

Festschrift
für
Hans-Wolfgang Strätz
zum 70. Geburtstag

Herausgegeben
von
Harald Derschka
Rainer Hausmann
Martin Löhnig

EDITION RECHTSKULTUR

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.
ISBN 978-3-86646-400-1

© 2009 EDITION RECHTSKULTUR
in der H. Gietl Verlag & Publikationsservice GmbH, Regensburg
www.gietl-verlag.de
Satz: Karlheinz Hülser, Konstanz
Covergestaltung: Andreas Gietl
Gedruckt auf säurefreiem, chlorfrei gebleichtem Papier
Printed in Germany · ISBN 978-3-86646-400-1

Inhalt

Vorwort der Herausgeber	11
<i>Hans-Jürgen Becker</i> Der Karlskult in Regensburg	15
<i>Wilhelm Brauneder</i> Ehegüterrecht als Spiegel von Österreichs Privatrechtsgeschichte	39
<i>Michael Coester</i> Einige Grundüberlegungen zur Betreuung älterer Menschen	53
<i>Dagmar Coester-Waltjen</i> Schein und Sein der Eheschließung	63
<i>Ignacio Czeguhn</i> Mittelalterliche spanische Höchstgerichtsbarkeit	69
<i>Jürgen Damrau</i> Zugang zur Ehewohnung nach dem Erbfall	83
<i>Harald Derschka</i> Allmannsdorf und die Gründungsausstattung der Abtei Reichenau	93
<i>Jean-Paul Deschler</i> Das Furchtbare Gericht. Eine „mystisch-didaktische“ Ikone	115
<i>Franz Josef Dumoulin</i> Zukunft der Gütergemeinschaft	147
<i>Jörg Eisele</i> Rechtfertigung kraft hypothetischer Einwilligung. Übernahme einer zivilrechtlichen Rechtsfigur in das Strafrecht?	163
<i>Jochen Glöckner</i> Es ist wieder Zeit für die Rechtsgeschichte – Plädoyer für ein selbstreferentielles Wissenschaftsverständnis	185

Rainer Hausmann

Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Spiegel der
höchstrichterlichen Rechtsprechung

von 1968 bis 2008 209

Wolfgang Heinz

„Wegschließen, und zwar für immer!“ Das deutsche Strafrecht
auf dem Weg zum Sicherheitsstrafrecht? –

Rechtsfolgensystem, Sanktionierungspraxis und

kriminapolitischer Diskurs im Wandel 233

Martin Ibler

Grundrechtsschutz angesichts von Privatisierungsideen und
staatlicher Gewährleistungsverantwortung im Universitätsrecht,
insbesondere am Beispiel des nur mit Externen besetzten

Universitätsrats der Universität Konstanz 271

Jens Koch

Honoraranpruch nach kurzfristiger Terminabsage bei

Dienstleistungen auf Vertrauensgrundlage 289

Alexander Kukk

Die Zulässigkeit von privaten Bestattungsplätzen
für Erdbestattungen

nach dem Bestattungsrecht der Bundesländer 309

Martin Löhmig und Consuela Mayer

Albert Drach und die österreichische Restitutionspraxis

nach 1945 329

Dieter Lorenz

Sozialer Wandel und Gesetzesvorbehalt 337

Johannes Madey

Die katholischen Kirchen östlicher Tradition seit dem

Pontifikat von Johannes Paul II. 351

Eugen Maier

Verantwortete Freiheit – Zur inneren Einheit eines

gesellschaftlichen und kirchlichen Engagements 369

Hartmut Maurer

Das neue Vertragsstaatskirchenrecht in Baden-Württemberg 381

Klaus Oettinger

Einige präliminare Bemerkungen zur Entscheidung des
Freiherrn Ignaz Heinrich von Wessenberg,
nach einem mehrstündigen Gespräch unter vier Augen
mit Fürstbischof Karl Theodor von Dalberg im
Gasthaus Zu den drei Mohren zu Augsburg im Mai des Jahres 1800
der ebenso ehrenvollen wie prekären Berufung auf das
Amt des Generalvikars der Diözese Konstanz zuzustimmen.
Ein Essay 399

Engelbert Plassmann

Bücherverbrennung 411

Steffen Roller

Religiös geprägte Pflege 433

Clausdieter Schott

Die „Adoption“ bei Petrarca und
in der Petrarca-Rezeption 445

Werner Schubert

§ 1666 BGB in historischer Perspektive unter besonderer
Berücksichtigung des Sorgerechtsgesetzes vom 18. 7. 1979 459

Wolfgang Schuller

Die Verständigung im Strafprozess – ein Rückfall
hinter die Aufklärung 479

Dieter Schwab

„ex utraque potestate et autoritate“. Zur Ehegesetzgebung
der Würzburger Fürstbischöfe 491

Walter Simonis

Überlegungen zum sogenannten unauflösbaren Eheband 507

Astrid Stadler

„Wenn es nicht notwendig ist, ein Gesetz zu machen, dann ist es
notwendig, kein Gesetz zu machen“ oder: Brauchen wir das
Risikobegrenzungs-gesetz? 519

Fritz Sturm

Zu Art. 16 Abs. 4 HZÜ und Art. 19 Abs. 5 EuZVO. Werft das
dänische Kuckucksei aus dem Nest! 537

Elmar Wadle

Der badische Privilegienschutz gegen den
Nachdruck der Werke Goethes 551

Paul Wehrle

Thesen zum Kontext „Demokratie in der Kirche“ 565

Heinrich Wilms

Die Geschichte der Grundrechte unter besonderer
Berücksichtigung der Entwicklung des Art. 4 GG 575

Schriftenverzeichnis von Hans-Wolfgang Strätz
(bearbeitet von Engelbert Plassmann) 593

Verzeichnis der von Hans-Wolfgang Strätz
betreuten Dissertationen 603

Abkürzungsverzeichnis 605

Verzeichnis der Mitarbeiter 611

Grundrechtsschutz angesichts von Privatisierungsideen und staatlicher Gewährleistungsverantwortung im Universitätsrecht, insbesondere am Beispiel des nur mit Externen besetzten Universitätsrats der Universität Konstanz

Martin Ibler

I. Das Ausgangsszenario

Die Vorstellung, Private könnten mit ihrer Tatkraft manche bisher vom Staat erfüllte Aufgabe besser erledigen als dieser, ist der Antrieb vieler Privatisierungen, z. B. bei der Abfallentsorgung, der Personenbeförderung, der Wasser- und Energieversorgung, der Post und Telekommunikation; man beginnt sogar Gefängnisse zu privatisieren.¹ Zugleich verfolgt die Überlassung öffentlicher Aufgaben an Private das rechtspolitische Ziel, der Staat solle bestimmte Aufgaben nicht mehr unmittelbar selbst erfüllen, sondern nur noch „gewährleisten“, dass die Privaten die übernommenen früheren Staatsaufgaben zufriedenstellend meistern. Auf diese Weise werde die Verantwortung für die betroffenen öffentlichen Aufgaben zwischen Staat und Bürger aufgeteilt.² Der Staat trage dann nur noch, als Wächter und Ausfallbürge, eine „Gewährleistungsverantwortung“, der er mit einer neuartigen „Gewährleistungsverwaltung“³ nachkomme. Dafür geeignete Verwaltungsstrukturen müssen aber vielfach erst noch entwickelt werden. Absehbare Folgen sind erst eine Rechtsunsicherheit und dann

¹ Vgl. z. B. Mühlenkamp, Holger. (Teil-)Privatisierung von Justizvollzugsanstalten. In: DÖV 2008, S. 525–535; vgl. ferner Willenbruch, Klaus; Bischoff, Kristina. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Privatisierung des Maßregelvollzugs. In: NJW 2006, S. 1676–1679. Von einer „Privatisierungseuphorie der achtziger und neunziger Jahre“ spricht Kämmerer, Jörn Axel. Privatisierung und Staatsaufgaben: Versuch einer Zwischenbilanz. In: DVBl. 2008, S. 1005–1016; hier S. 1005.

² Vgl. z. B. die Beschreibung (und Kritik) bei Martins, Renata. Grundrechtsdogmatik im Gewährleistungsstaat: Rationalisierung der Grundrechtsanwendung? In: DÖV 2007, S. 456–464; hier S. 457f., 462–464.

