

Zulässigkeit, Grenzen und Folgen der Hochschulprivatisierung

Gutachten

zu der Frage, ob und in welchem Umfang sowie unter welchen Bedingungen der Staat oder staatliche, öffentlich-rechtlich organisierte Hochschulen allein oder gemeinsam berechtigt sind, bisher öffentlich-rechtlich organisierte Hochschulen oder Teile von ihnen, d. h. Hochschulfunktionen, zu privatisieren, oder Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens in privatrechtlich organisierter Trägerschaft zu gründen und zu betreiben oder sich daran zu beteiligen.

vorgelegt im Januar 2000

von

Prof. Dr. Hans-Uwe Erichsen

Westfälische Wilhelms-Universität

Münster

Inhaltsverzeichnis

Literatur- und Ziturverzeichnis _____	11
Einführung _____	32
Gutachtenfrage _____	40

1. Kapitel

Darstellung der verschiedenen gegenwärtig konzipierten, teilweise auch bereits realisierten Formen einer Privatisierung von Hochschulfunktionen _____	41
I. Kassel International Management School _____	41
II. Internationale Hanse-Hochschule Bremen _____	43
III. International Department der Universität Karlsruhe _____	45
IV. Northern Institute of Technology Hamburg-Harburg (NITHH) _____	47
V. International Center for Graduate Studies (ICGS) an der Universität Hamburg _____	50
VI. Stuttgart Institute of Management and Technology _____	53
VII. International Tele-University Germany (INTUG) Karlsruhe _____	56
VIII. Privatisierungsvorhaben an der Freien Universität Berlin _____	58
IX. Bayerische Elite-Akademie, München _____	60
X. German International Graduate School of Management and Administration (GISMA), Hannover _____	63
XI. Hanse Law School Bremen/Groningen _____	65
XII. Weitere Gründungsinitiativen privater Hochschulen _____	65
XIII. Einschätzung _____	66

2. Kapitel

Hochschule als notwendige Staatsaufgabe _____	67
---	----

1. Abschnitt

Begriffsklärungen _____	67
I. „Staatsaufgabe“ _____	67
II. „notwendige Staatsaufgabe“ _____	69

2. Abschnitt

Ausschließliche staatliche Befugnis zur Errichtung und zum Betrieb von Hochschulen _____	70
I. Der gegenwärtige Befund _____	70
II. Der historische Befund _____	71
III. Ergebnis _____	75

3. Abschnitt

Bestehen einer staatlichen Verpflichtung zur Errichtung und zum Betrieb von Hochschulen _____	76
I. Aus den Grundrechten _____	76
A) Aus Art. 12 Abs. 1 GG _____	77
B) Aus Art. 5 Abs. 3 GG _____	83
1. Art. 5 Abs. 3 GG als Einrichtungsgarantie _____	84
2. Art. 5 Abs. 3 GG als objektive Wertentscheidung _____	87
C) Aus Art. 2 Abs. 1 GG _____	90
II. Aus dem Sozialstaatsprinzip _____	95
III. Aus landesverfassungsrechtlichen Bestimmungen _____	96
IV. Ergebnis _____	98
V. Aus § 58 Abs. 1 HRG _____	98

3. Kapitel

Organisationsform der Aufgabenwahrnehmung _____	100
---	-----

1. Abschnitt

Öffentlich-rechtliche Organisationsformen _____	100
---	-----

2. Abschnitt

Privatrechtliche Organisationsformen _____	103
I. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit _____	103
A) Grundrechtliche Direktiven _____	104
1. Wahrung eines grundrechtlich geforderten Mindestbestandes an wissenschaftlichen Ausbildungs- und Arbeitsmöglichkeiten _____	104
2. Schutz der öffentlich-rechtlichen Organisation der Hochschule durch eine aus Art. 5 Abs. 3 GG folgenden Einrichtungsgarantie _____	105

3. Verbot der Umgehung grundrechtlicher Bindungen_____	105
a) Grundrechtsfreie Staatstätigkeit _____	105
b) Grundrechtsbindung des die Handlungsformen des Privatrechts anwendenden Staats _____	108
c) Grundrechtsbindung juristischer Personen des Privatrechts, an denen der Staat oder seine öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen beteiligt sind _____	109
d) Grundrechtsumgehung _____	115
B) Das Demokratieprinzip als Privatisierungsgrenze _____	123
1. Bei allein vom Staat und/oder seinen öffentlich-rechtlichen Unter- gliederungen getragenen privatrechtlichen Organisationseinheiten	125
2. Bei gemischt staatlich/privaten Organisationseinheiten des Privat- rechts _____	131
C) Gesetzesvorbehalt und Organisationsprivatisierung _____	133
1. Gesetzesvorbehalt als Folge des Vorrangs des Gesetzes _____	133
2. Gesetzesvorbehalt wegen eines Eingriffs in Existenz und Umfang von Hochschulen _____	133
3. Der grundrechtlich begründete Gesetzesvorbehalt _____	134
4. Das Vorliegen eines Gesetzes _____	138
5. Institutioneller Gesetzesvorbehalt _____	141
6. Der Parlamentsvorbehalt _____	144
D) Art. 33 Abs. 4 GG als Sperre einer Hochschulprivatisierung _____	145
II. Die Zulässigkeit der Privatisierung nach einfachem (Bundes- und Landes-) Recht _____	148
A) Die Zulässigkeit nach § 58 Abs. 1 HRG _____	149
1. Die Zulässigkeit der Privatisierung _____	149
2. Voraussetzungen der Privatisierung _____	150
3. Ergebnis _____	152
B) Die Zulässigkeit einzelner privater Rechtsformen _____	153
1. GmbH, AG _____	153
2. OHG, KG, stille Gesellschaft _____	153
3. Die eingetragene Genossenschaft _____	154
4. Der eingetragener nichtwirtschaftlicher Verein _____	155
5. Die Stiftung des privaten Rechts _____	156

6. Ergebnis _____	156
C) Die Zulässigkeit gem. § 65 Abs. 1 LHO _____	156
1. Die Anwendbarkeit des § 65 LHO _____	156
2. Die Voraussetzungen des § 65 Abs. 1 LHO _____	159
3. Ergebnis _____	162

4. Kapitel

Rechtliche Vorgaben für Struktur und Ausgestaltung privatrechtlich organisierter Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens mit Beteiligung der öffentlichen Hand _____	163
---	-----

1. Abschnitt

Die Bindung mit Beteiligung der öffentlichen Hand privatrechtlich organisierter Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmender Einrichtungen des Bildungswesens an die Regelungen des Landesrechts _____	163
--	-----

I. Die Bindung einer privatrechtlich organisierten Hochschule an die Normen des Hochschulrechts _____	163
---	-----

A) Die Anwendbarkeit des Hochschulrechts _____	163
--	-----

1. Privatrechtlich organisierte Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens als Adressaten des Hochschulrechts _____	163
---	-----

2. Verpflichtung der Länder zur Aufnahme privatrechtlich organisierter Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmender Einrichtungen des Bildungswesens in den Adressatenkreis der Hochschulgesetze _____	164
--	-----

3. Hochschule i. S. des HRG _____	165
-----------------------------------	-----

4. „Staatliche Hochschule“ _____	166
----------------------------------	-----

5. Die privatrechtlich organisierte Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens in Alleinträgerschaft eines Landes _____	167
--	-----

6. Die privatrechtlich organisierte Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens in Alleinträgerschaft einer öffentlich-rechtlich organisierten, staatlichen Hochschule _____	167
--	-----

7. Die vom Land und/oder öffentlich-rechtlich organisierten Hochschulen in Privatrechtsform organisierte Hochschule _____	169
8. Die gemeinsam von Staat und Privaten errichtete privatrechtlich organisierte Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens _____	169
9. Exkurs: Die von einer Stiftung des öffentlichen Rechts errichtete Hochschule _____	170
10. Ergebnis _____	171
B) Die Reichweite der Bindung _____	172
C) Die Anwendbarkeit als Folge einer Gesetzesumgehung _____	173
II. Die Bindung einer unter Beteiligung der öffentlichen Hand privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens an das Haushaltsrecht _____	174
III. Die Bindung einer unter Beteiligung der öffentlichen Hand privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens an das Beamtenrecht _____	174
A) Die Anwendbarkeit des Beamtenrechts _____	175
B) Die Anwendbarkeit des Beamtenrechts als Folge einer Gesetzesumgehung _____	175

2. Abschnitt

Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten der öffentlichen Hand _____	176
I. Die Bindung an den Gesellschaftszweck _____	176
II. Ausgestaltung des Gesellschaftsstatuts _____	177
III. Einzelfallmaßnahmen _____	178
A) Aktiengesellschaft _____	178
1. Der Vorstand _____	178
2. Der Aufsichtsrat _____	180
B) GmbH _____	181
1. Weisungen an die Geschäftsführung _____	182
2. Weisungen an den Aufsichtsrat _____	182
C) Verein _____	184
D) Stiftung des bürgerlichen Rechts _____	185
1. Vorstand _____	185

2. Fakultative Organe _____	186
3. Satzungsmäßige Sicherstellung eines Einflussreservats _____	186

3. Abschnitt

Die innere Organisation der unter Beteiligung der öffentlichen Hand privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. zur Wahrnehmung von Hochschulfunktionen errichteten Einrichtung des Bildungswesens _____	187
--	-----

I. Die Mitbestimmung und Mitwirkung der Angehörigen einer unter Beteiligung der öffentlichen Hand privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. zur Wahrnehmung von Hochschulfunktionen errichteten Einrichtung des Bildungswesens _____	187
A) Mitwirkung nach dem HRG _____	187
B) Mitbestimmung nach dem BetrVG _____	189
C) Mitbestimmung der Arbeitnehmer nach dem MitbestG und dem BetrVG 1952 _____	190
D) Mitbestimmung der an einer als Verein organisierten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens Beschäftigten _____	191
II. Frauenförderung _____	192
A) Bei staatlichen, privatrechtlich organisierten Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens	192
B) Bei nicht staatlichen, unter Beteiligung der öffentlichen Hand privatrechtlich organisierten Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens _____	193
III. Gliederung in zentrale Organe (Rektor, Senat, Konvent) und Fachbereiche (Dekan, Fachbereichsrat) _____	194
A) Bei der privatrechtlich organisierten, staatlichen Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens _____	194

4. Abschnitt

Rechtsstellung und Rekrutierung des wissenschaftlichen Personals _____	196
I. Die Rechtsstellung des wissenschaftlichen Personals _____	196
II. Die Rekrutierung des wissenschaftlichen Personals _____	199

A) Die Einstellungsvoraussetzungen	199
B) Das Berufungsverfahren	201
1. GmbH	203
2. Aktiengesellschaft	206
3. Rechtsfähiger Verein	208
4. Die eingetragene Genossenschaft	210
5. Stiftung bürgerlichen Rechts	211

5. Abschnitt

Rechtsstellung und Auswahl der Studierenden	212
I. Die Bindung an Grundrechte	213
II. Die Bindung an das Hochschulrecht und sonstiges öffentliches Recht	214
A) Staatliche, privatrechtlich organisierte Hochschulen	214
B) Nicht-staatliche Hochschulen	215
1. Öffentlich-rechtliche Beziehungen als Folge staatlicher Anerkennung nach § 70 HRG	215
2. Einfluß der Anerkennung nach § 70 HRG auf die Wahl der Vertragspartner der Hochschule	216
3. Einfluß der Anerkennung nach § 70 HRG auf den Inhalt des privatrechtlichen Ausbildungsvertrages	216
II. Bindungen und Gestaltungsmöglichkeiten nach Privatrecht	218
A) Organisationsrecht	218
1. Die Auswahl der Studierenden	218
2. Die studentische Mitwirkung	219
B) Vertrags- und Deliktsrecht	221
1. Die Auswahl der Studierenden	221
a) Staatliche Hochschulen	221
b) Staatlich anerkannte nicht-staatliche Hochschulen	222
2. Die vertraglich begründete Rechtsstellung der Studierenden	222
a) Preisgestaltung und Zahlungsbedingungen	224
b) Nachträgliche Preiserhöhung	226
c) Kündigung	226
d) Leistungsstörungen- und Ordnungsrecht	227

6. Abschnitt

Erfordernisse und Möglichkeiten einer Rechnungsprüfung und –kontrolle _____	227
I. Die Gesellschaftsrechtlich vorgegebene bzw. zulässige Prüfung und Kontrolle _____	228
A) Interne Kontrolle _____	228
B) Externe Prüfung _____	230
II. Die haushaltsrechtliche Kontrolle _____	231
A) Geschäftsführungsprüfung durch Abschlußprüfer nach § 53 HGrG i.V.m. handelsrechtlichen Vorschriften _____	231
B) Rechnungskontrolle durch die Beteiligungsverwaltung der öffentlichen Hand _____	234
C) Rechnungskontrolle durch die Rechnungshöfe _____	235
1. Betätigungskontrolle _____	236
a) Kontrolle bei der Verwaltung gem. § 92 LHO'en _____	236
b) Kontrolle der Betätigungsverwaltung bei dem privatrechtlich organisierten Träger der Hochschule bzw. der Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens _____	237
2. Kontrolle der Hochschule selbst gem. § 104 Abs. 1 LHO _____	238
III. Ergebnis _____	240

7. Abschnitt

Das Recht zur Führung der Bezeichnung „Universität“ oder „Hochschule“ _____	241
I. Regelungen in den Ländern _____	241
II. Die Verfassungsmäßigkeit bestehender Regelungen _____	242
A) Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 GG _____	242
B) Verstoß gegen Art. 9 Abs. 1 GG _____	242
III. Sonstige, das Führen der Bezeichnung „Universität“ oder „Hochschule“ betreffende Regelungen _____	245
A) des Privatrechts _____	245
1. § 12 BGB _____	245
2. § 3 UWG _____	245
3. § 37 Abs. 2 HGB _____	248
B) des öffentlichen Rechts _____	248
1. § 37 Abs. 1 HGB _____	248

2. Die polizei- und ordnungsrechtliche Generalklausel _____249

8. Abschnitt

Die Aufsicht über privatrechtlich organisierte, staatliche Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens als Folge staatlicher Anerkennung _____251

I. Die Aufsicht über privatrechtlich organisierte staatliche Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens _____251

II. Die Aufsicht über nicht-staatliche Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen als Folge staatlicher Anerkennung __254

Ergebnisse _____257

Literatur- und Zitierverzeichnis

Achterberg, Privatrechtsförmige Verwaltung, JA 1985 S. 503 ff.

Adamska, Rechtsformen der Organisation kommunaler Interessen in gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, Kiel, 1992 (zitiert: Adamska)

Allgemeiner Redaktionsausschuß des Parlamentarischen Rates, nach Doemming/Füßlein/Matz, JöR n. F. 1 (1951) S. 90 ff.

Axhausen, in: Müller/Hense, Beck'sches Handbuch der GmbH, München, 1995

Backhaus, Öffentliche Unternehmen, 2. Auflage, Frankfurt, 1980

Badura, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band I, Heidelberg, 1987 (zitiert: Badura, in: Isensee/Kirchhof)

Badura, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 10. Auflage, Berlin, 1995 (zitiert: Badura, in: Schmidt/Aßmann)

Badura, Staatsrecht, 2. Auflage, München, 1996 (zitiert: Badura)

Badura/Huber, Die Staats- und Verwaltungsorganisation des Freistaates Bayern, BayVBl. 1989 S. 769 ff.

Baldus, in: Flämig/Kimminich, Handbuch des Wissenschaftsrechts, Band 1, 2. Auflage, Berlin, 1996

Baldus, Rechtstellung und Aufgaben nichtstaatlicher, insbesondere kirchlicher Fachhochschulen, WissR 1997 S. 1 ff.

Bansch, Die Beleihung als verfassungsrechtliches Problem, Dissertation Berlin, 1973

Barz, in: Barz/Brönner (Hrsg.), Aktiengesetz Großkommentar, 3. Auflage, 1. Band, 1. Halbband, Berlin, 1973

Bauer, H., Der Gesetzesvorbehalt im Subventionsrecht, DÖV 1983 S. 53 ff.

Bauer, H., Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995) 243 ff.

Bauer, H., Verwaltungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Aspekte der Gestaltung von Kooperationsverträgen bei Public Private Partnership, DÖV 1998 S. 89 ff.

Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 21. Auflage, München, 1999

Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, 16. Auflage, München, 1996

- Bedhof, in: Kommunalverfassungsrecht Niedersachsen, Wiesbaden, Stand: Juli 1999
- Benda, Bundessozialgericht und Sozialstaatsklausel, NJW 1979 S. 1001 ff.
- Berndt, Die Stiftung, 5. Auflage, Herne, 1995
- Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, München, Stand: Februar 1999 (zitiert: Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer)
- Bethge, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, München, 1996 (zitiert: Bethge, in Sachs)
- Blankenagel, Wissenschaftsfreiheit aus der Sicht der Wissenschaftssoziologie. Zugl. Ein Beitrag zum Problem der Privatuniversität, AöR 1980 S. 36 ff.
- Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band I, Heidelberg, 1987 (zitiert: Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof)
- Böckenförde, Der verdrängte Ausnahmezustand, NJW 1978 S. 1881 ff.
- Böckenförde, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, Berlin, 1964 (zitiert: Böckenförde)
- Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974 S. 1529 ff.
- Böckenförde, in: Böckenförde/Jekewitz/Ramm (Hrsg.), Soziale Grundrechte, Heidelberg, 1981 (zitiert: Böckenförde, in: Böckenförde/Jekewitz/Ramm)
- Böckenförde, Organisationsgewalt und Gesetzesvorbehalt, NJW 1999 S. 1235 ff.
- Böckstiegel, Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen, Frankfurt, 1971
- Bode, in: Dallinger (Hrsg.), Hochschulrahmengesetz, Kommentar, Tübingen, 1978
- Boergen, Die Gründung privatrechtlich organisierter bundesunabhängiger Nicht-Wirtschafts-Unternehmen, DVBl. 1971 S. 869 ff.
- Breuer, Grundrechte als Anspruchsnormen, in: FG BVerwG, Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, München, 1978
- Breuer, Grundrechtsschutz als Quelle positiver Ansprüche, Jura 1979 S. 401 ff.

- Brockmeyer, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 9. Auflage, Neuwied, 1999
- Brohm, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, Stuttgart, 1969
- Brüggemann, in: Staub, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, Einl. §§ 1 - 104, 4. Auflage, Berlin, 1995
- Büdenbender, Mitbestimmungsrechtlicher Besitzstand im Gesellschaftsrecht, ZIP 2000 S. 385 ff.
- Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Auflage, Hamburg, 1977 (zitiert: Bull)
- Bull, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben (7. Erbdrostenhofgespräch), Bergkamen, 1997 (zitiert: Bull, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben)
- Burmeister, Herkunft, Inhalt und Stellung des institutionellen Gesetzesvorbehalts, Berlin, 1991
- Busch, Das Verhältnis des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt, Berlin, 1992
- Classen, Studium und Gesellschaft im Mittelalter, Stuttgart, 1983 (zitiert: Classen)
- Classen, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, Tübingen, 1994 (zitiert: Classen, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule)
- Dallinger, in: Dallinger u.a. (Hrsg.), Hochschulrahmengesetz, Kommentar, Tübingen, 1978
- Däubler, Privatisierung als Rechtsproblem, Neuwied, 1980
- Daxner, Politik und Zeitgeschichte B 15/98 S. 12 ff.
- Degenhart, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, JuS 1992 S. 361 ff.
- Dellian, in: Dallinger (Hrsg.), Hochschulrahmengesetz, Kommentar, Tübingen, 1978
- Delp, Die Stiftung & CoKG, Heidelberg, 1991
- Denifle, Die Entstehung der Universitäten des Mittelalters bis 1400, Graz, Neudruck 1959
- Denninger (Hrsg.), Kommentar zum Hochschulrahmengesetz, 1. Auflage, München, 1984 (zitiert: Denninger)
- Denninger, in: Alternativkommentar - Grundgesetz, Band 1, 2. Auflage, Neuwied, 1989 (zitiert: Denninger, in: AK-GG)

- Detmer, Tendenzschutz an wissenschaftlichen Hochschulen?, ZTR 1991 S. 499 ff.
- Dickersbach, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand im Verhältnis zur Privatwirtschaft aus öffentlicher Sicht, WiVerw 1983 S. 187 ff.
- Dörner, Verbraucherschutz bei privatem Direktunterricht, NJW 1979 S. 241 ff.
- Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band 1, Tübingen, 1996 (zitiert: Dreier, GG Band 1)
- Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band 2, Tübingen, 1998 (zitiert: Dreier, GG Band 2)
- Dürig, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Band 1, München, Stand: November 1999
- Eckardt, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz Band II, München, 1974
- Eckert, Externe Prüfung staatlicher Beteiligungsunternehmen, Baden-Baden, 1979
- Ehlers, Die Grenzen der Mitbestimmung in öffentlichen Unternehmen, JZ 1987 S. 218 ff.
- Ehlers, in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Auflage, Berlin, 1998 (zitiert: Ehlers, in: Erichsen)
- Ehlers, Mitbestimmung in der öffentlichen Verwaltung, Jura 1997 S. 180 ff.
- Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, Berlin, 1984 (zitiert: Ehlers)
- Eibelschäuser/Wallis, in: Heuer (Hrsg.), Kommentar zum Haushaltsrecht (KHR), Neuwied, Stand Juni 1999
- Eichhorn, in: Müller, U., Haushaltsreform und Finanzkontrolle, Baden-Baden, 1997
- Ellwein, Die deutsche Universität vom Mittelalter bis zur Gegenwart, Königstein, 1985 (zitiert: Ellwein)
- Ellwein, Einführung in die Regierungs- und Verwaltungslehre, 1966 (zitiert: Ellwein, Einführung in die Regierungs- und Verwaltungslehre)
- Emde, Die demokratische Legitimation, Berlin, 1991
- Emmerich, Die Fiskalgeltung der Grundrechte namentlich bei erwerbswirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand, JuS 1970 S. 332 ff.

- Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Auflage, Berlin, 1998 (zitiert: Erichsen)
- Erichsen, "Universitäten werden schlechter geredet", Fragen an Hans-Uwe Erichsen, Forschung & Lehre 1998 S. 568 ff.
- Erichsen, Die Drittwirkung der Grundrechte, Jura 1996 S. 527 ff.
- Erichsen, Die Universität im Spannungsfeld von Staat und Gesellschaft, Münster, 1988 (zitiert: Erichsen, Die Universität im Spannungsfeld)
- Erichsen, Die Vertretung der Kommunen in den Mitgliederorganen von juristischen Personen des Privatrechts, Köln, 1990 (zitiert: Erichsen, Die Vertretung der Kommunen)
- Erichsen, Freiheit – Gleichheit – Teilhabe, DVBl. 1983 S. 289 ff.
- Erichsen, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, Heidelberg, 1987 (zitiert: Erichsen, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb)
- Erichsen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI, Heidelberg, 1989 (zitiert: Erichsen, in: Isensee/Kirchhof)
- Erichsen, Kommunalrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, 2. Auflage, Siegburg, 1997 (zitiert: Erichsen, Kommunalrecht)
- Erichsen, Mitbestimmung bei Sparkassen, Eildienst LKT 1985 S. 242 ff.
- Erichsen, Schule und Parlamentsvorbehalt, in: Wilke (Hrsg.), FS zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Berlin, 1984 (zitiert: Erichsen, in: Wilke)
- Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I, 3. Auflage, München, 1984 (zitiert: Erichsen, StR u. VerfGbkt I)
- Erichsen, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, Jura 1995 S. 550 ff.
- Erichsen. in: Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Auflage, Berlin, 1992
- Erichsen/Scherzberg, Verfassungsrechtliche Determinanten staatlicher Hochschulpolitik, NVwZ 1990 S. 8 ff.
- Fischer, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler (Hrsg.), Abgabenordnung, Köln, 1999
- Flämig/Kimminich u.a. (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, Band 1, 2. Auflage, Berlin, 1996

- Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage, Tübingen, 1928
- Fromme, Der Demokratiebegriff des Grundgesetzgebers, DÖV 1970 S. 518 ff.
- Gallas, Die Staatsaufsicht über die wissenschaftlichen Hochschulen, Berlin, 1976
- Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz, Band I, München, 1984
- Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz, Band II, München, 1974
- Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Auflage, Göttingen, 1995
- Grupp, Haushaltsrecht, in: Achterberg/Püttner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band II, Heidelberg, 1992
- Gusy, Der Freiheitsschutz des Grundgesetzes, JA 1980 S. 78 ff.
- Gusy, Privatisierung als Herausforderung an Rechtspolitik und Rechtsdogmatik, in: Gusy (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben; Kriterien – Grenzen – Folgen, Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat, 1. Auflage, Baden-Baden, 1998
- Gusy, Privatisierung und parlamentarische Kontrolle, ZRP 1998 S. 265 ff.
- Häberle, "Leistungsrecht" im sozialen Rechtsstaat, in: FS Küchenhoff, 2. Halbband, Berlin, 1972
- Häberle, Verfassungsstaatliche Staatsaufgabenlehre, AöR 1986 S. 595 ff.
- Hadding, in: Soergel (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1 Allgemeiner Teil, 12. Auflage, Stuttgart, 1987
- Haenel, Staatsrecht I, Leipzig, 1982
- Hailbronner, Die Freiheit der Forschung und Lehre als Funktionsgrundrecht, Hamburg, 1979
- Hailbronner, in: Hailbronner/Geis (Hrsg.), Kommentar zum Hochschulrahmengesetz, Heidelberg, Stand: November 1999
- Hambusch, Hochschulreform und Privatschulfreiheit, DVBl. 1973 S. 248 ff.
- Hefermehl, in: Soergel (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1, 12. Auflage, Stuttgart, 1987
- Heinrichs, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 58. Auflage, München, 1999

- Hendler, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, Köln, 1984
- Hengstschläger, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995) S. 165 ff.
- Herzog, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III, Heidelberg, 1988 (zitiert: Herzog, in: Isensee/Kirchhof)
- Herzog, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Band 3, München, Stand: 1999 (zitiert: Herzog, in: Maunz/Dürig)
- Hesse, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, EuGRZ 1978 S. 427 ff.
- Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, Heidelberg, 1995 (zitiert: Hesse)
- Hesse, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch Verfassungsrecht, 2. Auflage, Berlin, 1994 (zitiert: Hesse, in: Benda/Maihofer/Vogel)
- Hesse, in: Hesse/Reicke/Scheuner (Hrsg.), Festgabe Rudolf Smend, Tübingen, 1962 (zitiert: Hesse, in: Hesse/Reicke/Scheuner)
- Hettrich/Pöhlmann, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, München, 1995
- Heuer, Anmerkung zu BVerwG DÖV 1986 S. 516, DÖV 1986 S. 517
- Heuer, in: Heuer (Hrsg.), Kommentar zum Haushaltsrecht (KHR), Neuwied, Stand: Juni 1999
- Hill, Das hoheitliche Moment im Verwaltungsrecht der Gegenwart, DVBl. 1989 S. 321 ff.
- Hochschulrektorenkonferenz, Entschließung des 185. Plenums vom 6.7.1998 zu "Überlegungen zur Zusatzfinanzierung privater Hochschulen aus öffentlichen Mitteln"
- Hochschulrektorenkonferenz, Konzept zur Entwicklung der Hochschule in Deutschland, Dokument zur Hochschulreform 75/1992
- Hochschulrektorenkonferenz, Mehr Autonomie für die Hochschulen, Dokument zur Hochschulreform 77/1992
- Hoffmann, in: Koch/Baum (Hrsg.), Abgabenordnung, 4. Auflage, Köln, 1993
- Hoffmann-Becking, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4, Aktiengesellschaft, München, 1988
- Höfling, Die Grundrechtsbindung der Staatsgewalt, JA 1995 S. 431 ff.

- Hofmann, Privatisierung kommunaler Verwaltungsaufgaben, VBIBW 1994 S. 121 ff.
- Hollerith (Hrsg.), Leistungsfähige Hochschulen – aber wie?, Neuwied, 1997
- Huber, P., Das Berufsbeamtentum im Umbruch, DV 29 (1996) S. 437 ff.
- Huber, U., Typenzwang, Vertragsfreiheit und Gesetzesumgehung, JurA 1970 S. 84
- Hüffer, Gesellschaftsrecht, 5. Auflage, München, 1998 (zitiert: Hüffer)
- Hüffer, Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Auflage, München, 1999 (zitiert: Hüffer, AktG)
- Ipsen, H.P., Fusionsverfassung Europäische Gemeinschaften, Berlin, 1969 (zitiert: Ipsen, H.P.)
- Ipsen, J., Staatsrecht II, 1. Auflage, Neuwied, 1997 (zitiert: Ipsen, J.)
- Isensee, Beamtenstreik – Zur rechtlichen Zulässigkeit des Dienstkampfes, Bad Godesberg, 1971 (zitiert: Isensee)
- Isensee, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III, Heidelberg, 1988 (zitiert: Isensee, in: Isensee/Kirchhof)
- Jaag, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995) S. 287 ff.
- Jarass, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989 S. 857 ff.
- Jarass, Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, AöR 110 (1985) S. 363 ff.
- Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 4. Auflage, München, 1997
- Jarass, Zum Grundrecht auf Bildung und Ausbildung, DÖV 1995 S. 674 ff.
- Jungkurth, Konzernleitung bei der GmbH, Darmstadt, 2000
- Kadelbach, Kommunalen Kulturbetrieb, Freiheit der Kunst und Privatrechtsform, NJW 1997 S. 1114 ff.
- Kammer, in: Heuer (Hrsg.), Kommentar zum Haushaltsrecht (KHR), Neuwied, Stand: Juni 1999
- Karehnke, Die staatliche Betätigung bei Beteiligungsunternehmen privaten Rechts und die Prüfung dieser Betätigung, DöH, 1974 S. 204 ff.

Karehnke, Zur Kontrolle staatlicher Beteiligungsunternehmen, DVBl. 1981 S. 173 ff.

Karpen, Hochschulplanung und Grundgesetz, Band 2, Paderborn, 1987 (zitiert: Karpen: Hochschulplanung)

Karpen, in: Hailbronner/Geis (Hrsg.), Kommentar zum Hochschulrahmengesetz, Hamburg, Stand: November 1999 (zitiert: Karpen, in: Hailbronner/Geis)

Karpen, Wissenschaftsfreiheit und Hochschulfinanzierung, Berlin, 1983 (zitiert: Karpen, Wissenschaftsfreiheit)

Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Bad Homburg, 1966

Kessler, Die kommunale GmbH – gesellschaftsrechtliche Grenzen politischer Instrumentalisierung, GmbHR 2000 S. 71 ff.

Kickartz, in: Hailbronner/Geis (Hrsg.), Kommentar zum Hochschulrahmengesetz, Heidelberg, Stand: November 1999

Kimminich, in: Flämig/Kimminich (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, Band 1, 2. Auflage, Berlin, 1996

Kirchhof, Der Begriff der hoheitsrechtlichen Befugnisse in Art. 33 Abs. 4 GG, Dissertation, München, 1968

Kirchhof, Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltskontrolle, NVwZ 1983 S. 505 ff.

Kirchhof, Wissenschaft in verfaßter Freiheit, Heidelberg, 1986 (zitiert: Wissenschaft in verfaßter Freiheit)

Kisker, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IV, Heidelberg, 1989

Klein, H.H., Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe, DÖV 1965 S. 755 ff.

Kloepfer, Abwägungsregeln bei Satzungsgebung und Gesetzgebung, DVBl. 1995 S. 441 ff.

Kloepfer, Umweltschutz als Verfassungsrecht: Zum neuen Art. 20 a GG, DVBl. 1996 S. 73 ff.

Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, Tübingen, 1997

Knemeyer, Freiheit von Forschung und Lehre – Hochschulautonomie, BayVBl. 1982 S. 513 ff.

Köhler/Piper, UWG – Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, München, 1995

- König, Rückzug des Staates – Privatisierung der öffentlichen Verwaltung, DÖV 1998 S. 963 ff.
- Köpp, Inhalt und Funktion des sogenannten Verbots der Hausberufung, JZ 1980 S. 218 ff.
- Köstlin, Die Kulturhoheit des Bundes, Berlin, 1989
- Köttgen, Deutsches Universitätsrecht, Tübingen, 1933
- Kraft, in: Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage Band 1, Köln, 1988
- Krämer, in: Held/Becker/Decker u.a. (Hrsg.), Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, Wiesbaden, Stand: Januar 1999
- Kramer, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, 3. Auflage, München, 1993
- Krautzberger, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private, Dissertation, Berlin, 1971
- Krebs, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III, Heidelberg, 1988 (zitiert: Krebs, in: Isensee/Kirchhof)
- Krebs, Notwendigkeit und Struktur eines Verwaltungsgesellschaftsrechts, DV 29 (1996) S. 309 ff.
- Krebs, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, Berlin, 1975
- Kriele, Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, VVDStRL 29 (1971) S. 46 ff.
- Krüger, H., Allgemeine Staatslehre, 2. Auflage, Stuttgart, 1966 (zitiert: Krüger)
- Krüger, H., in: Flämig/Kimminich (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, Band 2, 2. Auflage, Berlin, 1996 (zitiert: Krüger, in: Flämig/Kimminich)
- Krüger, H., Rechtsvergleichung im Wissenschaftsrecht, WissR 1992 Beiheft 9 S. 27 ff.
- Krüger, in: Hailbronner/Geis, Kommentar zum Hochschulrahmengesetz, Heidelberg, Stand: November 1999
- Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland, Kommentar zum Genossenschaftsgesetz, 33. Auflage, Berlin, 1997
- Lange, Kirche an der Hochschule, Herder Korrespondenz, 1999

- Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Band I, 14. Auflage, München, 1987 (zitiert: Larenz, Band I)
- Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Band II/1, 13. Auflage, München, 1986 (zitiert: Larenz, Band II/1)
- Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts Band II/2, 13. Auflage, München, 1994
- Lecheler, Das Subsidiaritätsprinzip, Berlin, 1993 (zitiert: Lecheler)
- Lecheler, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III, Heidelberg, 1988 (zitiert: Lecheler, in: Isensee/Kirchhof)
- Lecheler, Privatisierung – ein Weg zur Neuordnung der Staatsleistungen, ZBR 1980 S. 69 ff.
- Lecheler, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, BayVBl. 1994 S. 555 ff.
- Lee, See-Woo, Verfassungsrechtliche Probleme des Privathochschulwesens, Dissertation, Tübingen, 1993
- Leibholz/Rink/Hesselberger, Grundgesetz Band I, 6. Auflage, Köln, Stand: Mai 1993
- Leisner, Werbefernsehen und Öffentliches Recht, Berlin, 1967
- Lerche, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, München, Stand: 1999
- Leuze, in: Leuze/Bender, Gesetz über die Universitäten des Landes Nordrhein-Westfalen, Kommentar, Bielefeld, Stand: Dezember 1998
- Lipphardt, Völkerrecht, Grundrechte und Rechtsstaat, EuGRZ 1986 S. 149 ff.
- Lorenz, in: Flämig/Kimminich (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, Band 1, 2. Auflage, Berlin, 1996 (zitiert: Lorenz, in: Flämig/Kimminich)
- Lorenz, in: Hailbronner/Geis (Hrsg.), Kommentar zum Hochschulrahmengesetz, Hamburg, Stand: November 1999 (zitiert: Lorenz, in: Hailbronner/Geis)
- Lorenz, Privatschulfreiheit und Bundesrecht, WissR 1987 S. 22 ff.
- Loschelder, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III, Heidelberg, 1988
- Löwer, in: Flämig/Kimminich (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, Band 2, 2. Auflage, Berlin, 1996

- Lüthje, in: Denninger (Hrsg.), Kommentar zum Hochschulrahmengesetz, 1. Auflage, München, 1984 (zitiert: Lüthje, in: Denninger)
- Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Kommentar, 14. Auflage, Köln, 1995
- Maître, Die Privatuniversität, München, 1973
- Manssen, Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG – Anmerkungen zu einem verfassungsrechtlichen Dauerproblem, ZBR 1999 S. 253 ff.
- Martens, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972) S. 7 ff.
- Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, Bad Homburg, 1969
- Maunz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, München, Stand: 1999
- Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 28. Auflage, München, 1991
- Mayer-Maly, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 1, 3. Auflage, München, 1993
- Menger/Erichsen, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch Bd. 61 (1970) S. 168 ff.
- Menzel, Die Organisationsgewalt der Verfassungsrichter im Bereich der Regierung, NWVBl. 1999, S. 201 ff.
- Merten, Die Subsidiarität Europas, Berlin, 1993
- Metz, in: Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland, Kommentar zum Genossenschaftsgesetz, 33. Auflage, Berlin, 1997
- Meuthen, Die alte Universität, Köln, 1988
- Müller, in: Müller/Hense, Beck'sches Handbuch der GmbH, München, 1995
- Müller, K., Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 1. Band §§ 1- 33, 2. Auflage, Bielefeld, 1991 (zitiert: Müller, K.)
- Müller, N., Rechtsformenwahl bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, 1993 (zitiert: Müller, N.)
- Müller, R.A., "Geschichte der Universität, Von der mittelalterlichen Universitas zur deutschen Hochschule", München, 1990 (zitiert: Müller, R.A.)
- Müller, U., Haushaltsreform und Finanzkontrolle, 1. Auflage, Baden- Baden, 1997 (zitiert: Müller, U.)
- Müller/Pieroth/Fohmann, Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie, Berlin, 1982

- Murswiek, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band V, Heidelberg, 1992 (zitiert: Murswiek, in: Isensee/Kirchhof)
- Murswiek, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, München, 1996 (zitiert: Murswiek in: Sachs)
- Naschold, Organisation und Demokratie, 3. Auflage, Stuttgart, 1972
- Nawiasky, Allgemeine Staatslehre, Teil I, Einsiedeln, 1945
- Nebel, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht (BHR), Stuttgart, Stand: 1998
- Neuhoff, in: Soergel (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch Band 1, 12. Auflage, Stuttgart, 1987
- Nirk, in: Nirk/Reuter/Bächle (Hrsg.), Handbuch der Aktiengesellschaft, Band 1, 3. Auflage, Köln, 1994 (zitiert: Nirk, Handbuch d. AG)
- Nolte/Planker, Vereinigungsfreiheit und Vereinsbetätigung, Jura 1993 S. 635 ff.
- Oebbecke, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, Köln, 1986
- Oppermann, in: Flämig/Kimminich (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, Band 1, 2. Auflage, Berlin, 1996 (zitiert: Oppermann, in: Flämig/Kimminich)
- Oppermann, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI, Heidelberg, 1989 (zitiert: Oppermann, in: Isensee/Kirchhof)
- Oppermann, Kulturverwaltungsrecht, Tübingen, 1969 (zitiert: Oppermann, Kulturverwaltungsrecht)
- Ossenbühl, Bestand und Entwicklung des Wirkungskreises der Deutschen Bundespost, Berlin, 1980 (zitiert: Ossenbühl)
- Ossenbühl, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1971) S. 137 ff.
- Ossenbühl, Grenzen der Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, Baden-Baden, 1986 (zitiert: Ossenbühl, Grenzen der Mitbestimmung)
- Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III, Heidelberg, 1988 (zitiert: Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof)
- Ossenbühl, Mitbestimmung in Eigengesellschaften der öffentlichen Hand, ZGR 1996 S. 504 ff.
- Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, Bad Homburg, 1968 (zitiert: Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz)

- Osterloh, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995) S. 204 ff.
- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 58. Auflage, München, 1999
- Patzig, Haushaltsrecht des Bundes und der Länder, Baden- Baden, Stand: 1991
- Paulsen, Geschichte des gelehrten Unterrichts, Band 1, 3. Auflage, Berlin, 1965
- Pechstein, Subsidiarität der EG-Medienpolitik?, DÖV 1991 S. 535 ff.
- Peine, Der Funktionsvorbehalt des Berufsbeamtentums, DV 17 (1984) S. 415 ff.
- Peisert/Framhein, Das Hochschulsystem in der BRD, Stuttgart, 1979
- Peters, Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: FS für H. C. Nipperdey, Band II, München, 1965
- Petry, Die Reformation als Epoche deutscher Universitätsgeschichte, in: FS für J. Lortz, 1957
- Piduch, Bundeshaushaltsrecht, Stuttgart, Stand: 1998
- Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, 15. Auflage, Heidelberg, 1999
- Pirsch, in: Thiele/Pirsch/Wedemeyer (Hrsg.), Die Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern, Berlin, 1995
- Pitschas, Gefahrenabwehr durch private Sicherheitsdienste, DÖV 1997 S. 393 ff.
- Potthoff, Externe Prüfung und Beratung als Instrument der Unternehmensführung, München 1973
- Prahl, Sozialgeschichte des Hochschulwesens, München, 1978
- Priester/Mayer, Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3 GmbH, München, 1996
- Pühl, in: Präsident des Landtags Rheinland-Pfalz (Hrsg.), Privatisierung und parlamentarische Rechte, 1998
- Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, 2. Auflage, Stuttgart, 1985
- Putzo, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 58. Auflage, München, 1999
- Quecke/Schmid/Mentze/Wahl, Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen, Band II, Berlin, Stand: 1997
- Raiser, Mitbestimmungsgesetz, 3. Auflage, Berlin, 1998

- Reich, Kommentar zum Hochschulrahmengesetz, 6. Auflage, Bad Honnef, 1999
- Richardi, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 7. Auflage, München, 1998
- Riedel, Die Steuerumgehung, 1968
- Rödde, Weder privat noch universitär, DUZ 7/1998 S. 8 ff.
- Roellecke, Wissenschaftsfreiheit als institutionelle Garantie?, JZ 1969 S. 726 ff.
- Ronellenfisch, Schranken einer Privatisierung der staatlichen Unfalluntersuchung im Bereich der Eisenbahn, NVwZ 1998 S. 1021 ff.
- Rowedder/Koppensteiner, Kommentar zum GmbHG, 3. Auflage, München, 1997
- Rudolf, in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Auflage, Berlin, 1998
- Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, Berlin, 1967 (zitiert: Rüfner)
- Rüfner, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts V, Heidelberg, 1992
- Rupp, Die "Verwaltungsvorschriften" im grundgesetzlichen Normensystem, JuS 1975 S. 609 ff.
- Rupp, Die Stellung der Studenten in der Universität, VVDStRL 27 (1969) S. 113 ff.
- Rupp, Vom Wandel der Grundrechte, AöR 101 (1976) S. 161 ff.
- Sachs, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, München, 1996
- Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 1998/99
- Säcker, Behördenvertreter im Aufsichtsrat, in: Eyrich/Odersky/Säcker (Hrsg.), Festschrift für Kurt Rebmann, München, 1989
- Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, 16. Auflage, München, 1997
- Schaffland, in: Lang/Weidemüller/Metz/Schaffland, Kommentar zum Genossenschaftsgesetz, 33. Auflage, Berlin 1997
- Scheel, Die deutsche Universität von ihren Anfängen bis zur Gegenwart, in: Doeber (Hrsg.), Das akademische Deutschland, Band I, Berlin, 1930
- Scheffer, Zum Rollenverständnis der Aufsichtsräte, DB 2000 S. 433 ff.

- Schelsky, Einsamkeit und Freiheit, 2. Auflage, Düsseldorf, 1971
- Scherzberg, Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität, Dissertation, Berlin, 1989
- Scheven, in: Flämig/Kimminich (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrecht, Band 1, 2. Auflage, Berlin, 1996
- Schick/Herzog, in: Kunst/Herzog (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, 3. Auflage, Stuttgart, 1987
- Schlaffke/Konegen-Grenier, Hochschulreform aus Sicht der Wirtschaft, Aus Politik und Zeitgeschichte 15/98 S. 31 ff
- Schlink, Das Grundgesetz und die Wissenschaftsfreiheit, Staat 10 (1971) S. 244 ff.
- Schlink, Die polizeiliche Räumung besetzter Häuser, NVwZ 1982 S. 529 ff.
- Schmid, im Allgemeinen Redaktionsausschuß des Parlamentarischen Rates nach Doemming/Füßlein/Matz, JöR n.F. 1 (1951) S. 47 ff.
- Schmidt, J., in: Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Auflage, Berlin, 1983 (zitiert: Schmidt, J., in: Staudinger)
- Schmidt, K., in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, 7. Auflage, Köln, 1986
- Schmidt, K., Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, Köln, 1997 (zitiert: Schmidt, K.)
- Schmidt, R., Rechtliche Möglichkeiten für Privatisierungen im Bereich der Deutschen Bundespost, in: Badura/Scholz (Hrsg.), FS für Peter Lerche, Wege und Verfahren des Verfassungslebens, München, 1993
- Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Berlin, 1998 (zitiert: Schmidt-Aßmann)
- Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991) S. 329 ff.
- Schmidt-Aßmann, Verwaltungsorganisation zwischen parlamentarischer Steuerung und exekutiver Organisationsgewalt, in: FS für H.-P. Ipsen, Tübingen, 1977 (zitiert: Schmidt-Aßmann, in: FS für H.P. Ipsen)
- Schmidt-Bleibtreu, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 9. Auflage, Neuwied, 1999
- Schmidt-Jortzig, Die Einrichtungsgarantien der Verfassung, Göttingen, 1979
- Schmiegelt, in: Müller/Hense, Beck'sches Handbuch der GmbH, München, 1995

- Schmitt Glaeser, Die Freiheit der Forschung, WissR 1974 S. 107 ff.
- Schmitt, C., Der Begriff des Politischen, 2. Auflage, Berlin, 1963
- Schnapp, Ausgewählte Probleme des öffentlichen Organisationsrechts, Jura 1980 S. 293 ff.
- Schnapp, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band 1, 4. Auflage, München, 1992
- Schnaudigel, Der Betrieb nichtwirtschaftlicher kommunaler Unternehmen in Rechtsformen des Privatrechts, Stuttgart, 1995
- Schneider, in: Scholz, F. (Hrsg.), Kommentar zum GmbHG, 7. Auflage, Köln, 1986 (zitiert: Schneider, in: Scholz, GmbHG)
- Schoch, Privatisierung der Abfallentsorgung, Köln, 1992 (zitiert: Schoch)
- Schoch, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994 S. 962 ff.
- Schoch, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995) S. 165 ff.
- Schoch, Public Private Partnership, in: Erichsen (Hrsg.), Kommunale Verwaltung im Wandel, Köln, 1999 (zitiert: Schoch, in: Erichsen)
- Scholz, F., Kommentar zum GmbHG, 7. Auflage, Köln, 1986
- Scholz, R., in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band 1, München, Stand: 35. Lieferung 1999
- Schrimpf, in: Denninger (Hrsg.), Kommentar zum Hochschulrahmengesetz, 1. Auflage, München, 1984
- Schubert/Steder, Genossenschaftshandbuch Kommentar, Berlin, Stand: Juni 1999
- Schulze/Sysmank, Das Deutsche Studententum von den ältesten Zeiten bis zur Gegenwart, 2. Auflage, Leipzig, 1910
- Schuppert, Alternativkommentar Grundgesetz Band 1, 2. Auflage, Neuwied, 1989
- Schwintowski, Gesellschaftsrechtliche Bindungen für entsandte Aufsichtsratsmitglieder in öffentlichen Unternehmen, NJW 1995 S. 1316 ff.
- Soldner, in: Heuer (Hrsg.), Kommentar zum Haushaltsrecht (KHR), Neuwied, Stand: Juni 1999
- Solga, Differenzierte Hochschulen, Aus Politik und Zeitgeschichte B15/98, S. 20 ff.

- Starck, Die Grundrechte des Grundgesetzes, JuS 1981 S. 237 ff.
- Steiner, Der „beliehene Unternehmer“ – VG Münster, NJW 1967, 171, JuS 1969 S. 69 ff.
- Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 2. Auflage, München, 1984 (zitiert: Stern, StR I)
- Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, München, 1980 (zitiert: Stern, StR II)
- Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, München, 1988 (zitiert: Stern, StR III/1)
- Stern, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band V, Heidelberg, 1992 (zitiert: Stern, in: Isensee/Kirchhof)
- Steuck, Zur Beschäftigung von Beamten in einer privatisierten Einrichtung, ZBR 1999, S. 150 ff.
- Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft (Hrsg.), Hochschulreform durch Leistungswettbewerb und Privatisierung? – Homburger Thesen, 1997
- Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft (Hrsg.), Hochschulstandort Deutschland – Sind die deutschen Hochschulen international wettbewerbsfähig?, 1997
- Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft (Hrsg.), Private internationale Hochschulen – Profile und Gesichtspunkte zur Bewertung von Gründungsinitiativen, 1998
- Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft, Private internationale Hochschule, 1998
- Stober, Die privatrechtlich organisierte öffentliche Verwaltung, NJW 1984 S. 449 ff.
- Stöber, Handbuch zum Vereinsrecht, 7. Auflage, Köln, 1997
- Teichmann, Die Gesetzesumgebung, Göttingen, 1962
- Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, Göttingen 1961 (zitiert: Thieme, Der öffentliche Dienst)
- Thieme, Deutsches Hochschulrecht, 2. Auflage, Köln, 1986 (zitiert: Thieme, Deutsches Hochschulrecht)
- Thieme, Organisationsstrukturen der Hochschulen, in: Flämig/Kimminich (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, Band 1, 2. Auflage, Berlin, 1996 (zitiert:

Thieme, in: Flämig/Kimminich)

Thieme, Zum Namensschutz von Hochschulen und Universitäten, DÖV 1977 S. 484 ff.

Thümmel, Möglichkeiten und Grenzen der Kompetenzverlagerung auf Beiräte in der Personengesellschaft und in der GmbH, DB 1995 S. 2461 ff.

Timm, Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 1, 2. Auflage, München, 1999

Timm, Treuepflichten im Aktienrecht, WM 1991 S. 481 ff.

Tipke/Kruse, Abgabenordnung, Köln, Stand: Oktober 1996

Tipke/Lang, Steuerrecht, 16. Auflage, Köln, 1998

Trute, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisation, Tübingen, 1994

Trute, Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, DVBl. 1996 S. 950 ff.

Ule, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, Diskussionsbeitrag in VVDStRL 29 (1971) S. 269 ff.

v. Danwitz, Vom Verwaltungsprivat- zum Verwaltungsgesellschaftsrecht, AöR 120 (1995) S. 595 ff.

v. Hagenmeister, Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 1991

v. Heimburg, Verwaltungsaufgaben und Private, Berlin, 1982

v. Köckritz/Ermisch/Lamm, Bundeshaushaltsordnung, München, Stand: Juli 1999

v. Mangoldt im Allgemeinen Redaktionsausschuß des Parlamentarischen Rates, nach Doemming/Fußlein/Matz, JöR 1 n.F.(1951) S. 323

v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Band 2, 2. Auflage, Berlin, 1964

v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Band 1, 3. Auflage, Berlin, 1985

v. Münch, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Band 1, 4. Auflage, München, 1992

v. Mutius, Grundfälle zum Kommunalrecht, JuS 1976 S. 652 ff.

v. Mutius, in: Bonner Kommentar, Heidelberg, Stand: November 1999

v. Simson, Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, VVDStRL 29 (1971) S. 3 ff.

Vetsch, Die Umgehung des Gesetzes, Zürich, 1917

Voormann, Die Stellung des Beirats im Genossenschaftsrecht, ZfG 1984 S. 237 ff.

Walter, H., in: Hailbronner/Geis (Hrsg.), Kommentar zum Hochschulrahmengesetz, Heidelberg, Stand: November 1999

Weber, M., Wirtschaft und Gesellschaft, Studienausgabe, Tübingen, 1964

Weides, in: Görres Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, 7. Auflage, Freiburg, 1988

Wellkamp, Vorstand, Aufsichtsrat und Aktionär, Bonn, 1998

Wendeling-Schröder, Wissenschaftsfreiheit und Tendenzschutz, ArbuR 1984 S. 328 ff.

Westerhoff, Gesetzesumgehung und Gesetzeserschleichung, 1966

Wieland, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band 1, Tübingen, 1996 (zitiert: Wieland, in: Dreier, GG Band1)

Wiesner, in: Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Aktiengesellschaft, Band 4, 2. Auflage, München, 1999

Wiesner, Öffentliche Finanzwirtschaft, 10. Auflage, Heidelberg, 1997 (zitiert: Wiesner)

Winter, In die Freiheit entlassen?, Forschung & Lehre 1998 S. 570 ff.

Wissenschaftsrat, 10 Thesen zur Entwicklung der Hochschulen in Deutschland, 1993

Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, 10. Auflage, München, 1994 (zitiert: Wolff/Bachof/Stober, VerwR I)

Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht II, 5. Auflage, München, 1987 (zitiert: Wolff/Bachof/Stober, VerwR II)

Wunder, B., Privilegierung und Disziplinierung, 1. Auflage, München, 1978

Zeidler, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19 (1961) S. 208 ff.

Zimmermann, Zur Grundrechtssubjektivität kommunaler Energieversorgungsunternehmen – BVerfG NJW 1990, 1783, JuS 1991 S. 294 ff.

Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage, Band 1, Köln, 1988

Zöllner, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, 16. Auflage, München 1996 (zitiert: Zöllner, in: Baumbach/Hueck)

Zöllner/Loritz (Hrsg.), Arbeitsrecht, 4. Auflage, München, 1992

Zwirner, Zum Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit, AöR 98 (1973) S. 313 ff.

Einführung

Privatisierung ist eine der Leitideen gegenwärtigen politischen Denkens und Handelns.¹ Die Gründe dafür sind vielfältig. Nicht unwesentlich ist in diesem Zusammenhang die nicht nur ungebrochene, sondern sich verfestigende Überzeugung, daß das Eigeninteresse – insbesondere das materielle – ein Verhaltensantrieb von hohem Wirkungsgrad ist und es sich in öffentlichrechtlich organisierten und handelnden Einheiten mit ihrer Tendenz zur Verwischung personaler Zurechenbarkeit und Verantwortung nicht oder nur ganz unzureichend umzusetzen vermag. Es kommt hinzu, daß die zunehmende Globalisierung der Wirtschaft und die damit sehr viel deutlicher als in der Vergangenheit zutage tretende Endlichkeit ihrer Belastbarkeit das öffentliche Bewußtsein dafür befördert haben, daß die Grundlagen, die für die Bemessung staatlicher Abgaben und damit für die Höhe der für den Staat verfügbaren Finanzmasse entscheidend sind, nicht mehr nur national definiert werden können und damit die Grenzen des Wachstums insoweit erreicht sind.

Der vor diesem Hintergrund stattfindende Paradigmenwechsel hat den Hochschulbereich natürlich nicht ausgespart. Es gibt derzeit in Deutschland 315 allgemein zugängliche Hochschulen,² darunter 239 staatliche Hochschulen. 76 Hochschulen, also mehr als 20 %, werden in privater Trägerschaft, 41 davon von den Kirchen und 35 von anderen Trägern betrieben.³ Die meisten dieser privaten Hochschulen erhalten in unterschiedlichem Ausmaß und auf unterschiedlicher Rechtsgrundlage eine staatliche Zusatzfinanzierung. Allerdings waren etwa 98 % aller Studierenden und rund 97 % der Studienanfängerinnen und -anfänger 1998 an Hochschulen eingeschrieben, die in der Rechtsform einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft in staatlicher Verantwortung und mit vom Staat voll finanzierten

¹ Dazu etwa *Lecheler*, BayVBl. 1994 S. 555 ff.; *Schoch*, VVDStRL 54 (1995) S. 165, 166 ff.; *Osterloh*, VVDStRL 54 (1995) S. 204, 206 ff.; *Bauer*, VVDStRL 54 (1995) S. 243, 245 ff.; *Jaag*, VVDStRL 54 (1995) S. 287, 288 ff.; *Schoch*, in: Erichsen, S. 105 ff.; *ders.*, DVBl. 1994 S. 962 ff.; *Bull*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, S. 7 ff.; *Gusy* passim; *Bauer*, H., DÖV 1998 S. 89 ff.; *König*, DÖV 1998 S. 963 ff.; *Kadelbach*, NJW 1997 S. 1114 ff.

² Eine aktuelle Hochschulliste ist im Internet über den "Hochschulkompass" der Hochschulrektorenkonferenz unter der URL "http://www.hochschulkompass.hrk.de/" abrufbar.

³ So die Angaben von HRK-Präsident *Landfried* beim Directors'/Rectors' Meeting am 1.3.1999 in Weimar.

Studienplätzen und weitgehend finanzierter Forschung betrieben werden. Das Hochschulwesen in Deutschland ist demzufolge ganz überwiegend ein System staatlich gegründeter, durch Hochschulgesetze, andere Gesetze und Verordnungen, Verwaltungsvorschriften und Weisungen organisierter und gesteuerter sowie staatlich finanzierter Hochschulen.⁴

Die Hochschulen in Deutschland haben über einen langen Zeitraum hinweg auf die Expansion der Nachfrage nach höherer Bildung und Ausweitung sowie Intensivierung der Forschung rein quantitativ mit der Forderung nach Erhöhung der ihnen zur Verfügung gestellten staatlichen Finanzmittel reagiert. Sie befanden sich insoweit in trauter Gemeinschaft mit anderen Bereichen, die zur Befriedigung neuer oder gesteigerter Bedürfnisse eine ständige Steigerung der ihnen zufließenden staatlichen Mittel und/oder eine Ausweitung der staatlichen Verantwortung und Agenda reklamierten. Damit intensivierte sich der Verteilungskampf um die verfügbaren staatlichen Mittel, deren Vermehrung zunehmend durch die Aufnahme von Krediten und damit zu Lasten künftiger Generationen herbeigeführt wurde.

Die mit dem Anwachsen der Schuldenberge einhergehende zunehmende Zurückhaltung der Parlamente, für den Hochschulbereich zusätzliche Mittel bereitzustellen, führte dazu, daß die Hochschulen mehr und mehr ihre Zuflucht in beredter Klage über die unzulängliche Finanzausstattung und die damit angesichts steigender Lasten notwendig verbundene Verringerung ihrer Leistungsfähigkeit suchten. Dies führte in Politik und Öffentlichkeit zu einem Ansehensverlust der Hochschulen und trug schließlich dazu bei, daß die ursprünglich zugunsten der Universitäten und auch der Fachhochschulen bestehende Leistungsvermutung zunehmend relativiert und in Frage gestellt wurde und wird.

So wurde und wird zunehmend die Leistungs- wie Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Hochschulsystems im internationalen Vergleich und die Attraktivität deutscher Hochschulen für ausländische Studierende problematisiert. Als struktu-

⁴ Vgl. *Hochschulrektorenkonferenz*, Entschließung des 185. Plenums vom 6.7.1998 zu "Überlegungen zur Zusatzfinanzierung privater Hochschulen aus öffentlichen Mitteln".

relle, zu Effizienzdefiziten führende Schwächen des deutschen Hochschulsystems wurden und werden vielfach übereinstimmend u.a. ausgemacht:

- Steuerung top down und ex ante
- mangelnde Hochschulautonomie mit Entscheidungsstrukturen, die verhindern, daß Kompetenz und Verantwortung zusammenfallen;
- Dominanz der Rechtsförmigkeit;
- Festhalten an der Fiktion der qualitativen Gleichwertigkeit aller Hochschulen anstelle von Differenzierung, Profilierung, Leistungstransparenz;
- Fehlen einer leistungs- und belastungsbezogenen Mittelzuweisung;
- chronische Unterfinanzierung;
- fehlender Wettbewerb
- fehlende ökonomische Steuerung;
- fehlende Auswahlmöglichkeiten der Studierenden durch die Hochschulen und umgekehrt;
- Herrschaft von Hochschulgremien, die auf Gruppeninteressen ausgerichtet sind, mit dem Zwang zur Verständigung auf den kleinsten gemeinsamen Nenner;
- Status-quo-Denken und Besitzstandswahrung;
- mangelnde Orientierung an der internationalen „Scientific Community“;
- Fehlen einer leistungsorientierten Bezahlung des wissenschaftlichen Personals;
- Inflexibilität des öffentlichen Dienstrechts;
- verzögerte Selbständigkeit des wissenschaftlichen Nachwuchses;
- Fehlen von flächendeckender Evaluation verbunden mit einem benchmarking bzw. Ranking;
- Fehlen von Studiengebühren;
- fehlende Modularisierung der Studiengänge;
- fehlende oder zu wenige internationalisierte Studiengänge und Studienabschlüsse;
- zu lange Studienzeiten, hohe Abbrecherquoten;
- Überspezialisierung und mangelnde Praxisnähe in vielen Studiengängen;
- Fehlen eines Weiterbildungsangebots;
- fehlendes Hochschulmarketing.⁵

⁵ Vgl. z.B. *Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*, Jahresgutachten 1998/99, 410 ff.; die Beiträge in *Hollerith; Stifterverband für die Deutsche Wissen-*

Der sich aus der Veränderung der veröffentlichten und öffentlichen Meinung ergebende Rechtfertigungsdruck wurde von Politik und Ministerialbürokratie an die Hochschulen weitergegeben, die sich dieser neuen Herausforderung nur begrenzt gewachsen zeigten. Immerhin nahmen die Hochschulrektorenkonferenz – HRK – als Vereinigung der Universitäten und Fachhochschulen bereits im Jahre 1992 mit einem „Konzept zur Entwicklung der Hochschulen in Deutschland“⁶ und etwas später der Wissenschaftsrat⁷ die Herausforderung an, Selbstverständnis und Entwicklungsvorstellungen des Hochschulbereichs zu umreißen. Das Konzept der HRK wurde in einer Vielzahl von Einzelempfehlungen über die Jahre hinweg entfaltet und – neue Einsichten und Herausforderungen aufnehmend – ergänzt.

Trotz der von der HRK und vom Wissenschaftsrat entwickelten und im Hinblick auf Einzelfragen näher entfalteten Konzepte zur Beseitigung bzw. Milderung dieser strukturellen Defizite war die Bereitschaft zu ihrer Umsetzung in die Praxis der einzelnen Hochschulen sehr unterschiedlich ausgeprägt, so daß es nicht immer gelang und gelingt, dem Vorwurf der Reformunfähigkeit, der mangelnden Effektivität und Effizienz überzeugend zu begegnen.

Andererseits haben trotz des in der Öffentlichkeit vorherrschenden und von Teilen der Politik und Wirtschaft gepflegten und von manchen Hochschulen durchaus bestätigten Eindrucks der Reformunfähigkeit staatliche Hochschulen im Laufe der neunziger Jahre in zunehmender Zahl, Breite und Tiefe, jedoch auch in unterschiedlicher Weise auf die Reformdiskussion reagiert. Aus den zunächst quantitativ ausgerichteten, auf Verbesserung der staatlichen Finanzierung gerichteten Klagegliedern ist inzwischen die allerdings immer noch unterschiedlich entwickelte Bereitschaft geworden, sich den vielfältigen Herausforderungen eines zunehmend grenzenlosen Wettbewerbs zu stellen. Bestehende Planungen, teilweise auch bereits erfolgte Änderungen richten sich u. a. auf Einführung:

- von neuen Steuerungsmodellen, Budgetierung, Globalhaushalt;

schaft, Hochschulstandort Deutschland – Sind die deutschen Hochschulen international wettbewerbsfähig?, 1997; *Daxner*, Aus Politik und Zeitgeschichte B 15/98 S. 12 ff.; *Solga*, ebd. S. 20 ff.; *Schlaffke/Konegen-Grenier*, ebd. S. 31 ff.; *Ericksen*, Forschung & Lehre 1998 S. 568 f.; *Winter*, Forschung & Lehre 1998 S. 570 f.

⁶ Konzept zur Entwicklung der Hochschule in Deutschland, Dok. zur Hochschulreform 75/1992; Mehr Autonomie für die Hochschulen, Dok. zur Hochschulreform 77/1992.

⁷ 10 Thesen zur Entwicklung der Hochschulen in Deutschland, 1993.

- von Qualitätsermittlung, -sicherung und -steigerung durch Evaluation, Akkreditierung und benchmarking;
- von internationalen und fremdsprachigen Studiengängen;
- von international gängigen Abschlüssen (Bachelor / Master);
- eines international anerkannten Leistungspunktesystems (credit-point-system) und einer modularisierten Studienstruktur.

Sie richten sich auf:

- Verstärkung des Praxisbezugs;
- Intensivierung der Kooperation zwischen verschiedenen staatlichen Hochschulen bei nicht ausgelasteten oder bei der Erprobung neuer Studiengänge;
- verstärktes Einwerben von Spenden und Drittmitteln;
- Veränderung der und Einführung neuer Leitungsstrukturen an den Hochschulen (u.a. Hochschulräte mit strategischer Führungsverantwortung).

Sie tragen damit der heute inzwischen weitgehenden Auffassung Rechnung,

- daß durch ex ante- und top-down-Steuerung eine Sicherung und Steigerung von Qualität und Effizienz im staatlichen Hochschulwesen bei im wesentlichen unveränderten Finanzvolumina nach den Erfahrungen der Vergangenheit und im Ausland nicht zu erwarten ist
- daß dies vielmehr vorrangig durch Leistungswettbewerb zwischen den einzelnen Hochschulen, Fakultäten und Fachbereichen zu erreichen ist
- daß eine Organisationsreform, die den Hochschulen mehr Autonomie und Eigenverantwortlichkeit und damit Freiräume verschafft, um im Wettbewerb durch Profilbildung und effizienteren Mitteleinsatz bestehen zu können, notwendig ist
- daß die Zurückführung der Intensität staatlicher Reglementierung und Steuerung in den Bereichen Haushalt, Personal und Zulassung zum Studium notwendig ist.

