz 4 BayHSchG angelegt, wo es heißt, dass die Grundordnung der Hochschule vorsehen kann, dass anstelle der Fakultät eine andere Organisationseinheit tritt; allerdings sind auf diese dann die Vorschriften über Fakultäten entsprechend anzuwenden; vgl. auch § 26 Abs. 5 HG NRW.

Das „Ruhe“ einer Fakultät

Schließlich ist das „Ruhe“ einer Fakultät zu nennen. Die Fakultät ist in dieser Konstellation zwar weiter existent, sie erfüllt jedoch für den Zeitraum des Ruhens die ihr zugewiesenen Aufgaben nicht; sie ist materiell wie personell gewissermaßen „entkernt“. Ihre Aufgaben werden vielmehr entweder von benachbarten Universitäten, anderen Fakultäten oder von einem Zentralinstitut wahrgenommen. Ein Beispiel dafür findet sich aktuell im bayerischen Hochschulrecht für die Theologischen Fakultäten an den Universitäten Passau und Bamberg⁸ in Umsetzung eines Zusatzprotokolls vom 19.1.2007 (BayGVBl S. 351) zum Bayerischen Konkordat vom 29.3.1924.

2.2 Strukturbeeinflussende Maßnahmen

Strukturbeeinflussende Maßnahmen lassen den rechtlichen Bestand der Fakultät unberührt, sie betreffen vielmehr deren inhaltliche Ausrichtung oder organisatorische Struktur.

Die inhaltliche Ausrichtung einer Fakultät kann dadurch verändert werden, dass bestimmte bisher vorhandene Institute geschlossen, durch Neuordnung von frei werdenden Professuren inhaltlich umgewidmet oder mit einem neuen Schwerpunkt versehen werden. *Beispiel:* Eine juristische Fakultät bleibt in ihrem Bestand unberührt, ihr wird jedoch ein bestimmter Forschungsschwerpunkt oder Studiengang genommen oder hinzugefügt.

Auch in organisatorischer Hinsicht lassen sich gegenüber dem tradierten Organisationsschema (bestehend aus: Dekan, Prodekan, Fakultätsrat, Studiendekan) Veränderungen diagnostizieren. Um einige Beispiele herauszugreifen:

- Die Leitung der Fakultät erfolgt nicht durch einen Dekan, sondern einen Fakultätsvorstand⁹,
- die Wahrnehmung des Amtes des Dekans im Hauptamt, verbunden mit der Stärkung der Leitungsfunktion des Dekans¹⁰,
- die Notwendigkeit einer Bestätigung des Dekans durch die Hochschulleitung die Möglichkeit der Abberufung des Dekans durch die Hochschulleitung¹¹,
- die Möglichkeit „externer“ Dekane¹² sowie
- die optionale Einführung von Studienfakultäten.¹³

⁸ Vgl. dazu den Beitrag von *Störle*, Anmerkungen zum „Ruhe“ der katholisch-theologischen Fakultäten an den Universitäten Bamberg und Passau, BayVBl. 2007, S. 673 ff., der mit Recht anmerkt, dass es ein „Ruhe“ einer Fakultät eigentlich nicht geben könne, da die Fakultät als Teil-Körperschaft mitgliedergeprägt sei – und eine Fakultät ohne Mitglieder ist eben keine mehr.

⁹ Vgl. z.B. Art. 32 BayHSchG.

¹⁰ Vgl. z.B. Art. 28 Abs. 2 BayHSchG.

¹¹ Vgl. z.B. Art. 28 Abs. 1 Sätze 2 und 4 BayHSchG.

¹² Vgl. z.B. Art. 28 Abs. 8 BayHSchG.

¹³ Vgl. z.B. Art. 33 BayHSchG.

2.3 Das Aufgabenspektrum der Fakultäten

Weitere hochschulpolitische Reformmaßnahmen betreffen das Aufgabenspektrum der Fakultäten. Zwar bleiben deren Kernkompetenzen in Forschung und Lehre unberührt, jedoch lässt sich eine Reihe von Veränderungen im Aufgabenspektrum beobachten. Auch hierfür nur einige Beispiele:

- Abschluss von Zielvereinbarungen mit der Hochschulleitung,
- Stärkeres Zusammenwirken der Fakultäten untereinander,
- Veränderung der Beteiligung der Fakultät im Berufungsverfahren.

In Bayern beispielsweise ist es seit 2006 so, dass über den Berufungsvorschlag, den der von der Fakultät eingesetzte Berufungsausschuss unterbreitet, der Fakultätsrat nicht mehr beschließt, sondern sogleich die Hochschulleitung nach Anhörung des Senats.¹⁴

3 Die verfassungsrechtlichen Koordinaten

Im Folgenden ist – in der gebotenen Kürze – auf die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen einzugehen, die der Staat bei der Gestaltung der Rechtsstellung der Fakultäten zu beachten hat. Weder das Grundgesetz noch die Landesverfassungen enthalten konkrete verfassungsunmittelbare Aussagen über Bestand, Organisation und Aufgabenspektrum von Fakultäten. Verfassungsrechtliche Direktiven ergeben sich indes aus dem Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 III GG).

Art. 5 Abs. 3 GG stellt zunächst ein Individualgrundrecht dar. Es gewährleistet die Freiheit von Wissenschaft und Lehre und schützt die wissenschaftliche Betätigung gegen staatliche Eingriffe.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist Art. 5 Abs. 3 GG darüber hinaus eine wertentscheidende Grundsatznorm¹⁵ mit organisations- und verfahrensrechtlicher Dimension. Der Staat habe durch geeignete Hochschulorganisationsstrukturen den einzelnen Trägern des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 3 GG soviel Freiheit in ihrer wissenschaftlichen Betätigung zu gewähren, wie dies unter Berücksichtigung der Aufgaben der Hochschule und der Belange anderer Grundrechtsträger möglich ist.

Das Bundesverfassungsgericht hat dabei stets betont, dass der parlamentarische Gesetzgeber das Hochschulrecht nach seinem gesetzgeberischen Ermessen gestalten darf. Dies hat das Gericht bereits im ersten Hochschulurteil¹⁶ entwickelt, danach in ständiger Rechtsprechung fortgeführt und schließlich durch die Entschei-

¹⁴ Zur Verfassungskonformität dieser Regelung BayVerfGH, Entsch. v. 7. Mai 2008, Vf. 19-VII-06, sub V.2.

¹⁵ BVerfGE 35, 79 (112); 111, 333 (353).

¹⁶ BVerfGE 35, 79.

derung zum Brandenburgischen Hochschulrecht nochmals deutlich – zugunsten des Gesetzgebers – weiterentwickelt.¹⁷ Zusammengefasst:

- 1) Der Gesetzgeber ist bei der Gestaltung der Hochschulorganisation weder an bestehende noch an überkommene Organisationsmodelle gebunden. Er kann nach seiner demokratisch legitimierten Einschätzungsprärogative das Hochschulorganisationsmodell schaffen, das er im Hinblick auf die Aufgaben der Hochschulen und unter Berücksichtigung anderer gesellschaftlich-politischer Entwicklungen für sachgerecht hält.
- 2) Das BVerfG betont ausdrücklich, dass für eine wissenschaftsadäquate Ausgestaltung des Hochschulorganisationsrechts der parlamentarische Gesetzgeber „besser geeignet sei“ als die an speziellen Interessen orientierten Träger der Wissenschaftsfreiheit.¹⁸ Der Gesetzgeber dürfe nicht nur neue Modelle und Steuerungstechniken eines Wissenschaftsmanagements entwickeln und erproben, er sei vielmehr sogar verpflichtet, bisherige Organisationsformen kritisch zu beobachten und zeitgemäß zu reformieren.

Allerdings ist – und dies ist angesichts manch allzu forscher hochschulpolitischer Vorschläge nachdrücklich zu betonen – der Gestaltungsspielraum des Hochschulgesetzgebers nicht schrankenlos. Art. 5 Abs. 3 GG fordert, dass die Hochschulorganisation so gestaltet wird, dass dem einzelnen Wissenschaftler freie Wissenschaft möglich ist. Nach Auffassung des Gerichts ist bei der Prüfung der Vereinbarkeit von Organisationsnormen mit dem Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit darauf abzustellen, ob dadurch die „freie wissenschaftliche Betätigung und Aufgabenerfüllung strukturell gefährdet werden“. Zur Beurteilung, ob eine strukturelle Gefährdung durch die jeweils gewählte Hochschulorganisation gegeben ist, ist nicht auf einzelne Hochschulorganisationsnormen oder einzelne Organe und deren Kompetenzen abzustellen, vielmehr ist das „hochschulorganisatorische Gesamtgefüge“ mit seinen unterschiedlichen Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten in den Blick zu nehmen. Zu berücksichtigen sei dabei auch der Grad der Bedeutung der jeweils zu treffenden Entscheidung für die freie wissenschaftliche Betätigung und Aufgabenerfüllung. Eine „nur hypothetische Gefährdung“ der Freiheit von Forschung und Lehre durch die Hochschulorganisationsstruktur reicht nach Auffassung des Gerichts nicht aus, um eine Verletzung von Art. 5 Abs. 3 GG anzunehmen.

4 Konsequenzen für den Rechtsstatus der Fakultät

Auch die Fakultät als „organisatorische Grundeinheit“ unterliegt den soeben in groben Zügen skizzierten verfassungsrechtlichen Direktiven des Art. 5 Abs. 3 GG.

¹⁷ BVerfGE 111, 333; ebenso BayVerfGH (Fn. 14); dazu *Kabl*, Das bayerische Hochschulurteil 2008 sowie kritisch *Geis*, *Forschung&Lehre*, Heft 2/2008.

¹⁸ BVerfGE 111, 333 (355).

Daraus ergeben sich für den Status und die rechtliche Ausgestaltung der Fakultäten einige Konsequenzen:

4.1 Die Fakultät

Die Fakultät als solche ist keine von der Verfassung unmittelbar vorgesehene Organisationseinheit der Hochschule. Sie ist zwar seit jeher deren organisatorische Grundeinheit, jedoch als solche nicht verfassungsfest. Der Hochschulgesetzgeber dürfte also vor dem Hintergrund des Art. 5 Abs. 3 GG auf die Gliederung der Hochschule in Fakultäten verzichten. Dies ist nach geltendem Recht bei einigen Hochschultypen auch der Fall, etwa bei Kunsthochschulen. Allerdings hat der Gesetzgeber, *wenn* er auf die Organisationseinheit Fakultät verzichtet, die Hochschulorganisation gleichwohl so auszugestalten, dass die (unmittelbar) wissenschaftsrelevanten Angelegenheiten (vor allem die Durchführung und Koordinierung von Forschung und Lehre) wissenschaftsadäquat erledigt werden können. Der Hochschulgesetzgeber muss mithin Organisationsformen vorsehen, in denen die Forschungs- und Lehrfreiheit des einzelnen Wissenschaftlers nicht strukturell gefährdet ist. Die Organisationseinheiten müssen so zusammengesetzt sein, dass die Hochschullehrer in Angelegenheiten der Lehre einen maßgeblichen und in Angelegenheiten der Forschung einen ausschlaggebenden Einfluss haben. Letztlich wird der Hochschulgesetzgeber, wenn er denn auf die Organisationseinheit „Fakultät“ zu Gunsten anderer inter- oder transdisziplinärer Institutionen verzichten will, kompensierende Organisationseinheiten schaffen müssen, die der Fakultät in Struktur und Aufgabenprofil zumindest ähnlich sind. Konsequenterweise regelt Art. 19 Abs. 3 Satz 4 BayHSchG, dass für den Fall, dass anstelle der Fakultät eine andere Organisationseinheit tritt, auf diese die Vorschriften über die Fakultäten entsprechend anzuwenden sind.

4.2 Kein Bestandsschutz einzelner Fakultäten

Aus der Wissenschaftsfreiheit lässt sich kein Bestandsschutz einer einzelnen Fakultät in dem Sinne ableiten, dass ihrer Auflösung oder der Zusammenlegung mit einer anderen Fakultät Art. 5 Abs. 3 GG entgegengehalten werden könnte. Aus Art. 5 Abs. 3 GG folgt nach der Rechtsprechung des BVerfG¹⁹ keine Bestandsgarantie für aus öffentlichen Mitteln finanzierte wissenschaftliche Einrichtungen, wozu auch die Fakultäten gehören. Weder die Fakultät noch der einzelne in der Fakultät tätige Wissenschaftler haben einen verfassungsrechtlichen Anspruch darauf, dass die Fakultät fortbesteht oder in einem bestimmten Zuschnitt fortbesteht. Allerdings dürfte sich aus der verfahrens- und organisationsrechtlichen Dimension des Art. 5 Abs. 3 GG ein Mindestmaß an verfahrensrechtlichen Anforderungen für die Entscheidung über die Aufhebung einer Fakultät oder über die „Verschmel-

¹⁹ BVerfGE 85, 360 (384).

zung“ mehrerer Fakultäten ergeben. Dies deutet auch das BVerfG an, wenn es dafür hält, dass die – teilrechtsfähige – Fakultät im Verfahren zur Aufhebung eines Studiengangs in angemessener Weise zu beteiligen ist und zumindest einen Anspruch auf willkürfreie Entscheidung hat. Allerdings leitet das BVerfG daraus keine konkreten Anforderungen ab. Aus der Wertentscheidungsnorm des Art. 5 Abs. 3 GG wird man indes wenigstens einen Anspruch auf eine sachgerechte Maßnahme ableiten müssen. Damit eine solche Entscheidung möglich ist, muss – neben anderen Erkenntnisquellen – eine vorherige Anhörung der betroffenen Fakultäten erfolgen. Deren Stellungnahmen sind vor der Entscheidung zu würdigen, sie müssen aber nicht zwingend materiell berücksichtigt werden.

Von der Frage nach den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Aufhebung einer Fakultät zu unterscheiden sind die beamtenrechtlichen und arbeitsrechtlichen Folgewirkungen für die in der aufgelösten Fakultät bisher tätigen beamteten und angestellten Wissenschaftler und sonstigen Beschäftigten. Die Lösung dieser Problematik richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften des Beamten- und des Arbeitsrechts. Insbesondere ist eine Versetzung oder Abordnung der beamteten Professoren möglich.

4.3 Das Aufgabenprofil

Entscheidet sich der Gesetzgeber für die Fakultät als organisatorische Grundeinheit der Hochschule, so sind damit bestimmte Anforderungen an das Aufgabenprofil zu stellen. In der Fakultät als organisatorischer Grundeinheit ist der Kernbereich der Angelegenheiten von Forschung und Lehre zu verankern.²⁰ Maßgeblich dafür ist ein Kompensationsgedanke. Die Freiheit von Forschung und Lehre ist ja zunächst ein Individualgrundrecht des einzelnen Wissenschaftlers, dieser forscht und lehrt jedoch in der Universität nicht – gewissermaßen wie eine Leibniz'sche Monade – für sich alleine, sondern er ist eingebunden in ein Kollegium von Wissenschaftlern und gebunden auch an weitere Aufgaben der Hochschule. Die organisationsgebundene Tätigkeit des Wissenschaftlers in Forschung und Lehre macht zwangsläufig Abstimmung und Koordination notwendig. Werden Abstimmung und Koordination nicht informell von den beteiligten Wissenschaftlern einvernehmlich gelöst, bedarf es einer Ebene, auf der diese Abstimmungsprozesse – abstrahiert von den einzelnen Wissenschaftlern – geklärt und entschieden werden. Die Fakultät ist die geeignete „Plattform“, auf der die notwendig auch überindividuellen Entscheidungen von Forschung und Lehre gebündelt werden. Die Fakultät, zumal in der Gestalt des Fakultätsrates, nimmt gewissermaßen treuhänderisch die Interessen der in ihr vereinten Wissenschaftler wahr. In der Fakultät sind daher die klassischen akademischen Angelegenheiten zu versammeln: Die Organisation

²⁰ Zum Berufungsverfahren s. *Lindner*, WissR 40 (2007), S. 274 ff. sowie BayVerfGH, Entsch. v. 7. Mai 2008, Vf. 19-VII-06, sub V.2.

und Koordination von Forschung und Lehre innerhalb der Fakultät, die Durchführung von Promotions- und Habilitationsverfahren sowie der Lehre nach Maßgabe der jeweiligen Studien- und Prüfungsordnungen. Nicht umfasst von der Direktionswirkung des Art. 5 Abs. 3 GG ist indes der Anspruch auf Einrichtung oder Beibehaltung eines bestimmten Studienganges. Weder der einzelne Wissenschaftler noch die Fakultät haben einen verfassungsrechtlichen Anspruch darauf, dass bestimmte Studiengänge eingerichtet oder in unveränderter Modalität beibehalten werden.

Allerdings dürfte aus Art. 5 Abs. 3 GG ein Anspruch der Fakultät, in der ja die Studiengänge durchgeführt und die damit verbundenen und darauf ausgerichteten grundrechtlich geschützten Lehrleistungen erbracht werden, auf sachgerechte Entscheidung über die Aufhebung, Einführung oder Änderung eines Studienganges folgen – und damit verbunden auch ein Anspruch auf angemessene Beteiligung im Vorfeld der Entscheidung.

4.4 Die interne Organisation der Fakultät

Entscheidet sich der Hochschulgesetzgeber für die Gliederung der Hochschule in Fakultäten und weist er den Fakultäten in der Konsequenz die Kernangelegenheiten von Forschung und Lehre zu, ergeben sich daraus zugleich verfassungsrechtliche Anforderungen an die interne Organisation der Fakultät.

Aus der Kompensationsfunktion der Fakultät (s. oben 3.) muss konsequenterweise folgen, dass die Fakultät Grundrechtsträger aus Art. 5 Abs. 3 GG ist. Eine Teilgrundrechtsträgerschaft der Fakultät reicht jedenfalls so weit, wie die Fakultät über Angelegenheiten entscheidet, die – könnte darüber der einzelne Wissenschaftler entscheiden – vom Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 GG umfasst wären. Die Grundrechtsträgerschaft der Fakultät aus Art. 5 Abs. 3 GG hat die Funktion, der Fakultät selbst, die ja „treuhänderisch“ für den einzelnen Wissenschaftler entscheidet, Abwehrpositionen gegenüber anderen Organen der Hochschule, etwa der Hochschulleitung oder dem Senat, sowie gegenüber dem Staat zu verschaffen. Nicht nur der einzelne Wissenschaftler hat ein grundrechtlich verbürgtes Recht auf Abwehr von verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigten Eingriffen des Staates oder der Hochschulorgane (Präsident, Hochschulleitung, Hochschulrat, Senat) in Forschung und Lehre, dieses Recht steht auch der Fakultät zu. Aus der Grundrechtsträgerschaft der Fakultät folgt zudem, dass dieser auch das Recht gegeben werden muss, sich gegen Grundrechtsverletzungen mit den geeigneten prozessualen Mitteln zur Wehr zu setzen. Dies folgt aus Art. 19 Abs. 4 GG. Die Ausgestaltung des Rechtsschutzes erfolgt nach Maßgabe des einschlägigen Prozessrechts, zumal der Verwaltungsgerichtsordnung. Will sich die Fakultät gegen aus ihrer Sicht grundrechtsverkürzende Maßnahmen eines anderen Hochschulorgans wehren, etwa gegen eine zu geringe Ausstattung mit Stellen und Mitteln durch die Hochschulleitung, so kommt dafür verwaltungsprozessual die Kategorie des „Hochschulverfassungsstreits“ in Betracht.

Hauptbeschlussorgan innerhalb der Fakultät ist der Fakultätsrat. Soweit er über Angelegenheiten von Forschung und Lehre entscheidet, die den einzelnen Wissenschaftler unmittelbar betreffen, muss er so zusammengesetzt sein, dass die Hochschullehrer im Bereich der Lehre einen maßgebenden und im Bereich der Forschung einen ausschlaggebenden Einfluss haben.²¹ Zwar ist die Zusammensetzung des Fakultätsrats nach Gruppen verfassungsrechtlich nicht zwingend. Wenn sich der Hochschulgesetzgeber jedoch für gruppenmäßig zusammengesetzte Organe entscheidet, sind diese, soweit sie Angelegenheiten entscheiden, die unmittelbar Forschung und Lehre betreffen, mehrheitlich mit Hochschullehrern zusammenzusetzen.

Im Übrigen ist der Hochschulgesetzgeber bezüglich der Organisation der Fakultäten grundsätzlich frei, soweit er die Organisation der Fakultät insgesamt so ausgestaltet, dass die Freiheit des einzelnen Wissenschaftlers nicht strukturell gefährdet wird. So kann der Hochschulgesetzgeber vorsehen, dass die Fakultät anstelle eines Dekans von einem Fakultätsvorstand geleitet wird, dass die Vorschlagsliste für die Wahl des Dekans im Einvernehmen mit der Hochschulleitung aufzustellen ist und dass der Dekan auch ein „Externer“ sein kann. Verfassungsrechtlich notwendig dürfte es allerdings sein, dass der Dekan selbst aus einer Wahl durch die Mehrheit der Professoren legitimiert ist. Die Installation des Dekans allein durch die Hochschulleitung ohne oder gegen den Willen der Mehrheit der Professoren oder wenigstens der Mitglieder der Fakultät dürfte jedoch gegen Art. 5 Abs. 3 GG verstoßen. Ebenfalls nicht unproblematisch ist eine Abberufung des Dekans durch die Hochschulleitung.

5 Fazit

Lassen Sie mich zum Schluss kommen und ein Fazit ziehen. Die Rechtsstellung der Fakultät im hochschulrechtlichen Reformprozess ist ambivalent. Einerseits genießt sie weder als Organisationseinheit als solche noch in konkreter Hinsicht Bestandsschutz. Wenn der Gesetzgeber aber an ihr festhält – was jedenfalls grundsätzlich zu wünschen ist – hat er sie im Einklang mit Art. 5 Abs. 3 GG inhaltlich und organisatorisch einzurichten. Sollte er auf sie verzichten, hat er jedenfalls für eine Organisation zu sorgen, in der strukturell ungefährdet Forschung und Lehre stattfinden können. Dem Art. 5 Abs. 3 GG kommt der Gesetzgeber eben nicht aus. Bleibt zu hoffen, dass er die Grenzen dieses ehrwürdigen Grundrechts nicht weiter auszutesten bestrebt ist.

²¹ BVerfGE 35, 79 (131).

Lehrprofessur und Hochschuldozentur - Königsweg oder Holzweg?

Prof. Dr. Max-Emanuel Geis

Zu Beginn wird folgende These aufgestellt: Die derzeit stark diskutierte Figur der Lehrprofessur ist nur vordergründig ein Problem der Verbesserung der Lehre (wie es etwa der Wissenschaftsrat angenommen hat).

1 Eine kurze Geschichte des Lehrdeputats

1.1 Das Rechtsinstitut des Lehrdeputats

Das Thema Lehrprofessur ist eine Umschreibung für die Tatsache, dass die konkreten Lehrverpflichtungen sehr viel höher sind als solche der Forschung: Dem entspricht ein Typus „Professor“ bzw. „Professorin“, wie er an Fachhochschulen, aber auch an Pädagogischen Hochschulen, im weiteren Sinne auch an Kunst- und Musikhochschulen vorherrscht. Dagegen beruht das Bild der wissenschaftlichen Professur auf dem Humboldtschen Ideal der Einheit von Forschung und Lehre, die idealerweise von einer ausgewogenen, in etwa gleichen Verteilung der Aufgaben in Lehre und Forschung ausgeht. Um diese sicherzustellen, hat sich bereits seit den zwanziger Jahren das Rechtsinstitut des Lehrdeputats herausgebildet, das zwischen 6 und 8 Semesterwochenstunden (SWS) pendelte.

Unter dem Rechtsregime des Grundgesetzes war dies – zunächst im Wege von Verwaltungsvorschriften, später in den Lehrverpflichtungsverordnungen (Rechts-

verordnungen) des jeweiligen Bundeslandes – übernommen worden, um ein adäquates Verhältnis zwischen den primären Aufgaben herzustellen. Die Höhe des Lehrdeputats richtet sich dabei – um eine bundeseinheitliche Vergleichbarkeit der Lasten zu sichern – nach den Empfehlungen der Kultusministerkonferenz. Dabei soll zugleich das Gebot der Kapazitätsauslastung aus den Numerus-Clausus-Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts¹ mit einbezogen werden.

Indes rechtfertigt auch die „erschöpfende“ Nutzung der Ausbildungskapazitäten sub specie Art. 12 GG – also unter dem teilhaberechtlichen Verständnis² der Ausbildungsfreiheit – keine Erhöhung des Lehrdeputats, bei dem die Hochschulforschung weitgehend zum Erliegen kommen würde; vielmehr sind Art. 5 Abs. 3 GG und Art. 12 GG zu einem praktischer Konkordanz genügenden Ausgleich zu bringen.³ Das Lehrdeputat muss daher so bemessen sein, dass ausreichend Zeit sowohl für lehrbezogene als auch für nicht lehrbezogene Forschung verfügbar bleibt.⁴

1.2 Das Lehrdeputat in Zeiten der Überlast

Erstmals fixiert wurde eine Lehrverpflichtung von 8 Semesterwochenstunden in der KMK-Vereinbarung vom 10.3.1977⁵ insbesondere unter dem Gesichtspunkt notwendiger Kapazitätsauslastung. Dieses Deputat wurde auch seither in der Rechtsprechung als sachgerecht anerkannt.⁶ Dabei ging man stillschweigend von einem Verhältnis Forschung:Lehre:akademische Selbstverwaltung von 40:40:20 aus.