³ Maurer, Hartmut. Allgemeines Verwaltungsrecht. München ¹⁷2009, § 1 Rdnr. 16 b.

eine diese bekämpfende Regelungsflut, beschönigend „Regulierungsverwaltungsrecht“ genannt.⁴

Privatisierung und Umbau zum „Gewährleistungsstaat“ führen dazu, dass die Bürger vermehrt durch Private beeinträchtigt werden können. Solange der Staat Aufgaben eigenhändig erfüllt, kann der Bürger eine ihm dabei etwa auferlegte Belastung als Grundrechtseingriff bekämpfen. Für die Abwehr des Handelns Privater aber stehen Grundrechte grundsätzlich nicht bereit, vgl. Art. 1 Abs. 3 GG. Darf also künftig beispielsweise kein Häftling auf Grundrechte pochen, wenn ein Privater das Gefängnis betreibt? Kann er vom Staat zumindest Schutz vor dem Privaten einfordern oder soll er sich auch unmittelbar gegenüber dem privaten Betreiber auf Grundrechte berufen dürfen? Für eine Antwort mag man erwägen, den Lehrsatz, Grundrechte dienen zuvörderst der Abwehr gegen den Staat, aufzugeben, oder man baut die Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten⁵ und des Untermaßverbots⁶ aus, wenn der Staat stärker vor Beeinträchtigungen durch Dritte schützen muss.

II. Auswirkungen auf die öffentlich-rechtlich geführte Universität

Das Recht der öffentlich-rechtlich betriebenen Universität scheint von diesem Szenario auf den ersten Blick unberührt zu sein. Private Universitäten sind in Deutschland die Ausnahme⁷ und werden es, angesichts der staatlichen Verantwortung für wissenschaftliche Forschung und Lehre sowie Berufsausbildung,⁸ wohl bleiben.⁹ Die Frage nach einer sog. Drittwirkung der Grundrechte im

⁴ Vgl. allgemein Maurer, ebd., § 23 Rdnr. 63; und mit Blick auf den Rückzug des Staates im Hochschulrecht vgl. Smeddinck, Ulrich. Die deregulierte Hochschule. In: DÖV 2007, S. 269–279; hier S. 271, 276f.

⁵ Vgl. z.B. Hufen, Friedhelm. Staatsrecht II, Grundrechte. München 2007, § 5 Rdnrn. 5f., § 8 Rdnr. 13.

⁶ Vgl. dazu z.B. BVerfGE 88, 203 (254); Klein, Oliver. Das Untermaßverbot – Über die Justiziabilität grundrechtlicher Schutzpflichtenerfüllung. In: JuS 2006, S. 960–964.

⁷ Vgl. dazu aber z.B. Fehling, Michael. Neue Herausforderungen an die Selbstverwaltung in Hochschule und Wissenschaft. In: Die Verwaltung 35 (2002), S. 399–424; hier S. 420–423 unter ausdrücklichem Hinweis auf eine Gewährleistungsverantwortung des Staates, abgeleitet aus dem objektiv-rechtlichen Gehalt des Art. 5 Abs. 3 GG, S. 422.

⁸ Dazu Lorenz, Dieter. Wissenschaft zwischen Hochschulautonomie und Staatsintervention. In: JZ 1981, S. 113–119; hier S. 113f., 116.

⁹ Vgl. z.B. Bull, Hans Peter; Mehde, Veith. Reform der Hochschulorganisation – die populären Modelle und ihre Probleme. In: JZ 2000, S. 650–659; hier S. 652f.; vgl. ferner Kluth, Winfried. Der Übergang von der selbstverwalteten Gruppenuniversität zur Hochschule als autonomer Forschungs- und Dienstleistungseinheit. In: RdJB 2004, S. 174–189; hier S. 180–182; Smeddinck, Ulrich. Das TU-Darmstadt-Gesetz – Meilenstein der Hochschulautonomie? In: WissR 41 (2008), S. 36–58; hier S. 53; ders., Die deregulierte Hochschule (Anm. 4), S. 271.

Privatrecht stellt sich insoweit nicht.¹⁰ Doch verändert der von den Ideen der Privatisierung und Gewährleistung beflügelte Rückzug des Staates die Schutzbedürftigkeit der Grundrechtsträger selbst dort, wo eine öffentliche Aufgabe zwar weiterhin öffentlich-rechtlich erfüllt wird, aber privater Sachverstand entscheidend (also nicht nur beratend)¹¹ fruchtbar gemacht werden soll.¹² Im Recht der öffentlich-rechtlichen Universität findet ein solcher Wandel statt (in Baden-Württemberg seit 2000 und insbesondere 2005)¹³ und fällt zunächst durch Gesetzesbegriffe auf, die ausgesucht privatwirtschaftsrechtlich klingen.¹⁴ Nach dem baden-württembergischen Landeshochschulgesetz (LHG) v. 1.1. 2005 zählt zu den „Zentralen Organen der Hochschule“ neben dem „Vorstand“ und dem Senat der „Aufsichtsrat“ (§ 15 Abs. 1 LHG). Dieser hat Aufsichtsratsmitglieder und einen Aufsichtsratsvorsitzenden (vgl. z.B. § 20 Abs. 3–8 LHG).¹⁵ Über diese bloße Begrifflichkeit¹⁶ hinaus wird aber mit dem Aufsichtsrat nicht nur die Universität, sondern auch der Staat umgebaut. Nach baden-württembergischem Recht soll der „Aufsichtsrat“ die Universität leiten und zugleich den Staat partiell von Aufsichtsaufgaben entlasten.¹⁷ Der Aufsichtsrat hat mehrheitlich „externe Mitglieder“, die nicht Mitglied der Hochschule sein dürfen (vgl. § 20 Abs. 3 S. 2 i. V. mit § 9 LHG) und die häufig weiterhin in der Privatwirtschaft tätig sind;¹⁸ er ist also universitätsfern und staatsfern besetzt.

¹⁰ Vgl. aber auch Fehling, Neue Herausforderungen an die Selbstverwaltung in Hochschule und Wissenschaft (Anm. 7), S. 422.

¹¹ Zur „Public Private Partnerhip“ durch private Gremien zur Beratung der Hochschulleitung vgl. z.B. Bull/Mehde, Reform der Hochschulorganisation (Anm. 9), S. 654.

¹² Vgl. z.B. Kahl, Wolfgang, Hochschulräte – Demokratieprinzip – Selbstverwaltung. Unter besonderer Berücksichtigung des Aufsichtsratsmodells in Baden-Württemberg. In: AöR 130 (2005), S. 225–262; hier S. 227f.

¹³ Vgl. das Gesetz über die Hochschulen und Berufsakademien in Baden-Württemberg v. 1.1.2005 (GBl. S. 1) und dessen Vorgänger, das Universitätsgesetz i. d. F. v. 1.2.2000 (GBl. S. 208); zu beiden Wolfgang Kahl, Hochschulräte – Demokratieprinzip – Selbstverwaltung (Anm. 12), S. 225.

¹⁴ Zur Kritik vgl. z.B. Batts, Ulrich. Zur Reform des Organisationsrechts der Hochschulen. In: DÖV 2006, S. 498–504; hier S. 501: „törichte“ Begriffsverwendung; Unterschiede und Parallelen aufzeigend Hommelhoff, Peter. Unternehmerische Leitungsstrukturen in der Universität? In: Mansel, Heinz-Peter u. a. (Hrsg.), Festschrift für Erik Jayme, Bd. 2. München 2004, S. 1133–1139; hier S. 1134, 1136–1138; Laqua, Alexander. Der Hochschulrat zwischen Selbstverwaltung und staatlicher Verwaltung. Baden-Baden 2003, S. 123f., S. 184–188.

¹⁵ Vgl. z.B. Herberger, Klaus. Hochschulorganisation. In: Haug, Volker (Hrsg.). Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg. Heidelberg 2001, Rdnr. 222: „unternehmerische Komponente“.

¹⁶ Dass der Vergleich mit gesellschaftsrechtlichen Organen der Privatwirtschaft hinkt, zeigen z.B. Schenke, Wolf-Rüdiger. Neue Fragen an die Wissenschaftsfreiheit – Neue Hochschulgesetze im Lichte des Art. 5 III GG. In: NVwZ 2005, S. 1000–1009; hier S. 1004; und Batts, Zur Reform des Organisationsrechts der Hochschulen (Anm. 14), S. 501.

¹⁷ Vgl. z.B. Klaus Herberger, Hochschulorganisation (Anm. 15), Rdnr. 356; Kahl, Hochschulräte – Demokratieprinzip – Selbstverwaltung (Anm. 12), S. 226, 235 m. w. N.

Entstanden ist in Baden-Württemberg (und teils ähnlich in anderen Bundesländern,¹⁹ auf die ich im Folgenden nicht eingehe²⁰) ein mit dem Sachverstand Privater versehenes Entscheidungs-Organ der Hochschule, dem das Gesetz neben Universitätsaufgaben auch Aufgaben übertragen hat, die früher das Wissenschaftsministerium des Landes erfüllte.²¹ Erst – aber immerhin – bei schwerwiegenden Beanstandungen muss der Aufsichtsrat dieses Ministerium unterrichten,²² vgl. § 20 Abs. 2 S. 5 LHG²³. Ungeachtet dessen nimmt an allen Sitzungen des Aufsichtsrats ein Vertreter des Wissenschaftsministeriums mit beratender Stimme teil, vgl. § 20 Abs. 5 S. 6 LHG. Obwohl der Aufsichtsrat z. T. selbst Aufsichtsbefugnisse hat (etwa gegenüber dem Vorstand gem. § 20 Abs. 1 S. 2 LHG),²⁴ unterliegt er als Organ der Universität mit dieser der Rechtsaufsicht (nach § 67 Abs. 1 LHG) und der Fachaufsicht (nach § 67 Abs. 2 LHG) des Wissenschaftsministeriums.²⁵

¹⁸ Zur Vorgängerregelung § 18 Abs. 3 UG B.-W. vgl. Püttner, Günter. Der Hochschulrat – Was wird aus der deutschen Universität. In: Dörr, Dieter u. a. (Hrsg.). Festschrift für Hartmut Schiedermaier. Heidelberg 2001, S. 557–567; hier S. 562f.