Eine Steigerung der Attraktivität deutscher Hochschulen für ausländische Studierende verspricht man sich durch die Ausrichtung deutscher Studiengänge, -inhalte und -abschlüsse an internationalen Standards sowie durch die Einführung fremd-, insbesondere englischsprachiger Studienangebote.

Indessen haben insbesondere in Teilen der Wirtschaft aber auch in manchen Medien und in der Politik gepflegte Vorurteile, haben punktuelle und fragmentarische Informationen insbesondere über US-Universitäten und deren Leistungsfähigkeit einer Entwicklung den Boden bereitet, die das Heil in der Gründung privater Einrichtungen sieht. So sind in jüngster Zeit zahlreiche Initiativen zur Gründung privater Hochschulen oder Hochschuleinrichtungen bzw. zur Kooperation der öffentlichen Hand mit dem Privatsektor zu verzeichnen.⁸

Von den Hochschulen in privater Trägerschaft wird erwartet, daß sie durch höhere Qualität und bessere Effizienz und ungehindert durch staatliche Detailsteuerung die staatlichen Hochschulen herausfordern. Im Hinblick auf diese erhofften Effekte und eine auch darüber hinaus den öffentlichen Hochschulsektor über Wettbewerb stimulierende Entwicklung ist die öffentliche Hand in z. T. bemerkenswerter Weise bereit, dafür Finanzmittel zur Verfügung zu stellen.

Die Einsicht in die Notwendigkeit, daß die Wettbewerbsfähigkeit der Hochschulen in Deutschland gesichert und verbessert werden muß und daß es mit fremddefinierten Produkten schwerlich einen leistungssteigernden Wettbewerb geben kann, hat schließlich dazu geführt, daß ausgehend von einer Änderung des Hochschulrahmengesetzes⁹ derzeit viele Hochschulgesetze der Länder novelliert worden sind oder werden, um den Hochschulen ein weitergehendes Maß an Autonomie unter Einschluß des Bereichs der Finanzen zu geben.¹⁰

⁸ Vgl. etwa *Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft*, Private internationale Hochschulen – Profile und Gesichtspunkte zur Bewertung von Gründungsinitiativen, 1998; Berichte im Stern Nr. 44/1998 S. 75 ff.; Focus Nr. 50/1998 S. 64 ff.; Der Spiegel Nr. 10/1998; *Rödde*, DUZ 7/1998 S. 8 ff.; Die Zeit Nr. 31/1998 S. 25; Hochschulanzeiger Nr. 39/1999, S. 53, Lufthansa-Magazin 3/2000 S. 70 f.

⁹ Gesetz v. 20.08.1998, BGBl. I 1998, S. 2190.

¹⁰ Vgl. HG Berl. geändert durch Gesetz vom 1. Juni 1999 (GVBl. S. 74); HG BB vom 20. Mai 1999 (GVBl. I. S. 130); HG Hessen geändert durch Gesetz vom 3. November 1998 (GVBl. I. S. 431); HG Bay. i.d.F. der Bekanntmachung vom 2. Oktober 1998 (GVBl. S. 740); HG NI geändert durch Gesetz vom 21. Januar 1999 (GVBl. S. 10); HG Th. i.d.F. der Neubekanntmachung vom 9. Juni 1999 (GVBl. S. 331); HG SN geändert durch Gesetz vom 11. Juni 1999 (GVBl. 294); HG Brem. geändert durch Gesetz vom 1. Juni 1999 (GBl. S. 103); HG SH geändert durch Gesetz vom 28. Oktober 1998 (GVBl. S. 313).

Das novellierte Hochschulrahmengesetz¹¹ eröffnet nunmehr den staatlichen Hochschulen die Möglichkeit, die international bekannten Abschlüsse Bachelor und Master zu verleihen sowie credit points einzuführen und bietet damit eine Grundlage für eine bessere internationale Kompatibilität und Konvertibilität von Studienleistungen und Studienabschlüssen. Daneben sind durch das HRG nunmehr auch Spielräume für konkurrierende Entwicklungen etwa durch das in § 5 enthaltene Bekenntnis zur Leistungsorientierung der Finanzierung geschaffen worden.

Nach der gemeinsamen Einschätzung der Teilnehmer eines vom Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft organisierten Symposiums zum Thema „Hochschulreform durch Leistungswettbewerb und Privatisierung?“¹² erscheint angesichts dieser Entwicklung wegen der fehlenden Wurzeln in der deutschen Universitätstradition und wegen der zu bewältigenden Quantitäten in Forschung, Lehre und Studium eine gänzliche oder auch nur quantitativ ins Gewicht fallende Privatisierung des deutschen Hochschulsystems – wie sie gelegentlich gefordert wird¹³ – unrealistisch. Es wird erwartet, daß „ausschließlich privat finanzierte Hochschulen nur eine Nischenfunktion in marktgängigen Berufsfeldern mit vergleichsweise geringen Kosten für Lehre und Forschung ausfüllen können. Hochschulen in privatrechtlicher Organisationsform mit überwiegend oder teilweise staatlicher Finanzierung, d. h. Organisationsformen, an denen der Staat als alleiniger bzw. Mit-Gesellschafter beteiligt ist, könnten dagegen durchaus eine wichtige Rolle spielen.“¹⁴

Diese Einschätzung beruht auf einer dem Zug der Zeit entsprechenden Auffassung, die wie in der übrigen öffentlichen Verwaltung so auch in den staatlichen Hochschulen das öffentlich-rechtliche Regime zunehmend als hemmend, uneffektiv und ineffizient empfindet. Daher wird über eine Privatisierung von bisher vom Staat in den Formen des öffentlichen Rechts betriebenen Hochschulen oder einzelner Hochschulfunktionen nicht nur nachgedacht. Manches ist schon in die Wege geleitet worden, vieles wird geplant. In jüngster Zeit sind eine Reihe von

¹¹ I.d.F. des Gesetzes vom 20.08.1998, BGBl. I S. 2190.

¹² *Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft*, Hochschulreform durch Leistungswettbewerb und Privatisierung? – Homburger Thesen, 1997.

¹³ Vgl. Peter Glotz, AZ v. 18.10.1999.

¹⁴ [Http://www.stifterverband.de/homburger_thesen_einfuehrung.html](http://www.stifterverband.de/homburger_thesen_einfuehrung.html).

Initiativen von Hochschulen zu verzeichnen, die auf die Privatisierung bestehender staatlicher, öffentlich-rechtlich organisierter Hochschulen, bzw. auf Gründung von Hochschulen oder Ausgründung von Funktionseinheiten in vom Bisherigen abweichenden Organisationsformen gerichtet sind. In erster Linie werden privatrechtliche Organisationsformen in Betracht gezogen oder gewählt, um den geltenden staatlichen Reglementierungen, vor allem auf dem Gebiet des Dienst-, Haushalts- und Zulassungsrechts sowie hinsichtlich der Frage der Erhebung von Studiengebühren und der Organisation der internen Abläufe zu entgehen.¹⁵

Dabei wird der Frage rechtlicher Zulässigkeit bereits realisierter oder geplanter Vorhaben in aller Regel wenig Beachtung zuteil, obwohl die „Flucht in das Privatrecht“ einen Befund beschreibt, der jedenfalls früher allemal geeignet war, juristische Aufmerksamkeit zu erregen.¹⁶

¹⁵ Vgl. Antwort der Landesregierung NRW auf Kleine Anfrage 1113, LT-Drs. 12/3388 S. 2; s. auch *Etzold*, *Die Zeit* v. 29.07.1999.

¹⁶ Vgl. *Fleiner*, S. 326; *Ehlers*, S. 251 ff.; Vgl. auch § 2 Abs. 2 S. 3 HG NRW v. 14.03.2000, in dem es heißt: „Soweit dieses Gesetz nichts anderes zuläßt, erledigen die Hochschulen ihre Aufgaben in Forschung, Entwicklung und Kunst, Lehre und Studium in öffentlich-rechtlicher Weise.“

Gutachtenfrage

Nachfolgend wird der Frage nachgegangen, ob und in welchem Umfang sowie unter welchen Bedingungen der Staat und andere öffentlich-rechtlich organisierte Funktionssubjekte, insbesondere staatliche Hochschulen allein oder gemeinsam berechtigt sind, bisher öffentlich-rechtlich organisierte Hochschulen oder Teile von ihnen, d. h. Hochschulfunktionen zu privatisieren, oder Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens in privatrechtlich organisierter Trägerschaft zu gründen und zu betreiben oder sich daran zu beteiligen.

Dabei wird im Folgenden aus sprachlichen Gründen gelegentlich nur von privatrechtlich organisierten Hochschulen oder Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens und im Hinblick auf die Beteiligung des Staates und anderer öffentlich-rechtlich organisierter Funktionssubjekte zusammenfassend von öffentlicher Hand gesprochen.

Den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern am Kommunalwissenschaftlichen Institut der Westfälischen-Wilhelms-Universität Münster Jan Behrmann, Christian Biermann, Bodo Ebber, Henning Glaser, Roland Hagemeister, Markus Hardt, Ansgar Hörster, Christine Jakobs, Christian Keese, Helen Lendackers, Monika Oberhansberg, Sabine Seidel und Martin Tamm gebührt für vorbereitende Entwürfe und vielerlei Unterstützung ein herzlicher Dank.

1. Kapitel

Darstellung der verschiedenen gegenwärtig konzipierten, teilweise auch bereits realisierten Formen einer Privatisierung von Hochschulfunktionen

Eine ins Detail gehende Übersicht über die im Hochschulbereich zu verzeichnenden Privatisierungsinitiativen und –pläne oder bereits realisierten Vorhaben waren jedenfalls bis Ende 1999 trotz aller und monatelanger Bemühungen nicht zu gewinnen. Gesicherte Fakten sind nur in wenigen Fällen verfügbar oder werden verfügbar gemacht. Die Planungen werden häufig modifiziert und in ihrer Realisierung zeitlich gestreckt, wofür – so steht zu vermuten – nicht selten die mit der Bereitstellung und Beschaffung der Finanzierung und Ausstattung verbundenen Schwierigkeiten ursächlich sein dürften.

Überhaupt befinden sich zahlreiche dieser Initiativen noch in der Konzeptions- oder Pilotphase. Zuverlässiges Material zu im Zusammenhang mit diesem Gutachten interessierenden Fragen, u.a. zur Organisation, Steuerung und Finanzierung, Details zu Studieninhalten und –abläufen und zum rechtlichen Rahmen und Instrumentarium der vorgesehenen Kooperation mit staatlichen Hochschulen sind aus diesem und anderen Gründen vielfach bis Ende 1999 nicht verfügbar gewesen. Insgesamt stehen die nachfolgenden Angaben unter erheblichen Vorbehalten.

I. Kassel International Management School¹⁷

Auf eine gemeinsame Initiative der Industrie- und Handelskammer Kassel, der Universität Gesamthochschule Kassel und einiger Wirtschaftsunternehmen geht das Projekt der Kassel International Management School (KIMS) zurück.

Das Konzept sieht die Einrichtung von zwei Master-Studiengängen unter dem Titel “International Management” sowie “Industrial Sales and Marketing” vor, nachdem aufgrund einer Umfrage unter nordhessischen Unternehmen vor allem

¹⁷ Vgl. “Privat-Uni kommt voran” FAZ v. 20.03.1999; Focus, Nr. 50/1998, 71 f.; http://www.ihk-kassel.de/frame_politik/content_politik_ims.htm.

ein Bedarf an technisch und naturwissenschaftlich vorgebildeten Führungskräften für den Vertrieb ermittelt wurde.

Die Studiendauer soll insgesamt 18 Monate betragen, wobei die Studierenden in sechs Einheiten („terms“) von je drei Monaten Dauer in Theorie und Praxis auf ihre künftigen Managementaufgaben vorbereitet werden sollen. Die Lehrveranstaltungen sollen in deutscher und in englischer Sprache stattfinden. Die Ausbildung wird sowohl in einem Studienzentrum in unmittelbarer Nähe zur staatlichen Universität als auch in Unternehmen bzw. im Ausland stattfinden. Die ersten vier „terms“ sollen das Grundstudium bilden, in dem in Lehrveranstaltungen neben den betriebs- und volkswirtschaftlichen Methodenkenntnissen auch Regional Studies vorgesehen sind. Der anschließende „term“ ist für Studienaufenthalte an ausländischen Partnerhochschulen vorgesehen, optional sollen aber auch Unternehmenspraktika oder sog. Real Life Projects in Zusammenarbeit mit regional ansässigen oder ausländischen Unternehmen absolviert werden können. Um den vorgesehenen akademischen Grad "Master of Business Administration (MBA)" zu erhalten, ist die erfolgreiche Erarbeitung einer Master-Thesis vorgesehen. Die Studierenden sollen durch Kolloquien und vertiefende Vorlesungen auf die mündliche Prüfung vorbereitet werden.

Als Zulassungsvoraussetzung für einen der etwa 40 Studienplätze je Studiengang soll der Fachhochschulabschluß, das Diplom I eines gestuften Studiengangs, der Bachelor oder ähnliche universitäre Qualifikationen verlangt werden. Darüber hinaus soll eine Aufnahmeprüfung stattfinden. Für die Teilnahme an den Studiengängen sollen Gebühren in Höhe von 18.000 DM erhoben werden, die Studierenden sollen sich um Stipendien durch die Gesellschafter der KIMS oder der Sponsoren bewerben können.

Der Lehrbetrieb soll durch zwei hauptamtliche Professorinnen bzw. Professoren mit den dazugehörigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, insbesondere aber auch durch Gastprofessorinnen und -professoren aus dem Ausland und Gastdozentinnen und Gastdozenten aus der Wirtschaft gewährleistet werden.

Der Studienbeginn wird voraussichtlich im Herbst 2000 stattfinden.

Die Kassel IMS soll zunächst in der Rechtsform einer GmbH betrieben werden. Die Gründung der Gesellschaft ist Anfang Dezember 1999 erfolgt. Nach etwa ½ Jahr soll die GmbH in eine gemeinnützige GmbH umgewandelt werden oder als Komplementärin in eine noch zu gründende GmbH & Co. KG eintreten. Als Gesellschafter sind die Gesamthochschule Kassel, die Industrie- und Handelskammer Kassel, die Hessische Landesbank, die Sparkasse Kassel sowie regional ansässige Wirtschaftsunternehmen vorgesehen. Geleitet werden soll die KIMS von zwei Hochschullehrern als Geschäftsführern. Als weiteres Gremium neben der Gesellschafterversammlung (Board of Investors) ist der Wissenschaftliche Rat vorgesehen, der für die Bestellung der Dozentinnen und Dozenten für Lehre, Studium und Prüfung sowie für Maßnahmen der Qualitätssicherung verantwortlich ist.

Die KIMS will in Zusammenarbeit mit der Gesamthochschule Kassel deren Infrastruktur mitnutzen sowie mit ausländischen Partnerhochschulen kooperieren. Die Gesamthochschule Kassel wird den Studierenden der KIMS einen Gasthörerstatus einräumen und ihnen die Teilnahme an den Lehrveranstaltungen sowie dem sozialen Programm der Universität ermöglichen.

Die KIMS strebt die Gemeinnützigkeit, die staatliche Anerkennung im Sinne des Hochschulrechts sowie die Akkreditierung bei den entsprechenden Institutionen an.

Die jährlichen Kosten für den Betrieb der KIMS werden auf etwa 2,2 Mio. DM geschätzt, wobei für die gesicherte Aufnahme des Lehrbetriebs eine privatwirtschaftliche Mitfinanzierung von jährlich etwa 1,2 Mio. DM auf eine Dauer von zunächst fünf Jahren benötigt wird. Aufgrund der bisher gegebenen Zusagen aus der Wirtschaft sind bisher jährlich 700 000 DM bzw. 3,5 Mio. DM für fünf Jahre gesichert.

II. Internationale Hanse-Hochschule Bremen

Ausgehend von dem Befund, daß zwar ein Bedarf an neuen Studiengängen und weiteren Studienangeboten an der Hochschule Bremen ermittelt wurde, diese aber

nur eingerichtet werden könnten, wenn gleichzeitig bestehende Studiengänge umfangreich reduziert oder ganz eingestellt würden, entstand an der Hochschule Bremen – in Konkurrenz zu der von der Universität Bremen mit der amerikanischen Rice-University initiierten “International University Bremen” – ein Konzept für eine “Internationale Hanse-Hochschule Bremen”(IHHB).

Eine weitere Expansion der Hochschule Bremen erschien unter den gegebenen Rahmenbedingungen nur durch die Einführung einer gebührenfinanzierten Struktur und deshalb durch die Gründung einer Hochschule in privater Rechtsform möglich. Durch die Gründung einer 100-prozentigen „Hochschultochter“ und dem damit verbundenen beherrschenden Einfluß der staatlichen Hochschul”mutter” sowie von der unmittelbaren Anbindung an sich erwartet die Hochschule Bremen Synergieeffekte, eine effektivere Ausnutzung vorhandener Ressourcen (Einrichtungen, Personal) sowie die einfachere Sicherstellung der international üblichen Standards.

Das Lehrangebot an der privatrechtlich organisierter Hochschule soll insbesondere Studienmöglichkeiten in den Studiengängen schaffen, in denen die Nachfrage im Rahmen der staatlichen Hochschulentwicklungsplanung nicht oder nicht ausreichend bedient werden kann. Dies betrifft vor allem die Bereiche Architektur und Sozialwesen. Darüber hinaus sind internationale BWL-Studiengänge für inländische Studierende, international ausgerichtete Studiengänge mit Studienkolleg für ausländische Studierende zum Erwerb der Hochschulzugangsberechtigung, Postgraduierten-Studium , Weiterbildungskurse und Bildungsangebote unterhalb der Hochschulebene (Logopädie, Techniker) vorgesehen. Die Planungen betreffen auch neue Studiengänge, etwa für Dolmetscher und Übersetzer, die bislang mangels öffentlicher Finanzierung nicht an der Staatlichen Hochschule angeboten werden konnten.

Folgende Vorgaben sollten realisiert werden:

- Es soll ein Maximum staatlicher Steuerung durch die Hochschule Bremen erreicht werden;
- Die private Wirtschaft soll eingebunden werden, ohne daß die Steuerung durch die öffentliche Hand gefährdet wird;

- Die neuen Studienangebote sollen auf jeden Fall durch Studiengebühren, private Entgelte oder durch die Wirtschaft privat finanziert werden;
- „Überschüssige“ infrastrukturelle Kapazitäten an der Hochschule Bremen sollen von dieser an die private „Tochter“ nach Möglichkeit „verkauft“ werden;
- Das Angebot der staatlichen Hochschule darf auf keinen Fall gefährdet werden;
- Die marktwirtschaftlichen Chancen der privaten Angebotserweiterung sollen ausgenutzt, die Risiken minimal gehalten werden;
- Es soll eine größtmögliche Kooperation zwischen Hochschule und der privatrechtlich organisierten Hochschultochter stattfinden (Werbung, Verwaltung, Planung, Studienangebote etc.).

Favorisiert wird, die Internationalen Hanse-Hochschule Bremen von einer GmbH mit der Hochschule Bremen als alleinige Gesellschafterin betreiben zu lassen. In der Gründungsphase soll die Geschäftsführung durch das Rektorat der Hochschule Bremen wahrgenommen werden, spätestens bei Überschreiten der Zahl von ca. 1000 Studierenden eine eigenständige Hochschulleitung die Geschäftsführung wahrnehmen. Wegen der Mitbenutzung /Inanspruchnahme der Infrastruktur der staatlichen Hochschule (Wohnheim, Mensa, Cafeteria, Labor, Lehrräume, Rechenzentrum etc.) soll eine pauschalierte Kostenerstattung erfolgen.

III. International Department der Universität Karlsruhe¹⁸

An der Universität Karlsruhe wurde 1998 zusammen mit der Einführung englischsprachiger Lehrveranstaltungen im Maschinenbau und in der Elektrotechnik das International Department der Universität gegründet. Parallel zum regulären Ingenieurstudium in deutscher Sprache werden für ausländische Studierende englischsprachige Master- und Bachelorprogramme an den beiden Fakultäten eingerichtet und durch das International Department ergänzende Ausbildungs- und Betreuungsprogramme bereitgestellt.

30 Abiturientinnen/Abiturienten bzw. High-School-Absolventinnen/Absolventen pro Jahr können an dem achtsemestrigen englischsprachigen Maschinenbau-

¹⁸ Vgl. *Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft*, Private internationale Hochschule, 1998, S. 9 ff.; <http://www.uni-karlsruhe.de/>; Focus, Nr. 50/1998, 71 f.; http://www.uni-karlsruhe.de/~ibk/FEB_D/XIII_49_d.html; <http://www.uni-karlsruhe.de/~ventil/archiv/V102/artikel/id.html>.

studium teilnehmen, das zum Erwerb des Bachelor-Grades führt. Ebenso sollen 30 Elektrotechnikstudentinnen/-studenten mit Bachelor-Abschluß in vier Semestern einen Master erlangen können. Die Lehrpläne entsprechen im wesentlichen dem regulären deutschsprachigen Studiengang und werden nach Maßgabe des ECTS bewertet, so daß mit dem Bachelor-Abschluß in einen deutschen Diplom- oder einen englischen Master-Studiengang gewechselt werden kann. Die englischsprachigen Vorlesungen werden von den Hochschullehrern der Fakultäten – ggf. gegen zusätzliches Entgelt – abgehalten, zudem sollen ausländische Professoren für dieses Angebot gewonnen werden. Auch wenn diese Vorlesungen speziell im Hinblick auf das Programm des International Department eingerichtet werden, soll eine (kostenlose) Teilnahme der Studierenden der “regulären” deutschsprachigen Studiengänge möglich sein.¹⁹

Zum studienergänzenden Leistungsumfang des International Department gehört die Vermittlung von Industriepraktika sowie ein Begleitstudium in deutscher Sprache, das neben einem Sprachkurs Veranstaltungen zur deutschen und europäischen Kultur, Wirtschaft, Politik und Geschichte und desweiteren gemeinsame soziale und kulturelle Aktivitäten umfaßt. Aufgrund des vergleichsweise jungen Alters ausländischer Studienanfänger im Bachelor-Programm ist darüber hinaus ein sog. “Vorsemester” geplant, in dem die Kollegiaten u.a. durch einen studentischen deutschen “Paten” speziell betreut werden. Weiterer Bestandteil des Konzepts des International Departments ist die Einrichtung eines Kolleggebäudes, in dem sich der Wohnraum für Dozenten und Studierende, die Verwaltung, Freizeiträume sowie Hörsäle befinden sollen.

Für diese „Service“-Leistungen wie Unterbringung, Verpflegung und Begleitstudium sollen die Studierenden des International Departments sog. “Campusgebühren” in Höhe von 40.000 DM pro Jahr zahlen, die in den ersten Jahren komplett durch Stipendien abgedeckt werden sollen.

¹⁹ Es ist unklar, ob die von den Professoren in diesem Rahmen erbrachten zusätzlichen Leistungen durch das International Department vergütet werden sollen oder ob die Fakultäten insoweit ihr reguläres Lehrangebot erweitern.

Das International Department soll von einer GmbH betrieben werden, deren Gesellschaftsanteile in Händen eines Fördervereins liegen. Die Leitung soll einer Unternehmerpersönlichkeit als Geschäftsführer und einem Universitätprofessor als Direktor obliegen. Der Aufsichtsrat soll sich aus Vertretern der Wirtschaftsunternehmen, die das Projekt finanziell unterstützen, und der Universität Karlsruhe zusammensetzen. In einem Steuerkreis, der neben der Geschäftsführung für akademische Angelegenheiten verantwortlich ist, sind zudem die betroffenen Fakultäten vertreten. Darüber hinaus soll es einen Studentenausschuß geben, der für die Integration und die Mitsprache bei der Studienkonzeption zuständig ist und der aus deutschen wie ausländischen Studierenden besteht.

Die Inhalte eines ggf. geschlossenen oder abzuschließenden Kooperationsvertrages zwischen der International Department GmbH und der Universität Karlsruhe sind nicht bekannt. Auch ist nicht bekannt, ob die angestrebten akademischen Grade durch die Universität Karlsruhe oder das International Department verliehen werden sollen und ob die Studierenden in den regulären Studiengängen der Universität eingeschrieben sind.

IV. Northern Institute of Technology Hamburg-Harburg (NITHH)²⁰

Die Technische Universität Hamburg-Harburg (TUHH) hat das Studienkolleg NITHH konzipiert, um vor allem für ausländische Studierende der neuentwickelten zweijährigen Masterprogramme der TUHH ein ergänzendes, privatwirtschaftlich finanziertes und organisiertes Lehr- und Betreuungsangebot mit dem Ausbildungsziel eines "Global Engineerer" anzubieten. Die Studierenden sind an der staatlichen TUHH in den englischsprachigen Studiengängen "Information and Communication Systems", "Materials Science", "Mechatronics" oder "Process Engineering" eingeschrieben. Das Studium wird von der TUHH verantwortet und durchgeführt. Auch die Hochschulprüfung und die Erteilung des abschließenden Hochschulgrades "Master of Science" wird durch die TUHH vorgenommen. Dieses Studium ist – abgesehen vom üblichen Semesterbeitrag – gebührenfrei.

²⁰ Vgl. Bürgerschaft Hamburg, Drs. 16/2262; *Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft*, Private internationale Hochschulen, 1998, S. 16 ff.; Focus, Nr. 50/1998, 71 f.; <http://www.nithh.de>.

Daneben erbringt das NITHH während der zweijährigen Dauer des Master-Studiums für die Kollegiaten ein privat finanziertes, ergänzendes und fachübergreifendes Lehrangebot sowie verschiedene Betreuungsleistungen. Diese Weiterqualifikation findet in sog. „Quartern“ statt, d. h. in der vorlesungsfreien Zeit zwischen den Semestern. Das NITHH-Konzept sieht einen Gebäudeneubau vor, in dem neben Wohnungen und Seminarräumen für die Kollegiaten u.a. auch Räume für Neugründungen von Technologiefirmen vorgesehen sind, um auf diese Weise gemeinsam mit der TUHH das angloamerikanische Modell einer Campus-Universität mit integriertem Wohnen Lernen, , Lehren, Forschen und Technologieentwicklung zu verwirklichen.

Im Rahmen des zweijährigen Studienkollegs werden durch Seminare in Betriebs- und Volkswirtschaftslehre, Betriebsführung und -organisation, Projektmanagement, Technikbewertung und -folgenabschätzung sowie durch Sprachkurse und Begleitveranstaltungen zur deutschen und europäischen Kultur die Qualifikationen eines „Global Engineerer“ vermittelt. Weitere Bestandteile des das Studium ergänzenden Zusatzangebots sind Exkursionen und jeweils zehnwöchige Praktika und Projektarbeit in Wirtschaftsunternehmen. Darüber hinaus sind verschiedene Tutoren-, Trainings- und soziale Betreuungsprogramme vorgesehen. Während der Programmdauer wird den Kollegiaten ein Wohnraum auf dem Campusgelände bereitgestellt. Das Lehrprogramm soll gemeinsam mit den kooperierenden Universitäten Chalmers/Schweden, Aalborg/Dänemark und dem Asian Institute of Technology in Bangkok entwickelt und gestaltet werden. Über die erfolgreiche Teilnahme am NITHH-Programm wird ein Zertifikat ausgestellt.

Lehrkräfte der TUHH sollen an den Zusatzleistungen des NITHH nur ausnahmsweise im Rahmen einer Nebentätigkeit beteiligt werden. Die Lehrenden sollen durch ein dem Berufungsverfahren ähnliches Verfahren unter Beteiligung von Professoren der TUHH ausgewählt werden.

Das Programm richtet sich in erster Linie an ausländische Studierende, steht aber auch interessierten deutschen Kandidaten offen. Im Wintersemester 1999/2000 haben die ersten 30 Teilnehmer das Programm begonnen. Für die Aufnahme in das NITHH ist zum einen die Zulassung zu einem der genannten Master-

Studiengänge der TUHH erforderlich. Dieses Zulassungsverfahren wird von der TUHH durchgeführt. Darüber hinaus ist eine besondere Zulassung zum Ergänzungsstudium am Studienkolleg vorgesehen, über die eine weitere, auch mit Hochschullehrern der TUHH besetzte Kommission entscheidet. Die Gebühren für das Kollegangebot betragen 40.000 DM pro Jahr, die durch Stipendien aus der Wirtschaft finanziert werden sollen.

Die Finanzplanungen streben an, bis 2003 einen Überschuß von ca. 4 Mio. DM zu erwirtschaften. Ab diesem Zeitpunkt sollen finanzieller Aufwand und Erträge ausgeglichen sein. An dem für den Neubau des Kolleggebäudes vorgesehene Grundstück auf dem Gelände der TUHH ist der NITHH GmbH von der Behörde für Wissenschaft und Forschung ein zinsloses Erbbaurecht eingeräumt worden. Der Bau des Kolleggebäudes wird durch ein Darlehen der Körber-Stiftung finanziert. Das Gebäude geht nach Ablauf des Erbbaurechts entschädigungslos in städtisches Eigentum über.

Für die Zukunft sind auch "Professional Trainings", also Kurzprogramme ohne akademischen Abschluß aus einer Kombination von Forschung, Ingenieurvorlesungen, Managementtraining und Sprachkursen in Deutsch vorgesehen, die sich an ausländische Firmen richten. Diese Programme sollen für die Mitarbeiter dieser Firmen individuell zusammengestellt werden und rund 20.000 DM für 6 Monate kosten.

Das NITHH wird von einer GmbH getragen, die gemeinnützige Zwecke verfolgt. Alleiniger Gesellschafter der GmbH ist der "Träger- und Förderverein des NITHH e.V.", dem 30 Professoren der TUHH sowie weitere natürliche Personen angehören, der das Stammkapital von 62.000 DM aufgebracht hat. Die Sponsoren aus der Wirtschaft sind keine Gesellschafter. Das NITHH wird von einem derzeitigen Vizepräsidenten der TUHH als Präsident sowie einem Geschäftsführer geleitet. Dem von der Gesellschafterversammlung gewählten Aufsichtsrat gehören Vertreter des Hamburger Konsularischen Corps, der Wirtschaft, der Behörde für Wissenschaft und Forschung sowie der TUHH an. Das Präsidium hat die Möglichkeit, sich in Sachfragen durch den Beirat und verschiedene Kommissionen (Zulassungs- und Prüfungs-, Studenten- sowie Studienkommission) beraten zu lassen, in

denen Wissenschaftler der TUHH und der Partnerhochschulen sowie Sponsoren und Studenten vertreten sind.

Ein Vertragsverhältnis über die Kooperation mit der TUHH besteht nicht.

V. International Center for Graduate Studies (ICGS) an der Universität Hamburg²¹

An der Universität Hamburg nimmt derzeit das International Center for Graduate Studies (ICGS) seinen Betrieb auf. Es wird im Zusammenhang mit der Einrichtung neuer interdisziplinärer Studienprogramme von der Universität organisiert. Ziel dieses Vorhabens ist, Lehr- und Betreuungsprogramme anzubieten, die speziell an den Bedürfnissen ausländischer Studierender mit einem „qualifizierten“ ersten akademischen Abschluß orientiert sind. Im Wintersemester 1998/99 und Sommersemester 1999 hat ein Vorlauf zur Erprobung der neuen Studienprogramme stattgefunden, im Wintersemester 1999/2000 hat der erste Durchgang des ICGS mit 7 Teilnehmern/Teilnehmerinnen begonnen.

Folgende Studienprogramme mit zwei- bis dreijähriger Dauer sollen angeboten werden: “Intercultural Studies”, “Law and Economics”, “Environmental Sciences”, “Life Sciences” und “The Structure of Matters – from Quarks to Advanced Materials”. Sie setzen sich aus ausgewählten universitären Lehrveranstaltungen der Diplom- oder Magisterstudiengänge jeweils mehrerer Fachbereiche zusammen.

Dem einzelnen Teilnehmer der Studienprogramme werden jeweils ein Professor als Mentor zugeordnet, und es wird gemeinsam eine Studienvereinbarung abgeschlossen. In dieser Vereinbarung werden – ausgehend von den persönlichen Fachinteressen und der individuellen Ausgangsqualifikation der Studierenden – die einzelnen Studienleistungen festlegt, die erforderlich sind, um den angestrebten Abschluß Magister oder Diplom zu erreichen. Es ist beabsichtigt, daß im Ein-

²¹ Vgl. Bürgerschaft Hamburg, Drs. 16/2262; <http://www.rrz.uni-hamburg.de/ICGS>; Focus, Nr. 50/1998, 71 f.; Pressemitteilung der Behörde für Wissenschaft und Forschung der Freien und Hansestadt Hamburg v. 23.03.1999.

zelfall auch eine Abweichung von den einschlägigen Prüfungsordnungen möglich sein soll. Die Studien finden in den Anfangssemestern vorwiegend in englischer und in den Endsemestern vorwiegend in deutscher Sprache statt. Sie sollen in modularisierter Form und mit einem Leistungspunktesystem nach Maßgabe des European Credit Transfer System angeboten werden. Ergänzende interdisziplinäre Veranstaltungen sollen im Rahmen von Summer Schools in der vorlesungsfreien Zeit stattfinden.

Die Universität Hamburg nimmt die abschließende Hochschulprüfung ab und erteilt den Absolventen den Hochschulgrad Magister oder Diplom.

Die Prüfungsarbeiten können in Englisch ggf. auch in Französisch oder Spanisch abgefaßt werden.

Darüber hinaus ist auch ein Promotionsstudienprogramm geplant, das die Anfertigung einer – auch fremdsprachigen – Dissertation zum Gegenstand der Studienvereinbarung hat. Auch in diesem Fall sind studienbegleitende Lehrangebote vorgesehen. Als Abschluß wird der PhD bzw. der Dr.-Titel erteilt.

Das ICGS übernimmt es, für die ausländischen Teilnehmer dieser Programme Wohnraum für die Studiendauer bereitzustellen, es sorgt für ein aus Sprachkursen und Tutorien bestehendes ergänzendes Lehrangebot, für die soziale Betreuung, für Unterstützung bei der Suche nach Praktika und bei der Stipendienbewerbung sowie für ergänzende kulturelle Veranstaltungsangebote. Im Gespräch ist ferner die Errichtung eines Kolleggebäudes in unmittelbarer Nähe zum Uni-Campus, um die Verwaltung des ICGS mit den Wohnräumen der Kollegiaten und den Seminarräumen örtlich zusammenzufassen. Der Baubeginn ist für Mitte 2000 in Aussicht genommen.

Welche der genannten Leistungen von der Universität Hamburg selbst angeboten werden, und welche Angebote der ICGS zuzuordnen sind, ist nicht ganz klar. In der Stellungnahme des Senats an die Bürgerschaft vom 23.03.1999²² sowie in der Pressemitteilung der Hamburgischen Behörde für Wissenschaft und Forschung vom selben Tage heißt es, daß die Universität Hamburg die interdisziplinären

²² Senats-Drs. 16/2262, S. 2 ff.

Studienprogramme – einschließlich der Studienvereinbarung und sonstigen besonderen Merkmale – eingerichtet hat, verantwortet und durchführt, während das ICGS für die ausländischen Studierenden dieser Studiengänge Wohnraum bereitstellt und die geschilderten darüber hinaus gehenden Betreuungs- und Qualifizierungsleistungen anbietet. Dementsprechend seien die Angebote des ICGS und der Universität institutionell und finanziell voneinander getrennt, die fünf Studienprogramme gebührenfrei und erbringe die Universität Hamburg für das ICGS keine Dienstleistungen.

Demgegenüber sah das dem Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft präsentierte Konzept vor und spricht das jedenfalls das gegenwärtig im Internet aufrufbare Informationsmaterial über das ICGS dafür, daß die Gestaltung und das Angebot der interdisziplinären Studienprogramme sowie der individuellen Curricula zu den Leistungen des ICGS gehört, das in diesen Fragen mit der Universität Hamburg lediglich zusammenarbeitet.²³

Ziel des ICGS ist die Aufnahme von zunächst rund 30 Kollegiaten pro Jahr. Die Aufnahme in das ICGS setzt die Zulassung zum Studium an der Universität Hamburg in einem der beschriebenen fachübergreifenden Programme voraus. Für diese Zulassung sind ein qualifizierter Bachelor-Abschluß oder eine äquivalente Qualifikation sowie durch ein qualifiziertes Bestehen des TOEFL (min. 500 Punkte) nachgewiesene gute Englischkenntnisse erforderlich. Für das Promotionsprogramm ist der Master-Grad Voraussetzung. Auch Studierende deutscher Hochschulen können in die Programme aufgenommen werden, wenn sie eine dem Bachelor vergleichbare Qualifikation nachweisen. Auf die Zulassung zum Universitätsstudium hat das ICGS keinen Einfluß.

Die Kollegiaten im ICGS haben monatliche „Kostenbeiträge“ in Höhe von 1.300 DM zuzüglich einmalig 1.400 DM für einen einführenden dreimonatigen Deutsch-Sprachkurs zu entrichten, für einen Teil der Kollegplätze sollen drittfINANZIERT Stipendien zur Verfügung gestellt werden.

²³ In den Informationsbroschüren heißt es z. B.: "The International Center for Graduate Studies offers the following interdisciplinary programs:"; "The ICGS offers: Courses of study which take

Zunächst war als Träger des ICGS eine Stiftung des privaten Rechts vorgesehen, die durch einen Vorstand (sog. "Dekanat"), bestehend aus mehreren Professoren, geleitet werden sollte. Inzwischen ist man von diesem Konzept abgerückt und plant die Gründung einer ICGS-GmbH bzw. einer gemeinnützigen GmbH. Der Diskussionsprozeß scheint diesbezüglich aber noch nicht abgeschlossen, Einzelheiten hinsichtlich der Gesellschafter oder der Organisation sind nicht bekannt. Jüngste Vorstellungen sehen als Organe des ICGS ein Direktorium ("Deans") sowie ein Kuratorium und einem Wissenschaftlichen Beirat vor.

Im Hinblick auf das Stiftungskonzept war vorgesehen, daß die Universität Hamburg maßgebenden Einfluß auf Arbeit und Entwicklung der Stiftung haben sollte. Zwischen der Stiftung und der Universität Hamburg ist der Abschluß eines Kooperationsvertrags geplant, der die Zusammenarbeit zwischen Universität und ICGS regeln soll. Danach verpflichtet sich die Universität, insbesondere die Studienprogramme und Summer Schools durchzuführen und die Betreuung der Studierenden durch Mentoren bzw. Mentorinnen sicherzustellen; die Stiftung ihrerseits soll insbesondere das Kolleggebäude betreiben sowie die Sprachkurse und Tutorien organisieren.

Zur Koordination der Studienprogramme soll an der Universität eine fachbereichsübergreifende Kommission gebildet werden. Für jedes Studienprogramm soll einer Professorin oder einem Professor die Programmverantwortung übertragen werden.

VI. Stuttgart Institute of Management and Technology²⁴

Auf eine gemeinsame Initiative von Wirtschaftsunternehmen und der Universitäten Hohenheim, Stuttgart und Tübingen geht die Gründung des von einer GmbH betriebenen "Stuttgart Institute of Management und Technology" (SIMT) zurück,

into account variations in undergraduate degrees from other systems and create a clear structure for the student. Individual mentoring by professors."

²⁴ S. *Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft*, Private internationale Hochschulen, 1998, S. 4 f.; "Eine private Hochschule in Schwaben", FAZ v. 29.7.1999; Stuttgarter Zeitung, "Privatuni stellt die ersten Professoren ein" v. 14.1.1999; Focus Nr. 50/1998, 71 f.; <http://www.simt.de>.

das im Juli 1999 als staatliche Hochschule anerkannt worden ist. Der Lehrbetrieb ist im September 1999 aufgenommen worden.

Das Stuttgarter Institut bietet in englischer Sprache die Studiengänge „International Management“ sowie ab 2000 „Finance and Investment“ und „Information Technology“ an. Alle Studiengänge haben einen Schwerpunkt im Bereich Technik. Zunächst stehen in den Ausbildungsgängen jeweils bis zu 50 Studienplätze zur Verfügung, ab 2001 sollen 300 Studienplätze eingerichtet sein. Die Zahl der Studierenden beträgt derzeit 27. Der Anteil ausländischer Studierender soll bei 70 Prozent liegen. Die Studiengänge dauern bei Trimestereinteilung 18 Monate und bei Semesterplanung zwei Jahre. Sie schließen mit dem MBA bzw. dem Master of Science ab. Der Unterricht findet bei der Semestereinteilung von September bis Dezember und von Januar bis April statt, in der vorlesungsfreien Zeit sind Praktika bzw. Projektarbeit in der Industrie vorgesehen. Wirtschaftsunternehmen übernehmen während der Ausbildung für die Studierenden Mentorenfunktion und definieren Projekte, die von den Studenten im Rahmen des Studienbetriebs zu bearbeiten sind. Erfolgreich absolvierte Projekte werden als Studienleistung anerkannt. Fünf befristet beschäftigte hauptamtliche Dozenten jedes Studiengangs werden im Ausland rekrutiert, darüber hinaus werden Gastdozenten ausländischer Hochschulen unterrichten. Weitere Lehrbeauftragte sollen aus Wirtschaftsunternehmen kommen. Die Betreuungsrelation soll bei 1:5 liegen.

Die Studiengänge am SIMT sollen in enger Kooperation mit den staatlichen Universitäten Hohenheim, Stuttgart und Tübingen angeboten werden. Der Hauptgebäudekomplex liegt auf dem Campus der Universität Hohenheim. Darüber hinaus stellt die Universität Stuttgart Räumlichkeiten für Veranstaltungen in den technischen Disziplinen zur Verfügung. Es ist vorgesehen, daß die Studierenden des SIMT auch die Einrichtungen (Bibliotheken, Rechenzentren, Laboratorien, etc.) der staatlichen Universitäten nutzen können, das an diesen Universitäten vorhandene fachliche Wissen in die Arbeit am SIMT einzubinden und sich in das von den Landesuniversitäten aufgebaute Netzwerk internationaler Partnerschaftsbeziehungen zu anderen Lehr- und Forschungseinrichtungen zu integrieren. Insoweit wird das SIMT als eine Art „internationale Fakultät“ der drei Landeshochschulen begriffen.

Voraussetzung für die Zulassung zum Studium an dem SIMT ist zunächst ein Bachelor bzw. Fachhochschulabschluß oder ein Vordiplom bzw. eine Zwischenprüfung plus zwei Semester eines fachbezogenen Hochschulstudiums, ferner das qualifizierte Bestehen des GMAT (500 Punkte) und des TOEFL (550 Punkte). Die endgültige Entscheidung über die Aufnahme eines Bewerbers und den Abschluß eines Studienvertrages findet nach einem Auswahlgespräch statt.

Die Studiengebühren betragen 40.000 DM jährlich. Die Möglichkeit der Gewährung von Stipendien und Darlehen ist gegeben.

Das SIMT soll durch Studiengebühren und durch Zuschüsse von Wirtschaftsunternehmen und des Landes Baden-Württemberg finanziert werden. Bei einem Vollbetrieb wird mit Kosten von rund 8,3 Mio. DM jährlich gerechnet, die teilweise durch die Zinserträge aus einem aufzubauenden Kapitalstock von ca. 40 Mio. DM abgedeckt werden sollen. An diesem Kapitalstock sind das Land Baden-Württemberg mit 15 Mio. DM und die Stadt Stuttgart mit insgesamt 5 Mio. DM beteiligt, die restliche Summe soll von Wirtschaftsunternehmen beigesteuert werden.

Träger des SIMT ist eine als gemeinnützig anerkannte GmbH, an der der Verein "Freunde des SIMT", in dem die beteiligten Wirtschaftsunternehmen zusammengeschlossen sind, sowie die Freundeskreise der kooperierenden staatlichen Universitäten Hohenheim, Stuttgart und Tübingen beteiligt sind. Die Geschäftsführung obliegt einem wissenschaftlichen und einem kaufmännischen Direktor. Dem für die strategische Ausrichtung und für die Überwachung der Geschäftsführung zuständigen Verwaltungsrat gehören vier Vertreter der beteiligten Wirtschaftsunternehmen und drei der Universitäten an. Ein Senatsausschuß erarbeitet für den Verwaltungsrat Empfehlungen zur akademischen Entwicklung des SIMT. Im Kuratorium, das das Institut begleitend und ratgebend fördert, sind Vertreter aus Wirtschaft, Wissenschaft, den Partneruniversitäten sowie – künftig – Absolventen des SIMT vereint.

VII. International Tele-University Germany (INTUG) Karlsruhe²⁵

Die vier badischen Universitäten Freiburg, Heidelberg, Karlsruhe und Mannheim wollen gemeinsam eine "International Tele-University Germany" (INTUG) errichten, an der insbesondere ausländische Studierende international geläufige Abschlüsse erwerben können. Das Konzept sieht eine Kombination aus Präsenzstudium in Deutschland und die Bereitstellung eines multimedialen Lehrangebots mit Hilfe des Internet oder anderer moderner Kommunikationsmittel vor, das die Studierenden aus aller Welt an ihrem Heimatort abrufen können. Die INTUG baut auf den technischen, organisatorischen und pädagogischen Erfahrungen auf, die die beteiligten Universitäten in den vergangenen Jahren mit Tele-Teaching-Projekten gemacht haben.

Über die INTUG soll das an den Universitäten Freiburg, Heidelberg, Karlsruhe und Mannheim vorhandene Forschungs- und Lehrangebot gezielt für ein Telestudium aufbereitet und mittels modernster Multimedia- und Telekommunikationstechniken international im Computernetz verfügbar gemacht werden. Dies setzt die Entwicklung neuer Lehr-, Betreuungs- und Prüfungsformen voraus. Die INTUG soll neben der Koordinierung den technischen und organisatorischen Service, die Realisierung und Durchführung der Kurse sowie die Betreuung der Studierenden übernehmen, während die einzelnen Lehrveranstaltungen aus dem Lehrangebot der beteiligten Universitäten übernommen und somit von den Hochschullehrern der Fakultäten inhaltlich verantwortet werden.

Das Studienangebot der INTUG soll schrittweise aufgebaut werden und mit teilweise selbstentwickelten sowie ggf. fremdproduzierten Veranstaltungen und Kursen in den Fächern Deutsch als Fremdsprache, Informatik, Forstwissenschaften, Wirtschaftswissenschaften und Medizin starten. Später soll es sich auf weitere renommierte Studienfächer der beteiligten Universitäten erstrecken. Die Lehre wird grundsätzlich auf Englisch stattfinden. Für die Lehrveranstaltungen sollen nach Maßgabe des ECTS international anerkannte Leistungspunkte, Noten und Zertifikate vergeben werden. In der Startphase wird es sich dabei zunächst um

²⁵ Vgl. <http://intug.ira.uka.de>; Focus Nr. 50/1998, 71 f.; Badische Neueste Nachrichten, "Land unterstützt die Teleuni" v. 1.3.1999; Pressemitteilung der Universität Karlsruhe v. 31.7.1998.

entsprechend aufbereitete Einzelthemen sowie die Zusammenstellung von Kursen handeln, die neben per Internet übertragene Vorlesungen auch Übungen, Tutorien oder rechnergestützte Gruppendiskussionen umfassen. Danach ist die Einführung vollständiger Studiengänge beabsichtigt, die zum Bachelor- und zum Master-Grad führen. Darüber hinaus sollen spezielle, an den Bedürfnissen der beteiligten Wirtschaftspartner orientierte Weiterbildungskurse entwickelt werden.

Das Studium an der INTUG in einem der geplanten kompletten Studiengänge umfaßt eine erste vorwiegend theoretisch ausgerichtete "Telephase", die der Student an seinem Heimatort im Ausland mit Hilfe eines Studienprogramms, welches über das Telekommunikationsnetz vermittelt wird, durchführt. Um die notwendige technische Infrastruktur sowie die Betreuung der Studierenden in den Herkunftsländern zu gewährleisten, ist die internationale Kooperation mit Hochschulen und Wirtschaftsunternehmen zur Errichtung sog. Außenstellen geplant. Die anschließende eher praxisorientierte Präsenzphase findet an einer der vier badischen Universitäten statt. Hier ist sowohl eine weitgehende Eingliederung in den normalen Universitätsbetrieb als auch ein ergänzendes Lehr- und Betreuungsprogramm durch die INTUG vorgesehen. Zum Abschluß dieses zweiten Studienabschnitts werden die Abschlußprüfungen durchgeführt.

Durch die Zusammenarbeit mit ausländischen Partnerhochschulen wird der Aufbau eines internationalen Netzes von Hochschulen angestrebt, die in der INTUG zusammenwirken.

Für die Teilnahme an den Programmen der INTUG sollen kostendeckende Studiengebühren erhoben werden. Nähere Einzelheiten der Finanzplanung sind nicht bekannt.

Ursprünglich war vorgesehen, weltweit bis zu rund 20.000 Studierenden zu unterrichten und an bis zu 40 Außenstellen durch die Kooperationspartner aus der Wissenschaft und Wirtschaft zu betreuen, gegenwärtig gehen die Planungen dahin, die erwarteten rund 9000 Studierenden durch 70 Mentoren, zehn davon an ausländischen Standorten, zu betreuen.

Mit der INTUG wollen die beteiligten Universitäten eine selbständige Verwaltungs- und Rechtseinheit gründen, an der die ausländischen Studierenden eingeschrieben sind. Als Rechtsformen, für die Trägerschaft der INTUG werden die GmbH bzw. eine GmbH & Co.KG diskutiert, an der sowohl Wirtschaftsunternehmen als auch die vier Universitäten beteiligt sein sollen. Universitäten und Wirtschaft sollen ein paritätisch besetztes Steuerungskomitee bilden. Daneben sind wissenschaftliche Beiräte der einzelnen Forschungs- und Lehrfelder vorgesehen, die die Entwicklung der Kursangebote sachverständig begleiten.

Die zunächst erhoffte Anschubfinanzierung aus einem Wettbewerb des Bundesforschungsministeriums ist nicht zustande gekommen. Nunmehr hat das Land Baden-Württemberg finanzielle Unterstützung zugesagt und will fünf Mio. DM zu dem für die ersten vier Jahre auf 35 Mio. DM veranschlagten Gesamtbudget beisteuern.

Derzeit wird eine Marktanalyse angefertigt, die von den potentiellen Geldgebern verlangt wird. Die Ergebnisse sollen im Herbst vorliegen und danach die Entscheidungen über das weitere Vorgehen getroffen werden. Bis dahin wird geklärt, in welchem Umfang sich interessierte Wirtschaftsunternehmen (Verlage und Industrie) an dem Projekt beteiligen.

Das Konzept der INTUG sieht vor, die langfristige Finanzierung durch Studiengebühren und den Verkauf der neuen Lehrformen sicherzustellen.

Die Aufnahme des Betriebs der INTUG ist zur Zeit für das Wintersemester 2000/2001 geplant.

VIII. Privatisierungsvorhaben an der Freien Universität Berlin²⁶

Die Freie Universität (FU) Berlin entwickelt derzeit ein Konzept einer umfassenden Reorganisation mit dem Ziel der effizienteren Wahrnehmung der ihr zugewiesenen Aufgaben. Dabei wird eine konsequente Dienstleistungsorientierung

²⁶ Vgl. die Internet-Informationen des Gesamtpersonalrats der FU Berlin, <http://www.fu-berlin.de/gesamtpersonalrat>.

angestrebt. In diesem Zusammenhang werden verschiedene Überlegungen zur Ausgründung oder Privatisierung bzw. zu einem Trägerwechsel von einzelnen Bereichen der Hochschule angestellt.

Im Juli 1998 haben der Gesamtpersonalrat und die Universitätsleitung eine Rahmendienstvereinbarung über die Reorganisation²⁷ abgeschlossen und dabei unter anderem vereinbart, daß eine Organisations- und eine Aufgabenprivatisierung gegenüber den Möglichkeiten des Insourcing nachrangig sein soll und jede Ausgliederung unter Rechtsformwandel sowie jede Privatisierung einer besonderen betriebswirtschaftlichen Begründung bedarf. Bei einer Organisationsprivatisierung unter Beteiligung privater Gesellschafter soll die FU Mehrheitsgesellschafterin sein. Eine Aufgabenprivatisierung soll nur dann in Betracht kommen, wenn die Kosten der Leistung innerhalb der FU höher sind als die Kosten des Zukaufs der extern angebotenen Leistung bei vergleichbarer Qualität.

Im einzelnen werden folgende Privatisierungsvorhaben diskutiert bzw. wurden realisiert:

Die Pressestelle des Fachbereichs Humanmedizin wurde privatisiert. Auch war zunächst von der Verwaltungsleitung des Universitätsklinikums die Gründung einer Dienstleistungs-GmbH in Kooperation mit dem Fachbereich Humanmedizin vorgesehen. Der Fachbereich Humanmedizin/Universitätsklinikum sollte einer von mehreren Gesellschaftern sein und aufgrund entsprechender vertraglicher Regelung eine beherrschende Stellung haben. Die Finanzierung des Gesellschaftsanteils des Universitätsklinikums war über ein Darlehen geplant. Die Klinik Service-GmbH sollte Aufgaben für das Universitätsklinikum Benjamin Franklin in den Bereichen Küche, Wäscheversorgung und MZD sowie Reinigungs- und Stationsdienste wahrnehmen und das Universitätsklinikum sich im Kooperationsvertrag die dauernde Abnahme dieser Leistungen zusichern. Diese Pläne werden derzeit nicht weiter verfolgt.

²⁷ Vgl. im Internet <http://www.fu-berlin.de/gesamtpersonalrat/rdv/>.

Im Rahmen der Rahmendienstvereinbarung zur Reorganisation der FU Berlin wurden Projektgruppen eingerichtet, um für den Reorganisationsprozeß in den unterschiedlichen Geschäftsbereichen (Bibliotheken, Veterinärmedizin, Botanischer Garten/Botanisches Museum, Informations- und Kommunikationstechnik, Tagungen/Kongresse, Druck-/Kopierdienste, Gebäudemanagement, Weiterbildung, Rechtsberatung, Kindertagesstätte) der FU Entscheidungen vorzubereiten. In diesen Projektgruppen wird auch die Möglichkeit einer Aufgaben- und Organisationsprivatisierung von einzelnen Dienstleistungsbereichen an der FU untersucht.

Gegenwärtig wird über die Gründung einer Dienstleistungsgesellschaft in der Rechtsform der GmbH nachgedacht, an der die FU als Gesellschafter mit beherrschender Stellung beteiligt sein und die die Aufgaben einzelner Service-Einrichtungen der Universität außerhalb der Kernbereiche von Forschung und Lehre wahrnehmen soll.

IX. Bayerische Elite-Akademie, München²⁸

Die Bayerische Elite-Akademie ist eine gemeinsame Einrichtung der bayerischen Wirtschaft unter Mitwirkung der bayerischen Universitäten zur Elitenförderung andererseits. Sie wendet sich an hervorragende Studierende an bayerischen Universitäten bzw. deren Partneruniversitäten insbesondere aus den Fachrichtungen Ingenieur-, Natur- und Wirtschaftswissenschaften, die für künftige Führungsaufgaben besonders geeignet erscheinen. Die Elite-Akademie will das Bildungsangebot der bayerischen Universitäten ergänzen und versteht sich als zusätzliche Förderinstitution der besten Studierenden des Freistaates Bayern. Ziel der Bayerischen Elite-Akademie ist die Persönlichkeitsbildung und das Fördern von Führungsfähigkeit durch Vermittlung methodischen Wissens, die Einweisung in das Bearbeiten komplexer, praxisbezogener Projekte sowie die Begegnung mit "Vorbildern" aus Wirtschaft, Wissenschaft und Politik. Neben Fachwissen sollen vor allem die Fähigkeit zum ergebnisorientierten Planen und Handeln im Team, zur Integration und Motivation von Menschen, Mut zur Entscheidung und zur Über-

²⁸ Vgl. im Internet <http://www.focus.de/D/DB/DB37/DB37A/DB37AJ/db37aj.htm>.

nahme von Verantwortung, Systemverständnis und Querschnittsdenken sowie die Fähigkeit zum Erkennen innovativer Ideen gefördert werden.

Die Teilnehmer eines Jahrgangs arbeiten in interdisziplinären Arbeitsgruppen zu maximal 7 Studierenden unter Anleitung von je zwei Tutoren aus der Wissenschaft und der Wirtschaft an einem komplexen aktuellen und praxisbezogenen Projekt mit wirtschaftlichem und gesellschaftspolitischem Bezug und entwickeln hierzu umsetzungsfähige Realisierungsvorschläge. Jeder Akademieteilnehmer bekommt darüber hinaus eine Persönlichkeit aus Wirtschaft oder Wissenschaft als Mentor zugewiesen, der die persönliche Entwicklung begleitet und als Ansprechpartner dient.

Das Studienprogramm erstreckt sich über einen Zeitraum von zwei Jahren (vier Semestern) und ist in vier Lehreinheiten bzw. -abschnitte unterteilt, wobei eingangs jeder Einheit eine vierwöchige Kern- bzw. Präsenzphase stattfindet. Diese werden in die nicht prüfungsrelevanten Wochen der vorlesungsfreien Zeit an den Universitäten gelegt. Die dazwischen liegende Zeit dient dazu, im Selbst- bzw. Fernstudium Wissenslücken zu schließen, die Lerneinheiten nachzubereiten und das Projekt weiterzuentwickeln. In dieser Zeit wird die Akademie vorwiegend "virtuell" internetgestützt weitergeführt. Die Projektarbeit wird begleitet von der Vermittlung relevanten Methoden- und Querschnittswissens, Seminaren und Workshops zur Persönlichkeitsbildung, Profilierung und Positionierung sowie dem Wissenstransfer und der Erfahrungsvermittlung durch Begegnungen mit international renommierten Persönlichkeiten aus Wirtschaft, Politik und Wissenschaft. Die Lehrveranstaltungen finden in Deutsch und Englisch statt.

Ein Akademiejahrgang umfaßt etwa 30 Teilnehmer. Bewerben können sich in erster Linie Studierende der bayerischen Universitäten, die die genannten Studiengänge im 5. Fachsemester studieren. 20 Prozent der Lehrgangsplätze sind für Studierende bzw. Postgraduierte ausländischer Partnerhochschulen reserviert.

Die Bewerber von bayerischen Universitäten müssen ein mehrstufiges Auswahlverfahren durchlaufen. Eingangsvoraussetzungen sind überdurchschnittliche Abiturergebnisse, wobei die Noten der Abiturfächer unterschiedlich gewichtet wer-

den. Neben einem mit mindestens "gut" absolvierten ersten Teil des Vordiplom-examens, dem Bestehen des TOEFL mit mindestens 550 Punkten, Gutachten von zwei Professoren sowie der Empfehlung eines von der Akademie bestellten Vertrauensdozenten an der Universität haben die Bewerber zwei schriftliche Arbeiten über ein selbstgewähltes und ein vorgegebenes Thema einzureichen. Nach Vorauswahl findet ein mündliches Auswahlverfahren zur Benennung der endgültigen Teilnehmer statt.

Die Postgraduierten bzw. Studierenden ausländischer Partnerhochschulen werden unter Beachtung der Zielsetzung der Akademie und des zu bearbeitenden Projektthemas durch Professoren ausgewählt, die eine enge Kooperation mit der Akademie bzw. den bayerischen Universitäten pflegen.

Der Kostenbeitrag für die Teilnahme an der Akademie beträgt für deutsche Teilnehmer 1.000 DM pro Semester. Ausländische Teilnehmer werden eingeladen. Es wird durch die Gewährung von Darlehen bzw. Stipendien sichergestellt, daß ein erfolgversprechender Teilnehmer nicht aus finanziellen Gründen von der Teilnahme ausgeschlossen wird.

Die Ergebnisse der Projektarbeiten sollen auf englisch in einem amerikanischen Verlag veröffentlicht werden. Über die Teilnahme wird nach erfolgreicher Absolvierung ein Zertifikat ausgestellt. Das erste Akademiestemester begann am 6. April 1999. In den Gründungsjahrgang wurden dabei 16 Studierende aufgenommen.

Trägerin der Bayerische Elite-Akademie ist eine GmbH, deren alleiniger Gesellschafter die von Wirtschaftsunternehmen errichtete "Stiftung Bayerische Elite-Akademie" ist. Die Errichtung der Stiftung wurde am 7. Juli 1998 durch die Regierung von Oberbayern genehmigt. Sie ist eine als gemeinnützig anerkannte rechtsfähige Stiftung des bürgerlichen Rechts mit Sitz in München. Organe der Stiftung sind der Stiftungsrat, der Stiftungsvorstand und das Kuratorium. Dem Stiftungsrat, der über die Einhaltung des Stifterwillens wacht, den Stiftungsvorstand berät und überwacht sowie bei der Gestaltung der inhaltlichen Ziele und Strategien der Akademie mitwirkt, gehören satzungsgemäß sechs Vertreter der Bayerischen Wirtschaft, drei Vertreter des Bildungsbereichs sowie zwei vom

Freistaat Bayern benannte Mitglieder an. Der die Geschäfte der Stiftung führende Stiftungsvorstand besteht aus zwei vom Stiftungsrat berufenen Personen, derzeit dem Akademieleiter sowie dem Geschäftsführer der Akademie-GmbH. Das Kuratorium besteht aus einer unbestimmten Anzahl vom Stiftungsrat berufener Förderer der Stiftung, Vertreter des öffentlichen Lebens sowie Wissenschaftler. Das Stiftungskapital betrug inklusive Zustiftungen Anfang 1999 13,6 Mio. DM. Für die laufenden Kosten sind zusätzlich bis zum Jahr 2002 zwischen 3,3 und 3,7 Mio. DM jährlich zugesagt, so daß die Arbeit der Akademie für die ersten 5 Jahre finanziell sichergestellt ist. Die Finanzierung des kalkulierten Jahresbudgets von 3,2 Mio. DM soll grundsätzlich durch laufende Stiftungserträge und/oder durch eingeworbene Projektmittel gewährleistet werden. Der Freistaat Bayern unterstützt die Akademie durch die kostenlose Zurverfügungstellung von Räumen für die Akademieleitung. Sonstige Zuschüsse aus dem Staatshaushalt sind nicht vorgesehen.

X. German International Graduate School of Management and Administration (GISMA), Hannover²⁹

Die „German International Graduate School of Management and Administration“ (GISMA) ist eine Initiative des Landes Niedersachsen und der Wirtschaft. Das Studienangebot umfaßt ein Vollzeitstudium für Postgraduierte in „Science“ in „Industrial Administration“ sowie ab 2000 zudem ein Teilzeitstudium „on the job“ in „Science in Management“.

GISMA ist nach dem Vorbild des amerikanischen Projektpartners, der Krannert Business School of Management an der Purdue University in West Lafayette, Indiana, konzipiert. Die Krannert Business School gilt als eine der führenden Business Schools in den USA. Sie gehört zu den fünf Business Schools weltweit, die den betriebswirtschaftlichen akademischen Grad „Master of Science in Industrial Administration“, der inhaltlich auf die Industriezweige High Tech und Industrieproduktion abgestimmt ist, verleihen. Für die ersten fünf Jahre ist mit der Partner-

²⁹ S. Richter, WamS v. 29.11.1998 S. BR 1; FAZ v. 27.3.1999;
<http://focus.de/D/DB/DB37/DB37F/DB37FA/db37fa.htm>;
<http://focus.de/D/DB/DB37/DB37F/db37f.htm>.

universität ein kompletter Wissenstransfer in dem Sinne vereinbart, daß sowohl Kursinhalte, Lehrpläne, Lehrmethodik und Lehrsystem als auch zunächst zwölf Professoren der Krannert Business School der GISMA zur Verfügung stehen. Deutsches Lehrpersonal soll nach und nach bis zur Hälfte ergänzt werden.

Einzelne Wahlfächer können nach den Bedürfnissen der Sponsoren gestaltet werden und das Lehrprogramm ergänzen. Diese enge Kooperation mit der Wirtschaft soll auch in den Lehrinhalten zum Ausdruck kommen. Fallstudien und Planspiele sind etwa dem Geschäftsalltag der Sponsorunternehmen entnommen. Die Veranstaltungen finden in englischer Sprache statt. Die Studiengänge können auf Wunsch auch teilweise an der Krannert Business School in den USA absolviert werden. Das Konzept sieht einen Anteil von 30 Prozent der Studierenden aus dem europäischen und 20 Prozent aus dem außereuropäischen Ausland vor. Die Zulassung zum Studium setzt das Bestehen eines Auswahlverfahrens sowie des TOEFL und des G-MAT voraus.

Für das Vollstudium wird darüber hinaus ein abgeschlossenes Hochschulstudium (Wirtschaftswissenschaften, Jura, Ingenieurwissenschaften, Naturwissenschaften) verlangt. Es stehen in diesem Studiengang 100 Studienplätze zur Verfügung. Das Studium dauert elf Monate und schließt mit dem Master of Science in Industrial Administration (MSIA) ab. Die Studiengebühren betragen 24.000 DM. 23 Studierende darunter 12 deutsche haben im August 1999 das Studium aufgenommen.