Da die KMK-Vereinbarung vom 10.3.1977 seinerzeit im Hinblick auf die zu berücksichtigenden, ganz unterschiedlichen Interessenlagen zu undifferenziert erschien, wurde der Unterausschuss für Beamten- und Besoldungsrecht der KMK 1980 beauftragt, einen entsprechenden Bericht zu erarbeiten; dieser wurde in der 206. Sitzung des Hochschulausschusses der KMK am 13.1.1981 mit einigen Änderungen beschlossen.⁷

Der Ausschuss wies zunächst darauf hin, dass es nicht sinnvoll sei, die Lehrverpflichtungen bei Professoren anhand eines Arbeitszeitbudgetmodells festzulegen, da dies der notwendigen Flexibilität zu wenig Raum lasse. Vielmehr lasse sich eine solche Zahl nur im Wege sachgerechter Ermessensausübung fixieren. Als

¹ Vgl. BVerfGE 33, 303 ff.; 43, 291 ff.. Dazu statt vieler Geis, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum „Recht auf Bildung“ in den Jahren 1972-1977, WissR Beiheft 18, 2007, S. 9

² Zur Teilhabediskussion statt vieler Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1971), S. 43 ff.

³ Vgl. Oppermann, HStR VI, 11984, § 145 Rdn. 40.

⁴ Oppermann, a.a.O., Rdn. 40.

⁵ So Zf. 1.1 der KMK-Vereinbarung 1977

⁶ Vgl. BVerfGE 54, 173; 66, 155 (180 f.); BVerwGE 60, 25 ff; 65, 303 ff.; BVerwG NVwZ 1989, 360.

⁷ Abgedruckt, in: NVwZ 1985, S. 552 (554 ff.).

maßgebliche Erwägungen für die Festsetzung eines 8-Std.-Lehrdeputats bei Professoren führt der Bericht u.a. an: „Seit den zwanziger Jahren wurde eine Lehrfähigkeit von 6 bis 8 Lehrveranstaltungsstunden stets als angemessene Vertretung des Faches in der Lehre angesehen. (...)“.

Der Ausschuss sah freilich auch, dass die politisch gewollte Erhöhung der Studierendenzahlen zwangsläufig zu einer Überlast führen musste, die aus finanziellen Gründen nicht einfach durch unbegrenzte Vermehrung des – insbesondere professoralen - Personals gelöst werden konnte. Deswegen wurde es letztlich als Ausfluss der beamtenrechtlichen Treuepflicht einerseits und als Ergebnis der Herstellung praktischer Konkordanz zwischen der Forschungsfreiheit der Hochschullehrer einerseits und der Ausbildungsfreiheit der Studierenden andererseits für legitim erachtet, für die Zeit der Überlast – die man damals noch als zeitlich begrenztes Phänomen einschätzte – eine flächendeckende Erhöhung des Lehrdeputats von 6 auf 8 vorzunehmen.

Allerdings wurden 8 Lehrveranstaltungsstunden definitiv als eine Obergrenze gesehen, die nur durch die genannte, von Zulassungsbeschränkungen gekennzeichnete Sondersituation zu sehen war und für deren mittelfristige Reduzierung bei einer Normalisierung der Studentenzahlen und nach einer entsprechenden Gestaltung der Studienbedingungen gewichtige Argumente angeführt werden können. In diese Richtung weisen insbesondere die Vorschläge der Datenkommission Hochschule, nach deren Berechnungen für die Normallast auf der Grundlage der Empfehlung des Wissenschaftsrates zu Personalrichtwerten von 1977 ein Abschlag von 25% auf die unter Höchstlastbedingungen ermittelten personellen Aufnahmekapazitäten vorzunehmen ist.⁸

Es ist also an dieser Stelle festzuhalten, dass die 8-Stunden-Lehrverpflichtung in Ansehung der seinerzeitigen Studentenzahlen als absolute Obergrenze angesehen wurden. Das schließt es eigentlich definitiv aus, auf eine weitere Erhöhung der Studentenzahlen mit einer weiteren Erhöhung der Lehrdeputate zu reagieren; einer solchen Erhöhung kann vielmehr nur auf folgenden Wegen begegnet werden:

- Schaffung neuer Stellen
- Zulassungsbeschränkungen für Studierende
- Herabsetzung der curricularen Normwerte.

Der auf diesem Bericht aufbauende Entwurf einer Vereinbarung der Kultusministerkonferenz zu den Lehrverpflichtungen an Hochschulen – ohne Kunsthochschulen (Stand 2. 9. 1981)⁹ hatte dementsprechend die Zahl von 8 Semesterwochenstunden als Regellehrverpflichtung eines Professors an einer (wissenschaftlichen) Hochschule festgesetzt (sub I.2.1.1.). Die Begründung übernimmt dabei wörtlich die oben zitierten Ausführungen des Hochschulausschussberichts.

Wie schon gesagt: Diese Begründung zeigt deutlich: Die 8-Stunden-Verpflichtung wird als zulässig, aber auch als Maximum des rechtlich Zulässigen

⁸ NVwZ 1985, 556.

⁹ Abgedruckt, in: NVwZ 1985, 552 ff.

eingeschätzt, und auch das nur unter den Bedingungen der seinerzeit als Allzeit-hoch empfundenen Studierendenzahl. Bei zurückgehender Studentenzahl wurde eine verbindliche Deputatsreduktion für rechtlich geboten geachtet. Dies heißt freilich nicht, dass bei der dann eingetreten tatsächlichen Entwicklung weiter steigender Studentenzahlen im Gegenzug eine Deputaterhöhung zulässig wäre. Im Gegenteil wurden 8 SWS als absolute Grenze definiert, weil ansonsten für die sorgfältige Verfolgung der weiteren Dienstaufgabe keine angemessene Zeit mehr zur Verfügung stünde.¹⁰ Neben dem Fürsorgeprinzip und der Wissenschaftsfreiheit erwähnt der Entwurf auch die „gesellschaftspolitische Bedeutung der Forschung“ als Maßstab einer gerechten Verteilung. Dabei ist noch nicht berücksichtigt, dass durch die Novellierten Hochschulgesetze, namentlich die Neufassung des § 2 UnivG B.-W. den Hochschullehrern/-innen weitere hauptamtliche Aufgaben zugewachsen sind, die natürlich weiteren Zeitaufwand bedingen.

Der darin referierte Bericht des Hochschulausschusses ging selbst davon aus, dass durch die KMK-Vereinbarung eine gewisse Bindung des Verordnungsermessens der Länder erfolge (sub II.5.1). Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts haben diesem zwischen den Ländern erzielten Konsens die Qualität eines Orientierungsrahmens zugebilligt, von dem die Länder nicht ohne wichtigen Grund abweichen dürften.¹¹

Die 8-Stunden-Lehrverpflichtung wurde auch in der neuesten Fassung der KMK-Vereinbarung über die Lehrverpflichtung an Hochschulen (ohne Kunsthochschulen) in der Fassung des Beschlusses vom 12.06.2003 weitergeschrieben. Allerdings hatte sich das Land Baden-Württemberg vorbehalten, bei den Professoren, bei den Hochschuldozenten auf Zeit sowie bei den Wissenschaftlichen Mitarbeitern im Beamtenverhältnis die Lehrverpflichtung um 1 Lehrveranstaltungsstunde zu erhöhen. Die Vereinbarung hat einen entsprechenden Vorbehalt in Zf. 2.2 aufgenommen, bei Beachtung eines durchschnittlichen Lehrdeputats von 8 SWS. Etliche andere Länder sind diesem Beispiel mittlerweile gefolgt, so dass mittlerweile keine einheitliche Lehrverpflichtung in Deutschland mehr besteht.¹²

¹⁰ Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 3.11.1988 – KLMK-HSchR 1989, 172 (insb. 177-180) – ändert an diesem Befund nichts. Dort war das Gericht in Übereinstimmung mit dem Bundesverfassungsgericht (E 66, 155/183) davon ausgegangen, dass 8 SWS etwa der Hälfte der Wochenarbeitszeit entsprächen. Gleichwohl sei es mit Art. 5 Abs. 3 GG vereinbar gewesen, einen zu einem Hochschullehrer übergeleiteten Studienprofessor im Einweisungserlass zu einem Lehrdeputat von 12 SWS zu verpflichten. Zwar überwiege in diesem Fall die Lehre deutlich die Forschung, verdränge diese aber - unabhängig vom Anforderungsprofil – nicht. Der Dienstherr habe die Möglichkeit, Unterschiede in forschungs- und lehrintensiveren Fächern zu berücksichtigen.

¹¹ BVerfGE 66, 155 (180 f.); BVerwG NVwZ 1989, 360.

¹² Das „reguläre“ Deputat beträgt derzeit in Brandenburg Hamburg, Bremen, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz, Niedersachsen, Sachsen und Sachsen-Anhalt 8 SWS, dagegen 9 SWS in Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Schleswig-Holstein und Thüringen.

1.3 Auswirkungen der Erhöhung des Lehrdeputats auf die Möglichkeit zur Forschung

Ausgangspunkt der Überlegungen ist das Bild des Hochschullehrers im materiellen Sinne, wie ihn das Bundesverfassungsgericht idealtypisch skizziert hat; es bezeichnet den akademischen Lehrer, der aufgrund der Habilitation oder eines sonstigen Qualifikationsbeweises mit der selbständigen Vertretung eines wissenschaftlichen Faches in Forschung und Lehre betraut ist.¹³ Selbständige Vertretung eines Faches bedeutet im Fall einer Universität in etwa ein Verhältnis der Dienstaufgaben Forschung:Lehre:Selbstverwaltung von 40%:40%:20%; dies galt erst recht bei W3/C4-Professuren, die eine angemessene fachliche Breite voraussetzen.¹⁴

Nach diesem Verteilungsmodell genannten Vorgaben stößt die Erhöhung von Lehrdeputaten dann an ihre Grenzen, wenn sie die funktionsgerechte Verteilung der Aufgaben verletzt. Funktionsgerecht ist die Verteilung aber nur dann, wenn eine der Aufgaben – hier: die Forschung – nicht zur vernachlässigbaren Größe herabgestuft wird. Der notwendige zeitliche Raum für Forschung lässt sich zwar nicht exakt quantifizieren; man wird jedoch in Ansehung der oben genannten Primär- und Sekundäraufgaben – auch bei Berücksichtigung von notwendigen Überlasten – davon ausgehen können, dass ein Zeitbudget für die Forschung von durchschnittlich 20% der nominellen Wochenarbeitszeit (unter Berücksichtigung der Forschungsfreiemester) verfassungsrechtlich nicht unterschritten werden darf.¹⁵

Die Höhe des Lehrdeputats richtet sich dabei – um eine bundeseinheitliche Vergleichbarkeit der Lasten zu sichern – nach Empfehlungen der Kultusministerkonferenz.¹⁶ Dabei soll zugleich das Gebot der Kapazitätsauslastung aus der Numerus-Clausus-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts mit einbezogen werden.

1.4 Der weiter steigende Bedarf an Lehrkapazitäten der Gegenwart

Die Prophezeiungen haben sich indes durchweg nicht bewahrheitet. À la longue steigen die Studierendenzahlen seit den 70er Jahren kontinuierlich an; die seinerzeitigen „Überlasten“ haben sich als Dauerzustand mit weiter steigender Tendenz etabliert, lediglich in den 90er Jahren durch eine Delle infolge der Einführung von Langzeitstudiengebühren unterbrochen. Dagegen führt der höhere Betreuungsaufwand in den neuen Bachelor- und Masterstudiengängen zu einem höheren Lehrbedarf. Dazu kommt das seit der Großen Koalition (vgl. Den Hochschulpakt

¹³ BVerfGE 35, 79 (126).

¹⁴ Art. 9 BayHPG), § 46 LHG B.-W.

¹⁵ So *Fehling*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 5 Abs. 3 (März 2004), Rdn. 253; vgl. auch *Würtenberger*, *Forschung und Lehre* 2003, S. 478 ff.

¹⁶ Zur generellen Zulässigkeit *Thieme*, *Deutsches Hochschulrecht*, 3. Aufl. (2004) Rdn. 122.

2020) unverändert bestehende politische Ziel, 40% eines Altersjahrganges zu einem Studienabschluss zu bringen.¹⁷ Der Wissenschaftsrat hatte – etwas maßvoller – für 35% eines Altersjahrganges plädiert. Um dies zu erreichen, bedarf es aber wegen der Schwundquote ca. 40% Studienanfänger; das bedeutet im weiteren, dass ca. 50% die Hochschulzugangsberechtigung (Abitur o.ä.) erwerben müssen.

2 Das Institut der Lehrprofessur

Um dem erhöhten Bedarf an Lehrkapazität gerecht zu werden, gibt es letztlich nur wenige personelle Alternativen: Die schlichte und flächendeckende Erhöhung der Lehrdeputate, die Übertragung von Lehrleistungen einen erweiterten Mittelbau, insb. durch Schaffung eines dem Mittelbau zuzuordnenden „lecturers“ nach anglo-amerikanischem Vorbild. Beides stößt auf politische Hindernisse: Ersteres kann zu einer massiven Störung der Äquibristik von Forschung und Lehre und der Gefahr einer weiteren Marginalisierung der universitären Forschung führen; letzteres würde die Lehre gegenüber der Forschung eher zurücksetzen, was dem hochschulpolitischen Bestreben einer Stärkung der akademischen Lehre zuwiderlaufen würde. Um dieses Dilemma zu lösen, hatte der Wissenschaftsrat 2007 vorgeschlagen, eine Personalkategorie „Professur mit Schwerpunkt Lehre“ zu schaffen, mit einer Aufgabengewichtung Lehre:Forschung:Selbstverwaltung von 60:30:10.¹⁸ Um zu verhindern, dass es sich dabei um ein karrierehinderndes Abstellgleis handelt, sollte sie mit einer Tenure-Option ausgestaltet sein, was die potenzielle Dauerhaftigkeit der Stelle voraussetzt.¹⁹

In der Folge wurden in etlichen Bundesländern sog. Lehrprofessuren (vgl. Art. 9 Abs. 1 S. 3 BayHSchPG) oder - in anderer Diktion - „Professuren mit Schwerpunkt Lehre“ (vgl. § 46 Abs. 1 Satz 6 bwLHG) geschaffen, die einem Lehrdeputat von 16-18 SWS unterliegen. Im Gegensatz zum genannten angelsächsischen Pendant des Senior Lecturer oder Lecturer, die eine eigenständige Personalkategorie darstellen²⁰, soll der Lehrprofessor ein „echter“ Hochschullehrer im materiellen Sinn sein, obwohl die Dienstaufgabenbelastung eher der eines Fachhochschullehrers bzw. eines sog. B-Professors an den früheren Gesamthochschulen ähnelt.

Freilich drängt sich dabei die Frage auf: Wieso muss der „Professor mit Schwerpunkt Lehre“ ein um so viel höheres Deputat haben? Die angestrebte qualitative Verbesserung der Lehre hätte es auch nahegelegt, ein Lehrdeputat vorzuse-

¹⁷ Dieses Ziel des Koalitionsvertrages wurde von der schwarz-gelben Nachfolgeregierung übernommen.

¹⁸ *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen zu einer lehrorientierten Reform der Personalstruktur an Universitäten, 2007, S. 34 ff., 38 ff.

¹⁹ So schon *Wissenschaftsrat*, Personalstruktur und Qualifizierung: Empfehlungen zur Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses, 2001.

²⁰ Vgl. *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen zu einer lehrorientierten Personalstruktur an Universitäten, 2007, S. 52 ff.

hen, dass das normale nicht wesentlich übersteigt – mit der Chance, wesentlich mehr Zeit in eine qualitativere Vorbereitung investieren zu können. Dass dies nicht geschehen ist, lässt doch wieder den Verdacht aufkommen, dass es der Politik doch nur um eine Verbilligung der Lehre geht. Außerdem ist trotz vielfältiger Sonntagsreden nicht von der Hand zu weisen, dass dieser Typus des Lehrprofessors in die Rolle von „Lehrknechten“ abgedrängt wird: Zum einen ist die Lehrverpflichtung so hoch, dass eine weitere Qualifizierung in der Forschung, die von einem Juniorprofessor ja erwartet wird, schon rein zeitlich kaum zu bewältigen ist, jedenfalls aber einen erheblichen Wettbewerbsnachteil in späteren Berufungsverfahren darstellt. Auch die W-Besoldung ist eher kontraproduktiv: Da für Juniorprofessuren als variable Gehaltszulagen wohl im Wesentlichen nur besondere Leistungsbezüge denkbar sind, diese aber im Bereich der Forschung aus o.g. Gründen unrealistisch, im Bereich der Lehre zwar grundsätzlich möglich, aber als Zulagen zu W1-Gehältern ebenfalls keine Reichtümer versprechen, und außerdem die hohe Lehrverpflichtung ohnehin normale Dienstaufgabe ist, dürften solche Stellen wenig attraktiv sein und allenfalls temporären Charakter haben.

3 Die Hochschuldozentur

Ungeachtet der Unausgewogenheit der Dienstaufgaben (die zugegebenermaßen auch bei manchen „normalen“ Professuren und Fakultäten zu beobachten ist), ist der Lehrprofessor bzw. doch wenigstens ein „echter“ Professor, denn Einstellungsvoraussetzung ist in jedem Fall die Habilitation bzw. die habilitationsgleiche Leistung, die regelmäßig eine vorausgegangene „qualitätvolle“ bzw. „überdurchschnittliche“ Promotion voraussetzt²¹ (in der universitären Praxis bedeutet das regelmäßig eine Bewertung mit mindestens „magna cum laude“) bzw. – als Juniorprofessur ausgestaltet – eine Promotion von „herausragender“ Qualität²² (vulgo „summa cum laude“) mit denkbar.

Das Land Baden-Württemberg hat nun in seinem „(Ersten) Gesetz zur Umsetzung der Föderalismusreform im Hochschulbereich“ vom 20. Nov. 2007²³ die neuen Personalkategorien der *Juniordozentur* und der *Hochschuldozentur* geschaffen (§ 51a LHG). Die Ausgestaltung ist analog der Kombination Juniorprofessor – Professor. Das Amt darf nicht mit der früheren Kategorie eines Hochschuldozenten (alte Besoldungsgruppe HS 1) verwechselt werden, die vom späteren Oberassistenten (C 2) und jetzt vom Akad. Oberrat (A 14) abgelöst wurde.²⁴ Diese Kategorie

²¹ Vgl. etwa exemplarisch: § 47 bwLHG; Art. 7 Abs. 1 Zf. 3 BayHSchPG; § 38 Abs.- 1 Zf. 3 BbgHG; § 25 Abs. 1 NHG; § 36 Abs. 1 Zf. 3 HG NRW

²² Vgl. § 51 Abs. 2 S. 1 bwLHG; Art. 14S. 1 Zf. 3 BayHSchPG; § 43 S. 1 cZf. 3 BbgHG; § 30 Abs. 2 NHG;

²³ Sog. EHFRUG (GBl. S. 505)

²⁴ Sandberger, in Haug (Hrsg.), Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2009, Kap. 5 Rdn. 1404, weist insofern auf einen Traditionsbruch hin.

war von der akademischen Würde her stets habilitierter Privatdozent und als solcher nach überwiegender Meinung bei hauptamtlicher Tätigkeit korporationsrechtlich den Hochschullehrern zugeordnet.²⁵

Wir schauen uns das auf einem Schaubild des baden-württembergischen Wissenschaftsministeriums an:

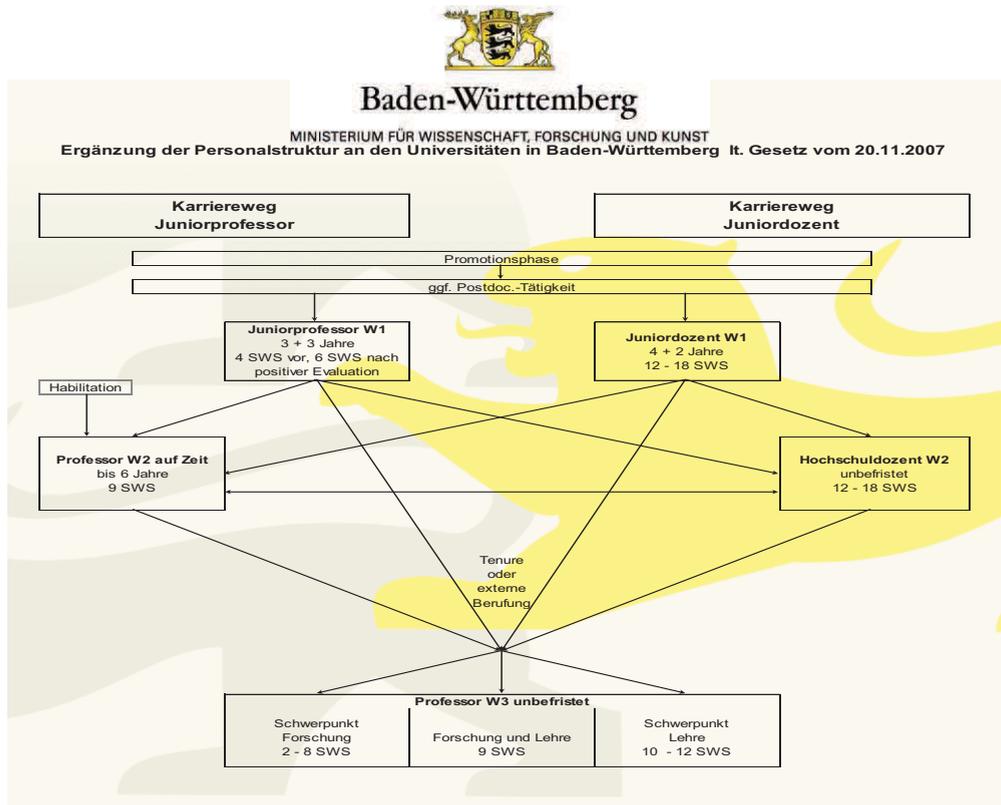


Abbildung 1 (*Quelle: Stifterverband, Tagung „Innovationspotentiale im Personalbereich, Symposium am 17./18.,4.2008, Präsentation: Freiheit im Personalbereich durch das EHFRUG, Vortrag MD Dr. Harald Hagmann*)

²⁵ BVerfGE 35, (126 f.); *Scheven*, in: Flämig u.a. (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrecht, Bd. I, 2. Aufl. 1996, S. 334 f. Teilw.a.A. OVG Münster, WissR 25 (1992), 279 (für habilitierte Akad. Oberräte).

Danach sind als Einstellungsvoraussetzungen für den Juniorprofessor vorgegeben:

- abgeschlossenes Hochschulstudium
- pädagogische Eignung
- besondere Befähigung zu wissenschaftlicher Arbeit

Die Lehrverpflichtung beträgt 4 SWS, nach der obligatorischen Zwischenevaluation 6 SWS, die Beschäftigungsdauer beträgt 3 + 3 Jahre (vom seitens des Wissenschaftsrats geforderten Tenure Track ist nicht mehr die Rede). Die Besoldung erfolgt nach W 1.

Demgegenüber hat der Juniordoцент eine Lehrverpflichtung von 12 – 18 SWS, die ebenfalls bei einer Besoldung nach W 1 auf eine Beschäftigung von 4 + 2 Jahren ausgerichtet ist.

Im Vergleich fällt sofort der gravierende Unterschied in der Lehrverpflichtung; bis zu 18 h, also das Dreifache der des Juniorprofessors auf. Was hingegen *nicht* bzw. erst auf den zweiten Blick hin auffällt, sind die Unterschiede in den Einstellungsvoraussetzungen (§ LHG BW): Während für den Juniorprofessor nach wie vor die herausragende Qualifikation der Promotion Einstellungsvoraussetzung ist (also „summa cum laude“); reicht für den Juniordoцент eine qualifizierte Promotion aus („magna cum laude“), ohne dass eine spätere Habilitation oder sonstiges Qualifikationssurrogat vorgesehen ist. Hier offenbart sich das erste Qualitätsgefälle: Der Juniorprofessor hat eine höhere Einstiegsschwelle als der Juniordoцент; gleichwohl werden beide vom Gesetz bereits der Gruppe der Hochschullehrer zugerechnet. Als Folge droht aus meiner Sicht: Es wird sich eine Zweiklassengesellschaft entwickeln, und vor allem: sie ist im Gesetz bereits angelegt: Wer „exzellent“ ist, kann Juniorprofessor werden, wer „nur gut“ ist, Juniordoцент.

Diese Zweiklassengesellschaft setzt sich fort in der „Aufstiegsphase“:

Der positiv evaluierte Juniorprofessur darf zunächst mit höherer Lehrbelastung (6 SWS) weitermachen, und wird dann entweder via Tenure-Track an der eigenen Universität oder via Berufung an einer fremden W 3- Professor oder – solange er keinen Ruf bekommt – W 2-Professor auf Zeit (analog der früheren übergangsweisen Oberassistentur) beschäftigt.

Der Juniordoцент kann nach 4+2 Jahren – wenn erfolgreich evaluiert – Hochschuldozent werden (§ 45 VI LHG), also ebenfalls ein Amt nach W 2 erhalten. Der Gesetzgeber sieht somit die Wertigkeit des Amtes (bitte verzeihen Sie diesen Rückfall in eine konservative beamtenrechtliche Denkweise) des „ruferwartenden“ Professors auf Zeit und des unbefristeten Hochschuldozenten als gleichwertig an, obwohl die Zugangswege ein deutliches Gefälle aufweisen. In dieses Bild passt auch, dass ein Hochschuldozent das Recht zur Forschung nach § 46 LHG hat²⁶. Eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung ist auch, dass Dozenten trotz deutlich geringerer Qualifikationserfordernisse (vgl. etwa § 39 IV LHG) nach dem Ausscheiden aus dem Dienst die Bezeichnung „apl. Professor“ verliehen werden

²⁶ Vgl. dazu die Ges. begr. LT-Drs. 14/15123, S. 69.

kann; dieser Titel ist also recht „billig“ - d.h. ohne habilitationsgleiche Leistungen - zu haben²⁷. Dies führt zu einer Inflation des Professorentitels, vergleichbar der „Überleitungswelle“ der 70er Jahre.

Im Idealfall soll also sowohl vom Juniorprofessor (W 1) als auch vom „Warte-professor“ (W 2) als auch vom Juniordozenten (W 1), schließlich auch vom Hochschuldozenten (W 2) eine unbefristete W 3 –Professur erreichbar sein.