¹⁹ Ausführlich Laqua, Alexander. Der Hochschulrat zwischen Selbstverwaltung und staatlicher Verwaltung (Anm. 14), S. 124–242; kurze Überblicke bei Sandberger, Georg. Organisationsform und -autonomie – Bewertung der Reformen in den Ländern. In: WissR 35 (2002), S. 125–150; hier S. 143–145; und bei Kluth, Der Übergang von der selbstverwalteten Gruppenuniversität zur Hochschule als autonomer Forschungs- und Dienstleistungseinheit (Anm. 9), S. 187, sowie bei Peters, Klaus. Die jüngsten Universitätsreformen in Deutschland im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung und des Schrifttums. In: NWVBl. 2008, S. 365–371; hier S. 367.

²⁰ Für Bayern etwa vgl. Lindner, Josef Franz; Störle, Johann. Das neue bayerische Hochschulrecht. In: BayVBl. 2006, S. 584–598; hier S. 591f.; und Bay. Verfassungsgerichtshof, Entsch. v. 7. 5. 2008 – Vf. 19–VII–06 – juris, Rdnrn. 38–69.

²¹ Vgl. Kahl, Hochschulräte – Demokratieprinzip – Selbstverwaltung (Anm. 12), S. 251: Der Hochschulrat habe Mitwirkungsanteile des Staates, insbesondere Zustimmungsrechte, übernommen. Vgl. ferner Battis, Zur Reform des Organisationsrechts der Hochschulen (Anm. 14), S. 502.

²² Vgl. Herberger, Hochschulorganisation (Anm. 15), Rdnr. 380: „ultima ratio“.

²³ Vgl. ferner die Aufsichtsbefugnisse des Aufsichtsrats und des Wissenschaftsministeriums bei Haushaltsmaßnahmen des Vorstands in § 16 Abs. 2 S. 5 und 6, Abs. 5 S. 3 und 4 LHG.

²⁴ Zu weiteren vgl. z. B. § 16 Abs. 2 S. 5, 6; Abs. 5 S. 3, 4 LHG.

²⁵ Dazu Schenke, Wolf-Rüdiger. Das neue baden-württembergische Hochschulgesetz auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts. In: Grupp, Klaus; Hufeld, Ulrich (Hrsg.). Festschrift für Reinhard Mußnug. Heidelberg 2005, S. 439–456; hier S. 444.

III. Privatisierungsähnlichkeit der Schaffung des Universitätsorgans Aufsichtsrat (Universitätsrat)

1. Die (un)gewisse Nähe zur Privatisierung

Als Universitätsorgan ist der Aufsichtsrat in die öffentlich-rechtliche Organisation der Universität eingefügt; es handelt sich also weder um eine Organisationsprivatisierung noch um die Beleihung einer privaten Einrichtung mit Hoheitsgewalt.²⁶ Erst recht geht es nicht um eine Aufgabenprivatisierung, denn die Universität erfüllt (u. a. durch ihr Organ Aufsichtsrat) ihre durch § 2 LHG festgelegten Aufgaben weiterhin grundsätzlich als öffentlich-rechtliche Körperschaft und staatliche Einrichtung hoheitlich (vgl. § 8 Abs. 1 LHG).²⁷

Allerdings werden die externen Mitglieder des Aufsichtsrats trotz der Machtfülle dieses Organs (s. u.)²⁸ nur vergleichsweise lose in die Universität eingebunden:²⁹ Sie sind ehrenamtlich tätig; sie sollen externen Sachverstand einbringen; die ergänzend nötigen Informationen aus der Universität werden ihnen i. d. R. vom Vorstand vermittelt; es finden nur wenige Sitzungen im Jahr statt. Die daraus praktisch folgende universitäts- und staatsferne Sonderstellung des Aufsichtsrats rückt diese Konstruktion unter dem Blickwinkel denk möglicher Grundrechtsgefährdungen in eine (un)gewisse Nähe zur Privatisierung. Besonders anschaulich zeigt dies die Hochschule des Jubilars, die Universität Konstanz. Ihr Aufsichtsrat – er heißt nach der Grundordnung der Universität, und vom Gesetz gebilligt, vgl. § 15 Abs. 2 S. 3 LHG, „Universitätsrat“ – ist ausschließlich mit (sieben) „Externen“ besetzt:³⁰ Dem Generalsekretär der Volkswagenstiftung als Vorsitzenden, dem Generalsekretär des Deutschen Akademischen Austauschdienstes (DAAD), dem Leiter der Forschungsabteilung der BASF-AG, der Geschäftsführerin des Instituts für Demoskopie Allensbach, einem Biologen an der Eidgenössischen Technischen Hochschule Zürich, dem

²⁶ Zum Ausschluss einer Beleihung des Hochschulrats als solchem vgl. z. B. Schmidt, Thomas. Deutsche Hochschulräte. Frankfurt a. M. 2004, S. 115f.

²⁷ Ähnlich auch für das Hochschulmodell einer Stiftung Löwer, Wolfgang. Das Stiftungsmodell Universität – ein neuer Weg. In: *WissR*, Beiheft 15 (2005), S. 69–98; hier S. 84.

²⁸ Zu dieser Machtfülle vgl. auch Schenke, Neue Fragen an die Wissenschaftsfreiheit (Anm. 16), S. 1004.

²⁹ Schenke, ebd., S. 1004: „Vergesellschaftung ehemals staatlicher Aufgaben“.

³⁰ Vgl. § 7 Abs. 3 der mit der erforderlichen ministeriellen Zustimmung (vgl. § 8 Abs. 4 S. 2 LHG) ergangenen Grundordnung der Universität Konstanz v. 30.9.2006 (Amtl. Bekanntmachung der Universität Konstanz Nr. 53/2006). Die vom Gesetz abweichende Besetzung geht ursprünglich zurück auf eine Experimentierklausel in § 35 Universitätsgesetz B.-W., vgl. ÄndG v. 5.5.1997, GBl. B.-W., S. 173ff.), näher Herberger, Hochschulorganisation (Anm. 15), Rdnr. 217. Zur Vereinbarkeit mit dem LHG (§ 20 Abs. 3 S. 2, 2. Teilsatz LHG) vgl. Schenke, Das neue baden-württembergische Hochschulgesetz auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts (Anm. 25), S. 454.

früheren Vorstandsvorsitzenden der ALTANA-AG und dem Leiter des Amtes für Mittel- und Hochschulen des schweizerischen Kantons Thurgau.³¹

a) Auswahl und Rechtsstellung der Aufsichtsratsmitglieder

Die Auswahl der Mitglieder des Aufsichtsrats (Universitätsrats) wird von einem Ausschuss vorbereitet. Ihm gehören neben zwei Vertretern des bisherigen Aufsichtsrats und einem Vertreter des Landes, der zwei Stimmen hat, zwei Vertreter des Senats an (vgl. § 20 Abs. 4 S. 1 LHG). Die vom Ausschuss beschlossene Liste bedarf der Bestätigung durch den Senat mit Stimmenmehrheit und der Zustimmung durch das Land (vgl. § 20 Abs. 4 S. 6 LHG).³² Dann werden die Universitätsratsmitglieder vom Wissenschaftsminister bestellt (vgl. § 20 Abs. 3 S. 1 LHG). Ihre Amtszeit beträgt 4 Jahre, eine Wiederbestellung ist zweimal möglich, vgl. § 20 Abs. 5 S. 1 LHG i. V. mit § 7 Abs. 3 S. 4 und 5 der Grundordnung der Universität Konstanz. Eine Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern regelt weder das LHG (anders dagegen bei hauptamtlichen Vorstandsmitgliedern, vgl. § 17 Abs. 7 S. 1 LHG) noch die Grundordnung der Universität Konstanz.³³

Auch das einzelne Aufsichtsratsmitglied selbst ist kein Beliehener, denn ihm ist keine Hoheitsgewalt übertragen. Hoheitsgewalt gegenüber den Universitätsmitgliedern haben die Universität und der Staat. Gegenüber den Universitätsorganen stehen dem Organ Aufsichtsrat, nicht seinen Mitgliedern, Kompetenzen zu. Der Aufsichtsratsvorsitzende hat zwar bestimmte, ihm ausdrücklich zugewiesene Eilentscheidungs- und Leitungsbefugnisse, vgl. z. B. § 20 Abs. 5 S. 3, Abs. 7 S. 1 LHG, er handelt dabei aber für das Universitätsorgan Aufsichtsrat bzw. als Organteil, während ein Beliehener im eigenen Namen handelt.³⁴ Die Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied ist ehrenamtlich (§ 20 Abs. 6 S. 1 LHG). Dementsprechend wird sie nicht vergütet; eine angemessene Aufwandsentschädigung erhalten (nur) die externen Aufsichtsratsmitglieder (vgl. § 20 Abs. 6 S. 2 LHG).³⁵ Mit „ehrenamtlich“ ist zudem klargestellt, dass

³¹ Stand: Januar 2009.