Der on-the-job-Studiengang soll mit 50 Studienplätzen für Führungskräfte mit mindestens zweijähriger Berufserfahrung eingerichtet werden. Die Studiengebühren für die zweijährige Ausbildung betragen 50.000 DM bzw. für Mitarbeiter der Sponsorenfirmen 34.000 DM. Die Absolventen erhalten den Grad Executive Master of Science in Management (EMSM). Der Start des Programms ist für Februar 2000 geplant.

Die „German International Graduate School of Management and Administration“ (GISMA) ist von einer Stiftung des bürgerlichen Rechts, an der das Land Niedersachsen und das Wirtschaftsunternehmen Vanenburg Ventures, eine Gesellschaft

der niederländischen Baan-Gruppe, beteiligt sind, gegründet worden. Weitere Industrieunternehmen beteiligen sich finanziell an diesem Projekt.

XI. Hanse Law School Bremen/Groningen³⁰

Bei der Hanse Law School handelt es sich um ein gemeinsames Projekt der Universitäten Bremen, Oldenburg und Groningen. Die beteiligten Hochschulen planen die Einrichtung eines durch die rechtswissenschaftlichen Fakultäten dieser Universitäten gemeinsam getragenen internationalen juristischen Studienangebots, das u.a. ein vierjähriges Studium mit dem Abschluß eines Doppeldiploms (“Master” und “Meester in de rechten”), ein Doktorandenkolleg und eine speziell an den Erfordernissen der Anwaltstätigkeit ausgerichtete Ausbildung umfaßt. Zum Studienanfang ist ein sog. “Flex-Jahr” vorgesehen, das den Wechsel in ein reguläres Jurastudium ermöglichen soll. Um die konkrete Curriculaplanung kümmert sich derzeit eine Steuerungsgruppe. Die Lehrtätigkeit soll im Jahr 2001 aufgenommen werden.

Verschiedentlich wird das Projekt der Hanse Law School ebenfalls als Modell einer privaten internationalen Hochschule dargestellt. Dies ist indes nicht zutreffend. Zwar wurde anfangs auch über eine private Rechtsform für die Trägerschaft nachgedacht, dies ist gegenwärtig aber nicht mehr vorgesehen.

XII. Weitere Gründungsinitiativen privater Hochschulen

Darüber hinaus sind einige Neugründungen von Hochschulen initiiert, bei denen der Staat weder an dem privatrechtlich organisierten Träger der Bildungseinrichtung beteiligt ist noch ein Kooperationsverhältnis mit staatlichen Hochschulen besteht. Der private Träger erhält oder erwartet jedenfalls in einigen Fällen von Seiten des Staates finanzielle Mittel zur Unterstützung seiner Aufgabenerfüllung.

Zu diesen Gründungsinitiativen zählen beispielsweise die “Gerd Bucerius International Law School Hamburg”, die “International University Bruchsal”, das vom

³⁰ Vgl. *Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft*, Private internationale Hochschulen, 1998, S. 23 ff.; Rheinischer Merkur, v. 25.12.1998 S. 10.

Deutschen Orden in Augsburg geplante private Universitäts-Klinikum sowie das “Center for Advanced Management, Projects and Utility Studies” (CAMPUS), welches in Dortmund realisiert werden soll, derzeit aber noch einmal grundlegend auf seine finanzielle Machbarkeit überprüft wird.

XIII. Einschätzung

Auffällig ist, daß es in den meisten Fällen nur um die Wahrnehmung einzelner Hochschulfunktionen, insbesondere um das Angebot ausgewählter Studiengänge geht und daß es vielfach an einer direkten und unmittelbaren Beteiligung des Staates und/oder mehrerer staatlicher Hochschulen fehlt und daß apokryphe Formen der Mitwirkung und Unterstützung im Hinblick auf Organisation und Ausstattung das Bild prägen. Dieses Agieren in Grauzonen läßt die Vermutung zu, daß hier politische Festlegungen oder Programmatiken, aber auch bestehende oder vermeintliche rechtliche Vorgaben umgangen, unterlaufen oder vermieden werden sollen.

2. Kapitel

Hochschule als notwendige Staatsaufgabe

Die Errichtung und der Betrieb von Hochschulen in den und im Rahmen der oben dargelegten Rechtsformen könnte unzulässig sein, wenn es sich dabei um eine notwendige und in den Formen des öffentlichen Rechts zu erfüllende Staatsaufgabe handelt.

1. Abschnitt

Begriffsklärungen

I. „Staatsaufgabe“

Der Begriff der „Staatsaufgabe“ wird sehr unterschiedlich verstanden und definiert. Die Schwierigkeiten einer präzisen staatstheoretischen Umschreibung des Begriffs werden verständlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß nationale Verfassungen sich jedenfalls bisher als Emanationen einer autonomen verfassungsgebenden Gewalt begriffen haben und sich in der Regel auf die eher vage formulierte Festlegung von Prinzipien, Zwecken und Zielen beschränken.

Teilweise wird daher die Möglichkeit einer Staatsaufgabenlehre, die danach fragt, welche Aufgaben der Staat selbst wahrnehmen muß bzw. welche er an Private abgeben darf,³¹ abgelehnt.³² Es läuft darauf hinaus, wenn etwa Herbert Krüger die Ansicht vertritt, die „General- und Blankovollmacht, sich in freier Entschliebung und in eigener Verantwortung denjenigen Aufgaben stellen zu dürfen, die der Staat ... für erforderlich hält“, gehöre zur „existentiellen Ausstattung eines jeden Staates“.³³

³¹ Vgl. Gusy, S. 331.

³² Vgl. Ipsen, H.P., S. 10; Weber, S. 658; Schmitt, S. 24; Kelsen, S. 40; Nawiascky, S. 34; Blankenagel, AöR 1980 S. 36, 75.

³³ Krüger, S. 27, 760.

Entgegen dieser Auffassung bemühen sich andere³⁴ um die Definition jener Aufgaben, deren Wahrnehmung einen Staat als solchen definiert und die ihm notwendig aufgegeben sind.

Erschwert wird eine Bestimmung des Begriffs der Staatsaufgabe durch den uneinheitlichen Sprachgebrauch in Rechtsprechung und Literatur, die oftmals und nicht selten widersprüchlich zwischen „öffentlichen“ Aufgaben und „staatlichen“ Aufgaben unterscheiden.³⁵ Insbesondere vom BVerfG werden die Begriffe „öffentliche“ und „staatliche“ Aufgaben sowohl inhaltsgleich wie im Hinblick auf ihren Inhalt unterschiedlich verwendet.³⁶

In Abgrenzung zur „staatlichen“ Aufgabe werden unter dem Begriff der „öffentlichen“ Aufgabe solche Agenden verstanden, an deren Wahrnehmung ein Interesse der Öffentlichkeit besteht oder angenommen wird.³⁷ Nimmt man diesen Ansatz auf, so folgt aus der Bezeichnung einer Aufgabe als „öffentlich“ nicht, daß als Träger der Aufgabe nur der Staat oder ein sonstiges öffentlich-rechtlich organisiertes Funktionssubjekt in Betracht kommt.³⁸ Vielmehr können so verstandene „öffentliche“ Aufgaben sowohl durch Private als auch durch den Staat sowohl in der Form des öffentlichen wie des Privatrechts erfüllt werden.³⁹

Zur Beantwortung der hier aufgeworfenen Frage ist damit die Kategorie der öffentlichen Aufgabe unergiebig, und es bleibt zu prüfen, ob sich mit Hilfe der Kategorie der Staatsaufgabe eine staatliche Pflichtagenda umschreiben läßt.⁴⁰ Nach dem sogenannten Fernsehurteil⁴¹ des BVerfG soll es sich bereits dann um eine „staatliche“ Aufgabe handeln, wenn sich der Staat „mit einer öffentlichen Aufgabe in irgendeiner Weise befaßt“. Dieser Ansatz beschränkt sich auf einen rein de-

³⁴ Vgl. *Bull*, S. 4 ff.; *Naschold*, S. 8, 10; *Krautzberger*.

³⁵ Vgl. *Krautzberger*, S. 15; *Leisner*, S. 16 ff.; *Klein*, DÖV 1965 S. 755, 757.

³⁶ Vgl. *Krautzberger*, S. 97, mit einer umfangreichen Auflistung entsprechender Entscheidungen des BVerfG.

³⁷ Vgl. *Martens*, S. 117; *Peter*, S. 878; *Leisner*, S. 25 f.; *Krautzberger*, S. 106; *Schmidt-Aßmann*, 3. Kap. Rdnr. 61.

³⁸ Vgl. *Martens*, S. 118; *Schmidt-Aßmann*, 3. Kap. Rdnr. 61.

³⁹ Vgl. auch *Peters*, S. 878; *Schmidt-Aßmann*, 3. Kap. Rdnr. 61.

⁴⁰ Gegen eine Gleichsetzung „öffentlicher“ und „staatlicher“ Aufgaben auch *Martens*, S. 118; *Peters*, S. 879 f.; vgl. auch *Krautzberger*, S. 106.

⁴¹ BVerfGE 12, 205, 243.

skriptiven Befund ohne normative Selektionskraft.⁴² Er führt dazu, daß es im Belieben des Staates steht, eine Aufgabe an sich zu ziehen.⁴³ Eine normative Organisationsvorgabe läßt sich dem Begriff auch nicht entnehmen, wenn man auf die Anschauung von Bürgern oder Staatsorganen abstellt.⁴⁴

Vermag demnach die Staatstheorie nicht mit einer apriorischen Definition von Staatsaufgaben zu dienen⁴⁵, so bedarf es, wie Wolfgang Martens⁴⁶ anmerkt, einer „rechtsverbindlichen und rechtserheblichen staatlichen Entscheidung“, bedarf es des Rückgriffs auf die jeweilige Verfassung bei der Bestimmung dessen, was zu den Staatsaufgaben gehört und ob de constitutione lata zwischen möglichen und notwendigen Staatsaufgaben unterschieden werden kann oder muß.

II. „notwendige Staatsaufgabe“

In staatsrechtlicher Literatur⁴⁷ und Rechtsprechung⁴⁸ wird in unterschiedlicher Weise versucht, jene Aufgaben zu beschreiben, die nur der Staat erfüllen kann bzw. muß. So werden bestimmte Aufgaben als „notwendig“⁴⁹, „originär“⁵⁰, „zwingend“⁵¹, „unbedingt“⁵² oder „genuin“⁵³ staatlich bezeichnet oder als „wesentliche Staatsaufgaben“ beschrieben, die „nur der Staat bewirken kann“.⁵⁴ Als maßgebend wird „allein die subjektive Staatsnotwendigkeit, das, was sich der Staat vorbehalten hat“, angesehen. Die Aufgabe rechtfertigt sich daher durch den „Gubernativwillen“ des Staates.⁵⁵ Als „staatsnotwendig“ werden solche Aufgaben betrachtet, „die dem Staat deswegen ausschließlich vorbehalten sind, weil seine Intervention unentbehrlich und unersetzbar ist“.⁵⁶ Soweit es um dergestalt defi-

⁴² Vgl. ausführlich *Peters*, S. 890 ff.

⁴³ Vgl. auch *Bull*, S. 105.

⁴⁴ Vgl. *Bull*, S. 105.

⁴⁵ Vgl. auch *Schmidt-Aßmann*, 3. Kap. Rdnr. 62; *Herzog*, in: *Isensee/Kirchhof*, § 58 Rdnr. 1; *Bull*, S. 99 f.; *Häberle*, AöR 1986 S. 595, 601.

⁴⁶ *Martens*, S. 120.

⁴⁷ Vgl. die Nachweise bei *Krautzberger*, S. 49 f.

⁴⁸ BVerwGE 2, 85, 86; 4, 250, 254; BVerfGE 7, 377; 31, 337, 342.

⁴⁹ *Kirchhof*, S. 111 ff.; vgl. auch *Gusy*, S. 331.

⁵⁰ *Krautzberger*, S. 50 m.w.N.; *Bull*, S. 99.

⁵¹ *Böckstiegel*, S. 40 ff.

⁵² *Krüger*, S. 766.

⁵³ *Hengstschläger*, VVDStRL 54 (1995) S. 165, 174.

⁵⁴ *Leisner*, S. 16 f.; vgl. auch *Kirchhof*, S. 111 ff.

⁵⁵ *Kirchhof*, S. 115.

⁵⁶ *Krautzberger*, S. 52.

nierte, de constitutione lata notwendige Staatsaufgaben geht, sind Private von ihrer Wahrnehmung ausgeschlossen.

Die Versuche einer Umschreibung lassen bereits erkennen, daß es auch de constitutione lata kaum überzeugend gelingen kann, den Begriff der notwendigen Staatsaufgabe allgemein zu definieren. Es ist vielmehr nötig, die Verfassung mit Hilfe der Methoden der Verfassungsinterpretation daraufhin durchzumustern, welche Aufgaben sie dem Staat vorbehält. Hilfreich kann insoweit zum einen der gegenwärtige tatsächliche Befund, zum anderen aber auch die historische Entwicklung sein

2. Abschnitt

Ausschließliche staatliche Befugnis zur Errichtung und zum Betrieb von Hochschulen

I. Der gegenwärtige Befund

Von insgesamt 315 in Deutschland bestehenden Hochschulen⁵⁷ befinden sich 41 Hochschulen in kirchlicher und 35 in privater Trägerschaft. Vergewahrtigt man sich dieses Verhältnis staatlicher und privater Hochschulen in Deutschland, so fällt der Anteil privater Hochschulen mit etwa 20 % und einem Anteil von 2 % aller Studierenden relativ gering aus. Er dokumentiert indes, daß Errichtung und Betrieb von Hochschulen offenbar nicht ausschließlich als staatliche Aufgabe begriffen werden. Andererseits läßt ein Anteil von 2 % der Studierenden die Einschätzung des BVerfG aus dem Jahre 1973, der Staat besitze „hinsichtlich dieses Wissenschaftsbetriebes heute weitgehend ein faktisches Monopol“⁵⁸, nicht als überholt erscheinen.

⁵⁷ Vgl. oben S. 2 und die in Fn. 2 angeführte Hochschulliste der HRK.

⁵⁸ BVerfGE 35, 79, 115; vgl. auch *Oppermann*, Kulturverwaltungsrecht, S. 269 ff.

II. Der historische Befund

Als erste Universitäten im Sinne von Lehranstalten mit bestimmtem Fächerkanon sind vor allem die Universitäten von Bologna (1088), Paris (1198), Oxford (Ende 12. Jh.), Padua (1222), sowie Siena (1246) zu nennen.⁵⁹ Sie waren mit bestimmten Sonderrechten ausgestattet: so besaßen sie das Recht der Selbstverwaltung für bestimmte Bereiche, das Promotionsrecht, das Statutenrecht, die Jurisdiktionshoheit sowie die Steuer- und Militärhoheit. Ihre Gründung vollzog sich noch ohne gesonderten Gründungsakt, weshalb sie den Namen „universitas ex consuetudine“ erhielten. Im Gegensatz dazu beruhte die Errichtung der „universitas ex privilegio“ in Neapel (1224), Toulouse (1229) sowie Salamanca (1222) auf königlichem, kaiserlichem, kommunalen oder sonstigem staatlichen Dekret.

Verstand man unter „universitas“ zunächst eine korporative Schutzgemeinschaft, die sich im Verhältnis zu übergeordneten Instanzen genossenschaftliche Freiheitsrechte verschafft hatte, so war für die Errichtung einer „universitas“ seit Anfang des 13. Jh. die päpstliche Zustimmung⁶⁰ erforderlich. Das hatte seinen Grund darin, daß die Kirche zu dieser Zeit die einzige grenz- und stammübergreifend organisierte Institution war.⁶¹ Nur sie konnte daher auf Petition des Königs, Landesherrn, Bischofs oder Stadtmagistrats grenzübergreifende Privilegien verleihen. Mit der Zustimmung gewährte der Papst die Befugnis zum „studium generale“ als einer mit den vier wesentlichen Fakultäten (Philosophie, Theologie, Jurisprudenz, Medizin) ausgestatteten Universität. Das wohl wichtigste vom Papst verliehene Recht war die „licentia ubique docendi“. Vor dem Hintergrund, daß Wissenschaft in dieser Zeit als Mittel der Glaubensstärkung verstanden wurde, schuf die Kirche sich zusätzliche Kontrollmöglichkeiten durch Besetzung des Kanzleramtes als auch des Lehrkörpers durch Kleriker.

Sowohl die Gründung der Universität in Prag (1348), Wien (1365) als auch in Heidelberg (1386) geht auf die Initiative des dortigen Landesherrn zurück, der sich jeweils die päpstliche Privilegierung verschaffte. Die Leitung der Universitäten oblag einem Kanzler sowie einem gewählten Rektor. Die Kirche nahm ihren

⁵⁹ Meuthen, S. 12 ff.; Classen, S. 177 f.

⁶⁰ Ellwein, S. 23; Denifle.

⁶¹ Müller, R.A., S. 13.

Einfluß wahr und machte ihn deutlich, indem sie die entscheidende Aufsichtsinstanz – das Kanzleramt – mit Geistlichen besetzte. Diese hatten die Gesamtaufsicht über die Universität sowie das Promotionsrecht, während der Rektor lediglich die innere Leitungsgewalt besaß.

Im Gegensatz dazu ging die Gründung der Universitäten Köln (1388), Erfurt (1392), Rostock (1419) und Trier (1454) sowie Baden auf städtische Initiative zurück. Zwar stellte nach wie vor die Kirche den Kanzler, doch standen ihm ein gewählter Rektor sowie ein Gremium städtischer Provisoren gegenüber. Zwischen geistlicher Autorität der Kirche und weltlicher Macht des Kaisers, der Landesherrn und Städte konnten sich die Universitäten auf der Grundlage und im Rahmen ihrer korporativen Rechte eine bemerkenswerte Eigenständigkeit sichern.⁶²

Mit gleichzeitigem Machtverfall von Kaiser und Papst, den beiden bewährten Garantemächten, sowie der Herausbildung der europäischen Territorialstaaten änderte sich das Bild grundlegend.⁶³ In der Konkurrenz der sich entwickelnden Territorialstaaten kam es zu einer zweiten Gründungswelle zwischen 1450 und 1550.⁶⁴ Die Universitäten wurden gegen Ende des 15. Jh. zunehmend zu Ausbildungsstätten für Staats- und Kirchenbeamte. Ihre Abhängigkeit wurde durch die landesherrliche Finanzierung und den Prozeß der Säkularisierung noch verstärkt.

Mit der Reformation⁶⁵ kam es zu einer für die Universitäten krisenhaften Entwicklung. Die Studierendenzahlen gingen drastisch zurück. Die bisher vom geistlichen Kanzler geübte Universitätsaufsicht wurde von den protestantischen Landesherrn übernommen, die sich als deren Rechtsnachfolger ansahen.⁶⁶ Die Folge war ein engmaschiges Netz staatlicher Aufsicht und Überwachung.⁶⁷ Dies ging einher mit dem Verlust wesentlicher Korporationsrechte der Universität, die aus „Obsorge für das Gemeinwohl“⁶⁸ auf die Landesherrn übergingen.

⁶² Lüthje, in: Denninger, § 58 Rdnr. 4.

⁶³ Vgl. Prah, S. 109 ff.

⁶⁴ Auflistung bei Müller, R.A., S. 50.

⁶⁵ Vgl. Petry.

⁶⁶ Paulsen, S. 180.

⁶⁷ Müller, R.A., S. 53.

⁶⁸ Schelsky, S. 20.

In Marburg wurde 1527 aus landesherrlicher Machtvollkommenheit von Landgraf Philipp d. Großmütigen ohne päpstliches und vorerst auch ohne kaiserliches Privileg eine Universität gegründet. Im Zuge der sog. Dritten Gründungswelle protestantischer Universitäten⁶⁹ wurden diese sämtlich ohne kaiserliches Mandat errichtet. Die kaiserliche Nachprivilegierung erfolgte etwa für Marburg erst 1541.

Der absolutistische Verwaltungsstaat nahm die Universitäten für die Zwecke des Territorialstaates in Pflicht und nutzte sie als Staatsdienerschulen.⁷⁰ Die Erziehung künftiger Staatsbeamter zur Loyalität war das oberste Gebot. Die Freiräume der Universität verschwanden hinter den an staatlicher Wohlfahrt ausgerichteten Interessen des Staates. Wegen des eingeschlichenen Mißbrauchs bei der Verleihung von Doktorgraden und der Käuflichkeit von Studienabschlüssen führte der Staat eigene „Staatsexamina“ ein und kontrollierte fortan die Prüfungen.⁷¹ Darin zeigte sich einerseits das Mißtrauen des Staates gegenüber der Redlichkeit und Kompetenz der Universität, andererseits der Anspruch auf Steuerung und Kontrolle der Universitäten.

Anfang des 19. Jh. entstand u.a. auf der Grundlage von und beeinflusst durch Ideen Immanuel Kants, Fr.-Wilhelm Schellings, Joh. Gottlieb Fichtes, Fr. Schleiermachers sowie Henrik Steffens eine neue Idee der Universität, die von Wilhelm von Humboldt in die Realität umgesetzt wurde. Die vom preußischem Staat finanzierte, 1810 eröffnete Berliner Universität war mit zahlreichen Rechten ausgestattet: Rektorwahl, Siegelfähigkeit, Promotionsrecht, akademische Gerichtsbarkeit; später folgte auch das Recht der Mitbestimmung bei der Berufung der Professoren, die zunächst ausschließlich vom Staat ausgewählt und ernannt wurden.

Auf die zunehmende, etwa auf dem Wartburgfest 1817 deutlich werdende anti-restaurative Politisierung der Studierenden reagierte die Staatsgewalt mit aller Schärfe, die in den Karlsbader Beschlüssen von 1819 mit dem daraus resultierenden Verbot der Burschenschaften und den anschließenden Demagogenverfolgungen

⁶⁹ Auflistung bei Müller, R.A., S. 55.

⁷⁰ Ellwein, S. 47 ff.; Prahl, S. 142 ff.

⁷¹ Wunder.

gen ihren Höhepunkt fand.⁷² Im Jahre 1834 wurde durch die Beschlüsse der Wiener Konferenz eine lückenlose Kontrolle der Universitäten durch den Staat eingeführt.⁷³ 1848/49 wurde insbesondere auf Druck der politisch und hochschulpolitisch motivierten 7-Punkte-Forderung⁷⁴ der Studierenden in die Paulskirchenverfassung erstmals in § 152 die Formulierung aufgenommen: „Die Wissenschaft und ihre Lehre ist frei.“ Auch wenn dies nur Programmsatz blieb und nicht Verfassungswirklichkeit wurde, so nahmen doch etwa sowohl die Verfassung Preußens von 1850 in Art. 20 als auch das österreichische Staatsgrundgesetz von 1867 in Art. 17 diese Formulierung auf.

In der WRV wurde dem Reich die Rahmenkompetenz für das Hochschulwesen zuerkannt. Dennoch blieb das Hochschulwesen Ländersache, da die Reichsregierung, die Ministerien und das Parlament keinen Gebrauch von ihrer Kompetenz machten. In Art. 142 WRV wurde die Wissenschaftsfreiheit normiert. Die Universitäten waren zugleich autonome Körperschaft und staatliche Anstalt. Sie sahen sich erheblichen finanziellen Problemen gegenüber, sowohl was die Finanzierung des Studiums durch die Studierenden, die Bezahlung der Professoren als auch die Ausstattung von Bibliotheken und Laboratorien anging.

Nach 1945 wurde über die Organisation der Hochschulen erbittert diskutiert.⁷⁵ Neben den Forderungen nach einer Studienreform und der Debatte um soziale Probleme ging es vor allem auch um die Verfassung der Hochschule, um den Nachholbedarf an Demokratisierung.⁷⁶ Während die Hochschulreform kaum vorankam, nahm die Zahl der Studierenden stetig zu. Der Staat machte die Organisation des Hochschulwesens zunehmend zum Gegenstand gesetzlicher Regelung. Das den Universitäten in den Landesverfassungen durchweg garantierte Recht der Selbstverwaltung wurde zunehmend begrenzt und eingeschränkt. Ab Mitte der 60er Jahre erfolgten mehrere Neugründungen als Reaktion auf steigende Studierendenzahlen. 1983 wurde die in privater Trägerschaft geführte Universität Witten-Herdecke gegründet.

⁷² Ellwein, S. 114 ff.; Scheel, S. 46 ff.

⁷³ Müller, R.A., S. 77.

⁷⁴ Text vgl. Schulze/Sysmank, S. 222.

⁷⁵ Zur Entwicklung der Hochschulen nach 1945 vgl. nur Peisert/Framhein; Prahl, S. 326 ff.

⁷⁶ Ellwein, S. 242.

III. Ergebnis

Im Hinblick auf diese skizzenhaft umrissene geschichtliche Entwicklung des deutschen Hochschulwesens liegt die Feststellung nahe, daß die Hochschule sich als „eine sehr eng mit dem Staat verknüpfte Einrichtung“⁷⁷ herausgebildet hat. Oppermann zieht daraus den Schluß, daß „ohne von einem Hochschulmonopol des Staates im strengen Sinne zu sprechen, die tatsächliche und auch rechtliche Ausgestaltung des deutschen Hochschulwesens in einer bestimmten Richtung als so weit entwickelt und festgelegt gelten muß, daß von einer unwiderruflichen Entscheidung für seine Staatlichkeit ausgegangen werden kann“.⁷⁸

Diese in Literatur⁷⁹ und Rechtsprechung⁸⁰ auch sonst gelegentlich vertretene Tendenz, die staatlichen Aufgaben unter Rückgriff auf die geschichtliche Entwicklung des Staates zu bestimmen, müssen allerdings der Einsicht Rechnung tragen, daß der historischen Entwicklung im Rahmen der Verfassungsinterpretation kein entscheidendes Gewicht zukommen kann.⁸¹ Die Dogmengeschichte kann allenfalls als Indikator für das Bestehen einer notwendigen Staatsaufgabe genommen werden.⁸² Vielmehr muß angesichts des historisch zu verzeichnenden und sich gegenwärtig accelerierenden Wandels des Verständnisses der Staatsaufgaben⁸³ die Frage, ob und inwieweit das Hochschulwesen eine notwendige, Private und Privatrechtsformen excludierende, mit den Mitteln des öffentlichen Rechts zu erfüllende Staatsaufgabe ist, mit Hilfe der weiteren Methoden der Verfassungsinter-

⁷⁷ *Hambusch*, DVBl. 1973 S. 248, 249.

⁷⁸ *Oppermann*, Kulturverwaltungsrecht, S. 321.

⁷⁹ Vgl. *Peters*, S. 892; *Ellwein*, Einführung in die Regierungs- und Verwaltungslehre, S. 23 ff.; 31 ff.; *Klein*, DÖV 1965 S. 755, 757 f.; *Steiner*, JuS 1969 S. 71.

⁸⁰ BVerfGE 12, 205, 244 ff., wo das BVerfG beispielsweise im Hinblick auf die Staatlichkeit des Rundfunk- und Fernsehwesens den Begriff der Staatsaufgaben durch geschichtliches Verständnis erschließt. Weitere Beispiele der vom BVerfG praktizierten historischen Argumentation: BVerfGE 6, 246, 252; 31, 314, 327.

⁸¹ Vgl. zur Bedeutung der historischen Interpretation BVerfGE 1, 299, 312; 8, 274, 307; 11, 126, 130 f.; 13, 153, 159; 28, 21, 32; 29, 125, 140 ff.; 33, 125, 152 ff.; 36, 342, 367; 37, 314, 320 ff.; 39, 1, 38 ff.; 45, 187, 227; 59, 128, 153; 60, 319, 325; 62, 1, 44 ff.; 67, 100, 128 ff.; 83, 37, 51; auch *Bull.*, S. 106; *Erichsen*, StR u. VerfGbkt I, S. 4, 37 ff., 100 f.

⁸² Vgl. *Krautzberger*, S. 49.

⁸³ Vgl. dazu *Bull.*, S. 114 f., 118 ff.; *Gusy*, S. 330 ff.; *Kirchhof*, S. 28 ff.; *Krautzberger*, S. 47 f.; *Schmidt-Aßmann*, 3. Kap. Rdnr. 62.

pretation bezogen auf die einzelnen Bestimmungen des Grundgesetzes und der Landesverfassungen beantwortet werden.⁸⁴

3. Abschnitt

Bestehen einer staatlichen Verpflichtung zur Errichtung und zum Betrieb von Hochschulen

I. Aus den Grundrechten

”Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitsphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Das ergibt sich aus der geistesgeschichtlichen Entwicklung der Grundrechtsidee wie aus den geschichtlichen Vorgängen, die zur Aufnahme von Grundrechten in die Verfassungen der einzelnen Staaten geführt haben. Diesen Sinn haben auch die Grundrechte des Grundgesetzes, das mit der Voranstellung des Grundrechtsabschnitts den Vorrang des Menschen und seiner Würde gegenüber der Macht des Staates betonen wollte. Dem entspricht es, daß der Gesetzgeber den besonderen Rechtsbehelf zur Wahrung dieser Rechte, die Verfassungsbeschwerde, nur gegen Akte der öffentlichen Gewalt gewährt hat.”⁸⁵

Das BVerfG fährt allerdings im Anschluß an dieses schon klassisch zu nennende Zitat aus der Lüth-Entscheidung fort, ”daß das Grundgesetz ... in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Werteordnung aufgerichtet hat”⁸⁶. So ist denn heute auch anerkannt, daß aus Grundrechtsnormen nicht nur subjektive Abwehrrechte gegen den Staat und seine Untergliederungen hergeleitet werden können, sondern daß ihnen daneben auch eine objektiv-rechtliche Dimension in dem Sinne zukommt, daß sie eine Wertordnung statuieren, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts Geltung beansprucht. Insbesondere wird durch diese Grundentscheidung die dem Staat und seinen Untergliede-

⁸⁴ Vgl. *Martens*, S. 131; *Bull*, S. 50; *Klein*, DÖV 1965 S. 759.

⁸⁵ BVerfGE 7, 198, 204 f.

⁸⁶ BVerfGE 7, 198, 205.

rungen durch das Sozialstaatsprinzip der Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG auferlegte Verpflichtung, die Rahmenbedingungen für die Entwicklung der Gesellschaft zu gestalten und fortzuentwickeln, inhaltlich determiniert.⁸⁷

Als Grundwerte der Verfassungsordnung, als Konstituenten einer bestimmten, spezifisch grundgesetzlichen Erscheinungsform von Staatlichkeit beanspruchen die Grundrechte, in der Verfassungswirklichkeit auch tatsächlich zur Geltung zu kommen. Der Staat und seine Untergliederungen dürfen sich deshalb nicht darauf beschränken, bloß im Sinne negativer Freiheit die durch die grundrechtlichen Gewährleistungen umschriebenen Freiheitsbereiche zu respektieren. Grundrechtliche Freiheit ist vielmehr ein ihnen zu positiver Verwirklichung aufgebener Zweck. In Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip werden so der Staat und seine Untergliederungen in die Pflicht genommen, auch für das Vorliegen der Voraussetzungen grundrechtlicher Freiheitsbetätigung Sorge zu tragen. “Reale Freiheit” als Möglichkeit, Grundrechte tatsächlich in Anspruch zu nehmen, wird damit zum Thema grundrechtlicher Gewährleistungen.

A) Aus Art. 12 Abs. 1 GG

Eine verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Errichtung und zum Betrieb von Hochschulen könnte sich aus Art. 12 Abs. 1 GG ergeben⁸⁸. Die Vorschrift verpflichtet den Staat, Eingriffe in die Berufswahl- und die Berufsausübungsfreiheit des Bürgers – vorbehaltlich ihrer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung – zu unterlassen⁸⁹. Die hier fragliche Pflicht des Staates, Hochschulen zu errichten und zu unterhalten, ist indes keine Unterlassungs-, sondern eine Handlungspflicht und kann deshalb nicht auf den abwehrrechtlichen Gehalt des Art. 12 Abs. 1 GG gestützt werden.

Geht man indes mit dem soeben unter I. Angeführten davon aus, daß die Grundrechtsnormen nicht nur subjektive Abwehrrechte gegen den Staat begründen, sondern daneben auch eine objektiv-rechtliche Dimension besitzen, daß sie eine

⁸⁷ Vgl. *Erichsen*, Jura 1996 S. 527, 530 f.

⁸⁸ Offengelassen in BVerfGE 33, 303, 329 ff.

⁸⁹ Vgl. etwa *Wieland*, in: *Dreier*, in: *Dreier*, Band 1, Art. 12 Rdnr. 67.

Wertordnung statuieren, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts Geltung beansprucht,⁹⁰ daß sie die dem Staat durch das Sozialstaatsprinzip der Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG auferlegte Verpflichtung, die Gesellschaft zu gestalten und fortzuentwickeln,⁹¹ inhaltlich determinieren,⁹² so darf der Staat sich nicht darauf beschränken, bloß – im Sinne negativer Freiheit⁹³ – den durch Art. 12 Abs. 1 GG umschriebenen Freiheitsbereich zu respektieren. Die in Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Freiheit ist vielmehr ein ihm zu positiver Verwirklichung aufgegebenen Zweck⁹⁴. In Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip wird so der Staat in die Pflicht genommen, auch für das Vorliegen der Voraussetzungen der Freiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG Sorge zu tragen.⁹⁵

Freilich erwächst hieraus dem einzelnen noch kein Anspruch gegen den Staat auf umfassende Ausstattung mit grundrechtsrelevanten Ressourcen, etwa auf Bereitstellung eines Ausbildungs- oder Arbeitsplatzes (als Voraussetzung der Freiheit des Berufs).⁹⁶ Die Deduktion solcher Leistungsansprüche unmittelbar aus Grundrechtsnormen würde dem dem Parlament vorbehaltenen Budgetrecht und der sozial- und wirtschaftspolitischen Gestaltungskompetenz des Gesetzgebers zuwiderlaufen und stünde zudem nicht in Einklang damit, daß der Verfassungsgeber die Aufnahme sozialer Grundrechte in das Grundgesetz seinerzeit ausdrücklich abgelehnt hat.⁹⁷

Etwas anderes gilt aber dann, wenn ein staatliches Tätigwerden *notwendige* Bedingung für ein grundrechtlich geschütztes Verhalten ist, wenn also *nur* der Staat die Voraussetzungen der Grundrechtsausübung schaffen kann.⁹⁸ In diesem Fall

⁹⁰ BVerfGE 7, 198, 205; 21, 362, 372; 33, 303, 330; *Erichsen*, StR u. VerfGbkt I, S. 45 ff.; *Dreier*, in: *Dreier*, Band 1, Vorb. Rdnr. 55 ff.; *Ipsen, J.*, Rdnr. 85 f.; *Jarass*, AöR 110 (1985) S. 363 ff.; *Scherzberg*, S. 139 ff.

⁹¹ Vgl. dazu *Erichsen*, StR u. VerfGbkt I, S. 46 m.w.N.

⁹² *Erichsen*, StR u. VerfGbkt I, S. 47; *Rupp*, AöR 101 (1976) S. 161, 183.

⁹³ Vgl. dazu etwa *Gusy*, JA 1980 S. 78 ff.

⁹⁴ *Erichsen/Scherzberg*, NVwZ 1990 S. 8, 10; *Lipphardt*, EuGRZ 1986 S. 149, 152; *Hesse*, in: *Benda/Maihofer/Vogel*, § 5 Rdnr. 23; *Häberle*, S. 453, 466 f.; v. *Münch*, Vorb. Art. 1 - 19 Rdnr. 22.

⁹⁵ *Erichsen*, in: *Isensee/Kirchhof*, § 152 Rdnr. 6; *ders.*, StR u. VerfGbkt I, S. 77; *ders.*, DVBl. 1983 S. 289, 296; *Böckenförde*, NJW 1974 S. 1529, 1538.

⁹⁶ Vgl. BVerfGE 84, 133, 146 ff.

⁹⁷ Vgl. *Breuer*, S. 89, 92 f.; *Dreier*, in: *Dreier*, Band 1, Vorb. Art. 1 Rdnr. 51 m.w.N.; *Hesse*, EuGRZ 1978 S. 427, 434; ausführlich *Murswiek*, in: *Isensee/Kirchhof*, § 112 Rdnr. 90 ff.

⁹⁸ Hierzu und zum folgenden auch *Breuer*, S. 93 f.; *ders.*, Jura 1979 S. 401, 404; *Müller/Pieroth/Fohmann*, S. 112 ff.

könnte die grundrechtliche Garantie, wenn man ihr nicht auch eine positive Verpflichtung des Staates zur Schaffung dieser Voraussetzungen entnehme, vom Staat beliebig umgangen werden; sie wäre daher wertlos. Jedenfalls dann, wenn die Ausübung grundrechtlicher Freiheit zwingend und generell⁹⁹ auf ein staatliches Handeln angewiesen ist, verdichtet sich daher der Verfassungsauftrag zur Herstellung grundrechtlicher Freiheit zu konkreten, in ihrem Umfang freilich von den Umständen des Einzelfalls abhängigen Handlungspflichten des Staates,¹⁰⁰ denen u.U. auch subjektive Rechte des Einzelnen entsprechen können.¹⁰¹ So folgt beispielsweise aus Art. 7 Abs. 4 GG ein Leistungsanspruch privater Ersatzschulen auf staatliche Förderung, den das BVerfG ausdrücklich damit begründet hat, daß andernfalls die Privatschulfreiheit das Art. 7 Abs. 4 GG zu einem „wertlosen Individualgrundrecht auf Gründung existenzunfähiger Ersatzschulen“ verkümmere.¹⁰² Auch in dem Hochschulurteil des BVerfG aus dem Jahre 1973¹⁰³ ist der Gesichtspunkt einer notwendigen Teilhabe an staatlichen Leistungen als Voraussetzung der Grundrechtsausübung deutlich angeklungen.¹⁰⁴

Eine Verpflichtung des Staates zur Errichtung und Unterhaltung von Hochschulen könnte sich daher aus Art. 12 Abs. 1 GG dann ergeben, wenn ein solches Tätigwerden notwendige Voraussetzung eines von dieser Vorschrift geschützten Verhaltens wäre. Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG gewährt allen Deutschen das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Hierunter fällt auch das Recht zur Wahl einer *wissenschaftlichen* Ausbildung und eines *wissenschaftlichen* Berufs¹⁰⁵. Voraussetzung dafür, daß der einzelne eine wissenschaftliche Ausbildung wählen kann, ist aber, daß ein entsprechender Ausbildungsgang angeboten wird. Das durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Recht, eine wissenschaftliche Ausbildung bzw. einen wissenschaftlichen Beruf zu wählen, setzt daher die Existenz von

⁹⁹ Vgl. *Breuer*, S. 99. Fehlgehend daher der Einwand von *Murswiek*, in: *Isensee/Kirchhof*, Rdnr. 101, hiernach müßte den Grundrechten auch ein Anspruch des einzelnen Pianisten auf Bezahlung eines Klaviers oder ein Anspruch des Bürgers, der ein Presseunternehmen gründen will, auf Bereitstellung der finanziellen Mittel hierfür entnommen werden können.

¹⁰⁰ *Breuer*, S. 99 f.; *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, S. 126 f.; *Müller/Pieroth/Fohmann*, S. 113, 129; BVerwGE 61, 15, 19 f.

¹⁰¹ Zur Ableitung von subjektiven Rechten aus objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten vgl. ausführlich *Stern*, StR III/1, § 69 VI (S. 978 ff.).

¹⁰² BVerfGE 75, 40, 65. Vgl. auch schon BVerwGE 23, 347, 350; 27, 360, 362 ff.

¹⁰³ BVerfGE 35, 79 ff.

¹⁰⁴ Vgl. BVerfGE 35, 79, 114 f.

¹⁰⁵ Vgl. auch BVerfGE 33, 303, 329 ff.

Hochschulen oder vergleichbaren akademischen Einrichtungen voraus, an denen eine hinreichend qualifizierte (d.h. auf eine spätere Berufstätigkeit angemessen vorbereitende) wissenschaftliche Berufsausbildung stattfindet.

Freilich ist damit noch nicht die Notwendigkeit eines staatlichen Tätigwerdens erwiesen. Wäre ein quantitativ und qualitativ ausreichendes Angebot an Studienplätzen auch auf rein privater Grundlage organisierbar, läge die o.g. Voraussetzung für eine grundrechtlich begründete Handlungspflicht des Staates nicht vor. Der Blick in andere Länder, beispielsweise die USA, Großbritannien oder Japan, zeigt, daß ein funktionierendes Hochschulwesen nicht notwendig staatlich organisiert werden muß. So wurden beispielsweise von den japanischen Universitäten 357 privat und nur 133 durch den Staat oder seine Untergliederungen gegründet¹⁰⁶, und die Universitäten in Großbritannien sind sogar durchweg nichtstaatliche Einrichtungen.¹⁰⁷ Auch in den USA wird ein erheblicher Anteil der Hochschulen privat betrieben.¹⁰⁸ Man wird also nicht sagen können, daß das Vorhandensein staatlicher Hochschulen unter allen Umständen Voraussetzung für die Wahrnehmung des durch Art. 12 Abs. 1 GG garantierten Rechts auf freie Wahl einer akademischen Ausbildung/eines akademischen Berufs ist.

Zu beachten ist indes zweierlei: Zum einen kommen auch Staaten, in denen das Hochschulwesen überwiegend auf nichtstaatlicher Grundlage organisiert ist, keineswegs ohne staatliches Engagement im Hochschulbereich aus. Vielmehr bilden auch in diesen Ländern staatliche Finanzaufweisungen in der Regel eine wesentliche Finanzierungsquelle der privat getragenen Hochschulen. Dies könnte darauf hindeuten, daß zwar möglicherweise nicht staatliche „Eigenleistung“ in Gestalt vom Staat selbst errichteter und betriebener Hochschulen, wohl aber staatliche Förderung des Hochschulwesens in Form von finanziellen und möglicherweise auch gegenständlichen Hilfen generell notwendig ist, um ein ausreichendes Angebot an wissenschaftlichen Ausbildungsmöglichkeiten zu gewährleisten.

¹⁰⁶ Krüger, in: Flämig/Kimminich Band 2, S. 1723, 1752; ders., WissR 1992, Beiheft 9 S. 27.

¹⁰⁷ Krüger, in: Flämig/Kimminich Band 2, S. 1746; ders., WissR 1992, Beiheft 9 S. 30.

¹⁰⁸ Krüger, WissR 1992, Beiheft 9 S. 39. Vgl. auch *Maitre*, S. 27 ff.

Als Alternativen zu einer staatlichen Hochschulfinanzierung kommen im wesentlichen die Erhebung von Studiengebühren und die Einwerbung von oder Finanzierung mit Mitteln aus der Privatwirtschaft in Betracht. Kostendeckende Studiengebühren wären indes angesichts des erheblichen Finanzbedarfs wissenschaftlicher Ausbildungseinrichtungen (insbesondere in den naturwissenschaftlichen Fächern)¹⁰⁹ so hoch, daß für Angehörige unterer und mittlerer Einkommensgruppen die Möglichkeit des Hochschulzugangs nicht mehr gewährleistet wäre. Durch Gewährung von Stipendien könnte dieser Effekt schon wegen der Begrenztheit der dafür vorhandenen Mittel allenfalls partiell abgemildert werden. Eine Finanzierung der Hochschulausbildung allein über Studiengebühren würde daher zu einer Reduktion akademischer Bildungschancen führen, die mit dem sozialstaatlichen Auftrag zur Verwirklichung der Berufs- und Ausbildungsfreiheit schwerlich zu vereinbaren wäre.

Die Möglichkeiten einer privatwirtschaftlichen Finanzierung akademischer Ausbildungseinrichtungen sind ebenfalls eher skeptisch zu beurteilen, vergegenwärtigt man sich, daß das Interesse privater Unternehmen an der Lehre hinter dem an wirtschaftlich verwertbaren Forschungsergebnissen in der Regel weit zurückbleiben wird. Eine bloß als „Neben- oder Abfallprodukt“ der Forschung betriebene Lehre dürfte aber die Erfordernisse eines bedarfsgerechten Ausbildungsangebots weder in qualitativer noch in quantitativer Hinsicht erfüllen. Hinzu kommt, daß eine generelle Abhängigkeit des Wissenschaftsbetriebs von der Unterstützung durch die private Wirtschaft auch im Hinblick auf Art. 5 Abs. 3 GG problematisch wäre, da eine zu stark den Interessen einzelner Unternehmen verpflichtete Wissenschaft kaum als „frei“ i.S. dieser Vorschrift angesehen werden könnte.¹¹⁰

Zum anderen dürfen Unterschiede zwischen der Situation in Deutschland und derjenigen in den Ländern, in denen ein privat organisierter Wissenschaftsbetrieb auf eine lange Tradition zurückblicken kann, nicht unberücksichtigt bleiben. In Deutschland ist das Hochschulwesen – wie im 2. Abschnitt des 2. Kapitels unter

¹⁰⁹ Vgl. die Angaben über die Kosten pro Studienplatz in den einschlägigen Untersuchungen von HIS und Wissenschaftsrat.

¹¹⁰ *Oppermann*, in: *Isensee/Kirchhof*, § 145 Rdnr. 15; *Denninger*, in: *AK-GG*, Art. 5 Abs. 3 Rdnr. I 25; Vgl. auch *Erichsen*, *Forschung und Lehre* 1998 S. 568, 569.

II. S. 70 ff. dargelegt wurde – seit jeher fast ausschließlich staatlich organisiert gewesen; der Anteil privater Lehranstalten am akademischen Ausbildungsangebot ist – wie in der Einführung S. 32 und im 2. Abschnitt des 2. Kapitels unter I. S. 70 gezeigt – marginal. Auch wenn nicht ausgeschlossen ist, daß künftig stärker als bisher Einrichtungen in privater Trägerschaft entstehen werden, ist bei dieser Ausgangslage doch nicht anzunehmen, daß kurz- oder auch nur mittelfristig ein nachfragedeckendes Hochschulsystem auf rein privater Grundlage geschaffen werden könnte. Die theoretische Möglichkeit, den Wissenschaftsbetrieb nicht-staatlich zu organisieren, macht daher in der Praxis ein staatliches Engagement in Gestalt eigener Hochschulen jedenfalls auf absehbare Zeit nicht entbehrlich. Angesichts der in Deutschland traditionell vergleichsweise geringen privaten Bereitschaft zur Gründung und Finanzierung von Hochschulen ist daher nicht nur die finanzielle oder sächliche Förderung eines privat organisierten Hochschulsektors durch den Staat, sondern die Existenz vom Staat selbst betriebener Hochschulen zu den unabdingbaren Voraussetzungen einer Verwirklichung der Berufswahlfreiheit im akademischen Bereich zu zählen. Dann aber folgt nach dem oben Gesagten in der gegenwärtigen Situation aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip eine entsprechende staatliche Handlungspflicht. Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip begründet also, solange eine ausreichende Versorgung mit Studienplätzen auf rein privatwirtschaftlicher Grundlage nicht gewährleistet ist, eine Verpflichtung des Staates zum Betrieb sowie ggf. auch zur Neuerichtung von Hochschulen.¹¹¹

Diese Verpflichtung gilt freilich nicht absolut. Die Erfüllung grundrechtlicher Handlungspflichten des Staates setzt das Vorhandensein entsprechender finanzieller Ressourcen voraus. Die dem Staat für die Wahrnehmung seiner Aufgaben zur Verfügung stehenden Mittel sind indes begrenzt. Erforderlich ist deshalb im Hinblick auf die Mittelverteilung ein angemessener Ausgleich der Bedarfe zur Erfüllung verschiedener Staatsaufgaben untereinander. Auch die aus Grundrechtsnormen folgenden Handlungspflichten des Staates werden daher durch konkurrierende, verfassungsrechtlich festgelegte Staatszwecke begrenzt; sie stehen (nach einer Formulierung des BVerfG) unter dem „Vorbehalt des Möglichen im

¹¹¹ Vgl. zum Ganzen auch BVerfGE 33, 303, 329 ff., das die Frage im Ergebnis offenläßt.

Sinne dessen, was der einzelne vernünftigerweise“ – d.h. unter Berücksichtigung sonstiger Gemeinschaftsbelange – „von der Gesellschaft beanspruchen kann“.¹¹² Hinsichtlich dieser Voraussetzungen steht dem Gesetzgeber, da es sich um eine Entscheidung politisch-gestaltenden Charakters handelt,¹¹³ eine Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsprärogative zu.¹¹⁴ Ein bestimmter Umfang der durch Art. 12 Abs. 1 GG geforderten Aktivitäten des Staates im Hochschulbereich läßt sich daher im Ergebnis nicht angeben.

Damit ist indes der ermittelte grundrechtliche Handlungsauftrag an den Staat nicht funktionslos. Zum einen wird durch ihn das grundsätzliche Ziel der Sicherstellung einer ausreichenden Versorgung mit Studienplätzen der gesetzgeberischen Disposition entzogen.¹¹⁵ Zum anderen sind auch dann, wenn eine Frage politischen Charakter hat und im Wege wertender Abwägung durch den Gesetzgeber zu entscheiden ist, jedenfalls grobe Fehlgewichtungen von Belangen, willkürliche Einschätzungen und evident unzureichende Maßnahmen verfassungswidrig.¹¹⁶ Unzulässig wäre also auch bei Berücksichtigung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums etwa eine grobe Vernachlässigung des Hochschulwesens bei der Ressourcenverteilung¹¹⁷ oder gar ein völliger Rückzug des Staates aus diesem Bereich.¹¹⁸

B) Aus Art. 5 Abs. 3 GG

Pflichten des Staates im Hinblick auf Errichtung und Betrieb von Hochschulen in öffentlich-rechtlicher Organisationsform könnten sich ferner aus dem Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG ergeben.

¹¹² BVerfGE 33, 330, 333. Vgl. ferner *Murswiek*, in: Isensee/Kirchhof, § 112 Rdnr. 57 ff.; *Stern*, StR III/1, § 67 III 2 c (S. 718 ff.); *Denninger*, in: AK-GG, vor Art. 1 Rdnr. 27; *Martens*, VVDStRL 30 (1972) S. 7, 30 f.

¹¹³ Vgl. hierzu BVerfGE 36, 1, 14 f.; 62, 1, 50 f.

¹¹⁴ BVerfGE 33, 330, 333; *Denninger*, in: AK-GG, vor Art. 1 Rdnr. 27; *Murswiek*, in: Isensee/Kirchhof, § 112 Rdnr. 58; allgemein *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, Vorb. Rdnr. 160 ff., 165.

¹¹⁵ Hierauf weist *Böckenförde*, in: Böckenförde/Jekewitz/Ramm, S. 7, 14, hin.

¹¹⁶ Vgl. *Böckenförde*, in: Böckenförde/Jekewitz/Ramm, S. 14; *Kloepfer*, DVBl. 1996 S. 73, 75 (für den Bereich der Staatszielbestimmungen); BVerfGE 77, 170, 214 f.; 88, 203, 262 f.; BVerfG, NJW 1996 S. 651 (für den Bereich grundrechtlicher Schutzpflichten); BVerfG, NVwZ 1996 S. 691, 695 (für die Entscheidung des Gesetzgebers nach Art. 16 a Abs. 3 S. 1 GG). Für eine Anwendung der von der Rechtsprechung für das Satzungsrecht entwickelten Abwägungsfehlerlehre auf gesetzgeberische Maßnahmen *Kloepfer*, DVBl. 1995 S. 441 ff.

¹¹⁷ Vgl. *Böckenförde*, in: Böckenförde/Jekewitz/Ramm, S. 14.

¹¹⁸ *Lorenz*, WissR 1987 S. 22, 34.

1. Art. 5 Abs. 3 GG als Einrichtungsgarantie

Eine Pflicht des Staates zum Betrieb von Hochschulen könnte sich aus der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG dann ergeben, wenn diese Vorschrift als Einrichtungsgarantie eines staatlichen, öffentlich-rechtlich organisierten Hochschulwesens anzusehen wäre. Eine verfassungsrechtliche „Einrichtungsgarantie“ liegt dann vor, wenn eine Verfassungsnorm den Bestand eines bestimmten Rechtsinstituts oder Regelungskomplexes gewährleistet.¹¹⁹ Unterschieden werden nach der Rechtsnatur der garantierten Einrichtung Institutsgarantien, die privatrechtliche Institute, und institutionelle Garantien, die öffentlich-rechtlich organisierte Institute zum Gegenstand haben.¹²⁰ Institutsgarantien sind etwa die verfassungsrechtlichen Gewährleistungen von Ehe und Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG sowie von Eigentum und Erbrecht nach Art. 14 Abs. 1 GG, zu den institutionellen Garantien gehören beispielsweise die Gewährleistung der staatlichen Schulaufsicht nach Art. 7 Abs. 1 GG, die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG sowie die des Berufsbeamtentums gemäß Art. 33 Abs. 5 GG.¹²¹ Enthielte auch Art. 5 Abs. 3 GG neben dem Individualrecht der Wissenschaftsfreiheit eine solche institutionelle Garantie der staatlichen Universität, so stünde fest, daß ein staatliches öffentlich-rechtlich organisiertes Hochschulwesen in bestimmtem, ggf. durch Auslegung näher zu ermittelndem Umfang bestehen müßte. Hieraus ergäbe sich eine entsprechende Handlungspflicht des Staates.

Nach teilweise vertretener Auffassung ist ein solcher institutioneller Gewährleistungsgehalt von Art. 5 Abs. 3 GG, ist eine Garantie der „typischen Grundstrukturen des deutschen Hochschulwesens“,¹²² zu bejahen.¹²³ Dieser Gewährleistungsgehalt wird dabei z.T. ausdrücklich auch auf die Staatlichkeit des Hochschulwe-

¹¹⁹ *Stern*, in: Isensee/Kirchhof, § 109 Rdnr. 51; *Dreier*, in: *Dreier*, Band 1, Vorb. Rdnr. 68; *Schmidt-Jortzig*, S. 23 ff., 28.

¹²⁰ Vgl. etwa *Sachs*, vor Art. 1 Rdnr. 18; *Schmidt-Jortzig*, S. 16 f.

¹²¹ *Stern*, StR III/1, § 68 I 5 d (S. 768).

¹²² So *Oppermann*, in: Isensee/Kirchhof, § 145 Rdnr. 18.

¹²³ *Scholz, R.*, in: Maunz/Dürig, Art. 5 Abs. 3 Rdnr. 4, 131; *Oppermann*, in: Isensee/Kirchhof, § 145 Rdnr. 18 f.; *Lorenz*, S. 1157, 1161; *ders.*, *WissR* 1987 S. 22, 31; *Hendler* S. 209 ff.; ausführlich *Stern*, StR III/1, § 68 IV 4 (S. 803 ff.). Stärker auf den Sachbereich Wissenschaft bezogen *Knemeyer*, *BayVBl.* 1982 S. 513, 514.

sens bezogen¹²⁴; auch soweit dies nicht geschieht,¹²⁵ läßt sich aber der Verwendung des Begriffs „institutionelle Garantie“ (statt des im Hinblick auf die Rechtsnatur der Einrichtung neutralen Ausdrucks „Einrichtungsgarantie“) entnehmen, daß gerade die öffentlich-rechtlich organisierte Universität garantiert sein soll. Nach dieser Ansicht folgt also eine Pflicht des Staates zur Gründung und Unterhaltung von Hochschulen schon aus der institutionellen Festschreibung der Organisation des Hochschulwesens durch Art. 5 Abs. 3 GG.

Fraglich ist indes, ob dieser Auffassung gefolgt werden kann. Der Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 GG gibt auf einen institutionellen Gewährleistungsgehalt der Vorschrift keinen Hinweis.¹²⁶ Die Universität als Institution findet keine Erwähnung. Im Rahmen der historischen Auslegung ist von Bedeutung, daß zum einen der Vorschlag einer institutionellen Gewährleistung der Hochschulselbstverwaltung¹²⁷ im Parlamentarischen Rat keine Mehrheit fand,¹²⁸ zum anderen ein Antrag, das kulturelle Leben insgesamt dem Zugriff der Staatsgewalt zu entziehen, im Grundsatzausschuß mit der Begründung abgelehnt wurde, daß dadurch eine Einwirkung des Staates auf die Einrichtung der Hochschulen unmöglich gemacht würde.¹²⁹ Beides spricht eher dagegen, daß der Verfassungsgeber bestimmte, überkommene Strukturen des Hochschulwesens institutionell verfestigen wollte.¹³⁰ In systematischer Hinsicht ist die verfassungsrechtliche Grundentscheidung für eine föderale Ordnung des Gemeinwesens zu beachten. Die Festschreibung einer bestimmten Form der Hochschulen wäre ein Einbruch in die Länderkompetenz zur Organisation des Wissenschaftsbetriebes, der um so problematischer ist, als dadurch eines der letzten Reservate originär landesstaatlicher Aufgabenwahrnehmung empfindlich beschnitten würde.¹³¹ Eine solche Festschreibung traditioneller Strukturen des akademischen Sektors wird auch vom Normzweck der Wissenschaftsfreiheit nicht verlangt, dessen Verwirklichung die Möglichkeit freier wissenschaftlicher Betäti-

¹²⁴ Scholz, R., in: Maunz/Dürig Art. 5 Abs. 3 Rdnr. 4, 131; Lorenz, S. 1157, 1161.

¹²⁵ Oppermann, in: Isensee/Kirchhof, § 145 Rdnr. 18 f.; Hendler, S. 209 ff.

¹²⁶ Erichsen/Scherzberg, NVwZ 1990 S. 8, 9; Trute, S. 272.

¹²⁷ Antrag der DP vom 19.11.1948, Parlamentarischer Rat, Drs. Nr. 298, S. 3.

¹²⁸ Zwirner, AöR 98 (1973) S. 313, 334.

¹²⁹ Vgl. Stenographischer Bericht der 25. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 24.11.1948, S. 57; dazu Allgemeiner Redaktionsausschuß des Parlamentarischen Rates nach Doem-
ming/Füßlein/Matz, JöR n.F. 1 (1951) S. 90.

¹³⁰ Erichsen/Scherzberg, NVwZ 1990 S. 8, 9; ebenso Roellecke, JZ 1969 S. 726, 728; Trute, S. 272.

¹³¹ Erichsen/Scherzberg, NVwZ 1990 S. 8, 9; Trute, S. 272.

gung, nicht aber – wie auch das BVerfG zutreffend festgestellt hat¹³² – ein bestimmtes Struktur- oder Organisationsmodell der Universität voraussetzt. Im Ergebnis dürfte die Annahme einer institutionellen Garantie der Universität in ihrer traditionellen öffentlich-rechtlich organisierten Erscheinungsform durch Art. 5 Abs. 3 GG daher abzulehnen sein.¹³³

Selbst wenn man im übrigen, entgegen der hier vertretenen Auffassung, die organisatorischen Voraussetzungen der Ausübung der Wissenschaftsfreiheit zu einer Einrichtungsgarantie quasi „verdinglichen“¹³⁴ wollte, dürfte unter Berücksichtigung des im 2. Abschnitt des 2. Kapitels S. 71, Ausgeführten kaum der Nachweis gelingen, daß hierdurch gerade die staatliche, öffentlich-rechtlich organisierte Universität gewährleistet ist.¹³⁵ Allein daß das Hochschulwesen in Deutschland traditionell staatlich, öffentlich-rechtlich organisiert ist, kann als Begründung für die Herleitung einer insoweit bestehenden Garantie aus dem Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit keinesfalls genügen. Daß aber durch Art. 5 Abs. 3 GG der öffentlich-rechtlich organisierten Staatlichkeit der Universität ein besonderer Eigenwert zuerkannt würde, der es rechtfertigen würde, der Verfassung den Willen zu einer Festschreibung und Stabilisierung gerade dieses Merkmals zu entnehmen,¹³⁶ ist – anders als möglicherweise bei der akademischen Selbstverwaltung oder der „Staatsferne“ des Wissenschaftsbetriebs – nicht ersichtlich. Daß eine Verwirklichung der Wissenschaftsfreiheit in einer bestimmten historischen Situation auf staatliches Engagement angewiesen sein kann,¹³⁷ muß dabei – da es hier um die Frage einer generellen institutionellen Verfestigung der staatlichen Universität geht – außer Betracht bleiben.

¹³² BVerfGE 35, 79, 116.

¹³³ Ebenso *Badura*, Rdnr. C 78; *Trute*, S. 265 ff., 275; *Schlink*, Staat 10 (1971) S. 244, 265 ff. Zurückhaltend gegenüber der Annahme einer institutionellen Garantie auch *Kimminich*, in: *Flämig/ Kimminich* Band 1, S. 121, 125 ff.

¹³⁴ *Trute*, S. 275.

¹³⁵ Diese Frage ist nicht identisch mit der in diesem Abschnitt erörterten nach dem Bestehen eines staatlichen Hochschulmonopols. Auch wenn der Fortbestand staatlicher Universitäten durch Art. 5 Abs. 3 GG institutionell garantiert wäre, würde das nicht bedeuten, daß nur der Staat Universitäten betreiben dürfte.

¹³⁶ So das von *Stern*, StR III/1, § 68 II 4 c (S. 791) genannte Kriterium.

¹³⁷ Vgl. S. 81

Staatliche Pflichten in bezug auf das Hochschulwesen lassen sich daher nicht mit einer Einrichtungsgarantie der staatlichen Hochschule aus Art. 5 Abs. 3 GG begründen.

2. Art. 5 Abs. 3 GG als objektive Wertentscheidung

Eine Verpflichtung des Staates zur Errichtung und zum Betrieb von Hochschulen könnte sich aber aus der in Art. 5 Abs. 3 GG enthaltenen objektiven Wertentscheidung zugunsten einer freien Wissenschaft ergeben. Wie bereits oben eingangs dieses Abschnitts festgestellt wurde, erschöpfen sich die Grundrechte nicht in ihrer abwehrrechtlichen Funktion, sondern bilden darüber hinaus eine objektive Wertordnung, die für jedes – also nicht nur das eingreifende – staatliche Handeln als Ziel- und Wertvorgabe Bedeutung erlangt. Wie die Berufsfreiheit ist daher auch die Wissenschaftsfreiheit (in Verbindung mit dem aus dem Sozialstaatsprinzip folgenden Gestaltungsauftrag) dem Staat zu positiver Verwirklichung aufgegeben,¹³⁸ verbürgt sie im umfassenden Sinne eine freiheitliche Ordnung des von ihr erfaßten Lebensbereichs.¹³⁹ Zu Recht hat daher das BVerfG gefolgert, daß die in der Garantie der Wissenschaftsfreiheit liegende Wertentscheidung den Staat verpflichte, für die Idee einer freien Wissenschaft einzustehen und an ihrer Verwirklichung mitzuwirken, d.h. „schützend und fördernd einer Aushöhlung dieser Garantie vorzubeugen“.¹⁴⁰

Konkrete Leistungspflichten des Staates ergeben sich hieraus nach dem oben zu Art. 12 Abs. 1 GG Ausgeführten jedenfalls dann, wenn staatliche Handlungen oder Organisation unabdingbare Voraussetzung für eine Ausübung der durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützten grundrechtlichen Freiheiten sind. Bereits bei der Behandlung von Art. 12 Abs. 1 GG – S. 81 – wurde festgestellt, daß das zu erwartende private Engagement im Bereich der Gründung und des Betriebs von Hochschulen auf absehbare Zeit eher gering einzuschätzen ist. Ein nachfragedeckendes Netz von Universitäten und anderen akademischen Einrichtungen wird daher bis auf weiteres nicht ohne staatliche Beteiligung organisierbar sein. Freilich könnte

¹³⁸ Vgl. zu Art. 12 Abs. 1 GG schon oben S. 77 ff.

¹³⁹ *Erichsen/Scherzberg*, NVwZ 1990 S. 8, 10.

¹⁴⁰ BVerfGE 35, 79, 114; 85, 360, 384.

man fragen, ob eine Ausübung der Wissenschaftsfreiheit (generell und nicht im Hinblick auf den Einzelfall betrachtet) tatsächlich auf die Existenz universitärer oder vergleichbarer Wissenschaftseinrichtungen zwingend angewiesen ist.¹⁴¹ Insofern ist zunächst festzustellen, daß moderne wissenschaftliche Forschung – insbesondere im naturwissenschaftlichen Bereich – in weitem Umfang von apparativen Voraussetzungen abhängt, die der einzelne Wissenschaftler nur in den seltensten Fällen selbst finanzieren können. Auch geisteswissenschaftliche Forschung und Lehre bedürfen sachlicher (z.B. Bibliotheken), personeller Mittel sowie inzwischen auch moderner Ausstattung der Informations- und Kommunikationstechnologie, die die Leistungsfähigkeit des einzelnen in aller Regel übersteigen.¹⁴² Der Hinweis auf die Möglichkeit selbstorganisierter wissenschaftlicher Arbeit ist daher nicht geeignet, den Staat aus seiner Verantwortung für die positive Verwirklichung der Wissenschaftsfreiheit zu entlassen.¹⁴³

Freilich ist auch damit noch nicht erwiesen, daß die Wissenschaftsfreiheit nur in (staatlichen) Hochschulen adäquat realisiert werden kann. Forschung, auch apparatgebundene Großforschung, findet in vielfältiger Weise auch außeruniversitär – in staatlichen Forschungsinstitutionen, vor allem aber durch private Unternehmen (Industrieforschung)¹⁴⁴ – statt.¹⁴⁵ In bezug auf die Beantwortung der Frage, ob die Wissenschaftsfreiheit gleichwohl gerade die Existenz von Hochschulen im eigentlichen Sinne verlangt, ist indes zu berücksichtigen, daß die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG nicht nur die Freiheit der Forschung, sondern auch die der Lehre schützt und daher auch insoweit einen (sozialstaatlich vermittelten¹⁴⁶) Realisierungsauftrag erteilt, der in reinen Forschungsinstitutionen, die Lehraufgaben zumeist nur in Form der Publikation von Forschungsergebnissen wahrnehmen,¹⁴⁷ nicht erfüllt werden kann. Was speziell die Möglichkeit privat betriebener

¹⁴¹ Vgl. auch *Hailbronner*, S. 66 f.