Betrachten Sie bitte die Lehrverpflichtung etwa des Hochschuldozenten (12-18 SWS). Angesichts dieser Verpflichtung hat die Person, was die Publikation von Forschungsergebnissen betrifft, einen gravierenden Nachteil: Der Juniorprofessor bzw. der Professor auf Zeit hat eine wesentlich höhere zeitliche Belastung und in Folge dessen weniger Zeit zur Forschung – das ist ja auch gewollt! Von der Situation einer Familiengründung, die in diesem Lebensalter aufzutreten pflegt, möchte ich jetzt gar nicht reden – sie ist hochschulrechtlich immer noch irrelevant; über beamtenrechtliche Fürsorgepflichten des Dienstherrn wurde praktisch noch nicht reflektiert. Die grundsätzliche Möglichkeit von Leistungszulagen zwischen 300 und 700 € zum W1/W2-Grundgehalt vermag dies kaum zu sublimieren²⁸ und dürfte eher zur Zementierung dieses Karrierewegs führen. Von daher ist es aber kaum glaubhaft, wenn der zentrale Punkt in oben abgedrucktem Schema eine gleichmäßige Chancenverteilung nach links – Mitte – rechts und damit eine Gleichwertigkeit der Qualifikationswege vorgaukelt.

Dass es letztlich auch dem Land Baden-Württemberg primär um eine Verbilligung der Lehre geht, wird durch den zeitlich fast parallelen Streit um die Höhe des Lehrdeputats von 9 Stunden und um die Berechnung des Realzeitfaktors deutlich.²⁹

Dazu kommt: Natürlich werden die Juniordozenten bzw. Hochschuldozenten in die lehrintensiven Fächer in der Bachelorphase „gesteckt werden“, d.h. es kommen auch noch erhebliche Prüfungslasten auf die entsprechenden Personen zu. Ob und inwieweit dies auf die Lehrverpflichtung angerechnet wird, wäre noch zu diskutieren. Allerdings neigen die Wissenschaftsministerien – zugegeben meist auf Druck der Finanzministerien – zu einer Marginalisierung der Prüfungsbelastung. Ich erinnere an die willkürliche Halbierung der Anrechnung juristischer Schwerpunktseminararbeiten in Bayern. Eine realistische Abbildung der Prüfungsbelastung ist damit kaum erreichbar.

Ich wage daher zu prognostizieren: Der Karriereweg eines Dozenten verläuft im realistischen Idealfall vom Juniordozent über den Hochschuldozent maximal zum Professor mit Schwerpunkt Lehre. Weitere Prophezeiung: Da bleibt er bzw. sie dann auch. Ich halte es nicht für realistisch, dass ein Lehrprofessor einen weite-

²⁷ Krit. auch *Sandberger* in Haug (Hrsg.), Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2009, Kap. 5 Rdn. 1405.

²⁸ Vgl. Art. 5 EHFRUG; dazu *Sandberger*, in: Haug (Hrsg.), Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2009, Kap. 5 Rdn. 1404.

²⁹ Vgl. VGH Baden-Württemberg, VBIBW 2006, 464 = BeckRS 2006, 25139.

ren Ruf bekommt, damit sind auch die Möglichkeiten zu Berufungs- und Bleibezulagen sehr beschränkt. Positiv für die Finanzministerien: Der „Professor mit Schwerpunkt Lehre“ wird den Vergaberahmen der W-Besoldung mit Sicherheit nicht sprengen.

Das Gegenzenario wäre: Es entwickelt sich ein eigenständiger „Markt“ von gefragten und charismatischen und damit für weitere Berufungen fähigen Lehrprofessoren (was ich persönlich für nicht sehr realistisch halte). Dann ist aber das Ideal vom Professor, der die Einheit von Forschung und Lehre in sich vereinigt, aufgegeben, und wir haben endgültig zwei Laufbahnen des Professorenamts. Das ist wohl denkbar, aber ob es dem verfassungsrechtlichen Bild von Wissenschaft und ihrer Weitergabe entspricht, bezweifle ich massiv.

4 Fazit

Lassen Sie mich ein – zugegeben unvollkommenes und höchst vorläufiges - Fazit ziehen: Schon die Professur mit Schwerpunkt Lehre führt zu einer Zweiklassengesellschaft, wahrscheinlich auch zu einer akademischen „Jobmentalität“. Die Einführung der Personalkategorie „Dozentur“ ist ein weiterer Schritt zur Paralisierung des materiellen Hochschullehrerbegriffs. Ich halte diese Konstruktion daher – ungeachtet des guten Willens zur Bewältigung der Studienlasten – für einen Holzweg.

Renaissance der Gesamthochschule? – Das Modell Lüneburg[●]

Prof. Dr. Volker Epping

1 Die Ausgangslage

Die Körperschaft Universität Lüneburg sowie zentrale Teile der Körperschaft Fachhochschule Nordost-Niedersachsen bilden seit dem 1. Januar 2005 die von der Stiftung Universität Lüneburg getragene Körperschaft Universität Lüneburg.¹ Diese Fusion stellt rein formal gesehen eine Zustiftung dar, in dem das Land Niedersachsen das bewegliche und unbewegliche Vermögen der Fachhochschule Nordostniedersachsen an den Standorten Lüneburg und Suderburg der Stiftung Universität Lüneburg übereignet². Zugleich postuliert die Gesetzesbegründung, dass durch diese Fusion „erstmalig in der deutschen Hochschullandschaft die herkömmliche Trennung der Institution Universität und Fachhochschule zugunsten einer Hochschule mit einer insgesamt nach Bachelor- und Masterstudiengängen gestuften Studienstruktur überwunden“ werden. Die fusionierte Universität Lüneburg soll – so die Gesetzesbegründung - mit der vollständigen Einführung einer

* Der nachfolgende Beitrag findet sich in einer ausführlicheren Version in der Zeitschrift Wissenschaftsrecht (WissR) 24 (2009), S. 232 ff.

¹ § 1 des Gesetzes zur Fusion der Universität Lüneburg und der Fachhochschule Nordostniedersachsen und zur Änderung des Niedersächsischen Hochschulgesetzes (nachfolgend: Fusionsgesetz) vom 16.09.2004, Nds. GVBl. 26/2004 v. 22.9.2004, S. 352.

² § 2 Abs. 2 Fusionsgesetz.

dreistufigen Studienstruktur mit Bachelor-, Master- und Promotionsstudiengängen wegweisend für die deutschen Hochschulen die hochschulpolitischen Ziele des Bologna-Prozesses verwirklichen.³ Hierzu wurden die Studiengänge beider Hochschulen bis zum Wintersemester 2006/2007 geschlossen und neue Studienangebote entwickelt und akkreditiert. Aufgegriffen wurde damit eine Option, die der Bologna-Prozess eröffnete: Sowohl an Universitäten als auch Fachhochschulen wird das BA/MA-System unterscheidungslos angeboten, was jedenfalls vordergründig eine unproblematische Zusammenführung des Lehrangebots ermöglichte.

Abgesehen von dem in § 3 des Fusionsgesetzes niedergelegten gesetzlichen Auftrag zur Entwicklung gemeinsamer, gestufter Studiengänge enthält das Fusionsgesetz Regelungen zum Übergang des Personals einschließlich einer Ermächtigung der Stiftung Universität Lüneburg zur auf Antrag möglichen beamtenrechtlichen Überleitung von Professorinnen und Professoren der ehemaligen Fachhochschule in Universitätsprofessuren, Satzungs- und Verordnungsermächtigungen zum Hochschulzugang und zur Lehrverpflichtung sowie eine organisationsrechtliche Experimentierklausel.

2 Die Leuphana und das Gesamthochschulkonzept

Die vorbeschriebene Ausgangslage wirft die Frage auf, ob nicht – entgegen allen Beteuerungen gerade im Gesetzgebungsverfahren⁴ – mit der Universität Lüneburg das Gesamthochschulkonzept wieder belebt wird. Nordrhein-Westfalen, in dem das Konzept der Gesamthochschulen ursprünglich mit großer Vehemenz implementiert wurde⁵, hat sich jüngst nicht nur von dem Konzept der Gesamthochschule nachhaltig verabschiedet, sondern dieses Modell auch im Einklang mit allen Beobachtern für gescheitert erklärt. Sinnbildlicher Ausdruck ist es, dass sämtliche Gesamthochschulen in NRW zumeist in Universitäten überführt wurden. Insofern stellt sich die Frage, ob wirklich mit der Universität Lüneburg erstmals die herkömmliche Trennung der Institutionen Universität und Fachhochschule zugunsten einer Hochschule überwunden wurde, wie es die Gesetzesbegründung zum Fusionsgesetz vorgibt. Von außen betrachtet wird man dies verneinen müssen, da dieser Weg bereits vor Jahrzehnten mit den gescheiterten Gesamthochschulen began-

³ LT-Drs. 15/1051, S. 7.

⁴ So z.B. *Roland Zielke* in der parlamentarischen Aussprache, 34. Plenarsitzung v. 26.5.2004, S. 3664.

⁵ Die meisten Bundesländer haben sich mit der Konzeption der Gesamthochschule indes nicht anfreunden können. Neben NRW mit den Gesamthochschulen Duisburg, Essen, Hagen, Paderborn, Siegen und Wuppertal, die in der Regel auf bereits bestehende Fachhochschulen „aufgesattelt“ wurden, hat Hessen seine diesbezüglichen Bemühungen allein auf die Gesamthochschule Kassel konzentriert. In Hamburg ist die Idee, die Hochschulen zu einer integrierten Gesamthochschule zusammenzuschließen, in einem Anfangsstadium verblieben (siehe hierzu m.w.N. *Thieme*, Deutsches Hochschulrecht, 2. Aufl. 1986, Rn. 292 [S. 314 f.]).

gen wurde. Neu aber ist, dass wir im Gegensatz zu den Gesamthochschulen, die sowohl Fachhochschulstudiengänge und integrierte Studiengänge vorhielten, nunmehr die gestufte BA/MA-Studienstruktur haben.

Aufschluss bietet insofern § 4 Abs. 2 und 3 HRG a.F. Gem. § 4 Abs. 2 HRG a.F. war das Hochschulwesen der Bundesrepublik Deutschland mit dem Ziel neu zu ordnen, die von Hochschulen mit unterschiedlichen Aufgabenstellungen wahrgenommenen Aufgaben in Forschung, Lehre und Studium zu verbinden. Diese Neuordnung sollte u.a. ein Angebot von inhaltlich und zeitlich gestuften, integrierten und aufeinander bezogenen Studiengängen mit entsprechenden Abschlüssen in allen dafür geeigneten Bereichen gewährleisten; soweit es der Inhalt der Studiengänge zuließ, waren gemeinsame Studienabschnitte oder aufeinander folgende Studiengänge zu schaffen. Darüber hinaus war ein Aufbau der Studiengänge geplant, der bei einem Übergang in Studiengänge gleicher oder verwandter Fachrichtungen eine weitergehende Anrechnung erbrachter Studiengänge und Prüfungsleistungen ermöglichte sowie eine dem jeweiligen Studiengang entsprechende Verbindung von Wissenschaft und Praxis gewährleisten sollte. Hierzu waren gem. § 5 Abs. 1 Satz 1 HRG a.F. Gesamthochschulen zu bilden, wobei integrierte und kooperative⁶ Gesamthochschulen zulässig waren. Unter integrierten Gesamthochschulen versteht man die organisatorische Verbindung von verschiedenen Hochschulen in einer Hochschule, wobei die zu verbindenden Hochschulen ihre rechtliche Selbstständigkeit verlieren und in der integrierten Gesamthochschule aufgehen. Hauptziel der integrierten Gesamthochschule war das Angebot neuer Studienmodelle, die sich in drei Grundmodelle zusammenfassen lässt: Das Lambdamodell, das Y-Modell sowie das Konsekutivmodell.⁷

Die Universität Lüneburg als Betrachtungsgegenstand in den Blick nehmend ist der Fokus auf das Konsekutivmodell zu konzentrieren, zumal auch der seinerzeitige HRG-Gesetzgeber in erster Linie das Konsekutivmodell verwirklicht wissen wollte. Aus dem früheren § 4 Abs. 3 Satz 1 1. Hs. HRG lässt sich dies nämlich unschwer entnehmen, heißt es doch dort, „soweit der Inhalt der Studiengänge es zulasse, sollten aufeinander folgende Studiengänge geschaffen werden.“ Dieses Konsekutivmodell sah einen ersten Studienabschnitt von grundsätzlich drei Jahren vor, den alle Studenten durchlaufen. Am Ende des 1. Abschnitts wurde ein Abschlusszeugnis erteilt, das dem Niveau des Fachhochschulabschlusses entsprach. Für eine beschränkte Zahl besonders erfolgreicher Absolventen des 1. Abschnitts bestand dann die Möglichkeit, einen zweiten ein- bis zweijährigen Studienabschnitt

⁶ Der Begriff der kooperativen Gesamthochschule täuscht darüber hinweg, dass es sich nur um eine Verbindung von Hochschulen, nicht aber um eine selbständige Hochschule handelt. Diesbezügliche Ansätze zeigten sich seinerzeit bei der Hochschule des Saarlands; siehe hierzu und zur kooperativen Gesamthochschule im Überblick *Kröger*, Grundtypen der Hochschulen, in: Flämig u.a. (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, Band 1, 2. Auflage 1996, S. 207 (225).

⁷ Siehe hierzu im Überblick *Kröger*, Grundtypen der Hochschulen, in: Flämig u.a. (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, Band 1, 2. Auflage 1996, S. 207 (222-225).

zu durchlaufen, an dessen Ende ein Diplom stand, das in seiner Wertigkeit dem universitären Diplom oder der ersten Staatsprüfung gleichstand.⁸

Diese freilich nur oberflächliche Betrachtung wirft bereits durchgreifende Zweifel auf, ob die Behauptung des Gesetzgebers, die Universität Lüneburg sei der erste Fall in der deutschen Hochschullandschaft, der die herkömmliche Trennung der Institutionen Universität und Fachhochschule zugunsten einer Hochschule mit einer insgesamt nach Bachelor- und Masterstudiengängen gestuften Studienstruktur überwindet, zutreffend ist. Zuzugeben ist insofern, dass zur Zeit der Gesamthochschulen Bachelor und Master in Deutschland nicht bekannt waren. Nur stellt sich die Frage, ob dieser Umstand die Feststellung des Gesetzgebers trägt, namentlich, wenn man sich das konsekutive Studienmodell der Gesamthochschule anschaut. Handelt es sich daher letztlich nicht nur um eine Frage der Bezeichnung, wenn man sich das konsekutive Studienmodell der Gesamthochschule anschaut?

Aufschlussreich ist insoweit der Vergleich der gesetzlichen Regelungen im Fusionsgesetz einerseits und dem („alten“) WissHG NRW andererseits. Dieser Vergleich offenbart nämlich, dass sich der Niedersächsische Gesetzgeber in weiten Teilen der seinerzeitigen NRW-Regelungen zu den Gesamthochschulen bedient hat. Dies war sicherlich auch nahe liegend, da die vielschichtige Integrationsproblematik in NRW seinerzeit zu einer mehrfachen Befassung durch das BVerfG und damit zu entsprechenden Klarstellungen geführt hat, die NRW-Normen also bereits die bundesverfassungsgerichtliche Absolution erfahren hatten. Sprichwörtlich ist also die Leuphana und ihr viel gepriesener singulärer Modellcharakter zunächst nichts anderes als „alter Wein in neuen Schläuchen“. Besteht also die „bundesdeut-

⁸ Der Nestor des deutschen Wissenschaftsrechts, *Werner Thieme* (Bildungsziele der Universität als Rechtsproblem, DÖV 1979, 73 [80]) hat die Konsequenzen des Konsekutivmodells für den Bereich der Rechtswissenschaften schon seinerzeit aufgezeigt, die sich mit einigen Anpassungen durchaus auf die aktuelle Diskussion der Einbindung der Juristenausbildung in den Bologna-Prozess übertragen lassen: Zunächst würden alle Studenten zu Rechtspflegern ausgebildet, in einer zweiten ein- bis zweijährigen Phase müssten dann die besten Rechtspfleger an das Niveau herkömmlicher Referendare herangeführt werden, um später Richter, Rechtsanwalt oder Staatsanwalt werden zu können. *Thieme* weist zutreffend darauf hin, dass die Ausbildung für den gehobenen Dienst ein bestimmtes Ausbildungsziel hat, das nicht einfach als quantitatives Problem im Verhältnis zur Universitätsausbildung der Juristen gesehen werden könne. Vielmehr sei die Ausbildung für den gehobenen Dienst ein Aliud, es habe andere Inhalte, andere Arbeitstechniken und andere Verhaltensmuster zum Gegenstand. Von daher habe nicht etwa der künftige Richter, wenn er eine dreijährige Rechtspflegerausbildung absolviert habe, schon drei Viertel oder zwei Drittel des Weges bis zum Referendar hinter sich gebracht, sondern wesentlich weniger. Die Materien, die der Rechtspfleger zu bearbeiten habe, seien solche, bei denen es um die genaue Anwendung oft sehr schwieriger Rechtsmaterien gehe, während der Jurist in erster Linie mit Rechtsfragen zu tun habe, bei denen die exegetische Funktion und die damit verbundene Wertung im Vordergrund stehe. Die Kritik an der Wissenschaft und der Rechtsprechung der obersten Gerichte sei ein wesentliches Stück des Studiums künftiger Richter, die für den Rechtspfleger keine Bedeutung habe. Es erscheine - so *Thieme* - höchst fraglich, ob diese Haltung, die vom Juristen gefordert werde, später noch nachgeholt werden könne.

sche Einzigartigkeit⁹ dieser „Bologna-Modelluniversität“¹⁰ als „Hochschule neuen Typs“ in dem neuen, partiell dem angelsächsischen Modell entlehnten Lehrangebot: „Leuphana-College/Leuphana-Bachelor (Leuphana Semester, Major, Minor, Komplementärstudium); Graduate School; Professional School“?

3 Das Zusammenwirken von unterschiedlich qualifizierten Hochschullehrern

Abgesehen von der zuvor aufgeworfenen Frage, worin denn gerade in Abgrenzung zu den Gesamthochschulen die bundesdeutsche Einzigartigkeit der Leuphana besteht, d.h. wie die Universität Lüneburg in das Hochschulsystem einzuordnen ist, liegt ein zentrales Problem in dem Zusammenwirken von unterschiedlich qualifizierten Hochschullehrern. Bezogen auf die Gesamthochschulen hat ein Altmeister des Hochschulrechts, *Fritz Dellian*, schon seinerzeit konstatiert, dass gewissermaßen eine fachliche Allzuständigkeit der Fachvertreter im gesamten Bereich ihrer Hochschule begründet werde: Professoren, die sich habilitiert haben, sollen auch in Fachhochschulstudiengängen lehren, Fachhochschullehrer sollen dagegen in den wissenschaftlichen Studiengängen ohne Einschränkung lehren können.¹¹ Ein Befund, der vor dem BA/MA-System auch für die ‚Modellhochschule‘ Leuphana uneingeschränkt Geltung beansprucht. Es muss daher beispielsweise die Frage aufgeworfen werden, ob die Mitwirkung von Fachhochschullehrern in wissenschaftlichen Studiengängen nicht eine Gefährdung des wissenschaftlichen Niveaus der Lehre darstellt und damit die Ausbildungsqualität in der ‚Modellhochschule‘ ebenso wie seinerzeit in der integrierten Gesamthochschule mildert. Wie sieht es mit dem Forschungsaspekt aus? Konkret gehen damit aber vor allem drei Problemkomplexe einher, die in diesem Kontext nur angerissen werden können: Die Überleitung der Fachhochschullehrer (dazu 1.), die Mitwirkung in der Selbstverwaltung (dazu 2.) und die Promotionsberechtigung (dazu 3.).

3.1 Die Überleitung der Fachhochschullehrer

Zunächst stellt sich die Frage, ob die ehemaligen Professoren der Fachhochschule Nordostniedersachsen nicht durch die Überführung in die Universität Lüneburg zu Universitätsprofessoren geworden sind. Dieses Problem wird durchaus erkannt: Die Gesetzesbegründung zum Fusionsgesetz jedenfalls stellt zutreffend fest, dass Voraussetzungen und Qualifikationsprofil unterschiedlich sind und deshalb Fach-

⁹ So u.a. der Wissenschaftsminister *Lutz Stratmann* in der parlamentarischen Aussprache, 40. Plenarsitzung v. 15.9.2004, S. 4404.

¹⁰ So *Zielke* in der parlamentarischen Aussprache, 34. Plenarsitzung v. 26.5.2004, S. 3664.

¹¹ *Dellian*, in: Dallinger/Dellian/Bode, HRG-Kommentar, 1978, § 44 Rdnr. 7.

hochschulprofessorinnen und –professoren¹² nicht lediglich auf Antrag Ämter von Universitätsprofessorinnen und –professoren übertragen werden können. Eine Auswahl nach materiellen Kriterien sei nach dem NHG möglich, indem zusätzliche Leistungen in der anwendungsbezogenen Forschung verlangt werden können. Der Nachweis hierfür sei in einem berufungsähnlichen Verfahren zu führen.¹³ Dies bestätigt auch der Niedersächsische Wissenschaftsminister *Lutz Stratmann*, der in der seinerzeitigen parlamentarischen Aussprache explizit festhielt, dass es nicht passieren dürfe, dass sozusagen auf einem Weg „light“ Fachhochschulprofessoren zu Universitätsprofessoren werden. Deshalb halte er die im Gesetzentwurf vorgesehene Möglichkeit der Überleitung in einem berufungsähnlichen Verfahren für einen richtigen Weg.¹⁴ Aufschlussreicher und deutlicher ist insoweit die seinerzeitige Berichterstatterin *Gabriele Andretta*: „Wenn die Hochschule eine einheitliche Aufgabenstellung hat, wie sie in § 1 Abs. 1/1 definiert wird, muss dies daher letztlich grundsätzlich dazu führen, dass auch die Professorinnen und Professoren (im Wesentlichen) gleiche Dienstaufgaben haben, was wiederum zur Folge hat, dass sie dann auch berechtigt sind, eine einheitliche Amtsbezeichnung, nämlich die einer Universitätsprofessorin bzw. die eines Universitätsprofessors zu führen.“¹⁵ Vor diesem Hintergrund sind die einschlägigen Regelungen des Fusionsgesetzes sowie der auf dieser Grundlage erlassenen Satzung der Stiftung Universität Lüneburg zur Verwendung übernommener Professorinnen und Professoren (Überleitungssatzung)¹⁶ einer Würdigung namentlich vor dem Hintergrund der bereits angesprochenen bundesverfassungsgerichtlichen Grundlegungen insbesondere zur Gesamthochschulproblematik zu unterziehen.

Ausgangspunkt bildet insoweit § 5 des Fusionsgesetzes, wonach Art und Umfang der Dienstaufgaben der übernommenen Professoren der Fachhochschule Nordostniedersachsen denen von Universitätsprofessoren angeglichen werden, „wenn im Einzelfall die von ihnen“ (den Fachhochschulprofessoren) „erbrachten wissenschaftlichen Leistungen in der *anwendungsbezogenen* Forschung dies rechtfertigen.“ Ist dies der Fall und sind ihre Dienstaufgaben entsprechend angeglichen worden, so sind ihnen auf Antrag Ämter von Universitätsprofessoren und Universitätsprofessorinnen zu übertragen. Ob die Voraussetzungen vorliegen, stellt das

¹² Es wird hier die allgemein geläufige Bezeichnung des Fachhochschulprofessors verwandt, obgleich die gesetzlich zutreffende Bezeichnung Professor an einer Fachhochschule lautet. Ergänzend sei zum einen darauf hingewiesen, dass das BVerfG in seiner Judikatur auch den Begriff des Fachhochschullehrers verwandt hat. Zum anderen beziehen sich alle Personen- und Funktionsbezeichnungen auf Frauen und Männer in gleicher Weise.

¹³ LT-Drs. 15/1051, S. 8 f. (Zu § 3).

¹⁴ Wissenschaftsminister *Lutz Stratmann* in der parlamentarischen Aussprache, 34. Plenarsitzung v. 26.5.2004, S. 3668.

¹⁵ LT-Drs. 15/2165, S. 7.

¹⁶ Satzung der Stiftung Universität Lüneburg zur Verwendung übernommener Professorinnen und Professoren, Universität Lüneburg INTERN Nr. 2/07 v. 15. Februar 2007.

Präsidium der Universität Lüneburg im Einvernehmen mit dem Stiftungsrat auf der Grundlage einer externen Evaluation unter Beteiligung einer Einrichtung i.S. des § 5 Abs. 1 Satz 4 NHG verbindlich fest.

Das Ausschreibungsgebot (§ 26 Abs. 1 NHG, Art. 33 Abs. 2 GG)

Auffallend ist zunächst, dass die Überleitung eine Abweichung vom Ausschreibungsgebot des § 26 Abs. 1 NHG darstellt. Das Gebot, offene Stellen für Professuren auszuschreiben, wurzelt indes in Art. 33 Abs. 2 GG.¹⁷ Dieses grundrechtsgleiche Recht garantiert jedem (fachlich geeigneten) Bürger den gleichen Zugang zu einem öffentlichen Amt. Darin enthalten ist ein gleiches Recht auf Bewerbung und Entscheidung über die Bewerbung durch sachgerechten Vergleich. Dies setzt voraus, dass grundsätzlich jeder potentielle fachlich geeignete Bewerber von der offenen Stelle Kenntnis erlangen kann.¹⁸ Art. 33 Abs. 2 GG zielt insofern u.a. auf die umfassende Herstellung einer Vergleichssituation. Erreicht wird dies im Wege größtmöglicher Publizität der offenen Stellen, mithin durch öffentliche Ausschreibung. Auch soll sichergestellt werden, dass zur Vertretung des Staates nur die am besten geeigneten Bewerber herangezogen werden. Das sog. Leistungsprinzip dient dem vorrangig öffentlichen Interesse an einer optimalen Besetzung als Voraussetzung für eine effektive Arbeit der Dienststellen. Die Ausschreibung von freien Stellen ist ein wichtiges prinzipiell unentbehrliches Instrument solcher Bestenauslese. Sie ist unentbehrlich, um gravierende Stellenbesetzungen – und um eine solche würde es sich bei einer Übertragung des Amtes eines Universitätsprofessors auf einen Fachhochschulprofessor handeln – verfahrensmäßig zu legitimieren. Folglich darf vom Ausschreibungsgebot nur ausnahmsweise abgewichen werden.¹⁹ § 26 Abs. 1 NHG lässt einen Verzicht auf die Ausschreibung lediglich zu, wenn ein Juniorprofessor oder ein befristet beschäftigter Universitätsprofessor im Anschluss an die Erstberufung auf Dauer berufen oder aber, wenn einem Universitätsprofessor zur Abwehr eines auswärtigen Rufes eine höherwertige Professur übertragen werden soll. Mit keinem dieser Sachverhalte ist die hier in Rede stehende Übertragung einer Universitätsprofessur auf einen Fachhochschulprofessor vergleichbar. Bei Universitäts- und Fachhochschulprofessoren handelt es sich um zwei Gruppen von Hochschullehrern mit ganz unterschiedlichen Aufgaben und Funktionen (näher dazu unter 2. und 3.), wie nicht zuletzt die verschiedenen Qualifikationsanforderungen nach § 25 Abs. 1 Nr. 4 NHG zeigen. Deshalb stellt sich durchaus die Frage, ob die in § 5 Fusionsgesetz niedergelegte Ausnahme vom verfassungsrechtlich geforderten Ausschreibungsgebot sich rechtfertigen lässt.