³² Zu weiteren Einzelheiten s. § 20 Abs. 4 S. 2–5 LHG.

³³ Für eine Abberufungsmöglichkeit nach § 86 S. 1 VwVfG Ipsen, Jörn. Hochschulen als Unternehmen? In: NdsVBl. 2001, S. 6–10; hier S. 9; bzw. analog § 86 VwVfG B.-W.: Kahl, Hochschulräte – Demokratieprinzip – Selbstverwaltung (Anm. 12), S. 246. Dagegen Schenke, Das neue baden-württembergische Hochschulgesetz auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts (Anm. 25), S. 545. Vgl. auch Schlegel, Jürgen. Hochschulräte – Diktatur der Funktionäre oder Verbesserung der strategischen Planungskompetenz der Hochschulen? In: Epping, Volker u. a. (Hrsg.). Festschrift für Knut Ipsen. München 2000, S. 507–529; hier S. 528. Zu möglichen misslichen Folgen des Fehlens einer Abwahlmöglichkeit vgl. z. B. Pressemitteilung des Hochschulratsvorsitzenden der Universität Paderborn vom 2. 7. 2007 (<http://www.uni-paderborn.de/mitteilung/2154/>).

³⁴ Vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht (Anm. 3), § 23 Rdnr. 56.

³⁵ Finanziert durch einen Verzicht der Universitätsratsmitglieder auf diese Aufwandsent-

die Aufsichtsratsmitglieder auch keine bloßen sog. Verwaltungshelfer sind,³⁶ und ferner, dass der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG der Nutzung ihres Sachverstands im Aufsichtsrat nicht entgegensteht.³⁷ Für ihr durch ministerielle Bestellung begründetes und damit öffentlich-rechtliches Ehrenamt³⁸ müssen sie geeignet sein (vgl. Art. 33 Abs. 2 GG), auch wenn das LHG keine bestimmten Eignungskriterien nennt.³⁹ Darüber hinaus verpflichtet das Gesetz ein Aufsichtsratsmitglied nach beamtenrechtlichen Regeln zum Schadensersatz, wenn es seine Pflichten verletzt (vgl. §§ 20 Abs. 5 S. 4, 11 Abs. 2 S. 2, 3 LHG).

b) Arbeitsweise des Aufsichtsrats

Der Aufsichtsrat ist mindestens viermal im Studienjahr einzuberufen⁴⁰ und immer dann, wenn mindestens die Hälfte seiner Mitglieder dies verlangt (§ 20 Abs. 5 S. 6 LHG). An der Universität Konstanz beruft dementsprechend der Universitätsratsvorsitzende⁴¹ den Universitätsrat in der Regel viermal jährlich ein, vereinzelt fällt allerdings mangels zustimmungspflichtiger Tagesordnungspunkte eine Sitzung aus. Die Geschäftsordnung des Konstanzer Universitätsrats⁴² sieht vor, dass ausnahmsweise auch im schriftlichen Verfahren beschlossen werden kann; tatsächlich wird dieses, um Verzögerungen zu vermeiden, öfter genutzt. Der Aufsichtsrat (Universitätsrat) tagt nicht öffentlich (vgl. § 20 Abs. 5

schädigung vergibt der Konstanzer Universitätsrat einen jährlichen Preis für besondere Leistungen von Universitätsmitgliedern.

³⁶ Zum Verwaltungshelfer vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht (Anm. 3), § 23 Rdnr. 59.

³⁷ Die zu Beginn der Diskussion gegen einen Hochschulrat von Krüger, Hartmut. Der „Hochschulrat“ aus verfassungsrechtlicher Sicht. In: Forschung und Lehre 1997, S. 287–288; hier: S. 288, auf Art. 33 Abs. 4 GG gestützten Einwände treffen die im LHG gewählte Gestalt des Aufsichtsrats nicht.

³⁸ Zum Begriff vgl. z.B. BAG, NZA 1992, 464 (465); Bonk, Heinz Joachim; Kallerhoff, Dieter. § 86 VwVfG. In: Stelkens, Paul u.a. (Hrsg.). VwVfG. München 72008, Rdnm. 3, 7.

³⁹ Nach § 20 Abs. 3 S. 2 LHG dürfen die externen Mitglieder keine Mitglieder der Hochschule nach § 9 LHG sein. Die Grundordnung der Universität Konstanz verlangt in § 7 Abs. 3 S. 1, dass die Universitätsratsmitglieder „nach Möglichkeit einen Bezug zur Universität haben“. Kritisch zum Fehlen gesetzlicher Eignungsvorgaben Schmidt, Deutsche Hochschulräte (Anm. 26), S. 217f.; Batts, Zur Reform des Organisationsrechts der Hochschulen (Anm. 14), S. 502 arbeitet einige Eignungskriterien heraus. Vgl. ferner z.B. Schenke, Neue Fragen an die Wissenschaftsfreiheit (Anm. 16), S. 1004: Kenntnis der besonderen Hochschulstrukturen unabdingbar.

⁴⁰ Mit dem Gesetz unvereinbar ist deshalb § 2 Abs. 2 der Geschäftsordnung des Universitätsrats der Universität Konstanz v. 18. 5. 2000 (Amtl. Bekanntmachung der Universität Konstanz Nr. 4/2000), nach dem der Universitätsrat mindestens einmal im Studienhalbjahr einberufen werden muss.

⁴¹ Vgl. § 2 Abs. 1 S. 1 der Geschäftsordnung des Universitätsrats der Universität Konstanz (Anm. 40).

⁴² § 6 Abs. 1 S. 2 der Geschäftsordnung des Universitätsrats (Anm. 40) i. d. F. des 1. Änderungsbeschlusses v. 8. 12. 2005 (Amtl. Bekanntmachung Nr. 1/2006).

Satz 2 LHG). Die Sitzungen des Konstanzer Universitätsrates dauern üblicherweise einen knappen Tag, es hat sich darüber hinaus eingebürgert, dass Mitglieder des Universitätsrats am Vorabend einer Sitzung mit Vertretern einer Einrichtung (z. B. eines Fachbereichs) oder mit einer Gruppierung (z. B. mit Neuberufenen oder Juniorprofessoren) informell zusammentreffen.

Die für seine Entscheidungen nötigen Informationen erhält der Aufsichtsrat (Universitätsrat) allerdings in erster Linie durch den Vorstand⁴³ (der nach der Grundordnung der Universität Konstanz Rektorat heißt⁴⁴): Der Vorstand hat den Aufsichtsrat über alle wichtigen, die Hochschule und ihre Verwaltung betreffenden Angelegenheiten zu unterrichten (vgl. § 16 Abs. 6 S. 1 LHG). Jährlich legt der Vorstandsvorsitzende dem Aufsichtsrat Rechenschaft über die Erfüllung der Aufgaben der Hochschule ab (§ 16 Abs. 6 S. 2, 1. Halbs. LHG). Der Vorstand hat dem Aufsichtsrat viermal im Jahr im Überblick über die Entwicklung der Haushalts- und Wirtschaftslage sowie über finanzielle Auswirkungen von Berufungsverfahren schriftlich zu berichten (§ 20 Abs. 2 S. 1 LHG); die Vorstandsmitglieder nehmen zudem an den Sitzungen des Aufsichtsrats beratend teil (§ 20 Abs. 5 S. 6 LHG). Überdies kann der Aufsichtsrat zur Erfüllung seiner Aufgaben vom Vorstand jederzeit Berichterstattung verlangen und hat Zugang zu allen Unterlagen (vgl. § 20 Abs. 2 S. 2 LHG). Anlass zu einem solchen Vorgehen können etwa Beschwerden sein, die Universitätsmitglieder an den Aufsichtsrat richten. Der Aufsichtsrat (Universitätsrat) kann die Wahrnehmung des Rechts auf Zugang zu allen Unterlagen, d. h. zu ihrer Einsichtnahme und Prüfung, einzelnen seiner Mitglieder oder Sachverständigen übertragen (vgl. § 20 Abs. 2 S. 3 LHG). Trotz oder wegen der skizzierten losen Einbindung des Aufsichtsrats in die Universität dürfte dieser Informationsweg aber eher selten genutzt werden,⁴⁵ in Konstanz, soweit ersichtlich, nur vereinzelt. Zudem regelt das Gesetz auch nicht näher, welche Personen als Sachverständige das Einsichtnahme- und Prüfungsrecht wahrnehmen dürfen, welche Rechtsstellung sie erhalten, wer für ihre etwaigen Fehler haftet, ob und wie sie bezahlt werden und von wem.