¹⁴² Vgl. auch BVerfGE 85, 360, 384; DVBl. 1999 S. 1577, 1578.

¹⁴³ Unzutreffend daher *Hailbronner*, S. 67.

¹⁴⁴ Nach dem Bericht der Bundesministerin für Wissenschaft und Forschung „Zur technologischen Leistungsfähigkeit Deutschlands“ flossen 1998 insgesamt 87,5 Mrd. DM in die Forschung, davon kamen 55,1 Mrd. DM aus der Wirtschaft und 30,6 Mrd. DM vom Staat. Nach *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, S. 5 f., entfielen vom Gesamtbudget „Forschung“ der Bundesrepublik im Jahre 1989 auf die Wirtschaft 42,4 Mrd. DM, auf die öffentliche Hand 23 Mrd. DM. Die Relation verändert sich seit Jahren langsam aber stetig zum Nachteil der Wirtschaft.

¹⁴⁵ Vgl. zu den einzelnen Typen *Löwer*, in: Flämig/Kimminich Band 2, S. 1219 ff.

¹⁴⁶ S.o. S. 76 ff.

¹⁴⁷ *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, S. 14.

(Industrie-)Forschung betrifft, so kommt hinzu, daß in privaten Wissenschaftseinrichtungen die Unabhängigkeit der dort beschäftigten Wissenschaftler aufgrund arbeitsvertraglicher Weisungsbefugnisse – von denen in der Praxis die an wirtschaftlich verwertbaren Forschungsergebnissen interessierten Unternehmen auch durchaus Gebrauch machen¹⁴⁸ – nicht in einer Weise gewährleistet ist, die den Anforderungen an die „Freiheit“ der Wissenschaft i.S.d. Art. 5 Abs. 3 GG entspricht. Ein funktionierendes Wissenschaftsleben als objektiv-rechtliches Desiderat der Wissenschaftsfreiheit ist darauf angewiesen, daß auch nicht zweckgebundene Forschung stattfindet.¹⁴⁹ Zudem beschränkt sich industriell betriebene Wissenschaft zumeist auf bestimmte, an der unmittelbaren Verwertbarkeit für wertschöpfende Produktion orientierte Themen,¹⁵⁰ würde also den Regelungsbereich des Art. 5 Abs. 3 GG thematisch nur partiell abdecken.

Nach alledem wird man daher die Existenz unabhängiger, Forschung und Lehre verbindender Wissenschaftsinstitutionen als notwendige Voraussetzung einer Verwirklichung der „Idee einer freien Wissenschaft“¹⁵¹ anzusehen und dem Staat – solange derartige Institutionen nicht von privater Seite in ausreichendem Umfang und mit entsprechender Zwecksetzung und Struktur bereitgestellt werden – eine entsprechende Verpflichtung aufzuerlegen haben. Zutreffend hat daher auch das BVerfG in seinem Hochschulurteil aus dem Jahre 1973¹⁵² der Wissenschaftsfreiheit entnommen, daß der Staat „die Pflege der freien Wissenschaft und ihre Vermittlung an die nachfolgende Generation durch Bereitstellung von personellen, finanziellen und organisatorischen Mitteln zu ermöglichen und zu fördern“ hat.¹⁵³ Aus der objektiven Wertentscheidung des Art. 5 Abs. 3 GG folgt damit eine Pflicht der öffentlichen Hand, „funktionsfähige Institutionen für einen freien Wissenschaftsbetrieb zur Verfügung zu stellen“.¹⁵⁴

¹⁴⁸ *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, S. 11.

¹⁴⁹ *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, S. 232.

¹⁵⁰ *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, S. 232.

¹⁵¹ BVerfGE 35, 79, 114; 85, 360, 384; BVerfG DVBl. 1999 S. 1577, 1578.

¹⁵² BVerfGE 35, 79 ff.

¹⁵³ BVerfGE 35, 79, 114 f.; BVerfG, DVBl. 1999 S. 1578, 1579. Zustimmung etwa *Schmitt Glaeser*, WissR 1974 S. 107, 130 ff.; *Karpen*, Wissenschaftsfreiheit, S. 16; *Oppermann*, in: Isensee/Kirchhof, § 145 Rdnr. 21; v. *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 5 Abs. 3 Rdnr. 179.

¹⁵⁴ BVerfGE 35, 79, 115; 85, 360, 384; BVerfG DVBl. 1999 S. 1577, 1578; vgl. auch BVerfGE 81, 108, 116; 93, 85, 95.

Aus den gleichen Gründen wie bei Art. 12 Abs. 1 GG¹⁵⁵ steht auch diese positive Verpflichtung des Staates unter dem „Vorbehalt des Möglichen“.¹⁵⁶ Hinsichtlich Art und Umfang der zu ergreifenden Maßnahmen hat der Gesetzgeber daher wiederum einen erheblichen Gestaltungsspielraum.¹⁵⁷ Er darf indes die objektive Wertentscheidung des Art. 5 Abs. 3 GG nicht grundlegend verkennen, was der Fall wäre, „wenn infolge der konkreten Entscheidung des Gesetzgebers über Maß und Art staatlicher Förderung freie wissenschaftliche Betätigung nicht mehr möglich oder in ihrem Kernbereich betroffen wäre“.¹⁵⁸

C) Aus Art. 2 Abs. 1 GG

Ferner könnten sich Pflichten des Staates zur Bereitstellung von universitären Ausbildungsmöglichkeiten auch aus Art. 2 Abs. 1 GG – ggf. in Verbindung mit der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG oder dem Sozialstaatsprinzip – ergeben. Nach Art. 2 Abs. 1 GG hat jeder ein Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit. Nach h.M. wird hierdurch die allgemeine Handlungsfreiheit, d.h. das Recht gewährleistet, zu tun und zu lassen, was man will.¹⁵⁹ Bei dieser Weite des Gewährleistungsbereichs erscheint die Ableitung von Handlungspflichten des Staates aus dem objektivrechtlichen Gehalt der Grundrechtsnorm besonders problematisch. Selbst wenn man diese Ableitung nur dort zulässt, wo ein staatliches Tätigwerden notwendige Voraussetzung eines unter die grundrechtliche Gewährleistung fallenden Verhaltens ist, würde hieraus im speziellen Fall der Allgemeinen Handlungsfreiheit noch immer eine unkalkulierbare Gefährdung des haushaltspolitischen Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers folgen. Menschliche Verhaltensweisen, die – z.B. wegen des dafür erforderlichen finanziellen Aufwandes – nur mit staatlicher Beteiligung realisiert werden könnten, sind in beliebiger Anzahl konstruierbar. Würde man das o. g. Kriterium zur Konstruktion von grundrechtlichen Leistungspflichten uneingeschränkt auf die Allgemeine Handlungsfreiheit anwenden, so wäre – da jedes menschliche Verhalten in den Rege-

¹⁵⁵ S.o. S. 82 f.

¹⁵⁶ Vgl. BVerfGE 33, 303, 333.

¹⁵⁷ BVerfGE 81, 108, 116; BVerfG, DVBl. 1999 S. 1577, 1578; v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 5 Abs. 3 Rdnr. 179; Classen, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, S. 127.

¹⁵⁸ So BVerfG, DVBl. 1999 S. 1577, 1578.

¹⁵⁹ Erichsen, in: Isensee/Kirchhof, § 152 Rdnr. 13; Murswiek, in: Sachs, Art. 2 Rdnr. 10.

lungsbereich des Art. 2 Abs. 1 GG fällt – der Staat in allen diesen Fällen prima facie zum Handeln verpflichtet und könnte erst im Rahmen der Abwägung mit anderen Staatsaufgaben unter dem Gesichtspunkt „Vorbehalt des Möglichen“ von einem Tätigwerden wieder Abstand nehmen. Der Staat müßte seinen Bürgern prinzipiell alles bezahlen, was nicht von privater Seite bereitgestellt werden kann. Daß dies – auch wenn der „Vorbehalt des Möglichen“ als Korrektiv verbleibt – kein sinnvolles Ergebnis ist, liegt schon deshalb auf der Hand, weil es zu einer umfassenden Umdeutung des Grundrechtsschutzes im Sinne eines „status positivus“ führen würde, die aber vom Verfassungsgeber gerade nicht gewollt war.¹⁶⁰

Die Ableitung von Handlungspflichten des Staates aus der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG kommt daher grundsätzlich nicht in Betracht. Etwas anderes könnte indes für das allgemeine Persönlichkeitsrecht gelten, das als unbenanntes Freiheitsrecht vom BVerfG in ständiger Rechtsprechung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet wird¹⁶¹ und als eigenständiger Gewährleistungsgehalt neben die allgemeine Handlungsfreiheit tritt. Inhalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist der Schutz bestimmter Lebensbereiche und Verhaltensweisen, die einen besonders engen Zusammenhang zur in Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Menschenwürde aufweisen und sich daher im Hinblick auf ihre Schutzbedürftigkeit von den sonst durch die allgemeine Handlungsfreiheit erfaßten Bereichen abheben.¹⁶² Die vom BVerfG kasuistisch entwickelten Fallgruppen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts lassen sich einteilen in Gewährleistungsgehalte, die den Schutz der Privatsphäre und der personalen Identität des einzelnen zum Ziel haben, und solche, die die Grundbedingungen personaler Entfaltung sicherstellen sollen.¹⁶³ Geschützt sind beispielsweise das Recht am eigenen Bild, an privaten schriftlichen Aufzeichnungen und am nichtöffentlich gesprochenen Wort, das Recht auf Wahrung der Intimsphäre, die persönliche Ehre, die informationelle Selbstbestimmung sowie der Resozialisierungsanspruch des Strafgefangenen.¹⁶⁴ Da die Gewährleistung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts somit tat-

¹⁶⁰ So auch im Ergebnis *Jarass*, DÖV 1995 S. 674, 675 f.

¹⁶¹ Vgl. etwa BVerfGE 54, 148, 153; 65, 1, 41; 67, 213, 228; 71, 183, 201; 72, 155, 170.

¹⁶² *Jarass*, NJW 1989 S. 857.

¹⁶³ *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 2 Rdnr. 27; *ders.*, NJW 1989 S. 857, 859. Eine Dreiteilung befürwortet *Dreier*, in: *Dreier*, Band 1, Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 50.

¹⁶⁴ Vgl. die Aufzählung bei *Erichsen*, in: *Isensee/Kirchhof*, § 152 Rdnr. 55 m.w.N.

bestandlich konkretisiert ist und insofern eine den speziellen Grundrechtsverbürgungen zumindest ähnliche Struktur aufweist,¹⁶⁵ bestehen dagegen, ihr neben Abwehrensprüchen auch staatliche Handlungspflichten zu entnehmen, nicht die Einwände, die soeben im Hinblick auf die allgemeine Handlungsfreiheit formuliert wurden.¹⁶⁶ Vielmehr enthält das allgemeine Persönlichkeitsrecht wie andere grundrechtliche Gebote eine objektive verfassungsrechtliche Wertentscheidung zugunsten einer Realisierung der Grundlagen individueller personaler Autonomie,¹⁶⁷ der eine Pflicht des Staates zu Schutz und Förderung entsprechen kann, wenn andernfalls die Ausübung der Rechte, die in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts fallen, generell (und nicht nur im Einzelfall) nicht gewährleistet wäre.¹⁶⁸

Voraussetzung dafür, dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG staatliche Pflichten zur Hochschulerrichtung und -unterhaltung zu entnehmen, ist somit, daß sich ein Gewährleistungsgehalt dieses Grundrechts aufzeigen läßt, der zu seiner Realisierung auf staatliche Wissenschaftsinstitutionen zwingend angewiesen ist. Einen Ansatzpunkt könnte insoweit das von BVerfG und BVerwG in ihrer Rechtsprechung zum Schulrecht anerkannte Recht des einzelnen „auf eine möglichst ungehinderte Entfaltung seiner Persönlichkeit und damit seiner Anlagen und Befähigungen“ bieten.¹⁶⁹ Dieses Recht wird zwar von beiden Gerichten allein aus Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitet und damit der allgemeinen Handlungsfreiheit zugeordnet. Diese Einordnung begegnet indes erheblichen Bedenken. Die ungehinderte Entwicklung von Anlagen und Befähigungen betrifft nicht bloß das Interesse des einzelnen, zu tun, was ihm beliebt (das von der allgemeinen Handlungsfreiheit geschützt ist), sondern die Schaffung von Grundvoraussetzungen autonomer Persönlichkeitsentfaltung. Beeinträchtigt der Staat den einzelnen in der Entwicklung seiner Anlagen und Befähigungen, so führt das zu einer Nichtrealisierung von auf Realisierung angelegten Persönlichkeitselementen, zu einem Auseinanderfallen von aktueller und poten-

¹⁶⁵ Dreier, in: Dreier, Band 1, Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 50.

¹⁶⁶ Jarass, DÖV 1995 S. 674, 676.

¹⁶⁷ Vgl. Degenhart, JuS 1992 S. 361, 368.

¹⁶⁸ S. im einzelnen oben S. 76 ff.

¹⁶⁹ BVerfGE 45, 400, 417; 58, 257, 272; BVerfG NVwZ 1997 S. 781, 782; BVerwGE 56, 155, 158; BVerwG NVwZ 1998 S. 638, 639; vgl. auch HessStGH NJW 1982 S. 1381, 1385; OVG Weimar LKV 1997 S. 291.

tieller Personalität und damit gewissermaßen zu einer Unvollständigkeit des Menschen selbst, die man als gravierendere Beeinträchtigung des Kernbereichs der Persönlichkeit ansehen muß als etwa die Preisgabe privater Informationen oder eine beleidigende Äußerung eines Hoheitsträgers. Das von der Rechtsprechung entwickelte Grundrecht auf möglichst ungehinderte Entfaltung von Anlagen und Befähigungen wird man daher richtigerweise als Element des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, nicht lediglich als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG anzusehen haben.

Freilich ist in der bisherigen Rechtsprechung immer nur von einem Recht „des Kindes“ bzw. „des Schülers“ auf Entfaltung von Anlagen und Befähigungen die Rede.¹⁷⁰ Hieraus wird man indes nicht schließen können, daß BVerfG und BVerwG dieses Recht auf die entsprechende Altersgruppe beschränken wollen. Ein Grund hierfür wäre nicht ersichtlich. Anlagen und Befähigungen können, wenn sie bis dahin noch nicht entwickelt wurden, auch noch im Erwachsenenalter realisiert werden, und die Entfaltung einer besonderen Begabung ist in dieser Lebensphase von nicht geringerer Bedeutung für die Persönlichkeitsbildung als in irgendeiner anderen. Es ist daher anzunehmen, daß BVerfG und BVerwG das genannte Recht nur deshalb bisher allein auf Kinder und Jugendliche bezogen haben, weil es bisher nur in schulrechtlichen Zusammenhängen relevant wurde.

Es ergibt sich damit, daß jedem Menschen, unabhängig von seinem Alter, als Ausfluß seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts ein Recht zusteht, seine Anlagen und Befähigungen möglichst ungehindert zu entwickeln und zu entfalten, d.h. aus potentiellen Fähigkeiten aktuelle zu machen und sich entsprechend diesen Fähigkeiten zu betätigen. Dieses Recht ist zunächst staatsgerichtetes Abwehrrecht, schützt also vor staatlichen Einschränkungen dieser Freiheit. Handlungspflichten des Staates würden sich aber aus ihm ergeben, wenn eine angemessene Entwicklung von Anlagen und Befähigungen des einzelnen ohne staatliche Beteiligung gar nicht stattfinden könnte.

¹⁷⁰ Vgl. die Nachweise in Fn. 169. BVerfG NVwZ 1997 S. 781, 782, spricht sogar von einem „kindlichen Entfaltungsrecht“.

Die Entwicklung und Entfaltung von Anlagen und Befähigungen des Menschen geschieht durch Bildung.¹⁷¹ Wesentliche Voraussetzung für eine Realisierung der persönlichen Potentiale des einzelnen ist daher zunächst ein hinreichend leistungsfähiges Schulsystem. Jedoch ist eine Entfaltung der Anlagen und Befähigungen des einzelnen nicht in jedem Fall durch den Besuch einer allgemeinbildenden Schule gewährleistet. Wer speziellere oder weitergehende Anlagen und Befähigungen besitzt, bedarf zu deren Entfaltung und Entwicklung – soll diese nicht auf halbem Wege stehenbleiben – auch der Möglichkeit, diese in besonderer Weise zu schulen und zu üben. Solche besonderen, auf ganz bestimmte Begabungen und Fähigkeiten bezogene Bildungsmöglichkeiten aber bietet nicht die allgemeinbildende Schule, sondern die Hochschule. Die Existenz von Hochschulen ist daher nicht nur erforderlich, um (aus dem Blickwinkel der Berufsfreiheit) einen akademischen Beruf erlernen und (aus dem Blickwinkel der Wissenschaftsfreiheit) freie Wissenschaft in Forschung, Lehre und Studium betreiben zu können, sondern sie ist auch notwendige Voraussetzung dafür, daß sich besondere geistige Potentiale junger Menschen durch den Erwerb spezialisierten Wissens und spezialisierter Fähigkeiten begabungsgerecht verwirklichen können. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht bedarf also insoweit zu seiner Verwirklichung funktionsfähiger Hochschulen. Dann aber folgt – entsprechend dem oben zu S. 76 ff Ausgeführten – aus dem sozialstaatlich begründeten Auftrag, die in den Grundrechtsnormen zum Ausdruck kommenden objektiven Wertentscheidungen zu verwirklichen wiederum – diesmal unter dem Aspekt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG – eine Verpflichtung des Staates, für das Vorhandensein solcher Einrichtungen Sorge zu tragen. Hinsichtlich der Reichweite dieser Verpflichtung und insbesondere ihrer Beschränkung durch die Begrenztheit der zur Verfügung stehenden Mittel gilt das Gleiche wie zu Art. 12 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 GG oben S. 82, 90 Ausgeführte.

Man könnte gegen diese selbständige Begründung einer staatlichen Pflicht zur Errichtung und Unterhaltung von Hochschulen einwenden, daß der Gewährleistungsgehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, soweit der Bereich der wissen-

¹⁷¹ Diesen Zusammenhang sieht auch das BVerwG, wenn es aus dem Recht zur Entfaltung von Anlagen und Befähigungen ein Recht auf Bildung ableitet; vgl. BVerwGE 56, 155, 158; BVerwG NVwZ 1998 S. 638, 639.

schaftlichen Ausbildung betroffen ist, bereits durch die Schutzbereiche der Berufs- und der Wissenschaftsfreiheit abgedeckt wird und insofern aus Gründen der Spezialität hinter diese Grundrechte zurücktritt¹⁷². Indes wird man die Schutzrichtung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts von der der beiden anderen Grundrechte zu unterscheiden haben. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet die Freiheit von Forschung und Lehre, nicht aber das – für die Persönlichkeitsbildung im Vordergrund stehende – Lernen des Studenten, das als solches keine wissenschaftliche Tätigkeit ist.¹⁷³ Ein Spezialitätsverhältnis zwischen Wissenschaftsfreiheit und dem Recht auf ungehinderte Entfaltung von Anlagen und Befähigungen als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts besteht daher nicht. Die Berufsfreiheit schützt zwar auch den Wissenserwerb, aber bezogen auf einen anderen Zweck als das allgemeine Persönlichkeitsrecht: Jener geht es um den Erwerb der erforderlichen Fähigkeiten für die Ausübung eines Berufs, während dieses auf die Entwicklung der Persönlichkeit abzielt und beispielsweise auch Studien abdeckt, die nicht speziell der Berufsausbildung dienen. Auch einen Vorrang der Berufsfreiheit gegenüber dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht wird man daher nicht annehmen können.

II. Aus dem Sozialstaatsprinzip

Der Verfassungsauftrag an den Staat zur positiven Verwirklichung grundrechtlicher Freiheit wurde oben aus der durch die Grundrechtsnormen konstituierten objektiven Wertordnung in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip abgeleitet.¹⁷⁴ Fraglich ist, ob das Sozialstaatsprinzip daneben auch für sich betrachtet Pflichten des Staates im Bereich des Hochschulwesens begründen kann.

Das in Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG normierte Sozialstaatsprinzip enthält als Staatszielbestimmung einen Verfassungsauftrag an den Gesetzgeber zur Verwirklichung einer gerechten Sozialordnung.¹⁷⁵ Die Konkretisierung dieses Gebots ob-

¹⁷² Vgl. dazu *Pieroth/Schlink*, Rdnr. 337 ff.

¹⁷³ *Thieme*, Deutsches Hochschulrecht, Rdnr. 577; *Kimminich*, in: Flämig/Kimminich Band 1, S. 121, 138 ff.; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 5 Rdnr. 79; *Scholz, R.*, in: Maunz/Dürig, Art. 5 Abs. 3 Rdnr. 113; a.A. *Bethge*, in: Sachs, Art. 5 Rdnr. 208.

¹⁷⁴ S.o. S. 77 f.

¹⁷⁵ *Erichsen*, StR u. VerfGbk I, S. 69; *Benda*, NJW 1979 S. 1001, 1002; *Schnapp*, in: v. Münch/Kunig, Art. 20 Rdnr. 18.

liegt in erster Linie dem Gesetzgeber.¹⁷⁶ Es herrscht weitgehend Einigkeit darüber, daß aus dem Sozialstaatsprinzip schon aufgrund seiner inhaltlichen Offenheit unmittelbar keine judizierbaren Rechte und Pflichten resultieren.¹⁷⁷ Für sich betrachtet (also unabhängig von der durch die Grundrechte statuierten objektiven Wertordnung) kann daher dieses Prinzip nicht zur Begründung einer Pflicht des Staates zum Bau und zur Unterhaltung von Hochschulen herangezogen werden.

III. Aus landesverfassungsrechtlichen Bestimmungen

Anders als im Grundgesetz werden die Hochschulen in den Landesverfassungen häufig ausdrücklich erwähnt.¹⁷⁸ Hierbei findet sich eine Reihe von Normen, die Errichtung und Unterhaltung von Hochschulen ausdrücklich zur staatlichen Angelegenheit erklären: „Die Errichtung und Verwaltung der Hochschulen ist Sache des Staates“ (Art. 138 Abs. 1 Verf. Bay.); „Hochschulen sind in der Regel staatlich“ (Art. 34 S. 1 Verf. Brem.); „Das Land unterhält und fördert Hochschulen und andere wissenschaftliche Einrichtungen“ (Art. 5 Abs. 2 Verf. Nds.); „Hochschulen sind in der Regel Körperschaften des öffentlichen Rechts“ (Art. 7 Abs. 3 S. 1 Verf. MV); „Hochschulen und andere wissenschaftliche Einrichtungen sind vom Land in ausreichendem Maße einzurichten, zu unterhalten und zu fördern“ (Art. 31 Abs. 1 Verf. LSA).

All diese Vorschriften enthalten, anders als Art. 5 Abs. 3 GG, Einrichtungsgarantien der staatlichen Hochschule, die zwar nicht den Bestand der einzelnen Hochschule, wohl aber die grundsätzliche Existenz eines staatlich organisierten Hochschulsystems gewährleisten.¹⁷⁹ Man wird darüber hinaus davon auszugehen haben, daß – soweit es nicht wie in Art. 7 Abs. 3 S. 1 Verf. MV ausdrücklich gesagt wird – in diesen Regelungen vorausgesetzt wird, daß staatliche Hochschulen in der Regel als Körperschaft des öffentlichen Rechts verfaßt sind, und es sich daher

¹⁷⁶ *Erichsen*, StR u. VerfGbkt I, S. 69; *Schnapp*, in: v. Münch/Kunig, Art. 20 Rdnr. 19.

¹⁷⁷ BVerfGE 59, 231, 262 f.; *Erichsen*, StR u. VerfGbkt I, S. 69; *Schnapp*, in: v. Münch/Kunig, Art. 20 Rdnr. 19 m.w.N.

¹⁷⁸ Vgl. Art. 20 Abs. 1, 2 Verf. BW; 138 Abs. 1 Verf. Bay.; 32 Abs. 1, 2 Verf. Brbg.; 34 Verf. Brem.; 60 Abs. 1, 61 Verf. Hess.; 7 Abs. 3 Verf. MV; 5 Abs. 2, 3 Verf. Nds.; 16 Abs. 1 Verf. NW; 39 Abs. 1 Verf. Rh.-Pf.; 33 Abs. 1, 2 Verf. Saarl.; 11 Abs. 2, 107 Verf. Sachs.; 31 Abs. 1 Verf. LSA; 28 Abs. 1, 2 Verf. Thür.

¹⁷⁹ Vgl. *Erichsen*, Die Universität im Spannungsfeld, S. 11; *ders./Scherzberg*, NVwZ 1990 S. 8, 12.

um institutionelle Garantien handelt. Hieraus resultiert – unbeschadet der auch für Private bestehenden Möglichkeit, Hochschulen zu gründen¹⁸⁰ – eine entsprechende Handlungspflicht des Staates zur Unterhaltung und ggf. Errichtung von als öffentlich-rechtliche Körperschaft organisierten Hochschulen. Das gleiche wird man auch denjenigen Verfassungen entnehmen können, die sich darauf beschränken, die Zulässigkeit von Hochschulen in freier Trägerschaft ausdrücklich anzuordnen (Art. 32 Abs. 2 Verf. Brbg.; 107 Abs. 4 Verf. Sachs.; 28 Abs. 2 Verf. Thür.): Wird das Recht Privater, Hochschulen zu gründen, besonders angeordnet, so geht die Verfassung offenbar davon aus, daß Hochschulen normalerweise staatlich sind. Dies gilt auch für die Verfassung Hessens, die in Art. 61 ein Genehmigungserfordernis für private Hochschulen vorsieht, also ebenfalls ein Regel-Ausnahme-Verhältnis erkennen läßt. Schließlich impliziert auch Art. 39 Abs. 1 Verf. Rh.-Pf., wonach die theologischen Fakultäten „an den staatlichen Hochschulen“ erhalten bleiben, den Bestand eines staatlichen Hochschulwesens.

Eine Reihe von Verfassungen enthält darüber hinaus Vorschriften, die den Hochschulen das Recht der Selbstverwaltung zusprechen.¹⁸¹ Der Begriff „Selbstverwaltung“ bezeichnet als terminus technicus gemeinhin eine bestimmte Organisation öffentlicher Verwaltung.¹⁸² Zwar wird man diesen Vorschriften deshalb nicht entnehmen können, daß Hochschulen ausnahmslos Selbstverwaltungsträger in diesem Sinne – und damit Körperschaften des öffentlichen Rechts – sein müßten; vielmehr lassen sich Normen, die ein Selbstverwaltungsrecht der Hochschulen statuieren, zwanglos auch in dem Sinne verstehen, daß jedenfalls dann, wenn eine Hochschule staatlich ist, dieses Selbstverwaltungsrecht bestehen muß. Die Tatsache, daß diese einschränkende Bedingung in den betreffenden Normen durchweg nicht genannt wird, zeigt aber, daß der Verfassung das Modell der staatlichen, als öffentlich-rechtliche Körperschaft organisierten Hochschule jedenfalls für den Regelfall zugrundeliegt. Andernfalls wäre nicht verständlich, warum Hochschulen generell das nur für staatliche, als öffentlich-rechtliche Körperschaft organisierte

¹⁸⁰ Vgl. zur Frage eines Hochschulmonopols des Staates oben S. 75 ff.

¹⁸¹ Art. 20 Abs. 2 Verf. BW; 32 Abs. 1 Verf. Brbg.; 60 Abs. 1 S. 2 Verf. Hess.; 7 Abs. 3 S. 2 Verf. MV; 16 Abs. 1 Verf. NW; 5 Abs. 3 Verf. Nds.; 39 Abs. 1 S. 1 Verf. Rh.-Pf.; 33 Abs. 2 S. 1 Verf. Saarl.; 107 Abs. 2 Verf. Sachs.; 31 Abs. 2 Verf. LSA; 28 Abs. 1 S. 2 Verf. Thür.

¹⁸² Vgl. z.B. *Weides*, in: Görres, Gesellschaft, Stichwort „Selbstverwaltung“; *Schick/Herzog*, in: Kunst/Herzog, Stichwort „Selbstverwaltung“; *Ehlers*, in: Erichsen, § 4 Rdnr. 8; *Hendler*, S. 284; weitergehend *Stern*, StR I, § 12 I 1 b (S. 398).

Hochschulen passende Selbstverwaltungsrecht zuerkannt wird. Man wird daher auch denjenigen Normen, die ein Selbstverwaltungsrecht der Hochschulen vorsehen, eine Präferenz zugunsten eines grundsätzlich öffentlich-rechtlich organisierten staatlichen Hochschulsystems zu entnehmen haben.

Die Rechtslage nach den Landesverfassungen ist daher im Hinblick auf staatliche Verpflichtungen zur Errichtung und zum Betrieb von Hochschulen vielfach eindeutiger als diejenige nach dem Grundgesetz. In der überwiegenden Mehrheit der Länder wird das Hochschulwesen im Wege einer institutionellen Garantie oder implizit zur staatlichen Aufgabe erklärt. Keine Aussage hierzu enthalten lediglich die Verfassungen Berlins, Hamburgs und Schleswig-Holsteins. Freilich machen auch diejenigen Landesverfassungen, in denen die Staatlichkeit des Hochschulsektors festgeschrieben wird, durchweg keine näheren Angaben über den Umfang der den Staat in diesem Bereich treffenden Pflichten. Man wird insoweit wiederum von einem weitgehenden Einschätzungs-, Gestaltungs- und Wertungsspielraum des für die Entscheidung über die Mittelverwendung zuständigen Gesetzgebers ausgehen müssen.

IV. Ergebnis

Eine Verpflichtung des Staates, Hochschulen zu errichten und zu betreiben, ergibt sich also verfassungsrechtlich aus Art. 12 Abs. 1, Art. 5 Abs. 3 und Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG sowie in den meisten Bundesländern auch aus Landesverfassungsrecht. Die Verpflichtung steht unter dem Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der einzelne unter Berücksichtigung der sonst dem Staat obliegenden Aufgaben vernünftigerweise verlangen kann. Insoweit steht dem Gesetzgeber ein Einschätzungs-, Gestaltungs- und Wertungsspielraum zu.

V. Aus § 58 Abs. 1 HRG

Nach § 58 Abs. 1 S. 1 HRG sind Hochschulen in der Regel Körperschaften des öffentlichen Rechts und zugleich staatliche Einrichtungen. Aus der Kennzeichnung der Hochschulen als „in der Regel ... staatliche Einrichtungen“ könnte sich eine Verpflichtung des Staates zur Errichtung und zum Betrieb von Hochschulen

ergeben. Gem. § 1 HRG gilt dieses Gesetz für Hochschulen, die nach Landesrecht staatliche Hochschulen sind. Mithin greift die Bestimmung des § 58 Abs. 1 HRG erst ein, wenn es sich um eine staatliche Hochschule handelt. § 58 Abs. 1 HRG soll dann, wie die Überschrift zeigt, die zulässigen Rechtsformen bestimmen, in denen eine staatliche Hochschule organisiert sein oder werden darf. So sollte auch nach der Gesetzesbegründung zu § 58 HRG a.F. mit der Charakterisierung der Hochschulen i. S. d. § 1 HRG als staatliche Einrichtungen nur klargestellt werden, daß staatliche Hochschulen zugleich Teil des staatlichen Organisationsgefüges sind und der Staat insoweit als Träger der Bildungs- und Wissenschaftseinrichtung für ihre Funktionsfähigkeit verantwortlich ist¹⁸³. Insofern läßt sich aus der Formulierung in § 58 Abs. 1 HRG „in der Regel ... staatliche Einrichtung“ keine Aussage zur Frage der Verpflichtung des Staates zur Errichtung von Hochschulen im allgemeinen entnehmen.

¹⁸³ BT-Dr. 7/1328, S. 72.

3. Kapitel

Organisationsform der Aufgabenwahrnehmung

Es hat sich gezeigt, daß das Hochschulwesen Staatsaufgabe nicht nur im Sinne der rechtlichen Zulässigkeit einer Betätigung des Staates auf dem Gebiet des Hochschulwesens ist, sondern daß dem Staat darüber hinaus auch verfassungsrechtlich verbindlich aufgegeben ist, sich auf dem Gebiet des Hochschulwesens zu betätigen. Damit ist indes noch nichts über die Organisations- und Handlungsformen gesagt, die dem Staat zur Wahrnehmung dieser Aufgaben zur Verfügung stehen, insbesondere darüber, ob und inwieweit der Staat die von ihm – in Wahrnehmung der oben ermittelten Verpflichtung – betriebenen Hochschulen öffentlich-rechtlich organisieren muß oder privatrechtlich organisieren darf. Dieser Frage soll im folgenden nachgegangen werden.

1. Abschnitt

Öffentlich-rechtliche Organisationsformen

Die vorliegende Untersuchung beschäftigt sich mit der Zulässigkeit, den Grenzen und Folgen einer Hochschulprivatisierung. In Anbetracht dieser beschränkten Fragestellung interessieren die öffentlich-rechtlichen Organisationsformen für die Wahrnehmung dieser Aufgaben nur insoweit, als sich hieraus Rückschlüsse auch für die Zulässigkeit und Anwendbarkeit privatrechtlicher Organisationsformen ziehen lassen. Die nachfolgenden Ausführungen erheben infolgedessen nicht den Anspruch, die Wahrnehmung von Hochschulaufgaben in öffentlich-rechtlichen Organisationsformen umfassend darzustellen, geschweige denn, eine darauf bezogene in sich geschlossene Dogmatik zu entwickeln.

Nimmt man die für Hochschulen in Betracht kommenden öffentlich-rechtlichen Organisationsformen in den Blick, so ist zunächst zwischen der unmittelbaren und der mittelbaren Aufgabenwahrnehmung durch den Staat zu unterscheiden. Bei der unmittelbaren Aufgabenwahrnehmung tritt nicht ein von dem durch das Grundgesetz und die Landesverfassungen konstituierten Staat verschiedenes Rechtssubjekt

als Träger der Hochschule in Erscheinung, sondern vielmehr der Staat selber. Bei der mittelbaren Aufgabenwahrnehmung ruft der Staat ein ihm gegenüber und im Verhältnis zu den mit der Hochschule in Kontakt tretenden Dritten selbständiges Rechtssubjekt ins Leben.¹⁸⁴ Während der Staat selbst als Träger von Verwaltung stets nur in seiner Eigenschaft als Körperschaft des öffentlichen Rechts in Erscheinung treten kann, unterscheidet man im Hinblick auf die mittelbare Wahrnehmung von Staatsaufgaben durch rechtlich verselbständigte Verwaltungsträger die Körperschaft, die Anstalt und die Stiftung des öffentlichen Rechts.¹⁸⁵

Für die vom HRG erfaßten staatlichen Hochschulen hat sich der Bundesgesetzgeber in § 58 Abs. 1 S. 1 HRG für den Regelfall für das Erfordernis einer – vom Land zu konstituierenden – Körperschaft des öffentlichen Rechts entschieden. Bereits vor Inkrafttreten des Grundgesetzes waren zahlreiche Autoren der Ansicht, daß die Rechtsgestalt der deutschen Universität nach “herkömmlichem” Recht die Körperschaft des öffentlichen Rechts sei,¹⁸⁶ und schon § 67 II 12 des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794 sprach den Universitäten “alle Rechte privilegierter Korporationen” zu.¹⁸⁷

Zwar hat das BVerfG zutreffend festgestellt, daß Art. 5 Abs. 3 GG damit „weder das überlieferte Strukturmodell der deutschen Universität zur Grundlage (hat), noch überhaupt eine bestimmte Organisationsform des Wissenschaftsbetriebes an den Hochschulen vorschreibt“.¹⁸⁸ Jedoch hat der Staat die verfassungsgestaltende Grundentscheidung zugunsten der freiheitlichen Ausgestaltung des Hochschulwesens zu beachten und – so das BVerfG – „funktionsfähige Institutionen für einen freien Wissenschaftsbetrieb zur Verfügung zu stellen“.¹⁸⁹

Aus der Entscheidung des Bundesgesetzgebers für die Körperschaft des öffentlichen Rechts als Regelfall geht hervor, daß ihm diese Organisationsform der Hochschule als am ehesten geeignet erscheint, die Entscheidung des Grundgesetz-

¹⁸⁴ Vgl. *Rudolf*, in: Erichsen, § 52 Rdnr. 7.

¹⁸⁵ Vgl. *Rudolf*, in: Erichsen, § 53 Rdnr. 9 ff.

¹⁸⁶ *Köttgen*, S. 33 ff.; vgl. außerdem die Nachweise bei *Kimminich*, in: Flämig/Kimminich, Band 1, S. 229.

¹⁸⁷ Vgl. *Kimminich*, in: Flämig/Kimminich Band 1, S. 229.

¹⁸⁸ BVerfGE 35, 79, 116; 93, 85, 95.

¹⁸⁹ BVerfGE 35, 79, 115; 93, 85, 95.

zes für die Wissenschaftsfreiheit abzusichern.¹⁹⁰ So wird durch die Rechtsgestalt der Körperschaft zum Ausdruck gebracht, daß die Hochschule im Gegensatz zur nicht rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts aus der staatlichen Hierarchie ausgegliedert ist und deshalb nur beschränkt staatlicher Bestimmungsgewalt unterliegt.¹⁹¹ Die Körperschaft des öffentlichen Rechts ist im Gegensatz zur rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts ein korporativer, d. h. mitgliedschaftlich verfaßter mit Hoheitsgewalt ausgestatteter Träger öffentlicher Verwaltung.¹⁹² Mitglieder der körperschaftlich organisierten Hochschule sind dabei alle an der Hochschule hauptberuflich Tätigen sowie die Studierenden.¹⁹³

Der Körperschaft des öffentlichen Rechts steht das Recht zur Selbstverwaltung zu, d.h. das Recht zur selbständigen, fachweisungsfreien Wahrnehmung eigener öffentlicher Angelegenheiten durch eigene, in der Regel selbst bestellte Organe.¹⁹⁴ Die Aufgabe der Selbstverwaltung wird durch die Mitgliedschaft selten unmittelbar, i.d.R. durch ihre durch Wahlen bestellten Vertreter wahrgenommen. Auf diese Weise soll eine Gewährleistung, schonender Ausgleich und Optimierung der im organisatorischen Verbund vieler auszuübenden Freiheit von Forschung, Lehre und Studium herbeigeführt werden.¹⁹⁵ Zwar steht die Körperschaft des öffentlichen Rechts unter staatlicher Aufsicht. Jedoch handelt es sich dabei um eine reine Rechtsaufsicht zur Gewährleistung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.¹⁹⁶ Die Aufsicht hat insbesondere die durch Art. 5 Abs. 3 GG gewährleistete Wissenschaftsfreiheit sowie die der Körperschaft des öffentlichen Rechts eingeräumte Autonomie zu achten.¹⁹⁷

¹⁹⁰ Vgl. auch *Kimminich*, in: Flämig/Kimminich, Band 1, S. 230; Reich, § 58 Rdnr. 1, 2 m. w. N.

¹⁹¹ Vgl. *Hailbronner*, in: Hailbronner/Geis, § 58 Rdnr. 6.

¹⁹² *Rudolf*, in: Erichsen, § 52 Rdnr. 11.

¹⁹³ Vgl. *Wolff/Bachof/Stober*, VerwR II, § 93 Rdnr. 81.

¹⁹⁴ Vgl. *Wolff/Bachof/Stober*, VerwR II, § 84 Rdnr. 34; § 93 Rdnr. 48.

¹⁹⁵ Vgl. *Reich*, § 4 Rdnr. 1, § 58 Rdnr. 1.

¹⁹⁶ Vgl. *Wolff/Bachof/Stober*, VerwR II, § 84 Rdnr. 39.

¹⁹⁷ *Kimminich*, in: Flämig/Kimminich, Band 1, S. 230.

2. Abschnitt

Privatrechtliche Organisationsformen

I. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit

Das Grundgesetz steht privatrechtlichem Handeln und privatrechtlicher Organisation des Staates nicht grundsätzlich ablehnend gegenüber.¹⁹⁸ Es existiert kein Grundsatz, wonach Hoheitsträger nur nach Maßgabe öffentlichen Rechts handeln dürfen.¹⁹⁹ Es gibt andererseits auch kein Prinzip, wonach der Staat des Grundgesetzes gehalten sein könnte, zu privatisieren. Das Subsidiaritätsprinzip, welches ein dahingehendes Steuerungspotential enthalten könnte, ist nach weitgehend anerkannter Auffassung kein allgemeiner, die Organisation des grundgesetzlich verfaßten Staates und sein Handeln determinierender Grundsatz.²⁰⁰ Das Grundgesetz selbst zeigt in verschiedenen Normen – vgl. etwa Art. 87 d Abs. 1, Art. 87 f, Art. 135 Abs. 6 GG – daß es den Staat und seine öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen auch als Rechtssubjekte des Privatrechts ansieht.²⁰¹ Das schließt indes nicht aus, daß das Grundgesetz die Wahl privatrechtlicher Organisationsformen einschränkenden Bedingungen unterwirft oder für einzelne Bereiche auch ganz verbietet. Für das Hochschulwesen kommen insoweit vor allem die Grundrechte, das Demokratieprinzip, der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes sowie der Funktionsvorbehalt nach Art. 33 Abs. 4 GG in Betracht. Ferner könnten auch den Landesverfassungen eigenständige Vorgaben für die Zulässigkeit einer Privatisierung von Hochschulen zu entnehmen sein.

¹⁹⁸ Vgl. *Lecheler*, BayVBl 1994 S. 555, 557; Rüfner in: *Isensee/Kirchhof*, § 80 Rdnr. 98 ff.; Däubler, S. 75.

¹⁹⁹ Vgl. aber auch § 2 Abs. 2 S. 3 HG NRW.

²⁰⁰ Vgl. *Lecheler*, S. 46 ff., 49; Pechstein, DÖV 1991, 535, 536; vgl. aber auch *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, S. 57 Rdnr. 171; Merten, S. 77 ff.

²⁰¹ *Stern*, StR III/1, § 74 IV 3 a (S. 1400).

A) Grundrechtliche Direktiven

1. Wahrung eines grundrechtlich geforderten Mindestbestandes an wissenschaftlichen Ausbildungs- und Arbeitsmöglichkeiten

Unter grundrechtlichen Aspekten könnte eine Hochschulprivatisierung zunächst dann unzulässig sein, wenn sie dazu führen würde, daß grundrechtliche Leistungspflichten des Staates – wie sie für den Hochschulbereich aus Art. 12 Abs. 1, Art. 5 Abs. 3 sowie Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet wurden²⁰² – nicht mehr ausreichend erfüllt würden.²⁰³ Voraussetzung dafür wäre, daß die vorgesehenen Privatisierungsmaßnahmen im Ergebnis zu einer Verringerung des Angebots an wissenschaftlichen Ausbildungs- und Arbeitsmöglichkeiten führen. Eine solche Verringerung des Angebots an Studienplätzen und Forschungspotential steht aber, soweit ersichtlich, bei den gegenwärtig diskutierten Modellen einer Hochschulprivatisierung nicht in Rede. Vielmehr soll die bisher projektierte Privatisierung von Hochschulfunktionen neben das bestehende Hochschulangebot treten, also tendenziell zu einer Ausweitung der bestehenden, vom Staat verantworteten Kapazitäten führen. Aber auch soweit eine Substituierung der bisher öffentlich-rechtlich wahrgenommenen Aufgabenerfüllung durch privatrechtlich organisierte Aufgabenwahrnehmung erfolgen soll, ist eine Angebotsverringerung im Ergebnis nicht beabsichtigt. Unter dem Aspekt eines grundrechtlich gewährleisteten Mindestangebots an Wissenschaftseinrichtungen bestehen daher gegen die gegenwärtigen Planungen – abgesehen davon, daß sich wegen der in diesem Bereich bestehenden Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers²⁰⁴ ein Grundrechtsverstoß ohnehin nur im Extremfall feststellen ließe – keine Einwände.

²⁰² Vgl. oben S. 76 f., 79 f., 81 f., 89, 93.

²⁰³ Vgl. zur Zulässigkeit von Privatisierungsmaßnahmen im Hinblick auf leistungsrechtliche Gehalte der Grundrechte auch *Däubler*, S. 124 ff.; v. *Mutius*, JuS 1976 S. 652, 655 f.

²⁰⁴ Vgl. oben S. 82 f., 90, 93.

2. Schutz der öffentlich-rechtlichen Organisation der Hochschule durch eine aus Art. 5 Abs. 3 GG folgende Einrichtungsgarantie

Bereits oben²⁰⁵ wurde festgestellt, daß Art. 5 Abs. 3 GG, entgegen teilweise ver-
tretener Auffassung, keine institutionelle Garantie der Hochschule enthält. Der
Gesichtspunkt der institutionellen Garantie kann daher nicht zur Begründung der
Notwendigkeit herangezogen werden, die staatlichen Hochschulen als Anstalten
oder Körperschaften des öffentlichen Rechts zu betreiben. Selbst soweit aus Art. 5
Abs. 3 GG eine Einrichtungsgarantie entnommen wird, soll sie sich auf bestimm-
te, für die Freiheit der Wissenschaft „essentielle“ Merkmale der Universität bezie-
hen, wobei unklar bleibt, ob die öffentlich-rechtliche Organisation der Hochschu-
len dazu zu rechnen ist.²⁰⁶

3. Verbot der Umgehung grundrechtlicher Bindungen

Unter grundrechtlichen Gesichtspunkten könnte die Wahl privatrechtlicher Orga-
nisationsformen für staatliche Hochschulen aber deshalb fragwürdig sein, weil
durch eine solche Privatisierung möglicherweise grundrechtliche Bindungen der
öffentlich-rechtlich organisierten Hochschule – insbesondere ihre Bindung an Art.
12 Abs. 1, 2 Abs. 1 i. V. m. Art 1 Abs. 1 und Art. 3 GG bei der Zulassung zum
Studium und bei der Gestaltung der Prüfungen sowie an Art. 5 Abs. 3 GG im
Hinblick auf ihre innere Organisation und die Wissenschaftsfreiheit des wissen-
schaftlichen Personals²⁰⁷ – entfallen. In der Wahl privatrechtlicher Organisations-
formen könnte daher eine unzulässige Umgehung der Grundrechte gesehen wer-
den. Als Rechtsfolge kommt ein Verbot entsprechender Gestaltungen in Betracht.

a) Grundrechtsfreie Staatstätigkeit

Voraussetzung dafür wäre zunächst, daß die Grundrechtsbindung, der die in öf-
fentlich-rechtlichen Formen organisierte und betriebene Hochschule unterliegt,
bei Wahl einer privatrechtlichen Rechtsform entfiere. Ist das nicht der Fall und

²⁰⁵ S. 84 ff.

²⁰⁶ Vgl. *Oppermann*, in: Isensee/Kirchhof, § 145 Rdnr. 18, 19.

²⁰⁷ Vgl. etwa; *Kimminich*, in: Flämig/Kimminich, S. 121, 138, 141 ff.

sind auch die in privatrechtlichen Rechtsformen vom Staat und/oder seinen öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen organisierten und betriebenen Hochschulen oder Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen an die Grundrechte gebunden, ist eine Umgehung von Grundrechten durch Wahl solcher Rechtsformen ausgeschlossen.

Die Grundrechte binden gemäß Art. 1 Abs. 3 GG Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht – und zwar in allen ihren Dimensionen. Die Vorschrift ordnet damit eine umfassende Grundrechtsbindung der gesamten Staatsgewalt an²⁰⁸. Grundrechtsfrei können Tätigkeiten des Staates und seiner Untergliederungen also nur dann sein, wenn es sich bei ihnen nicht um die Ausübung von Staatsgewalt handelt. Das könnte für die in den Formen des Privatrechts stattfindende Tätigkeit des Staates und seiner Untergliederungen der Fall und damit eine Exemption von Art. 1 Abs. 3 GG gegeben sein.

Wenn der Staat und seine öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen sich privatrechtlicher Organisations- und/oder Handlungsformen bedienen und damit wie jede Privatperson am Rechtsverkehr teilnehmen, so könnten sie, wie jede Privatperson auch, aufgrund einer ihnen zustehenden Privatautonomie außerhalb des Bereichs der Staatsgewalt handeln. Demgegenüber ist zu fragen, ob der Staat und seine öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen überhaupt etwas anderes als Staatsgewalt ausüben können, ob nicht auch die Ausübung dieser sog. Privatautonomie die Ausübung von Staatsgewalt ist. Zur Begründung staatlicher Privatautonomie wird gelegentlich auf Art. 2 Abs. 1 GG verwiesen. Selbst wenn man die Auffassung vertritt, daß Art. 2 Abs. 1 GG – neben anderen Grundrechten – über Art. 19 Abs. 3 GG auch für den Staat und andere juristische Personen des öffentlichen Rechts gilt,²⁰⁹ so gilt das doch immer nur im Verhältnis zu anderen durch die Grundrechte gebundenen Trägern gesetzgebender, vollziehender oder rechtsprechender Gewalt, niemals aber gegenüber dem Bürger. Daher kann Art. 2 Abs. 1 GG als gegen den Staat und seine Untergliederungen gerichtete

²⁰⁸ V. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 142; Ehlers, S. 214 ff.; ders., in: Erichsen, § 2 Rdnr. 78.

²⁰⁹ Vgl. dazu v. Mutius, in: BK, Art. 19 Abs. 3. Grundsätzlich verneinend das BVerfG in st. Rspr., BVerfGE 21, 362, 369 ff.; 45, 63, 78; 61, 82, 101; 68, 193, 206.

tes Recht schwerlich als Konstituante staatlicher Privatautonomie gegenüber dem Bürger dienen.

Die Privatautonomie des Staates und seiner Untergliederungen könnte sich jedoch daraus ergeben, daß ihnen als juristischen Personen Rechtsfähigkeit zusteht und damit der Zuordnungsansatz der verfassungsrechtlich begründeten Privatautonomie gegeben ist. Indes beruht die Rechtsfähigkeit juristischer Personen auf staatlicher Rechtssetzung. Nur weil und soweit das Gesetz es so vorsieht, ist eine juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts rechtsfähig. Diese Rechtsfähigkeit entsteht also durch die Ausübung von Staatsgewalt. Die Begründung von Rechtsfähigkeit ist demnach der Staatsgewalt möglich, und sie muß damit notwendig in ihr enthalten sein. Daher ist das rechtliche Können des Staates und seiner Untergliederungen im privatrechtlichen Bereich gegeben durch die Staatsgewalt. Es kann damit keine besondere Privatautonomie des Staates oder anderer Staatsgewalt ausübender juristischer Personen des öffentlichen Rechts in dem Sinne geben, daß ihnen eine besondere Handlungsgewalt zusteht, die die der Staatsgewalt gezogenen Grenzen außer Kraft setzt.

Die Annahme, daß staatliches Handeln in privatrechtlichen Formen nicht Ausübung von Staatsgewalt sei, bedeutete die Erhaltung eines Reservats staatlichen Wirkens, das außerhalb der Verfassung liegt. Es ist jedoch nicht zu sehen, wie ein solches Reservat im Verfassungsstaat des Grundgesetzes zu begründen wäre. Begreift man das Grundgesetz als Konstituante unserer Staatlichkeit, so sind der Staat und seine Untergliederungen auf jene Funktionen, Kompetenzen und Befugnisse beschränkt, die das Grundgesetz ihnen zuerkennt. Insofern stellt das Grundgesetz „eine verbindliche, nicht nur ausschnittsweise, sondern umfassende und daher abschließende Regelung der Handlungsbefugnis staatlicher Organe dar“.²¹⁰ Man muß sich davon lösen, den Begriff der Staatsgewalt mit staatlicher Herrschaftsmacht gleichzusetzen und die Ausübung von Staatsgewalt nur im Subordinationsverhältnis stattfinden zu lassen. Der Begriff Staatsgewalt bezeichnet im Grundgesetz die Gesamtheit der dem Staat und seinen Untergliederungen zustehenden Zuständigkeiten und Befugnisse. Es gilt, wie Wolfgang Martens²¹¹ ausge-

²¹⁰ So. Böckenförde, NJW 1978 S. 1881, 1883.

²¹¹ Martens, S. 98.

führt hat, heute mehr denn je der schon 1892 von Haenel formulierte Satz: „Es ist eine durchaus unrichtige Vorstellung, als ob der Staat in seinen fiskalischen Rechtsverhältnissen nicht als Staat, sondern als Privater stände“.²¹²

b) Grundrechtsbindung des die Handlungsformen des Privatrechts anwendenden Staates

Daraus folgt zunächst, daß die Verwaltung auch dann, wenn sie in privatrechtlichen Handlungsformen tätig wird, die Grundrechte zu beachten hat. Dabei geht es, anders als die gebräuchliche Bezeichnung dieses Befundes suggeriert, gerade nicht um die Geltung eines “Verwaltungsprivatrechts”, sondern um die Geltung öffentlichen Rechts für die privatrechtlich handelnde Verwaltung. Die Geltung der Grundrechte ist allerdings nur für den Einsatz privatrechtlicher Handlungsformen zur ”unmittelbaren” Erfüllung von Verwaltungsaufgaben allgemein anerkannt²¹³, für den Bereich der erwerbswirtschaftlichen Betätigung und der fiskalischen Hilfsgeschäfte der öffentlichen Hand ist sie dagegen umstritten.²¹⁴ Da jedoch der Regelung in Art. 1 Abs. 3 GG eine Beschränkung auf einen – wie auch immer zu bestimmenden – bloßen Ausschnitt der Staatstätigkeit nicht entnommen werden kann, ist die Grundrechtsbindung auch auf die letztgenannten Handlungsfelder zu erstrecken.²¹⁵

²¹² *Haenel*, S. 161; vgl. auch *Zeidler*, VVDStRL 19 (1961) S. 226 f. Gegen Folgerungen aus der Identität von Staat und Fiskus etwa *Brohm*, S. 183.

²¹³ BGHZ 29, 76, 80; 33, 230, 233; 52, 325, 327; v. *Münch*, in: Münch/Kunig, Vorb. Art. 1-19 Rdnr. 35 m.w.N.; *Wolff/Bachof/Stober*, VerwR I, § 23 Rdnr. 29 ff.

²¹⁴ Ablehnend etwa BGHZ 29, 76, 80; 36, 91, 95; 65, 284, 287; *Badura*, in: Schmidt-Aßmann, 3. Kap. Rdnr. 69; *Dürig*, in: Maunz/Dürig, Band 1, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 135.

²¹⁵ *Ehlers*, in: *Erichsen*, § 2 Rdnr. 78; *ders.*, S. 214 ff.; v. *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 144; *Hesse*, Rdnr. 345 ff.; *Dreier*, in: *Dreier*, Band 1, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 49 f.; ausführlich *Stern*, StR III/1, § 74 IV (S. 1394 ff.); *Erichsen*, *Gemeinde und Private*, S. 24; *ders.*, in: *Erichsen/Martens*, § 32 Rdnr. 4.

c) Grundrechtsbindung juristischer Personen des Privatrechts, an denen der Staat oder seine öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen beteiligt sind

Nun besteht hier die Besonderheit, daß staatliche Aufgaben – die Gründung, der Betrieb und die Unterhaltung von Hochschulen und Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens – nicht nur in privatrechtlichen Handlungs-, sondern in privatrechtlichen Organisationsformen, nämlich durch vom Staat oder seinen öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen gegründete juristische Personen des Privatrechts wahrgenommen werden. Es fragt sich daher, ob die Grundrechtsbindung nach Art. 1 Abs. 3 GG auch für den privatrechtlich organisierten Staat gilt, ob also – mit anderen Worten – auch juristische Personen des Privatrechts, die vom Staat oder seinen öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben gegründet werden, wie diese selbst an die Grundrechte gebunden sind. Zu differenzieren ist hierbei zwischen solchen Privatrechtsvereinigungen, deren Anteile sich im Alleineigentum des Staates oder seiner öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen befinden, und solchen, an denen neben dem Staat und/oder neben seinen öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen auch Private beteiligt sind (im folgenden: gemischt staatlich/private privatrechtliche Organisationseinheiten).

(a) Die Grundrechtsbindung juristischer Personen des Privatrechts, an denen nur der Staat oder seine öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen beteiligt sind, wird teilweise damit begründet, diese könnten sich der Geltung der Grundrechte nicht durch Auswechslung der Rechtsform entziehen.²¹⁶ Ist aber – wie vorstehend S. 107 dargelegt – das Handeln des Staates und seiner öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen Emanation der Staatsgewalt, auch wenn sie im Rahmen privatrechtlicher Organisationen tätig werden, so ist kein Grund ersichtlich, es von der für alle Staatstätigkeit geltenden Bindung an die Grundrechte auszunehmen. Werden daher die Anteile einer privatrechtlichen juristischen Person sämtlich vom Staat und/oder seinen öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen gehalten, so nutzen der Staat bzw. seine öffentlich-rechtlich organisierten

²¹⁶ So *Ehlers*, S. 247.

Untergliederungen eine allgemein verfügbare – und deshalb privatrechtliche – Organisationsform, um Staatsgewalt auszuüben. Diese privatrechtliche Organisationseinheit ist daher ebenso wie eine vom Staat getragene öffentlich-rechtliche Organisationseinheit an die Grundrechte gebunden.²¹⁷ So muß etwa eine von einem privatrechtlich organisierten Träger, an dem nur der Staat und/oder seine öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen beteiligt sind, errichtete und betriebene Hochschule oder Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens bei der Ausgestaltung ihrer (privatrechtlichen) Rechtsbeziehungen die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG ebenso respektieren wie die Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG. Studierenden und wissenschaftlichem Personal dürfen keine weitergehenden (Grundrechts-)Beschränkungen auferlegt werden, als sie bei öffentlich-rechtlicher Gestaltung zulässig wären.²¹⁸ Etwaige grundrechtliche Teilhabe- oder Leistungsansprüche sind vom Träger der Hochschule wie bei öffentlich-rechtlicher Organisation zu erfüllen.²¹⁹

(b) Fraglich ist indes, ob dasselbe auch für gemischt staatlich/private privatrechtliche Organisationseinheiten gelten kann, für Organisationseinheiten also, an denen neben dem Staat und/oder seinen öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen auch Private beteiligt sind. Namentlich BGH und BVerwG bejahen auch in diesem Fall die Grundrechtsbindung, wenn die privatrechtliche Organisationseinheit vom Staat bzw. seiner öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederung beherrscht wird, der Staat bzw. seine öffentlich-rechtlich organisierte Untergliederung also das Handeln des Unternehmens aufgrund der Beteiligungsverhältnisse steuern kann.²²⁰

²¹⁷ Vgl. etwa *Pühl*, in: Präsident des Landtags Rheinland-Pfalz, S. 49 ff.

²¹⁸ Vgl. *Wolff/Bachof/Stober*, VerwR I, § 23 Rdnr. 32.

²¹⁹ Dies entspricht der mittlerweile h.M. in Rechtsprechung und Literatur: BGHZ 29, 76, 80; 33, 230, 233; 52, 325, 328 f.; BGH NJW 1985 S. 197, 200; BVerwG DÖV 1990 S. 614; *Ehlers*, S. 247; *ders.*, in: *Erichsen*, § 2 Rdnr. 82; *Höfling*, JA 1995 S. 431, 436; *Dreier*, in: *Dreier*, Band 1, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 52.; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 1 Rdnr. 19; vgl. auch BVerfGE 45, 68, 80; BVerfG NJW 1980 S. 1093; BVerfG JZ 1990 S. 335; a. A. *Püttner*, S. 119 f.; *Emmerich*, JuS 1970 S. 332, 334 f.

²²⁰ Vgl. die Rechtsprechungsnachweise in BGH NJW 1985 S. 197, 200; BVerfG DÖV 1990 S. 614 f.; ebenso z.B. *Stern*, StR III/1, § 74 IV 5 (S. 1421 f.); *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 1 Rdnr. 19. Vgl. auch *BremStGH NVwZ-RR* 1997 S. 145 ff., der eine Stiftung des Bürgerlichen Rechts als „Trägerin öffentlicher Verwaltung“ qualifiziert und als solche dem Petitionsinformierungsrecht aus Art. 17 GG unterwirft, wenn sie „unter maßgeblichem Einfluß der öffentlichen Hand öffentliche Aufgaben“ wahrnimmt.

Große Teile der Literatur lehnen hingegen eine Grundrechtsbindung gemischt staatlich/privater privatrechtlicher Organisationseinheiten generell und unabhängig vom Umfang der Beteiligung des Staates bzw. seiner öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederung ab²²¹. Diese Auffassung beruft sich unter anderem darauf, im Fall der Einschaltung gemischt staatlich/privater privatrechtlicher Organisationseinheiten ändere sich nicht nur die Form, sondern auch die Trägerchaft der Aufgabenwahrnehmung.²²² Die Argumentation läuft darauf hinaus, daß bei Kooperation des Staates bzw. seiner öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen mit Privaten in gemischt staatlich/privaten privatrechtlichen Organisationseinheiten nicht mehr der Staat bzw. seine öffentlich-rechtlich organisierte Untergliederung, sondern nur noch die – ihrerseits nichtstaatliche – privatrechtliche Organisationseinheit die jeweiligen Aufgaben wahrnehme, so daß keine unter Art. 1 Abs. 3 GG fallende Ausübung von Staatsgewalt vorliege. Fraglich ist, wie diese Ansicht mit ihrem eigenen Ausgangspunkt auf einen Nenner gebracht werden kann, wonach die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben in privatrechtlichen Organisationsformen lediglich eine andere Form staatlichen Handelns i.S.d. Art. 1 Abs. 3 GG ist.²²³ Wenn dies für allein vom Staat getragene juristische Personen des Privatrechts gilt, man also hier die Zwischenschaltung eines Privatrechtssubjekts für unerheblich hält, so stellt sich die Frage, warum bei Hinzutreten eines Privaten gerade umgekehrt allein auf die Rechtsnatur der in die Aufgabenerfüllung eingeschalteten juristischen Person abzustellen sein soll und der staatliche Anteil an der Aufgabenwahrnehmung gewissermaßen “verschwindet”.

Die (unmittelbare) Geltung der Grundrechte für eine staatlich/privat gemischte juristische Person des Privatrechts könnte indes aus einem anderen Grund abzulehnen sein. Hätte eine privatrechtliche juristische Person, an der auch Private beteiligt sind, im Verhältnis zu Dritten die Grundrechte unmittelbar zu beachten, so würden hierdurch im Ergebnis die privaten Anteilseigner an die Grundrechte

²²¹ *Ehlers*, S. 249; *ders.*, in: Erichsen, § 2 Rdnr. 84; *Rüfner*, S. 418; *ders.*, in: Isensee/Kirchhof, § 117 Rdnr. 49; *Dreier*, in: Dreier, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 52; *Höfling*, JA 1995 S. 431, 436; *ders.*, in: Sachs, Art. 1 Rdnr. 96; v. *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 145.

²²² *Ehlers*, S. 249; *ders.*, in: Erichsen, § 2 Rdnr. 84; ähnlich *Rüfner*, S. 418.

²²³ Vgl. *Ehlers*, S. 247: “Bloße Auswechselung der Rechtsform”.

gebunden. Das aber soll nach der in der Literatur überwiegenden Auffassung mit deren grundrechtlich geschützter Privatautonomie nicht zu vereinbaren sein.²²⁴

Man wird demgegenüber allerdings fragen müssen, ob nicht der einzelne, wenn er – in Ausübung seiner grundrechtlich gewährleisteten Freiheit – mit dem Staat oder seinen Untergliederungen im Rahmen einer privatrechtlichen Organisationseinheit kooperiert, sich gleichsam in das Rechtsregime des Staates inkorporiert. Indes auch wenn niemand zur Kooperation mit dem Staat oder seinen Untergliederungen gezwungen wird und auch wenn man insoweit die Möglichkeit des Grundrechtsverzichts in Betracht zieht, wird man nicht soweit gehen dürfen, auch den privaten Anteilseigner über eine unmittelbare Bindung der privatrechtlichen juristischen Person mittelbar an die Grundrechte zu binden.