¹⁷ Siehe nur *Battis*, in: Sachs, GG-Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 33 Rn. 40.

¹⁸ *Jachmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Band 2, 5. Aufl. 2005, Art. 33 Rn. 16 m.w.N.

¹⁹ *Battis*, in: Sachs, GG-Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 33 Rn. 40; *Jachmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Band 2, 5. Aufl. 2005, Art. 33 Rn. 16 m.w.N.

Die Überleitungsvoraussetzungen

Die Angleichung der Dienstaufgaben erfolgt gemäß § 2 der Überleitungssatzung²⁰ auf Antrag des Fachhochschulprofessors. Es wird eine Evaluierungskommission gebildet, die feststellen soll, ob die wissenschaftlichen Leistungen des Antragstellers in der anwendungsbezogenen Forschung eine Angleichung der Dienstaufgaben rechtfertigen (§ 4 Abs. 1 Überleitungssatzung). Den Vorsitz (mit Stimmrecht) der Kommission hält eine Persönlichkeit, die in der *anwendungsorientierten* (!) Forschung hervorragend ausgewiesen ist. Dies kann also durchaus auch ein Fachhochschulprofessor sein. Darüber hinaus gehören der Kommission mehrere (stimmberichtigte) Universitätsprofessoren an. Bewertet werden Leistungen ausschließlich in der *anwendungsorientierten* Forschung (§ 5 Fusionsgesetz, § 5 Überleitungssatzung). Prüfungsmaßstab soll der im jeweiligen Fachgebiet übliche Qualitätsmaßstab sein. Hierfür werden Fachgutachten eingeholt. Auf das Prüfungsverfahren kann verzichtet werden, wenn der Antragsteller bereits auf einer Berufsliste für eine Universitätsprofessur berücksichtigt war (§ 8 Abs. 3 der Überleitungssatzung).

Bei positiver Evaluation der anwendungsbezogenen Forschung werden die Dienstaufgaben des Antragstellers an diejenigen eines Universitätsprofessors angeglichen (§ 9 i.V.m. § 1 Abs. 1 Überleitungssatzung): Art und Umfang von Dienstaufgaben der übernommenen Fachhochschulprofessoren sollen denen der Universitätsprofessoren entsprechen, wenn in nicht nur geringem Umfang und nicht nur vorübergehend Forschungsaufgaben einschließlich praxisnaher Forschungsaufgaben (anwendungsbezogene Forschung) wahrzunehmen sind und die Dienstaufgaben in der Lehre überwiegend in BA-/MA-Studiengängen, Promotionsprogrammen oder universitären Studiengängen der Universität Lüneburg erbracht werden. Hierbei soll es allerdings ausreichen, wenn der Lehranteil in den vorbezeichneten Studiengängen *zwei* Lehrveranstaltungsstunden umfasst, ungeachtet der sich dann aufdrängenden Frage, ob bei diesem geringen *universitären* Lehranteil von einer Angleichung überhaupt gesprochen werden kann. Im Anschluss an die Angleichung der Dienstaufgaben kann dem Fachhochschulprofessor auf Antrag das Amt eines Universitätsprofessors der Besoldungsstufe W 2 übertragen werden (§ 10 Überleitungssatzung).

In der Konsequenz der vorbezeichneten Vorschriften ist es also möglich, dass Fachhochschulprofessoren als Hochschullehrer in dem auf wissenschaftliche Hochschulen, namentlich Universitäten, bezogenen (materiellen) Sinne angesehen und tätig werden, ohne den Nachweis einer zusätzlichen wissenschaftlichen – habilitationsadäquaten – Befähigung im Sinne des § 25 Abs. 1 Nr. 4 a NHG erbringen zu müssen. Gegenstand der Evaluation ist nämlich lediglich die *anwendungsorientierte* Forschung, d.h. es wird die berufspraktische Qualifikation des Fachhochschulprofessors zum Anknüpfungspunkt für die Frage gemacht, ob ihm das Amt eines

²⁰ Satzung der Stiftung Universität Lüneburg zur Verwendung übernommener Professorinnen und Professoren, Universität Lüneburg INTERN Nr. 2/07 v. 15. Februar 2007.

Universitätsprofessors übertragen werden kann. Die in § 5 Abs. 2 Nr. 1-3 der Überleitungssatzung konkretisierend aufgeführten Anforderungen – etwa die Höhe der für die anwendungsorientierte Forschung eingeworbenen Drittmittel, die Leistungen im Wissens- und Technologietransfer, welche durch Beraterverträge, Patententwicklung, Preise und Auszeichnungen etc. nachzuweisen sind – bilden die Basis, um die Gleichwertigkeit der Forschungsleistung eines Fachhochschulprofessors mit der eines Universitätsprofessors zu indizieren.

Sind die vorgenannten Parameter indes tragfähig? Hier kommen u.a. die Grundsätze zum Tragen, die das BVerfG in Bezug auf Fachhochschulprofessoren in integrierten Studiengängen an Gesamthochschulen entwickelt hat.²¹ Ausgangspunkt der Überlegungen ist die höchstrichterliche Feststellung, dass Professorenämter sowohl im Hinblick auf die Funktion als auch in Bezug auf die Anforderungen vom jeweiligen Hochschultyp geprägt sind.²² Während an Universitäten die Pflege und Entwicklung der Wissenschaften und Forschung sowie die Ausbildung des wissenschaftlichen Nachwuchses an erster Stelle steht, dienen Fachhochschulen den angewandten Wissenschaften und bereiten durch Lehre und Studium auf berufliche Tätigkeiten vor, welche die Anwendung wissenschaftlicher Erkenntnisse und Methoden erfordern. Nur in diesem Rahmen nehmen Fachhochschulen Forschungs- und Entwicklungsaufgaben (sog. praxisnahe Forschung, vgl. § 3 Abs. 4 NHG) wahr. Demgegenüber dient die an den Universitäten betriebene Forschung ganz allgemein der Gewinnung wissenschaftlicher Erkenntnisse; sie tritt als Primäraufgabe neben die Lehre. Bei Fachhochschulen tritt die Forschung dagegen gleichsam als Annex hinter die mit wöchentlich 18 Lehrveranstaltungsstunden²³ sehr umfangreiche Lehrverpflichtung zurück.²⁴ Mit diesem andersartigen Charakter der Fachhochschulen und ihrem institutionell engeren, anwendungsbezogenen Forschungs- und Lehrauftrag korrespondieren die grundsätzlich geringeren gesetzlichen Anforderungen (hier: § 25 Abs. 1 Nr. 4 c NHG) an das Qualifikationsprofil der an ihr tätigen Professoren.²⁵ Das BVerfG folgert daraus, dass es von der betont berufs- und anwendungsorientierten Aufgabe der Fachhochschule her nicht zu rechtfertigen wäre, würde man mit den von einem Fachhochschulprofessor zu

²¹ BVerfGE 61, 210 (246 ff., 250); siehe auch BVerfGE 64, 323 (361).

²² BVerfGE 64, 323 (353).

²³ Siehe § 5 Abs. 1 Nr. 1 der Verordnung über die Lehrverpflichtung an Hochschulen (Lehrverpflichtungsverordnung – LVVO), Nds. GVBl. Nr. 24/2007, S. 408.

²⁴ *Hufen/Geis*, Verfassungsrechtliche Fragen eines Promotionsrechts für Fachhochschulen, in: Bull (Hrsg.), Festschrift Werner Thieme, 1993, 621 (632).

²⁵ Eingehend zu den Anforderungen des jeweiligen Hochschultyps siehe *Epping*, Zur schleichenden Angleichung der Hochschultypen: Auch ein Promotionsrecht für Fachhochschulen?, in: Wissenschaft im Umbruch, Gedächtnisschrift für Hartmut Krüger, 2001, S. 61 (72 ff. m.w.N.).

verlangenden „besonderen Leistungen“ von vornherein ein habilitationsgleiches Niveau verbinden.²⁶

In seinem Gesamthochschulurteil hat das BVerfG zwar auch festgehalten, dass die Anforderungen an das Qualifikationsprofil von Fachhochschulprofessoren steigen können, wenn Fachhochschulprofessoren im Wechsel mit Universitätsprofessoren Pflicht- und Wahlpflichtveranstaltungen in universitären Studiengängen abhalten und auch im Übrigen wie Universitätsprofessoren in diese Studiengänge einbezogen sind. Im Hinblick auf die besondere Funktion des derart tätigen Fachhochschulprofessors sei das gesetzlich festgelegte Qualifikationsprofil dahin auszuliegen, „dass die Voraussetzungen des Hochschullehrerbegriffs in seinem auf wissenschaftliche Hochschulen bezogenen Sinn erfüllt sein müssen“. Erforderlich sei mithin „eine in etwa dem Niveau einer Habilitation entsprechende Qualifikation“.²⁷

Es stellt sich also die Frage, ob die in § 5 der Überleitungssatzung niedergelegten Nachweismöglichkeiten eine angemessene Grundlage für die Beurteilung darstellen, die vor allem den vorgenannten bundesverfassungsgerichtlichen Anforderungen ausreichend Rechnung tragen. Ist namentlich vor dem Hintergrund der Art. 5 Abs. 3 i.V. mit Art. 33 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 1 GG ein Abstellen auf „besondere Leistungen bei der *anwendungsorientierten* Forschung“ möglich? Dies indes ist mehr als fraglich: Schon der HRG-Gesetzgeber stellte in seiner Begründung zu § 44 Abs. 1 Nr. 4 b HRG a.F. klar, dass in der anwendungsorientierten Forschung des zu berufenden Fachhochschulprofessors regelmäßig zwar eine besondere, aber eben gerade keine habilitationsadäquate Befähigung zur wissenschaftlichen Arbeit angelegt sein muss. Anwendungsorientierte Forschung könne „z.B. durch Patentschriften, Berichte über Ergebnisse einer Forschungs- und Entwicklungstätigkeit, durch Preisverleihungen und Wettbewerbserfolge nachgewiesen werden“²⁸, also durch eben jene Kriterien, die auch in § 5 Überleitungssatzung benannt werden. Diese Kriterien bilden folglich lediglich die besonderen Leistungen im Sinne des § 44 Abs. 1 Nr. 4 b HRG a.F., § 25 Abs. 1 Nr. 4 c NHG ab, reichen aber nicht als Beurteilungsgrundlage dafür aus, ob die besonderen Leistungen eine wissenschaftlich weitergehende, deutliche theoretische Ausrichtung und folglich eine mit der universitären Forschung vergleichbare Wertigkeit besitzen.

Die in § 5 der Überleitungssatzung niedergelegten Nachweismöglichkeiten bilden daher keine angemessene Grundlage für die Beurteilung, ob die Forschungsleistungen mit denen eines Universitätsprofessors gleichwertig sind. Es sollen vielmehr lediglich die von einem jeden Fachhochschulprofessor von vornherein zu erfüllenden „besonderen Leistungen bei der anwendungsorientierten Forschung“ beurteilt werden; ein darüber hinausweisender Bezug zur habilitationsgleichwertigen

²⁶ BVerfGE 61, 210 (248); 64, 323 (361).

²⁷ Vgl. BVerfGE 61, 210 (250).

²⁸ BT-Drs. 7/1328, S. 68.

gen wissenschaftlichen Leistung – wie vom BVerfG verlangt - wird nicht gefordert. Auch die bei der Evaluation anzulegenden Qualitätsmaßstäbe für die Bewertung der anwendungsbezogenen Forschung lassen einen eindeutigen Bezug zur habilitationsgleichwertigen wissenschaftlichen Leistung vermissen (§ 5 Überleitungssatzung). Insofern wird lediglich auf die „im jeweiligen Fachgebiet üblichen Qualitätsmaßstäbe“ verwiesen.

Dass ein Habilitationsniveau aber erforderlich ist, lässt sich auch aus den Grundsätzen ableiten, die vom BVerfG im Zusammenhang mit der Prüfungsbeurteilung von Fachhochschulprofessoren in Promotionsverfahren entwickelt wurden. Diese Grundsätze lassen sich durchaus für den hier zu beurteilenden Sachverhalt fruchtbar machen, da die Angleichung der Dienstaufgaben und die Übertragung des Amtes eines Universitätsprofessors dazu führen, dass u.a. auch die Prüfung in Promotionsverfahren zu den Dienstaufgaben des (ehemaligen) Fachhochschulprofessors gehört (vgl. § 9 NHG). Nach Auffassung des BVerfG ist ein Professor aber nur dann promotionsprüfungsberechtigt, wenn er neben seiner eigenen Promotion wissenschaftliche Qualifikationen mit Habilitationsniveau vorweisen kann, die er in einem förmlichen Verfahren nachgewiesen hat. Keinesfalls sollen die Regeleinstellungsvoraussetzungen für Fachhochschulprofessoren ausreichen.²⁹ Die Habilitationsadäquanz der wissenschaftlichen Leistung ist daher auch aus diesem Blickwinkel ein zentrales, unverzichtbares Merkmal. Dem wird die Überleitungssatzung mit ihren Anforderungen an die zu evaluierenden Forschungsleistungen indes nicht gerecht.

Lediglich im Hinblick auf diejenigen Fachhochschulprofessoren, die bereits auf einer Berufungsliste für eine Universitätsprofessur berücksichtigt waren (§ 8 Abs. 3 der Überleitungssatzung) rückt dieses Problem in den Hintergrund. Hier wurden die wissenschaftlichen Leistungen des betreffenden Fachhochschullehrers nämlich im Rahmen eines universitären Berufungsverfahrens mit positivem Ergebnis überprüft, d.h. es wurde in einem förmlichen Verfahren festgestellt, dass der Fachhochschullehrer auch zur Universitätsprofessur befähigt ist. Im Ergebnis bleibt es aber dabei, dass gegen die Rechtmäßigkeit der Dienstaufgabengleichung / Übertragung einer Universitätsprofessur auf der Grundlage von § 5 Fusionsgesetz i.V.m. der Überleitungssatzung erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf Art. 33 Abs. 2 GG sowie Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG bestehen.

3.2 Mitwirkung in der Selbstverwaltung

Bereits der ab der Fusion zum 1.1.2005 zu bildende Senat sah eine Zusammensetzung von je 13 Mitgliedern im Verhältnis 7:2:2:2 aus den Körperschaften Universität Lüneburg und Fachhochschule Nordostniedersachsen, mithin eine unterschiedslose Zuordnung der Fachhochschulprofessoren zur Gruppe der Hoch-

²⁹ BVerfGE 88, 129 (149 f.); vgl. auch *Epping*, in: *Leuze/Epping*, HG NRW, § 97 Rn. 29 ff.

schullehrer. Diese mitgliedschaftliche Zuordnung hat die von der Leuphana nach der Fusion erlassene Grundordnung übernommen, was angesichts der Majorisierung der Universitätsprofessoren durch die Fachhochschulprofessoren im Verhältnis 1:3 zu einem Übergewicht der Fachhochschulprofessoren in den kollegialen Selbstverwaltungsgremien mit allen seinen Konsequenzen z.B. hinsichtlich der Einräumung der Promotionsberechtigung an Fachhochschulprofessoren geführt hat.

Die Frage also ist, ob die Fachhochschulprofessoren an einer Universität zwangsläufig der Gruppe der Hochschullehrer zuzuordnen sind. Ein Blick in die Regelungen zur überwundenen Gesamthochschule und die diesbezügliche Judikatur des BVerfG führen vor dem Hintergrund des in Art. 5 Abs. 3 GG wurzelnden Homogenitätsgebots zu einer klaren Verneinung der Frage. Selbst wenn man von einer Zuordnung der Fachhochschulprofessoren zur Gruppe der Hochschullehrer an einer Universität ausgehen will, ist dies für das Homogenitätsgebot nicht ohne Relevanz. Denn – so das BVerfG – selbst bei der Zuordnung zur Gruppe der Hochschullehrer reicht das „Homogenitätsgebot ... jedoch nicht so weit, daß innerhalb der so abgegrenzten Gruppe der Hochschullehrer der wissenschaftliche Werdegang des einzelnen Mitgliedes bedeutungslos ist und von der Sache her gerechtfertigte unterschiedliche Zugangsvoraussetzungen für die Wahrnehmung bestimmter akademischer Aufgaben sowie Regelungen über die Ausübung der Hochschullehrtätigkeit schlechthin verboten sind.“³⁰

Bedenkt man, dass das BVerfG in dieser Entscheidung mit Universitätsprofessoren freilich unterschiedlicher Qualifikation befasst war, ist es bezeichnend, wenn das BVerfG festhält, dass nicht daraus folge, „daß er die Amtsbezeichnung ‚Universitätsprofessor‘ führt. Damit wird er zwar der homogenen Gruppe der Hochschullehrer im materiellen Sinne zugerechnet. Die einheitliche Amtsbezeichnung schließt aber keineswegs Differenzierungen bei den Voraussetzungen für die Mitwirkung an Promotionen aus.“³¹ Ist diese Differenzierung zwischen Universitätsprofessoren nach der Rechtsprechung des BVerfG bereits angezeigt, gilt dies erst recht im Verhältnis der Universitätsprofessoren zu den Fachhochschulprofessoren. Unter dem Blickwinkel des Homogenitätsgebotes, das besagt, dass sich die Gruppe der Hochschullehrer in sich homogen zusammensetzen muss³², ihr also keine Personen minderer Qualifikation zugerechnet werden dürfen³³, können die Fachhochschulprofessoren gerade nicht der Gruppe der Hochschullehrer an einer Universität zugeordnet werden. Sie unterfallen nicht dem materiellen Hochschullehrerbegriff, dessen Aufgabe es ist sicherzustellen, dass der wissenschaftliche Sachverstand bei der Entscheidung von Fragen der Forschung und Lehre in den Beschlussorga-

³⁰ BVerfGE 88, 129 (137) unter Verweis auf BVerfGE 54, 363 (387); 57, 70 (92 f.).

³¹ BVerfGE 88, 126 (141).

³² BVerfGE 35, 79 (134 f.).

³³ BVerfGE 39, 247 (255); 47, 327 (388); 54, 363 (387); 61, 210 (240).

nen der Wissenschaft nicht überspielt wird. Daher knüpft der in der Rechtsprechung des BVerfG festgeschriebene materielle Hochschullehrerbegriff auch an die Qualifikation, Funktion, Verantwortlichkeit und Betroffenheit an.³⁴ Über eine den Universitätsprofessoren vergleichbare Qualifikation verfügen aber die Fachhochschulprofessoren – wie das BVerfG dezidiert ausgeführt hat – gerade nicht.³⁵

Die vom BVerfG aufgezeigte Differenzierung von Universitätsprofessoren bedeutet zugleich, dass selbst die auf der Grundlage anwendungsbezogener Forschung übergeleiteten Professoren nicht in Fragen der Forschung und des wissenschaftlichen Nachwuchses den originären, ursprünglichen Universitätsprofessoren gleichzusetzen sind. Dies wird sehr deutlich an § 124 Abs. 2 WissHG NRW, der unter der Überschrift „Mitgliedschaftliche Sonderregelungen“ folgende Bestimmung vorsah: „Bei der Entscheidung in Angelegenheiten, die die Forschung, die Lehre oder die Berufung von Professoren mit der Qualifikation gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 4 Buchstabe a³⁶ unmittelbar berühren, werden in Gremien die Stimmen der Professoren mit der Qualifikation gemäß § 49 um einen Gewichtungsfaktor vervielfacht, der nach Multiplikation mit der Zahl der Sitze dieser Professoren eine Zahl ergeben muß, die mindestens um eins größer ist als die Summe der Sitze aller übrigen Gruppen einschließlich der Sitze der gemäß § 122 Abs. 2 übernommenen Professoren. Die Grundordnung oder die Fachbereichssatzung stellt sicher, dass dem jeweiligen Gremium Professoren mit der Qualifikation gemäß § 49 angehören.“

Es ist wenig überraschen, dass sich das BVerfG wegen der darin liegenden Stimmrechtsbeschränkung der Fachhochschulprofessoren mit dieser Bestimmung befassen musste. Mit Beschluss vom 17. März 1981 hat das BVerfG die Verfassungsbeschwerde von vierzehn ‚Fachhochschullehrern‘ indes nicht zur Entscheidung angenommen, weil sie keine hinreichende Aussicht auf Erfolg habe: „Der verfassungsrechtlich geforderte besondere Einfluß der Hochschullehrer in Angelegenheiten der Lehre, Forschung und der Berufung von Professoren soll gewährleisten, dass der wissenschaftliche Sachverstand in möglichst hohem Maße zur Geltung gelangt. Dem dient auch die angegriffene Vorschrift des § 124 Abs. 2 und 3 WissHG, in dem sie die Stimmenmehrheit in den Selbstverwaltungsgremien denjenigen Professoren der Gesamthochschule einräumt, die im Regelfall besondere wissenschaftliche Qualifikationen nachgewiesen haben. Hingegen setzt die Übernahme von Fachhochschullehrern auf der Grundlage des § 122 Abs. 2 WissHG gerade nicht den Nachweis besonderer Qualifikationen und Erfahrungen im wissenschaftlichen Bereich voraus ... Wenn der nordrhein-westfälische Gesetzgeber die Beschwerdeführer unter diesen Umständen zwar mitgliedschaftsrechtlich der Professorengruppe zuordnet und ihnen damit die Möglichkeit der Mitwirkung

³⁴ BVerfGE 61, 210 (240 m.w.N).

³⁵ BVerfGE 88, 129 (140 f.).

³⁶ § 49 Abs. 1 Nr. 4a WissHG: „zusätzliche wissenschaftliche Leistungen (Abs. 2)“; Abs. 2: „Die zusätzliche wissenschaftliche Leistungen werden in der Regel durch eine Habilitation nachgewiesen.“

in der Selbstverwaltung der Gesamthochschule gibt, sie aber andererseits bei der Berechnung der qualifizierten Mehrheiten der Professoren in wissenschaftsrelevanten Angelegenheiten außer Betracht lässt, so begegnet dies im Hinblick auf das Grundrecht der Beschwerdeführer aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.“³⁷

An diese Rechtsprechung des BVerfG anknüpfend findet sich folgerichtig im HG NRW in der seit dem 1. Januar 2007 geltenden Neufassung in § 79 die „Fort-schreibung“ der vorgenannten „Mitgliedschaftlichen Sonderregelung“: „In Gremien mit Entscheidungsbefugnissen in universitären Angelegenheiten, die Forschung, Kunst und Lehre oder die Berufung von Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer unmittelbar berühren, verfügen die Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer, die nicht ausschließlich in Fachhochschulstudiengängen tätig sind und nicht gemäß § 122 Abs. 2 des Universitätsgesetzes in seiner vor dem 1. Januar 1990 geltenden Fassung (Gesetz vom 20.10.1987, GV. NRW. S. 366) übernommen worden sind, über die Mehrheit der Stimmen.“

3.3 Promotionsberechtigung

Durch die Promotionsordnungen der drei Fakultäten in Lüneburg³⁸ wird die Verantwortlichkeit für die Durchführung des Promotionsverfahrens auf die Promotionskommission übertragen. Die Mitglieder der Promotionskommission werden aus dem Kreis der promotionsberechtigten Mitglieder gewählt. Die Promotionskommission wiederum setzt die Prüfungsausschüsse zur Durchführung der Disputation ein, denen auch die Gutachter der Dissertation angehören. Diese müssen „im Themenbereich der Dissertation wissenschaftlich ausgewiesen sein“. Dies ist nichts Überraschendes und regt nicht unseren Argwohn. Problematisch wird es aber, wenn es um die Bestimmung der Personen geht, die promotionsberechtigt sind. Betreuer und/oder Gutachter bzw. Mitglied in einem Prüfungsausschuss können promovierte Professorinnen oder Professoren sein, „die bei der Annahme der Doktorandin oder des Doktoranden in einem universitären Diplom- oder Magisterstudiengang oder einem entsprechenden Studiengang mit Abschluss Staatsexamen oder in einem forschungs- und anwendungsorientierten konsekutiven Masterstudiengang lehren und a) entweder Universitätsprofessorin oder Universitätsprofessor oder Juniorprofessorinnen oder Juniorprofessor oder habilitiert sind oder [alternativ zu lit. a)] b) auf dem jeweiligen Gebiet der Promotion in den zurückliegenden drei Kalenderjahren mindestens drei wissenschaftliche Beiträge in anerkannten Fachzeitschriften oder in den zurückliegenden fünf Kalenderjahren mindestens eine wissenschaftliche Monographie in einem anerkannten Fachverlag publiziert haben.“ In begründeten Ausnahmefällen kann die Promotionskommis-

³⁷ 1 BvR 1493/80; zitiert bei *Leuze*, in: *Leuze/Bender*, *WissHG NRW*, § 124 Rn. 5.