⁴³ Kritisch dazu Schlegel, Hochschulräte (Anm. 33), S. 526f.; vgl. auch Schulz, Volker; Kürschner, Wilfried. Der Hochschulrat an der Hochschule Vechta. In: Forschung und Lehre 1997, S. 289–292; hier S. 292.

⁴⁴ Vgl. § 1 Ziffer 1 der Grundordnung 2006 der Universität Konstanz (Anm. 30) i. V. mit § 15 Abs. 2 S. 1 LHG.

⁴⁵ Zur Bildung von aufsichtsrats- bzw. universitätsratsinternen Ausschüssen (außerhalb des durch § 20 Abs. 7 S. 1 LHG normierten Falls) an der Universität Heidelberg s. Hommelhoff, Unternehmerische Leitungsstrukturen in der Universität? (Anm. 14), S. 1137.

2. Machtfülle trotz loser Einbindung in die Universität

Aufgaben und Kompetenzen des Aufsichtsrats sind vor dem Hintergrund der wenigen vorgeschriebenen Sitzungen⁴⁶ und der meist mittelbaren Informationswege, über die er verfügt, beträchtlich.⁴⁷ Das Gesetz überträgt ihm die Verantwortung für die Entwicklung der Hochschule, er soll Maßnahmen vorschlagen, die der Profilbildung und der Erhöhung der Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit dienen (vgl. § 20 Abs. 1 S. 1 LHG) und „die Geschäftsführung des Vorstandes“ beaufsichtigen (vgl. § 20 Abs. 1 S. 2 LHG). Dann zählt das Gesetz beispielhaft („insbesondere“) zahlreiche Aufgaben dieses Universitätsorgans auf (vgl. § 20 Abs. 1 S. 3 LHG).⁴⁸ Für das im Universitätsrecht naturgemäß besonders interessierende Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit beispielsweise sind wichtig (u. a.) „die Beschlussfassung über Struktur- und Entwicklungspläne...“ (Ziffer. 3), „die Beschlussfassung auf Vorschlag des Vorstands über Grundsätze für die Ausstattung und für den wirtschaftlichen und aufgabengerechten Einsatz der Mittel für Forschung... und Lehre nach leistungs- und belastungsorientierten Kriterien und nach Evaluationsergebnissen...“ (Ziffer 7),⁴⁹ „die Zustimmung zur Bildung, Veränderung, Aufhebung und Zuordnung von Hochschuleinrichtungen“ (sofern diese nicht mit einem beschlossenen Struktur- und Entwicklungsplan übereinstimmen, Ziffer 9), „die Beschlussfassung über die Funktionsbeschreibung von Professuren...“ (Ziffer 11). Die Grundordnung der Universität Konstanz (§ 7 Abs. 1 Ziffer 15) nennt darüber hinaus das Recht des Universitätsrats, u. a. im Hinblick auf Forschung und Lehre den dafür zuständigen Gremien und Einrichtungen der Universität jederzeit Vorschläge zu unterbreiten (Initiativrecht).⁵⁰

Das Instrument „Beschluss“, welches das Gesetz dem Aufsichtsrat (Universitätsrat) zur Erfüllung dieser Aufgaben zuweist, ist stark. Ein Beschluss des Aufsichtsrats muss vom Vorstand vollzogen werden (vgl. § 16 Abs. 5 LHG). Wie die Wortwahl des § 20 Abs. 1 S. 1 LHG zeigt, sind von Beschlüssen zu

⁴⁶ Für den Hochschulrat i. S. des früheren Universitätsgesetzes genügten Günter Püttner drei bis vier Sitzungen im Jahr, vgl. Püttner, *Der Hochschulrat* (Anm. 18), S. 557 (563), vgl. aber auch dens., ebd., S. 566. Als zu wenig kritisiert von Battis, *Zur Reform des Organisationsrechts der Hochschulen* (Anm. 14), S. 502; Smeddinck, *Die deregulierte Hochschule* (Anm. 4), S. 274.

⁴⁷ Eine solche Kompetenzfülle bei universitätsferner Besetzung bewertet Ipsen, *Hochschulen als Unternehmen?* (Anm. 33), S. 8 als ein Paradox.

⁴⁸ Weitere sind in anderen Vorschriften des LHG genannt, s. z. B. § 14 Abs. 2 S. 2, Abs. 3, 5; § 16 Abs. 2 S. 5, Abs. 5 S. 3; § 17 Abs. 2 S. 2, Abs. 5 S. 1, 2, Abs. 7 S. 1; § 18 Abs. 3; § 20 Abs. 2 S. 2–5, Abs. 8 S. 2. Auch die Grundordnung darf Zuständigkeiten festlegen, vgl. § 16 Abs. 3 S. 1 LHG, aber nicht solche, die das Gesetz dem Senat zugewiesen hat, vgl. § 19 Abs. 1 S. 1 LHG.

⁴⁹ Vgl. zur Relevanz einer entsprechenden Kompetenz für die Wissenschaftsfreiheit des einzelnen Forschers und Lehrers auch BVerfGE 111, 333 (353, 358f.).

⁵⁰ Vgl. dazu o. Anm. 48 sowie Herberger, *Hochschulorganisation* (Anm. 15), Rdnr. 390.

unterscheiden bloße Vorschläge des Aufsichtsrats zur Profilbildung und zur Erhöhung der Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit. Auch Vorschläge können aber großes Gewicht erlangen, wenn sich der Aufsichtsrat bei seinen Beschlüssen von ihnen leiten lässt.⁵¹ Entsprechendes wird man für die Vorschläge des Konstanzer Universitätsrats u. a. im Hinblick auf Forschung und Lehre (§ 7 Abs. 1 Ziffer 15 der Grundordnung) annehmen können. Auch über Stellungnahmen des Aufsichtsrats (z. B. zur Grundordnung und deren Änderungen, § 20 Abs. 1 Ziffer 13 LHG) wird der insoweit zur Beschlussfassung zuständige Senat (§ 19 Abs. 1 S. 2 Ziffer 12 LHG) nicht ohne weiteres hinweggehen können.⁵²

IV. Gefährdung der Forschungs- und Lehrfreiheit der Professoren durch Schaffung des Aufsichtsrats?

1. Zur Wissenschaftsrelevanz des Aufsichtsrats

Durch Schaffung des Aufsichtsrats, durch seine Besetzung, Kompetenzausstattung und Einpassung in die Universität wurden nicht nur die Stellung ihrer anderen Leitungsorgane und der Fakultätsräte umgeformt.⁵³ Die Professoren, und ihre Freiheit zu forschen und zu lehren (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG), werden seitdem auch Zugriffen des neuen Organs ausgesetzt. Etwa⁵⁴ kann ein Beschluss des Aufsichtsrats über Grundsätze für die Ausstattung und für den wirtschaftlichen und aufgabengerechten Einsatz der Mittel für Forschung und Lehre nach leistungs- und belastungsorientierten Kriterien und nach Evaluationsergebnissen (vgl. § 20 Abs. 1 S. 3 Ziffer 7 LHG) (auch) einen einzelnen Wissenschaftler dazu drängen, seine Forschung und Lehre anzupassen.⁵⁵ Wird eine Aufsichts-

⁵¹ Vgl. ferner Herberger, ebd., Rdnr. 379.

⁵² Vgl. Püttner, Der Hochschulrat (Anm. 18), S. 564.

⁵³ Vgl. Püttner, ebd., S. 557–560, 566f.; Schenke, Das neue baden-württembergische Hochschulgesetz auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts (Anm. 25), S. 439; Herberger, Hochschulorganisation (Anm. 15), Rdnr. 221.

⁵⁴ Zu weiteren Beispielen vgl. Schmidt, Deutsche Hochschulräte (Anm. 26), S. 208 (zur Beschlussfassung über die Funktionsbeschreibung von Professuren, heute § 20 Abs. 1 Nr. 11 LHG und über Struktur- und Entwicklungspläne, heute § 20 Abs. 1 Nr. 3 LHG).