Ohnehin kann dann nicht von einer Geltung der Grundrechte für die privatrechtliche Organisationseinheit ausgegangen werden, wenn sich der Private die Kooperation nicht selbst ausgesucht hat, was beispielsweise dann geschehen kann, wenn der Staat oder seine öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen sich an einer von Privaten gegründeten juristischen Person des Privatrechts durch nachträglichen Erwerb der Mehrheit der Anteile beteiligen und dergestalt in Kooperation mit den vorhandenen privaten Anteilseignern treten. Jedenfalls für diese, aber nicht nur für diese Fallgestaltungen wird man sich zu vergegenwärtigen haben, daß der an einer juristischen Person des Privatrechts beteiligte Private auch in seiner Eigenschaft als Anteilseigner Grundrechtsträger ist, was nach der Rechtsprechung des BVerfG²²⁵ ausschließt, daß er zugleich Grundrechtsadressat ist. Grundrechtsberechtigung und -verpflichtung gleichsam dem Staat inkorporiert, der Zweck der Grundrechte, die Freiheit des einzelnen zu schützen, würde in sein Gegenteil verkehrt. Das spricht dafür, jedenfalls bei einem nachträglichen Eintritt des Staates oder einer seiner Untergliederungen in eine zuvor ausschließlich von Privaten getragene juristische Person des Privatrechts der Ansicht zu folgen, wonach die Beteiligung eines Privaten an einer juristischen Person, an der auch der Staat und/oder eine seiner öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen beteiligt ist, eine unmittelbare Bindung dieser juristischen Person gegenüber

²²⁴ Vgl. statt vieler *Ehlers*, in: Erichsen, § 2 Rdnr. 84 m. w. N.

²²⁵ BVerfGE 15, 256, 262; 21, 362, 370.

Dritten an die Grundrechte ausschließt.²²⁶ Das führt allerdings dazu, daß die Grundrechte zugunsten der privatrechtlichen Organisationseinheit – und damit mittelbar auch zugunsten des Staates oder seiner Untergliederungen als Anteilseigner – Anwendung finden.²²⁷

Im Ergebnis ist der Ansicht zu folgen, daß die Beteiligung eines Privaten an einer vom Staat und/oder seinen öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen getragenen juristischen Person unabhängig vom Ausmaß staatlicher Beteiligung eine unmittelbare Bindung dieser juristischen Person an die Grundrechte gegenüber Dritten ausschließt.²²⁸ Dies gilt unabhängig vom Ausmaß staatlicher Beteiligung also auch dann, wenn das Unternehmen vom Staat und/oder einer öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederung des Staates mehrheitlich beherrscht wird.

(c) Gründet und betreibt also ein privatrechtlich organisierter Träger an dem ausschließlich die öffentliche Hand beteiligt ist, eine Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens, so ist sie wie jede staatliche, öffentlich-rechtlich organisierte Hochschule im Verhältnis zu Dritten unmittelbar an die Grundrechte gebunden, muß also insbesondere bei der Ausgestaltung ihrer (privatrechtlichen) Rechtsbeziehungen die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG ebenso respektieren wie die Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG. Studierenden und wissenschaftlichem Personal dürfen keine weitergehenden (Grundrechts-) Beschränkungen auferlegt werden, als sie bei öffentlich-rechtlicher Gestaltung zulässig wären.²²⁹ Etwaige grundrechtliche Teilhabe- oder Leistungsansprüche sind von der Hochschule wie bei öffentlich-rechtlicher Organisation zu erfüllen. In dieser Konstellation droht daher aufgrund der Wahl einer privatrechtlichen Organisationsform keine Umgehung von Grundrechten, so daß die Gründung privatrechtlicher Hochschulen in staatlicher Alleinträgerschaft unter

²²⁶ Vgl. v. *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 145; *Rüfner*, in: *Isensee/Kirchhof*, § 117 Rdnr. 49; *Ehlers*, in: *Erichsen*, § 2 Rdnr. 84 a. E.; *Höfling*, JA 1995 S. 431, 436.

²²⁷ Vgl. zum Problem etwa *Zimmermann*, JuS 1991 S. 294 ff.

²²⁸ Vgl. v. *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 145; *Rüfner*, in: *Isensee/Kirchhof*, § 117 Rdnr. 49; *Ehlers*, in: *Erichsen*, § 2 Rdnr. 84 a. E.; *Höfling*, JA 1995 S. 431, 436.

²²⁹ Vgl. *Wolff/Bachof/Stober*, VerwR I, § 23 Rdnr. 32.

dem Gesichtspunkt der Grundrechtsbindung der Hochschule keine Probleme aufwirft.²³⁰

Etwas anderes gilt hingegen, wenn an einer privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens neben dem Staat und/oder seinen öffentlich-organisierten Untergliederungen auch Private beteiligt sind: Hier besteht nach dem soeben Gesagten keine unmittelbare Grundrechtsbindung im Verhältnis zu Dritten. Für diese Konstellation stellt sich daher die Frage, ob die Privatisierung zu einer unzulässigen Umgehung grundrechtlicher Bindungen führt.

²³⁰ Ebenso *Hofmann*, VBIBW 1994 S. 121, 124; ferner für den Bereich der Abfallwirtschaft *Schoch*, S. 51.

d) Grundrechtsumgehung

Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Umgehung von Normen werden vornehmlich in der zivilrechtlichen, ferner auch in der steuerrechtlichen Literatur – dort im Hinblick auf den Spezialtatbestand der Steuerumgehung nach § 42 AO²³¹ – diskutiert.²³² Der Begriff “Gesetzesumgehung” ist nicht legaldefiniert; er wird vielmehr unterschiedlich beschrieben.²³³ So liegt nach einer Formulierung des BAG der Tatbestand der Gesetzesumgehung dann vor, wenn “der Zweck einer zwingenden Rechtsnorm dadurch vereitelt wird, daß andere rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten mißbräuchlich verwendet werden”.²³⁴ Schmidt²³⁵ sieht eine Gesetzesumgehung dann als gegeben an, wenn “arglistig der Tatbestand einer Norm verwirklicht wird, die eine günstigere Rechtsfolge anordnet, und damit die Norm, die bei objektiver Betrachtung zur Regelung der infragestehenden Lebensverhältnisse vorgesehen ist, die aber eine unerwünschte Rechtsfolge anordnet, nicht zum Zuge kommt”. Andere Beschreibungen der Gesetzesumgehung stellen beispielsweise darauf ab, daß “ohne Verwirklichung des Verbotstatbestandes die gesetzgeberische Intention ... durchkreuzt”²³⁶ bzw. “nicht der Wortlaut, sondern Sinn und Zweck des Gesetzes ... verletzt” werde.²³⁷

An diesen Begriffsbestimmungen und Umschreibungen wird deutlich, daß die Gesetzesumgehung durch das Auseinanderfallen von Geltungsanspruch und tatsächlicher Geltung einer Norm für einen bestimmten Sachverhalt charakterisiert ist. Alle Zitate stellen übereinstimmend darauf ab, ob durch eine bestimmte rechtliche Gestaltung die Anwendbarkeit einer Vorschrift entgegen der Zielsetzung

²³¹ Weitere Beispiele für ausdrücklich normierte Umgehungsverbote bei *Mayer-Maly*, in: MK, § 134 Rdnr. 16.

²³² Vgl. aus dem Zivilrecht etwa *Teichmann*; *Westerhoff*; *Schmidt* in: Staudinger, § 242 Rdnr. 244; *Hefermehl*, in: Soergel, § 117 Rdnr. 12, § 134 Rdnr. 37; *Mayer-Maly*, in: Münchner Kommentar, § 134 Rdnr. 11 ff.; aus dem Steuerrecht etwa *Riedel*; sowie die Kommentierungen zu § 42 AO.

²³³ Terminologisch herrscht Uneinigkeit insofern, als teilweise der Begriff der Gesetzesumgehung in der Weise verwandt wird, daß er die Unzulässigkeit der gewählten Gestaltung bereits impliziert (vgl. *Schmidt*, in: Staudinger, § 242 Rdnr. 244; *Mayer-Maly*, in: Münchner Kommentar, § 134 Rdnr. 11), während andere zwischen Gesetzesumgehung und *unzulässiger* Gesetzesumgehung unterscheiden (vgl. *Hefermehl*, in: Soergel, § 134 Rdnr. 37 ff.). Hier soll der Begriff grundsätzlich im erstgenannten Sinne verstanden werden. Sofern im Text von “unzulässiger Gesetzesumgehung” die Rede ist, dient das lediglich der Klarstellung.

²³⁴ BAGE 10, 65, 70. Ähnlich schon *Vetsch*, S. 12.

²³⁵ *Schmidt*, in: Staudinger, § 242 Rdnr. 244.

²³⁶ *Mayer-Maly*, in: MK, § 134 Rdnr. 12.

²³⁷ *Riedel*, S. 3 f.

dieser Norm vermieden wird²³⁸. Führt man daher die dargestellten Auffassungen auf ihren gemeinsamen Kern zurück, so ergibt sich, daß eine Gesetzesumgehung dann vorliegt, wenn eine Norm tatbestandlich wegen der gewählten rechtlichen Gestaltung nicht eingreift, obwohl sie nach Sinn und Zweck eingreifen sollte.²³⁹ Ob daneben noch ein subjektives Moment – etwa Arglist²⁴⁰ oder Umgehungsabsicht²⁴¹ – erforderlich ist, ist fraglich. Vergegenwärtigt man sich, daß es bei der Gesetzesumgehung um die Reichweite des Geltungsanspruchs von Normen geht, die in der Regel nicht durch das Vorliegen bestimmter Motive und Absichten des Normanwenders bestimmt wird, wird man im Regelfall allein auf den objektiven Befund abstellen müssen.²⁴² Eine Umgehung von Grundrechten liegt dementsprechend dann vor, wenn Grundrechte wegen der gewählten rechtlichen Gestaltung nicht eingreifen, obwohl sie ihrem Sinn und Zweck nach auch für den fraglichen Sachverhalt Geltung beanspruchen.

Rechtsfolge der Gesetzesumgehung ist im allgemeinen die Anwendung der umgangenen Norm auf das Umgehungsgeschäft²⁴³. Die “umgehende” Gestaltung wird also nicht verboten, sie wird aber so behandelt, als sei die dem Gesetzeszweck entsprechende Gestaltung gewählt worden (sog. Gleichstellung²⁴⁴). Würde dies auch im vorliegenden Fall gelten, käme der Gesichtspunkt der Grundrechtsumgehung als Grund für die Unzulässigkeit der Wahl einer gemischt staatlich/privaten privatrechtlichen Organisationsform des Trägers einer Hochschule von vornherein nicht in Betracht. Das Vorliegen einer Grundrechtsumgehung könnte nur dazu führen, daß die “umgangenen” Grundrechte, über ihren oben dargestellten Anwendungsbereich hinaus, auch von dem gemischt staatlich/privaten

²³⁸ Z.T. findet sich daher zur Beschreibung der Gesetzesumgehung auch der Ausdruck “Tatbestandsvermeidung” oder “Normvermeidung”; vgl. *Mayer-Maly*, in: MK, § 134 Rdnr. 11; *Huber*, *JurA* 1970 S. 784, 797.

²³⁹ In diesem Sinne z.B. auch *Hoffmann*, in: Koch/Baum, § 42 Rdnr. 5 m.w.N; *Tipke/Lang*, § 5 Rdnr. 95; *Huber*, *JurA* 1970 S. 784, 797.

²⁴⁰ So *Schmidt*, in: Staudinger, § 242 Rdnr. 244.

²⁴¹ So *Mayer-Maly*, in: MK, § 134 Rdnr. 18; ferner (für § 42 AO) BFH, BStBl II 1990, 446, 447; 1992, 532, 536; *Tipke/Kruse*, § 42 Rdnr. 18; *Tipke/Lang*, § 5 Rdnr. 108.

²⁴² Ebenso BAGE 10, 65, 70; BGHZ 37, 363, 366; 51, 255, 262; 56, 285, 289; *Hefermehl*, in: Soergel, § 134 Rdnr. 40; *Huber*, *JurA* 1970 S. 784, 797; *Fischer*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 42 Rdnr. 62, 103 ff.; *Teichmann*, S. 69 f.; *Hoffmann*, § 42 Rdnr. 7.

²⁴³ Vgl. etwa BAGE 10, 65, 73; *Hefermehl*, in: Soergel, § 134 Rdnr. 41; *Westerhoff*, S. 86. So auch die ausdrücklichen Regelungen der Gesetzesumgehung, etwa in §§ 42 AO, 7 AGBG und 18 S. 2 VerbrKrG.

²⁴⁴ *Westerhoff*, S. 86.

privatrechtlich organisierten Träger einer Hochschule oder einer Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens als im Außenverhältnis unmittelbar geltend zu beachten wären. Die Frage, ob die Wahl einer gemischt staatlich/privaten privatrechtlichen Organisationsform für den Träger einer Hochschule oder einer Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens eine Umgehung der Grundrechtsbindung darstellt, könnte daher an dieser Stelle auf sich beruhen.

Zu beachten ist indes, daß die Grundrechte – wie oben dargelegt wurde – auf gemischt staatlich/private privatrechtliche Organisationseinheiten deshalb nicht unmittelbar anwendbar sind, weil andernfalls die dadurch bewirkte, mittelbare Grundrechtsbindung der an dem Unternehmen beteiligten Privaten deren Privatautonomie verfassungswidrig einschränken würde.²⁴⁵ Wenn aber die Anwendung der Grundrechte auf gemischt staatlich/private privatrechtliche Organisationseinheiten verfassungswidrig ist, dann können sie insoweit auch nicht als Folge einer Gesetzesumgehung angewandt werden. Eine “Gleichstellung” durch Anwendung der umgangenen Norm auf den Umgehungssachverhalt scheidet daher in diesem Fall aus. Dann aber kann Rechtsfolge der Gesetzesumgehung nur das Verbot der zur Umgehung führenden Gestaltung sein.²⁴⁶ Läge daher in der Wahl einer gemischt staatlich/privaten privatrechtlichen Organisationsform des Trägers einer Hochschule oder einer Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens eine Umgehung der Grundrechtsbindung des Staates, so würde dies zur Unzulässigkeit dieser Form der Privatisierung führen. Die Frage der Grundrechtsumgehung kann daher nicht offenbleiben.

(3) Eine unzulässige Grundrechtsumgehung liegt nach dem oben Gesagten dann vor, wenn bei Wahl einer bestimmten rechtlichen Gestaltung die Geltung der Grundrechte entgegen ihrem Sinn und Zweck (= Geltungsanspruch) ausgeschlossen wird. Daß keine unmittelbare Grundrechtsbindung der Hochschule oder einer Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens im Verhältnis zu Dritten besteht, wenn diese vom Staat oder einer seiner öffentlich-

²⁴⁵ Vgl. oben S. 110 ff.

²⁴⁶ Vgl. auch die ältere *Nichtigkeitstheorie*, die generell Nichtigkeit des Umgehungsgeschäfts annahm; dazu *Westerhoff*, S. 99 ff.

rechtlich organisierten Untergliederungen gemeinsam mit Privaten in privatrechtlicher Organisationsform betrieben wird, wurde bereits festgestellt. Zu prüfen bleibt also, ob die Grundrechtsnormen – insbesondere Art. 5 Abs. 3 S. 1, Art. 12 Abs. 1, 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG – nach ihrer Zweckbestimmung auch in diesem Fall beachtet werden müssten, ob also die Zulassung einer Gestaltungsform, bei der die Grundrechtsbindung entfällt, einen Verstoß gegen die ratio der Grundrechte darstellt.

Die Grundrechte wollen kraft der ausdrücklichen Anordnung in Art. 1 Abs. 3 GG alle staatliche Gewalt in der Gesamtheit ihrer Funktionen und Organe binden²⁴⁷. Wann immer der Staat tätig wird, soll er dies nur in dem durch die Grundrechte gezogenen Rahmen dürfen. Diese in Art. 1 Abs. 3 GG zum Ausdruck kommende Zielsetzung der Grundrechte ist – wie bereits festgestellt wurde – nicht auf den öffentlich-rechtlichen Tätigkeitsbereich des Staates und seiner öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen beschränkt, sondern erfaßt auch staatliches Handeln in privatrechtlichen Handlungs- und Organisationsformen. Gründen der Staat und/oder seine öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen eine juristische Person des Privatrechts und handeln sie “durch” diese, so beanspruchen die Grundrechte – wie oben S. 107, 108 ff. dargelegt – auch für das Verhalten dieser juristischen Person Geltung.

Die Grundrechte wollen dem Handeln des Staates und dem Handeln seiner öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen Grenzen setzen, und sie wollen dies auch dann, wenn der Staat und seine öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen in Kooperation mit Dritten tätig werden. Fraglich ist indes, ob die ratio der Grundrechte die Erstreckung dieses Geltungsanspruchs nicht nur auf das Verhalten einer allein vom Staat oder seinen öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen getragenen privatrechtlichen Organisationseinheit im Verhältnis zu Dritten verlangt, sondern er sich auch auf das Verhalten (zumindest) solcher gemischt staatlich/privater privatrechtlicher Organisationseinheiten erstre-

²⁴⁷ *Erichsen*, StR u. VerfGbkt I, S. 112 ff.; *Dreier*, in: *Dreier*, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 36; *Stern*, StR III/1, § 72 III 3 b (S. 1204); *Rüfner*, in: *Isensee/Kirchhof*, § 117 Rdnr. 1; *Höfling*, JA 1995 S. 431, 432 f.; v. *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 138.

cken soll, auf die der Staat und/oder seine öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen einen beherrschenden Einfluß ausüben bzw. ausüben können.

Vergegenwärtigt man sich, daß die Nichtanwendbarkeit der Rechtsfolge der abwehrrrechtlichen Dimension der Grundrechte damit begründet worden ist, daß es dem Sinn und Zweck der Grundrechte widerspräche, über eine unmittelbare Bindung der gemischt staatlich/privaten privatrechtlichen Organisationseinheit im Verhältnis zu Dritten mittelbar auch die privaten Anteilseigner an die Grundrechte zu binden, so läßt sich einem auf gemischt staatlich/private privatrechtliche Organisationseinheiten zielenden, auf die ratio der Grundrechte gestützten Geltungsanspruch entgegenhalten, daß die Geltung der Grundrechte für das Handeln einer gemischt staatlich/privaten privatrechtlichen Organisationseinheit gerade unter Rückgriff auf den Sinn und Zweck der Grundrechte verneint wird. Eine unzulässige Umgehung grundrechtlicher Bindungen des Staates und seiner öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen scheidet folglich unter diesem Gesichtspunkt aus.

Allerdings wird man in diesem Zusammenhang die subjektiv-rechtliche abwehrrrechtliche Dimension der Grundrechte – die auch das Verhalten einer allein vom Staat und/oder seinen öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen getragenen privatrechtlichen Organisationseinheit erfaßt – und ihre objektiv-rechtliche wertsetzende Dimension zu unterscheiden haben.

Die objektiv-rechtlich wertsetzende Dimension der Grundrechtsnormen umfaßt zwei Aspekte. Zum einen wird durch sie dem Staat und seinen öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen die Verpflichtung auferlegt, dafür Sorge zu tragen, daß die den Grundrechten zugrundeliegenden Wertvorstellungen auch im Verhältnis der Privaten untereinander zum Tragen kommen (sog. mittelbare Drittwirkung der Grundrechte²⁴⁸). Zum anderen ist – wie in S. 77, 81, 88 f., 94 ausgeführt – dem Staat und seinen öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen – i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip – die Verpflichtung auferlegt, im Rahmen des ihnen finanziell Möglichen die tatsächlichen Voraussetzungen für die

²⁴⁸ Dazu *Erichsen*, Jura 1996 S. 527 ff.; 1997 S. 85 ff.

Inanspruchnahme der subjektiv-rechtlichen Abwehrdimension der Grundrechte zu schaffen.

Beteiligen sich der Staat und/oder seine öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen an einer privatrechtlichen Organisationseinheit, die ihrerseits als Trägerin einer Hochschule oder Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens auftritt, so kommen beide genannten Aspekte der objektiv-rechtlichen Dimension zum Tragen; sie beanspruchen insoweit nicht nur Geltung, sondern gelten in der in den folgenden Ausführungen dargestellten Art und Weise.

Die Beteiligung des Staates oder seiner öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen an einer derartigen privatrechtlichen Organisationseinheit unterstützt die Bereitstellung eines tatsächlichen Angebotes an Studienplätzen und schafft damit durch Unterstützung eines Engagements von Privaten die tatsächlichen Voraussetzungen für die Aufnahme eines Studiums sowie die Durchführung von Forschung. Mit der Beteiligung kommen der Staat und/oder seine öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen also den aus der objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte zu entnehmenden Vorgaben nach.

Die mit der privatrechtlichen Organisationseinheit im Rahmen von Forschung, Lehre und Studium in Rechtsbeziehungen stehenden Dritten kommen mit dem Staat bzw. seinen öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen allenfalls mittelbar über deren Beteiligung an der privatrechtlichen Organisationseinheit in Berührung. Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte wirkt sich hier dahin aus, daß der Staat oder seine öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen die Ausübung ihrer Beteiligungsrechte dergestalt an den Wertvorgaben der Grundrechtsnormen zu orientieren haben, daß das Handeln der privatrechtlichen Organisationseinheit im Verhältnis zu Dritten mit den in den Grundrechtsnormen zum Ausdruck kommenden Wertvorstellungen in Einklang steht. Bei der Beteiligung des Staates und/oder seiner öffentlich-rechtlichen Untergliederungen und Privater an einer juristischen Person des Privatrechts werden also im Hinblick auf Grundlagen und Steuerungsvorgaben unterschiedliche Potentiale in einem organisatorischen Rahmen zusammengeführt. Zwar ist eine teilweise Grundrechtsbin-

dung nicht denkbar; sie könnte jedoch faktisch über das Ergebnis einer Binnensteuerung eintreten.

Haben der Staat und/oder seine öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen innerhalb der privatrechtlichen Organisationseinheit eine beherrschende Stellung, so ist durch eine entsprechende Ausübung der Beteiligungsrechte gewährleistet, daß das Verhalten der privatrechtlichen Organisationseinheit im Verhältnis zu Dritten im Ergebnis grundrechtskonform ist. Die Grundrechtsnormen verpflichten den Staat und/oder seine öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen, ihre beherrschende Stellung dazu zu nutzen, in tatsächlicher Hinsicht für eine größtmögliche Durchsetzung der in den Grundrechten zum Ausdruck kommenden Wertvorstellungen bei der Gestaltung des Handelns der juristischen Person Sorge zu tragen.

Bei Minderheitsbeteiligungen des Staates oder einer seiner öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen ist es dem Staat oder seiner öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederung zwar kraft der objektiv-rechtlichen Steuerungswirkung der Grundrechtsnormen aufgegeben, auf die Beachtung der in den Grundrechtsnormen zum Ausdruck kommenden Wertvorstellungen hinzuwirken. Es ist dem Staat oder seiner öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederung jedoch nicht möglich, ein im Ergebnis grundrechtskonformes Verhalten dieser privatrechtlichen Organisationseinheit rechtsförmlich durchzusetzen. Insofern bleibt die Frage nach der Zulässigkeit einer solchen Minderheitsbeteiligung des Staates oder seiner öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen.

Einige einfachgesetzliche Vorschriften – so etwa § 108 Abs. 3 GO NRW²⁴⁹ – setzen zwar die Zulässigkeit einer Minderheitsbeteiligung voraus. Da indes die Auslegung der Verfassung über die Gültigkeit des einfachen Rechts entscheidet und sie grundsätzlich nicht nach Maßgabe einfachen Rechts gilt, muß die Beantwor-

²⁴⁹ § 108 Abs. 3 S. 1 GO NRW lautet: "Vertreter der Gemeinde in einer Gesellschaft [des privaten Rechts], an der Gemeinden, Gemeindeverbände oder Zweckverbände unmittelbar oder mittelbar mit mehr als 25 vom Hundert beteiligt sind, dürfen einer Beteiligung der Gesellschaft an einer anderen Gesellschaft oder einer anderen Vereinigung in einer Rechtsform des privaten Rechts nur nach vorheriger Entscheidung des Rates und nur dann zustimmen, wenn für die Gemeinde selbst die Beteiligungsvoraussetzungen vorliegen und die Haftung der sich beteiligenden Gesellschaft auf einen bestimmten Betrag begrenzt ist."

tung der aufgeworfenen Frage aus der Auslegung der Verfassung selbst gewonnen werden.

Daß der Staat und seine öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen – wie bereits S. 77, 81 f., 88 f. ausgeführt – durch das Sozialstaatsprinzip der Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG gehalten sind, die Rahmenbedingungen für die Entwicklung der Gesellschaft zu gestalten und fortzuentwickeln,²⁵⁰ bedeutet nicht, daß sie die Gestaltung und Fortentwicklung auch selber als staatliche Aufgabe wahrnehmen müßten. Vielmehr obliegt dem Staat und seinen Untergliederungen insoweit “lediglich” die Verantwortung dafür, daß die Gesellschaft insgesamt eine Entwicklung nimmt, die dem einzelnen nach Möglichkeit die Gewähr dafür bietet, daß er die Grundrechte auch tatsächlich in Anspruch nehmen kann.²⁵¹ Dem Staat und seinen öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen obliegt insoweit keine Aufgaben-, sondern lediglich eine Gewährleistungszuständigkeit. Dementsprechend sind sie nicht darauf beschränkt, in eigener Regie bestimmte Aufgabenfelder – etwa im Bereich der Daseinsvorsorge – zu besetzen oder auf die entsprechende Aufgabenerfüllung durch private Rechtssubjekte einen beherrschenden Einfluß auszuüben. Kommt dem Staat und seinen öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen aufgrund des Sozialstaatsprinzip i. V. m. den objektivrechtlichen Grundrechtsgehalten also lediglich die Verantwortung dafür zu, daß bestimmte Aufgabenfelder überhaupt wahrgenommen werden – sei es durch sie selbst, sei es durch Private – so können sie sich auch in untergeordneter Art und Weise an der entsprechenden Aufgabenerfüllung durch Private beteiligen, ohne daß gesichert sein müßte, daß der Private im Verhältnis zu Dritten in tatsächlicher Hinsicht auch die Grundrechte beachtet. Insoweit ist der Staat lediglich verpflichtet, bei dem Erlass der die entsprechenden Organisationseinheiten betreffenden Gesetze und bei Ausübung seiner Mitwirkungsrechte, die in den Grundrechtsnormen zum Ausdruck kommenden Wertsetzungen zu berücksichtigen.

Als Ergebnis kann damit festgehalten werden, daß sowohl eine Mehrheits- als auch eine Minderheitsbeteiligung des Staates und/oder seiner öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen an einer gemischt staatlich/privaten privatrechtl-

²⁵⁰ Vgl. *Erichsen*, Jura 1996 S. 527, 530 f.

²⁵¹ Vgl. hierzu *Gusy*, S. 330, 332.

chen Organisationseinheit, die ihrerseits im Rechtsverkehr als Trägerin einer Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens auftritt, mit dem Geltungsanspruch der Grundrechte in Einklang steht.

Der Wegfall der Grundrechtsbindung des rechtlichen Trägers einer Hochschule bei Wahl einer gemischt staatlich/privaten Organisationsform führt daher weder bei staatlicher Mehrheits- noch bei staatlicher Minderheitsbeteiligung zu einer unzulässigen Grundrechtsumgehung. Ein Verbot der Gründung staatlicher Hochschulen in privatrechtlichen Organisationsformen läßt sich daher unter diesem Aspekt nicht begründen.

B) Das Demokratieprinzip als Privatisierungsgrenze

Grenzen und Einschränkungen für die Wahl privatrechtlicher Organisationsformen bei der Neugründung von Hochschulen durch den Staat und/oder seine öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen bzw. einer Beteiligung derselben an privatrechtlichen Hochschulen könnten sich ferner aus dem in Art. 20 Abs. 1, 2 GG verankerten Demokratieprinzip ergeben,²⁵² das gemäß Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG auch für den Bereich der Landesverwaltung gilt.

Art. 20 Abs. 1 GG legt fest, daß die Bundesrepublik Deutschland ein demokratischer Staat ist. In der Regelung des Art. 20 Abs. 2 GG wird das Demokratieverständnis unserer Verfassung entfaltet.²⁵³ Demokratie i. S. des Grundgesetzes ist dadurch gekennzeichnet, daß alle Staatsgewalt vom Volk ausgeht – Prinzip der Volkssouveränität. Die im Wortlaut des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG zum Ausdruck kommende umfassende und damit abschließende Regelungsintention – „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“ – führt zu dem Ergebnis, daß das Demokratieprinzip für den durch das Grundgesetz als Herrschafts- und Entscheidungssystem

²⁵² Allgemein dazu *Trute*, DVBl. 1996 S. 954 f.

²⁵³ Vgl. auch BVerfGE 93, 37, 66; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 20 Abschnitt II Rdnr. 1 ff.; *Kriete*, VVDStRL 29 (1971) S. 47 f.; v. *Simson*, VVDStRL 29 (1971) S. 3, 12 f.; kritisch dazu *Fromme*, DÖV 1970 S. 518 f.

organisierten Staat ausnahmslos gilt, was zur Folge hat, daß in der Bundesrepublik keine Staatsgewalt ausgeübt werden darf, die nicht vom Volk ausgeht.²⁵⁴

Das Volk übt nach Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG die Staatsgewalt in der Bundesrepublik Deutschland in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, vollziehenden Gewalt und Rechtsprechung aus. Dies bedeutet, daß im Verhältnis zum Bürger die Ausübung von Staatsgewalt nur im Rahmen der in dieser Vorschrift bezeichneten Funktionentrias stattfindet²⁵⁵ und daß die Ausübung der Staatsgewalt in allen Erscheinungsformen ihre Grundlage im Volkswillen finden muß. Erforderlich ist eine Legitimationskette, durch die das jeweilige Staatshandeln auf eine Entscheidung des Volkes zurückgeführt werden kann.²⁵⁶ Hinsichtlich der Art und Weise der Rückführung des jeweiligen Staatshandelns auf eine Entscheidung des Volkes²⁵⁷ unterscheidet man neben der bereits in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG in Gestalt der Funktionentrias angelegten sog. institutionellen Legitimation²⁵⁸ die sachliche und personelle Legitimation.²⁵⁹

Die sachliche demokratische Legitimation betrifft die Möglichkeit des Volkswillens, die Ausübung der Staatsgewalt in der Sache zu steuern.²⁶⁰ Im Falle der Exekutive wird diese Steuerung einerseits durch die Gesetzesbindung der öffentlichen Verwaltung nach Art. 20 Abs. 3 GG, andererseits durch die parlamentarische Verantwortung der Minister bewirkt.²⁶¹ Die Minister sind nicht nur für ihr eigenes Handeln, sondern für das Handeln aller ihrer nachgeordneten Behörden und Organe dem vom Volke gewählten Parlament verantwortlich.²⁶² Um die Verantwortung zurechnen zu können, bestimmt das Verfassungsrecht, daß jeder Minister

²⁵⁴ Vgl. *Herzog*, in: Maunz/Dürig, Art. 20 Abs. 2 Rdnr. 33; Schmidt-Aßmann, 3. Kap. Rdnr. 81.

²⁵⁵ Vgl. *Erichsen*, StR u. VerfGbk I, S. 99; *Menger/Erichsen*, VerwArch Bd. 61 (1970) S. 168, 171.

²⁵⁶ BVerfGE 83, 60, 72 ff.; 93, 37, 67; *Schnapp*, in: v. Münch/Kunig, Art. 20 Rdnr. 30; *Dreier*, in: *Dreier*, Band 2, Art. 20 (Demokratie) Rdnr. 77; *Badura*, in: Isensee/Kirchhof, § 23 Rdnr. 27; *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof, § 22 Rdnr. 11; v. *Danwitz*, AöR 120 (1995) S. 595, 606.

²⁵⁷ Dazu auch BVerfGE 93, 37, 66 f.

²⁵⁸ Vgl. BVerfGE 49, S. 89, 125; 68, S. 1, 88 f.

²⁵⁹ *Dreier*, in: *Dreier*, Art. 20 (Demokratieprinzip) Rdnr. 105 – 107.

²⁶⁰ *Ehlers*, Jura 1997 S. 180, 184; *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof, § 22 Rdnr. 21 f.; *Schmidt-Aßmann*, AöR 116 (1991) S. 329, 357 f.

²⁶¹ *Böckenförde* in: Isensee/Kirchhof, § 22 Rdnr. 21, 22; *Emde*, S. 517-529; *Schmidt-Aßmann*, 3. Kap. Rdnr. 86.

²⁶² *Loschelder*, in: Isensee/Kirchhof, § 68 Rdnr. 27; *Gusy*, ZRP 1998 S. 265, 266 f.

seinen Geschäftsbereich selbständig leitet.²⁶³ Dieser Leitungsmacht korrespondiert wiederum eine grundsätzliche Einbindung der Amtswalter in eine die Zurechnung von Verantwortung ermöglichende Struktur.²⁶⁴

Unter personeller Legitimation versteht man, daß grundsätzlich nur derjenige Amtswalter für das Volk handeln darf, der durch eine ununterbrochene, auf das Volk zurückführende Legitimationskette mit der Wahrnehmung staatlicher Angelegenheiten betraut worden ist.²⁶⁵ Diese Rückführbarkeit wird im Bereich der Exekutive gelegentlich – etwa im Falle der Direktwahl des Bürgermeisters/der Bürgermeisterin²⁶⁶ – unmittelbar durch das Volk, regelmäßig aber über die vom Volk gewählte Vertretung und die von ihm legitimierte Regierung oder sonstige Spitzen der Exekutive durch Übertragung eines Amtes hergestellt.²⁶⁷

Die Wahl privatrechtlicher Organisationsformen könnte die Rückführbarkeit der Ausübung von Staatsgewalt auf den Volkswillen hinsichtlich der institutionellen, personellen und sachlichen Legitimation ausschließen oder beeinträchtigen und damit könnte eine solche Privatisierung wegen Verletzung des Demokratieprinzips unzulässig sein.

1. Bei allein vom Staat und/oder seinen öffentlich-rechtlichen Untergliederungen getragenen privatrechtlichen Organisationseinheiten

Wie oben ausgeführt,²⁶⁸ ist das Handeln einer allein vom Staat und/oder seinen öffentlich-rechtlichen Untergliederungen getragenen privatrechtlichen Organisationseinheit Ausübung von Staatsgewalt und bedarf daher – jedenfalls im Grund-

²⁶³ Vgl. Art. 65 S. 2 GG. Zum Landesrecht: *Oebbecke*, 26 f.

²⁶⁴ Vgl. auch BVerfGE 9, 268, 281 f.; 83, 60, 73; 93, 37, 67; *Zeidler*, DVBl. 1973 S. 710, 720; *Loschelder*, in: *Isensee/Kirchhof*, § 68 Rdnr. 49; *Ehlers*, Jura 1997 S. 180, 184. Vgl. auch *Dreier*, in: *Dreier*, Band 2, Art. 20 Rdnr. 117 ff., 120 ff.; ähnlich *Böckenförde* in: *Isensee/Kirchhof*, § 22 Rdnr. 33 f.

²⁶⁵ BVerfGE 38, 258, 271; 52, 95, 130; 68, 1, 88; 77, 1, 40; 83, 60, 72; BVerfG DVBl. 1995 S. 1291, 1292; *Böckenförde*, in: *Isensee/Kirchhof*, § 22 Rdnr. 16; *Schmidt-Aßmann*, AöR 116 (1991) S. 329, 360 f.; *Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 20 Abs. 2 Rdnr. 52 f.; *Ossenbühl*, ZGR 1996 S. 504, 509; *Ehlers*, Jura 1997 S. 180, 184.

²⁶⁶ Vgl. z. B. § 65 Abs. 1 GO NRW.

²⁶⁷ BVerfGE 93, 37, 67.

²⁶⁸ S. 107 ff.

satz – im dargelegten Umfang demokratischer Legitimation.²⁶⁹ Sind der Staat und/oder eine seiner öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen alleinige Anteilseigner einer privatrechtlichen Organisationseinheit, so entsenden ausschließlich sie – sieht man zunächst einmal von Spezialregelungen im Mitbestimmungsrecht ab – Vertreter in die Entscheidungsgremien der Organisationseinheit, so daß die die Entscheidungen der Organisation treffenden Personen personell demokratisch legitimiert sind.

Als Vertreter der Anteilseigner unterliegen die in die Entscheidungsgremien der Organisationseinheiten entsandten Vertreter des weiteren auch den Weisungen der für die Anteilseigner handelnden Organe, so daß auch die sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation vorliegt. Zu beachten sind in diesem Zusammenhang allerdings diejenigen Regelungen des Privatrechts, die die in die Gremien entsandten Vertreter in erster Linie auf das Wohl der privatrechtlichen Organisation verpflichten²⁷⁰ und denen insoweit ein Vorrang vor den Weisungen der Anteilseigner gegenüber ihren ihre Rechte in den Gremien der Organisation wahrnehmenden Vertretern zukommt.²⁷¹ Man wird sich insoweit zu vergegenwärtigen haben, daß die oben angesprochenen Legitimationsstränge der personellen und sachlich-inhaltlichen Legitimation lediglich Ausgestaltungen der in Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG vorgeschriebenen Rechtsfolge „geht vom Volke aus“ darstellen. Es bedarf nicht stets der vollen Ausprägung aller genannten Legitimationsstränge, sondern nur eines Legitimationsniveaus, das die Feststellung rechtfertigt, daß die konkret getroffene Entscheidung noch „vom Volke aus(geht)“.²⁷² Ein derartiges Legitimationsniveau kann aber nicht nur durch eine Weisungsunterworfenheit der die Anteilsrechte wahrnehmenden Organ- oder Amtswalter entstehen, sondern auch durch eine detaillierte Ausprägung sonstiger Bindungen. Insoweit bietet sich bei einer privatrechtlichen Organisationseinheit zum einen die Festschreibung einer Gemeinwohlbindung in der Unternehmenssatzung bzw. der Abschluß eines

²⁶⁹ Vgl. auch im Ergebnis *Schmidt-Aßmann*, 5. Kap. Rdnr. 50 f.

²⁷⁰ Vgl. z. B. §§ 93, 116 AktG; §§ 43, 52 GmbHG.

²⁷¹ Vgl. dazu *Ehlers*, S. 251 ff.

²⁷² Vgl. BVerfGE 93, 37, 66 f.; *Ehlers*, Jura 1997 S. 180, 184 ff.; *Schmidt-Aßmann*, 3. Kap. Rdnr. 98f.

Beherrschungsvertrages zwischen dem öffentlich-rechtlichen Anteilseigner und der privatrechtlichen Organisationseinheit an.²⁷³

Fraglich ist demgegenüber, ob ein hinreichendes Legitimationsniveau der von der privatrechtlichen Organisationseinheit getroffenen Entscheidungen auch dann noch besteht, wenn nach den Regelungen des Privatrechts eine Mitbestimmung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer durch die von ihnen gewählten Vertreterinnen und Vertreter an den Entscheidungen vorgesehen ist.²⁷⁴ Diese Dienstkräfte, die als Vertreter der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Rahmen der Mitbestimmung am Willensbildungs- und Entscheidungsprozeß der Organisationseinheit des Privatrechts teilnehmen, sind in einer Wahl bestellt, die von jeder rückbindenden Verantwortung²⁷⁵ gegenüber ihrem Legitimationsgeber, dem Anstellungsorgan, frei ist,²⁷⁶ so daß eine solche Wahl außerhalb des Legitimationsstranges stattfindet.

Allerdings wird man eine derartige – mit dem Demokratieprinzip als solchem nicht in Einklang stehende – Mitbestimmung im Bereich der sog. betrieblichen Mitbestimmung, bei der es um die spezifischen, in dem Beschäftigungsverhältnis angelegten Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und nicht um die Beteiligung an Leitungsentscheidungen geht, als Begrenzung der Reichweite des Demokratieprinzips durch den Sozialstaatsgrundsatz des Art. 20 Abs. 1 GG ansehen können.²⁷⁷ Die sog. direktive Mitbestimmung, die die Leitentscheidungen der privatrechtlichen Organisationseinheit und nicht primär und unmittelbar die zu den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bestehenden Beschäftigungsverhältnisse betrifft, ist demgegenüber nicht durch das Sozialstaatsprinzip gerechtfertigt und daher als Einfluß privater Interessen auf die Ausübung von Staatsgewalt grundsätzlich unzulässig.²⁷⁸

²⁷³ Siehe dazu etwa *Dreier*, in: *Dreier*, Band 2, Art. 20 Rdnr. 125; *Schwintowski*, NJW 1995 S. 1316, 1319.

²⁷⁴ Vgl. – für den Bereich der öffentlich-rechtlich organisierten Verwaltung – BVerfGE 93, 37 ff.

²⁷⁵ Vgl. – für die öffentlich-rechtlich organisierte Verwaltung – *Ehlers*, JZ 1987 S. 218, 221; *Ossenbühl*, Grenzen der Mitbestimmung, S. 46 ff.

²⁷⁶ *Erichsen*, Eildienst LKT 1985 S. 242, 243.

²⁷⁷ *Erichsen*, Kommunalrecht, S. 294 f.; BVerfGE 93, 37, 68 f.

²⁷⁸ So – für den Bereich der öffentlich-rechtlich organisierten Verwaltung – die wohl überwiegende Auffassung, vgl. *Erichsen*, Kommunalrecht, S. 295 f. und auch BVerfGE 93, 37, 70 f.

Fraglich ist allerdings, ob sich nicht – wie dies insbesondere in der Literatur diskutiert wird – einzelnen Artikeln der Verfassung, in denen ein Handeln der Verwaltung in den Organisationsformen des Privatrechts vorausgesetzt wird (vgl. etwa Art. 87 d Abs. 1, Art. 87 f, Art. 135 Abs. 6 GG), entnehmen läßt, daß die damit verbundenen Modifikationen organisationsprägender Strukturprinzipien verfassungsrechtlich hingenommen werden.²⁷⁹ Ein derartiger Argumentationsansatz überzeugt indes allenfalls dann, wenn die Wahl privatrechtlicher Organisationsformen durch die Verwaltung entweder notwendigerweise, d. h. unausweichlich, eine auch direktive Mitbestimmung der Arbeitnehmer zur Konsequenz hätte oder aber die mit der Wahl einer bestimmten privatrechtlichen Organisationsform verbundene direktive Mitbestimmung der Arbeitnehmer bereits bei Inkrafttreten oder jedenfalls bei einschlägigen Änderungen des Grundgesetzes gegolten hätte und daraus abzuleiten wäre, daß der verfassungsändernde Gesetzgeber die Ausübung von Staatsgewalt mittels privatrechtlicher Organisationen unabhängig von bestehenden Mitbestimmungsmöglichkeiten als zulässig angesehen hat. Dies ist indes nicht der Fall.

Zum einen hat die Wahl einer privatrechtlichen Organisationsform nicht stets eine auch direktive Mitbestimmung der Arbeitnehmer zur Folge. Dies folgt schon daraus, daß § 1 MitbestG eine Reihe von Ausnahmen hinsichtlich der Mitbestimmung vorsieht. So sind nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG nur solche Unternehmen erfaßt, die mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigen. Nach § 1 Abs. 4 Nr. 1 MitbestG ist dieses Gesetz auf solche Unternehmen nicht anzuwenden, die unmittelbar und überwiegend erzieherischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Bestimmungen dienen. Soweit nach § 1 Abs. 3 MitbestG das Betriebsverfassungsgesetz als Minimalsystem der Mitbestimmung in Unternehmensorganen²⁸⁰ Anwendung findet, ergibt sich die nicht notwendigerweise gegebene Mitbestimmung aus folgenden, gemäß § 129 BetrVG 1972 fortgeltenden Vorschriften: Nach § 76 Abs. 5 S. 1 BetrVG 1952 finden bei Aktiengesellschaften, die weniger als 500 Arbeitnehmer beschäftigen, oder die, wenn sie vor dem 10. August 1994 eingetragen

²⁷⁹ Vgl. etwa *Ehlers*, JZ 1987 S. 128, 225; *ders.*, Jura 1997 S. 180, 186 bezeichnet die Frage als „nicht hinreichend geklärt“; vgl. auch *Erichsen*, Kommunalrecht, S. 297 (die Frage allerdings offenlassend).

²⁸⁰ *Zöllner/Loritz*, S. 545.

wurden, Familiengesellschaften im Sinne des § 76 Abs. 5 S. 2 BetrVG 1952 sind, die Vorschriften über die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat keine Anwendung. Zudem ist gemäß § 77 Abs. 1 BetrVG 1952 bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung ein Aufsichtsrat nur zu bilden, wenn mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt sind. Weiterhin sieht § 81 Abs. 1 BetrVG 1952 Ausnahmen von der Mitbestimmung im Aufsichtsrat bzw. dessen Bildung in Betrieben vor, die erzieherischen, wissenschaftlichen, künstlerischen oder ähnlichen Bestimmungen dienen.

Zum anderen ist zunächst festzustellen, daß 1949 noch keine Regelungen über eine direktive Mitbestimmung der Arbeitnehmer bestanden, der Verfassungsgeber also insoweit die Zulässigkeit der Ausübung von Staatsgewalt mittels privatrechtlicher Organisationen nicht unabhängig von der direktiven Mitbestimmung als zulässig erachtet haben kann. Aber auch die nach Inkrafttreten des MitbestG²⁸¹ vorgenommenen einschlägigen Verfassungsänderungen²⁸² lassen nicht den Schluß zu, daß die Ausübung von Staatsgewalt mittels privatrechtlicher Organisationen ungeachtet der direktiven Mitbestimmung als zulässig zu erachten ist. Denn es ist nicht ersichtlich, daß der die Verfassung ändernde Gesetzgeber durch die allein die Verwaltungsorganisation betreffenden Vorschriften, wie etwa Art. 87 d Abs. 1, 87 f GG, einen die Wirkkraft des Demokratieprinzips relativierenden Gesetzesvorbehalt in die Verfassung aufnehmen wollte.

²⁸¹ MitbestG vom 4.5.1976.

²⁸² Art. 87. d eingefügt durch Gesetz vom 6.2.1961, Art. 87 d Abs. 1 neugefaßt durch Gesetz vom 14.7.1992; Art. 87 f GG eingefügt durch Gesetz vom 30.8.1994.

Da sich die direktive Mitbestimmung über den Aufsichtsrat verwirklicht, wird man daher die Zulässigkeit der Gründung einer privatrechtlichen Organisationseinheit immer dann in Frage stellen müssen, wenn dies zur Konsequenz hätte, daß ein mitbestimmter Aufsichtsrat zu bilden ist.²⁸³

Es stellt sich allerdings die Frage, ob von diesem grundsätzlichen Verbot nicht gerade bei der Gründung von Hochschulen eine Ausnahme zu machen ist. Eine derartige Ausnahme könnte sich daraus ergeben, daß die im Rahmen der öffentlich-rechtlich organisierten Hochschulen organisierte Tätigkeit – Forschung und Lehre – weisungsfrei stattfindet, was seine Rechtfertigung in der durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG garantierten Wissenschaftsfreiheit findet.²⁸⁴ Könnte man die Mitbestimmung von weisungsfreien Personen bei Entscheidungen in Angelegenheiten der allein vom Staat und/oder seinen öffentlich-rechtlichen Untergliederungen getragenen und Forschung und Lehre organisierenden privatrechtlichen Organisationseinheiten als Ausprägung der Wissenschaftsfreiheit interpretieren, so stünde deren Zulässigkeit nichts entgegen.

Zwar ist davon auszugehen, daß nicht nur die im Rahmen öffentlich-rechtlich organisierter Hochschulen tätigen Personen, auch soweit sie weisungsfrei agieren, dies auf der Grundlage und im Rahmen eines ihnen übertragenen Amtes und damit personell legitimiert²⁸⁵ tun, sondern daß dies auch für die von einer privatrechtlich organisierten, Staatsgewalt ausübenden und auf dieser Basis Arbeitsverträge abschließenden Hochschule gilt. Man muß sich indes vergegenwärtigen, daß die durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG begründete Begrenzung der Reichweite des De-

²⁸³ Vgl. *Ehlers*, Jura 1997 S. 180, 186 (unentschieden); *ders.*, JZ 1987 S. 218, 225 („noch mit dem Strukturprinzip der Demokratie vereinbar“); *Dreier*, in: *Dreier*, Band 2, Art. 20 Rdnr. 125 (der allerdings nur auf das „Letztentscheidungsrecht“ abstellt). Die von BVerfGE 93, 37 ff. aufgestellten Grundsätze zu den Grenzen der Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Bereich der öffentlich-rechtlich organisierten Verwaltung gelten daher in vollem Umfang auch für die privatrechtlich organisierte Verwaltung. Zur Lehre vom sog. Verwaltungsgesellschaftsrecht (in Parallele zum sog. Verwaltungsprivatrecht), wonach die Mitbestimmungsregelungen für die privatrechtlichen Gesellschaften der öffentlichen Hand nicht gelten sollen, vgl. etwa *Ossenbühl*, ZGR 1996 S. 504, 511 ff. und gegen diesen zutreffend *Ehlers*, Jura 1997 S. 180, 186 mit dem Hinweis, die Verwaltung sei ja schließlich nicht gezwungen, privatrechtliche Organisationsformen in Anspruch zu nehmen, weshalb sie, wenn sie diese in Anspruch nehme, sie auch so annehmen müsse, wie sie der Gesetzgeber anbiete. Allgemein zur Notwendigkeit einer Klassifizierung der von der öffentlichen Hand zumindest mitgetragenen Organisationen des Privatrechts: *Krebs*, DV 29 (1996) S. 309 ff.

²⁸⁴ Vgl. etwa *Kluth*, S. 429 m. w. N.

²⁸⁵ Vgl. BVerfGE 93, 37, 68.

mokratieprinzips durch Entscheidungsbeteiligung weisungsfreier Personen auf diejenigen Fallkonstellationen beschränkt ist, in denen weisungsfreie Personen gerade in ihrer Eigenschaft als Wissenschaftler bzw. Wissenschaftlerin am Hochschulbetrieb beteiligt sind. Demgegenüber knüpfen die genannten Mitbestimmungsregelungen des Privatrechts nicht an die Eigenschaft der zu beteiligenden Personen als Wissenschaftler bzw. Wissenschaftlerin, sondern an deren Eigenschaft als Arbeitnehmer bzw. Arbeitnehmerin an und erfassen demzufolge alle von der Hochschule als Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerinnen beschäftigten Personen. Aus diesem Grund sind auch die Wissenschaftler bzw. Wissenschaftlerin, soweit sie in die privatrechtlichen Mitbestimmungsregelungen einbezogen sind, gerade nicht in ihrer Eigenschaft als Wissenschaftler bzw. Wissenschaftlerin, sondern in ihrer Eigenschaft als Arbeitnehmer bzw. Arbeitnehmerin einer privatrechtlich organisierten Hochschule erfaßt. Auch eine mögliche Begrenzung der Reichweite des Demokratieprinzips durch die Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG kann folglich die Anwendung der auf eine direktive Mitbestimmung ausgerichteten Regelungen nicht rechtfertigen.

2. Bei gemischt staatlich/privaten Organisationseinheiten des Privatrechts

Der Geltungsanspruch des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG bezweckt die Rückbindung staatlicher Gewalt an den Willen des Volkes. Wie oben – S. 110 ff., 117 ff. – bereits ausgeführt, stellt sich bei gemischt staatlich/privaten Organisationseinheiten des Privatrechts als staatlich nur die Tätigkeit des Staates bzw. seiner öffentlich-rechtlichen Untergliederungen in Wahrnehmung ihrer Rechte als Anteilseigner der Organisationseinheit dar, nicht aber die Tätigkeit der gemischt staatlich/privaten Organisationseinheit des Privatrechts als solcher, so daß auch nur das Handeln des Staates bzw. der beteiligten öffentlich-rechtlichen Untergliederungen in Ausübung seiner bzw. ihrer Rechte und Erfüllung ihrer Verpflichtungen als Anteilseigner demokratischer Legitimation bedarf.²⁸⁶

Demokratischer Legitimation bedarf folglich ausschließlich das Handeln des bzw. der für den Staat und/oder die öffentlich-rechtliche Untergliederung tätig werden-

²⁸⁶ A. A. Dreier, in: Dreier, Band 2, Art. 20 Rdnr. 126.

den Vertreters/in.²⁸⁷ Diese wird in personeller Hinsicht durch dessen bzw. deren Bestellung durch ein für den Staat bzw. die beteiligte öffentlich-rechtlich organisierte Untergliederung tätiges, demokratisch legitimes Kurationsorgan gewährleistet, in sachlich-inhaltlicher Hinsicht durch die grundsätzliche Weisungsunterworfenheit des bzw. der Vertreters/in.²⁸⁸

Soweit Vorschriften des Privatrechts die Entscheidungsgremien juristischer Personen an das Gesellschaftsinteresse binden, haben es der Staat bzw. seine öffentlich-rechtliche Untergliederung zwar nicht allein in der Hand, für eine ihren Interessen genügende Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages Sorge zu tragen. Vielmehr müssen diese die betreffende Satzung bzw. den betreffenden Gesellschaftsvertrag zusammen mit den Privaten aushandeln²⁸⁹ bzw. im Falle des Erwerbs von Anteilen nach der Gründung dessen Regelungen akzeptieren. Soweit dies zur Konsequenz hat, daß bei einer in einem späteren Zeitpunkt zu treffenden Entscheidung in einem bestimmten Punkt das durch wirtschaftliche Notwendigkeiten bestimmte Gesellschaftsinteresse und das am Gemeinwohl orientierte Interesse des/der öffentlich-rechtlich organisierten Anteilseigner(s) auseinanderfallen und Vertreter der öffentlichen Hand gegen deren ausdrücklich bekundetes Interesse stimmen müssen, ist dies indes lediglich Ausdruck der vertraglichen Bindung der öffentlichen Hand und nicht anders zu bewerten als die Bindung der öffentlichen Hand im Rahmen eines privatrechtlichen Dauerschuldverhältnisses, innerhalb dessen sie ebenfalls an die betreffenden Vorschriften des Privatrechts gebunden ist, ohne daß dadurch die demokratische Legitimation ihres „Festhaltens“ an dem Vertrag in Zweifel gezogen würde.²⁹⁰

Als Ergebnis kann damit festgehalten werden, daß das Demokratieprinzip der Gründung von Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens in Privatrechtsform nicht generell entgegensteht. Es läßt aber die Gründung einer privatrechtlichen Organisationseinheit allein durch den Staat bzw. eine seiner öffentlich-rechtlich organisierten Unterglieder-

²⁸⁷ Vgl. auch *Schmidt-Aßmann*, 5. Kap. Rdnr. 53; a. A. *Dreier*, in: *Dreier*, Band 2, 1998, Art. 20 Rdnr. 77.

²⁸⁸ Vgl. auch *Schmidt-Aßmann*, 3. Kap. Rdnr. 100, 5. Kap. Rdnr. 51.

²⁸⁹ Dazu auch *Schmidt-Aßmann*, 3. Kap. Rdnr. 101.

²⁹⁰ Vgl. im Ergebnis auch *Schmidt-Aßmann*, 5. Kap. Rdnr. 53.

rungen dann nicht zu, wenn damit die Einrichtung eines mitbestimmten Aufsichtsrats verbunden ist.

C) Gesetzesvorbehalt und Organisationsprivatisierung

Die Gründung von privatrechtlich organisierten Hochschulen durch ein Land und/oder durch öffentlich-rechtlich organisierte Hochschulen, die Privatisierung bestehender öffentlich-rechtlich organisierter Hochschulen²⁹¹ oder einzelner von ihnen wahrgenommener Funktionen oder die Beteiligung des Staates oder einer seiner öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen an privatrechtlich organisierten Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens könnte mangels Vorliegens eines diese Möglichkeit eröffnenden Gesetzes unzulässig sein.

1. Gesetzesvorbehalt als Folge des Vorrangs des Gesetzes

Soweit es um die Änderung der durch die bestehenden Gesetze erfolgten Festlegung der Aufgaben von Hochschulen und der in dieser Form erfolgten Zuweisung von Aufgaben geht, ist nach dem Grundsatz vom Vorrang des Gesetzes mindestens ein nach Rechtsquelle und Rang gleichwertiges Gesetz erforderlich.

2. Gesetzesvorbehalt wegen eines Eingriffs in Existenz und Umfang von Hochschulen

Des weiteren stellt sich die Frage, ob die Ausgliederung der Wahrnehmung bestimmter Hochschulfunktionen und deren Übertragung auf eine privatrechtlich organisierte Einrichtung des Bildungswesens schon deshalb durch Gesetz erfolgen muß, weil dadurch den Hochschulen verfassungsrechtlich zugewiesene und im Rahmen ihrer Selbstverwaltung gewährleistete Aufgaben entzogen werden. Das wäre dann der Fall, wenn es eine verfassungsrechtliche Garantie der einzelnen oder der vollständigen Universität i. S. einer alle Disziplinen und Fächer umfassenden Institution gäbe. Es besteht indes Einverständnis darüber, daß der verfas-

²⁹¹ Bundesminister a. D. Jürgen W. Möllemann hat ausweislich einer Zeitungsinformation für NRW die Privatisierung von staatlichen Hochschulen angekündigt.

sungsrechtliche Gewährleistungsgehalt sich in keinem Fall auf den Bestand der einzelnen Hochschule bezieht.²⁹² Unbeschadet der Antwort auf die Frage, ob die (landes-)verfassungsrechtliche Garantie der Selbstverwaltung der Universitäten auch eine Aufgabengarantie für eine bestehende Universität enthält²⁹³, sind im Hinblick auf die Reichweite einer solchen Rechtsinstitutionsgarantie in jedem Fall die historische Entwicklung und der gegenwärtige Befund erheblich. Insoweit ist darauf hinzuweisen, daß es in Deutschland wie in Europa nur sehr wenige Universitäten gibt, in denen der Grundsatz der *universitas literarum et scientiarum* i. S. einer umfassenden Organisation und Pflege aller bestehenden Disziplinen und Fächer verwirklicht ist.²⁹⁴ Dementsprechend bedarf etwa die Entscheidung über die Einrichtung oder Einstellung eines konkreten Studiengangs, über die Schließung einer Forschungseinheit nicht des Gesetzes,²⁹⁵ ist also ein einmal vorhandener Bestand an Forschung und Lehre weder verfassungsrechtlich noch durch die Aufgabendefinition gesetzlich garantiert.

3. Der grundrechtlich begründete Gesetzesvorbehalt

Soweit es um die Gründung von Hochschulen oder Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens in Privatrechtsform durch den Staat und/oder seine öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen, die Privatisierung bestehender öffentlich-rechtlich organisierter Hochschulen oder einzelner bisher von ihnen wahrgenommener Funktionen oder um die Beteiligung des Staates oder einer seiner öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen an privatrechtlich organisierten Hochschulen oder Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens geht, könnte sich ein Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ergeben. Allerdings fügt das Grundgesetz der Gewährleistung der Freiheit der Wissenschaft, der Forschung und der Lehre keinen Gesetzesvorbehalt bei. Dies bedeutet indes weder, daß Regelungen in diesem Bereich unzulässig sind, noch andererseits, daß Regelungen in diesem Bereich

²⁹² Vgl. etwa *Lüthje*, in: Denninger, § 1 Rdnr. 14; *Walter*, in: Hailbronner/Geis, § 1 Rdnr. 18; *Scholz, R.*, in: Maunz/Dürig, Art. 5 Abs. 3 Rdnr. 135.

²⁹³ So wohl *Reich*, § 58 Rdnr. 3.

²⁹⁴ Vgl. *Thieme*, in: Flämig/Kimminich Band 1, S. 817 f.; *ders.*, Deutsches Hochschulrecht, Rdnr. 1; *Lange*, S. 416, 418.

²⁹⁵ Vgl. *Thieme*, Deutsches Hochschulrecht, Rdnr. 306; *Dallinger*, in: Dallinger, § 66 Rdnr. 3; *Schrumpf*, in: Denninger, § 66 Rdnr. 15.

ohne Gesetz, etwa durch die Exekutive, getroffen werden dürfen.²⁹⁶ Vielmehr verpflichten das Demokratieprinzip und das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes den Gesetzgeber, alle wesentlichen Entscheidungen in grundlegenden normativen Bereichen selbst zu treffen und sie nicht der Verwaltung zu überlassen (sog. Wesentlichkeitstheorie).²⁹⁷ Die Wesentlichkeit ist in der Regel gegeben, wenn die fragliche Maßnahme unmittelbar Bedeutung für die Grundrechtsverwirklichung der Bürger hat,²⁹⁸ sie bestimmt sich insoweit nach ihrer subjektiv- und/oder objektiv-rechtlichen Grundrechtsrelevanz.²⁹⁹

Wie oben³⁰⁰ bereits ausgeführt, ergibt sich aus der Wertsetzung des Art. 5 Abs. 3 GG die objektiv-rechtliche Verpflichtung des Staates zur Förderung von Forschung, Lehre und Studium. Die Entscheidung über die Verteilung von Möglichkeiten, Forschung und Lehre zu betreiben, ist daher insoweit grundrechtsrelevant. Nach dem³⁰¹ Ausgeführten ist diese Grundrechtsrelevanz auch im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 und 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG gegeben. Damit ist freilich zunächst nur die Wesentlichkeit der Regelung des „Ob“ der Teilnahme des einzelnen an den vom Staat definierten Möglichkeiten für die Ausübung der Freiheit von Forschung, Lehre und Studium, bzw. im Rahmen des Art. 12 GG für die Ausübung der Ausbildungsfreiheit und für die in Art. 2 Abs. 1 garantierte freie Entfaltung der Persönlichkeit belegt.

Demgegenüber geht es bei der Frage nach der Organisationsform der Hochschule oder einer Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens um die Frage der Ausgestaltung der Beziehungen der in der Hochschule oder einer Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens tätigen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler zum „Dienstherren“ und untereinander sowie zu den Studierenden und der Studierenden zur Hochschule, also eher um eine Regelung des „Wie“ der Ausübung grundrechtlicher Freiheit. Entscheidende

²⁹⁶ Vgl. dazu v. Münch, in: v. Münch/Kunig, Vorb. Art 1-19 Rdnr. 48 ff.; Dreier, in: Dreier, Vorb. Art. 1 Rdnr. 89.

²⁹⁷ Vgl. BVerfGE 40, 233, 249; 41, 251, 260; 45, 400, 417; 47, 46, 78; 49, 89, 126; 77, 170, 230; BVerwGE 47, 194, 198; 65, 323, 325.

²⁹⁸ Vgl. etwa BVerfGE 40, 233, 249; 49, 89, 126.

²⁹⁹ BVerfGE 47, 46, 79; Busch, S. 43 ff.

³⁰⁰ Vgl. S. 87.

³⁰¹ Vgl. S. 77 ff., 90 ff.

Bedeutung für das Bestehen eines Gesetzesvorbehalts für die Gründung privatrechtlich organisierter Hochschulen oder einer Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens durch den Staat bzw. durch seine öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen kommt folglich der Frage nach der Wesentlichkeit der Organisationsform (öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich) für die vom Staat und seinen Untergliederungen wahrgenommene Aufgabe „Hochschule“ für die Grundrechtsverwirklichung der Träger des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 3 S. 1, Art. 12 Abs. 1 S. 1, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG zu.

Freiheit kann unter dem Grundgesetz, der Tradition deutschen Verfassungsverständnisses entsprechend,³⁰² nicht als Ausgrenzung aus dem Staat, sondern muß als ein von der Verfassung dem einzelnen in dem von ihr geordneten Gemeinwesen zugewiesener Freiraum begriffen werden.³⁰³ Versteht man die Grundrechte als Medium zur Verfassung und Einrichtung der Freiheit im Gemeinwesen, ist grundrechtlich geregelte Freiheit stets rechtlich gestaltete und begrenzte Freiheit.³⁰⁴ Richtet sich die Regelungsintention der Freiheitsrechte dabei auf eine effektive Sicherung der individuellen Entscheidungsräume, kann die grundrechtliche Disziplinierung des Staates nicht auf das Verbot hoheitlichen Übergriffs in die dem einzelnen rechtlich zugewiesene Individualsphäre beschränkt sein. Sie muß auch die Regelung der die Freiheit erst entfaltenden und gestaltenden tatsächlichen sozialen Rahmenbedingungen erfassen. Der damit gewonnene „objektive“ Gehalt der Grundrechte bindet als Ziel- und Wertvorgabe – wie oben bereits dargelegt³⁰⁵ – alle staatliche Gewalt bei jeglichem Handeln. Die Grundrechtsnormen enthalten insoweit „Verbürgungen freiheitlich geordneter Lebensbereiche“, bedeuten also, daß die von ihnen thematisch angesprochenen Sachgebiete nach dem „Verfassungsprinzip Freiheit“ gestaltet sein sollen.

Wenn der Staat einen Lebensbereich rechtlich ordnet, hat er dies unter Berücksichtigung der grundrechtlichen Freiheitsdirektiven zu tun. Im Bereich der Wissenschaftsorganisation hat er danach die verfassungsgestaltende Grundentschei-

³⁰² Dazu etwa *Pieroth/Schlink*, § 2 Rdnr. 28.

³⁰³ *Erichsen*, in: *Isensee/Kirchhof*, § 152 Rdnr. 4 ff.

³⁰⁴ Dazu grundlegend *Hesse*, in: *Hesse/Reicke/Scheuner*, S. 71, 84 ff.; s. ferner *Erichsen*, in: *Wilke*, S. 119; *Krebs*, S. 59; *Scherzberg*, S. 139 ff.