³⁸ Siehe exemplarisch die Promotionsordnung der Fakultät I (Bildungs-, Kultur- und Sozialwissenschaften), Universität Lüneburg INTERN Nr. 14/06 v. 16.11.2006.

sion überdies Abweichungen von den genannten Voraussetzungen - so auch von lit. b) - zulassen.³⁹

Anwendungsorientierte Lehre

Auffallend ist zunächst, dass vor den beiden Alternativen, von denen nur lit. b) problematisch ist, alternativ von einem „forschungs- und anwendungsorientierten konsekutiven Masterstudiengang“ gesprochen wird. Damit wird keineswegs nur an den Realitäten, sondern auch an der gesetzlichen Aufgabenbeschreibung der Fachhochschulen in § 3 Abs. 4 Satz 2 NHG angeknüpft: „Die Fachhochschulen dienen den angewandten Wissenschaften oder der Kunst durch Lehre, Studium, Weiterbildung sowie praxisnahe Forschung und Entwicklung.“ Diese gesetzliche Aufgabenbeschreibung belegt – worauf schon unter 2. hingewiesen wurde - in rechtlicher Hinsicht nicht nur die tatsächlich bestehende Nachrangigkeit der Forschung der Fachhochschulprofessoren, sondern auch, dass sich die Lehre der Fachhochschulprofessoren eben nicht wie bei den Universitätsprofessoren aus dem Wechselspiel mit der eigenen Forschung speist. Die Fachhochschulprofessoren haben sich auch mit Blick auf ihre spezifische Qualifikation vielmehr in Art und Umfang am beruflichen Anwendungsbezug zu orientieren, was eine weitgehende inhaltliche Begrenzung des Lehrauftrags auf praktisch verwertbare Erkenntnisse nach sich zieht. Forschung wie Lehre von Fachhochschulprofessoren und Universitätsprofessoren unterscheiden sich daher signifikant voneinander, wovon auch das BVerfG ausgeht: Die Universitätsprofessoren verbinden (eigene) Forschung und Lehre zu einer vorwiegend wissenschaftsbezogenen Ausbildung, während Fachhochschulprofessoren durch die anwendungsbezogene Lehre auf berufliche Tätigkeiten vorbereiten.

Bezogen auf die in Rede stehende Promotionsberechtigung von Fachhochschulprofessoren bedeutet dies, dass die in den Promotionsordnungen maßgeblich für die Promotionsberechtigung herangezogene Lehre keineswegs ein und dieselbe Lehre ist. Da es sich bei der Promotion um eine originäre wissenschaftliche Forschungsleistung handelt, kann nur eine im vorgenannten Sinne wissenschaftsbezogene Lehre, keineswegs aber eine rein anwendungsbezogene Lehre u.a. Anknüpfungspunkt für die Einräumung einer Promotionsberechtigung sein. Dies zeigt sich gerade am Promotionsrecht, das eben nur den Universitäten bzw. den promotionsberechtigten Universitätsprofessoren zukommt. Die anvisierte Einbindung der Fachhochschulprofessoren in Master-Studiengänge führt daher keineswegs zu einer qualitativen Änderung der Fachhochschullehre, die auch im Master-Studiengang anwendungsbezogene Lehre bleibt. Fixpunkt der Promotion – und hierin zeigt sich auch die gesetzliche Zuweisung des Promotionsrechts allein an die Universitäten (§ 9 NHG) – ist die originäre wissenschaftliche Forschung, nicht

³⁹ Siehe § 3 der vorgenannten Promotionsordnung.

aber die von den Fachhochschulen allenfalls nur in einer Sekundärverpflichtung zu erbringende „praxisnahe Forschung“ (§ 3 Abs. 4 Satz 4 NHG).

Wissenschaftlicher Ausweis

Vor dem Hintergrund namentlich der Ausführungen unter 2. begegnet die vorgenannte Alternative „lit. b“ durchgreifenden rechtlichen Bedenken, der Fachhochschulprofessoren bereits mit einem äußerst schmalen wissenschaftlichen Ausweis eine Promotionsberechtigung eröffnet: Abgesehen von der höchst problematischen Frage der „anerkannten“ Fachzeitschrift und des „anerkannten“ Fachverlages ist auch der Begriff des „wissenschaftlichen Beitrags“ (reicht eine Rezension?) im Sinne der vorzitierten zweiten Alternative (lit. b) nicht geeignet, eine Vermutung der besonderen wissenschaftlichen Befähigung im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG zu begründen. Übertragen auf den juristischen Bereich dürften nach den Promotionsordnungen der Leuphana dann z.B. drei rein kompilatorische zehnteilige Aufsätze zur Rechtmäßigkeit von Windkraftanlagen in der DÖV, NVwZ und der DVBl. – sämtliche Publikationsorgane sind anerkannte Fachzeitschriften – ausreichen (selbst wenn die Publikationen sehr ähnlich sind), um die Promotionsberechtigung im gesamten Umweltrecht oder sogar im Verwaltungsrecht zu erlangen.⁴⁰ Bedarf es dafür nicht eines breiteren Ausweises, der das Umwelt- bzw. das Verwaltungsrecht in seinen Kerngebieten auch in dogmatischer und verwaltungswissenschaftlicher Tiefe abdeckt? Sollten nicht auch noch verfassungsrechtliche Kenntnisse nachgewiesen sein, bezogen auf die exemplarisch angeführte Materie z.B. mit Blick auf Art. 20a GG? Wie sieht es mit den europa- und völkerrechtlichen Implikationen in diesem Feld aus? An einer Universität jedenfalls würde ein (so) spärlicher Ausweis von drei Publikationen in immerhin drei Jahren wie im beschriebenen Beispiel nicht auch nur annähernd ausreichen, eine Qualifikation zur Betreuung einer Dissertation im Umwelt- und/oder Verwaltungsrecht begründen zu können. Entsprechendes gilt für eine wissenschaftliche Monographie in einem anerkannten Fachverlag.⁴¹

Eine Verschärfung erfährt dieser vorbeschriebene Befund, wenn man sich vergewärtigt, wer über das Vorliegen der Voraussetzungen nach lit. b) und damit über die Frage der Promotionsberechtigung entscheidet. Die Entscheidungskompetenz kommt der Promotionskommission zu, deren Mitglieder vom jeweiligen Fakultätsrat gewählt werden. Da die Mitglieder die Promotionsberechtigung im vorbeschriebenen Sinne haben müssen, also zumindest drei Aufsätze in einer anerkannten Fachzeitschrift innerhalb von drei Jahren publiziert haben müssen (lit. b),

⁴⁰ Anzumerken ist, dass die Aufsätze in diesen „anerkannten“ Fachzeitschriften oftmals nicht länger als zwei Seiten sind.

⁴¹ Um bei der oben gewählten Materie zu bleiben gilt entsprechendes, wenn z.B. eine 120-seitige, mehr kompilatorische Abhandlung über die Rechtmäßigkeit von Windkraftanlagen, z.B. bei Mohr, Beck oder Duncker & Humblot – alles anerkannte Fachverlage – verlegt würde.

kommt die entsprechende Beurteilungskompetenz für die Mitglieder der Promotionskommission, die später über die Promotionsberechtigung der Fachhochschulprofessoren entscheiden müssen, dem Fakultätsrat zu.⁴² Im Fakultätsrat wiederum verfügt die Gruppe der Hochschullehrer gem. § 16 Abs. 3 S. 1 NHG über die Mehrheit der Stimmen. Da es sich bei der Promotionsmaterie überdies um eine Frage der Forschung handelt, ist die Stimmenmehrheit der Hochschullehrergruppe gem. § 16 Abs. 3 S. 2 und 3 NHG zudem qualifiziert, d.h. ggf. letztentscheidend auch gegenüber den anderen Gruppen i.S.d. § 16 Abs. 2 NHG. Innerhalb der Hochschullehrergruppe der Fakultäten der Leuphana befinden sich zum einen die Universitätsprofessoren der Alt-Universität und der (Fachhochschul-)Professoren der Alt-Fachhochschule. Auch wenn ausnahmsweise die Fachhochschulprofessoren in der jeweiligen Fakultät nicht die Mehrheit in der gemeinsamen Hochschullehrergruppe darstellen sollten – in der Regel ist dies der Fall –, bedeutet dies aber gleichwohl, dass die Fachhochschulprofessoren je nach Zusammensetzung des Fakultätsrates und namentlich der dort vertretenen Hochschullehrergruppe – ggf. auch im Zusammenwirken mit den Vertretern der anderen Gruppen im Fakultätsrat – über eine Mehrheit verfügen und damit sich gem. § 16 Abs. 3 S. 2 und 3 NHG quasi selbst die Promotionsberechtigung einräumen können.

Bedenkt man überdies, dass sich der niedersächsische Gesetzgeber ausweislich der gesetzlichen Materialien klar gegen ein Promotionsrecht der Fachhochschulen ausgesprochen hat⁴³, wird mit der vorgenannten Regelung zur Promotionsberechtigung diese gesetzgeberische Vorgabe durch einen „Etikettenschwindel“ unterlaufen: Aus der in § 9 Abs. 1 Satz 4 NHG angelegten *Möglichkeit* für entsprechend qualifizierte Fachhochschulprofessoren, an Promotionsverfahren *mitzuwirken*, wird „klammheimlich“ durch die in Rede stehende Bestimmung der Promotionsordnungen der Fakultäten der Leuphana sogar die Option eröffnet, Promotionsverfahren ohne irgendeine Beteiligung von Universitätsprofessoren *selbst durchzuführen*. Damit aber wird der gesetzlich vorgegebene „Rubicon“ signifikant überschritten. Dem lässt sich auch nicht mit der Tatsache begegnen, dass die Fachhochschule Nordostniedersachsen und damit die dort Lehrenden unter das Dach der Universität geführt wurden. Denn dieser Umstand führt – wie bereits ausgeführt (s.o. unter 1.) – nicht dazu, dass aus den Fachhochschullehrern automatisch Universitätsprofessoren werden und sie hinsichtlich der Dienstaufgaben die gleichen Rechte und Pflichten haben. Im Gegenteil: Mit der Regelung in § 5 des Fusionsgesetzes hat der niedersächsische Gesetzgeber dem sogar ausdrücklich entgegen gewirkt. Demzufolge läuft auch der Einwand ins Leere, den Universitäten sei das Promotionsrecht vom Land verliehen (siehe § 9 Abs. 1 NHG) und es daher letztlich den Universitäten und ihren Fakultäten anheim gestellt, die näheren Regelungen zum Promotionsverfahren und damit auch zur Promotionsberechtigung in Eigenregie aufzu-

⁴² Siehe § 3 Abs. 2 der vorgenannten Promotionsordnung.

⁴³ Siehe Synopse zum NHG einschließlich Begründung, Drs. 15/2670, S. 43.

stellen.⁴⁴ Wie selbst die Regelung des § 9 NHG zu erkennen gibt, sind indes die Universitäten - konkret ihre Fakultäten - keineswegs gänzlich frei, die Frage der Promotionsberechtigung zu regeln. Denn wenn durch § 9 Abs. 1 NHG den Universitäten und den ihnen gleichgestellten Hochschulen das Recht zur Promotion übertragen ist, das wiederum über § 9 Abs. 3 NHG von den Fakultäten wahrgenommen wird, liegt dem erkennbar der Gedanke zugrunde, dass die Universitäten bzw. deren Fakultäten – konkret deren Universitätsprofessoren – über die fachliche Kompetenz verfügen, um Promotionsleistungen zu beurteilen und die durch die Promotion zu bestätigende eigenständige wissenschaftliche Leistung festzustellen.

Dieser Befund findet zudem in der in Art. 5 Abs. 3 GG verorteten Rechtsprechung des BVerfG seine Bestätigung: Ausweislich seines Beschlusses vom 3. März 1993⁴⁵ ist für die Beurteilung einer Promotion, die ausschließlich wissenschaftlichen Bezug hat, eine besondere wissenschaftliche Befähigung vorausgesetzt, die über eine bloße Promotion hinausgeht. Ein Professor muss nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts zur sachgerechten Beurteilung von Promotionsleistungen eine grundsätzliche in einem förmlichen Verfahren nachgewiesene wissenschaftliche Qualifikation vorweisen, die Habilitationsniveau hat. Keinesfalls ist allein eine Promotion als Regeleinstellungsvoraussetzung für Fachhochschulprofessoren ausreichend. Die von Fachhochschulprofessoren geforderten besonderen Leistungen bei der Anwendung oder der Entwicklung wissenschaftlicher Erkenntnisse oder Methoden während einer mindestens fünfjährigen beruflichen Praxis stellen keinen Ersatz für die zusätzliche wissenschaftliche Leistung dar, die durch eine Habilitation oder durch gleichwertige wissenschaftliche Leistungen nachgewiesen werden kann. Dies ergibt sich u.a. aus § 25 Abs. 1 Ziff. 4 lit. c) NHG. Dieser spricht von „besonderen“, nicht aber von gleichwertigen, also habilitationsadäquaten wissenschaftlichen Leistungen bei der Anwendung und Entwicklung wissenschaftlicher Erkenntnisse und Methoden. Da sich die Forschungs- und Entwicklungsaufgaben der Fachhochschulen an den konkreten Bedürfnissen der Lehre orientieren und jedenfalls nicht originär auf die Weiterentwicklung der wissenschaftlichen Grundlagen gerichtet sind, ist ein solcher zumindest habilitationsadäquater wissenschaftlicher Ausweis auch nicht erforderlich. Zudem werden wissenschaftliche Leistungen im Range einer Habilitation bereits durch die Regelung

⁴⁴ Diese Frage wird vom OVG Nds. in seinem Beschluss vom 10.7.2008 (Az.: 2 MN 449/07) in den Mittelpunkt seiner Betrachtung gestellt (s. 15-17 des Umdrucks), ohne diese Frage im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes einer Beantwortung zuzuführen. Gegenstand dieses Beschlusses ist ein Normenkontrollantrag gegen die Promotionsordnung der Fakultät I der Leuphana Universität Lüneburg. Im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes hat sich das OVG allein auf eine Folgeabwägung gestützt, im Übrigen aber indiziert: „Eine offensichtliche (Un-)Zulässigkeit lässt sich nach dem Kenntnisstand des Eilverfahrens ebenso wie eine offensichtliche (Un-)Begründetheit des Antrags in der Hauptsache nicht feststellen.“ (Umdruck S. 11). Eine Entscheidung in der Hauptsache steht noch aus.

⁴⁵ BVerfGE 88, 129 (140 f.).

des § 25 Abs. 1 Ziff. 4 lit. a) NHG als zusätzliche wissenschaftliche Leistung gefordert, so dass § 25 Abs. 1 Ziff. 4 lit. c) NHG dann ohne Bedeutung bliebe. Diese Differenzierung ist durchaus sachgerecht, da sich die von den Fachhochschulprofessoren verlangte wissenschaftliche Qualifikation, wie auch das Bundesverfassungsgericht betont, aus berufspraktischer Erfahrung ableitet.⁴⁶ Mit dieser Feststellung befindet sich das Bundesverfassungsgericht unausgesprochen auf einer Linie mit seinen Entscheidungen vom 28. Oktober 1982 und vom 23. Juni 1983. Darin führt es übereinstimmend aus, es sei von der betont berufs- und anwendungsorientierten Aufgabe der Fachhochschule her nicht zu rechtfertigen, wenn man unter den dort verlangten besonderen Leistungen ein habilitationsgleiches Niveau verstehen würde, es sei denn, man wolle das Habilitationsniveau senken!⁴⁷

Hinzu kommt, dass wissenschaftliche Erkenntnisse und Methoden heutzutage in jedem Beruf, der eine akademische Ausbildung voraussetzt, unerlässlich sind. Auch wer sich durch besondere Leistungen in der beruflichen Praxis hervorgetan hat, ist damit, trotz pädagogischer Eignung und Promotion, nicht ohne weiteres für die Tätigkeit als Universitätsprofessor und damit auch zur Beurteilung von Promotionen befähigt. Während die Hochschulprüfungen, mit denen ein Studienabschnitt oder ein Studium abgeschlossen wird, der Feststellung dienen, ob der Student bei Beurteilung seiner individuellen Leistung das Ziel des Studienabschnitts oder des Studiums erreicht hat, wird durch die Promotion eine über das allgemeine Studienziel hinausgehende Befähigung zu selbstständiger wissenschaftlicher Arbeit nachgewiesen; sie wird auf Grund einer wissenschaftlich beachtlichen schriftlichen Arbeit und einer mündlichen Prüfung festgestellt. Die Promotion hat also ausschließlich wissenschaftlichen Bezug. Die Beurteilung der Promotion setzt deshalb eine besondere wissenschaftliche Befähigung voraus, über die Fachhochschulprofessoren indes grundsätzlich nicht verfügen. „Ihre wissenschaftliche Qualifikation leitet sich aus berufspraktischer Erfahrung ab und lässt“, wie das BVerfG zutreffend feststellt, „im Gegensatz zu einer Habilitation oder der ihr gleichwertigen wissenschaftlichen Leistung nicht ohne weiteres den Schluss zu, dass sie beurteilen können, ob ein Doktorand eine über das allgemeine Studienziel hinausgehende Befähigung zu selbstständiger wissenschaftlicher Arbeit nachgewiesen hat.“⁴⁸ Eine wissenschaftliche Betreuung und Bewertung durch einen Fachhochschulprofessor ist daher nur denkbar, wenn er durch anerkannte Leistungen in der Forschung ausgewiesen ist und dies durch ein förmliches Verfahren nachgewiesen wurde.

Der Wegfall der Habilitation als Regelnachweis der zusätzlichen wissenschaftlichen Leistung im Sinne der Einstellungsvoraussetzungen des § 25 Abs. 1 Ziff. 4 Nr. a NHG ändert an diesem Befund nichts. Denn als weiteres förmliches Verfah-

⁴⁶ BVerfGE 88, 129 (140 f.).

⁴⁷ BVerfGE 61, 210 (247, 248); 64, 323 (361).

⁴⁸ BVerfGE 88, 129 (141).

ren zur Feststellung der zusätzlichen wissenschaftlichen Leistung im Sinne des § 25 NHG steht wie bisher neben dem Habilitationsverfahren das universitäre Berufungsverfahren (mit anschließendem Ruf auf eine Universitätsprofessur) zur Verfügung, ebenso wie eine „Befähigungs“-Prüfung im Rahmen einer anvisierten Mitwirkung eines Fachhochschulprofessors an Promotionsverfahren (siehe § 9 Abs. 1 S. 4 NHG), die zur Feststellung der ausreichenden wissenschaftlichen Qualifikation des Fachhochschulprofessors durch eine entsprechende promotionsberechtigte Fakultät durchgeführt wird, d.h. durch promotionsberechtigte Universitätsprofessoren, die durch Habilitation und/oder Berufungsverfahren über die entsprechende Qualifikation nachgewiesenermaßen verfügen.

Schließlich kommt die geforderte zusätzliche wissenschaftliche Leistung auch in dem überkommenen Begriff des Doktor-„vaters“ zum Ausdruck, der eine wissenschaftlich erfahrene Person verlangt, um Promotionsleistungen auch im Interesse des Doktoranden sachgerecht beurteilen zu können. Wenn demnach nicht einmal ein „Federstrich des Gesetzgebers“ genügen soll, um die Promotionsberechtigung zu bestimmen⁴⁹, dann hat dies zur Folge, dass dies erst recht nicht durch einen Federstrich des Satzungsgebers, d.h. durch eine Fakultät oder mehrere Fakultäten der Leuphana in Form einer Promotionsordnung geschehen kann.

4 Kurzresümee

Als Befund kann festgehalten werden: Alter Wein in neuen Schläuchen. Das gescheiterte Gesamthochschulkonzept taucht in Niedersachsen im Gewande der Modellhochschule Leuphana wie ein Phönix aus der Asche wieder auf. Auf den Titel des Beitrags zurückkommend ist die Leuphana also in der Tat eine Renaissance der Gesamthochschule mit allen, aber wirklich allen ihren bereits bewältigt geglaubten Problemen, die sich insbesondere aus dem Zusammenwirken unterschiedlich qualifizierter Hochschullehrer ergeben. Zieht man die jüngsten Meldungen mit ein, wonach auf Beschluss des Stiftungsrates der Leuphana die Besetzung von 40 Professuren durch eine Berufungskommission erfolgen soll, die mit vier Externen und zwei Hochschulangehörigen besetzt ist, die allein vom Präsidium ausgewählt werden⁵⁰, ist die Leuphana sicherlich ein Modell. Ob ein gutes, ist eine andere Frage.

⁴⁹ BVerfGE 61, 207 (237).

⁵⁰ Forschung & Lehre 2009, S. 90.

Die Akkreditierung von Studiengängen - Ein Drahtseilakt zwischen Wissenschaftsfreiheit und demokratischer Legitimation[•]

Prof. Dr. Thomas Mann

1 Einführung

Um im internationalen Bildungswettbewerb konkurrenzfähig und attraktiv zu bleiben, wird es für Hochschulen immer wichtiger, Qualität und Transparenz in Studium und Lehre unter sich verändernden Rahmenbedingungen dauerhaft zu gewährleisten. Hierfür entstehen europaweit Instrumente wie die Akkreditierung von Studiengängen, ein länder- und hochschulübergreifendes Verfahren, bei welchem Studiengänge von privat organisierten Agenturen qualitativ untersucht und im Erfolgsfall zertifiziert („akkreditiert“) werden. Ziel des Verfahrens ist es, bei gleichzeitiger Förderung von Vielfalt die Qualität der Studienprogramme sicherzustellen, durch Vergleichbarkeit von Leistungen die Mobilität zu erleichtern, Außenstehenden eine verlässliche Orientierung zu geben und den Hochschulen zu ermöglichen, ihr nationales und internationales Profil zu schärfen.¹

* Für umfassende Vorarbeiten zu diesem Beitrag bin ich Herrn Daniel Immer, meinem ehemaligen Wiss. Mitarbeiter, zu großem Dank verpflichtet. Der Beitrag orientiert sich in seinen zentralen Thesen an der ausführlicheren Veröffentlichung Mann/Immer, Rechtsprobleme der Akkreditierung von Studiengängen, RdJB 2007, 334 ff.

¹ Zu den Zwecken des Akkreditierungswesens vgl. die einführenden Beschlüsse in Deutschland, der HRK vom 06.07.1998: „Akkreditierungsverfahren“ (<http://www.kmk.org/doc/beschl/akkredit.pdf> [31.03.2009]), S.2 sowie der KMK vom 03.12.1998: „Einführung eines Akkreditierungsverfahrens für

Die Politik sieht in dem System außerdem einen Gewinn an Flexibilität für die Hochschulen unter Verminderung staatlicher Einflussnahme.² Damit fügt sich die Entwicklung ein in den Trend zu veränderten Organisations- und Verantwortungsstrukturen innerhalb der Verwaltung und der zunehmenden Einbeziehung gesellschaftlicher Kräfte in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben.³

Die Herkunft des Akkreditierungswesens liegt in den Vereinigten Staaten, wo Qualitätssicherung von Institutionen und Programmen der weiterführenden Bildung traditionell durch private Gremien erfolgt. In Deutschland sind vergleichbare Verfahren insb. aus dem öffentlichen Wirtschafts- und Umweltrecht bekannt.⁴ Anders als dort sind jedoch die dazugehörigen juristischen Fragen im Hochschulwesen nach wie vor weitgehend unerforscht,⁵ was ein wenig verwundert, stellen sich doch auch insoweit vielfältige verwaltungs- und verfassungsrechtliche Probleme.

2 Das Akkreditierungsverfahren im Überblick

2.1 Gegenstand und Beteiligte des Verfahrens

Durchgeführt wird die Akkreditierung in Deutschland von derzeit sechs verschiedenen, im Wettbewerb zueinander stehenden Agenturen.⁶ Diese sind bei der Ver-

Bachelor- und Masterstudiengänge“ (<http://www.kmk.org/doc/beschl/akkredit.pdf> [31.03.2009]), S.2.

² Beschluss der KMK vom 01.03.2002: „Künftige Entwicklung der länder- und hochschulübergreifenden Qualitätssicherung in Deutschland“ (<http://www.kmk.org/doc/beschl/akkredit.pdf> [31.03.2009]), S.9,10.

³ Allgemein zu diesen modernen Entwicklungen im Gesetzesvollzug *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 3.Auflage, Berlin/Heidelberg 2008, Kap.3 Rn 109 ff., Kap.5 Rn 25 ff.

⁴ Im Überblick hierzu *Vosskuhle*, Strukturen und Bauformen ausgewählter neuer Verfahren, in: Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, Baden-Baden 2002, S. 277 ff.

⁵ Bis heute setzen sich nur wenige juristische Beiträge gezielt mit dieser Thematik auseinander. Im Einzelnen *Heitsch*, „Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen der Akkreditierung von Studiengängen“, in: DÖV 2007, S. 770 – 779; *Lege*, „Die Akkreditierung von Studiengängen“, in: JZ 2005, S. 698 – 707; *Mager*, „Ist die Akkreditierung von Studiengängen an Hochschulen des Landes Baden-Württemberg verfassungsgemäß“, in: VBIBW 2009, S. 9 - 15; *Mann/Immer*, „Rechtsprobleme der Akkreditierung von Studiengängen“, in: RdJB 2007, S. 334 - 353; *Pautsch*, „Rechtsfragen der Akkreditierung“, in: *Wissenschaftsrecht*, Bd. 38 (2005), S. 200 – 218. Dagegen blenden Lehrbücher und Kommentare zum Hochschulrecht oder zur Wissenschaftsfreiheit die Problematik weitgehend aus.