⁵⁵ Vgl. zur „Wissenschaftsrelevanz“ (Begriffsbestimmung z. B. in BVerfGE 61, 260 [279]) von Entscheidungen des Aufsichtsrats ferner z. B. Kahl, Hochschulräte – Demokratieprinzip – Selbstverwaltung (Anm. 12), S. 251; Schenke, Neue Fragen an die Wissenschaftsfreiheit (Anm. 16), S. 1006. Vgl. aber auch dessen Zweifel, Hochschulgesetzgebung als Eingriff in Art. 5 Abs. 3 GG zu qualifizieren, ebd. S. 1003, und Ruffert, Matthias, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit. In: VVDStRL 65 (2006), S. 146–216; hier S. 173. Vgl. ferner Fehling, Neue Herausforderungen an die Selbstverwaltung in Hochschule und Wissenschaft (Anm. 7), S. 408, 413; Geis, Max-Emanuel, Das Selbstbestimmungsrecht der Universitäten. In: WissR 37 (2004), S. 2–25; hier S. 17 sowie BVerfGE 111, 333 (352f.).

ratskompetenz fehlerhaft ausgeübt, mag man danach nicht ausschließen, dass dies einmal ein Grundrecht verletzt. Im Folgenden soll es aber nicht um die Fehlentscheidung im Einzelfall gehen, gegen die, wenn sie ein Recht verletzt, Gerichtsschutz erlangt werden kann.⁵⁶ Ausgeblendet bleiben auch etwaige Beeinträchtigungen der anderen Universitätseinrichtungen durch den Aufsichtsrat.⁵⁷

2. Vorgaben für den Gesetzgeber

Vielmehr interessiert, ob die Schaffung des mit Externen besetzten Aufsichtsrats als solche gegen die Forschungs- und Lehrfreiheit der Professoren verstößt. Dieses Grundrecht des Art. 5 Abs. 3 GG schützt den Wissenschaftler auch davor, dass die Universität wissenschaftsinadäquat organisiert wird;⁵⁸ es schreibt aber keine bestimmte Organisationsform des Wissenschaftsbetriebs vor.⁵⁹ Mit der vom Gesetzgeber gewählten Organisation muss freie Wissenschaft möglich sein und ungefährdet betrieben werden können.⁶⁰ Daraus folgert das Bundesverfassungsgericht eine entsprechende Schutzpflicht des Staates⁶¹ und für den einzelnen Wissenschaftler ein Recht auf solche organisatorischen staatlichen Maßnahmen, die unerlässlich⁶² sind, damit er frei wissenschaftlich nach Erkenntnissen suchen, sie deuten und weitergeben kann.⁶³ Zur Sicherung dieses Kernbereichs der Wissenschaftsfreiheit entnimmt das Bundesverfassungsgericht Art. 5 Abs. 3 GG ein Recht der in der Wissenschaft Tätigen auf Teilhabe (u. a.) an der Organisation des Wissenschaftsbetriebs.⁶⁴ Andererseits verbietet Art. 5 Abs. 3 GG dem Gesetzgeber nicht, die Universitäten umzuformen und auch nicht, dabei neue Leitungsorgane mit wissenschaftsrelevanten Kompetenzen zu schaffen, sofern die gebotene Teilhabe der Grundrechtsträger noch gewährleistet bleibt. Dass sie stets nur durch Besetzung eines solchen Organs (auch) mit Universitätsmitgliedern erreicht werden kann, besagt Art. 5 Abs. 3 GG indes nicht.⁶⁵ Die Vorschrift verlangt nur ein qualitatives Mindestmaß an Teilhabe.⁶⁶

⁵⁶ Vgl. auch BVerfGE 111, 333 (355).

⁵⁷ Vgl. dazu Geis, Das Selbstbestimmungsrecht der Universitäten (Anm. 55), S. 18–24.

⁵⁸ Vgl. BVerfGE 111, 333 (352); Kahl, Hochschulräte – Demokratieprinzip – Selbstverwaltung (Anm. 12), S. 251.

⁵⁹ BVerfGE 111, 333 (351) unter Hinweis auf BVerfGE 35, 79 (116).

⁶⁰ BVerfGE 111, 333 (351) unter Hinweis auf BVerfGE 35, 79 (117).

⁶¹ BVerfGE 111, 333 (354).

⁶² Vgl. BVerfGE 111, 333 (353) unter Hinweis auf BVerfGE 35, 79 (116).

⁶³ Vgl. BVerfGE 111, 333 (354) unter Hinweis auf BVerfGE 35, 79 (112); 47, 327 (367); 90, 1 (11f.).

⁶⁴ Vgl. BVerfGE 111, 333 (354) unter Hinweis auf BVerfGE 35, 79 (115).

⁶⁵ Wie hier Hender, Reinhard. Die Universität im Zeichen von Ökonomisierung und Internationalisierung. In: VVDStRL 65 (2006), S. 238–273; hier S. 248; Schenke, Das neue baden-württembergische Hochschulgesetz auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts

Zum Schutz von Forschung und Lehre wird es wachsen müssen, je stärker die Art der Entscheidung die Forschung und Lehre eines einzelnen Wissenschaftlers beeinträchtigen kann.⁶⁷ Aber auch daraus folgt noch nicht automatisch ein Recht des einzelnen Wissenschaftlers darauf, dass der Aufsichtsrat kollegial durch Betroffene besetzt sein muss.⁶⁸

3. Beurteilungerschwernisse

Eine Antwort darauf, ob der Gesetzgeber, diese Vorgaben missachtend, mit dem universitäts- und staatsfern besetzten neuen Organ strukturbedingt Grundrechtsverstöße programmiert hat, wird dadurch erschwert, dass er zugleich Aufgaben und Kompetenzen weiterer Hochschuleinrichtungen umgeformt hat. Damit die Universität professioneller, wirtschaftlicher und effizienter werde,⁶⁹ insbesondere ihr Willensbildungsprozess gestrafft werde,⁷⁰ und auch wegen der Haushaltsverantwortung des Landes,⁷¹ wurden (insbes. mit dem LHG

(Anm. 25), S. 448f.; Laqua, Der Hochschulrat zwischen Selbstverwaltung und staatlicher Verwaltung (Anm. 14), S. 250f.; Görlich, Christoph. Wissenschaftsfreiheit und Hochschulmanagement. In: DÖV 2003, S. 583–588; hier S. 586. Abweichend entnimmt Kahl, Hochschulräte – Demokratieprinzip – Selbstverwaltung (Anm. 12), S. 252f. aus Art. 5 Abs. 3 GG ein Gebot akademischer Gruppenpräsenz: Professoren, wissenschaftliche Mitarbeiter und Studierende müssten mit mindestens einem Mitglied im Aufsichtsrat vertreten sein. Gegen BVerfGE 111, 333 auch Löwer, Wolfgang. Universitätsreform im Spiegel der Rechtsprechung. In: Grupp, Klaus; Hufeld, Ulrich (Hrsg.). Festschrift für Reinhard Mußnug. Heidelberg 2005, S. 421–438; hier S. 434–437.

⁶⁶ Vgl. Geis, Das Selbstbestimmungsrecht der Universitäten (Anm. 55), S. 14; strenger aber wohl noch ders., Die Entstaatlichung der Hochschulen. In: Eberle, Carl-Eugen u. a. (Hrsg.). Festschrift für Winfried Brohm. München 2002, S. 297–314; hier S. 299.

⁶⁷ Vgl. BVerfGE 111, 333 (355); ähnlich Geis, Das Selbstbestimmungsrecht der Universitäten (Anm. 55), S. 18; s. auch Oppermann, Thomas. Ordinariuniversität – Gruppenuniversität – Räteuniversität. In: WissR Beiheft 15 (2005), S. 1–18; hier S. 17. Vergleichbares gilt für das Verhältnis von Staat und grundrechtsgeschützter Universität, dazu Lorenz, Dieter. Die Rechtsstellung der Universität gegenüber staatlicher Bestimmung. In: WissR 11 (1978), S. 1–23; hier S. 3f.

⁶⁸ Vgl. BVerfGE 111, 333 (356); wie hier auch Schenke, Das neue baden-württembergische Hochschulgesetz auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts (Anm. 25), S. 448f.

⁶⁹ Zur Kritik an diesen Schlagworten s. Schenke, Neue Fragen an die Wissenschaftsfreiheit (Anm. 16), S. 1000 und passim. Zur Kritik an dieser Rechtspolitik s. insb. Geis, Das Selbstbestimmungsrecht der Universitäten (Anm. 55), S. 8–10. Vgl. dagegen aber auch Hendl, Die Universität im Zeichen von Ökonomisierung und Internationalisierung (Anm. 65), S. 244f.

⁷⁰ Dazu z. B. Schenke, Das neue baden-württembergische Hochschulgesetz auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts (Anm. 25), S. 450f.

⁷¹ Fehling, Neue Herausforderungen an die Selbstverwaltung in Hochschule und Wissenschaft (Anm. 7), S. 400; vgl. auch Gärditz, Karl Ferdinand. Hochschulmanagement und Wissenschaftsadäquanz. In: NVwZ 2005, S. 407–410; hier S. 407.

v. 1. 1. 2005⁷²) der Vorstand gestärkt,⁷³ die Kollegialorgane Senat und Fakultätsräte dagegen geschwächt. Ob ein verfassungswidriger Belastungsanteil auf die Gestaltung des Aufsichtsrats entfällt, ist deshalb schwer messbar. Wohl noch schwerer zu ermitteln ist, ob die Gesamtheit der Änderungen den von Art. 5 Abs. 3 GG gebotenen Grundrechtsschutz unterschreitet.⁷⁴ Eine solche Gesamtschau⁷⁵ soll in dieser, die tendenzielle Privatisierungsähnlichkeit der Ausformung des Aufsichtsrats betrachtenden Abhandlung nicht erbracht werden. Stattdessen konzentrieren wir uns darauf, ob ein nur mit Externen besetzter Aufsichtsrat, der auch Forschung und Lehre berührende Fragen entscheiden soll, von vornherein wissenschaftsinadäquat unter Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 GG organisiert ist. Regelungen zu anderen Leitungsorganen können allerdings auch ohne eine Gesamtschau zur Antwort beitragen.