³⁰⁵ S. 76 ff.

derung zugunsten einer freiheitlichen Ausgestaltung des Hochschulwesens, einer freien Wahl wissenschaftlicher Ausbildung und einer wissenschaftlichen Entfaltung der Persönlichkeit zu achten. Soll die Universität als Stätte freier wissenschaftlicher Forschung und Lehre dienen, muß sie als „System verfaßter Freiheit“³⁰⁶ konstituiert sein und sich den Eigengesetzlichkeiten wissenschaftlicher Arbeit und wissenschaftlicher Bildung/Ausbildung öffnen.³⁰⁷

Ob und insbesondere in welchem Umfang sich das System der jeweiligen Hochschule als ein solches „verfaßter Freiheit“ einstufen läßt, ist ganz wesentlich eine Frage der Organisation der Aufgabenerfüllung durch die jeweilige Hochschule oder einer Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens bzw. durch die in ihrem Rahmen tätigen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler. Dabei ist die Entscheidung für eine öffentlich-rechtliche oder eine privatrechtliche Organisationsform keineswegs eine Frage von bloß verwaltungstechnischer Bedeutung.³⁰⁸ Die Rechtsform beeinflußt sowohl die Steuerung und Kontrolle der Organisation als auch deren innere Ordnung. Darüber hinaus hat sie zugleich einen erheblichen Einfluß auf den Inhalt der zu treffenden Entscheidungen, d. h. also auch auf die „materiellen“ Rechte und Pflichten derjenigen Bürgerinnen und Bürger, die mit dieser Organisation in Kontakt kommen. Können nämlich die materiellen Rechtspositionen – etwa die Grundrechte in ihrer subjektiv-rechtlichen Gestalt als Abwehrrechte – erst durch die Schaffung der entsprechenden organisatorischen Voraussetzungen zur Wirksamkeit gelangen,³⁰⁹ hängt ihre Realisierung maßgeblich von der Sachgerechtigkeit der jeweiligen Organisationsform ab.³¹⁰ Je nach den Umständen des Einzelfalls kann deshalb die gewählte Rechtsform der Organisation eine den Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 S. 1, Art. 12 Abs. 1 S.1, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. 1 Abs. 1 GG genügende Aufgabenerfüllung fördern, erschweren oder sogar verhindern.

³⁰⁶ *Kirchhof*, Wissenschaft in verfaßter Freiheit, S. 2.

³⁰⁷ *Erichsen/Scherzberg*, NVwZ 1990 S. 8, 10; im Ansatz ähnlich *Gallas*, S. 80 f.; *Denninger*, in: AK-GG, Art. 5 Abs. 3 Rdnr. 22; *Rupp*, VVDStRL 27 (1969) S. 113, 120 f.

³⁰⁸ Hierzu und zum folgenden vgl. insbesondere *Ehlers*, S. 109. Zur Bedeutung der Rechtsformwahl vgl. *Müller, N.*, S. 285 ff.

³⁰⁹ *Krebs*, in: Isensee/Kirchhof, § 69 Rdnr. 64 ff.

³¹⁰ Zur Interdependenz von materiellem Recht und Organisationsrecht vgl. *Rupp*, JuS 1975 S. 609, 614; *Starck*, JuS 1981 S. 237, 242; *Hesse*, S. 143.

Ist damit die Wesentlichkeit der Organisationsform der Hochschulen für die Einstufung bzw. Bewertung der innerhalb derselben stattfindenden Wissenschaft, Bildung/Ausbildung und Persönlichkeitsentwicklung als „System verfaßter Freiheit“ erwiesen, so folgt daraus die Verpflichtung des Gesetzgebers, die Entscheidung über die Zulässigkeit der öffentlich- oder privatrechtlichen Organisationsform der vom Staat bzw. seinen öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen getragenen Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens zu regeln und dies nicht der Verwaltung zu überlassen.³¹¹

Diese Auffassung wird bestätigt durch das am 01.07.1999 in Kraft getretene Hochschulgesetz des Freistaates Sachsen,³¹² das in § 1 Abs. 2 S. 1 festlegt, daß es für „die Überführung von Hochschulen in eine andere Rechtsform“ eines Gesetzes bedarf. Sie liegt auch § 2 Abs. 2 S. 2 des Gesetzes über die Hochschulen in NRW³¹³ zugrunde, der vorsieht: „Soweit dieses Gesetz nichts anderes zulässt, erledigen die Hochschulen ihre Aufgaben in Forschung, Entwicklung und Kunst, Lehre und Studium in öffentlich-rechtlicher Weise.“ Sie wird schließlich bestätigt durch die Regelungen des Kommunalrechts, die – wie etwa § 108 GO NRW – ausdrücklich den Fall regeln, daß eine Gemeinde „Unternehmen und Einrichtungen in einer Rechtsform des privaten Rechts“ gründet oder sich daran beteiligt,³¹⁴ sowie durch § 301 Abs. 2 UmwG, nach dem der Formwechsel einer Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts nur möglich ist, wenn das für sie maßgebende Bundes- oder Landesrecht einen Formwechsel vorsieht oder zuläßt.

4. Das Vorliegen eines Gesetzes

Nun stellt sich allerdings die Frage, ob nicht der Bundesgesetzgeber – auf der Grundlage der ihm gemäß Art. 75 Abs. 1 Nr. 1 a GG zustehenden Rahmengesetzgebungskompetenz hinsichtlich der „allgemeinen Grundsätze des Hochschulwe-

³¹¹ A. A. *Lecheler*, BayVbl. 1994 S. 555, 558, der die Grundrechtserheblichkeit solcher Entscheidungen verkennt.

³¹² GVOBl. 1999, S. 293 ff.

³¹³ GVBl. NRW 2000 S. 190 ff.; vgl. auch die ursprüngliche Fassung von § 2 Abs. 1 S. 2 E HG NRW, LT-Drucks. NRW 12/4243.

³¹⁴ Zur Grundrechtsrelevanz der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden vgl. *Erichsen*, Kommunalrecht, § 11 D 2 b.

sens“ – durch die Neufassung des § 58 Abs. 1 HRG eine dem Gesetzesvorbehalt genügende, zur Gründung und zum Betrieb staatlicher Hochschulen in privatrechtlicher Organisationsform ermächtigende gesetzliche Regelung geschaffen hat. Nach § 58 Abs. 1 S. 1 HRG sind Hochschulen „in der Regel“ Körperschaften des öffentlichen Rechts. In S. 2 dieser Vorschrift wird festgelegt, daß sie auch in einer anderen Rechtsform errichtet werden können.

Die Antwort auf die Frage, ob damit die Zulässigkeit der Privatisierung von Hochschulen geregelt wird, kann hier indes dahinstehen, wenn die Regelungen eines Rahmengesetzes ohnehin den Anforderungen des grundrechtlich begründeten Gesetzesvorbehalts³¹⁵ nicht zu genügen vermögen. Das kann deshalb der Fall sein, weil Adressaten einer solchen Regelung gem. Art. 75 Abs. 1 GG die Länder sind und damit allein eine Verteilung und Steuerung von Gestaltungsmacht im Verhältnis von Bund und Ländern, aber nicht im Verhältnis zum Bürger erfolgt, auf welches sich der grundrechtliche Gesetzesvorbehalt bezieht. Indes zeigt Art. 75 Abs. 2 GG, daß Rahmenvorschriften in Ausnahmefällen auch unmittelbar für das Verhältnis Staat – Bürger geltende Regelungen enthalten dürfen. Das ist allerdings im Hochschulrahmengesetz nach § 72 Abs. 1 S. 7 HRG nur für wenige Fälle vorgesehen, nicht aber für § 58 HRG.

Ausschlaggebend sind daher die Regelungen in den das Hochschulrahmengesetz umsetzenden Landesgesetzen. Insoweit ist bisher festzustellen, daß lediglich das am 01.07.1999 in Kraft getretene Hochschulgesetz des Freistaates Sachsen³¹⁶ in § 1 Abs. 2 eine Regelung trifft. § 1 Abs. 2 S. 2 SächsHG sieht vor, daß „Einrichtungen der Hochschulen, der Fakultäten oder der Fachbereiche ... mit Genehmigung der Staatsregierung in eine andere Rechtsform überführt werden“ dürfen. Die bis Ende 1999 ergangenen Gesetze der anderen Länder haben von der in § 58 Abs. 1 S. 2 HRG eingeräumten Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht.

Das könnte allerdings seinen Grund darin haben, daß es außerhalb der Hochschulgesetze der Länder bereits die Privatisierung von staatlichen Hochschulen und Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens zulas-

³¹⁵ Vgl. S. 133.

³¹⁶ GVOBl. 1999 S. 293 ff.

sende gesetzliche Regelungen gibt. In Betracht kommt zunächst die in allen Ländern geltende, § 65 BHO entsprechende Vorschrift der jeweiligen Landeshaushaltsordnung, wonach die Beteiligung des Landes an der Gründung eines Unternehmens in einer Rechtsform des privaten Rechts oder an einem bestehenden Unternehmen in solcher Rechtsform bestimmten Voraussetzungen unterliegt. Insofern stellt sich allerdings angesichts der Regelung in § 3 HGrG,³¹⁷ wonach durch den Haushaltsplan weder Ansprüche noch Verbindlichkeiten begründet oder aufgehoben werden, das Haushaltsrecht also als Innenrecht definiert wird,³¹⁸ die Frage, ob diese Vorschrift als eine dem Grundsatz des grundrechtlich begründeten Gesetzesvorbehalts genügende Ermächtigung anzusehen ist.

Bei der Organisationsprivatisierung geht es, wie vorstehend S.133 im Zusammenhang mit der Herleitung der Geltung des Gesetzesvorbehalts aus der Grundrechtsrelevanz staatlicher Maßnahmen deutlich gemacht wurde, um eine im Außenverhältnis zum Bürger/zur Bürgerin wirkende Maßnahme. Das Haushaltsrecht wirkt indes nur im organschaftlichen Rechtskreis, nicht zwischen dem Bund bzw. den einzelnen Ländern und Dritten.³¹⁹ Auch § 65 BHO bzw. die entsprechenden Vorschriften der Landeshaushaltsordnungen regeln nur die Voraussetzungen, die bei der Entscheidung über die Gründung oder Beteiligung an einem Unternehmen zu berücksichtigen sind, insbesondere die Ausgestaltung des Unternehmens, um die Rechte und Vermögensinteressen des Bundes³²⁰ bzw. des Landes zu wahren. Er richtet sich mithin an die Organe des Bundes bzw. des jeweiligen Landes ohne Außenwirkung gegenüber Dritten zu entfalten. Als eine dem grundrechtlich begründeten Gesetzesvorbehalt genügende Ermächtigung können daher § 65 BHO bzw. die entsprechenden Vorschriften der Landeshaushaltsordnungen nicht angesehen werden.³²¹

Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, daß die Privatisierung von bestehenden öffentlich-rechtlich organisierten Hochschulen oder einzelner von

³¹⁷ Vom 19.08.1969 i. d. F. v. 26.08.1998 – BGBl. I, S. 2512, 2519.

³¹⁸ Vgl. BVerfGE 38, 121, 126; *Bauer*, DÖV 1983 S. 53, 59.

³¹⁹ Vgl. *Bauer*, DÖV 1983 S. 53, 59; *Grupp*, in: Achterberg/Püttner, Kap. 6 Rdnr. 17; *Kirchhof*, NVwZ 1983 S. 505, 508.

³²⁰ Vgl. v. *Köckritz/Ermisch/Lamm*, § 65 Rdnr. 1.

³²¹ So auch *Ehlers*, S. 157 für staatliche Forschungseinrichtungen; *Stober*, NJW 1984 S. 449, 453 für die Bundesverwaltung; a.A. offenbar *Bauer* VVDStRL 54 (1995) S. 243, 267; *Schoch*, S. 48.

ihnen wahrgenommener Funktionen im Bereich von Forschung, Lehre und Studium sowie die Gründung und der Betrieb von privatrechtlich organisierten Hochschulen oder Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens durch ein Land und/oder durch öffentlich-rechtlich organisierte Hochschulen oder die Beteiligung des Staates und/oder einer seiner öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen, wozu auch die Hochschulen gehören, daran einem aus Art. 12 Abs. 1, 5 Abs. 3 S. 1, 2 Abs. 1 i.v.m. 1 Abs. 1 GG abzuleitenden Gesetzesvorbehalt unterliegen. Diesem Gesetzesvorbehalt genügt die in § 58 Abs. 1 S. 2 HRG und in § 65 BHO bzw. den entsprechenden Vorschriften der Landeshaushaltsordnungen vorgesehene Möglichkeit privatrechtlicher Organisationsformen für die vom Staat bzw. seinen öffentlich-rechtlichen Untergliederungen gegründeten privatrechtlich organisierten Hochschulen nicht.

In den Ländern mangelt es mit Ausnahme der bereits erwähnten, in Sachsen erlassenen Regelung bisher durchweg an gesetzlichen Regelungen, die zur Privatisierung bestehender öffentlich-rechtlich organisierter oder zur Gründung staatlicher Hochschulen oder Hochschulfunktionen wahrnehmender Einrichtungen des Bildungswesens in privatrechtlicher Organisationsform bzw. zur Beteiligung daran ermächtigen. Die Regelung des § 1 Abs. 2 SächsHG trägt indes der Einsicht Rechnung, daß nicht nur die Gründung und der Betrieb von Hochschulen in Privatrechtsform, sondern auch die Privatisierung einzelner Hochschulfunktionen grundrechtsrelevant in dem oben definierten Sinne ist und daher dem Gesetzesvorbehalt unterliegt.

5. Institutioneller Gesetzesvorbehalt

Der institutionelle Gesetzesvorbehalt³²² behält die Verantwortung für die grundlegenden Strukturentscheidungen der Verwaltungsorganisation dem Gesetzgeber vor.³²³ So legt Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG fest, daß die Errichtung selbständiger Bundesoberbehörden und neuer bundesunmittelbarer Körperschaften und Anstalten

³²² Dazu etwa *Burmeister*, S. 51 ff.

³²³ Vgl. *Ossenbühl*, in: *Isensee/Kirchhof*, § 62 Rdnr. 28.

des öffentlichen Rechts dem Gesetzgeber vorbehalten ist.³²⁴ In Art. 70 Abs. 1 S. 1 VerfBaWü heißt es: „Aufbau, räumliche Gliederung und Zuständigkeiten der Landesverwaltung werden durch den Gesetzgeber geregelt.“ Art. 77 Abs. 1 S. 1 VerfBay bestimmt: „Die Organisation der allgemeinen Landesverwaltung, die Regelung der Zuständigkeiten und der Art der Bestellung der staatlichen Organe erfolgen durch Gesetz.“ Art. 57 der VerfHH lautet: „Das Gesetz regelt Gliederung und Aufbau der Verwaltung.“ Art. 77 VerfNRW legt fest, daß die „Organisation der allgemeinen Landesverwaltung und die Regelung der Zuständigkeiten ... durch Gesetz (erfolgen).“

Diese und die gleichsinnigen Vorschriften der anderen Landesverfassungen³²⁵ werden dahin ausgelegt, daß der Organisationsgewalt der Legislative diejenigen Fragen der Organisation der unmittelbaren oder mittelbaren Landesverwaltung unterfallen, die von allgemeiner und grundlegender Bedeutung sind.³²⁶ Sie lassen deutlich werden, daß die vollziehende Gewalt aus sich heraus keine Veränderung in ihrem eigenen verfassungsrechtlichen Status vornehmen darf, daß vielmehr die Strukturen der Organisation der Landesverwaltung der Regelung durch den Gesetzgeber vorbehalten sind.³²⁷ Ob auch der institutionelle Gesetzesvorbehalt seine Grundlage und seinen Ansatz in der Wesentlichkeit der zu treffenden Entscheidung findet,³²⁸ wofür manches spricht,³²⁹ braucht angesichts der Positivierung dieses Prinzips in vielen Landesverfassungen³³⁰ nicht entschieden zu werden.

Jedenfalls fordert die in dem Geltungsanspruch des Gesetzesvorbehalts stets wirkkräftige demokratische Komponente³³¹ – vorbehaltlich vorgehender spezieller

³²⁴ Die Anwendung auch auf privatrechtliche Einrichtungen des Bundes befürworten *Boergen*, DVBl. 1971 S. 869, 877; v. *Hagenmeister*, S. 111; *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971) S. 137, 167; *Stober*, NJW 1984 S. 449, 453; im Einzelfall, *Lerche*, in: Maunz/Dürig, Art. 86 Rdnr. 67; *Ehlers*, S. 154.

³²⁵ Vgl. Art. 96 Abs. 1 VerfBrandenburg, Art. 70 Abs. 2 VerfM-Vorp., Art. 56 Abs. 2 VerfNds, Art. 112 VerfSaarl, Art. 86 Abs. 2 VerfSachsAnh, Art. 45 Abs. 2 VerfSchlH, Art. 90 VerfTh.

³²⁶ Vgl. auch *Schmidt-Aßmann*, in: FS für H.-P. Ipsen, S. 333, 342 m. w. N.; OVGE 25 S. 126, 131; *Badura/Huber*, BayVBl. 1989 S. 769, 773.

³²⁷ Vgl. *Böckenförde*, S. 95 f.; *Schmidt-Aßmann* 4. Kap. Rdnr. 18ff., 5. Kap. Rdnr. 27 f.

³²⁸ So *Ehlers*, S. 156; VerfGH NW, NWVBl. 1999 S. 176, 178 f.; wohl auch *Schmidt-Aßmann* 5. Kap. Rdnr. 27; vgl. auch BVerfGE 49, 89, 126 f.; und den Überblick bei *Burmeister*, S. 51 ff. Kritisch *Böckenförde*, NJW 1999 S. 1235 f.; *Menzel*, NWVBl. 1999 S. 201, 205 f.

³²⁹ Vgl. *Busch*, S. 49 ff.; *Krebs*, in: Isensee/Kirchhof, § 69 Rdnr. 87; *Müller, N.*, S. 225.

³³⁰ Vgl. z. B. Art. 77 S. 1 Verf NW.

³³¹ BVerfGE 48, 127, 160; *Schmidt-Aßmann*, in: FS für H.-P. Ipsen, S. 345 ff.; *Badura/Huber*, BayVBl. 1989 S. 769, 773; VerfGH NW NWVBl. 1999 S. 176, 177.

verfassungsrechtlicher Funktionszuweisungen und Vorbehalte³³² – seine Geltung für jede Art der Ausgliederung von Selbstverwaltungs- oder Autonomiebereichen aus der Verwaltungshierarchie,³³³ da eine derartige Maßnahme die unmittelbare staatliche exekutive Leitungsgewalt für einen bestimmten Bereich der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben beschränkt und damit die parlamentarische Verantwortlichkeit und Kontrollmöglichkeit durchlöchert, die immer nur soweit reichen kann, als der Spitze der Exekutive ein die Zuordnung von Verantwortung ermöglichendes und gewährleistendes Leitungs- und Weisungsrecht gegenüber den ihr nachgeordneten Behörden und Organen zukommt.³³⁴ Aus diesem Grunde unterliegen etwa die Bildung oder Abschaffung von Behörden oder Behördentypen,³³⁵ die horizontale wie vertikale Aufgliederung der Landesverwaltung, die Frage der Zuordnung von Behörden zu staatlichen Verwaltungsebenen oder die Schaffung von rechtlich verselbständigten Verwaltungsträgern³³⁶ dem institutionellen Gesetzesvorbehalt.

Soweit daher die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben auf andere selbständige Verwaltungsträger mit der Folge übertragen wird, daß das bisherige Leitungs- und Weisungsrecht beseitigt oder qualitativ eingeschränkt wird, muß dies nach dem Grundsatz vom institutionellen Gesetzesvorbehalt durch Gesetz erfolgen.³³⁷ Allerdings wurde der institutionelle Gesetzesvorbehalt bislang vielfach nur auf die Bildung juristischer Personen des *öffentlichen* Rechts und die Beleihung, nicht dagegen auf die Inanspruchnahme privatrechtlich geregelter Organisationsformen durch die Verwaltung bezogen.³³⁸ Kann indes Verwaltung in Privatrechtsform – wie oben dargelegt³³⁹ nur als Emanation – von Staatsgewalt begriffen werden, so

³³² Dazu BVerfGE 68, 1, 86 f., 108 f.; *Krebs*, in: Isensee/Kirchhof, § 69 Rdnr. 58 ff.

³³³ *Böckenförde*, S. 96.

³³⁴ Vgl. auch *Krebs*, in: Isensee/Kirchhof, § 69 Rdnr. 87; *Müller, N.*, S. 225; *Burmeister*, S. 264 ff., 286, 305, 317.

³³⁵ Zur Terminologie vgl. *Wolff/Bachof/Stober*, VerwR II, § 76.

³³⁶ Vgl. *Badura/Huber*, BayVBl. 1989 S. 769, 773 f.; *Krebs*, in: Isensee/Kirchhof, § 69 Rdnr. 88.

³³⁷ So auch *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 252, zur Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung.

³³⁸ Vgl. auch *Burmeister*, S. 266 ff.; etwa § 24 LVwG SH v. 18.04.1967. Wenig überzeugend insoweit *Rudolf*, in: Erichsen, § 52 Rdnr. 3 ff.

³³⁹ Vgl. S. 107 ff.

fehlt es am Grund für die Ausgrenzung der Verwaltung in privatrechtlicher Organisationsform aus dem Geltungsbereich des institutionellen Gesetzesvorbehalts.³⁴⁰

Privatisiert also der Staat bzw. gründet er und/oder die öffentlich-rechtlich organisierten Hochschulen Hochschulen in privatrechtlich organisierter Trägerschaft oder gliedern sie die Wahrnehmung einzelner Hochschulfunktionen aus und übertragen sie privatrechtlich organisierten Einrichtungen oder Unternehmen, so ist damit schon wegen der eigenständigen Rechtsträgerschaft der privatrechtlichen Organisationseinheit eine Abschwächung staatlicher Ingerenz verbunden, mit der Folge, daß die Geltung des institutionellen Gesetzesvorhalts ausgelöst wird und ein dazu ermächtigendes Gesetz erforderlich ist.³⁴¹

Anders als im Falle des grundrechtlich hergeleiteten Gesetzesvorbehalts könnten aber die gesetzlichen Regelungen des Haushaltsrechts dem institutionellen Gesetzesvorbehalt genügen, geht es doch beim institutionellen Gesetzesvorbehalt um die Verteilung der Organisationsmacht zwischen Legislative und Exekutive und nicht um das Außenverhältnis zum Bürger/zur Bürgerin. Um eine Regelung im Verhältnis von Legislative und Exekutive zu treffen, reichen Vorschriften des Innenrechts, wie des Haushaltsrechts, aus. Mit § 65 BHO bzw. den entsprechenden Vorschriften der Landeshaushaltsordnungen hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, daß er die Nutzung privatrechtlicher Organisationsformen durch die Exekutive unter den dort genannten Bedingungen zuläßt. Dem institutionellen Gesetzesvorbehalt wird somit durch die Regelungen des Haushaltsrechts genügt.³⁴²

6. Der Parlamentsvorbehalt

Im Hinblick auf die oben zitierte Vorschrift des § 1 Abs. 2 SächsHG stellt sich allerdings die Frage, ob sie dem Grundsatz des Parlamentsvorbehalts genügen. Inwieweit der parlamentarische Gesetzgeber selbst tätig werden muß, hängt von

³⁴⁰ Vgl. auch *Däubler*, S. 95 f., 102 f.; *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971) S. 136; differenziert *Schmidt-Aßmann* 5. Kap Rdnr. 28; a. A. *Lecheler*, BayVBl. 1994 S. 555, 558; *Püttner*, S. 123.

³⁴¹ Vgl. auch *Krebs*, in: *Isensee/Kirchhof*, § 69 Rdnr. 88; OVG Münster GewArch 1980 S. 53, 54; *Schnapp*, Jura 1980 S. 293, 296 f.

³⁴² Vgl. auch *Ossenbühl*, S. 135; *Schoch*, DVBl. 1994 S. 962, 970; *Ehlers*, S. 156.

der Intensität der die Reichweite des Parlamentsvorbehalts bestimmenden Grundrechtsrelevanz bzw. von der strukturellen Prägekraft der zu treffenden Organisationsentscheidung ab.³⁴³ Angesichts der Begrenztheit der zur Verfügung stehenden Formen privatrechtlicher Organisation und ihrer im Gesellschaftsrecht erfolgten Durchformung und Strukturierung wird man es als ausreichend zu erachten haben, daß der parlamentarische Gesetzgeber zu erkennen gibt, daß er generell auch die Wahl privatrechtlicher Organisationsformen für die Gründung und den Betrieb von Hochschulen oder die Wahrnehmung von Hochschulfunktionen durch privatrechtlich organisierte Einrichtungen oder Unternehmen durch die Verwaltung als zulässig ansieht.³⁴⁴ Insoweit wird man nicht verlangen können, daß der parlamentarische Gesetzgeber detailliert die Entscheidung über die Organisationsform einer Hochschule oder der Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens trifft. Dem Parlament verbleibt die Kontrolle durch seine Haushaltsentscheidungen und durch sein, allerdings den aus der gewaltengliedernden demokratischen Verfassungsordnung folgenden Schranken unterliegendes, sich insbesondere nicht auf den Kernbereich der Exekutivkompetenzen erstreckendes Zugriffsrecht.³⁴⁵

Allerdings wird dem Parlamentsvorbehalt nicht schon das die Gründung öffentlich-rechtlicher Hochschulen regelnde Gesetz genügen, denn durch dieses hat der Gesetzgeber nur die nach Maßgabe des Hochschulrahmengesetzes bzw. der Hochschulgesetze der Länder gegründete öffentlich-rechtliche Organisation in seinen Willen aufgenommen, nicht jedoch die gänzlich anderen Prinzipien unterliegenden Organisationsformen des Privatrechts. Jedoch dürften Vorschriften wie § 1 Abs. 2 S. 2 SächsHG den Anforderungen des Parlamentsvorbehalts genügen.

D) Art. 33 Abs. 4 GG als Sperre einer Hochschulprivatisierung

Nach Art. 33 Abs. 4 GG ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes, die in einem öffentlich-rechtlichen

³⁴³ Vgl. *Erichsen*, Jura 1995 S. 550, 553; *ders.* in: Wilke, S. 121; BVerfGE 49, 89, 127.

³⁴⁴ Vgl. dazu auch *Schmidt-Aßmann*, 5. Kap Rdnr. 29 ff.; *Burmeister*, S. 317 ff., 323; *Ehlers*, S. 156.

³⁴⁵ Vgl. *Böckenförde*, S. 104 ff.; *Krebs*, in: Isensee/Kirchhof, § 69 Rdnr. 86; *Köstlin*, S. 125 f.; *Ossenbühl*, S. 135.

Dienst- und Treueverhältnis stehen, d. h. also Beamten,³⁴⁶ zu übertragen. Öffentlich-rechtliche Dienst- und Treueverhältnisse können, wie sich aus §§ 121, 123 a BRRG ergibt, mangels Dienstherrnfähigkeit nicht von juristischen Personen des Privatrechts begründet werden,³⁴⁷ so daß sich aus Art. 33 Abs. 4 GG eine Sperre für die Privatisierung von Hochschulfunktionen ergeben könnte.

Voraussetzung hierfür ist, daß es sich bei der Tätigkeit wissenschaftlichen Personals an Hochschulen um „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ im Sinne des Art. 33 Abs. 4 GG handelt.³⁴⁸ Das ist nicht der Fall, wenn die Formulierung „hoheitsrechtliche Befugnisse“ allein den Bereich der Eingriffsverwaltung umfaßt.³⁴⁹ Die Gesetzesmaterialien zeigen, daß der historische Gesetzgeber mit dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG in der Tat allein die Eingriffsverwaltung erfassen wollte.³⁵⁰ Das Adjektiv „hoheitsrechtlich“ weist begrifflich auf eine dem Staat gegenüber dem Bürger eingeräumte Herrschaftsmacht, mithin auf ein gegenüber diesem bestehendes Über- und Unterordnungsverhältnis hin. Ein solches Verhältnis ist zwar typisch für die Eingriffsverwaltung,³⁵¹ die Gewährung von Leistungen mittels Verwaltungsakt – ein klassischer Anwendungsfall der Leistungsverwaltung – und die Erteilung von Schulunterricht erfolgen indes ebenfalls im Rahmen eines Über- und Unterordnungsverhältnisses.

³⁴⁶ Vgl. auch *Kunig* in: v. Münch/Kunig, Art. 33 Rdnr. 39; aber auch BVerwGE 49, 137 ff.

³⁴⁷ Vgl. *Ehlers*, S. 121.

³⁴⁸ So BVerwGE 49, 137, 141.

³⁴⁹ So etwa *Thieme*, *Der öffentliche Dienst*, S. 57; *Hill*, DVBl. 1989 S. 321 ff.; *Schuppert*, AK-GG, Art. 33 Rdnr. 29. Vgl. auch *Manssen*, ZBR 1999 S. 253, 254 ff.

³⁵⁰ Vgl. *Schuppert*, AK-GG, Art. 33 Rdnr. 25 m. w. N.; vgl. auch die Stellungnahme von v. *Mangoldt* im Allgemeinen Redaktionsausschuß des Parlamentarischen Rates, nach *Doemling/Füßlein/Matz*, JöR n. F. 1 (1951) S. 323: „Hoheitsrechtliche Befugnisse werden ausgeübt, wenn der Staat oder eine öffentlich-rechtliche Körperschaft als ‘Obrigkeit’ tätig wird.“

³⁵¹ *Peine*, DV 17 (1984) S. 415, 420 f., kommt daher im Wege der grammatikalischen Interpretation des Begriffs zu einer Beschränkung auf die Eingriffsverwaltung.

Betrachtet man die Vorschrift im Zusammenhang mit Art. 33 Abs. 5 GG, nach dem die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums bei der Gestaltung des Rechts des öffentlichen Dienstes zu berücksichtigen sind, so ergibt sich, daß der Verfassungsgeber den Beamten eine hervorgehobene Rolle bei der Ausübung staatlicher Befugnisse zugewiesen hat, weil er von dieser Bedienstetengruppe eine besondere Loyalität und Fachkunde erwartet hat.³⁵² Von diesem Gesetzeszweck ausgehend geht es bei der Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse um jene Tätigkeiten, bei denen besondere Loyalität und Fachkunde der Beamten erforderlich sind. Daß der Staat nur bei der Bewältigung von Aufgaben der Eingriffsverwaltung auf diese Eigenschaften angewiesen ist,³⁵³ kann nicht angenommen werden, wenn man sich vergegenwärtigt, daß auch im Bereich der Leistungsverwaltung eine Vielzahl von grundrechtsrelevanten Aufgaben³⁵⁴ gegenüber den Bürgern zu erfüllen sind. Die Leistungsverwaltung ist daher in den Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG einzubeziehen.³⁵⁵

Andererseits erfordert der Zweck, die Aufgabenerfüllung durch besonders loyale und fachkundige Bedienstete zu sichern, nicht per se die Wahrnehmung aller staatlichen Aufgaben durch Beamte. Dies ist vielmehr nur insoweit anzunehmen und zu rechtfertigen, als es um die Wahrnehmung einer besonderen Verantwortung geht. Welche Aufgaben in diesem Sinne genuin staatliche Aufgaben sind, wird nicht durch Art. 33 Abs. 4 GG entschieden.³⁵⁶ Vielmehr wird die Frage, wann dies der Fall ist und daher aus Art. 33 Abs. 4 GG auf die Notwendigkeit einer öffentlich-rechtlichen, mit Dienstherrenfähigkeit ausgestatteten Organisationsform geschlossen werden darf, durch die Regelungen des Grundgesetz im üb-

³⁵² Vgl. BVerfGE 39, 334, 347; *Schuppert* AK-GG, Art. 33 Rdnr. 36; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Art. 33 Rdnr. 40; *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971) S. 137, 162; *Ehlers*, S. 122.

³⁵³ So *Peine*, DV 17 (1984), S. 417, 424; *Isensee*, S. 93 f.; *Schuppert*, AK-GG, Art. 33 Rdnr. 36; *Manssen*, ZBR 1999 S. 253, 255.

³⁵⁴ Vgl. BVerfGE 40, 233, 249, z. B. die Durchführung von Schulunterricht und die Gewährung sozialer Hilfe. Das Bundesverfassungsgericht hat ausdrücklich hervorgehoben, daß der Staat verpflichtet ist, ein menschenwürdiges Dasein zu ermöglichen (BVerfGE 40, 121, 133).

³⁵⁵ So auch *Stern*, StR I, S. 349; *Ehlers*, S. 122; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Art. 33 GG Rdnr. 48; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Art 33 GG Rdnr. 33; *Lecheler*, in: *Isensee/Kirchhof*, § 72 Rdnr. 35 ff.; vgl. auch BVerwGE 49, 137, 141.

³⁵⁶ Vgl. *Osterloh*, VVDStRL 54 (1994) S. 204, 207, die den Aufgabenbestand des Staates als verfassungsrechtlich grundsätzlich offen bezeichnet; *Hengstschläger*, VVDStRL 54 (1995) S. 165, 174 f.; v. *Heimburg*, S. 22; *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, § 57 Rdnr. 150 f.; *Herzog*, in: *Isensee/Kirchhof*, § 58 Rdnr. 37, 39 ff.; *Bull*, S. 99 ff.; *Schoch*, DVBl 1994 S. 962, 969.

rigen beantwortet.³⁵⁷ Insoweit ist erheblich, daß sich nicht nur aus der Sicht der Staatstheorie, sondern insgesamt ein Wandel des Verständnisses der notwendigen, mit einer besonderen Verantwortung verbundenen Staatsaufgaben ausmachen läßt.³⁵⁸

Es ist insoweit insbesondere darauf hinzuweisen, daß – wie oben dargelegt³⁵⁹ – das Grundgesetz und die Landesverfassungen es zulassen und daß gute Gründe dafür sprechen können, daß sich der Staat der privatrechtlichen Organisationsformen bedient, weil sich die Wahl der privatrechtlichen Organisationsform oftmals als ein sachgerechterer Weg staatlicher Aufgabenerfüllung erweisen kann. Angesichts dessen stellt sich Art. 33 Abs. 4 GG als eine Vorschrift dar, die lediglich für den Fall der in anderen Regelungen des Grundgesetzes entschiedenen Notwendigkeit der Aufgabenerfüllung in öffentlich-rechtlicher Organisationsform für die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse eine Regelung aufstellt. Aus Art. 33 Abs. 4 GG ergibt sich folglich keine Sperre für die Privatisierung von Hochschulen.

II. Die Zulässigkeit der Privatisierung nach einfachem (Bundes- und Landes)-Recht

Einem Land und einer öffentlich-rechtlich organisierten Hochschule könnte es durch einfaches Gesetzesrecht untersagt sein, eine öffentlich-rechtlich organisierte Hochschule oder Teile davon zu privatisieren oder eine Hochschule bzw. Teile davon in privatrechtlicher Organisationsform zu gründen und zu betreiben oder sich daran zu beteiligen.

³⁵⁷ So auch v. *Heimburg*, S. 23 f.; *Bansch*, S. 66; *Ule*, Diskussionsbeitrag in VVDStRL 29 (1971) S. 269; *Schmidt, R.*, in: *Badura/Scholz*, S. 965, 977 f.; *Manssen*, ZBR 1999 S. 253, 257; vgl. auch *Huber*, DV 29 (1996) S. 437, 449; a. A. vgl. *Kunig*, in: *Münch/Kunig Art. 33 Rdnr. 42, 50*; *Ehlers*, S. 121 f.; *Lecheler*, Rdnr. 33, 37; *ders.*, ZBR 1980 S. 69, 70 f.; v. *Mangoldt/Klein*, Art. 33 GG Anm. VI 4; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 33 Rdnr. 42; *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, § 32 Rdnr. 60; *Brockmeyer*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, Art. 33 Rdnr. 12. Legt man diese Auffassung zugrunde, so kann die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch privatrechtliche Organisationsformen nur über das Merkmal „in der Regel“ legalisiert werden mit der Folge, daß das derzeitige Ausmaß staatlicher Aufgabenerfüllung durch eben jene Organisationsformen nicht mehr mit Art. 33 Abs. 4 GG in Einklang zu bringen ist. Vgl. etwa *Lecheler*, BayVBl. 1994 S. 555, 557.

³⁵⁸ Vgl. etwa die Regelung in Art. 87 d Abs. 1 S. 2 GG, die dem Gesetzgeber im Bereich der Luftverkehrsverwaltung die Wahl zwischen der öffentlich-rechtlichen und der privatrechtlichen Organisationsform überläßt, dazu *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 87 d Rdnr. 1; *Pitschas*, DÖV 1997 S. 393, 398; *Ronellenfitsch*, NVwZ 1998 S. 1021, 1023 ff.; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 33 Rdnr. 33 unter Hinweis auf die geänderte Verfassungswirklichkeit.

³⁵⁹ Vgl. S. 103.

A) Die Zulässigkeit nach § 58 Abs. 1 HRG

1. Die Zulässigkeit der Privatisierung

Die Berechtigung zur Gründung privatrechtlich organisierter Hochschulen durch den Staat oder seine öffentlich-rechtlichen Untergliederungen könnte sich zunächst aus § 58 Abs. 1 HRG ergeben. Zwar handelt es sich bei § 58 Abs. 1 HRG um eine Vorschrift, die – wie die meisten Normen des HRG – keine unmittelbare Geltung besitzt.³⁶⁰ Eine Prüfung erfolgt trotzdem anhand dieser Norm, da sie den Rahmen definiert, innerhalb dessen die Länder sich bei ihren Ausführungsgesetzen³⁶¹ zu verhalten haben.

Die Vorschrift des § 58 Abs. 1 HRG besagt ihrem Wortlaut nach, daß die Hochschulen eines Landes in der Regel als Körperschaften des öffentlichen Rechts zu errichten sind, daß sie aber auch in anderer Rechtsform errichtet werden dürfen. Als andere Rechtsformen kommen dabei sowohl andere öffentlich-rechtliche Rechtsformen, wie z.B. die Anstalt oder Stiftung des öffentlichen Rechts, als auch private Rechtsformen, wie z.B. die GmbH, AG, Stiftung des privaten Rechts, der Verein oder die Personengesellschaften in Betracht.

Indes könnte sich aus anderen Vorschriften des HRG ergeben, daß privatrechtlich organisierte staatliche Hochschulen unzulässig sein sollen. So setzen einige Vorschriften des HRG, z.B. die §§ 36ff HRG über die Mitglieder der Hochschule, die Rechtsform der Körperschaft des öffentlichen Rechts voraus. Es ist indes zweifelhaft, ob sich daraus die Unzulässigkeit der Errichtung einer staatlichen Hochschule in einer privaten Rechtsform ergibt. Nach der Begründung zum 4. Gesetz zur Änderung des HRG soll der neue § 58 Abs. 1 S. 2 HRG den Ländern die Möglichkeit eröffnen, staatliche Hochschulen beispielsweise in der Form einer Stiftung oder als Körperschaft des öffentlichen Rechts, die nicht zugleich staatli-

³⁶⁰ Unmittelbare Geltung besitzen lediglich die in § 72 Abs. 1 S. 7 HRG genannten Normen.

³⁶¹ Vgl. das einschlägige Landesrecht: § 2 Abs. 1 UG/ FHGNW; § 2 HG Berl.; § 3 HG BB; § 1 Abs. 1 HG Hessen; § 5 Abs. 1 UG/ FHGBW; Art. 4 Abs. 1 HGBay.; § 2 Abs. 1 HGMV; § 75 Abs. 1 HGNI; § 4 Abs. 1 UG/ FHGRP; § 63 Abs. 1 HGSA; § 3 Abs. 1 HGTh.; § 4 Abs. 1 UG/FHGSLS; § 77 Abs. 1 HGSN; § 2 Abs. 1 HGBrem.; § 2 Abs. 1 HGHamb.; § 9 Abs. 1 HGSH.

che Einrichtung ist, zu errichten.³⁶² Die Rechtsform der Körperschaft wird danach nicht mehr zwingend vorausgesetzt. Daraus ergibt sich, daß Vorschriften, wie §§ 36ff HRG nur auf in § 58 Abs. 1 S. 1 HRG definierte Regelbefunde ausgerichtet sind, ohne andere Organisationsformen ausschließen zu wollen.

Ziel der Neufassung des HRG durch das 4. Änderungsgesetz ist, den Ländern einen Handlungsfreiraum bei der Gestaltung von Organisation und Verwaltung der Hochschulen einzuräumen, um so Wettbewerb und Differenzierung zu ermöglichen sowie die internationale Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Hochschulen für das 21. Jahrhundert zu sichern.³⁶³ Die Eröffnung der Möglichkeit zur Gründung und zum Betrieb von Hochschulen in privater Rechtsform kann zur Erreichung dieses Zieles beitragen.³⁶⁴ Damit ergibt auch die teleologische Auslegung, daß § 58 Abs. 1 HRG die Möglichkeit zur Errichtung staatlicher Hochschulen in einer privaten Rechtsform eröffnen will.³⁶⁵ § 58 Abs. 1 HRG erlaubt damit die Gründung von staatlichen Hochschulen auch in Rechtsformen des privaten Rechts und damit zugleich die Privatisierung bisher öffentlich-rechtlich organisierter Hochschulen. Das Gleiche muß dann auch für Teile von ihnen, d. h. für die Ausgliederung der Wahrnehmung von Hochschulfunktionen gelten.

2. Voraussetzungen der Privatisierung

Die Gründung und Errichtung von staatlichen Hochschulen in einer privatrechtlichen Organisationsform sowie die Privatisierung von Hochschulfunktionen könnte jedoch gem. § 58 Abs. 1 S. 1 HRG nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein. Durch die in § 58 Abs. 1 S. 1 HRG eingefügte Formel „in der Regel“ wird ein Regel- Ausnahme- Verhältnis aufgestellt, ohne daß § 58 Abs. 1 S. 2 HRG indes ausdrücklich Voraussetzungen für die Wahl einer anderen Rechtsform als der der Körperschaft des öffentlichen Rechts aufstellt. Zur Feststellung der Bedeutung der Formel „in der Regel“ könnte auf die anerkannte Auslegung derselben in anderen Normen des HRG zurückgegriffen werden. So besagt z.B. § 44

³⁶² BT-Dr. 13/8796, S. 29.

³⁶³ BT-Dr. 13/8796, S. 1/ 2, 14.

³⁶⁴ Vgl. auch § 2 Abs. 1 S. 3 E HG NW LT-Drucks. 12/4243.

³⁶⁵ Vgl. auch *Pirsch*, in: Thiele/Pirsch/Wedemeyer, Art. 7 Rdnr. 11.

Abs. 1 Nr. 3 HRG, daß die besondere Befähigung zu wissenschaftlicher Arbeit „in der Regel“ durch die Qualität einer Promotion nachgewiesen wird. Die Formulierung wird hier übereinstimmend so verstanden, daß Ausnahmen nur aus sachlichen Gründen, also in begründeten Einzelfällen zulässig sein sollen.³⁶⁶ Andererseits bestimmt § 10 HRG, daß die Studiengänge „in der Regel“ zu einem berufsqualifizierenden Abschluß führen. Anerkannt ist hier, daß Ausnahmen von diesem Grundsatz im Einzelfall zulässig sind, ohne daß sachliche Gründe vorzuliegen haben.³⁶⁷ Die Formulierung „in der Regel“ wird damit vom Gesetzgeber des HRG nicht einheitlich verwendet.

Nach der Begründung zum 4. Gesetz zur Änderung des HRG trug die Änderung des § 58 Abs. 1 S. 1 HRG lediglich der Einfügung des neuen Satz 2 Rechnung,³⁶⁸ wonach staatliche Hochschulen nunmehr auch in anderer Rechtsform als der einer Körperschaft des öffentlichen Rechts errichtet werden können. Aus diesem Grund und aufgrund der offenen Formulierung des S.2 spricht vieles für die Annahme, daß der Gesetzgeber die Möglichkeit eröffnen wollte, staatliche Hochschulen in privater Rechtsform zu errichten, ohne daß ein sachlicher Grund vorzuliegen hat.

Wie bereits oben erwähnt, wollte der Gesetzgeber u. a. mit dieser Änderung den Weg bereiten, durch Deregulierung, durch Leistungsorientierung und durch die Schaffung von Leistungsanreizen eine Reform des deutschen Hochschulwesens durch Wettbewerb und Differenzierung zu ermöglichen sowie die internationale Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Hochschulen für das 21. Jahrhundert zu sichern.³⁶⁹ Um diese Reformvorstellungen zu verwirklichen, sollten die Länder und Hochschulen den dafür notwendigen Freiraum erhalten.³⁷⁰ Zu diesem Zweck verzichtete der Gesetzgeber daher insbesondere weitgehend auf Regelungen zur äußeren und inneren Organisation der deutschen Hochschule und strich die §§ 60 – 69 HRG a.F.³⁷¹ Würde man die Formulierung des § 58 Abs. 1 S. 1 HRG restriktiv

³⁶⁶ *Dellian*, in: *Dallinger*, § 44 Rdnr. 4; *Denninger*, § 44 Rdnr. 13; *Krüger*, in: *Hailbronner/Geis*, § 44 Rdnr. 14.

³⁶⁷ *Denninger*, § 10 Rdnr. 6; *Bode*, in: *Dallinger*, § 10 Rdnr. 1; *Kickartz*, in: *Hailbronner/Geis*, § 10 Rdnr. 8; *Reich*, § 10 Rdnr. 2.

³⁶⁸ BT-Dr. 13/8796, S. 29.

³⁶⁹ S.o. S. 148 f.

³⁷⁰ BR-Dr. 724/97, S. 2.

³⁷¹ BR-Dr. 724/97, S. 2.

auslegen und einen sachlichen Grund für die Errichtung einer staatlichen Hochschule in einer privaten Rechtsform verlangen, so würde der durch die Einfügung des neuen Satzes 2 geschaffene Freiraum der Länder bei der Rechtsformenwahl wieder eingeschränkt. Dies hätte zur Folge, daß die Verwirklichung der Reformvorstellungen und damit das Ziel der Gesetzesänderung gefährdet würden. Durch eine restriktive Auslegung würde dem gesetzgeberischen Willen entgegengewirkt. Im Ergebnis ist damit für ein Abweichen vom Regelfall ein sachlicher Grund nicht erforderlich. Die Einschränkung in Satz 1 ist vielmehr dahingehend zu verstehen, daß die Wahl anderer Rechtsformen zwar ohne weitere Voraussetzung und ohne Begründungspflicht zulässig ist, dies aber nur in Einzelfällen geschehen soll.

Eine solche Interpretation trägt der Tatsache Rechnung, daß die Verfassungen der Länder Bayern, Bremen, Niedersachsen, Mecklenburg-Vorpommern und Sachsen-Anhalt, wie bereits oben ausgeführt,³⁷² die institutionelle Garantie eines staatlich organisierten Hochschulsystems enthalten und damit den Bestand öffentlich-rechtlich organisierter Einrichtungen gewährleisten.³⁷³ Ausnahmen sind im Hinblick auf die institutionelle Garantie nur zulässig, solange der Bestand öffentlich-rechtlich organisierter, staatlicher Hochschulen nicht gefährdet ist. Eine Gefährdung besteht nicht, solange die privatrechtliche Organisation staatlicher Hochschulen nicht Überhand nimmt und sich auf Einzelfälle beschränkt.

3. Ergebnis

Im Ergebnis erlaubt § 58 Abs. 1 HRG damit die Errichtung und den Betrieb von staatlichen Hochschulen in privatrechtlicher Organisationsform, solange sie im Verhältnis zu den öffentlich-rechtlich organisierten staatlichen Hochschulen nicht Überhand nehmen. Ob und in welchem Ausmaß sowie unter welchen Bedingungen der Staat und seine öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen, insbesondere staatliche Hochschulen berechtigt sind, bisher öffentlich-rechtlich organisierte Hochschulen oder Teile von ihnen, d.h. Hochschulfunktionen, zu privatisieren oder Hochschulen bzw. Hochschuleinrichtungen in privatrechtlicher Or-

³⁷² Vgl. S. 96 ff.

³⁷³ *Maunz/Zippelius*, § 19 II 1.

ganisationsform zu gründen und zu betreiben oder sich daran zu beteiligen, richtet sich nach dem Landesrecht.³⁷⁴

B) Die Zulässigkeit einzelner privater Rechtsformen

Als privatrechtliche Organisationsformen für die Gründung, Errichtung und den Betrieb einer Hochschule oder die Wahrnehmung von Hochschulfunktionen kommen die GmbH, die AG, die OHG, die KG, die stille Gesellschaft, die Stiftung des privaten Rechts, die Genossenschaft sowie der Verein in Betracht, soweit das jeweils einschlägige Recht nicht entgegensteht.

1. GmbH, AG

Gem. § 1 GmbHG können Gesellschaften mit beschränkter Haftung zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck gegründet werden. Aus § 3 AktG folgt mittelbar, daß Gegenstand des Unternehmens einer AG kein Handelsgewerbe und auch kein anderes Gewerbe sein muß. Auch die AG kann daher jeden nach allgemeinem Recht zulässigen Zweck verfolgen.³⁷⁵ Bei der Gründung und dem Betrieb einer Hochschule oder Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens handelt es sich um einen gesetzlich zulässigen Zweck, so daß die Errichtung einer GmbH oder AG als Betreiber einer Hochschule oder Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens mit dem GmbHG bzw. dem AktG vereinbar ist.

2. OHG, KG, stille Gesellschaft

Voraussetzung für die Verwendung der Rechtsform einer OHG sowie einer KG ist gem. § 105 Abs. 1, 2 HGB, bei der KG i.V.m. § 161 Abs. 1 HGB, daß es sich bei der Hochschule oder Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens um einen Gewerbebetrieb handelt. Das Vorliegen eines Gewerbebetriebes ist gem. § 230 Abs. 1 HGB auch Voraussetzung für die Errichtung einer

³⁷⁴ Vgl. insoweit etwa § 2 Abs. 2 S. 3 HG NRW v. 14.03.2000 und die dazu LT-Drucks. 12/4694 gegebene Begründung.

³⁷⁵ *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, § 3 Rdnr. 4.

stillen Gesellschaft. Unter Gewerbe wird jede erlaubte, selbständige, planmäßig ausgeübte, auf Gewinnerzielung ausgerichtete Tätigkeit verstanden, die auf eine gewisse Dauer angelegt ist.³⁷⁶ Die sog. freien Berufe, die überwiegend auf wissenschaftlicher oder künstlerischer Grundlage betrieben werden, fallen nicht unter den Gewerbebegriff i.S.d. HGB.³⁷⁷ Die Gründung und der Betrieb einer Hochschule ist auf die Organisation eines Studiums und wissenschaftlicher Tätigkeit in Forschung und Lehre ausgerichtet, so daß das Vorliegen eines Gewerbes zu verneinen ist. Eine Hochschule oder Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens kann daher nicht von einer OHG, einer KG oder einer stillen Gesellschaft betrieben werden.

3. Die eingetragene Genossenschaft

Bei einer eingetragenen Genossenschaft handelt es sich gem. § 1 Abs. 1 GenG um eine Gesellschaft von nicht geschlossener Mitgliederzahl, welche die Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder mittels eines gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes bezweckt. Die Genossenschaft kann grds. jede wirtschaftliche Tätigkeit, die von ihrem in der Satzung niedergelegten Zweck gedeckt ist, zum Gegenstand ihres Geschäftsbetriebes machen.³⁷⁸ Wie sich bereits aus dem Wortlaut des § 1 Abs. 1 GenG entnehmen läßt, wonach es sich „namentlich“ bei den dort aufgeführten Geschäftsarten um Genossenschaften handelt, ist die in § 1 Abs. 1 GenG enthaltene Aufzählung nicht abschließend zu verstehen. Es handelt sich lediglich um eine Aufzählung von in der Praxis besonders bedeutsamen Zwecken einer Genossenschaft.³⁷⁹ Ein Unternehmensgegenstand kann ausnahmsweise dann nicht in der Rechtsform einer Genossenschaft betrieben werden, wenn dies gesetzlich ausgeschlossen ist, wie z.B. in § 2 HypBG.³⁸⁰ Eine solche gesetzliche Regelung ist für den Betrieb einer Hochschule oder Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens nicht vorhanden. Mithin stehen die Normen des GenG der Errichtung einer Hochschule in der Rechtsform einer ein-

³⁷⁶ Timm, S. 15.

³⁷⁷ Brüggemann, in: Staub, § 1 Rdnr. 18.

³⁷⁸ Müller, K., § 1 Rdnr. 45.

³⁷⁹ Vgl. dazu Müller, K., § 1 Rdnr. 45; Metz, in: Lang/Weidmüller/Metz, § 1 Rdnr. 61.

³⁸⁰ Vgl. die Aufzählung bei Müller, K., § 1 Rdnr. 46 ff.

getragenen Genossenschaft nicht entgegen, wenn diese die Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder bezweckt.

4. Der eingetragene nichtwirtschaftliche Verein

Gem. § 21 BGB kann ein Verein zur Verfolgung gemeinnütziger Zwecke gegründet werden. Das ist der Fall, soweit „der Zweck des Vereins nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist“.³⁸¹ Durch den Betrieb einer Hochschule oder Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens werden Wissenschaft, Forschung, Lehre und Studium gefördert. Dies geschieht im Interesse der Allgemeinheit und ist daher gemeinnützig. Jedoch wird der eine Hochschule oder Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens betreibende Verein auch darauf ausgerichtet sein, seinen Geschäftsbetrieb aus eigenen Einnahmen zu finanzieren, so daß es sich bei ihm um einen wirtschaftlichen Verein i.S.d. § 22 BGB handeln könnte. Allerdings liegt ein wirtschaftlicher Verein dann nicht vor, wenn der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb dem ideellen Hauptzweck eindeutig untergeordnet ist.³⁸² Dies ist bei den Hochschulvereinen der Fall, da ihr unternehmerischer Geschäftsbetrieb in erster Linie den Zweck hat, den ideellen Hauptzweck zu fördern. Mithin können Hochschulen von eingetragenen Vereinen errichtet und betrieben werden.

5. Die Stiftung des privaten Rechts

Die Stiftung i.S.d. §§ 80ff BGB ist eine mit Rechtsfähigkeit ausgestattete, nicht verbandsmäßig organisierte Einrichtung, die einen vom Stifter bestimmten Zweck mit Hilfe eines dazu gewidmeten Vermögens dauernd fördern soll.³⁸³ Im Hinblick auf diese Definition kann eine Stiftung des privaten Rechts zu dem Zweck der Errichtung und des Betriebes einer Hochschule gegründet werden.

³⁸¹ *Stöber*, Rdnr. 56.

³⁸² *Heinrichs*, in: Palandt, § 21 Rdnr. 5.

³⁸³ *Heinrichs*, in: Palandt, Vorb. v § 80 Rdnr. 1.

6. Ergebnis

Der Gründung, Errichtung und dem Betrieb einer Hochschule oder der Wahrnehmung von Hochschulfunktionen dienenden Einrichtung des Bildungswesens in der Rechtsformen einer GmbH, AG, eingetragenen Genossenschaft, eines eingetragenen Vereins sowie einer Stiftung des privaten Rechts steht das jeweils einschlägige Recht (GmbHG, AktG, GenG bzw. BGB) nicht entgegen. Die Rechtsformen der OHG, KG und der stillen Gesellschaft kommen dagegen nicht in Betracht.

C) Die Zulässigkeit gem. § 65 Abs. 1 LHO

Ein Land und/oder öffentlich-rechtlich organisierte Hochschulen könnten gem. § 65 Abs. 1 der HHO'en der Länder berechtigt sein, in privatrechtlicher Organisationsform eine Hochschule oder Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens zu errichten und zu betreiben, sich an ihrer Gründung und dem Betrieb in privatrechtlicher Organisationsform zu beteiligen und dergestalt die Wahrnehmung von Hochschulfunktionen zu privatisieren. Im Folgenden wird exemplarisch die LHO NRW zugrunde gelegt und bei Bedarf auf Abweichungen in den Haushaltsordnungen anderer Länder eingegangen.

1. Die Anwendbarkeit des § 65 LHO

Nach § 65 Abs. 1 LHO soll sich ein Land nur unter den dort genannten Voraussetzungen an Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts beteiligen. Die Norm gilt damit unmittelbar nur für das sich beteiligende Land. Sie könnte jedoch über § 105 Abs. 1 Nr. 2 LHO, der bestimmt, daß § 65 LHO entsprechend auf landesunmittelbare juristische Personen des öffentlichen Rechts anwendbar ist, auch für die staatliche, öffentlich-rechtlich organisierte Hochschule gelten.³⁸⁴ Die in der Rechtsform der Körperschaft des öffentlichen Rechts organisierte Hochschule stellt zwar eine landesunmittelbare juristische Person des öffentlichen

³⁸⁴ § 105 Abs. 1 Nr.2 LHO Nds. spricht anstelle von landesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts, von solchen, die der Aufsicht des Landes unterstehen.

Rechts dar.³⁸⁵ Eine Geltung des § 105 LHO ist jedoch dann ausgeschlossen, wenn § 112 Abs. 2 LHO³⁸⁶ eingreift³⁸⁷, wonach die Regelung des § 65 LHO nur teilweise entsprechend auf Unternehmen in der Rechtsform einer landesunmittelbaren juristischen Person des öffentlichen Rechts anzuwenden ist.³⁸⁸ Das ist dann der Fall, wenn eine juristische Person des öffentlichen Rechts mit erwerbswirtschaftlicher Zielsetzung dauernd am Wirtschaftsleben teilnimmt.³⁸⁹ Öffentlich-rechtlich organisierte Hochschulen verfolgen jedoch keine erwerbswirtschaftlichen Ziele, so daß sie keine öffentlich-rechtlichen Unternehmen sind. § 112 Abs. 2 LHO findet daher keine Anwendung, so daß § 105 LHO einschlägig ist. § 65 Abs. 1 LHO gilt damit unmittelbar für das Land und über § 105 Abs. 1 Nr. 2 LHO entsprechend für die als Körperschaft des öffentlichen Rechts organisierten staatlichen Hochschulen.

§ 65 Abs. 1 LHO könnte aufgrund seines Wortlauts, der ausdrücklich nur die „Beteiligung“ regelt, keine Voraussetzungen für die Gründung und Errichtung eines Unternehmens in einer Rechtsform des privaten Rechts allein durch ein Land und/oder eine öffentlich-rechtlich organisierte Hochschule aufstellen. Als Beteiligung wird jede Kapitaleinlage angesehen, die eine Dauerbeziehung zu einem Unternehmen begründet. Eine Beteiligung liegt sowohl dann vor, wenn der öffentlichen Hand sämtliche Anteile gehören als auch, wenn ihre Anteile am Kapital geringer als 25 v.H. sind.³⁹⁰ § 65 Abs. 1 LHO stellt damit auch Voraussetzungen für die Fälle auf, in denen das Land oder eine öffentlich-rechtliche Hochschule ein privates Unternehmen ohne Beteiligung Privater errichten will.

§ 65 Abs. 1 LHO ist einschlägig, wenn die privatrechtlich organisierte Hochschule oder eine privatrechtlich organisierte Einrichtung des Bildungswesens ein Unternehmen in privater Rechtsform darstellt. Die Verwaltungsvorschrift zu § 65 LHO bestimmt, daß der Unternehmensbegriff des § 65 LHO weder eine Gesellschaft in

³⁸⁵ Patzig, C/105/4 Rdnr. 1.

³⁸⁶ Entspricht Art. 112 Abs. 3 Bay. LHO sowie § 112 Abs. 2 der LHOen der übrigen Länder.

³⁸⁷ Patzig, C/105/4 Rdnr. 3; Nebel, in: Piduch, § 105 Rdnr. 2; § 112 Rdnr. 3.

³⁸⁸ § 112 Abs. 2 LHO SA spricht insoweit von Unternehmen des öffentlichen Rechts, die der Aufsicht des Landes unterstehen.

³⁸⁹ Vgl. Patzig, C/112/8, Rdnr. 5; Nebel, in: Piduch, § 112 Rdnr. 3; Heuer, in: Heuer, § 112 Rdnr.

10.

³⁹⁰ Soldner, in: Heuer, § 65 Rdnr. 12.

der Rechtsform des Handelsrechts noch einen gewerblichen oder sonstigen erwerbswirtschaftlichen Betrieb voraussetzt.³⁹¹ Zu den Unternehmen gehört jede selbständige Einrichtung, die eigenständige wirtschaftliche Ziele verfolgt oder eine Rechtsform hat, die für solche Zwecke vorgesehen ist.³⁹² Bei der GmbH, der AG sowie bei der eingetragenen Genossenschaft handelt es sich also schon allein aufgrund ihrer Rechtsform um Unternehmen i.S.d. § 65 LHO. Auch der Verein ist eine selbständige Einrichtung, die den Betrieb einer Hochschule oder die Wahrnehmung von Hochschulfunktionen möglichst kostendeckend und damit wirtschaftlich organisiert; er stellt daher ein Unternehmen i.S.d. § 65 LHO dar.

Zu prüfen bleibt, ob diese Vorschrift auch Stiftungen des privaten Rechts erfaßt. Soweit sie auf die Gründung, Errichtung und den Betrieb von Hochschulen gerichtet sind, verfolgen sie in der Regel langfristig das Ziel, ihren laufenden Betrieb möglichst weitgehend aus eigenen Einnahmen zu finanzieren. Mithin handelt es sich um ein auch wirtschaftliche Ziele verfolgendes Unternehmen i. S. v. § 65 Abs. 1 LHO.³⁹³ Allerdings unterstellt eine mehrfach vertretene Auffassung sämtliche privatrechtlichen Stiftungen dem § 104 Abs. 1 Nr. 4 LHO,³⁹⁴ der sich nach seinem Wortlaut nur auf solche juristischen Personen des privaten Rechts bezieht, die keine Unternehmen sind. Die Norm, sei zwar aus Anlaß der Stiftung Volkswagenwerk eingefügt worden, beziehe sich aber, da sie nicht als Einzelfallgesetz angesehen worden sei, auch auf andere privatrechtliche Stiftungen.³⁹⁵ Soweit es um im Rahmen privatrechtlicher Stiftungen gegründete und betriebene Hochschulen oder die Wahrnehmung von Hochschulfunktionen geht, ist § 104 Abs. 1 Nr. 4 LHO indes schon nach seinem Wortlaut nicht einschlägig. Es erscheint daher wenig überzeugend, den Anwendungsbereich des § 104 Abs. 1 Nr. 4 LHO über seinen Wortlaut hinaus pauschal auf sämtliche Stiftungen des privaten Rechts zu erstrecken.

³⁹¹ Vorläufige VV zu § 65 BHO (Nr.1.1.).

³⁹² *Soldner*, in: Heuer, § 65 Rdnr. 11.

³⁹³ Auch *Piduch*, in: *Piduch*, § 65 Rdnr. 5; *Backhaus*, S. 85 und *Ehlers*, S. 164 halten Stiftungen des privaten Rechts für Unternehmen i.S.v. § 65 Abs. 1 LHO.

³⁹⁴ *Patzig*, C/65/11; *Eibelshäuser/Wallis*, in: Heuer, § 104 Rdnr. 6.

³⁹⁵ So *Eibelshäuser/Wallis*, in: Heuer, § 104 Rdnr. 6.

Um ein Unternehmen i. S. d. § 65 Abs. 1 LHO handelt es sich damit sowohl bei den im Rahmen der Rechtsform der AG, der GmbH, der eingetragenen Genossenschaft, des Vereins als auch bei den in der Rechtsform der Stiftung des privaten Rechts organisierten Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens. An diesen dürfen sich ein Land und eine öffentlich-rechtlich organisierte Hochschule somit nur unter den Voraussetzungen des § 65 Abs. 1 LHO beteiligen.

2. Die Voraussetzungen des § 65 Abs. 1 LHO

Zunächst verlangt § 65 Abs. 1 Nr. 1 LHO das Vorliegen eines wichtigen Interesses des Landes und/oder der öffentlich-rechtlich organisierten, staatlichen Hochschule an der Beteiligung.³⁹⁶ Dieses ist gegeben, wenn damit bedeutsame Aufgaben des sich beteiligenden Landes oder der sich beteiligenden öffentlich-rechtlich organisierten, staatlichen Hochschule erfüllt werden.³⁹⁷ Das Land hat die Aufgabe, durch die Errichtung von Hochschulen Forschung, Lehre, Studium und Weiterbildung zu ermöglichen und zu fördern.³⁹⁸ Auch die als Körperschaft des öffentlichen Rechts organisierte Hochschule ist diesen Aufgaben gem. § 2 Abs. 1 HRG verpflichtet. Durch die Gründung einer Hochschule oder Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens bzw. die Beteiligung daran kann zur Erfüllung dieser Zielsetzung beigetragen werden. Ein wichtiges Interesse i.S.v. § 65 Abs. 1 LHO ist damit zu bejahen.