⁶ Dabei sind die Agenturen „AQAS“, „ASIIN“, „AHPGS“ und „ACQUIN“ als gemeinnützige privatrechtliche (eingetragene) Vereine organisiert. „FIBAA“ firmiert als Bundesstiftung nach Schweizer Recht; „ZEvA“ schließlich wurde auf Beschluss der Landeshochschulkonferenz als gemeinsame

gabe von Qualitätsbescheinigungen schon aufgrund ihrer Rechtsstellung grds. frei. Bevor sie jedoch im Sinne des deutschen Akkreditierungssystems rechtsverbindlich tätig werden dürfen, müssen sie sich ihrerseits ebenfalls akkreditieren, d.h. qualitativ untersuchen lassen. Die Aufgabe übernimmt der sog. Akkreditierungsrat, ein aus 18 Mitgliedern bestehendes Kollegialgremium, das nach seiner Gründung im Jahr 1999 organisatorisch zunächst der Kultusministerkonferenz (KMK) zugeordnet war, seit 2005 nunmehr aber Organ einer nach nordrhein-westfälischem Recht errichteten öffentlich-rechtlichen Stiftung ist.⁷

Gegenstand des Verfahrens sind vor allem Studiengänge mit den neuartigen Abschlüssen Bachelor und Master, die seit 1998 auf Grundlage von § 19 HRG an deutschen Hochschulen eingeführt werden können. Seitdem die KMK davon spricht, dass ein funktionierendes Qualitätssicherungssystem langfristig alle Studienprogramme einbeziehen müsse,⁸ sollen unter bestimmten Voraussetzungen aber auch Diplom- und Magisterstudiengänge des traditionellen Graduierungssystems akkreditiert werden.⁹ Noch in den Kinderschuhen steckt derzeit die sog. Systemakkreditierung, bei der nicht einzelne Studiengänge, sondern das interne System der Hochschule für Qualitätssicherung von den Agenturen begutachtet werden soll, und bei deren Erfolg die Hochschulen ggf. von der Akkreditierung einzelner, zu diesem System gehöriger Studiengänge absehen können.

2.2 Wurzeln, Rechtsgrundlagen und Entwicklungslinien

Die Akkreditierung von Studiengängen ist ein Element des sog. „Bologna-Prozesses“, der Errichtung eines gemeinsamen Europäischen Hochschulraumes

Einrichtung der niedersächsischen Hochschulen gegründet, ist aber seit 2008 ebenfalls Stiftung bürgerlichen Rechts. Mitglieder und damit Träger der Agenturen können Hochschulen und Hochschulabteilungen sein, ebenso Wissenschafts-, Berufs- und Fachverbände. Die Homepage des Akkreditierungsrates enthält einen Überblick über die einzelnen Agenturen und ihr jeweiliges Profil sowie Verweise auf ihre Internet-Adressen unter <http://www.akkreditierungsrat.de/index.php?id=5> [31.03.2009].

Im Dezember 2008 ist auch die Agentur „AKAST“ erstmalig vom Akkreditierungsrat akkreditiert worden; sie wird vermutlich demnächst ihr operatives Geschäft aufnehmen.

⁷ Seine Aufgaben sind in KMK-Beschlüssen festgelegt und im Februar 2005 in das Gesetz zur Errichtung einer Stiftung „Stiftung zur Akkreditierung von Studiengängen in Deutschland“ (Akk-StiftungsG, vgl. dort § 2) übernommen worden.

⁸ KMK-Beschluss vom 01.03.2002 (Anm. 2).

⁹ Übergangsweise etwa dann, wenn solche Studiengänge neu eingerichtet bzw. grundlegend umgestaltet werden sollen in Fachrichtungen, in denen keine Rahmenprüfungsordnung vorliegt oder die geltende Rahmenprüfungsordnung überholt ist. Laut Statistiken des Akkreditierungsrates spielt dies freilich bis heute nur eine untergeordnete Rolle. Das Bestreben, mittelfristig ohnehin das gesamte Studienangebot auf die neuen Strukturen umzustellen, dürfte die Frage zudem über kurz oder lang erledigen. Überhaupt nicht von Akkreditierungen erfasst sind jedenfalls bis heute Studiengänge, die mit einem Staatsexamen abschließen (so z.B. Rechtswissenschaften, Humanmedizin, Zahnmedizin).

mit europaweit vergleichbaren Studienangeboten bis zum Jahr 2010. Der von den Bildungsministern initiierte Prozess beginnt Ende der 90er Jahre mit den Erklärungen von Sorbonne und Bologna und ist seitdem in zahlreichen Folgekonferenzen weiterentwickelt worden; er vollzieht sich außerhalb des institutionellen Rahmens der EU und hat deren Einzugsbereich mit derzeit 46 teilnehmenden Staaten mittlerweile weit überschritten.¹⁰ Zu den zentralen Elementen des Bologna-Prozesses gehört der Aufbau eines europaweit geltenden mehrstufigen Studienzyklus (bachelor, master, ggf. Promotion), die Einführung eines Leistungspunktesystems (ECTS) und die Förderung der Zusammenarbeit im Bereich Qualitätssicherung, wahrgenommen durch Evaluation und Akkreditierung.¹¹ Rechtlich sind die Abschlusskommunikés der Konferenzen das Resultat intergouvernementaler Zusammenarbeit; rechtsverbindlich ist erst der innerstaatliche Umsetzungsakt.¹² Aufgrund freiwilliger Selbstverpflichtungen der beteiligten Länder kommt den Erklärungen aber erhebliches faktisch-politisches Gewicht zu.¹³

Das deutsche Akkreditierungsverfahren hat seinen Ursprung in zwei Beschlüssen von HRK bzw. KMK aus dem Jahre 1998,¹⁴ die im Kontext der vierten Novelle des Hochschulrahmengesetzes (HRG) ergangen sind. Rahmenrechtliche Grundlage ist § 9 II HRG, der in seiner heutigen Fassung den Ländern aufgibt, für die Gleichwertigkeit einander entsprechender Studien- und Prüfungsleistungen sowie die Ermöglichung des Hochschulwechsels zu sorgen. Seit der Novelle können Länder und Hochschulen anstelle des vormals betriebenen Aufstellens von Rahmenprüfungsordnungen die Akkreditierung von Studiengängen nutzen, um diese

¹⁰ Die bis dato letzte Folgekonferenz fand im Mai 2007 in London statt. Ein Überblick über den Bologna-Prozess (Stand: 2005) findet sich unter <http://www.bmbf.de/de/3336.php> [31.03.2009] sowie (Stand: 2005) bei *Mickel/Bergmann*, Handlexikon der Europäischen Union, Baden-Baden 2005, S. 119 ff.

¹¹ Zu den einzelnen Elementen siehe den Text der „Gemeinsamen Erklärung der Europäischen Bildungsminister“ vom 19.06.1999 in Bologna, abrufbar unter http://www.bologna-berlin2003.de/pdf/bologna_deu.pdf [31.03.2009].

¹² Da die Kompetenzen der EU in diesem Bereich auf die Förderung der Zusammenarbeit und Unterstützung der mitgliedstaatlichen Bildungssysteme beschränkt sind (vgl. Art. 149 EGV), liegen insoweit lediglich Empfehlungen des Rates der Europäischen Union vor (98/561/EG und 2006/143/EG), in denen er Vorschläge zur Weiterentwicklung der Qualitätssicherung in ihrer europaweiten Dimension unterbreitet.

¹³ *Heitsch* (Anm. 5), S. 772; *Mickel/Bergmann* (Anm. 10), S.121; *Schöbel*, „Die Bologna-Erklärung und die Juristenausbildung“, in: BayVBl. 2007, S. 97 (98).

Gleiches gilt insb. auch für die sog. „European Standards an Guidelines for Quality Assurance“ (ESG), welche die Europäische Vereinigung für Qualitätssicherung in der Hochschulbildung (ENQA) im Jahr 2005 aufgestellt hat. Sie wurden im Kommuniké von Bergen 2005 angenommen und gelten seitdem laut Aussagen des Akkreditierungsrates als Richtlinien auch für das deutsche Akkreditierungsverfahren.

¹⁴ Vgl. die Nachweise in Anm. 2.

Ziele zu erreichen und dabei gleichzeitig für mehr Flexibilität und Einzelfallgerechtigkeit zu sorgen.¹⁵

Das Akkreditierungswesen war zu Beginn als vorübergehendes Projekt gedacht, gilt jedoch seit 2002 als dauerhaft etabliert. Anstöße zur Weiterentwicklung des Systems gehen bis heute von der KMK oder dem Akkreditierungsrat aus.¹⁶ Wichtige Bausteine auf dem Weg zu seiner heutigen Gestalt sind wie erwähnt die Erfassung von Diplomstudiengängen, dazu der Erlass ländergemeinsamer Strukturvorgaben und des nationalen Qualifikationsrahmens, das Aufstellen von Kriterien und Verfahrensregeln, schließlich die Entwicklung von Cluster- und Systemakkreditierung.¹⁷ Gesetzliche Vorschriften sind demgegenüber nach wie vor selten. Zwar fand die Pflicht zur Akkreditierung von Studiengängen bis heute Eingang in fast alle Landeshochschulgesetze; dies aber zumeist ohne weitere Erläuterungen. Bedeutendere Konkretisierungen brachte erst das AkkStiftungsG aus dem Jahr 2005 (GVBl. NRW 2005, S. 45), das zur Koordination des Akkreditierungswesens eine Stiftung errichtete und dem Akkreditierungsrat die Position des beschlussfassenden Organs zuwies. Zentrale Regelungen sind die Festlegung der Besetzung des Akkreditierungsrates und seiner Kompetenzen.¹⁸

¹⁵ Rahmenprüfungsordnungen erforderten einen aufwendigen und oftmals langwierigen Abstimmungsprozess zwischen HRK und KMK; außerdem sorgten sie für starre Festlegungen und gelten in Ansehung des vielfältigeren und internationaleren modernen Hochschulangebotes als nicht mehr zeitgemäß. Siehe hierzu die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 13/8796, S. 17 sowie den Beschluss der HRK vom 03.07.1998 (Anm.2), S.1. Aus der Literatur *Jochum*, *Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsprozessrecht: die normative Konnexität von Verwaltungsverfahren- und Verwaltungsprozessrecht und die Steuerungsleistung des materiellen Verwaltungsrechts*, Tübingen 2004, S. 457 f.

¹⁶ Die wichtigsten zu dem Thema ergangenen Beschlüsse (Kriterien, Verfahrensvorgaben) des Akkreditierungsrates, der KMK und der HRK, Grundsätzliches zur Funktionsweise des Systems und Statistiken akkreditierter Studiengänge sind online abrufbar auf der Website des Akkreditierungsrates (<http://www.akkreditierungsrat.de> [31.03.2009]).

¹⁷ Bei der Cluster- oder Paketakkreditierung kann eine Agentur mehrere fachverwandte Studiengänge gemeinsam prüfen und akkreditieren. Dies reduziert im Idealfall Aufwand und Kosten des Verfahrens.

¹⁸ Das Gesetz trägt Forderungen nach einer Normierung der Rechtsgrundlagen des Akkreditierungswesens Rechnung, wie sie in Berichten immer wieder erhoben worden waren.

Vgl. hierzu die „Evaluation des Akkreditierungsrates“ vom 24.09. 2001 (<http://www.akkreditierungsrat.de/fileadmin/Seiteninhalte/Dokumente/Sonstige/Evaluationsbericht.pdf> [15.06.2007]), S.7. Ferner Erichsen, *Gegenwärtiger Stand, Zielsetzungen und Zukunft des Akkreditierungswesens in Deutschland*, in: Benz/Kohler/Landfried (Hrsg.), *Handbuch Qualität in Studium und Lehre*, Loseblattsammlung (Stand: Mai 2006), F 1.1, S. 18 ff., 23.

2.3 Der Ablauf des Akkreditierungsverfahrens¹⁹

Das Verfahren beginnt mit der etwas merkwürdig anmutenden Konstruktion, dass die Hochschule bei der von ihr ausgewählten Agentur den „Antrag“ auf Akkreditierung stellt und gleichzeitig in einem „Vertrag“ den Ablauf und Kostenrahmen hierfür vereinbart. Die Agentur prüft die Unterlagen und schaltet daraufhin eine Gutachterkommission ein, die vor Ort die betreffenden Einrichtungen besichtigt und Gespräche mit dem Personal, Lehrenden und Studierenden führt. Diese sog. „peer review“ ist das zentrale Element des Akkreditierungsverfahrens.²⁰ Auf der Grundlage des von den Gutachtern erstellten Berichts entscheidet die Agentur dann über das Ergebnis des Verfahrens.

All dies geschieht unter „Berücksichtigung“ der vom Akkreditierungsrat beschlossenen Kriterien sowie ländergemeinsamer und landesspezifischer Strukturvorgaben, was bedeutet, dass diese zwar zugrunde gelegt werden, nicht aber zu starren Vor-Festlegungen führen sollen; die inhaltliche Prüfung bleibt vielmehr Aufgabe der Gutachter im Einzelfall.²¹ Ziel des Akkreditierungsverfahrens ist die Gleichwertigkeit der Leistungen und Abschlüsse (im Sinne von § 9 HRG) unter Beibehaltung des individuellen Profils des jeweiligen Studienganges.²² Mögliche Entscheidungen der Agenturen sind die uneingeschränkte Akkreditierung des Studienganges, die Akkreditierung unter Auflagen sowie die Versagung der Akkreditierung. Auch positive Entscheidungen werden stets befristet ausgesprochen, so dass der Studiengang nach Ablauf der Frist erneut reakkreditiert werden muss. Die von den Hochschulen zu tragenden Kosten der Akkreditierung belaufen sich auf mehr als 10.000 € pro Studiengang.²³

Cluster- vor allem und Systemakkreditierungen können im Detail vom soeben beschriebenen Verfahrensablauf abweichen.²⁴ Die Grundsätze des Verfahrens aber

¹⁹ Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf ein prinzipielles Schema, das allen Verfahren gleich ist. Einzelheiten kann eine jede Agentur im Rahmen dieser Vorgaben durchaus individuell gestalten.

²⁰ Schade, Gütesiegel für Bachelor- und Masterstudiengänge, in: RdJB 2000, S. 389 (395). Den Gutachtern („peers“) sollen Vertreter sowohl der Hochschulen als auch der Berufspraxis (vgl. § 9 III HRG) angehören, die das spezifische Profil und die inhaltliche Ausrichtung des Studienganges widerspiegeln.

²¹ Idealerweise sollen dabei weder Agenturen noch Gutachter, sondern die Hochschulen selbst definieren und beschreiben, welche Ziele ein Studiengang verfolgt und wie diese Ziele inhaltlich und strukturell umgesetzt werden. Im Akkreditierungsverfahren wird dann „outputorientiert“ überprüft, ob das so erstellte Konzept schlüssig ist und den externen Rahmenbedingungen gerecht wird. Die Prinzipien werden mit „fitness for purpose“ / „fitness of purpose“ beschrieben.

²² So jedenfalls die KMK im Beschluss vom 01.03.2002 (Anm.2), S. 5, 14.

²³ Vgl. hierzu die Nachweise bei Kran, in: Benz/Kohler/Landfried (Hrsg.), Handbuch Qualität in Studium und Lehre, Loseblattsammlung (Stand: Mai 2006), F 3.1, S. 4.

²⁴ Vor allem die Systemakkreditierung verfolgt einen differenzierten Ansatz, der den Hochschulen noch mehr Flexibilität und Eigenverantwortung beim Thema Qualitätssicherung ermöglichen soll.

sind identisch, zumal auch hier stichprobenartig einzelne Studiengänge oder bestimmte Merkmale von Studiengängen überprüft werden. Es ist deshalb damit zu rechnen, dass die rechtlichen Fragestellungen sich nicht grundsätzlich unterscheiden werden. Auch die Akkreditierung der Agenturen durch den Akkreditierungsrat richtet sich im Grundsatz nach dem gleichen Muster, ist aber teilweise im AkkStiftungsG geregelt.

2.4 Akkreditierung, Evaluation und staatliche Verantwortung

Akkreditierung tritt als Konzept zur Qualitätssicherung neben das schon bestehende Instrument der Evaluation²⁵ und ist wie jene Bestandteil des sog. „Neuen Steuerungsmodells“, das durch veränderte Organisations- und Finanzierungsstrukturen und den Einbau betriebswirtschaftlicher Prinzipien das Verhältnis Staat-Hochschule reformieren und die Hochschularbeit effektuieren soll.²⁶ Akkreditierung und Evaluation ähneln sich vor allem im operativen Bereich, unterscheiden sich aber in der Zielrichtung: Erstere untersucht punktuell das Erreichen qualitativer, vorgegebener Mindeststandards, um dadurch Orientierung für Außenstehende zu schaffen; Letztere hingegen richtet sich mit handlungsorientierten Empfehlungen zur permanenten Qualitätsentwicklung in erster Linie an die Hochschulen selbst.²⁷

Abgrenzen muss man Akkreditierung ferner von Genehmigungen, mit denen die Arbeit der Hochschulen im Wege staatlicher Aufsicht reglementiert wird. Es sind dies die Genehmigung von Prüfungsordnungen, die in § 16 HRG rahmenrechtlich vorgegeben ist, sowie die in vielen Landeshochschulgesetzen überdies vorgesehene Genehmigung der Einrichtung, Aufhebung oder wesentlichen Änderung eines Studienganges durch das Landesbildungsministerium. Als Substitut oder Alternative zur Genehmigung von Studiengängen sehen manche Landeshochschulgesetze auch den Abschluss sog. Zielvereinbarungen vor, in dessen Rahmen die Hochschulen dann eigenständig über die Einrichtung von Studiengängen ent-

²⁵ Rahmenrechtliche Grundlage hierfür ist § 6 HRG; vgl. BT-Drucks. 13/8796, S. 16. Mittlerweile hat die Verpflichtung der Hochschulen zur Durchführung von Evaluationen Eingang in fast alle Landeshochschulgesetze gefunden.

²⁶ Im Einzelnen geht es dabei um Kooperation durch externe und interne Zielvereinbarungen, verstärkte Eigenverantwortung durch Globalhaushalte und dezentrale Ressourcenverantwortung sowie veränderte Leitungsstrukturen durch Hierarchisierung und die Einführung von Hochschulräten; vgl. im Überblick *Hendler und Mager*, Die Universität im Zeichen von Ökonomisierung und Internationalisierung, VVDStRL 65 (2006), S. 238 ff., 274 ff.

²⁷ Vgl. statt vieler Erichsen (Anm. 18), F 1.1, S.4 f.; Kalble, in: Hopbach (Hrsg.), Akkreditierung und Evaluation: zwei Ziele, ein Verfahren? Expertengespräch; Bonn: Hochschulrektorenkonferenz, 2005, S. 123 f.

scheiden können.²⁸ Während bei der Akkreditierung die Überprüfung inhaltlich-qualitativer Mindeststandards fokussiert wird, steht bei der Genehmigung von Studiengängen (Ähnliches gilt für Zielvereinbarungen) die staatliche Finanzierungsverantwortung und die konzeptionelle Einbindung des Studienangebotes in die Landeshochschulplanung im Vordergrund; die Genehmigung von Prüfungsordnungen orientiert sich an den Vorgaben des § 16 HRG und des jeweiligen Landesprüfungsrechts.²⁹ Vorschläge, die Genehmigungen durch das Akkreditierungsverfahren vollständig zu ersetzen,³⁰ blieben bislang ohne Erfolg.

Gleichwohl stehen die Verfahren nicht unabhängig nebeneinander. Vielmehr ist es in der Praxis der meisten Bundesländer üblich geworden, die Genehmigung eines Studienganges vom erfolgreichen Abschluss des Akkreditierungsverfahrens abhängig zu machen (bzw. für die Aufnahme in Zielvereinbarungen zwingend die Akkreditierung vorauszusetzen).³¹ Die erfolgreiche Akkreditierung wird daher mittelbar zum staatlichen Steuerungsinstrument für das Studienangebot.

3 Einzelne rechtliche Fragestellungen der Akkreditierung

Die Rechtsfragen, welche die Akkreditierung von Studiengängen sowohl im Verfassungsrecht als auch im verwaltungs- und organisationsrechtlichen Bereich aufwirft, sind derart vielschichtig, dass dieser Beitrag nicht jede Facette besprechen, geschweige denn lösen kann. Dennoch sollen zumindest einige zentrale Fragestellungen thematisiert und analysiert werden.

3.1 Das Akkreditierungswesen als Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit

Von entscheidender Bedeutung für die rechtliche Gesamtwürdigung ist zunächst die Frage, inwieweit das Akkreditierungswesen subjektive Rechte der Hochschulen

²⁸ Vgl. hierzu den KMK-Beschluss vom 01.03.2002 (Anm. 2), S.7. Einzelheiten zur Funktion und Rechtsnatur solcher Zielvereinbarungen, die auch Bestandteil des sog. „Neuen Steuerungsmodells“ (s.o.) sind, siehe bei *Seidler*, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, Heidelberg 2004, Kap. X Rn 11ff.; *Trute*, Die Rechtsqualität von Zielvereinbarungen und Leistungsverträgen im Hochschulbereich, in: *WissR* 33 (2000), S. 134 ff.

²⁹ KMK-Beschluss vom 01.03.2002 (Anm. 2), S.12 („funktionale Trennung“ von Genehmigung und Akkreditierung); *Becker*, in: Hailbronner/Geis (Hrsg.), Hochschulgesetze des Bundes und der Länder (Stand: Dezember 2008), § 9 Rn 36 f.; *Christoph*, Zur Akkreditierung theologischer Studiengänge, in: *ZevKR* 49 (2004), S. 253 (260).

³⁰ Etwa die HRK unter http://www.hrk.de/109_4547.php?datum=110.++Senat+am+14.10.2008 [31.03.2009].

³¹ Vgl. insofern die Übersicht des Akkreditierungsrates: „Rechtsgrundlagen für die Akkreditierung und die Einrichtung von Studiengängen mit den Abschlüssen Bachelor/Bakkalaureus und Master/Magister in den einzelnen Bundesländern (Stand: 21.06.2007), abrufbar unter <http://www.akkreditierungsrat.de/index.php?id=20> [31.03.2009].

und Hochschullehrer berührt. Im Ergebnis wird die Pflicht zur Akkreditierung übereinstimmend und zu Recht als Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit bewertet.³² Fraglich ist nur, *wer wodurch* genau *wie* betroffen ist.

Die Akkreditierungspflicht

Als Individualgrundrecht garantiert Art. 5 III GG dem Hochschullehrer u.a. die freie, selbstbestimmte methodische und inhaltliche Gestaltung seiner Lehre.³³ Wenn deshalb im Akkreditierungsverfahren geprüft wird, ob ein Studiengang fachliche und fachübergreifende („berufsrelevante“) Kompetenzen vermittelt, ob er zielführend, pädagogisch und didaktisch fundiert ist, wenn Rechenschaft verlangt wird über Konzept und Inhalte seiner Module, beeinträchtigt dies die Eigengesetzlichkeit seines Tuns. Überdies können sich i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG aber auch Hochschulen und Hochschuleinrichtungen auf das Grundrecht berufen und hieraus ihr Recht auf Selbstverwaltung in akademischen Belangen ableiten.³⁴ Insofern greift die Kontrolle des Curriculums und der Studienorganisation in das Recht der hierfür zuständigen Fachbereiche ein,³⁵ während die Prüfung des institutionellen Umfelds eines Studiengangs und der internen Qualitätssicherung fakultätsübergreifend die Hochschule als Ganzes treffen kann. Schließlich vermittelt Art. 5 III GG als wertentscheidende Grundsatznorm Leistungs- und Teilhaberechte der Hochschule gegenüber dem Staat, soweit dies zur Erhaltung und Förderung wissenschaftlicher Arbeit notwendig ist; demnach liegt schon im organisatorischen und finanziellen Aufwand des Akkreditierungsverfahrens ein Eingriff, sofern dadurch die Erfüllung sonstiger Aufgaben der Hochschule in Forschung und Lehre beeinträchtigt wird. Als Möglichkeit, die Eingriffe in das vorbehaltlos gewährte Grund-

³² *Hendler*, (Anm.26), S. 238 (263); *Heitsch*, (Anm.5), S. 772; *Lege* (Anm.5), S. 703; *Mager*, (Anm.5), S. 12; *Mann/Immer* (Anm.5), S. 341; *Pautsch*, (Anm.5), S. 213 f.

Auch die Möglichkeit der Hochschulen, künftig anstelle der Programmakkreditierung einzelner Studiengänge die Systemakkreditierung als Prüfung ihres internen Steuerungs- und Qualitätssystems zu betreiben, ändert nichts am Prinzip, dass Qualität und Vergleichbarkeit von Studiengängen dieselben externen Zielvorgaben erfüllen müssen. Insofern dürfte es sich auch hierbei um einen Grundrechtseingriff handeln.

³³ BVerfGE 35, 79 (113); 55, 37 (68); *Jarass/Pieroth*, Kommentar zum GG, 9.Auflage, 2008, Art. 5 Rn. 123.

³⁴ BVerfGE 68, 193 (267); 75, 192 (196); 111, 226 (264); *Kempfen*, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, Heidelberg 2004, Kap. I Rn. 118ff.; *Starck*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum GG, 5.Auflage, München 2005, Band 1, Art. 5 Abs.3 Rn 363 f., 400.

³⁵ Allgemein zum Grundrechtsschutz für Fakultäten BVerfGE 15, 256 (262); 75, 192 (196); *Bethge*, in: Sachs (Hrsg.), Kommentar zum GG, Art. 5 Rn. 211. Ausführlich zu den Aufgaben der Fachbereiche innerhalb der Hochschulselbstverwaltung *Lindner*, „Zum Rechtsstatus der Fakultät“, in: *WissR* 40 (2007), S. 254 (273 ff.).

recht zu rechtfertigen, kommt, wenn schon nicht der Bologna-Prozess selbst,³⁶ so zumindest die staatliche Verantwortung für die Berufsausbildung infrage.³⁷ Allerdings bedarf die Pflicht zur Akkreditierung in jedem Fall einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage.³⁸

Die Akkreditierungsentscheidung und ihre Konsequenzen

Die Eingriffswirkung des Akkreditierungsverfahrens wird noch verstärkt, wenn man bedenkt, dass ihr Ergebnis nicht bloß hochschulinterne oder wirtschaftliche Konsequenzen hat, sondern wie erwähnt im Rahmen der staatlichen Zulassungsentscheidung für den Studiengang herangezogen wird. Als grundlegendes Organisationsprinzip und administrative Umrahmung ist der Studiengang mit der Verwirklichung von Studium und Lehre eng verbunden, und die Beteiligung der Hochschule in diesem Bereich grds. unerlässlich.³⁹ Weil sie aber gleichermaßen bildungs- und haushaltspolitische Interessen des Staates tangiert, gehört die Einrichtung, Änderung und Aufhebung von Studiengängen zu den Kooperationsangelegenheiten, über die Staat und Hochschule gemeinsam und in wechselseitiger Verantwortlichkeit entscheiden.⁴⁰ Wie genau die Hochschulen hieran mitwirken sollen, und wann staatliche Maßnahmen hier mglw. einen Grundrechtseingriff darstellen, hängt im Einzelfall davon ab, um welchen Gesichtspunkt es geht und wie grundrechtsrelevant dieser ist.⁴¹ Landeshochschulgesetze stellen den Betrieb von Studiengängen vielfach unter Genehmigungsvorbehalt mit zum Teil erhebli-

³⁶ Als bloß politische Verpflichtung der teilnehmenden Länder dürfte es schwer fallen, hieraus ein kollidierendes Gut mit Verfassungsrang abzuleiten, zumal Art. 23 und 24 GG als Rechtfertigungsnorm nicht in Betracht kommen.