Diese Prüfung wird nicht leichter, billigt man, wie das Bundesverfassungsgericht, dem einfachen Gesetzgeber einen großen Spielraum zu, wenn er die Universitätsstruktur formt.⁷⁶ Der Spielraum kann den Grundrechtsschutz der Forscher und Lehrer verkürzen, weil er die Bindung des Parlaments (Art. 1 Abs. 3 GG) an die vorbehaltlos gewährleistete Wissenschaftsfreiheit und die Gerichtskontrolle dieser Bindung lockert.⁷⁷ Es mag einleuchten, dass bloß hypothetische Gefährdungen der Wissenschaftsfreiheit den Gesetzgeber nicht zu einer bestimmten Hochschulorganisation zwingen sollen.⁷⁸ Aber auch dann müssen die Grenzen des Spielraums im Einzelnen oft erst noch erhellt wer-

⁷² GBl. B.-W. S. 1.

⁷³ Vgl. Schenke, Das neue baden-württembergische Hochschulgesetz auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts (Anm. 25), S. 440, 450; Herberger, Hochschulorganisation (Anm. 15), Rdnr. 222: „Schlüsselrolle“ des Rektorats.

⁷⁴ Zum Gesamtergebnis Verfassungswidrigkeit kommt z.B. Schenke, ebd., S. 451–455.

⁷⁵ Für eine verfassungsrechtliche Beurteilung des Gesamtgefüges gefordert von BVerfGE 111, 333 (355); ähnlich Bay. Verfassungsgerichtshof, Entsch. v. 7. 5. 2008, Vg. 19–VII–06, juris, Rdnr. 41.

⁷⁶ Vgl. BVerfGE 111, 333 (355f., 364f.); 35, 79 (116). Zur Rechtfertigung eines Spielraums durch konkurrierendes Verfassungsrecht vgl. z.B. Hendler, Die Universität im Zeichen von Ökonomisierung und Internationalisierung (Anm. 65), S. 249. Den Spielraum des Gesetzgebers begrüßend z.B. Oppermann, Ordinariuniversität – Gruppenuniversität – Räteuniversität (Anm. 67), S. 17; für einen großen Spielraum des Organisationsgesetzgebers auch Groß, Thomas, Wissenschaftsadäquates Wissenschaftsrecht. In: WissR 35 (2002), S. 307–326; hier: S. 322f., 325; vehement dagegen z.B. Peters, Die jüngsten Universitätsreformen in Deutschland im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung und des Schrifttums (Anm. 19), S. 368f.; s.a. Fehling, Neue Herausforderungen an die Selbstverwaltung in Hochschule und Wissenschaft (Anm. 7), S. 417.

⁷⁷ Die Bindung des Gesetzgebers durch Art. 1 Abs. 3 i. V. m. Art. 5 Abs. 3 GG betont z.B. Perels, Joachim. Ein Gesetzentwurf zur Aushöhlung der Hochschulselbstverwaltung in Niedersachsen. In: KJ 2001, S. 145–156; hier S. 154. Zur Bedeutung der vorbehaltlosen Gewährleistung des Art. 5 Abs. 3 GG für einen Spielraum des Gesetzgebers vgl. Ruffert, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit (Anm. 55), S. 160f., 173–176.

⁷⁸ Vgl. BVerfGE 111, 333 (355).

den⁷⁹ (und können dann auch als Maßstab für eine verfassungskonforme Auslegung der Kompetenz eines Hochschulorgans dienen). Die Grenzen sollten enger gezogen werden, wenn der Gesetzgeber den Sachverstand Privater nutzt, indem er ihnen wissenschaftsrelevante (Mit-)Entscheidungsmacht im hoheitlich handelnden Aufsichtsrat gibt, aber sie, wie gezeigt, nur lose in Universität und Staat einbindet: Das rechtsstaatliche Gebot effektiven Grundrechtsschutzes und die entsprechende staatliche Gewährleistungsverantwortung sprechen hier mehr dafür, das Parlament stärker zu kontrollieren und ihm nötigenfalls zu zeigen, wo es ein Gesetz nachbessern muss.⁸⁰

4. Versuch einer Antwort, insbesondere mit Blick auf den nur mit Externen besetzten Konstanzer Universitätsrat

Dabei setzt das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1, 2, Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG) – das bei jeder Beschränkung der Wissenschaftsfreiheit gewahrt bleiben muss – dem baden-württembergischen Landtag allerdings keine Grenzen, die er beim Universitätsorgan Aufsichtsrat missachtet hätte.⁸¹ Das Organ ist auf vier Wegen demokratisch legitimiert: Es ist durch Gesetz des gewählten Parlaments geschaffen, sein Handeln ist an das Gesetz gebunden, es untersteht staatlicher Aufsicht,⁸² und seine Mitglieder sind durch den Wissenschaftsminister bestellt.⁸³ Weder verlangt das Demokratieprinzip zusätzlich, dass der Aufsichtsrat nur von Universitätsmitgliedern gewählt werden darf, noch dass er zumindest mehrheitlich mit solchen besetzt sein muss.⁸⁴

⁷⁹ Z. B. begrenzt BVerfGE 111, 333 (358f.) die Berücksichtigungsfähigkeit einer Drittmiteleinwerbung bei Evaluationen; zustimmend Geis, Max-Emanuel, Rechtsprechungsanalyse. Zwischen Entfesselung und neuen Restriktionen. In: Die Verwaltung 41 (2008), S. 77–98; hier: S. 93.

⁸⁰ Zu Vor- und Nachteilen der Grenzziehungen im Hochschulurteil BVerfGE 35, 79 s. Oppermann, Ordinarienuniversität – Gruppenuniversität – Räteuniversität (Anm. 67), S. 7.

⁸¹ Im Ergebnis wie hier Schenke, Das neue baden-württembergische Hochschulgesetz auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts (Anm. 25), S. 442–444. Vgl. aber auch Hender, Die Universität im Zeichen von Ökonomisierung und Internationalisierung (Anm. 65), S. 253f.

⁸² Zur Wahrung der demokratischen Legitimation der Verwaltung durch Staatsaufsicht vgl. z. B. Ibler, Martin. Zerstören die neuen Informationszugangsgesetze die Dogmatik des deutschen Verwaltungsrechts? In: Eberle, Carl-Eugen u. a. (Hrsg.). Festschrift für Winfried Brohm. München 2002, S. 405–419; hier S. 413. Zu demokratischer Legitimation des Universitätsorgans Aufsichtsrat durch Rechts- und Fachaufsicht vgl. auch Schenke, Das neue baden-württembergische Hochschulgesetz auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts (Anm. 25), S. 444.

⁸³ Zur dadurch vermittelten demokratischen Legitimation s. Laqua, Der Hochschulrat zwischen Selbstverwaltung und staatlicher Verwaltung (Anm. 14), S. 221; Püttner, Der Hochschulrat (Anm. 18), S. 563.

⁸⁴ Vgl. auch Battis, Zur Reform des Organisationsrechts der Hochschulen (Anm. 14), S. 502.

Es könnte aber dem von Art. 5 Abs. 3 GG gewährten Recht auf Teilhabe an der Organisation des Wissenschaftsbetriebs⁸⁵ widersprechen, den Aufsichtsrat nur mit Externen zu besetzen. Zu dieser Organisation zählen auch Universitäreinrichtungen, die für die Verteilung der (öffentlichen) Forschungsmittel in der Universität mit zuständig sind.⁸⁶ Da der Aufsichtsrat über Grundsätze für die Ausstattung und für den Einsatz der Mittel für Forschung beschließt (vgl. § 20 Abs. 1 Nr. 7 LHG), könnte es mit dieser Kompetenz unvereinbar sein, Universitätsmitglieder („Interne“) von seiner Besetzung ganz auszuschließen. Dementsprechend wird in der Literatur ein Aufsichtsrat für verfassungswidrig gehalten, wenn er, wie im Fall der Universität Konstanz, ausschließlich mit Externen besetzt ist.⁸⁷ Befürchtet werden dann zudem Unverständnis für universitäre Zusammenhänge, einseitig ökonomische, insbesondere die naturwissenschaftlich-technische Ausrichtung bevorzugende Entscheidungen und eine intransparente Kungelei zwischen Hochschulleitung und Aufsichtsrat.⁸⁸

Das baden-württembergische LHG ermöglicht den Trägern der Wissenschaftsfreiheit allerdings verschiedene Formen der Teilhabe an der Besetzung und an den Beschlüssen des Aufsichtsrats, auch des nur aus Externen gebildeten Konstanzer Universitätsrats.