§ 65 Abs. 1 Nr. 1 LHO setzt weiter voraus, daß sich der angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise als durch ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen erreichen läßt.³⁹⁹ Das Ziel dürfte nicht auf andere Weise, z.B. durch die öffentlich-rechtlich organisierte, staatliche Hochschule selbst, durch Zuwendungen an Dritte, z.B. an in privater Hand befindliche Hochschulen, durch die Übernahme von Bürgschaften, Garantien oder sonstigen Gewährleistungen

³⁹⁶ Die LHO HH spricht in Nr. 1 abweichend von einem wichtigen staatlichen Interesse; die LHO Bay. spricht in Art. 65 Abs. 1 Nr.1 von einem unmittelbaren, wichtigen Interesse des Staates.

³⁹⁷ *Soldner*, in: Heuer, § 65 Rdnr. 16; v. *Köckritz/Ermisch/Lamm*, § 65 Rdnr. 4 .

³⁹⁸ Vgl. dazu S. 81 f., 88 f., 94; BVerfGE 35, 79, 114 ff.

³⁹⁹ An dieser Stelle spricht die LHO Bay. davon, daß sich der angestrebte Zweck nicht ebenso gut oder besser auf andere Weise erreichen läßt.

kostengünstiger und erfolgreicher verwirklicht werden können.⁴⁰⁰ In diesem Zusammenhang haben das Land und die öffentlich-rechtlich organisierte, staatliche Hochschule konkret darzulegen, ob und inwiefern sie durch die Beteiligung an einem Unternehmen in privater Rechtsform in der Lage sind, wirtschaftlicher zu arbeiten als durch die oben genannten Einrichtungen und Beteiligungsformen. Im Hinblick darauf kann einerseits von Bedeutung sein, daß man sich durch die privatrechtliche Organisation von Hochschulen oder Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens die Möglichkeit eines Effektivitäts- und Effizienzgewinns u. a. durch eine Finanzierung mit Hilfe von Studiengebühren, eine Unterstützung von Seiten der Industrie sowie einer leistungsbezogenen und -gerechten Entlohnung des Personals verspricht. Andererseits darf nicht übersehen werden, daß im Rahmen der „Verwaltungsmodernisierung“ auch die öffentlich-rechtlich organisierte Verwaltung Wesentliches zur Verbesserung ihrer Effektivität und Effizienz unternommen hat oder unternimmt.

Nach § 65 Abs. 1 Nr. 2 LHO soll die Einzahlungsverpflichtung des sich an einem Unternehmen des privaten Rechts beteiligenden Landes und/oder der sich beteiligenden öffentlich-rechtlich organisierten, staatlichen Hochschule auf einen bestimmten Betrag begrenzt sein. So sollen nicht überschaubare finanzielle Risiken vermieden werden, die sich durch eine Beteiligung des Landes und/oder der öffentlich-rechtlich organisierten, staatlichen Hochschule ergeben könnten.⁴⁰¹ Aus diesem Grunde ist eine Beteiligung des Staates an Unternehmen des privaten Rechts unzulässig, wenn die Beteiligung mit einer unbeschränkten Haftung verbunden ist.⁴⁰²

Dies ist nicht der Fall bei der GmbH und der AG, denn gem. § 13 Abs. 2 GmbHG sowie gem. § 1 Abs. 1 AktG haftet nur das Gesellschaftsvermögen für Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Für die eingetragene Genossenschaft ist eine entsprechende Regelung in § 2 GenG enthalten. Bei der eingetragenen Genossenschaft ist darüber hinaus noch gem. § 6 Nr. 3 GenG in der Satzung zu regeln, daß die Nachschußpflicht des sich beteiligenden Staates im Falle der Insolvenz ausgeschlossen

⁴⁰⁰ Vgl. *Soldner*, in: Heuer, § 65 Rdnr. 17.

⁴⁰¹ *Ehlers*, S. 164.

⁴⁰² *Ehlers*, S. 164.

oder auf einen bestimmten Betrag begrenzt ist. Für Verbindlichkeiten, die dem rechtsfähigen, eingetragenen Verein durch ein Handeln des Vorstands erwachsen, haftet nur der Verein selbst als juristische Person mit seinem Vermögen.⁴⁰³ Auch bei der Stiftung des privaten Rechts ist die Haftung des Stifters auf das im Stiftungsgeschäft zugesagte Stiftungsvermögen beschränkt, wobei seine Haftung mit der Übertragung dieses Vermögens auf die Stiftung erlischt.⁴⁰⁴

§ 65 Abs. 1 Nr. 2 LHO erlaubt mithin die Beteiligung des Landes oder einer öffentlich-rechtlich organisierten, staatlichen Hochschule an einer Hochschule oder Einrichtung des Bildungswesens in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft, einer eingetragenen Genossenschaft, des eingetragenen Vereins sowie der Stiftung des privaten Rechts.

Weitere Voraussetzung der Beteiligung an einem Unternehmen ist gem. § 65 Abs. 1 Nr. 3 LHO, daß das tätig werdende Land sowie die öffentlich-rechtlich organisierte staatliche Hochschule einen angemessenen Einfluß im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan erhält. Dadurch soll sichergestellt werden, daß der sich beteiligende Staat oder die öffentlich-rechtlich organisierte, staatliche Hochschule entsprechend ihrem Kapitalanteil auf Verwirklichung jener Ziele und Interessen, deren Verfolgung nach dem oben Ausgeführten⁴⁰⁵ dem Staat und seinen Untergliederungen von Verfassungs wegen aufgegeben ist und auf die Erreichung jener Interessen hinwirken kann, welche das Eingehen der Beteiligung veranlaßt und begründet haben.⁴⁰⁶

Gem. § 65 Abs. 1 Nr. 4 LHO muß gewährleistet sein, daß der Jahresabschluß und der Lagebericht in entsprechender Anwendung der Vorschriften des 3. Buches des HGB für große Kapitalgesellschaften aufgestellt und geprüft werden⁴⁰⁷.

⁴⁰³ *Stöber*, Rdnr. 390.

⁴⁰⁴ *Berndt*, Rdnr. 381.

⁴⁰⁵ Vgl. S. 81 f., 88 f., 94, 98.

⁴⁰⁶ *Soldner*, in: Heuer, § 65 Rdnr. 20.

⁴⁰⁷ Nach § 65 Abs. 1 Nr. 4 LHO SL ist der Jahresabschluß in entsprechender Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften aufzustellen und zu prüfen.

3. Ergebnis

§ 65 Abs. 1 LHO läßt es zu, daß ein Land und/oder eine öffentlich-rechtlich organisierte, staatliche Hochschule sich an einem privatrechtlich organisierten Träger beteiligt, der eine Hochschule oder eine Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens in der Rechtsform einer GmbH, einer AG, einer eingetragenen Genossenschaft, eines eingetragenen Vereins, einer Stiftung des privaten Rechts errichten und betreiben will, wenn der Betrieb der Hochschule auf diese Weise besser und wirtschaftlicher erfolgen kann als durch eine andere Einrichtung oder Beteiligungsform, wenn die Einzahlungsverpflichtung von Land und/oder öffentlich-rechtlich organisierter Hochschule begrenzt ist, wenn das Land und/oder die öffentlich-rechtlich organisierte Hochschule sich einen angemessenen Einfluß im Überwachungsorgan der Organisationseinheit vorbehalten und wenn die private Organisationseinheit ihren Jahresabschluß und Lagebericht in entsprechender Anwendung der in der jeweiligen LHO genannten Normen aufstellt. Allerdings obliegt letztlich dem Finanzminister gem. § 65 Abs. 2 LHO die Entscheidung darüber, ob sich ein Land oder eine öffentlich-rechtlich organisierte, staatliche Hochschule an einem solchen privatrechtlichen Unternehmen beteiligen darf.⁴⁰⁸

Daß § 65 Abs. 1 LHO demgegenüber im Hinblick auf den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt keine hinreichende Legitimation darstellt, wurde oben – S. 138 – dargelegt.

⁴⁰⁸ Dies gilt nicht im Land BW, wo eine dem § 65 II LHO entsprechende Norm nicht besteht. In Berlin ist gem. § 65 Abs. 2 LHO der Finanzsenator zuständig für den Erwerb von Beteiligungen an Unternehmen in der Rechtsform des privaten Rechts.

4. Kapitel

Rechtliche Vorgaben für Struktur und Ausgestaltung privatrechtlich organisierter Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmender Einrichtungen des Bildungswesens mit Beteiligung der öffentlichen Hand

1. Abschnitt

Die Bindung mit Beteiligung der öffentlichen Hand privatrechtlich organisierter Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmender Einrichtungen des Bildungswesens an die Regelungen des Landesrechts

I. Die Bindung einer privatrechtlich organisierten Hochschule an die Normen des Hochschulrechts

A) Die Anwendbarkeit des Hochschulrechts

Die privatrechtlich organisierten Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens könnten an die Vorschriften des Hochschulrechts gebunden sein mit der Folge, daß sie – anders als *Die Zeit* schreibt – nicht “sanktionieren, entlassen, einstellen (können), wie sie es für richtig halten”.⁴⁰⁹

1. Privatrechtlich organisierte Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens als Adressaten des Hochschulrechts

Eine Bindung dieser Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn sie in den Adressatenkreis der einzelnen Landeshochschulgesetze einbezogen sind. In den §§ 1 bzw. 2 der Hochschulgesetze der Länder werden die dem jeweiligen Gesetz unterfallenden öffentlich- rechtlich organisierten Hochschulen einzeln aufgezählt.

⁴⁰⁹ So *Sabine Etzold*, *Die Zeit* vom 29.07.1999.

In dieser Enumeration sind privatrechtlich organisierte Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens nicht ausdrücklich genannt. Die Landeshochschulgesetze können in ihrer jetzigen Fassung daher nur dann für privatrechtlich organisierte Hochschulen gelten, wenn die in ihren §§ 1 bzw. 2 enthaltene Aufzählung nicht abschließend zu verstehen ist. Die den Anwendungsbereich der LHG bestimmenden Normen formulieren z.B.: “Staatliche Hochschulen sind: ...” oder “Staatliche Hochschulen i. S. d. Gesetzes sind ...”. Im Anschluß daran werden die von den LHG erfaßten Hochschulen detailliert aufgelistet. Daraus ist zu entnehmen, daß andere, nicht genannte Hochschulen nicht erfaßt sein sollen⁴¹⁰, die Enumeration also als abschließend zu verstehen ist, so daß die privatrechtlich organisierten Hochschulen oder Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens, auch soweit sie vom Staat und/oder einer seiner öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen gegründet und/oder betrieben werden, nicht in den Anwendungsbereich der Landeshochschulgesetze in ihren jetzigen Fassungen fallen.⁴¹¹

2. Verpflichtung der Länder zur Aufnahme privatrechtlich organisierter Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmender Einrichtungen des Bildungswesens in den Adressatenkreis der Hochschulgesetze

Jedoch könnten die Landesgesetzgeber verpflichtet sein, vom Staat und/oder seinen öffentlich-rechtlichen Untergliederungen in privater Rechtsform organisierte, zur Erfüllung der Aufgaben des § 2 HRG gegründete und betriebene Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens in den Anwendungsbereich der Landeshochschulgesetze aufzunehmen. Eine solche Verpflichtung könnte sich aus § 1 HRG i. V. m. dem an die Länder gerichteten Anpassungsgebot aus § 72 Abs. 2 HRG ergeben. § 72 Abs. 2 HRG verpflichtet die Länder, ein den Regelungen des HRG entsprechendes Landesrecht zu schaffen. In § 1 HRG wird als Rahmenrecht festgesetzt, daß es sich bei Hochschulen i. S. d.

⁴¹⁰ Zu diesem Ergebnis kommen auch *Lüthje*, in: Denninger, § 1 Rdnr. 6; *Dallinger*, in: Dallinger, § 1 Rdnr. 3; *Walter*, in: Hailbronner/Geis, § 1, Rdnr. 15, 17; *Thieme*, Deutsches Hochschulrecht, Rdnr. 7.

⁴¹¹ Ausgenommen ist jedoch die Anwendbarkeit der Hochschulgesetze als Folge staatlicher Anerkennung nichtstaatlicher Hochschulen nach den dem § 70 HRG entsprechenden landesrechtlichen Normen.

HRG um Bildungseinrichtungen handelt, „die nach Landesrecht staatliche Hochschulen sind“.⁴¹² Damit wird einerseits die Definitionsmacht dem Landesrecht überantwortet. Zum anderen wird sichergestellt, daß für alle Hochschulen, die nach Landesrecht staatliche Hochschulen sind, das durch das HRG determinierte Hochschulrecht gilt.

Bei der Ausübung der Definitionsmacht sind die Länder jedoch nicht völlig frei⁴¹³. Zum einen gibt § 1 HRG mit der nicht abschließenden Benennung der „Universitäten“, „Pädagogischen Hochschulen“, „Kunsthochschulen“ und „Fachhochschulen“ exemplarisch eine Niveau bestimmende Rahmenvorgabe. Zum anderen macht die Norm durch den von ihr erhobenen Geltungsanspruch deutlich, daß die Länder verpflichtet sind, eine Bildungseinrichtung in den enumerativ gefaßten Anwendungsbereich der Landeshochschulgesetze aufzunehmen, wenn es sich bei ihr um eine Hochschule handelt, die in den vom HRG etwa in § 2 definierten Rahmen fällt. Eine völlige Freiheit der Länder bei der Entscheidung darüber, welche Hochschulen in den Anwendungsbereich der Landesgesetze fallen, würde auch Art. 75 Abs. 1 Nr.1 a GG widersprechen, wonach der Bund die allgemeinen Grundsätze des Hochschulwesens festlegt.⁴¹⁴

Die privatrechtlich organisierten Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens sind somit dann in die in den Landesgesetzen enthaltenen Enumerationen aufzunehmen, wenn es sich bei ihnen zum einen um Hochschulen und zum anderen um „staatliche“ Hochschulen handelt.

3. Hochschule i. S. des HRG

Wie schon § 1 HRG deutlich macht, sind Hochschulen i. S. dieses Gesetztes nicht nur die dort aufgeführten Universitäten, Pädagogischen Hochschulen, Kunsthochschulen und Fachhochschulen sondern auch „die sonstigen Einrichtungen des Bildungswesens“. Damit gehören Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtun-

⁴¹² Vgl. dazu *Reich*, § 1 Rdnr. 6; *Walter*, in: Hailbronner/Geis, § 1 Rdnr. 10.

⁴¹³ So auch *Walter*, in: Hailbronner/Geis, Rdnr. 17; *Lüthje*, in: Denninger, § 1 Rdnr. 7.

⁴¹⁴ A.A. *Reich*, § 1 Rdnr. 1, 8.

gen des Bildungswesens auch dann in die Kategorie der Hochschule i. S. d. HRG, wenn sie nicht dem in der Aufzählung der Hochschularten vergegenwärtigten Typus einer Hochschule entsprechen, sondern sich nur selektiv und sektoral auf dem in § 1 HRG vorausgesetzten Niveau zur Erfüllung der in § 2 HRG definierten Aufgaben betätigen.⁴¹⁵

4. „Staatliche Hochschule“

Ob eine Hochschule „staatlich“ i. S. des HRG ist, ist von den Ländern in dem vom HRG vorgegebenen Rahmen festzulegen. In einigen Landesgesetzen wird der Begriff durch „Hochschule des Landes“ inhaltlich bestimmt.⁴¹⁶ Nach dem Wortsinne des Ausdrucks handelt es sich dann um eine „staatliche“ Hochschule bzw. um die „Hochschule eines Landes“, wenn sie dem Verantwortungsbereich dieses Landes zugeordnet werden kann. Diese Zuordnung kann jedenfalls dann erfolgen, wenn das Land selbst die Hochschule errichtet und unterhält und damit Träger der Hochschule ist.

Nach der Begründung zum HRG muß „das Land ... vor der Errichtung einer neuen Hochschule ... prüfen, ob die geplante Hochschule so angelegt ist, daß sie den Vorschriften dieses Gesetzes (des HRG) entsprechen wird“⁴¹⁷. Das deutet darauf hin, daß die Einordnung als staatliche Hochschule i. S. d. § 1 HRG voraussetzt, daß die Hochschule von einem Land errichtet wurde. Weiter ist in der Gesetzesbegründung ausgeführt, daß das HRG keine Anwendung finden soll auf „andere bestehende Einrichtungen in nichtstaatlicher Trägerschaft“⁴¹⁸. Als Träger einer Bildungseinrichtung wird dabei derjenige angesehen, der für ihre Funktionsfähigkeit verantwortlich ist⁴¹⁹. Die Funktionsfähigkeit der staatlichen Hochschule i. S. v. § 1 HRG wird über eine staatliche Finanzierung sichergestellt. Eine staatliche

⁴¹⁵ Vgl. auch *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Art. 75 Rdnr. 18; *Schmidt-Bleibtreu*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 75 Rdnr. 50, 53 f.; *Stettner*, in: Dreier, GG, Band 2, Art. 75 Rdnr. 21; *Walter*, in: Hailbronner/Geis, § 1 Rdnr. 17; a. A. *Degenhart*, in: Sachs, Art. 75 Rdnr. 20; *Maunz*, in: Maunz/Dürig, Art. 75 Rdnr. 68 ff.; *Reich*, § 1 Rdnr. 1, 6.

⁴¹⁶ Vgl. etwa § 1 Abs. 1 HG Berl.; Art. 1 Abs. 1 HG Bayern; § 1 Abs. 1 HG Hamb.; § 1 Abs. 1 HG SH.

⁴¹⁷ BT-Dr. 7/1328, S. 30.

⁴¹⁸ BT-Dr. 7/1328, S. 30.

⁴¹⁹ BT-Dr. 7/1328, S. 72.

Hochschule liegt demnach vor, wenn sie von einem Land sowohl errichtet als auch finanziell unterhalten wird.

5. Die privatrechtlich organisierte Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens in Alleinträgerschaft eines Landes

Gründet und betreibt ein Land eine Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens im Rahmen einer GmbH, AG, etc., so könnte die juristische Person des Privatrechts als Träger der Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens angesehen werden. Wäre das der Fall, so würde es sich bei ihr nicht um eine staatliche Bildungseinrichtung handeln mit der Folge, daß das HRG nicht gilt. Dem Land würde so allein durch die Zwischenschaltung einer juristischen Person des privaten Rechts ermöglicht, sich den Bindungen des HRG und des von ihm gesetzten Hochschulrechts zu entziehen. Dies würde dem Willen des Bundesgesetzgebers widersprechen, der dem Anwendungsbereich des HRG jedenfalls alle Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens unterwerfen wollte, für deren Funktionsfähigkeit der Staat verantwortlich ist⁴²⁰. Das Land muß daher auch dann als für das Funktionieren einer Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens verantwortlich angesehen werden, wenn es die Bildungseinrichtung zwar nicht selbst errichtet und unterhält, ihm jedoch Errichtung und Betrieb dieser Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens zuzurechnen sind. Eine nach Landesrecht staatliche Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens i. S. d. HRG liegt demnach immer vor, wenn ihre Errichtung und Unterhaltung einem Land zugerechnet werden kann. Wird eine Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens in der Form einer juristischen Person des Privatrechts gegründet, an der alleine ein Land beteiligt ist, so sind nach dem oben Ausführten⁴²¹ Errichtung und Betrieb der Hochschule bzw. Hochschulfunktionen

⁴²⁰ Vgl. BT-Dr. 7/1328, S. 72.

⁴²¹ Vgl. S. 107 ff.

wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens eine Emanation von Staatsgewalt des Landes, so daß es sich um eine staatliche Bildungseinrichtung handelt.⁴²²

6. Die privatrechtlich organisierte Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens in Alleinträgerschaft einer öffentlich-rechtlich organisierten, staatlichen Hochschule

Auch bei der von einer öffentlich-rechtlich organisierten, staatlichen Hochschule in der Rechtsform des privaten Rechts gegründeten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens könnte es sich um eine staatliche Hochschule i. S. d. § 1 HRG handeln. Dies ist nach der soeben entwickelten Definition dann der Fall, wenn die Errichtung und Finanzierung der Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens einem Land zugerechnet werden können. Zwar wird davon ausgegangen, daß solche Bildungseinrichtungen als nicht staatlich zu qualifizieren sind, deren Träger der Bund oder andere juristische Personen des öffentlichen Rechts außer den Ländern sind⁴²³. Sollen indes nach dem Willen des Gesetzgebers die Regelungen des HRG auf alle Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens anwendbar sein, für die der Staat verantwortlich ist⁴²⁴, so ist zu beachten, daß es der öffentlich-rechtlich organisierten Hochschule nur dadurch, daß ein Land sie errichtet hat und finanziert, möglich ist, selbst eine Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens zu gründen und zu unterhalten. Letztlich sind daher auch in diesem Fall dem Land die Errichtung und Finanzierung der in privater Rechtsform gegründeten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens zuzurechnen. Auch diese Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens sind daher als staatliche zu qualifizieren.

⁴²² So auch die Hamburger Wissenschaftssenatorin *Krista Sager*, in: Sabine Etzold, Die Zeit vom 29.07.1999, wenn sie meint, daß auch im Falle der privatrechtlichen Organisation vom Staat getragene Hochschulen staatliche Hochschulen bleiben, für die die Hochschulgesetze der Länder gelten.

⁴²³ *Walter*, in: Hailbronner/Geis, § 1 Rdnr. 20; *Lorenz*, in: Flämig/Kimminich, Band 1, S. 1132 ff.; *Lüthje*, in: Denninger, § 1 Rdnr. 5.

⁴²⁴ Vgl. BT-Dr. 7/1328, S. 72.

Dementsprechend sollen nach der Gesetzesbegründung zum 4. HRG- Änderungsgesetz Hochschulen als staatlich zu kennzeichnen sein, "...unabhängig von ihrer Rechtsform und davon, ob sie Einrichtungen der unmittelbaren oder mittelbaren Staatsverwaltung sind..."⁴²⁵. Während die Länder dem Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung angehören, sind Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts dem Bereich der mittelbaren Staatsverwaltung zuzuordnen⁴²⁶. Der Gesetzgeber geht nunmehr mithin selbst davon aus, daß auch die von einer als Körperschaft des öffentlichen Rechts organisierten Hochschule errichteten Bildungseinrichtungen staatliche Hochschulen sind.

7. Die vom Land und/oder öffentlich-rechtlich organisierten Hochschulen in Privatrechtsform organisierte Hochschule

Handelt es sich damit sowohl dann um eine staatliche Hochschule, wenn eine Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens vom Land in einer privaten Rechtsform errichtet und unterhalten wird, als auch dann, wenn sie von einer öffentlich-rechtlich organisierten, staatlichen Hochschule in einer privaten Rechtsform betrieben wird, so ist auch die privatrechtlich organisierte Hochschule, an der neben einem Land eine öffentlich-rechtlich organisierte, staatliche Hochschule oder an der mehrere öffentlich-rechtlich organisierte, staatliche Hochschulen beteiligt sind, als staatliche Bildungseinrichtung zu charakterisieren. Auch in diesem Fall sind Hochschulerrichtung sowie -unterhaltung letztlich dem Staat zuzurechnen.

8. Die gemeinsam von Staat und Privaten errichtete privatrechtlich organisierte Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens

Auch bei einer Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens, die von einem Land und/oder einer öffentlich-rechtlich organisierten, staatlichen Hochschule mit Beteiligung Privater in der Rechtsform einer juristischen Person des Privatrechts errichtet und unterhalten wird, könnte es

⁴²⁵ BT-Dr. 13/8796, S. 29, 30.

⁴²⁶ Ehlers, in: Erichsen, § 1 Rdnr. 14, 15.

sich um eine "staatliche" Hochschule handeln. Dies ist wiederum dann der Fall, wenn die Errichtung und Unterhaltung der Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens dem Land zugerechnet werden kann. Eine Zurechnung wird dann und so lange erfolgen können, wie das Land oder die öffentlich-rechtlich organisierte, staatliche Hochschule in der Lage ist, die Hochschulerrichtung sowie -unterhaltung entscheidend zu steuern. Diese Steuerung ist aber nur möglich, wenn das Land oder die öffentlich-rechtlich organisierte, staatliche Hochschule eine beherrschende Stellung gegenüber den sich beteiligenden Privaten innehat.

Es handelt sich demnach dann um eine staatliche Hochschule i. S. d. § 1 HRG, wenn das sich beteiligende Land und/ oder die sich beteiligende(n) öffentlich-rechtlich organisierte(n), staatliche(n) Hochschule(n) die privatrechtlich organisierte Bildungseinrichtung beherrschen, d.h. wenn sie das Handeln dieser Einrichtung aufgrund der Beteiligungsverhältnisse steuern können. Haben demgegenüber das Land und/oder die öffentlich-rechtlich organisierte(n), staatliche Hochschule(n) keinen beherrschenden Einfluß, so handelt es sich nicht um eine staatliche Hochschule.

9. Exkurs: Die von einer Stiftung des öffentlichen Rechts errichtete Hochschule

Gründen ein Land und/ oder öffentlich-rechtlich organisierte, staatliche Hochschulen eine Stiftung des öffentlichen Rechts, um durch diese eine Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens zu betreiben, so könnte es sich dabei um eine staatliche Bildungseinrichtung handeln. Die Stiftung des öffentlichen Rechts wird, wenn sie von einem Land und/ oder öffentlich-rechtlich organisierten, staatlichen Hochschulen gegründet wird, von diesen mit einem Stiftungsvermögen ausgestattet. Das Vermögen und die Stiftung als solche sind von ihren Organen so zu verwalten, wie es die Verwirklichung des Stiftungszwecks mit Rücksicht auf den Willen des Stifters, also des Landes und/ oder der öffentlich-rechtlich organisierten, staatlichen Hochschulen erfordert⁴²⁷.

⁴²⁷ Vgl. dazu *Rudolf*, in: Erichsen, § 52 Rdnr. 22.

Errichtet und finanziert die Stiftung des öffentlichen Rechts nunmehr eine Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens, so wird dieses Handeln letztlich dem Land bzw. der oder den öffentlich-rechtlich organisierten, staatlichen Hochschulen zuzurechnen sein, weil sie die Finanzierung übernommen haben und durch die Festsetzung des Stiftungszwecks die grundlegenden Strukturen maßgeblich beeinflussen. Nach der bereits oben⁴²⁸ angeführten Begründung zum 4. HRG- Änderungsgesetz würde es sich um eine staatliche Hochschule handeln, unabhängig von der Rechtsform und davon, ob es sich um eine Einrichtung der mittelbaren oder der unmittelbaren Staatsverwaltung handelt. Da die Stiftung des öffentlichen Rechts dem Bereich der mittelbaren Staatsverwaltung zugeordnet ist, handelt es sich bei der von ihr getragenen Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens um eine staatliche Bildungseinrichtung.

10. Ergebnis

Mithin handelt es sich bei den Bildungseinrichtungen, die von einer GmbH, AG, oder von einer Stiftung des privaten wie des öffentlichen Rechts, etc. gegründet und/oder betrieben werden, um staatliche Hochschulen i. S. § 1 HRG, wenn an den Privatrechtssubjekten ein Land und/ oder öffentlich- rechtlich organisierte, staatliche Hochschulen allein oder mit beherrschendem Einfluß neben Privaten beteiligt sind. Der jeweilige Landesgesetzgeber ist daher gem. § 72 HRG verpflichtet, derart organisierte Hochschulen in den enumerativ gefaßten Anwendungsbereich der Landeshochschulgesetze aufzunehmen. Ist dieses geschehen, so sind die Landeshochschulgesetze grundsätzlich auch auf sie anwendbar.

Das gilt auch für einzelne Veranstaltungen, Einrichtungen oder Institute, die aus einer öffentlich- rechtlich organisierten, staatlichen Hochschule ausgegründet werden, wenn sie der Erfüllung von in § 2 HRG aufgeführten Aufgaben und damit der Wahrnehmung von Hochschulfunktionen dienen und dem Niveau der von § 1 Abs. 1 S. 1 HRG genannten Bildungseinrichtungen – „Universität“, „Fachhochschule“, etc. – entsprechen. In diesem Fall gelten auch für sie die nachfolgenden

⁴²⁸ Vgl. S. 168.

Ausführungen. Daß aus einer Hochschule ausgegründete Einrichtungen und Veranstaltungen bei Vorliegen einer dem Vorbehalt des Gesetzes entsprechenden gesetzlichen Ermächtigung auch in privatrechtlichen Organisations- und Handlungsformen betrieben werden können, ergibt sich beispielhaft aus § 90 Abs. 3 HG NRW⁴²⁹, § 85b Abs. 4 HG S.-H. sowie aus § 1 Abs. 2 S. 2 SächsHG. Hierbei ist jedoch zu beachten, daß § 90 Abs. 3 S. 2 HG NRW für Studiengänge, die zu einem berufsqualifizierenden Abschluß führen, eine Genehmigung des Ministeriums verlangt, während § 85b Abs. 4 HG S.-H. diese Möglichkeit nur beschränkt auf solche Studiengänge eröffnet, die nicht zu einem berufsqualifizierenden Abschluß führen, wohingegen § 1 Abs. 2 SächsHG diesbezüglich keine Einschränkungen normiert.

B) Die Reichweite der Bindung

Allerdings kann diese Bindung an die hochschulrechtlichen Normen nur so weit reichen, wie die Normen nicht Strukturen voraussetzen, die auf die im Regelfall als Körperschaft des öffentlichen Rechts organisierte, staatliche Hochschule zugeschnitten und ausgerichtet sind. So sind z.B. die den §§ 36 ff HRG entsprechenden landesrechtlichen Normen, die eine mitgliedschaftliche Struktur und damit die Rechtsform der Körperschaft des öffentlichen Rechts voraussetzen, auf Hochschulen, die von einer Stiftung des privaten Rechts oder einer GmbH, AG, etc. getragen werden, nicht anwendbar. Durch die gem. 1 HRG⁴³⁰ eröffnete Möglichkeit, Hochschulen in einer anderen Organisationsform zu betreiben, als der der Körperschaft des öffentlichen Rechts, wird vielmehr zugleich das der jeweiligen Organisationsform zugeordnete Recht für verbindlich erklärt. Es gilt insoweit im Grundsatz ein Vorrang des Gesellschaftsrechts.⁴³¹

Dabei müssen jedoch die durch § 70 HRG aufgestellten Anforderungen, die schon eine nichtstaatliche Hochschule zu erfüllen hat, um staatlich anerkannt zu werden,

⁴²⁹ Vgl. auch §§ 2 Abs. 2, 3 Abs. 5, 30 Abs. 2, 89 Abs. 1, 90 Abs. 1 EHG NRW.

⁴³⁰ Vgl. S. 147 ff.

⁴³¹ Vgl. etwa Erichsen, Die Vertretung von Kommunen S. 12 ff.; Kessler, GmbHR 2000 S 1, 71 ff.; Admska, S. 89.

auch von den nicht als Körperschaft des öffentlichen Rechts organisierten, staatlichen Hochschulen beachtet werden.

C) Die Anwendbarkeit als Folge einer Gesetzesumgehung

Soweit die Normen der Landeshochschulgesetze auf privatrechtlich mit Beteiligung der öffentlichen Hand organisierte Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens deshalb nicht anwendbar sind, weil es sich nicht um „staatliche“ Hochschulen im hier definierten Sinne handelt, könnte eine Gesetzesumgehung vorliegen. Eine Gesetzesumgehung mit der Folge der Anwendung des Hochschulrechts liegt – nach dem oben Gesagten⁴³² – vor, wenn Normen, obwohl sie tatbestandlich nicht eingreifen, nach ihrem Sinn und Zweck Geltung beanspruchen. Die durch die Normen des HRG determinierten, in den Ländern erlassenen Normen des Hochschulrechts erheben aber nur Geltungsanspruch für Hochschulen in der Verantwortung des Staates, also der nach dem GG zuständigen Länder und/oder einer oder mehrerer öffentlich- rechtlich organisierten, staatlichen Hochschulen. Für Hochschulen, die aufgrund eines fehlenden Beherrschungsverhältnisses nicht in die Verantwortung der öffentlichen Hand fallen, wollen weder das HRG noch die Landeshochschulgesetze Vorgaben treffen.

Nur für den Fall eines Antrages dieser Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens auf staatliche Anerkennung, stellen die Hochschulgesetze durch ihre dem § 70 HRG entsprechenden Normen Anforderungen auf. Somit ist in der unmittelbaren oder mittelbaren Minderheitsbeteiligung des Landes und/ oder einer öffentlich- rechtlich organisierten Hochschule an einer in privatrechtlicher Organisationsform errichteten und betriebenen Hochschule eine Umgehung des geltenden Hochschulrechts nicht zu sehen.

⁴³² Zur Gesetzesumgehung vgl. S. 114 ff.

II. Die Bindung einer unter Beteiligung der öffentlichen Hand privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens an das Haushaltsrecht

Von den privatrechtlich organisierten, staatlichen Hochschulen zu beachtende Vorschriften könnten sich aus den Haushaltsordnungen der Länder ergeben⁴³³.

Eine Bindung der privatrechtlich organisierten, staatlichen Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens an das Haushaltsrecht ist gegeben, wenn sie zu dem Adressatenkreis der LHOen gehören. Die §§ 1 - 87 LHO beziehen sich auf das Land und seine Behörden. Die Normen der LHO könnten allerdings über § 105 I LHO gelten.⁴³⁴ Jedoch sind die privatrechtlich organisierten, staatlichen Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens keine landesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts, so daß eine Anwendbarkeit des § 105 LHO und damit der §§ 1-87 LHO, sowie der §§ 106-110 LHO ausgeschlossen ist.

Die §§ 88-104 LHO betreffen die Rechnungsprüfung und Kontrolle durch den Landesrechnungshof. Sie sehen eine Prüfung der Wahrnehmung der Beteiligungsrechte und der Haushalts- und Wirtschaftsführung der juristischen Personen des privaten Rechts unter bestimmten Voraussetzungen durch den Landesrechnungshof vor. Darauf wird im einzelnen im 6. Abschnitt des 4. Kapitels eingegangen.

III. Die Bindung einer unter Beteiligung der öffentlichen Hand privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens an das Beamtenrecht

Die Dienstverhältnisse der an einer privatrechtlich organisierten, staatlichen Hochschule Beschäftigten könnten, wie die der an einer öffentlich-rechtlich organisierten, staatlichen Hochschule Beschäftigten, dem Beamtenrecht unterliegen. Gem. § 123a Abs. 2 BRRG besteht die Möglichkeit, daß ein Beamter einer zu einer privatrechtlich organisierten „öffentlichen Einrichtung“ umgebildeten

⁴³³ Auch im Rahmen dieser Überlegungen wird die LHO NW zugrundegelegt und soweit erforderlich auf Abweichungen in den Haushaltsordnungen anderer Länder eingegangen.

⁴³⁴ Vgl. dazu S. 154 ff.

Dienststelle vorübergehend dieser Einrichtung zugewiesen wird.⁴³⁵ In diesem Falle bleibt gem. § 123a III BRRG seine Rechtsstellung unberührt, d.h. die beamtenrechtlichen Vorschriften gelten weiterhin.

A) Die Anwendbarkeit des Beamtenrechts

Stellt eine unter Beteiligung der öffentlichen Hand privatrechtlich organisierte Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens Bedienstete neu ein, so können diese nur dann zu Beamten ernannt werden, wenn die Einrichtung Dienstherrenfähigkeit besitzt. Dienstherrenfähigkeit haben jedoch gem. § 121 BRRG nur juristische Personen des öffentlichen Rechts⁴³⁶. Einer unter Beteiligung der öffentlichen Hand privatrechtlich organisierten Hochschule fehlt es an der Dienstherrenfähigkeit, so daß sie im Verhältnis zu den von ihr Beschäftigten keine Beamtenverhältnisse begründen kann und daher die beamtenrechtlichen Vorschriften keine Anwendung finden. Vielmehr schließen die Beschäftigten privatrechtliche Arbeitsverträge mit der die Hochschule betreibenden AG, GmbH, Stiftung, etc.

B) Die Anwendbarkeit des Beamtenrechts als Folge einer Gesetzesumgehung

Da nach dem oben Ausgeführten⁴³⁷ in der Gründung und dem Betrieb einer Hochschule in privatrechtlicher Organisationsform auch keine Umgehung des Art. 33 Abs. 4 GG liegt, kommt auch insoweit eine Anwendung des Beamtenrechts auf an einer unter Beteiligung der öffentlichen Hand privatrechtlich organisierten Hochschule Beschäftigte wegen einer unzulässigen Umgehung des Beamtenrechts nicht in Betracht.

⁴³⁵ Vgl. zu dieser durch das Dienstrechtsreformgesetz 1997 neu geschaffenen Möglichkeit *Steuck*, ZBR 1999 S. 150 ff.

⁴³⁶ BVerfG NJW 1981 S. 971, 973.

⁴³⁷ S. 144 ff.

2. Abschnitt

Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten der öffentlichen Hand

I. Die Bindung an den Gesellschaftszweck

Zunächst ist zu prüfen, ob und in wieweit der oder die an der privatrechtlich organisierten Hochschule oder Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung beteiligten Träger öffentlicher Verwaltung zur Wahrung ihrer Interessen bzw. zur Sicherstellung einer den Vorschriften der LHO'en entsprechenden Zweckverfolgung auf die Organe und Entscheidungsträger der privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung einwirken bzw. eine entsprechende Kontrolle ausüben dürfen. Dabei ist davon auszugehen, daß es immer wieder zu Zielkonflikten zwischen hochschulpolitischen und administrativen Wunschvorstellungen – solche werden von der privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung mitunter auch als Instrumentalisierungen empfunden werden – und den wirtschaftlichen und gesellschaftsrechtlich determinierten Bedürfnissen des die Hochschule betreibenden Privatrechtssubjekts kommen wird.⁴³⁸

Ausgangspunkt für jede Einflußnahme von Trägern öffentlicher Verwaltung auf Gesellschaften des privaten Rechts, an denen sie beteiligt sind, ist der Grundsatz vom Vorrang des Gesellschaftsrechts.⁴³⁹ Zwar sind – wie dargelegt – Träger öffentlicher Verwaltung nach den jeweiligen öffentlich-rechtlichen Vorschriften, etwa den Normen der LHO'en, berechtigt, sich unter den dort normierten Voraussetzungen an Gesellschaften des Zivilrechts zu beteiligen; sie sind dann aber in ihrer Rechtsstellung als Gesellschafter ausschließlich durch das Gesellschaftsrecht gebunden.⁴⁴⁰ Danach sind sie als Gesellschafter verpflichtet, im Rahmen der gemeinsamen Zweckverfolgung die Interessen der Mitgesellschafter und der Gesellschaft zu wahren, zu fördern und alles zu unterlassen, was die Verfolgung dieser Interessen hindern oder schädigen könnte.⁴⁴¹ Dabei steht insbesondere der Mög-

⁴³⁸ Vgl. auch *Keßler*, GmbHR 2000, S. 71.

⁴³⁹ Vgl. dazu *Adamska*, S. 183; *Keßler*, GmbHR 2000 S. 71 ff.

⁴⁴⁰ *Adamska*, S. 183; *Keßler*, GmbHR 2000 S. 72 und 78; vgl. auch *Erichsen*, Die Vertretung der Kommunen S. 25.

⁴⁴¹ *Adamska*, S. 183; vgl. auch *Schmidt, K.*, S. 588 ff.

lichkeit des Mehrheitsbeteiligten, auf die gesellschaftsbezogenen Interessen der Mitgesellschafter Einfluß zu nehmen, die gesellschaftsrechtliche Pflicht gegenüber, auf diese Interessen Rücksicht zu nehmen.⁴⁴² Diese mitgliedschaftlichen Treuepflichten gelten nach nunmehr einhelliger Auffassung unabhängig von der Rechtsform für alle Gesellschaften, insbesondere auch für die AG.⁴⁴³ Verletzungen der Treuepflichten machen schadensersatzpflichtig.⁴⁴⁴ Die gegenseitige Treuepflicht aller Gesellschafter bildet somit die Grenze für jede Einflußnahme der öffentlichen Hand zur Wahrung öffentlicher Zwecke.⁴⁴⁵

Als Instrumente einer Einflußnahme eines an der Hochschule oder Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung beteiligten Landes und/oder einer daran beteiligten öffentlichen Hochschule kommen grundsätzlich eine den Interessen der öffentlichen Hand entgegenkommende Ausgestaltung des Gesellschaftsstatuts (d.h. der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrags) und einzelfallbezogenes Einwirken auf die Leitungsorgane der jeweiligen Gesellschaft in Betracht.⁴⁴⁶

II. Ausgestaltung des Gesellschaftsstatuts

Zielkonflikten zwischen den Trägern öffentlicher Verwaltung und an der privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung beteiligten Privaten kann bereits dadurch begegnet werden, daß die beteiligten Träger öffentlicher Verwaltung bei der Ausgestaltung des Gesellschaftsstatuts darauf hinwirken, die mit ihrer Beteiligung verfolgten öffentlichen bzw. politischen oder administrativen Zwecke zu Interessen der Gesellschaft zu machen.⁴⁴⁷ So kann das Gesellschaftstatut der privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung beispielsweise vorschreiben, daß der Gesellschaftszweck nicht die Gewinnmaximierung, sondern die bestmögliche und nur an die für ein Studium erforderliche Eignung geknüpfte Förderung der Bildung/Ausbildung sei.⁴⁴⁸ Mit einer derartigen, sog. integralen

⁴⁴² *Nirk*, Handbuch der AG, Rdnr. 501

⁴⁴³ BGH ZIP 92, 1464, 1470 f.; BGHZ 103, 184, 194 f.; *Timm*, WM 1991 S. 481 ff. m.w.N.

⁴⁴⁴ *Adamska*, S. 183; *Schmidt, K.*, S. 587.

⁴⁴⁵ *Adamska*, S. 184; *Erichsen*, Die Vertretung der Kommunen, S. 62.

⁴⁴⁶ *Schnaudigel*, S. 183 f.

⁴⁴⁷ *Adamska*, S. 184; *Schnaudigel*, S. 182.

⁴⁴⁸ Vgl. *Rüfner*, Formen öffentlicher Verwaltung, S. 258; *Schnaudigel*, S. 182.

Bindung an einen vorgegebenen öffentlichen Zweck kann die beteiligte öffentliche Hand die Kontrollorgane der Gesellschaft binden und so jedenfalls eine mittelbare Steuerung und Kontrolle im Hinblick auf ihre besonderen Interessen verankern.⁴⁴⁹

Eine weitere Einflußmöglichkeit durch die Ausgestaltung des Gesellschaftsstatuts besteht in der Stärkung der Beteiligung der öffentlichen Hand innerhalb der Organisationsstruktur der Gesellschaft, etwa durch Einrichtung eines – fakultativen – Aufsichtsrats bei einer von einer GmbH betriebenen Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung, etwa mit der Maßgabe, daß bis zu einem Drittel der Aufsichtsratsvertreter nicht von allen Gesellschaftern gewählt, sondern von der öffentlichen Hand entsandt werden.⁴⁵⁰

III. Einzelfallmaßnahmen

Während über die Ausgestaltung der Satzung nur in grundsätzlichen Fragen Einfluß auf die Hochschule ausgeübt werden kann⁴⁵¹, stellt sich die Frage, ob und inwieweit einzelfallbezogene Steuerungs- und Kontrollmaßnahmen der öffentlichen Hand zulässig sind. Zu denken ist an Weisungen an die Vertreter der öffentlichen Hand bzw. ihre Abberufung und Ersetzung bei Weigerung solche auszuführen. Maßgeblich für die Zulässigkeit solcher Weisungen ist allein das Gesellschaftsrecht, wobei im einzelnen zwischen den verschiedenen Gesellschaftsformen zu unterscheiden ist.

A) Aktiengesellschaft

1. Der Vorstand

Der Vorstand ist das Führungsorgan der AG; seine Leitungsmacht ist unveräußerlich.⁴⁵² Der Vorstand der AG erledigt seine Aufgaben nach dem Grundsatz der

⁴⁴⁹ Vgl. *Schnaudigel*, S. 183.

⁴⁵⁰ Siehe dazu unten, S. 180 ff.

⁴⁵¹ Vgl. *Schnaudigel*, S. 183.

⁴⁵² *Nirk*, Handbuch der AG, Rdnr. 714.

eigenverantwortlichen Leitung daher weisungsfrei⁴⁵³; eine Kontrolle findet nur statt, indem Fehler und Misserfolg seiner Tätigkeit ggf. nachträglich – insbesondere durch Abberufung – sanktioniert werden.⁴⁵⁴ Das gilt insbesondere auch für frühere Bedienstete der öffentlichen Hand, die als Vorstandsmitglieder die Belange der Gesellschaft, d.h. der von der AG betriebenen Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung zu vertreten haben und im Rahmen ihres Treueverhältnisses verpflichtet sind, nur diese und nicht etwa die des oder der beteiligten Träger öffentlicher Verwaltung zu verfolgen.⁴⁵⁵ Insoweit sind Weisungen somit unzulässig.

Fraglich könnte aber sein, ob im Konfliktfall eine Abberufung von Vorstandsmitgliedern durch die Hauptversammlung bzw. die Vertreter der öffentlichen Hand in der Hauptversammlung nach § 84 Abs. 3 S. 1 AktG in Betracht kommt. Dafür bedarf es nach § 84 Abs. 3 AktG eines wichtigen Grundes, wodurch eine Abhängigkeit der Organwalter vermieden und die eigenverantwortliche Leitungsmacht des Vorstands gesichert werden soll.⁴⁵⁶ Als solcher kommen nach § 84 Abs. 3 S. 2 AktG vor allem grobe Pflichtverletzungen, Unfähigkeit zur Geschäftsführung sowie Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung in Betracht⁴⁵⁷, nicht aber die Nichtbefolgung von Weisungen, auch nicht solcher der Hauptversammlung, da sonst die vom Gesetz gewollte Selbständigkeit des Vorstands unterlaufen werden würde.⁴⁵⁸ Im Ergebnis ist der Vorstand damit der Einflußnahme durch die öffentliche Hand rechtlich entzogen.⁴⁵⁹ Dennoch erfolgende, eine politische oder wirtschaftliche Abhängigkeit der Vorstandsmitglieder im Verhältnis zur öffentlichen Hand nutzende Einflussnahmen würden als Verstoß gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht schadensersatzpflichtig machen. Die Kontrolle der Einhaltung der organschaftlichen Treuepflichten ist dem Aufsichtsrat zugewiesen.⁴⁶⁰

⁴⁵³ Nirk, Handbuch der AG, Rdnr. 606; Schnaudigel, S. 183 f.

⁴⁵⁴ Vgl. Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung, S. 258; Wellkamp, Vorstand, Aufsichtsrat und Aktionär, S. 3 ff.

⁴⁵⁵ Vgl. Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung, S. 258; Wellkamp, Vorstand, Aufsichtsrat und Aktionär, S. 3 ff; zu organschaftlichen Vertretern von Kommunen in der Hauptversammlung vgl. auch Erichsen, Die Vertretung der Kommunen, S. 47.

⁴⁵⁶ Nirk, Handbuch der AG, Rdnr. 686.

⁴⁵⁷ Scheffer, DB 2000 S. 433, 434; Wiesner, in: Münchener Handbuch zum AktG, § 20 Rdnr. 41 ff.

⁴⁵⁸ BGHZ 13, 188, 193; Schnaudigel, S. 185.

⁴⁵⁹ Schnaudigel, S. 184.

⁴⁶⁰ Scheffer, DB 2000 S. 433., 435.

2. Der Aufsichtsrat

Fraglich ist, ob die öffentliche Hand einzelne Mitglieder des Aufsichtsrats auf die Verfolgung ihrer Interessen verpflichten darf. Dies liegt im Vergleich zum Vorstand insofern näher, als der Aufsichtsrat, der den Vorstand nach § 84 AktG bestellt und abberuft und dessen Geschäftstätigkeit nach § 111 AktG laufend kontrolliert, ein gemischtes Organ ist, das durch die Vertreter der verschiedenen, an der Geschäftspolitik interessierten Gruppen gebildet wird.⁴⁶¹ Dabei kann die beteiligte öffentliche Hand nach § 101 Abs. 2 AktG darauf hinwirken, daß nach der Satzung bis zu einem Drittel der Aufsichtsratsmitglieder nicht von der Hauptversammlung bestellt, sondern von ihr ohne Wahl direkt entsandt wird. Insbesondere für solche, von der öffentlichen Hand entsandte Aufsichtsratsmitglieder stellt sich die Frage der Bindung an Weisungen der Entsendungskörperschaft.

Sie ist früher vor allem in Anlehnung an § 70 Abs. 1 DGO, der die Möglichkeit von Weisungen der Gemeinde an Mitglieder des Aufsichtsrats und Vorstands von privatwirtschaftlichen, unter Beteiligung der Gemeinde betriebenen Unternehmen vorsah, bejaht worden.⁴⁶² Wegen des oben aufgezeigten, heute unbestrittenen Vorrangs des bundesrechtlichen Gesellschaftsrechts vor den – hier ohnehin nicht unbedingt übertragbaren – Rechtsgedanken des landesgesetzlich normierten Gemeinderechts, ist die Frage allein nach dem AktG zu beantworten. Es enthält insofern zwar keine ausdrückliche Regelung; die Weisungsungebundenheit von Aufsichtsratsmitgliedern ist in Rspr. und Literatur jedoch allgemein anerkannt, insbesondere auch im Hinblick auf von der öffentlichen Hand entsandte Vertreter in den Aufsichtsrat.⁴⁶³

Die Rechtsstellung eines jeden Aufsichtsratsmitglieds wird somit allein vom Grundsatz des freien Mandats bestimmt, die Wahrnehmung von Partikularinteressen ist unzulässig.⁴⁶⁴ Hergeleitet wird dies vor allem aus der gesetzlichen Funkti-

⁴⁶¹ Schmidt, K., S. 1182.

⁴⁶² Vgl. dazu etwa Ruffner, Energieversorgung, S. 91 f.

⁴⁶³ Vgl. nur BGHZ 36; 296, 306; 69, 334, 339; 135, 107, 114; Keßler, GmbHR 2000 S. 71, 76 ff.; Schnaudigel, S. 185; Hüffer, AktG § 101 Rdnr. 10; Hoffmann-Becking, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, AktG, § 30 Rdnr. 21.

⁴⁶⁴ Nirk, Handbuch der AG, Rdnr. 1033 ff.

on der Aufsichtsratsmitglieder, die eine personal, allein am Unternehmensinteresse ausgerichtete Verantwortlichkeit der Organwähler voraussetzt⁴⁶⁵ und den schutzwürdigen Interessen der Gläubiger des Unternehmens, sowie des Rechtsverkehrs im allgemeinen.⁴⁶⁶ Auch auf den Aufsichtsrat darf die beteiligte öffentliche Hand daher nicht mittels Weisungen einwirken.

Als mögliche Einwirkungsmöglichkeiten verbleiben damit die Abberufung und Ersetzung nach § 103 AktG (bzw. im Anwendungsbereich gesetzlich angeordneter Mitbestimmung nach den §§ 76 Abs. 5 BetrVG 1952, 23 Mitbestimmungsg, 11 Montanmitbestimmungsg 1951, 10 MitbestErgG⁴⁶⁷). Die Abberufung kann nach § 103 AktG jederzeit mit qualifizierter Mehrheit erfolgen, es sei denn in der Satzung ist gem. § 103 Abs. 1 S. 3 AktG eine andere Regelung getroffen. Entsandte Mitglieder können nach § 103 Abs. 2 S. 1 AktG jederzeit durch andere ersetzt werden. Insbesondere ist ihre Abberufung nicht vom Vorliegen eines „wichtigen Grundes“ abhängig.⁴⁶⁸ Im Verhältnis zur Stellung der eigenverantwortlich handelnden Vorstandsmitglieder ist die der Aufsichtsratsmitglieder also deutlich schwächer. Über die somit erheblichen Möglichkeiten der nachträglichen Sanktionierung abweichenden Verhaltens ist es der beteiligten öffentlichen Hand somit trotz der Weisungsungebundenheit der Aufsichtsratsmitglieder faktisch möglich, auf diese steuernden Einfluß auszuüben. Umgekehrt unterliegen alle Mitglieder des Aufsichtsrats einer Treuepflicht, die es ihnen gebietet, im Konfliktfall die Interessen der Gesellschaft zu verfolgen, und wenn dies nicht möglich ist, ggf. das Mandat niederzulegen.⁴⁶⁹

B) GmbH

Während das Aktienrecht vom Grundsatz der formalen Satzungsstrenge, d.h. weitgehend durch zwingendes Recht geprägt wird, kann die Binnenstruktur der GmbH weitgehend flexibel ausgestaltet werden.⁴⁷⁰ Als Organe, auf welche der

⁴⁶⁵ S. dazu BGHZ 135, 244, 252; *Keßler*, GmbHR 2000 S. 71, 76; *Schnaudigel*, S. 185; *Nirk*, Handbuch der AG, Rdnr. 1033.

⁴⁶⁶ *Keßler*, GmbHR 2000, 71, 77.

⁴⁶⁷ Vgl. zu den unterschiedlichen Mitbestimmungsnormen *Büdenbender*, ZIP 2000 S. 385 ff.

⁴⁶⁸ *Wellkamp*, S. 43.

⁴⁶⁹ *Nirk*, Handbuch der AG, Rdnr. 1034; vgl. auch *Timm*, WM 1991 S. 481 ff.

⁴⁷⁰ Vgl. *Schnaudigel*, S. 183.

oder die an der privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung beteiligten Träger öffentlicher Verwaltung einwirken können, kommen die Geschäftsführung und der, außerhalb der gesetzlich angeordneten Mitbestimmung, fakultative Aufsichtsrat nach § 52 Abs. 1 GmbHG in Betracht.

1. Weisungen an die Geschäftsführung

Im Unterschied zur Hauptversammlung bei der AG hat die Gesellschafterversammlung nach §§ 45 ff. GmbHG eine wesentlich stärkere Stellung und ist, soweit die Satzung nichts anderes bestimmt, nach § 73 Abs. 1 GmbHG auch für die laufende Geschäftsführung zuständig.

Durch entsprechende Ausgestaltung der Satzung ist es den Gesellschaftern rechtlich sogar möglich, die Geschäftsführung zum bloßen Vollzugsorgan ihrer Entscheidungen zu machen.⁴⁷¹ Anders als bei der AG (vgl. §§ 76, 119 ff. AktG) und der eingetragenen Genossenschaft (vgl. § 27 Abs. 1 GenG) bestimmen die Gesellschafter damit Grundlinien und Ausgestaltung der Unternehmenspolitik, verfügen den Geschäftsführern gegenüber also über die übergeordnete Leitungskompetenz.⁴⁷² Dementsprechend sind die Geschäftsführer ihnen gegenüber nicht nur weisungsgebunden, sondern haben selbst solche Weisungen zu befolgen, die der Gesellschaft aus ihrer Sicht zum Nachteil gereichen, soweit diese nicht die gesetzliche Kapitalbindung beeinträchtigen oder die Gefahr der Insolvenz der Gesellschaft begründen, also schützenswerte Dritt-, insbesondere Gläubigerinteressen berühren oder evident gegen die gesellschaftliche Treuepflicht verstoßen.⁴⁷³

2. Weisungen an den Aufsichtsrat

Fraglich ist, ob den Gesellschaftern derartige Weisungsrechte auch gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern zukommen. Nach § 52 GmbHG kann in der GmbH ein

⁴⁷¹ Lutter/ Hommelhoff, GmbHG, § 37 Rdnr. 5; Schnaudigel, S. 192.

⁴⁷² Keßler, GmbHR 2000, 71, 73.

⁴⁷³ Vgl. OLG Frankfurt a.M., ZIP 1997 S. 450, 451 f.; Keßler, GmbHR 2000 S. 71, 73; Jungkurth, Konzernleitung bei der GmbH, S. 66; Erichsen, Die Vertretung der Kommunen, S. 61f.

Aufsichtsrat fakultativ durch den Gesellschaftsvertrag vorgesehen sein, wobei bei der Beteiligung von Trägern öffentlicher Verwaltung drei unterschiedliche Gestaltungsformen in Betracht kommen:

- Bereits durch Gesellschaftsvertrag werden bestimmte Funktionsträger des Trägers öffentlicher Verwaltung zu „geborenen“ Aufsichtsratsmitgliedern bestellt;
- dem/den Trägern öffentlicher Verwaltung werden im Gesellschaftsvertrag Entsendungsrechte, die auch über seine tatsächliche Beteiligung hinausgehen können, eingeräumt;
- die Mitglieder des Aufsichtsrats werden insgesamt durch die Gesellschafterversammlung gewählt.⁴⁷⁴

Für die Beteiligung eines Landes oder einer öffentlich-rechtlich organisierten Hochschule an einer Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung betreibenden GmbH kommen praktisch vor allem vertraglich vereinbarte Entsenderechte in Betracht. Hinsichtlich des Weisungsrechts der Entsendungskörperschaft den entsandten Organwaltern bzw. „geborenen“ Organwaltern gegenüber hat der BGH schon in einer frühen Entscheidung festgestellt, daß entsandte Aufsichtsratsmitglieder die gleichen Pflichten haben wie gewählte und somit uneingeschränkt die Interessen der Gesellschaft und nur diese wahrzunehmen haben.⁴⁷⁵

Bedenken hinsichtlich einer gesellschaftsrechtlich vorgegebenen Weisungsungebundenheit entsandter Aufsichtsratsmitglieder könnten sich aber daraus ergeben, daß der – fakultative – Aufsichtsrat der GmbH im Vergleich zu dem der AG nach § 52 GmbHG unterschiedlich ausgestaltet werden kann.⁴⁷⁶ Hinsichtlich der Kompetenzen und Aufgaben des Aufsichtsrats besteht im GmbH-Recht eine weitgehende Gestaltungsfreiheit, eine entsprechende Anwendung einzelner Bestimmungen des Aktienrechts kommt nach § 52 Abs. 1 GmbHG nur in Betracht, wenn der Gesellschaftsvertrag keine abweichende Regelung trifft.⁴⁷⁷

⁴⁷⁴ Vgl. *Keßler*, GmbHR 2000, S. 71, 75.

⁴⁷⁵ BGHZ 36, 296, 306.

⁴⁷⁶ In diesem Sinne wohl *Schnaudigel*, S. 193.

⁴⁷⁷ *Keßler*, GmbHR 2000 S. 71, 77.

Dennoch ist mit der Schaffung eines – auch fakultativen – Aufsichtsrats begrifflich notwendig eine Überwachungsfunktion gegenüber den Geschäftsführern verbunden.⁴⁷⁸ Anderenfalls handelte es sich auch bei der Verwendung der Bezeichnung Aufsichtsrat lediglich um einen anderen Regeln unterworfenen Beirat.⁴⁷⁹ Die systematisch-teleologische Gesetzesauslegung gesellschaftsrechtlicher Aufgabenzuweisung führt also dazu, daß jedem – obligatorischen oder privatautonom eingeschalteten – Aufsichtsrat als unentziehbarem Kernbereich seiner Tätigkeit eine in personaler Verantwortung der Organwalter wahrzunehmende Überwachungsfunktion zukommt, deren Ausübung sich allein am Unternehmensinteresse auszurichten hat.⁴⁸⁰ Dementsprechend gilt auch für den fakultativen Aufsichtsrat bei der GmbH, daß, wenn sich die Gesellschafter einmal für die Einrichtung entschieden haben, den Organwaltern notwendig ein weisungsfreier Tätigkeitsbereich zuzubilligen ist.⁴⁸¹ Dieses Ergebnis läßt sich ergänzend aus den schutzwürdigen Allgemein- und Gläubigerinteressen und –erwartungen begründen, daß Aufsichtsratsmitglieder eigenverantwortlich allein das Unternehmensinteresse verfolgen.⁴⁸² Damit bleibt es auch für Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats einer GmbH bei dem Grundsatz der organschaftlichen Unabhängigkeit, die Weisungen der beteiligten öffentlichen Hand ausschließt.

C) Verein

Im Vereinsrecht kommen als Mittel der Einflußnahme vor allem Weisungen der Mitgliederversammlung an den Vorstand in Betracht. Als höchstem Organ des Vereins obliegt es der Mitgliederversammlung nach § 32 Abs. 1 1 BGB, die Angelegenheiten des Vereins zu ordnen, soweit sie nicht vom Vorstand oder einem anderen – fakultativen – Vereinsorgan zu besorgen sind.⁴⁸³ Dieser starken Stellung entspricht es, daß der Vorstand gem. §§ 27, 665 BGB den Weisungen der Mitgliederversammlung zu folgen hat, soweit nicht zwingende Vorschriften, etwa § 42 Abs. 2 BGB oder solche Satzungsregeln, die dem Vorstand eigene Kompe-

⁴⁷⁸ *Keßler*, GmbHR 2000 S. 71, 77.

⁴⁷⁹ S. dazu *Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 52, Rdnr. 36 ff.

⁴⁸⁰ RGZ 105, 392 ff.; vgl. *Säcker*, in: FS für Kurt Rebmann, 1989, S. 75.

⁴⁸¹ *Keßler*, GmbHR 2000 S. 71, 77.

⁴⁸² BGHZ 43, 261, 264; *Keßler*, GmbHR 2000 S. 71, 77.

⁴⁸³ *Schmidt*, K., S. 692.

tenzen zuweisen, entgegenstehen.⁴⁸⁴ Bei der grundsätzlichen Weisungsgebundenheit des Vereinsvorstands ist allerdings darauf hinzuweisen, daß dieser bei seiner Tätigkeit nur die Interessen des Vereins zu verfolgen hat.⁴⁸⁵ Insoweit ist das Weisungsrecht der Mitgliederversammlung somit durch das Vereinsinteresse begrenzt. Der Mitgliederversammlung steht es allerdings frei, die Bestellung des Vorstands nach § 27 Abs. 1 BGB jederzeit zu widerrufen, wenn nicht nach § 27 Abs. 2 BGB eine satzungsmäßige Beschränkung auf den Fall erfolgt ist, daß ein wichtiger Grund vorliegt. Dann dürfte allerdings die Weigerung, eine ersichtlich nicht dem Verein, sondern den Partikularinteressen der beteiligten öffentlichen Hand dienende Weisung auszuführen, keinen wichtigen Grund darstellen.⁴⁸⁶

D) Stiftung des bürgerlichen Rechts

Die Verfassung der Stiftung wird, soweit nach § 85 BGB keine zwingenden bundes- oder landesrechtlichen Vorschriften entgegenstehen, grundsätzlich durch das Stiftungsgeschäft bestimmt.⁴⁸⁷ Dieses legt den Stiftungszweck und die Organisation der Stiftung fest, die dann Niederschlag in der Stiftungssatzung finden, die entweder in das Stiftungsgeschäft integriert oder als Anlage beigefügt ist.⁴⁸⁸

1. Vorstand

Durch § 86 BGB wird die notwendige Verfassung der Stiftung an das Vereinsrecht angelehnt, wobei der Vorstand nach den §§ 86, 26 BGB Leitungsorgan der Stiftung ist. Dessen Vertretungsmacht wird durch den Stiftungszweck begrenzt und kann nach §§ 26 Abs. 2, 86 BGB darüber hinaus durch die Satzung Dritten gegenüber beschränkt werden.⁴⁸⁹ Seine Geschäftsführung unterliegt nach §§ 27 Abs. 3, 86 BGB den Grundsätzen des Auftragsrechts, wonach der Stiftungsvorstand wie der des Vereins nach §§ 27 Abs. 3, 665, 86 BGB weisungsgebunden ist.

⁴⁸⁴ Schmidt, K., S. 698 u. 695.

⁴⁸⁵ Vgl. oben, S. 175 f.

⁴⁸⁶ Vgl. oben, S. 177 f.

⁴⁸⁷ Vgl. Schmidt, K., § 7 Abs. 2, S 186; Delp, Die Stiftung und CoKG, S. 33.

⁴⁸⁸ Vgl. Schmidt, K., § 7 Abs. 2, S 186; Delp, Die Stiftung und CoKG, S. 33.

⁴⁸⁹ Vgl. Heinrichs, in: Palandt § 86, Rz 1.

Im übrigen wird hinsichtlich der Rechtsstellung des Stiftungsvorstandes auf die vorstehenden Ausführungen zum Vereinsrecht verwiesen.

2. Fakultative Organe

Nach §§ 30, 86 BGB ist es dem Stifter freigestellt, die Stiftung mit weiteren – fakultativen – Organen auszustatten, etwa einem Stiftungsbei- oder Aufsichtsrat. Unter dem Vorbehalt einer entsprechenden Kompetenzausstattung im Einzelfall gilt entsprechend den zum fakultativen Aufsichtsrat der GmbH gemachten Ausführungen, daß gegenüber einem als Überwachungsgremium eingerichteten Stiftungs(aufsichts)rat keine Weisungsbefugnis des Stifters oder anderer Organe besteht. Hierbei ist allerdings auf den grundlegenden Unterschied der Stiftung zu den vorangestellten Gesellschaftsformen hinzuweisen, der darin besteht, dass die Stiftung keinen Verbandscharakter hat und Einflußnahmen von „Gesellschafterseite“ somit wesensmäßig ohnehin von vornherein nicht in Betracht kommen.⁴⁹⁰

3. Satzungsmäßige Sicherstellung eines Einflussreservats

Um sich nach Einrichtung der Stiftung trotz des Fehlens des Verbandscharakters noch Einfluß zu sichern, kann die als Stifter auftretende öffentliche Hand sich allerdings durch die Stiftungsverfassung einen über die Errichtung der Stiftung hinausgehenden unmittelbaren Einfluß sichern, indem sie sich vorbehält, das Vorstandsamt oder einen Stiftungs(aufsichts)rat zu besetzen. Dabei handelt es sich dann im Unterschied zu den anderen vorgestellten Gesellschaftsformen nicht um mitgliedschaftsrechtlichen Einfluß des Stifters „in“ der Stiftung, sondern lediglich um einen solchen „über“ die Stiftung.⁴⁹¹ Bei einer derartigen Konstruktion wären allerdings dann die vom Stifter eingerichteten Überwachungsorgane entsprechend den Ausführungen zum Vereinsrecht bzw. dem Aufsichtsrat bei der GmbH diesem gegenüber an Weisungen nicht gebunden.