³⁷ Ebenso *Becker*, (Anm.29), § 9 HRG, Rn. 39; *Heitsch*, (Anm.5), S. 772; *Hendler* (Anm.26), S. 238 (263).

³⁸ Je nach Formulierung besteht somit streng formal betrachtet die Pflicht mal nur für Bachelor- und Master- mal auch für Diplom- und Magisterstudiengänge, mal nur für einmalige, mal auch für Re-Akkreditierungen usw.

³⁹ *BerlVerfGH*, in: NVwZ 1997, S. 790 (791); *Epping*, in: Hailbronner/Geis (Hrsg.), Hochschulgesetze des Bundes und der Länder (Stand: Dezember 2008), § 10 HRG Rn 3-7.

⁴⁰ Bis zum Jahr 1998 in § 60 HRG normiert, werden die dort aufgeführten Belange auch nach Wegfall der Vorschrift als Angelegenheiten des sog. „Kondominalbereichs“ beschrieben; vgl. *Geis*, in: Hailbronner/Geis (Hrsg.) Hochschulgesetze des Bundes und der Länder (Stand: Dezember 2008), § 58 HRG, Rn. 54; *Mager* (Anm.26), S. 274 (282). Aus der Zeit vor der Hochschulreform BVerwG, in: NVwZ-RR 1990, S. 79 (80). Ausführlich zur Unterscheidung von Selbstverwaltungs-, Kooperations- und Staatsangelegenheiten und der damit einhergehenden abgestuften Hochschulautonomie *Kahl*, Hochschule und Staat, Tübingen 2004, S. 73; *Oppermann*, in: Flämig (Hrsg.), HdbWissR Bd. 1, 2.Auflage, Berlin/Heidelberg 1996, S. 1023.

⁴¹ Nds.OVG, NdsVBl. 2000, S. 61 (62); *Knemeyer*, in: Flämig (Hrsg.), HdbWissR, Bd. 1, 2.Auflage, Berlin/ Heidelberg 1996, S. 249; *Lorenz*, „Die Rechtsstellung der Universität gegenüber staatlicher Bestimmung“, in: WissR 1987, S. 1 (12).

chem behördlichem Entscheidungsspielraum. Das Akkreditierungsverfahren jedoch überprüft Konzept und Qualität eines Studienprogramms und betrifft damit ganz wesentliche akademische, wissenschaftliche Fragen. Will man die staatliche Zulassung eines Studienganges hiervon abhängig machen, ist dies (wenn überhaupt) nur zulässig unter umfassender Beachtung des Gesetzesvorbehaltes.⁴² Mangels Bestimmtheit genügt es daher nicht, Akkreditierung und Genehmigung getrennt von- und ohne Beziehung zueinander zu normieren.⁴³ Idealerweise sollte der Zusammenhang vielmehr ausdrücklich bestimmt werden, wie dies z.B. in Nordrhein-Westfalen der Fall ist.⁴⁴

3.2 Die Rechtsnatur der Akkreditierung

Zweifellos geht es beim Thema Qualitätssicherung im Hochschulwesen und der Schaffung vergleichbarer und transparenter Bildungsstandards um eine auch im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe. Dies bedeutet jedoch nicht zwangsläufig, dass diese Aufgabe auch vollständig vom Staat wahrgenommen werden muss.⁴⁵ Zunehmend werden gesellschaftliche Kräfte in die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben eingeschaltet, um den Staat organisatorisch und finanziell zu entlasten

⁴² Gleiches sollte prinzipiell auch dann gelten, wenn Studiengänge nicht mehr einzeln genehmigt, sondern (am besten nach erfolgreicher Akkreditierung) auf der Grundlage von Zielvereinbarungen eingerichtet werden; weil die Pflicht zur Akkreditierung hierbei ebenso fortbesteht wie die staatliche Finanzierungsverantwortung, ist die Hochschule dem Ministerium als Vertragspartner von vornherein strukturell unterlegen - zumal wenn das Ministerium bei Scheitern der Vereinbarung einseitig Zielvorgaben setzen und zum aufsichtlichen Genehmigungsverfahren zurückkehren kann. Beispiele hierfür: § 3 III 2 HmbHG; § 15 IV LHG Mecklenburg-Vorpommern; § 1 IV NHG; § 7 III UG Saarland.

⁴³ Fraglich ist, ob ein bloß systematischer Zusammenhang (etwa die Regelung von Genehmigung/Zielvereinbarung und Akkreditierung in derselben Vorschrift) ausreicht; vgl. § 30 III LHG BW, § 6 II NHG; § 50 III/VI UG Saarland.

⁴⁴ § 7 I S. 1 und 2 HG NRW: „Die Studiengänge sind nach den geltenden Regelungen zu akkreditieren und zu reakkreditieren. Die Aufnahme des Studienbetriebs setzt den erfolgreichen Abschluss der Akkreditierung voraus; die aus dem Akkreditierungsverfahren resultierenden Auflagen sind umzusetzen.“

Vergleichbare hinreichend transparente Regelungen findet man derzeit auch in Brandenburg (§ 17 V BbgHG), Bremen (§ 53 IV BremHG) und Schleswig-Holstein (§ 49 VI HSG). In Rheinland-Pfalz (§ 7 II 2 HochSchG) besteht die Besonderheit, dass nicht der Studiengang, sondern seine Prüfungsordnung an das erfolgreich absolvierte Akkreditierungsverfahren geknüpft wird; eine vergleichbare Regelung bestand vor der Hochschulreform rahmenrechtlich für das Befolgen von Rahmenprüfungsordnungen (vgl. § 9 II HRG a.F.).

⁴⁵ Zur grundsätzlichen Unterscheidung von öffentlichen Aufgaben und Staatsaufgaben *Isensee*, in: Ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, 3.Auflage, Heidelberg 2006, § 73 Rn. 13f.; *Schmidt-Aßmann* (Anm. 3), Rn. 79 ff.

und gleichzeitig gesellschaftliche Potentiale und spezifischen Sachverstand nutzbar zu machen.⁴⁶ Dementsprechend liegt es nahe, auch die Beteiligung der privatrechtlich organisierten Agenturen und Gutachter im Akkreditierungswesen in diesen Kontext einzuordnen.

Akkreditierung von Studiengängen und Akkreditierung von Agenturen

Vergleichsweise einfach kann man vorab die Akkreditierung der Agenturen selbst typisieren. Gem. §§ 2 I Nr.1, 7 I AkkStiftungsG verleiht ihnen der Akkreditierungsrat hiermit die Berechtigung zur Akkreditierung von Studiengängen. Als zuständiges Organ einer öffentlich-rechtlichen Stiftung, das seine Entscheidung unter Auflagen und Widerrufsvorbehalt erteilen kann, erlässt der Rat hier einen Verwaltungsakt.⁴⁷ Betrachtet man das Verhältnis insgesamt, so soll die Stiftung mit den Agenturen gem. § 3 AkkStiftungsG vertrauensvoll zusammenarbeiten und zur Regelung wechselseitiger Pflichten Vereinbarungen schließen.⁴⁸ Von einer gleichberechtigten Beziehung kann dabei gleichwohl nur eingeschränkt die Rede sein, weil die nach Akkreditierung strebenden Agenturen dem Rat von vornherein untergeordnet und die Vereinbarungen inhaltlich durch das AkkStiftungsG und die Beschlüsse des Akkreditierungsrates größtenteils bereits vorgezeichnet sind.⁴⁹

Wesentlich komplizierter und dementsprechend umstritten ist die Frage nach der Rechtsnatur der Akkreditierung von Studiengängen:⁵⁰ Vertreten werden in der Literatur die Ansichten, es handele sich um einen Verwaltungsakt (jedenfalls um eine hoheitliche Tätigkeit),⁵¹ um einen Fall von Verfahrensprivatisierung⁵² oder um

⁴⁶ Zu den Motiven der Privatisierung im Allgemeinen vgl. statt vieler *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, Tübingen 2002, S. 149 ff.; *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, München 2006, Bd.1, § 1 Rn 59. Speziell auf die Beleihung bezogen siehe *Burzi*, Der Beliehene – ein Klassiker im modernen Verwaltungsrecht, in: Geis/Lorenz (Hrsg.), Staat – Kirche – Verwaltung: Festschrift für Hartmut Maurer, München 2001, S. 581 (584).

⁴⁷ Jedenfalls seit Erlass des AkkStiftungsG allg. Meinung; vgl. *Erichsen*, in: Bretschneider/Wildt (Hrsg.) Handbuch Akkreditierung von Studiengängen, 2.Auflage, Bielefeld 2007, S. 121 (133); *Heitsch* (Anm.5), S. 778; *Jochum* (Anm.15) S. 469; *Mann/Immer* (Anm.5), S. 347.

⁴⁸ Vgl. die hierzu erlassene Mustervereinbarung unter <http://www.akkreditierungsrat.de/index.php?id=6> [31.03.2009].

⁴⁹ Gem. § 3 Abs.2 Nr.2 AkkStiftungsG gehört zur Vereinbarung bspw. die Verpflichtung auf Verfahrensstandards, die der Akkreditierungsrat auf der Grundlage von § 2 des Gesetzes erlassen hat; vgl. hierzu auch die Gesetzesbegründung, LT-Drucks. 13/6182, S. 12. *Erichsen* (Anm.47), S.133 spricht hier von „governance by contract“.

⁵⁰ Wobei insofern zumindest kein Unterschied zwischen herkömmlichen Programmakkreditierungen, Cluster- und Systemakkreditierungen bestehen dürfte.

⁵¹ *Heitsch* (Anm.5), S. 777 ff.; *Lege* (Anm.5), S. 701f. Ferner *Mann*, in: VVDStRL 65 (2006), S. 331 f. und *Schöbel* (Anm.13), S. 97 (101). Hierzu tendierend, aber im Ergebnis noch unentschieden zwischen

einen bloß unselbständigen Abschnitt im staatlichen Genehmigungsverfahren.⁵³ Auch in der Landespolitik ist man sich offensichtlich uneinig.⁵⁴

Akkreditierung von Studiengängen im Kontext von Privatisierung und Selbstregulierung

Für die weitere Erläuterung lohnt ein Vergleich mit anderen Rechtsgebieten, in denen private Sachverständige Qualitätsprüfungen im öffentlichen Interesse wahrnehmen. Mit der Typisierung verschiedener sachverständiger Beiträge⁵⁵ einher geht die Debatte um Privatisierung und (Selbst)Regulierung. Erstere wird üblicherweise in drei Hauptgruppen differenziert:⁵⁶ Bei der formellen Privatisierung (Organisationsprivatisierung) werden zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben privatrechtliche Organisationsformen gegründet.⁵⁷ Bei der funktionalen Privatisierung (Erfüllungsprivatisierung) bedient sich der Staat bei fortbestehender Erfüllungsverantwortung zur Vorbereitung oder Durchführung einer Aufgabe der Mithilfe Privater, die ihm funktional zugerechnet wird.⁵⁸ Bei der materiellen Privatisierung (Aufgabenprivati-

öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Ausgestaltung *Mann/Immer* (Anm.5), S. 346 f., die sodann (S. 348 ff.) beim Thema Legitimationsprobleme Konsequenzen beider Lösungen aufzeigen.

⁵² *Pautsch* (Anm.5), S. 208 ff. Im Ergebnis offen, aber in diese Richtung tendierend auch *Mager* (Anm.5), S. 13.

Jedenfalls gegen eine Beleihung auch *Erichsen* (Anm.47), S. 133 f.

⁵³ *Jochum* (Anm.15), S. 465 ff.

⁵⁴ vgl. einerseits Nordrhein-Westfalen, wo ausdrücklich von einer „Beleihung“ der Agenturen die Rede ist (LT-Drucks. 14/2063, S. 141) und Brandenburg, das vom „Verwaltungsakt spricht (LT-Drucks. 4/1964, S.5), andererseits Baden-Württemberg, wo man von einem privatrechtlichen Verfahren ausgeht (LT-Drucks. 14/2426, S. 3).

⁵⁵ Ausführlich zur typologischen Erfassung von Sachverständigen unter funktioneller Betrachtungsweise *Seidel*, Privater Sachverstand und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht, München 2000, S. 195 ff.

⁵⁶ Vgl. im Überblick *Burgi*, in: *Erichsen/Ehlers*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13.Auflage, Berlin 2006, § 9 Rn 23ff; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16.Auflage, München 2006, § 23 Rn. 61 ff.

Die quer zu diesen Kategorien außerdem verwenden Begriffe „Vermögensprivatisierung“ (Dazu etwa *Kaemmerer*, Privatisierung, Tübingen 2001, S. 418 ff.) und „Public Private Partnership“ (hierzu *Mann Th*, Bewältigung komplexer Verwaltungsaufgaben mit Hilfe von Public-Private-Partnership, in: *Spannowsky* (Hrsg.), Festschrift für Günter Püttner, Köln 2006, S. 109 ff.) sollen im vorliegenden Kontext ausgeblendet bleiben.

⁵⁷ so z.B. im Bereich der öffentlichen Unternehmen für Aufgaben der Daseinsvorsorge. Kritisch u.a. zu den hiermit verbundenen Steuerungsverlusten *Mann; Th*. (Anm.46), S. 149 ff., 173 ff.

⁵⁸ *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, Tübingen 1999, S. 145 ff.; *Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk, Sachs*, Kommentar zum VwVfG, 7.Auflage, München 2008, § 1 Rn 114. Dabei muss es nicht um den weisungsgebundenen, unselbständig agierenden Verwaltungshelfer alter Prägung gehen; entscheidend aber bleibt, dass der Private – anders als ein Beliehener - nicht mit eigenständigen, hoheitlichen Handlungsbefugnissen ausgestattet ist. Im Überblick zu den verschiedenen Fall-

sierung) überlässt der Staat die Aufgabenerledigung vollständig dem gesellschaftlich-wirtschaftlichen Bereich und beschränkt sich auf Aufsicht und Kontrolle der Privaten. Parallel zur Privatisierungsdebatte werden die vermehrt im Umwelt- und Wirtschaftsrecht auftretenden Fälle regulierter Selbstregulierung diskutiert:⁵⁹ Dabei reduziert sich die unmittelbar staatliche Steuerung einer Aufgabe um den Beitrag, den zumeist der Aufgabenbetroffene selbst, ggf. mit Einschaltung von Sachverständigen, unter staatlicher Gewährleistungsverantwortung erbringt. Der Begriff Verfahrensprivatisierung⁶⁰ schließlich bezeichnet private Beiträge innerhalb staatlicher Verfahren, die je nach Ausgestaltung Bezüge zur funktionalen Privatisierung oder zur regulierten Selbstregulierung aufweisen.

Interessant als Vergleichsmaßstab sind zunächst die Fälle der Beleihung, eine seit langem bekannte Kategorie des allgemeinen Verwaltungsrechts, die teils als Unterfall der Organisationsprivatisierung begriffen wird.⁶¹ Dabei werden Private ermächtigt, öffentliche Aufgaben eigenverantwortlich und in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts wahrzunehmen.⁶² Besonders deutlich wird dies, wenn der Beliehene selbst per Verwaltungsakt abschließend entscheidet, wie etwa bei der Kfz-Prüfung gem. § 29 StVZO durch amtlich anerkannte Sachverständige des TÜV.⁶³ Eine Beleihung wird vermehrt aber auch dort angenommen, wo der Private ohne abschließende Entscheidungsbefugnisse einen (schlicht-hoheitlichen) hinreichend verselbständigten Verfahrensbeitrag leistet⁶⁴ bzw. die nachfolgende Entscheidung der Behörde maßgeblich beeinflusst.⁶⁵ Konzeptionell ist zudem die Zer-

gruppen der unselbständigen sowie selbständigen Verwaltungshilfe bei *Stober*, in: Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht Bd. 3, 5.Auflage, München 2004, § 90a Rn. 2 ff.

⁵⁹ Auflistung von Fallgruppen, in denen es um Mobilisierung und Steuerung gesellschaftlicher Kräfte im öffentlichen Interesse geht bei *Schmidt-Preuß* und *Di Fabio*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, in: VVDStRL 56 (1997), S. 160 ff., 235 ff.

⁶⁰ Der Begriff ist in seiner Bedeutung im Einzelnen hoch umstritten. Im Überblick hierzu etwa *Burgi*, (Anm.58); S. 97 f.; *Hoffmann-Riem*, in: Ders./Schneider (Hrsg.), Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht, Hamburg 1996, S. 9 (13 f.); *Schmidt-Preuß* (Anm.59), S. 168, jeweils m.w.N.

⁶¹ So etwa *Peine*, „Grenzen der Privatisierung“, in: DÖV 1997, 353 (362); *Burgi* (Anm.58), S. 79; *Weiß*, Privatisierung von Staatsaufgaben, Tübingen 2002, S. 39 ff.; a.A. *Stober* (Anm. 58), vor § 90 Rn. 11.

⁶² So die Definition in der Rechtsprechung; vgl. BVerfGE 29, S. 166 (169f.); 35, S. 334 (337); 61, S. 222 (225f.); aus der Literatur *Burgi*, (Anm.46), S. 585; *Schmidt am Busch*, Die Beleihung: Ein Rechtsinstitut im Wandel, in: DÖV 2007, S. 533 (535); mit Nachweisen zu den hierzu vertretenen „Aufgaben-“, und „Befugnistheorie“ *Vofßkuhle*, „Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben und staatliche Verantwortung“, in: VVDStRL 62 (2003), S. 266 (299).

⁶³ BGHZ 122, S. 85; BGH, NJW 1973, S. 458; BayVGh, DÖV 1975, S. 210 f.; *Dauer*, in: Hentschel (Hrsg.), Straßenverkehrsrecht, 39.Auflage, München 2007, § 29 StVZO Rn. 22; *Kopp/Ramsauer*, Kommentar zum VwVfG, 10.Auflage, München 2008, § 1 Rn. 58

⁶⁴ So die Argumentation etwa bei *Burgi* (Anm.46), S. 586 und *Seidel*, (Anm.55), S. 218 ff.

⁶⁵ So vor allem die Rspr.: BGHZ 122, S. 85 (88); 147, S. 169; BGH, DVBl. 1968, S. 338 (339).

tifizierung im Produktsicherheitsrecht, wo der Hersteller Produkte einem Konformitätsverfahren durch private, aber staatlich zugelassene sog. „benannte Stellen“ unterziehen muss, mit der Akkreditierung von Studiengängen vergleichbar. Auch diese Stellen werden vereinzelt als Beliehene angesehen, weil sie eine verbindliche und abschließende Zulassungsentscheidung trafen.⁶⁶ Herrschend ist jedoch die Ansicht, die hierin ein Beispiel gesellschaftlicher Selbstregulierung sieht.⁶⁷ Hierfür streitet, dass die Konformitätsprüfung nur ein Sonderfall der grundsätzlichen Eigenüberprüfung durch den Hersteller ist.⁶⁸ Zudem ist fraglich, ob der Zertifizierung wirklich Bindungs- und nicht nur Vermutungswirkung zukommt.⁶⁹ Schließlich sprechen die Tätigkeit der Prüfstellen in Drittstaaten und die staatsübergreifende Ausstrahlungswirkung ihrer Entscheidungen gegen die Annahme einer Beleihung.⁷⁰

Exegese des Akkreditierungssystems und Entscheidung über die Rechtsnatur

Inwieweit aber lassen sich die aus der Privatisierungsdebatte gewonnenen Erkenntnisse für die (verwaltungs-)rechtliche Zuordnung der Akkreditierung von Studiengängen übertragen? Weil im Rahmen des Bologna-Prozesses keine einheit-

Beispiele für diese Fallgruppe, von *Freitag*, Das Beleihungsrechtsverhältnis, Dissertation, Bochum 2005, S. 32 ff. als „verwaltungsverfahreninterne Beleihung“ beschrieben, sind die Prüftätigkeit im Rahmen der Fahrerlaubniserteilung (§§ 15, 22 FeV) und die Begutachtung durch sog. Prüflingenieure für Baustatik. Freilich ist hierbei die Abgrenzung zu anderen Formen privater Beteiligung, etwa der Verwaltungshilfe oder selbstregulativen Beiträgen, besonders schwierig.

⁶⁶ *Schmitz* (Anm.58), § 1 Rn. 240a; *Scheel*, „Benannte Stellen“: Beliehene als Instrument für die Verwirklichung des Binnenmarktes, in: DVBl. 1999, S. 442 (446).

⁶⁷ *Merten*, Private Entscheidungsträger und Europäisierung der Verwaltungsrechtsdogmatik – Zur Einbindung benannter Stellen in den Vollzug des Medizinproduktrechts, Dissertation, Berlin 2005, S. 134 ff., 172; *Pünder*, Zertifizierung und Akkreditierung – private Qualitätskontrolle unter staatlicher Gewährleistungsverantwortung in: ZHR 170 (2006), S. 567 (578 ff.); *Schmidt-Preuß*, (Anm.59), S. 173.

⁶⁸ Insofern liegt es nahe, die Stellen quasi als eine Art von Erfüllungsgehilfen, jedenfalls aber als im Lager des Herstellers stehen einzustufen; so auch *Merten* (Anm.67), S. 167; *Pünder* (Anm.67), S. 581. Hinzu kommt, dass das Verfahren von Vertragsverhältnissen dominiert wird und keine für öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit typischen Institute wie Rücknahme oder Widerruf enthält; vgl. *Merten* (Anm.67), S. 164 f.

⁶⁹ So kann die zuständige Behörde im Rahmen ihrer Marktüberwachung bei begründetem Verdacht einschreiten und das Produkt verbieten, ohne die Zertifizierung zuvor „aufzuheben“ o.A.; hierzu auch *Pünder* (Anm.67), S. 579 f.

⁷⁰ Aus diesem Grund geht bspw. *Vofskuble* (Anm.4), S. 313 von einer hoheitlichen Tätigkeit sui generis aus.

liche Ausgestaltung vereinbart wurde,⁷¹ kommt es auf die Analyse und Auslegung des Systems und der dazu erlassenen Gesetze und Beschlüsse an.⁷²

Augenscheinlich sind zunächst die begrifflichen und konzeptionellen Widersprüche, die eine (von den Beteiligten bislang offensichtlich vernachlässigte⁷³) exakte rechtsdogmatische Typisierung wesentlich erschweren: Laut ihrem Selbstverständnis agieren die Agenturen nach amerikanischem Vorbild rein privatrechtlich - allerdings ist Akkreditierung hierzulande verpflichtend angeordnet und schließt mit der Vergabe eines staatlichen Stiftungssiegels ab. Einerseits ist die Beziehung Hochschule-Agentur geprägt von Verträgen, von Wettbewerb und scheinbar freier Preisgestaltung - andererseits ist das von ihr durchgeführte Verfahren in den Beschlüssen des Akkreditierungsrates derart vorgezeichnet, wie man es eigentlich nur gegenüber nachgeordneten Verwaltungseinheiten kennt. Gem. den Beschlüssen wird die Akkreditierung als „Bescheid“, ggf. unter „Auflagen“ oder „Widerrufsvorbehalt“ erteilt, gleichzeitig aber ein selbstregulatives „Beschwerdeverfahren“ der Agenturen eingefordert; zudem ist wahlweise von „Gebühr“ und „Entgelt“ die Rede - usw. ...⁷⁴

Weiter kommt man nur mit der Erkenntnis, wie die Entscheidungen im Akkreditierungsverfahren funktional in das Gesamtsystem der Qualitätssicherung eingebettet sind: Die verpflichtend angeordnete Akkreditierung dient nicht (allein) wirtschaftlichen Zwecken, sondern soll auf Grundlage von § 9 II HRG und in der Tradition von Rahmenprüfungsordnungen inhaltlich-qualitative Mindeststandards für gleichwertige Studienbedingungen gewährleisten und findet also Einzug in das Zulassungsverfahren für Studiengänge. Damit ist das gesamte (und im Übrigen jedenfalls rein privatrechtliche) Spektrum der Agenturen keineswegs ausgeschöpft;⁷⁵ der Streit um die Rechtsnatur aber betrifft nur diesen ausgewählten Teil

⁷¹ Hierzu sei ergänzt, dass Akkreditierungen durch ausländische Agenturen denen der vom Akkreditierungsrat anerkannten Gremien (anders als z.B. im Produktsicherheitsrecht) auch nicht automatisch rechtlich gleichgestellt sind.

⁷² Vgl. insoweit abstrakt zur Gegenüberstellung von Beleihung, Verwaltungshilfe und Verwaltungssubstitution *Ossenbübl* „Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private“, in: VVDStRL 29 (1971), S. 131 ff.; *Seidel* (Anm.55), S. 27 ff.; *Tettinger*, „Der Immissionsschutzbeauftragte - ein Belieher“, in: DVBl. 1976, S. 752 (755).