Eine wichtige erste Form der Teilhabe kann die Entscheidungen des Universitätsrats (nur) mittelbar lenken. Sie liegt in der doppelten Mitwirkung der in der Wissenschaft Tätigen an der Besetzung des Aufsichtsrats mit Externen: vorbereitend im Ausschuss nach § 20 Abs. 4 LHG, dem zwei Vertreter des Senats angehören, und mitentscheidend durch das Erfordernis der Bestätigung durch den Senat nach § 20 Abs. 4 S. 6 LHG. Eine Besetzung des Universitätsrats ohne oder gegen den Willen des Senats schließt das Gesetz damit aus. Dem Senat gehören mehrheitlich in der Wissenschaft tätige Universitätsmitglieder an, bei der Besetzung des Senats wirkt der einzelne Wissenschaftler als Wahlberechtigter mit (vgl. § 10 Abs. 3 i. V. mit § 19 Abs. 2 S. 1 Ziffer 2, § 9 Abs. 8 LHG).

Eine weitere Teilhabreform der in der Wissenschaft Tätigen, zwar ebenfalls (nur) mittelbar, immerhin aber jeden Beschluss des Aufsichtsrats über Grundsätze für die Ausstattung und für den Einsatz der Mittel für Forschung und Lehre erfassend, liegt darin, dass ein solcher Beschluss nur auf Vorschlag des Vorstands getroffen werden darf (vgl. § 20 Abs. 1 S. 3 Ziffer 7 LHG), der seinerseits durch Mitentscheidung des Senats eingesetzt ist (vgl. § 19 Abs. 1 S. 2

⁸⁵ Vgl. BVerfGE 111, 333 (354) unter Hinweis auf BVerfGE 35, 79 (115).

⁸⁶ Vgl. z. B. BVerfGE 35, 79 (115).

⁸⁷ So ausdrücklich Kahl, Hochschulräte – Demokratieprinzip – Selbstverwaltung (Anm. 12), S. 253f.; vgl. auch Fehling, Neue Herausforderungen an die Selbstverwaltung in Hochschule und Wissenschaft (Anm. 7), S. 420; Laqua, Der Hochschulrat zwischen Selbstverwaltung und staatlicher Verwaltung (Anm. 14), S. 250.

⁸⁸ Vgl. Kahl, ebd., S. 253.

Ziffer 1 LHG: Bestätigungszuständigkeit des Senats für die Wahl der hauptamtlichen Vorstandsmitglieder, Ziffer 2: Wahl der nebenamtlichen Vorstandsmitglieder).

Den in der Literatur befürchteten Risiken – Unverständnis des Aufsichtsrats für universitäre Zusammenhänge, Einseitigkeit seiner Entscheidungen und Kungelei mit dem Vorstand (vgl. o.) – beugt das Gesetz durch Stellungnahme- und Erörterungspflichten des Senats vor (vgl. z.B. § 19 Abs. 1 S. 2 Ziffer 3 LHG: Stellungnahme zu Struktur- und Entwicklungsplänen; Ziffer 6: Stellungnahme zu Funktionsbeschreibung von Professuren; Ziffer 13: Erörterung des Jahresberichts des Vorstandsvorsitzenden) sowie durch die Unterrichtspflicht des Vorstands gegenüber dem Senat über alle wichtigen, die Hochschule und ihre Verwaltung betreffenden Angelegenheiten (§ 16 Abs. 6 S. 1 LHG). Über Anhörungsrechte gegenüber dem Aufsichtsrat kann der Senat sachverständig wissenschaftsrelevante Gründe auch vor der Ausübung von Aufsichtsbefugnissen durch den Aufsichtsrat (z. B. im Verfahren zur Abwahl eines hauptamtlichen Vorstandsmitglieds, § 17 Abs. 7 S. 1 LHG)⁸⁹ einbringen.⁹⁰

Genügen diese mittelbaren Teilhabeformen dem durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützten Teilhabe-Mindestmaß? Dafür spricht, dass die eingangs skizzierten Kompetenzen des Aufsichtsrats den eher strategischen Aufgaben⁹¹ dieses Leitungsorgans (vgl. insb. § 20 Abs. 1 S. 1 LHG) dienen sollen. Sie bezwecken nicht, die Wissenschaftsfreiheit des einzelnen Forschers und Lehrers zu beschränken. Dies gilt auch für die mehrfach als Beispiel erwähnte Beschlusskompetenz des Aufsichtsrats (Universitätsrats) über *Grundsätze* für die Ausstattung und den Einsatz der Mittel für Forschung und Lehre (vgl. § 20 Abs. 1 S. 3 Nr. 7 LHG). Hier darf das Maß an Teilhabe geringer sein, weil nicht ein konkreter Grundrechtseingriff abzuwehren ist, sondern die Teilhabe Grundrechtseingriffen nur allgemein vorbeugen helfen soll.⁹² Dass diese Teilnahme nur im Wege kollegialer Besetzung des Aufsichtsrats grundrechtskonform gesichert werden kann, lässt sich Art. 5 Abs. 3 GG nicht entnehmen.⁹³ Zudem sind die strategischen Befugnisse des Aufsichtsrats zwar zum Teil wissenschaftsrelevant (vgl. o.), aber das Organ dient daneben der Erfüllung von (Aufsichts-)Aufgaben, die zuvor dem Staat vorbehalten waren. Deren Verlagerung auf ein Universitätsorgan lockert den staatlichen Zügel, der die Universität bindet, ohne dass dadurch die Teilhabe der Wissenschaftler an diesen Aufgaben von Art. 5 Abs. 3 GG geboten wäre.⁹⁴ Ein noch weiter gehendes Recht der in der Wissenschaft

⁸⁹ Ferner im Rahmen der Beteiligung des Aufsichtsrats nach § 16 Abs. 5 S. 3 LHG.

⁹⁰ Für unzureichend gehalten von Schenke, Das neue baden-württembergische Hochschulgesetz auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts (Anm. 25), S. 454.

⁹¹ Vgl. Schenke, ebd., S. 441.

⁹² Vgl. Görisch, Wissenschaftsfreiheit und Hochschulmanagement (Anm. 65), S. 586.

⁹³ A. A. Kahl, Hochschulräte – Demokratieprinzip – Selbstverwaltung (Anm. 12); hier S. 252–254, demzufolge in Art. 5 Abs. 3 GG ein entsprechendes Kollegialprinzip wurzelt.

Tätigen, von einer Besetzung des Aufsichtsrats mit Externen verschont zu bleiben, ist Art. 5 Abs. 3 GG erst recht nicht zu entnehmen.

Flankierend kann das LHG gegenüber Beschlüssen des Aufsichtsrats zum Schutz von Forschung und Lehre der Professoren im Lichte des Art. 5 Abs. 3 GG verfassungskonform ausgelegt werden: Die Pflicht des Vorstands, Beschlüsse des Aufsichtsrats zu vollziehen (§ 16 Abs. 5 S. 1 LHG), erstreckt sich nicht auf Beschlüsse, deren Ausführung die Wissenschaftsfreiheit eines Grundrechtsträgers in der Universität verletzte.

V. Ergebnis

Seitdem der Gesetzgeber das mit Externen besetzte Universitätsorgan Aufsichtsrat geschaffen hat, haben sich auch die Wege geändert, über die Universität und Staat auf die Wissenschaftsfreiheit der Professoren einwirken können. Verletzt wird dieses Grundrecht durch die Schaffung des neuen Organs gleichwohl nicht. Selbst seine tendenziell privatisierungsähnliche Ausformung genügt der Gewährleistungsverantwortung des Staates für die Wissenschaftsfreiheit des einzelnen Hochschullehrers und Forschers. Das gilt auch für den ausschließlich mit Externen besetzten Universitätsrat der Universität Konstanz. Angesichts der, wenngleich schwachen, Einflussnahmemöglichkeit des wissenschaftsnäher besetzten Senats auf den Aufsichtsrat bzw. Universitätsrat (und auf Vorstand bzw. Rektorat) lässt sich ein verfassungswidriges, strukturbedingtes Untermaß an Schutz der Wissenschaftsfreiheit der Professoren nicht nachweisen. Soweit Fehlentscheidungen des neuen Universitätsorgans im Einzelfall einmal verfassungswidrig in deren Grundrecht eingreifen, können sie zumutbar durch verwaltungs- und verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz abgewehrt werden.

⁹⁴ A.A. unter Betonung der Universität als Selbstverwaltungsträger Groß, Thomas. Das Selbstverwaltungsrecht der Universitäten – Zusätzliches zur Wissenschaftsfreiheit. In: DVBl. 2006, S. 721–728; hier S. 727.