⁷³ Jüngst im Jahr 2008 sieht der Ergebnisbericht zur Evaluation der Akkreditierungsstiftung „grundsätzlichen Bedarf, das Grundverständnis des deutschen Akkreditierungssystems ... zwischen behördlicher Anerkennung und wettbewerbsrechtlicher Ausgestaltung ... einem kritischen Diskurs zu unterziehen“ (S. 16 des Beschlusses, abrufbar unter <http://www.akkreditierungsrat.de/index.php?id=37> [31.03.2009]).

⁷⁴ Siehe hierzu im Einzelnen die Beschlüsse des Akkreditierungsrates zum Verfahrensablauf sowie die Mustervereinbarung zwischen Akkreditierungsrat und Agenturen (<http://www.akkreditierungsrat.de/index.php?id=6> [31.03.2009]).

⁷⁵ Jüngst forderte der Evaluationsbericht (Anm.73), dass Agenturen sich über die grundlegende Akkreditierung hinaus z.B. durch die Vergabe weitergehender Qualitätssiegel individuell profilieren sollten. Der Annahme einer (begrenzten) hoheitlichen Tätigkeit steht dies nicht entgegen, zumal die

ihrer Tätigkeit, für den sie offiziell vom Akkreditierungsrat anerkannt und sodann durch Verfahrensvorgaben beaufsichtigt werden. Dies zugrunde gelegt, spricht Einiges für ein hoheitliches Verfahren: Angesichts des enormen logistischen und finanziellen Aufwands muss man davon ausgehen, dass die Akkreditierung abschließend und letztverbindlich über das Vorliegen von Mindeststandards befindet und *insoweit* die Zulassungsentscheidung präjudiziert. Dass die Genehmigung insgesamt im Ermessen der Behörde steht und also auch von anderen Voraussetzungen abhängt,⁷⁶ steht dem nicht zwangsläufig entgegen; um die Gleichwertigkeit von Studienbedingungen auch tatsächlich zu gewährleisten, sollte allerdings ein Studiengang dauerhaft grds.⁷⁷ nur bei erfolgreicher Akkreditierung betrieben werden (dürfen). Der Akkreditierungsentscheidung der Agenturen kommt somit eine rechtliche Wirkung zu, die man allein mit der Wahrnehmung privatrechtlicher Mittel kaum mehr erklären kann.

Konsequenzen

Bleibt die Frage nach den Konsequenzen: Wenn die Agenturen hoheitlich Beliehene sind, agieren dann die von ihnen eingesetzten Gutachter als Verwaltungshelfer, weil sie nur verfahrensintern beauftragt werden? Ist die Verleihung des Stiftungssiegels ein Verwaltungsakt oder, weil seinerseits Teil des übergreifenden Genehmigungsverfahrens, nur eine schlicht hoheitliche Maßnahme ohne Regelungscharakter und Außenwirkung? Ist demgemäß Rechtsschutz hiergegen überhaupt möglich? Wenn ja, sollte die Entscheidung vom Gericht vollumfänglich oder nur unter Berücksichtigung eines behördlichen Beurteilungsspielraums überprüft werden? All diese (und viele weitere) bis dato ungeklärte Fragen dürften spätestens in den zu erwartenden Rechtsstreitigkeiten um das Akkreditierungsverfahren auch praktisch relevant werden.⁷⁸

Beleihung stets nur einen begrenzten Ausschnitt aus der Gesamttätigkeit des Privaten erfasst; vgl. Freitag (Anm.65), S. 26; Maurer, (Anm.56), § 23 Rn. 56.

⁷⁶ z.B. der Frage, ob der Studiengang finanzierbar und auch sonst im Rahmen der Landeshochschulplanung vertretbar ist; hierüber befindet gem. der oben angesprochenen funktionalen Trennung von Akkreditierung und Genehmigung nach wie vor das zuständige Landesministerium; vgl. hierzu exemplarisch die Landtage aus Baden-Württemberg, LT-Drucks. 13/3640, S. 207 und Niedersachsen, LT-Drucks. 14/2541, S. 69.

⁷⁷ Ausnahmen können übergangsweise zugelassen werden, um bspw. strukturellen Problemen im Akkreditierungswesen zu begegnen oder den fortlaufenden Betrieb eines bereits laufenden Studiengangs zu gewährleisten.

⁷⁸ Weitergehend zu Rechtsschutzfragen auch Pautsch (Anm.5), S. 215 f., der indes im Ausgangspunkt eine rein privatrechtliche Tätigkeit der Agenturen annimmt.

3.3 Legitimationsanforderungen und Legitimationsmängel im Akkreditierungswesen

Soweit Akkreditierungsrat und Agenturen hoheitlich tätig werden, unterliegen sie den üblichen, für die Ausübung von Staatsgewalt geltenden Prinzipien des Rechtsstaats und der Demokratie (Art. 20 II / III GG).⁷⁹ Soweit ihre Tätigkeit in Grundrechte der Hochschulen eingreift, gilt hierfür überdies der grundrechtlich fundierte Gesetzesvorbehalt. Insofern wirft die normative und personelle Ausgestaltung des Akkreditierungswesens grundlegende legitimatorische Fragen auf.⁸⁰

Akkreditierungsstiftung als funktionale Selbstverwaltung?

Schon die Konstruktion der Akkreditierungsstiftung als verselbständigte Organisationsform mittelbarer Staatsverwaltung steht verschiedentlich in der Kritik. Dabei können Zweifel an der Rechtsform „Stiftung“ als begriffliche Schwäche und unter Verweis auf die Formenwahlfreiheit der Verwaltung⁸¹ ggf. relativiert werden. Schon mehr Substanz haben haushaltsrechtliche Bedenken⁸² und die Sorge vor einer Herabsetzung rechtsstaatlicher Standards.⁸³ Augenscheinlich aber ist vor allem der drohende Konflikt mit dem Demokratieprinzip (Art. 20 II GG). Alle staatliche Gewalt muss hiernach sachlich-inhaltlich und personell-organisatorisch legitimiert sein;⁸⁴ Letzteres verlangt grds. eine ununterbrochene Legitimationskette

⁷⁹ *Burgi*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, 3.Auflage, Heidelberg 2006, § 75 Rn 29; *Merten* (Anm.67), S. 124; *Vosskuhle*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, 3.Auflage, Heidelberg 2005, § 43 Rn 61. Allgemein zum Begriff der Staatsgewalt BVerfGE 93, 37 (68).

⁸⁰ Dabei beschränken sich die folgenden Ausführungen auf die künftig allein relevante Zeit nach Inkrafttreten des AkkStiftungsG. Ausführlich zu den Problemen aus der Zeit davor *Erichsen* (Anm.18), S. 18 ff.

⁸¹ BVerfGE 94, 229; BGH, NJW 1985, 197 (200). Ausführlich und kritisch hierzu *Bull*, „Formenwahl, Formenwahrheit und Verantwortungsklarheit“, in: Festschrift für Hartmut Maurer (Anm.46), S. 545 (550 ff.).

⁸² *Lege* (Anm.5), S. 706: Akkreditierung als teure und unsinnige „Parallelverwaltung“.

⁸³ Vgl. *Heitsch* (Anm.5), S. 774 f., demnach die Stiftung das Erreichen ihrer Ziele nicht gewährleiste und damit nicht den Anforderungen an eine rationale Verwaltungsorganisation genüge. Ob man angesichts des gesetzlich festgelegten Aufbaus der Stiftung, der Kompetenzabgrenzung und heterogenen Zusammensetzung ihrer Organe und der Rechtsaufsicht des Landes tatsächlich von missbräuchlichen und rechtsstaatswidrigen Zuständen ausgehen muss, ist gleichwohl fraglich. Allgemein zu dem Thema *Krebs*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 3.Auflage, Heidelberg 2007, § 108 Rn. 90 ff.

⁸⁴ *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3.Auflage, Heidelberg 2004, § 24 Rn. 12ff. Dabei fungieren die einzelnen Legitimationsformen als Bausteine, die nicht immer vollumfänglich vorliegen, wohl aber im Zusammenspiel stets

vom Volk als Träger der Staatsgewalt auf den konkret betrauten Amtswalter.⁸⁵ Insofern bedenklich ist, dass im Akkreditierungsrat als Entscheidungsorgan der Stiftung nur 5 der insgesamt 18 Mitglieder allein von der KMK als Vertretung der Länder benannt werden. Evtl. kann man die Stiftung als Form der funktionalen Selbstverwaltung ansehen⁸⁶ und ihren Aufbau somit rechtfertigen. Kennzeichen der funktionalen Selbstverwaltung ist die Einbeziehung der Aufgabenbetroffenen in den Willensbildungs- und Entscheidungsprozess einer institutionell verselbständigten Organisationseinheit;⁸⁷ dabei sind körperschaftliche Strukturen typisch, aber nicht zwingend erforderlich.⁸⁸ In jedem Fall müssen Struktur, Aufgaben und Befugnisse des Selbstverwaltungsträgers gesetzlich fixiert sein, um ein hinreichendes Legitimationsniveau zu sichern⁸⁹ – was man dem AkkStiftungsG zumindest hinsichtlich der Stiftungsorgane nicht von vornherein absprechen kann. Personell kann die herkömmliche, vom Staatsvolk ausgehende Legitimation sodann durch die autonome Mitwirkung der Betroffenen und ihrer Repräsentanten ersetzt werden.⁹⁰ Vorliegend müsste man u.a. fragen, woher die Mitglieder des Akkreditierungsrates ihre Betroffenheit ableiten können, warum ein Teil von ihnen dennoch vom Staat benannt wird und ob die Mitwirkungsrechte unter ihnen angemessen verteilt sind.⁹¹

einen hinreichenden Legitimationsgrad erreichen müssen; vgl. insoweit BVerfGE 83, 60 (72); 93, 37 (67); *Sachs*, in: Ders. (Hrsg.), Kommentar zum GG, 5.Auflage, München 2008, Art. 20 Rn. 35.

⁸⁵ BVerfGE 83, 60 (73); *Maurer*, Staatsrecht I, § 7 Rn. 28; *Tettinger/Mann/Salzwedel*, Wasserverbände und demokratische Legitimation, München 2000, S. 6.

⁸⁶ Vgl. hierzu die Gesetzesbegründung, LT-Drucks. 13/6182, S. 14: „Die Stiftung untersteht als Einrichtung der mittelbaren Staatsverwaltung in der Form der funktionalen Selbstverwaltung der Rechtsaufsicht des Ministeriums“.

⁸⁷ *Hendler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VI, 3.Auflage, Heidelberg 2008, § 143 Rn. 19 ff. Das BVerfGE hat den Typus funktionale Selbstverwaltung mittlerweile in ganz verschiedenen Bereichen der Verwaltung akzeptiert; vgl. grundlegend BVerfGE 107, 59 ff. sowie weitere Nachweise bei *Tettinger/Mann/Salzwedel* (Anm.85), S. 21.

⁸⁸ Zur Selbstverwaltung in Anstaltsform ausführlich und mit Nachweisen aus der Rechtsprechung *Tettinger*, „Selbstverwaltung durch öffentlich-rechtliche Anstalten“, in: Festschrift für Jan Jendroska, 1999, S. 399 ff.

⁸⁹ *Dreier*, in: Ders. (Hrsg.), Kommentar zum GG, Bd.1, 2.Auflage, Tübingen 2004, Art. 20 II Rn. 132; *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, Tübingen 1997, S. 381; *Schmidt-Aßmann*, „Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff“, in: AöR 116 (1991), S. 329 (371).

⁹⁰ *Böckenförde* (Anm.84), § 24 Rn. 33; *Tettinger/Mann/Salzwedel* (Anm.85), S. 25 ff.

⁹¹ Oder aber, ob man bspw. im Sinne des „Hochschulurteils“ (BVerfGE 35, 79 ff.) fordern sollte, dass die von den Hochschulen entsandten Mitglieder stets die Mehrheit in den wissenschaftsrelevanten Fragen der Akkreditierung ausüben können (in diese Richtung *Heitsch* (Anm.5), S. 773). Typisch, aber nicht notwendig ist es jedenfalls, dass die Repräsentanten (anders als hier) aus einer Wahl der Mitglieder oder Betroffenen hervorgehen; mit Beispielen hierzu *Hendler*, (Anm.87), § 143 Rn. 30; *Kluth* (Anm.89), S. 464 ff.

Anforderungen an die Übertragung von Aufgaben und Hoheitsbefugnissen auf die Agenturen

Überträgt der Akkreditierungsrat seine Aufgaben weiter auf private Agenturen, drohen die üblichen Konflikte mit rechtsstaatlichen und demokratischen Grundsätzen.⁹² Geht es um eine Beleihung samt Übertragung von Hoheitsrechten, gilt insb. der (ungeschriebene) institutionell-organisatorische Gesetzesvorbehalt für die Verselbständigung von Verwaltungseinheiten: Nur wenn Art und Umfang der übertragenen Befugnisse gesetzlich geregelt sind,⁹³ können die Agenturen als „anerkannte Stellen“ rechtmäßig tätig werden; andernfalls liegt eine sog. faktische, rechtswidrige Beleihung vor.⁹⁴ Dabei muss das Gesetz nicht wörtlich von „Beleihung“ sprechen; es genügt, dass § 2 I Nr.1 den Agenturen die Befugnis zur Vergabe des Stiftungssiegels „verleiht“. Man hätte aber sehr wohl ergänzen können, dass hiermit die Aufgabe übertragen wird, gem. § 9 II HRG Qualität, Mindeststandards und gleichwertige Studienbedingungen zu gewährleisten.⁹⁵

Anforderungen an die Tätigkeit der Agenturen

Einmal akkreditiert, muss auch die (hoheitliche) Tätigkeit der Agenturen umfassend personell und vor allem inhaltlich legitimiert sein. Soweit Agenturen den Hochschulen unmittelbar operativ gegenüber treten, gilt neben dem institutionell-demokratischen insb. auch der grundrechtlich-inhaltliche Gesetzesvorbehalt.⁹⁶ Die Landeshochschulgesetze belassen es zumeist bei der Formulierung, Studiengänge seien durch anerkannte Einrichtungen zu akkreditieren, ohne näher darauf einzugehen, was hierunter zu verstehen ist. Nach wie vor fehlen gesetzliche Regelungen zum Verfahren und den Kriterien einer Akkreditierung, ergehen Entscheidungen

⁹² „Demokratie“ legt die Verfahrensherrschaft grundsätzlich den dafür legitimierten staatlichen Bediensteten auf; „Rechtsstaat“ fordert insb. ein möglichst transparentes und nachvollziehbares Verwaltungshandeln. Allgemein zu den Problemen aller Privatisierungsformen hiermit *Di Fabio*, U. (Anm.59), S. 265; *Schmidt-Preuß* (Anm.59), S. 175.

Ausführlich für den Bereich formeller Privatisierung *Mann*, (Anm.46), S. 55 ff.

⁹³ BVerwGE 98, 280 (297 f.); *Burji* (Anm.56), § 9 Rn 27; *Lege* (Anm.5), S. 703; *Mann* (Anm.46), S. 74 ff.

Vgl. auch *Freitag* (Anm.65), demnach die Beleihung auch in Selbstverwaltungsbereichen nicht ausgeschlossen ist, auch dort aber uneingeschränkt unter Parlamentsvorbehalt steht.

⁹⁴ Dazu ausführlich *BremStGH*, NVwZ 2003, 81 ff.

⁹⁵ Außerdem müsste man sich Gedanken über die Finanzierung der Agenturen machen. Solange nicht auch hierfür gesetzliche Grundlagen bestehen (hierzu etwa *Peine* (Anm.61), S. 362), sind diese trotz hoheitlicher Tätigkeit zur Gebührenerhebung nicht befugt und weiterhin darauf angewiesen, entweder vom Staat alimentiert zu werden oder mit den Hochschulen quasi gewohnheitsrechtlich (vermeintlich) private Entgelte auszuhandeln.

⁹⁶ Zum prinzipiellen Nebeneinander von institutionellem und grundrechtlich-eingriffsbezogenem Gesetzesvorbehalt *Di Fabio* (Anm.59), S.271; *Krebs* (Anm.83), § 108 Rn. 70 f.; *Schmidt-Aßmann* (Anm.3), Kap. 4 Rn. 15 ff.

der Agenturen größtenteils aufgrund von Exekutivbeschlüssen und dem Innenrecht der Stiftung. Inwieweit die Betroffenenmitwirkung an der Aufgabe kompensatorisch wirken mag, ist umstritten.⁹⁷ Sollte es tatsächlich um funktionale Selbstverwaltung gehen, könnte die Stiftung zur Regelung ihrer Angelegenheiten Satzungen erlassen;⁹⁸ nur haben die Beschlüsse des Akkreditierungsrates eher den Charakter von Verwaltungsvorschriften als von Satzungen.⁹⁹ Außerdem muss der Gesetzgeber in grundrechtsrelevanten Bereichen die wesentlichen Entscheidungen selbst treffen.¹⁰⁰ Gewisse Einschränkungen seien gestattet, wenn es – wie im Akkreditierungsverfahren – um vielgestaltige Sachverhalte, fachspezifische Bewertungen und die Einbindung externen Sachverständigen geht.¹⁰¹ Mindestens aber kann man erwarten, dass die Gesetze deutlich machen, was im Akkreditierungsverfahren eigentlich überprüft werden soll, welche Entscheidungen möglich sind und welche Kriterien (Strukturvorgaben, Mindeststandards, ESG, Qualifikationsrahmen usw.) dabei herangezogen werden.

Anforderungen an die Beteiligung anderer Bundesländer

Selbst wenn das AkkStiftungsG alle genannten Voraussetzungen erfüllen sollte, kann es als nordrhein-westfälisches Gesetz zunächst nur die Akkreditierung in diesem Bundesland legitimieren. Andere Länder müssten der Stiftung die Ausübung ihrer hoheitlichen Kompetenzen erst noch zuweisen. Mit Vereinbarung vom 16.12.2004¹⁰² möchte die KMK die Wahrnehmung der Aufgaben der Länder im Vollzug von § 9 Abs. 2 HRG im Wege „institutioneller Beteiligungsverwaltung“ auf die Stiftung übertragen. Dogmatisch geht es hierbei um eine Art Verwaltungsabkommen auf ministerieller Ebene.¹⁰³ Weil jedoch die Regelungen im

⁹⁷ Böckenförde, (Anm.84) § 24 Rn. 33 f.; Dreier, (Anm.89), Art. 20 II Rn. 132, jeweils m.w.N.

⁹⁸ Satzungs Gewalt ist ein wesentliches Element jeder Form von Selbstverwaltung; vgl. nur BVerfGE 12, 319 (325); Hender, (Anm.87), § 143 Rn. 40.

⁹⁹ Eine „echte“ Satzung kann allein vom Stiftungsrat aufgrund von § 5 des AkkStiftungsG erlassen werden.

¹⁰⁰ sog. „Wesentlichkeitstheorie“; vgl. BVerfGE 49, 89 (126); 88, 103 (116); Lege (Anm.5), S. 704. Speziell gegenüber der Satzungsgebung BVerfGE 33, 125 (156 ff.); Sommermann, in: v.Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum GG, 5.Auflage, München 2005, Band 1, Art. 20 II Rn. 184.

¹⁰¹ So auch Heitsch (Anm.5), S. 773. Allgemein BVerfGE 49, 89 (133); Schmidt-Aßmann (Anm.3), Kap.4 Rn 22.

¹⁰² abrufbar unter <http://www.akkreditierungsrat.de/index.php?id=3> [31.03.2009].

¹⁰³ Gegenstand ist eine Übertragung quoad usum, bei der nicht die Kompetenz, sondern mit entsprechender Rückholmöglichkeit nur deren Wahrnehmung übertragen wird; so ausdrücklich die KMK (Anm.102), S. 3. Allgemein zu Verwaltungsabkommen und den übrigen Kategorien des sog. „Intraföderationsrechts“ Maurer, Staatsrecht I, 5.Auflage, München 2007, § 10 Rn 62 ff.; Rudolf, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, 3.Auflage, Heidelberg 2008, § 141 Rn. 54 ff.

AkkStiftungsG in jedem Fall per Gesetz zu treffen waren, hätte es stattdessen wohl eines Staatsvertrages Beteiligung der Landesparlamente bedurft.¹⁰⁴ Solange dies nicht geschieht, können Akkreditierungsrat und Agenturen nach wie vor allenfalls in Nordrhein-Westfalen als „anerkannte Einrichtungen“ tätig werden.

Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs

Bleibt die Frage, ob ein so konzipiertes Akkreditierungswesen (auch bei verbesserter Normierung) als Grundrechtseingriff überhaupt gerechtfertigt werden kann. Legt man den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit¹⁰⁵ an, ist der Bologna-Prozess zumindest politisch legitim und die Verwirklichung des Ausbildungszwecks der Hochschulen auch juristisch als verfassungsimmanente Schranke tauglich; fraglich ist nur, ob ein verhältnismäßiger Ausgleich der Grundrechte möglich ist.

Schon die Eignung des Verfahrens, gleichwertige Studienbedingungen zu schaffen, mag bezweifelt werden. Dass die meist nur konzeptionellen Rahmenvorgaben zum Verfahren gleichmäßig interpretiert werden, dass stets die wissenschaftliche Qualität der Studienangebote die Oberhand gegenüber wissenschaftsfremden Kriterien behält, und dass Agenturen und Gutachter aus der Berufspraxis hierbei hinreichend kontrolliert werden können, ist keineswegs sicher.¹⁰⁶ Auch hier kann insb. eine intensivere gesetzliche Regelung (zu den Kriterien oder der Gutachterausswahl) dafür sorgen, dass sich das Subsystem Akkreditierung nicht verselbständigt. Im Rahmen der Erforderlichkeit stellt sich u.a. die Frage, ob die staatliche Ministerialverwaltung die Aufgabe Akkreditierung evtl. günstiger und ebenso effektiv erfüllen könnte.¹⁰⁷ Weil sich Qualitätssicherung heute mehr denn je individuellen Programmen und differenzierten Anforderungen stellen muss, macht eine Auslagerung des dann zwangsläufig umfangreicheren Verfahrens auf sachverständige Gremien wohl durchaus Sinn; dennoch fragt sich, welche Intensität zur Ermittlung von *Mindeststandards* hier wirklich notwendig ist. Ob die Pflicht zur Akkreditierung angemessen ist, hängt schließlich insb. davon ab, inwieweit die enormen Kosten

¹⁰⁴ Ebenso bereits *Mann/Immer* (Anm.5), S. 351. Einen solchen Staatsvertrag gibt es bspw. im Produktsicherheitsrecht; vgl. hierzu das „Abkommen über die Zentralstelle der Länder für Sicherheitstechnik und über die Akkreditierungsstelle der Länder für Meß- und Prüfstellen zum Vollzug des Gefahrstoffrechts“ vom 17.12.1993, Nds.GVBl. 1995, S. 120.

Wenn die Plenarprotokolle des Landtags einen Staatsvertrag als Alternative als „zeitlich und organisatorisch zu aufwendig“ befinden (Landtag NRW, Plenarprotokoll 13/137, S. 13384), hat dies keinerlei rechtliche Relevanz.

¹⁰⁵ hierzu statt vieler und mit Rechtsprechungsnachweisen *Pieroth/Schlöck*, Staatsrecht 2, 24.Auflage, Heidelberg 2008, Rn 279 ff.

¹⁰⁶ *Classen*, in: Hailbronner/Geis (Hrsg.), Hochschulgesetze des Bundes und der Länder (Stand: Dezember 2008), Mecklenburg-Vorpommern, Rn. 109 hält die Gutachter durchweg für befähigt; *Lege* (Anm.5) sagt „Vetternwirtschaft“ voraus.

¹⁰⁷ *Lege* (Anm.5), S. 705; *Mager* (Anm.5), S. 14.

des Verfahrens die betroffenen Fakultäten an einer anderweitigen, wissenschaftsrelevanten Verwendung ihrer Mittel hindert.

4 Resümee

Auch gut 10 Jahre nach seiner Einführung begegnet das Akkreditierungswesen noch zahlreichen weitgehend ungelösten Rechtsfragen. Ein Anfang zur Konsolidierung ist gemacht, wenn zumindest die Akkreditierungspflicht nahezu allerorts gesetzlich geregelt ist und immer mehr Hochschulgesetze auch Aussagen zu ihren Konsequenzen machen. Im nächsten Schritt gilt es zu überlegen, wie man das Verfahren selbst durch Gesetze, Satzungen u.a. transparenter gestalten kann, um seiner Rechtsnatur entsprechend zumindest die grundsätzliche verfassungsrechtliche Legitimation zu ermöglichen. Ob das System vor den Grundrechten der Hochschulen bestehen kann, lässt sich erst hiernach treffend beantworten und ist dann wohl auch eine hochschulpolitische Frage.

Wissenschaft meint seit jeher nicht nur theoretische Reflexion, sondern immer auch gesellschaftliche Praxis. Heute steht diese Praxis, die Welt der modernen Wissenschaften und ihrer institutionellen Formen mitten im Strom tiefgreifender Veränderungen – Exzellenzinitiativen und Clusterbildung, Studiengebührenfinanzierung und Bologna-Prozess, Wettbewerbsstrukturen, Globalhaushalte und externe Management-Maßstäbe sind hierfür nur einige illustrierende Schlagworte. Den Handlungsdrang der deutschen Hochschulpolitik im Blick gerät naturgemäß auch das Wissenschaftsrecht in Bewegung. Fragen seiner verfassungsrechtlichen Grundierung und seiner verwaltungsrechtlichen Feinzeichnung sind so umstritten wie lange nicht. Das Leitmotiv, ob das heutige Wissenschaftsrecht in erster Linie dem Schutz der individuellen Forschungsleistungen einzelner Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler dient oder ein Baukasten zur Modernisierung der Hochschulen ist, führt wiederkehrend zu den Grundfragen des modernen Öffentlichen Rechts. Diese Entwicklungen vor Augen beging das Institut für Öffentliches Recht an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen seine Neugründung mit einer Arbeitstagung zum Thema „Aktuelle Probleme des Wissenschaftsrechts“. Die Beiträge der Tagung enthält dieser Band. Er ist der erste einer neuen Schriftenreihe zum Öffentlichen Recht.



ISBN: 978-3-941875-77-7
ISSN: 2191-4583

Universitätsverlag Göttingen