⁴⁹⁰ Vgl. dazu *Schmidt, K.*, § 7 II, S. 187.

⁴⁹¹ Vgl. dazu *Schmidt, K.*, § 7 II, S. 187.

3. Abschnitt

Die innere Organisation der unter Beteiligung der öffentlichen Hand privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. zur Wahrnehmung von Hochschulfunktionen errichteten Einrichtung des Bildungswesens

I. Die Mitbestimmung und Mitwirkung der Angehörigen einer unter Beteiligung der öffentlichen Hand privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. zur Wahrnehmung von Hochschulfunktionen errichteten Einrichtung des Bildungswesens

A) Mitwirkung nach dem HRG

Ein Recht der Angehörigen einer unter Beteiligung der öffentlichen Hand privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. zur Wahrnehmung von Hochschulfunktionen errichteten Einrichtung des Bildungswesens an ihrem Ablauf und Organisation mitzuwirken, könnte sich aus den dem § 37 HRG entsprechenden Normen der Landeshochschulgesetze ergeben. § 37 Abs. 1 S. 1 HRG bestimmt, daß die Mitwirkung an der Selbstverwaltung der Hochschule Recht und Pflicht aller Mitglieder i.S.v. § 36 HRG ist. Zu den Selbstverwaltungsaufgaben i.S.v. § 37 Abs. 1 S. 1 HRG gehört in erster Hinsicht die Organisation von Forschung und Lehre⁴⁹². Insofern wirken die Hochschulmitglieder unmittelbar durch die Ausübung des aktiven Wahlrechts, mittelbar durch ihre Repräsentanten etc. mit.⁴⁹³

§ 37 HRG ist gem. § 1 HRG nicht unmittelbar auf privatrechtlich organisierte, nicht staatliche Hochschulen anwendbar. Die Norm ist indes auf privatrechtlich organisierte, staatliche Hochschulen dann anwendbar, wenn sie nicht – wie in § 58 Abs. 1 HRG als Regel statuiert – eine Organisation der Hochschule als Körperschaft des öffentlichen Rechts voraussetzt⁴⁹⁴. Wie oben bereits dargelegt, handelt es sich bei der Körperschaft des öffentlichen Rechts um einen mitgliederschaftlich verfaßten, vom Wechsel seiner Mitglieder unabhängigen, mit Hoheitsgewalt ausgestatteten Verwaltungsträger. Vergegenwärtigt man sich den Wortlaut des § 37

⁴⁹² Vgl. *Thieme*, Deutsches Hochschulrecht, Rdnr. 121.

⁴⁹³ *Reich*, § 37 Rdnr. 1.

⁴⁹⁴ Vgl. S. 171.

Abs. 1 S. 1 HRG, der von dem Recht und der Pflicht der "Mitglieder" zur Mitwirkung an der "Selbstverwaltung" der Hochschule spricht, ist ersichtlich, daß der Gesetzgeber in § 37 HRG lediglich die Mitbestimmung in einer als Körperschaft des öffentlichen Rechts organisierten Hochschule regeln wollte. Die Norm will nicht Forderungen aufstellen, die von einem unter alleiniger oder mehrheitlicher Beteiligung der öffentlichen Hand privatrechtlich organisierten Träger einer Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens zu erfüllen sind. Das BVerfG bestätigt dies, wenn es ausführt, daß das in § 37 HRG gewählte Organisationssystem der „Gruppenuniversität“ davon ausgeht, daß „die Angelegenheiten der Universität als Körperschaft der Lehrenden und Lernenden grundsätzlich in die Beratungs- und Entscheidungskompetenz aller ihrer Mitglieder fallen“⁴⁹⁵. Mithin wird die Mitwirkung der Hochschulangehörigen in den § 37 HRG entsprechenden landesrechtlichen Normen bei privatrechtlich organisierten, staatlichen Hochschulen bzw. zur Wahrnehmung von Hochschulfunktionen errichteten Einrichtungen des Bildungswesens nicht geregelt.

Die Notwendigkeit, eine dem § 37 HRG entsprechende Mitwirkung der Angehörigen einer unter Beteiligung der öffentlichen Hand privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. zur Wahrnehmung von Hochschulfunktionen errichteten Einrichtungen des Bildungswesens einzurichten, könnte sich jedoch aus § 70 Abs. 1 Nr. 5 HRG ergeben. Dieser Vorschrift zufolge erhält eine nicht staatliche Hochschule nur dann die staatliche Anerkennung, wenn die Angehörigen der Einrichtung an der Gestaltung des Studiums in sinngemäßer Anwendung der für staatliche Hochschulen geltenden Grundsätze mitwirken. § 70 Abs. 1 Nr. 5 HRG verweist damit auf die in § 37 HRG festgelegten Grundsätze. Der Gesetzgeber macht so deutlich, daß er die in § 37 HRG beschriebene Mitwirkungsstruktur als für die staatliche Anerkennung einer nicht staatlichen Hochschule wesentlich erachtet. Dieser Wertentscheidung ist gleichzeitig zu entnehmen, daß erst recht privatrechtlich organisierte, staatliche Hochschulen eine dieser Vorschrift entsprechende Mitwirkungsstruktur aufzuweisen haben. Sowohl die Angehörigen einer privatrechtlich organisierten, staatlichen Hochschule bzw. zur Wahrnehmung von Hochschulfunktionen errichteten Einrichtung des Bildungswesens als auch einer

⁴⁹⁵ BVerfGE 35, 79, 124.

unter Beteiligung der öffentlichen Hand privatrechtlich organisierten, nicht staatlichen Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens, die staatlich anerkannt werden möchte, sind daher in sinngemäßer Anwendung der in § 37 HRG zum Ausdruck kommenden Grundsätze an Ablauf und Organisation von Forschung und Lehre zu beteiligen.

B) Mitbestimmung nach dem BetrVG

Gem. § 1 BetrVG ist ein Betriebsrat zu errichten, wenn in einem Betrieb in der Regel mindestens fünf ständig wahlberechtigte Arbeitnehmer, von denen drei wählbar sind, beschäftigt sind. Der Betriebsrat hat neben den allgemeinen Aufgaben gem. § 80 BetrVG, u.a. das Recht zur Mitbestimmung in sozialen und personellen Angelegenheiten. Diese Rechte des Betriebsrats könnten gem. § 118 Abs. 1 S. 1 Nr.1, 6. Alt. BetrVG eingeschränkt sein. Die Norm bestimmt, daß auf einen Betrieb, der unmittelbar und überwiegend wissenschaftlichen Bestimmungen dient (Tendenzbetrieb), die Vorschriften des Gesetzes keine Anwendung finden, soweit die Eigenart des Betriebes dem entgegensteht. Eine privatrechtlich organisierte, staatliche Hochschule oder Einrichtung des Bildungswesens dient gem. § 2 Abs. 1 HRG der Pflege und Entwicklung der Wissenschaften und Künste. Auch eine staatlich anerkannte, nicht staatliche Hochschule hat gem. § 70 Abs. 1 Nr.1 HRG das Studium so auszugestalten, daß die Studierenden gem. § 7 HRG zu wissenschaftlichem und künstlerischem Arbeiten befähigt werden. Sowohl staatliche als auch staatlich anerkannte, privatrechtlich organisierte Hochschulen oder zur Wahrnehmung von Hochschulfunktionen errichtete Einrichtungen des Bildungswesens dienen damit unmittelbar wissenschaftlichen Zwecken.

Diese Zwecke werden von ihnen auch überwiegend verfolgt. Der Tendenzcharakter überwiegt, auch wenn das Unternehmen erwerbswirtschaftlich geführt wird und nach Gewinn strebt, solange die geistig-ideelle und ethische Komponente nicht vom Erwerbszweck verdrängt wird und weiterhin den Gesamtcharakter des Unternehmens prägt.⁴⁹⁶ Zwar sind privatrechtlich organisierte Hochschulen darauf ausgerichtet, sich selbst zu finanzieren und sich zumindest langfristig über Ge-

⁴⁹⁶ Vgl. *Raiser*, § 1 Rdnr. 43.

winne zu refinanzieren. Jedoch steht diese Zielsetzung, jedenfalls bei den heute geplanten oder in der Realisierung befindlichen Hochschulprojekten⁴⁹⁷, nicht im Vordergrund. Beweggrund zur Errichtung der privatrechtlich organisierten Hochschulen ist vielmehr und in erster Linie die Heranbildung von wissenschaftlich qualifiziertem Nachwuchs und damit die Förderung von Wissenschaft in Forschung, Lehre und Studium. Die privatrechtlich organisierten Hochschulen oder sonstigen zur Wahrnehmung von Hochschulfunktionen errichteten Einrichtungen des Bildungswesens sind daher Tendenzunternehmen,⁴⁹⁸ so daß sich für die Arbeit eines Betriebsrats Einschränkungen insoweit ergeben, als es sich um Angelegenheiten handelt, die mit dem Tendenzcharakter des Unternehmens im unmittelbaren Zusammenhang stehen.⁴⁹⁹

C) Mitbestimmung der Arbeitnehmer nach dem MitbestG und dem BetrVG 1952

Gem. § 1 Abs. 1 MitbestG findet das Gesetz Anwendung auf in der Rechtsform einer GmbH, AG, KGaA, etc. organisierten Unternehmen, wenn sie in der Regel mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigen. Beschäftigt ein derart organisiertes Unternehmen weniger als 2000 Arbeitnehmer, jedoch mehr als 500, so erfolgt eine Mitbestimmung gem. §§ 76 Abs. 6 S. 1, 3, 77 Abs. 1 S. 1 BetrVG 1952 nach diesem Gesetz. Allerdings ist eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer in sog. Tendenzunternehmen gem. § 1 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 MitbestG sowie gem. § 81 Abs. 1 BetrVG 1952 ausgeschlossen. Wie bereits oben herausgestellt wurde, handelt es sich bei staatlichen und staatlich anerkannten, privatrechtlich organisierten Hochschulen oder zur Wahrnehmung von Hochschulfunktionen errichteten Einrichtungen des Bildungswesens um Tendenzunternehmen,⁵⁰⁰ so daß zum Schutz der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG⁵⁰¹ eine Mitbestimmung der Beschäftigten am unternehmerischen Entscheidungsprozeß ausgeschlossen ist.

⁴⁹⁷ Vgl. S. 37 f.

⁴⁹⁸ So auch *Richardi*, § 118 Rdnr. 69; vgl. weiter *Detmer*, ZTR 1991 S. 499; *Wendeling-Schröder*, *ArbuR* 1984 S. 328 ff.

⁴⁹⁹ *Richardi*, § 118 Rdnr. 139.

⁵⁰⁰ Vgl. S. 127 f.

⁵⁰¹ *Richardi*, § 118 Rdnr. 66.

D) Mitbestimmung der an einer als Verein organisierten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens Beschäftigten

Es ist denkbar, eine Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens als eingetragenen Verein unter Beteiligung der Hochschulangehörigen zu organisieren. Es handelt sich dann bei den Professoren, den wissenschaftlichen und nichtwissenschaftlichen Mitarbeitern und Studierenden, um Mitglieder des Vereins. Diese sind zum einen entsprechend der Grundsätze des § 37 HRG an Ablauf und Organisation von Forschung und Lehre zu beteiligen. Daneben wirken die Vereinsmitglieder aber außerdem nach den Regelungen des Vereinsrechts durch die Teilnahme an Mitgliederversammlungen, durch Wortmeldung, Antragstellung und Ausübung des Stimmrechts an der Willensbildung des Vereins mit.⁵⁰²

Würde der Gruppe der studentischen Mitglieder gleiche Mitwirkungsrechte eingeräumt, wie z.B. den Gründungsmitgliedern oder den Professoren, so besteht die Möglichkeit, daß auf einer Mitgliederversammlung gem. § 33 BGB gegen den Willen der Gründungsmitglieder, etwa der öffentlichen Hand und der Professoren eine Satzungsänderung und damit gleichzeitig eine Änderung des Vereinszwecks beschlossen wird. Dieser Situation kann vorgebeugt werden, indem die dispositive Regelung des § 33 BGB in der Vereinssatzung abbedungen wird.⁵⁰³ So kann eine Stimmengewichtung eingeführt und eine Satzungsänderung von der Zustimmung bestimmter Mitglieder, z.B. der Gründungsmitglieder, abhängig gemacht werden.

Wird also eine mit Beteiligung der öffentlichen Hand errichtete Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens als eingetragener Verein organisiert, so ist darauf hinzuwirken, daß die Satzung eine Bestimmung enthält, wonach eine Satzungsänderung von der Zustimmung der Gründungsmitglieder abhängig ist.

⁵⁰² Stöber, Rdnr. 127.

⁵⁰³ Vgl. Heinrichs, in: Palandt, § 33 Rdnr. 2.

II. Frauenförderung

A) Bei staatlichen, privatrechtlich organisierten Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens

Die Pflicht zur Frauenförderung ergibt sich aus §§ 3, 5 S. 2, 6 S. 1, 42 S. 2 und 3 HRG. Die diesen Normen entsprechenden Vorschriften der Landeshochschulgesetze verpflichten privatrechtlich organisierte, staatliche Hochschulen, soweit sie nicht voraussetzen, daß die Hochschule in der Rechtsform der Körperschaft des öffentlichen Rechts organisiert ist.⁵⁰⁴ In § 3 S. 1 HRG ist als allgemeiner Grundsatz die Verpflichtung der Hochschulen festgelegt, die tatsächliche Durchsetzung der Gleichbehandlung von Frauen und Männern zu fördern. Der Fortschritt bei der Erfüllung des Gleichstellungsauftrags ist gem. § 5 S. 2 für den Umfang der staatlichen Finanzierung maßgeblich. Er wird gem. § 6 S. 1 HRG regelmäßig bewertet. Konkreter formuliert wird der Auftrag zur Frauenförderung in § 42 S. 2 und 3 HRG, der besagt, daß Frauen unter Beachtung des Vorrangs von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gefördert werden, um so den Anteil der Frauen in der Wissenschaft zu erhöhen. Diese Vorschriften zur Frauenförderung setzen eine körperschaftliche Struktur nicht voraus, so daß die staatlichen, privatrechtlich organisierten Hochschulen bzw. zur Wahrnehmung von Hochschulfunktionen errichteten Einrichtungen des Bildungswesens an sie gebunden sind.

⁵⁰⁴ Vgl. S. 171.

B) Bei nicht staatlichen, unter Beteiligung der öffentlichen Hand privatrechtlich organisierten Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens

Bei nicht staatlichen Hochschulen sind die Normen des HRG unmittelbar oder sinngemäß anwendbar, wenn dies in § 70 HRG bestimmt ist. In § 70 HRG ist jedoch nicht geregelt, daß eine nicht staatliche Hochschule die Gleichstellung von Frauen und Männern zu fördern hat, um staatlich anerkannt zu werden. Somit sind die den §§ 3, 5, 6, 42 HRG entsprechenden landesrechtlichen Normen nicht anwendbar.

Die unter Beteiligung der öffentlichen Hand privatrechtlich organisierte, nicht staatliche Hochschule bzw. zur Wahrnehmung von Hochschulfunktionen errichtete Einrichtung des Bildungswesens könnte indes im Hinblick auf Art. 3 Abs. 2 GG den Gleichstellungsauftrag zu beachten haben. Zwar sind gemischt staatlich/private privatrechtliche Organisationseinheiten nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden.⁵⁰⁵ Eine Bindung der privatrechtlich organisierten, nicht staatlichen Hochschule bzw. zur Wahrnehmung von Hochschulfunktionen errichteten Einrichtung des Bildungswesens an den in Art. 3 Abs. 2 GG formulierten Gleichstellungsauftrag kann sich jedoch aus einer entsprechenden Verpflichtung der öffentlichen Hand ergeben. Beteiligt sich der Staat oder eine seiner öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen an einer privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. zur Wahrnehmung von Hochschulfunktionen errichteten Einrichtung des Bildungswesens, so hat er bei der Ausübung seiner Beteiligungsrechte die Grundrechte zu beachten⁵⁰⁶. Der Staat und die sich beteiligende(n) öffentlich-rechtlich organisierte(n) Hochschule(n) haben daher im Rahmen ihrer Einflußmöglichkeiten, die sich aus dem jeweiligen Beteiligungsverhältnis ergeben, auf die Beachtung des Art. 3 Abs. 2 GG hinzuwirken.

⁵⁰⁵ Vgl. dazu S. 110 ff.

⁵⁰⁶ Vgl. S. 118 ff.

III. Gliederung in zentrale Organe (Rektor, Senat, Konvent) und Fachbereiche (Dekan, Fachbereichsrat)

Eine unter Beteiligung der öffentlichen Hand privatrechtlich organisierte Hochschule könnte gemäß der Normen der Landeshochschulgesetze in Organe der Zentralebene und Organe der Fachbereichsebene zu gliedern sein. Zwar setzt das HRG das sog. "Zwei-Ebenen-Prinzip" (§ 61 Abs. 1 HRG a.F.) nicht mehr voraus, da durch das 4. HRG-Änderungsgesetz die §§ 61 - 66 HRG a.F. aufgehoben wurden, um "den Ländern die für notwendig erachteten Handlungsspielräume für die Binnenorganisation der Hochschulen" zu eröffnen.⁵⁰⁷ Jedoch enthalten sämtliche Landeshochschulgesetze noch Bestimmungen über die interne Organisation, die nach den Vorgaben der §§ 61 - 66 HRG a.F. ausgestaltet sind.

A) Bei der privatrechtlich organisierten, staatlichen Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens

Wird eine privatrechtlich organisierte, staatliche Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens, wie es nach §§ 1 i.V.m. 72 Abs. 2 HRG erforderlich ist⁵⁰⁸, in den Anwendungsbereich eines Landeshochschulgesetzes aufgenommen, so könnte sie gleichwohl nicht die sich aus den entsprechenden Vorschriften ergebenden Maßgaben zu erfüllen haben. Dies ist der Fall, wenn diese Vorschriften von der körperschaftlichen Organisation der Hochschule ausgehen. Die Gliederung der zentralen Ebene der Hochschulverwaltung gem. §§ 62, 63 HRG in drei Hauptorgane könnte darauf hindeuten, daß §§ 61- 66 HRG a.F. eine körperschaftliche Organisation der Hochschule voraussetzen. In der Regel haben Körperschaften des öffentlichen Rechts kraft Gesetzes drei Hauptorgane, ein Träger- oder Repräsentativorgan, einen Ausschuß zur Lenkung und ein monokratisches Organ für die Vorbereitung, Durchführung und laufende Verwaltung.⁵⁰⁹ Während die Hochschulleitung (der Rektor – § 62 HRG a.F.) die Aufgabe des Direktionsorgans übernimmt, hat das zentrale Kollegialorgan (der Konvent – § 63 Abs. 1 HRG a.F.) die Funktion einer weitgehenden Rep-

⁵⁰⁷ BT-Dr. 13/8796, S. 30, Zu Nummer 54).

⁵⁰⁸ Vgl. oben S. 163 f.

⁵⁰⁹ *Wolff/Bachof/Stober*, VerwR II, § 84 Rdnr. 32; *Karpen*, in: *Hailbronner/Geis*, § 61 Rdnr. 5.

räsentation der Mitgliedschaft und das weitere zentrale Kollegialorgan (der Senat – § 63 Abs. 2 HRG a.F.) die Zuständigkeit für die strategische Entwicklung der Hochschule. Die Verteilung der Aufgaben der zentralen Hochschulebene auf diese drei Hauptorgane deutet darauf hin, daß der Gesetzgeber bei der Fassung der §§ 61 - 66 HRG a.F. von der körperschaftlichen Struktur der Hochschule ausgegangen ist.

Vergegenwärtigt man sich, daß eine Mitwirkung der Hochschulmitglieder nach den allgemeinen Grundsätzen des § 37 HRG durch die Wahl von Gremien und Kollegialorganen (§ 38 II HRG a.F.) vorgesehen ist, so spricht auch dies dafür, daß der Gesetzgeber bei der Fassung der §§ 61 - 66 HRG a.F., wie auch bei der Fassung des § 37 HRG⁵¹⁰, davon ausgegangen ist, daß die Hochschule als Körperschaft des öffentlichen Rechts organisiert ist.

Auch der in §§ 61 - 66 HRG a.F. verankerte Grundsatz der horizontalen Gewaltenteilung zwischen Kollegial- und monokratischen Leitungsorganen sowohl auf der zentralen Ebene als auch auf der Fachbereichsebene ist Indiz dafür, daß diese Normen eine als Körperschaft des öffentlichen Rechts organisierte Hochschule voraussetzen. Der Grundsatz der horizontalen Gewaltenteilung wird auf der zentralen Ebene durch die Einteilung in die genannten drei Hauptorgane deutlich, auf der Fachbereichsebene durch die Gliederung in Fachbereichsrat und Sprecheramt (§ 64 Abs. 2 HRG a.F.). Bei dem Grundsatz der horizontalen Gewaltenteilung handelt es sich um einen körperschaftlichen Organisationsgrundsatz⁵¹¹, so daß anzunehmen ist, daß die den §§ 61 - 66 HRG a.F. entsprechenden Normen der Landesgesetze von der Hochschule als Körperschaft des öffentlichen Rechts ausgehen. Daß der Gesetzgeber bei der Fassung der §§ 61 - 66 HRG a.F. eine körperschaftliche Struktur der staatlichen Hochschule vor Augen hatte, wird weiter dadurch bestätigt, daß die §§ 61 - 66 HRG im Zuge der Neufassung des § 58 I HRG und damit der Eröffnung der Möglichkeit, Hochschulen auch in privater Rechtsform zu errichten, aufgehoben wurden.

⁵¹⁰ Vgl. dazu S. 101, 171.

⁵¹¹ *Karpen*, in: Hailbronner/Geis, § 61 Rdnr. 5.

Werden Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens mit Beteiligung der öffentlichen Hand im Rahmen einer privatrechtlichen Organisationsform errichtet, so übernehmen die dem jeweiligen Privatrechtssubjekt eigenen Organe (bei der GmbH z.B. Geschäftsführer, Gesellschafterversammlung, Aufsichtsrat) die Aufgaben der in den §§ 61 - 66 HRG a.F. genannten Organe auf der zentralen Ebene und der Fachbereichsebene.

Daß staatlich anerkannte, nicht staatliche Hochschulen nicht an die sich aus den Landeshochschulgesetzen ergebenden internen Organisationsvorschriften gebunden sind, ergibt sich schon aus den dem § 70 HRG entsprechenden landesrechtlichen Normen. Danach muß eine staatlich anerkannte Hochschule nicht dem jeweiligen Landesrecht entsprechend in Organe der Zentralebene sowie der Fachbereichsebene gegliedert sein.

4. Abschnitt

Rechtsstellung und Rekrutierung des wissenschaftlichen Personals

I. Die Rechtsstellung des wissenschaftlichen Personals

Da einer privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. einer Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung keine Dienstherrenfähigkeit im Sinne des § 121 BRRG zukommt,⁵¹² können sie im Verhältnis zu ihrem wissenschaftlichen Personal keine Beamtenverhältnisse begründen. Die Rechtsbeziehungen der privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. der Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens zu ihrem wissenschaftlichen Personal bestimmen sich vielmehr grundsätzlich nach Privatrecht.⁵¹³ Dementsprechend erfolgt auch die Beschäftigung sowohl bei der nicht-staatlichen als auch der staatlichen, unter Beteiligung der öffentlichen Hand privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. der Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bil-

⁵¹² Vgl. oben S. 144.

⁵¹³ Vgl. insofern für die staatlich anerkannte, privatrechtlich organisierte Hochschule *Lorenz*, in: Flämig/Kimminich, Band 1, S. 1167; *Reich*, § 70, Rdnr. 1.

dungswesens aufgrund privatrechtlicher Arbeitsverträge,⁵¹⁴ die mit der sie betreibenden GmbH, AG, Stiftung usw. geschlossen werden. Die Regelungen des Hochschulrechts sind nur insoweit relevant, als sie im Rahmen der staatlichen Anerkennung gemäß § 70 HRG zu beachten sind. So erklärt § 70 Abs. 5 HRG im Hinblick auf befristete Arbeitsverhältnisse für staatlich anerkannte Hochschulen die Sonderregelungen der §§ 57 a bis 57 f. anstelle von arbeitsrechtlichen Vorschriften über befristete Arbeitsverträge für anwendbar.

Während für die Rechtsstellung des an der nicht-staatlichen, unter Beteiligung der öffentlichen Hand privatrechtlich organisierten Hochschule beschäftigten wissenschaftlichen Personals im übrigen ausschließlich Privatrecht zur Geltung kommt, ist bei der staatlichen, privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens die grundsätzliche Bindung an die Normen des Hochschulrechts zu beachten.⁵¹⁵ Es kommen also auch hinsichtlich der Rechtsstellung des wissenschaftlichen Personals grundsätzlich die Vorschriften des HRG und der Landeshochschulgesetze zur Anwendung.

Allerdings ist auch hier zu prüfen, ob die betreffenden Vorschriften nicht Strukturen voraussetzen, die auf die im Regelfall als Körperschaft des öffentlichen Rechts organisierte, staatliche Hochschule ausgerichtet sind.⁵¹⁶ Eine Anwendung von Normen des Hochschulrechts, die die Rechtsstellung des wissenschaftlichen Personals betreffen, scheidet dementsprechend insoweit aus, als diese ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis voraussetzen.⁵¹⁷ Eine Ausnahme ist lediglich für die von § 123 a Abs. 2 BRRG geregelte Möglichkeit der Zuweisung von wissenschaftlichem Personal im Beamtenverhältnis zu einer Hochschule, die in eine privatrechtlich organisierte, staatliche Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens umgewandelt wurde, zu machen. Hier gelten auch die ein Beamtenverhältnis voraussetzenden hochschulrechtlichen Normen.

⁵¹⁴ Vgl. auch *Baldus*, WissR 1997 S. 1, 11.

⁵¹⁵ Vgl. oben S. 170.

⁵¹⁶ Vgl. oben S. 171 ff.

⁵¹⁷ So z.B. die §§ 46, 48, 48 b, 48 d HRG.

Hinsichtlich der Befristung von Arbeitsverträgen sind auch für staatliche, privatrechtlich organisierte Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens die Sonderregelungen der §§ 57 a ff. an Stelle der arbeitsrechtlichen Vorschriften über befristete Arbeitsverträge anzuwenden. Darüber hinaus beansprucht bei befristeten Arbeitsverhältnissen mit u.a. Professoren, Hochschuldozenten und Assistenten die Regelung des § 50 Abs. 4 HRG Geltung.

Wird eine nicht-staatliche Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens staatlich anerkannt, so ergibt sich im Hinblick auf das wissenschaftliche Personal die Möglichkeit der Verleihung des Rechts zur Führung von Bezeichnungen, die denen der Lehrkräfte an staatlichen Hochschulen entsprechen.⁵¹⁸

Hinsichtlich der Geltung der Grundrechte für die Rechtsbeziehungen der privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens zu ihrem wissenschaftlichen Personal ist danach zu unterscheiden, ob die Hochschule mit Beteiligung Privater betrieben wird. Halten das Land und/oder eine oder mehrere öffentlich-rechtlich organisierte, staatliche Hochschulen die Gesamtheit der Anteile des privatrechtlich organisierten, die Hochschule bzw. die Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens betreibenden Funktionssubjekts, so geht es bei der Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zu ihrem wissenschaftlichen Personal um die Ausübung von Staatsgewalt in einer allgemein verfügbaren Rechtsform mit der Folge, daß eine unmittelbare Bindung an die Grundrechte besteht. Insbesondere die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG und die Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG sind dann ebenso zu respektieren wie dem wissenschaftlichen Personal keine weitergehenden Grundrechtsbeschränkungen auferlegt werden dürfen, als sie bei öffentlich-rechtlich organisierten Hochschulen zulässig wären.⁵¹⁹

⁵¹⁸ Lorenz, in: Flämig/Kimminich, Band 1, S. 1168; vgl. z.B. § 166 Abs. 5 UG NW; § 91 Abs. 3 FHSchG BW; § 38 Abs. 5 HessFHSchG; § 127 Abs. 3 S. 2 HSchG MV; § 155 Abs. 4 SächsHSchG; § 107 Abs. 1 HSchG SH; § 115 Abs. 5 ThürHSchG.

⁵¹⁹ Vgl. oben S. 108ff.

Sind dagegen neben einem Land bzw. einer öffentlich-rechtlich organisierten, staatlichen Hochschule auch Private an dem Träger einer privatrechtlich organisierten Hochschule oder Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung beteiligt, so wirken die Grundrechte nur im Rahmen ihrer objektiv-rechtlichen wertsetzenden Dimension als Steuerungsvorgaben für die Wahrnehmung der Anteilsrechte mit der Folge, daß darauf hingewirkt werden muß, das Handeln des privatrechtlich organisierten Trägers der Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens im Verhältnis zum wissenschaftlichen Personal im Einklang mit den Wertvorstellungen der Grundrechtsnormen auszurichten.

II. Die Rekrutierung des wissenschaftlichen Personals

Fraglich ist, welche Bindungen für privatrechtlich organisierte Hochschulen bzw. zur Wahrnehmung von Hochschulfunktionen errichtete Einrichtungen des Bildungswesens hinsichtlich der Voraussetzungen und des Verfahrens für die Rekrutierung wissenschaftlichen Personals bestehen.

A) Die Einstellungsvoraussetzungen

Handelt es sich um eine staatliche, privatrechtlich organisierte Hochschule oder Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung, so sind grundsätzlich die hochschulrechtlichen Einstellungsvoraussetzungen, die im 2. Abschnitt des 3. Kapitels des HRG festgelegt sind, zu beachten. Das gilt indes nicht für das in den jeweils einschlägigen Regelungen⁵²⁰ formal als Einstellungsvoraussetzung erscheinende Erfordernis des Vorliegens der allgemeinen dienstrechtlichen Voraussetzungen i.S.d. § 4 Abs. 1 BRRG,⁵²¹ da eine in privatrechtlicher Organisationsform errichtete Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens – wie S. 144 dargelegt – keine Beamtenverhältnisse begründen kann.

⁵²⁰ Vgl. §§ 44 Abs. 1, 47 Abs. 3 S. 1, 48 Abs. 2 S. 1, 53 Abs. 3.

⁵²¹ Vgl. auch *Lorenz*, in: *Hailbronner/Geis*, § 70, Rdnr. 22.

Für nicht-staatliche Hochschulen macht § 70 Abs. 1 HRG die staatliche Anerkennung vor allem von der Gewährleistung der qualitativen Gleichwertigkeit des Studiums abhängig. Um dieses Ziel erreichen zu können, dürfen die nicht-staatlichen Hochschulen auch in personeller Hinsicht nicht hinter vergleichbaren staatlichen Hochschulen zurückstehen.⁵²² So setzt § 70 Abs. 1 Nr. 4 HRG ausdrücklich voraus, daß hauptberuflich Lehrende den Anforderungen entsprechen, die bei der Einstellung für entsprechende Tätigkeiten an staatlichen Hochschulen gefordert werden.

Fraglich ist, ob aus § 70 Abs. 1 Nr. 4 HRG auch abzuleiten ist, daß der Lehrbetrieb nicht ausschließlich mit nebenberuflich tätigen Lehrbeauftragten durchgeführt werden darf.⁵²³ Dagegen wird eingewandt, daß § 70 Abs. 1 Nr. 4 HRG als Gleichwertigkeitsmerkmal für das Niveau der Lehre und nicht als Vorgabe für die Personalstruktur zu deuten sei.⁵²⁴ Diese Auffassung würde jedoch der privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens die Möglichkeit eröffnen, durch die Einstellung von ausschließlich nebenberuflichem Lehrpersonal die Homogenitätsregelung des § 70 Abs. 1 Nr. 4 HRG zu umgehen. Dies widerspräche nicht nur dem Sinn und Zweck der Regelung, sondern würde auch das für die staatliche Anerkennung erforderliche Mindestmaß an Homogenität gefährden. Folglich ist der Betrieb einer nicht-staatlichen Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens mit ausschließlich nebenberuflichen Lehrkräften nicht zulässig.

Stellt demnach eine staatlich anerkannte, privatrechtlich organisierte Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens hauptberuflich tätige Professoren ein, so folgt aus § 70 Abs. 1 Nr. 4 HRG, daß diese grundsätzlich die Einstellungs Voraussetzungen im Sinne des § 44 HRG erfüllen müssen. Für die Einstellung von nebenberuflich tätigem Lehrpersonal bestehen für die nicht-staatliche Hochschule dagegen keine hochschulrechtlichen Bindungen.

⁵²² Vgl. *Reich*, § 70, Rdnr. 5.

⁵²³ Dies wird bejaht von *Lüthje*, in: *Denninger*, § 70, Rdnr. 8; *Reich*, § 70, Rdnr. 5; *VG Braunschweig*, KMK-HSchR 1989, 580; *Leuze*, in: *Leuze/Bender*, § 114, Rdnr. 13.

⁵²⁴ *Baldus*, S. 1, 11.

B) Das Berufungsverfahren

Fraglich ist, welche Grundsätze für die Berufung des wissenschaftlichen Personals gelten. Über das von einer nicht-staatlichen Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens durchzuführende Berufungsverfahren finden sich in § 70 HRG keine Aussagen. Die Landeshochschulgesetze haben dagegen für die Anstellung von Lehrkräften an nicht-staatlichen Hochschulen in der Regel eine Mitwirkung des Staates vorgeschrieben. Entweder soll diese in Form einer Zustimmung⁵²⁵ erfolgen, oder zumindest durch eine Kenntnisnahme nach Anzeige⁵²⁶. Im übrigen sind die nicht-staatlichen Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens in der Ausgestaltung ihrer Auswahl- und Berufungsverfahren jedoch frei. Insbesondere ist eine über die Zustimmung bzw. Anzeige hinausgehende Angleichung des Berufungsverfahrens an das von den Hochschulgesetzen für die öffentlich-rechtlich organisierten, staatlichen Hochschulen vorgeschriebene Verfahren nicht gefordert.⁵²⁷

Normiert § 45 Abs. 2 S. 1 HRG hinsichtlich der Berufung von Professoren die letztzuständige Entscheidung des nach Landesrecht zuständigen Ministeriums, so ist dies für den Regelfall der Berufung in das Beamtenverhältnis, von dem das Hochschulrecht ausgeht, die zwangsläufige Folge staatlicher Organisationsgewalt.⁵²⁸ Im Verhältnis zum privatrechtlich organisierten Träger einer Hochschule besteht indes diese staatliche Organisationsgewalt nicht, so daß auch für die staatliche, privatrechtlich organisierte Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens grundsätzlich nicht mehr davon gesprochen werden kann, daß im Hinblick auf das Berufungsverfahren „alles entscheidend in das Zusammenwirken von Staat und Hochschule gestellt ist“⁵²⁹, wie das BVerfG für die als Körperschaft des öffentlichen Rechts organisierte Hoch-

⁵²⁵ Vgl. z.B. Art. 111 Abs. 1 BayHSchG; § 70 Abs. 1 SaarlFHSchG; § 107 Abs. 3 HSchG SH; § 115 Abs. 5 ThürHSchG.

⁵²⁶ Vgl. z.B. § 128 Abs. 2 S. 1 UG BW; § 127 Abs. 3 HSchG MV; § 116 Abs. 4 UG NW; § 155 Abs. 3 SächsHSchG.

⁵²⁷ Vgl. dazu *Leuze*, in: *Leuze/Bender*, § 114, Rdnr. 13, der den privaten Hochschulen empfiehlt, „für die Gewinnung von Professoren ein auf sie passendes, § 51 UG NW entsprechendes Berufungsverfahren zu entwickeln“.

⁵²⁸ Vgl. dazu auch BVerwG DÖV 1986, S. 110; *Reich*, § 45, Rdnr. 3.

⁵²⁹ BVerfGE 15, 256, 265; vgl. auch *Scheven*, in: *Flämig/Kimminich*, Band 1, S. 358.

schule festgestellt hat. Werden also die Professoren von einem unter Beteiligung der öffentlichen Hand privatrechtlich organisierten Träger auf der Grundlage eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses eingestellt, ist der Anwendung des § 45 Abs. 2 S. 1 HRG der Boden entzogen.

Maßgeblich für die Entscheidung über die Anstellung ist bei einer staatlichen, privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens vielmehr die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen den Organen der jeweiligen privatrechtlichen Organisationsform. Grundsätzlich beschränken sich damit die Einwirkungsmöglichkeiten der öffentlichen Hand im Berufungsverfahren auf die Einflußnahme über die entsprechenden Organe des jeweiligen Privatrechtssubjekts. Ist an diesem ein Land und/oder eine öffentlich-rechtlich organisierte, staatliche Hochschule allein oder zumindest mit beherrschendem Einfluß beteiligt, so verbleibt der öffentlichen Hand auch bei einer solchen privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens letztlich über die Steuerung der Organe des Privatrechtssubjekts die Möglichkeit, über Berufungen von wissenschaftlichem Personal zu entscheiden.

Es könnten indes die im § 45 HRG im übrigen für das Berufungsverfahren geltenden Regelungen auch für privatrechtlich organisierte, staatliche Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens zur Anwendung kommen. Ziel des Berufungsverfahrens gemäß § 45 HRG ist in erster Linie, den besten Bewerber oder die beste Bewerberin zu gewinnen.⁵³⁰ Insofern trägt das Berufungsverfahren der vom BVerfG hervorgehobenen besonderen Stellung der Professoren, die „aufgrund ihrer Vorbildung, ihrer meist langjährigen Tätigkeit und Erfahrung in Forschung und Lehre in erster Linie die Hochschule als wissenschaftliche Einrichtung“ prägen und damit „Inhaber der Schlüsselfunktionen des wissenschaftlichen Lebens“ sind,⁵³¹ Rechnung. Vergegenwärtigt man sich insofern die „hervorragende Bedeutung“ des Berufungsverfahrens der Hochschullehrer für die Struktur der Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrneh-

⁵³⁰ Vgl. *Reich*, § 45 Rdnr. 1; *Köpp*, JZ 1980 S. 218; *Thieme*, Deutsches Hochschulrecht, Rdnr. 450.

⁵³¹ BVerfGE 25, 79, 127.

mende Einrichtung des Bildungswesens,⁵³² so muß, da die Vorschrift bis auf Abs. 2 S. 1 auch nicht die Organisationsform der Körperschaft des öffentlichen Rechts voraussetzt, auch bei staatlichen, privatrechtlich organisierten Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens § 45 HRG mit Ausnahme von Abs. 2 S. 1 gelten, es sei denn das für das jeweilige Privatrechtssubjekt maßgebliche privatrechtliche Regime läßt das nicht zu.

Für die Einstellung von wissenschaftlichen und künstlerischen Assistenten (§§ 47, 48 HRG), Oberassistenten und Oberingenieuren (§§ 48 a, 48 b HRG), Hochschuldozenten (§§ 48 c, 48 d HRG) und wissenschaftlichen und künstlerischen Mitarbeitern (§ 53 HRG) gilt insofern nichts anderes. Auch hier sind nur diejenigen hochschulrechtlichen Vorschriften, die von einer Einstellung in ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis ausgehen und ein dementsprechendes Verfahren des Zusammenwirkens von Staat und Hochschule anordnen, nicht anwendbar.

Während für die staatliche, privatrechtlich organisierte Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens somit zu klären ist, ob das jeweilige privatrechtliche Regime Vorgaben hinsichtlich des Verfahrens für die Rekrutierung von wissenschaftlichem Personal enthält, die die Regelungen des § 45 HRG verdrängen, stellt sich sowohl für den Träger der nicht-staatlichen als auch der staatlichen, privatrechtlich organisierten und betriebenen Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens hinsichtlich der Entscheidungskompetenz die Frage, ob die Möglichkeit besteht, die Entscheidung über die Berufung von wissenschaftlichem Personal einem als „Findungskommission“ agierenden, zusätzlichen Gremium zu übertragen. Bei der Beantwortung dieser Frage ist nach den verschiedenen in Betracht kommenden privatrechtlichen Organisationsformen zu unterscheiden.

1. GmbH

Bei der von einer GmbH getragenen Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens könnte hinsichtlich der Rekru-

⁵³² BVerfGE 25, 79, 133; vgl. auch *Dellian*, in: *Dallinger*, § 45 Rdnr. 1.

tierung des wissenschaftlichen Personals ein Regelungsreservat für die Gesellschafterversammlung bestehen. Dagegen spricht jedoch, daß bei einer GmbH nur die Bestellung von Geschäftsführern, Prokuristen und Generalhandlungsbevollmächtigten ausdrücklich in die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung fällt (§ 46 Nr. 5, 7 GmbHG). Zum anderen handelt es sich bei der Einstellung von Personal auch nicht um Grundlagenentscheidungen, für die eine primäre, nicht dispositive Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung besteht.⁵³³ Der Abschluß von Arbeitsverträgen fällt vielmehr als Aufgabe der Geschäftsführung grundsätzlich in die originäre Zuständigkeit der Geschäftsführer.⁵³⁴ Allerdings ist der in der GmbH bestehende Grundsatz der sachlichen Allzuständigkeit der Gesellschafter zu berücksichtigen.⁵³⁵ Danach kann die Gesellschafterversammlung zum einen bindende Vorgaben für den Inhalt der von den Geschäftsführern abgeschlossenen Arbeitsverträge beschließen,⁵³⁶ zum anderen kann sie jederzeit einzelne Angelegenheiten an sich ziehen⁵³⁷ und damit auch im Einzelfall selbst die Entscheidung über die Einstellung von wissenschaftlichem Personal treffen.

Im übrigen gilt der Grundsatz der Satzungsautonomie. Da die Geschäftsführung keinem GmbH-Organ zwingend und ausschließlich zugeordnet ist,⁵³⁸ vielmehr die gesamte Geschäftsführung zur Disposition der Gesellschafter steht,⁵³⁹ können zum einen die Befugnisse der Gesellschafterversammlung vertraglich auch so erweitert werden, daß über die Rekrutierung von wissenschaftlichem Personal grundsätzlich die Gesellschafterversammlung zu entscheiden hat. Zum anderen wäre auch eine Übertragung der Zuständigkeit für die Rekrutierung auf zusätzliche, im Gesellschaftsvertrag instituierte Organe möglich.⁵⁴⁰ Zulässig sind dabei sowohl Organe, die das Gesetz – wie den Aufsichtsrat (§ 52 GmbHG) – fakultativ vorsieht, als auch solche, die es überhaupt nicht erwähnt.⁵⁴¹ Denkbar wären insofern

⁵³³ Zu den Grundlagenzuständigkeiten der Gesellschafterversammlung vgl. *Schmiegelt*, in: Müller/Hense, § 3 Rdnr. 13; *Müller*, ebd., § 6 Rdnr. 45, 51; *Schmidt, K.*, § 36 III 2 b.

⁵³⁴ Vgl. *Baumbach/Hueck*, § 35 Rdnr. 39; *Schneider*, in: Scholz, § 35 Rdnr. 32.

⁵³⁵ Vgl. dazu *Schmidt, K.*, in: Scholz, § 46, Rdnr. 1.

⁵³⁶ Vgl. *Zöllner*, in: *Baumbach/Hueck*, § 46 Rdnr. 35.

⁵³⁷ Vgl. *Zöllner*, in: *Baumbach/Hueck*, § 4 Rdnr. 60.

⁵³⁸ Vgl. *Müller*, in: Müller/Hense, § 6 Rdnr. 50.

⁵³⁹ Vgl. *Axhausen*, in: Müller/Hense, § 5 Rdnr. 52.

⁵⁴⁰ Zur Übertragung der Geschäftsführungsbefugnis auf andere Organe vgl. *Marsch-Barner/Diekmann*, in: *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Band 3, § 44 Rdnr. 60; *Zöllner*, in: *Baumbach/Hueck*, § 37 Rdnr. 7, § 45 Rdnr. 13.

⁵⁴¹ Vgl. *Rowedder/Koppensteiner*, § 45 Rdnr. 7.

beispielsweise die Einrichtung eines Beirats, Verwaltungsrats, Gesellschafter-Ausschusses oder eines Kuratoriums.⁵⁴²

Die eine Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens betreibende GmbH kann damit grundsätzlich ein zusätzliches, als Findungskommission für die Rekrutierung von wissenschaftlichem Personal fungierendes Gremium einrichten. Die Funktion und die Befugnisse eines solchen zusätzlichen Gremiums würden sich allein nach der Satzung bestimmen.⁵⁴³ Grundsätzlich könnten sie von der Beratung der Geschäftsführung bis hin zur weitgehenden Übernahme von Geschäftsführungskompetenzen reichen.⁵⁴⁴ Ein dementsprechender Entzug der den Geschäftsführern diesbezüglich zustehenden Befugnisse wäre zulässig, da der Kernbereich der Geschäftsführung, nämlich die Vertretung der Gesellschaft in den gesetzlich zwingend zugewiesenen Aufgaben, nicht berührt würde.

Im Ergebnis ist die eine Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens betreibende GmbH im Hinblick auf die Organisation des Rekrutierungsverfahrens für wissenschaftliches Personal folglich weitgehend frei. Insbesondere ist die Übertragung der entsprechenden Zuständigkeit

⁵⁴² Müller, in: Müller/Hense, § 6 Rdnr. 4; Die für die Kassel International Management School (KIMS) geplante Struktur sieht neben der Gesellschafterversammlung als weiteres Gremium einen Wissenschaftlichen Rat vor, der u.a. auch für die Bestellung von Dozenten verantwortlich sein soll (vgl. oben B I). Bei dem ebenfalls als GmbH gegründeten Northern Institute of Technology Hamburg-Harburg (NITHH) soll eine Art Berufungskommission in einem dem Berufungsverfahren an der TU Hamburg-Harburg ähnlichen Verfahren den Präsidenten bei der Auswahl der Lehrenden beraten (vgl. *Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft*, Private internationale Hochschulen, 1998, S. 18).

Das Stuttgart Institute of Management and Technology (SIMT) wird ebenfalls von einer gemeinnützigen GmbH getragen. Neben einem wissenschaftlichen und einem kaufmännischen Direktor, denen die Geschäftsführung obliegt, verfügt die Gesellschaft mit einem Verwaltungsrat, Senatsausschuß und einem Kuratorium über weitere Organe. Unter anderem hinsichtlich der Ernennung von Professoren obliegt dem Senatsausschuß die Erarbeitung von Empfehlungen für den Verwaltungsrat, in dessen Zuständigkeit die Entscheidungen zur strategischen Ausrichtung des Instituts fallen. Dem Kuratorium kommt nur eine fördernd begleitende und beratende Funktion zu.

Bei der seit 1987 von einer gemeinnützigen GmbH getragenen Universität Witten/Herdecke ist höchstes Entscheidungsorgan das von den Gesellschaftern gebildete Direktorium, das wiederum ein dreiköpfiges, für die Geschäftsführung zuständiges Präsidium bestimmt. Den neben Senat und Kuratorium als weitere Organe bestehenden Fakultäten kommt zum einen die Aufgabe der Auswahl der Dozenten zu, sowie die Abgabe einer Beschlußempfehlung zu den von der Dekansfindungskommission den Fakultäten vorgeschlagenen Kandidaten zur Dekanswahl.

⁵⁴³ Vgl. dazu Zöllner, in: Baumbach/Hueck, § 45 Rdnr. 13.

⁵⁴⁴ Vgl. auch Schneider, in: Scholz, § 52 Rdnr. 94; Lutter/Hommelhoff, § 52 Rdnr. 10; Müller, in: Müller/Hense, § 6 Rdnr. 50; Rowedder/Koppensteiner, § 45 Rdnr. 7; Schmidt, K., § 36 IV 3.

auf ein als Findungskommission tätig werdendes Gremium unterhalb der regulierten Ebene der GmbH möglich. Im übrigen kommt für das Berufungsverfahren an einer staatlichen, von einer GmbH getragenen und betriebenen Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens die Vorschrift des § 45 HRG⁵⁴⁵ zur Anwendung, da das Gesellschaftsrecht insofern nichts anderes bestimmt.

2. Aktiengesellschaft

Auch bei einer von einer Aktiengesellschaft getragenen Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens⁵⁴⁶ stellt sich die Frage nach der grundsätzlichen Zuständigkeit für die Rekrutierung von wissenschaftlichem Personal. Zunächst kommt eine Zuständigkeit der Hauptversammlung in Betracht. Die Einstellung von Personal ist jedoch kein Grundlagengeschäft im Sinne des Zuständigkeitskatalogs des § 119 Abs. 1 AktG, sondern vielmehr – wie auch bei der GmbH – dem Bereich der Geschäftsführung zuzuordnen. In Fragen der Geschäftsführung hat die Hauptversammlung jedoch grundsätzlich keine Zuständigkeit.⁵⁴⁷ Zwar setzt § 119 Abs. 1 AktG voraus, daß die Satzung weitere Beschlußzuständigkeiten der Hauptversammlung durch ausdrückliche Bestimmung begründen kann. Dabei ist jedoch der zwingend vorgegebene Rahmen der gesetzlichen Kompetenzordnung gemäß § 23 Abs. 5 AktG zu beachten. Zuständigkeiten des Vorstands oder Aufsichtsrats kann die Satzung daher keinesfalls auf die Hauptversammlung verlagern.⁵⁴⁸

Zu klären ist folglich, ob die Rekrutierung von Personal der Zuständigkeit des Vorstandes bzw. Aufsichtsrates zuzuordnen ist. Als Maßnahme der Geschäftsführung fällt die Einstellung von Personal grundsätzlich gemäß §§ 76 Abs. 1, 77 Abs. 1 AktG in die Zuständigkeit des Vorstands. Die Funktion des Aufsichtsrats be-

⁵⁴⁵ Mit Ausnahme von Abs. 2 S. 1.

⁵⁴⁶ Vgl. dazu die jüngst von *Peter Glotz* angestoßene Diskussion: *Der Spiegel*, „Und noch ´ne Aktie“ v. 25.10.1999; *Aachener Zeitung*, „Die Universitäts AG verkauft Forschung, Lehre, Know-how“ v. 19.10.1999; *VDI Nachrichten*, „Der Gang an die Börse ist für Unis der falsche Weg“ v. 22.10.1999.

⁵⁴⁷ Vgl. *Hüffer*, AktG, § 119 Rdnr. 11.

⁵⁴⁸ Vgl. *Hüffer*, AktG, § 119 Rdnr. 10; *Eckardt*, in: *Gebler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, § 119 Rdnr. 10.

geschränkt sich gemäß § 111 Abs. 1 AktG hingegen auf die Überwachung der Geschäftsführung, wobei wiederum eine Begrenzung auf Leitungsmaßnahmen und wesentliche Einzelmaßnahmen des Vorstands vorzunehmen ist.⁵⁴⁹ Da eine Übertragung von Geschäftsführungsaufgaben auf den Aufsichtsrat gemäß § 111 Abs. 4 S. 1 AktG nicht möglich ist, kann auch die Kompetenz für die Rekrutierung von wissenschaftlichem Personal grundsätzlich nicht dem Aufsichtsrat zugewiesen werden. Jedoch eröffnet § 111 Abs. 4 S. 2 AktG die Möglichkeit, die endgültige Entscheidung über die Einstellung an einen Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats zu knüpfen. Verweigert der Aufsichtsrat in diesem Fall die Zustimmung für die Einstellung einer bestimmten Person, kann der Vorstand gemäß § 111 Abs. 4 S. 3 AktG verlangen, daß die Hauptversammlung über die Zustimmung beschließt.

Fraglich ist, ob der Vorstand die Entscheidung über die Einstellung von wissenschaftlichem Personal selbst treffen muß, oder ob eine Übertragung der entsprechenden Zuständigkeit auf ein die Funktion einer Findungskommission wahrnehmendes Gremium zulässig ist. Im Vergleich zur GmbH ist bei der AG die Satzungsautonomie durch die Regelung des § 23 Abs. 5 AktG stärker eingeschränkt. Abweichungen und Ergänzungen sind nur erlaubt, wenn das Gesetz sie ausdrücklich zuläßt bzw. keine abschließende Regelung enthält.⁵⁵⁰ Die Schaffung fakultativer Organe, wie z.B. eines Ausschusses, Beraterkreises, Beirates oder Verwaltungsrates, wird in diesem Zusammenhang auf der Grundlage einer entsprechenden Satzungsbestimmung als grundsätzlich zulässig angesehen.⁵⁵¹ Da die den Zuständigkeitsbereich der Organe der AG regelnden Normen jedoch zwingender Natur sind,⁵⁵² ist die Bildung entsprechender zusätzlicher Gremien nur insoweit möglich, als dadurch nicht in Kompetenzen des Vorstands oder des Aufsichtsrats eingegriffen wird.⁵⁵³

⁵⁴⁹ Vgl. Hüffer, AktG, § 111 Rdnr. 3.

⁵⁵⁰ Vgl. Hüffer, AktG, § 23 Rdnr. 34.

⁵⁵¹ Vgl. Barz, in: Barz/Brönner, S. 189; Kraft, in: Zöllner, § 23 Rdnr. 85; Hüffer, AktG, § 23 Rdnr. 38.

⁵⁵² Vgl. Hüffer, AktG, § 23 Rdnr. 36; Wiesner, in: Münchener Handbuch zum AktG, § 6 Rdnr. 7.

⁵⁵³ Vgl. Barz, in: Barz/Brönner, S. 189; Hüffer, AktG, § 119 Rdnr. 10.

Grundsätzlich kann damit auch die eine Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens tragende AG ein fakultatives Gremien bilden, dem die Aufgabe der Auswahl des einzustellenden wissenschaftlichen Personals zukommt. Da dies jedoch nur ohne Änderung der gesetzlichen Zuständigkeitsverteilung erfolgen kann, müssen sich die Kompetenzen des Gremiums auf beratende Funktionen beschränken. Die Entscheidung über die Einstellung wissenschaftlichen Personals verbleibt dagegen beim Vorstand, gegebenenfalls geknüpft an einen Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates.

Im übrigen findet auch auf das Berufungsverfahren an einer staatlichen, von einer Aktiengesellschaft getragenen Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens § 45 HRG⁵⁵⁴ Anwendung, da das Aktienrecht insofern keine speziellen Regelungen enthält.

3. Rechtsfähiger Verein

Wird die privatrechtlich organisierte Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens in der Rechtsform des rechtsfähigen Vereins organisiert oder der Träger in dieser Rechtsform errichtet⁵⁵⁵, so ist oberstes Organ zwar die Mitgliederversammlung⁵⁵⁶, doch ist die Geschäftsführung – und damit auch die darunter fallende Auswahl und Einstellung von Personal⁵⁵⁷ – gemäß § 27 Abs. 3 BGB dem Vorstand zugewiesen. Aufgrund ihrer im Grundsatz allumfassenden sachlichen Zuständigkeit⁵⁵⁸ kann die Mitgliederversammlung dem Vorstand jedoch sowohl Weisungen erteilen (§§ 27 Abs. 3, 665 BGB)⁵⁵⁹ als auch dessen Vertretungsmacht in der Satzung durch Bindung an ein Zustimmungserfordernis beschränken.⁵⁶⁰ Dadurch stehen der Mitgliederversammlung auch im

⁵⁵⁴ Mit Ausnahme von Abs. 2 S. 1.

⁵⁵⁵ Träger der Universität Witten/Herdecke war ursprünglich der Universitätsverein Witten/Herdecke e.V.; 1987 ist an seine Stelle eine gemeinnützige GmbH getreten. Soweit ersichtlich, gibt es derzeit keine weiteren konkreten Vorhaben, die auf der Rechtsform eines rechtsfähigen Vereins aufbauen.

⁵⁵⁶ Vgl. *Heinrichs*, in: Palandt, § 32 Rdnr. 1.

⁵⁵⁷ Vgl. *Hadding*, in: Soergel, § 26 Rdnr. 10.

⁵⁵⁸ Vgl. *Schmidt, K.*, § 24 III 3.

⁵⁵⁹ Vgl. *Reuter*, in: Münchener Kommentar, § 27 Rdnr. 21; *Heinrichs*, in: Palandt, § 27 Rdnr. 4.

⁵⁶⁰ *Hadding*, in: Soergel, § 26 Rdnr. 21a.

Hinblick auf die Auswahl von wissenschaftlichem Personal erhebliche Einflußmöglichkeiten zu.

Weiterhin stellt sich auch bei der als rechtsfähiger Verein organisierten oder von ihm getragenen Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens die Frage, ob die Rekrutierung wissenschaftlichen Personals einem eigens dafür vorgesehenen Gremium übertragen werden könnte.

Als Ausfluß seiner Satzungsautonomie hat der rechtsfähige Verein das Recht, sich in freier Selbstbestimmung eine eigene innere Ordnung zu geben.⁵⁶¹ So sieht das BGB in § 27 Abs. 3 zwar nur den Vorstand als Geschäftsführungsorgan vor, darüber hinaus kann die Satzung jedoch weitere Organe, beispielsweise Ausschüsse oder Beiräte, vorsehen und ihnen in Angelegenheiten der Geschäftsführung die maßgebliche Willensbildung durch interne Beschlußfassung übertragen.⁵⁶² Schließlich könnte ein solches Organ auch als besonderer Vertreter im Sinne des § 30 S. 1 BGB eingerichtet werden.⁵⁶³ Dementsprechend bestünde für die von einem rechtsfähigen Verein getragene oder als solcher organisierte Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung die Möglichkeit, die Rekrutierung des wissenschaftlichen Personals einem als Findungskommission tätigen, speziellen Gremium zu übertragen. Auch für das Berufungsverfahren an einer staatlichen, in der Rechtsform eines rechtsfähigen Vereins organisierten oder von diesem betriebenen Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens gilt im übrigen § 45 HRG.⁵⁶⁴

Der eingetragene Hochschulverein verliert seine Gemeinnützigkeit i.S.d. AO und damit zugleich Steuervergünstigungen, wenn er einen gemeinnützigen Vereinszweck nicht selbstlos i.S.v. § 55 AO fördert. Die Selbstlosigkeit ist gegeben, wenn der Verein nicht vorrangig eigene wirtschaftliche Interessen oder die der Mitglieder unterstützt.⁵⁶⁵ Zwar darf der Verein Mitglieder als Arbeitnehmer beschäftigen und ihnen eine Vergütung zahlen. Jedoch ist dabei zu beachten, daß die Entgelte

⁵⁶¹ Vgl. *Heinrichs*, in: Palandt, § 25 Rdnr. 7; *Hadding*, in: Soergel, vor § 21 Rdnr. 79.

⁵⁶² BGHZ 69, 250; *Hadding*, in: Soergel, § 25 Rdnr. 6; § 26 Rdnr. 4; *Heinrichs*, in: Palandt, § 27 Rdnr. 4.

⁵⁶³ Nach der Rspr. kann besonderer Vertreter i.S.d. § 30 S. 1 BGB auch ein bloßes Innenorgan sein, vgl. *Reuter*, in: MK, § 30 Rdnr. 2 m.w.N.

⁵⁶⁴ Ausgenommen Abs. 2 S. 1.

⁵⁶⁵ *Sauter/Schweyer/Waltner*, Rdnr. 416 d.

angemessen und üblich sind.⁵⁶⁶ Ist dies nicht der Fall, so kann das Tätigwerden des Vereins nicht mehr als selbstlos gekennzeichnet werden. Folglich würden die Steuervergünstigungen entfallen.

4. Die eingetragene Genossenschaft

Bei einer als eingetragene Genossenschaft organisierten oder von dieser getragenen Hochschule bzw. Hochschulfunktion wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens findet die Zuständigkeit der Genossenschaftsversammlung ihre Grenzen in den gesetzlichen Zuständigkeitsregelungen der anderen Genossenschaftsorgane, insbesondere in der dem Vorstand gemäß § 27 Abs. 1 GenG übertragenen Leitungsverantwortung. Zu den insofern vom Vorstand wahrgenommenen Leitungsaufgaben im betriebswirtschaftlichen Sinne ist auch die Auswahl der Mitarbeiter zu zählen.⁵⁶⁷ Grundsätzlich wäre damit bei einer in der Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft organisierten bzw. von dieser getragenen Hochschule bzw. Hochschulfunktion wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens der Vorstand für die Rekrutierung des wissenschaftlichen Personals zuständig.

§ 27 Abs. 1 S. 2 GenG eröffnet die Möglichkeit einer Beschränkung der Leitungsverantwortung des Vorstands durch die Satzung. Denkbar wäre insofern das Erfordernis einer Mitwirkung des Aufsichtsrates⁵⁶⁸ Ob dagegen die Rekrutierung des Personals als einzelne Geschäftsführungsaufgabe durch die Satzung dem Aufsichtsrat übertragen werden könnte, ist zweifelhaft.⁵⁶⁹ Zumindest jedoch wäre eine Regelung möglich, die eine gemeinsame Beratung von Vorstand und Aufsichtsrat, wenn auch mit getrennter Beschlußfassung, über die Auswahl und Einstellung des wissenschaftlichen Personals vorsieht.⁵⁷⁰

⁵⁶⁶ Vgl. Stöber, Rdnr. 66 (zu § 55 AO).

⁵⁶⁷ Schaffland, in: Lang/Weidemüller/Metz/Schaffland, § 27 Rdnr. 7.

⁵⁶⁸ Zur Möglichkeit der Mitwirkung des Aufsichtsrats bei bestimmten wichtigen Geschäften vgl. Metz, in: Lang/Weidemüller/Metz/Schaffland, § 38 Rdnr. 30, 32; Müller, K., § 38 Rdnr. 49; Hettrich/Pöhlmann, § 38 Rdnr. 13.

⁵⁶⁹ Vgl. dazu Metz, in: Lang/Weidemüller/Metz/Schaffland, § 38 Rdnr. 32; Müller, K., § 38 Rdnr. 48 m. w. N.

⁵⁷⁰ Vgl. Schaffland, in: Lang/Weidemüller/Metz/Schaffland, § 27 Rdnr. 13; Metz, in: Lang/Weidemüller/Metz/Schaffland, § 38 Rdnr. 32.

Fraglich ist, ob die Zuständigkeit für die Rekrutierung des wissenschaftlichen Personals auch einem eigens dafür gebildeten Gremium übertragen werden kann. Grundsätzlich folgt zwar aus § 27 Abs. 2 S. 2 GenG, daß die Satzung neben Vorstand, Aufsichtsrat und Genossenschaftsversammlung weitere Organe – etwa einen Beirat, Genossenschaftsrat, besondere Ausschüsse oder einen besonderen Vertreter i.S.d. § 30 BGB – vorsehen kann.⁵⁷¹ Jedoch dürfen diesen keine den gesetzlichen Organen zustehenden Aufgaben zugewiesen werden.⁵⁷² Da die Leitungsbefugnis gemäß § 27 Abs. 1 GenG dem Vorstand übertragen ist, kann ein Beirat oder ein ähnliches Gremium nicht allein zuständig sein.⁵⁷³ Für die Frage der Rekrutierung wissenschaftlichen Personals folgt hieraus, daß die Satzung zwar die Einrichtung einer Findungskommission oder eines ähnlichen Gremiums festsetzen kann, diesen jedoch nicht die alleinige Entscheidung übertragen kann. Zulässig wäre allenfalls, die Leitungsbefugnis des Vorstands in diesem Punkt an die Zustimmung des besagten Gremiums zu binden. Bei einer staatlichen, als eingetragene Genossenschaft organisierten bzw. von dieser getragenen Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens ist im Hinblick auf das Berufungsverfahren mangels abweichender Regelungen des Genossenschaftsrechts im übrigen § 45 HRG⁵⁷⁴ zu beachten.

5. Stiftung bürgerlichen Rechts

Im Fall einer von einer Stiftung bürgerlichen Rechts getragenen Hochschule⁵⁷⁵ bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens fällt die Rekrutierung des wissenschaftlichen Personals als Aufgabe der Geschäftsführung grundsätzlich in die Zuständigkeit des Vorstands. Fraglich ist auch hier, ob diese Zuständigkeit einem anderen, gesondert eingerichteten Gremium übertragen werden kann. Grundsätzlich ist hinsichtlich des Inhalts der Verfassung der Sat-

⁵⁷¹ Vgl. Metz, in: Lang/Weidemüller/Metz/Schaffland, § 9 Rdnr. 21; Schaffland, in: Lang/Weidemüller/Metz/Schaffland, § 27 Rdnr. 40.

⁵⁷² Schaffland, in: Lang/Weidemüller/Metz/Schaffland, § 27, Rdnr. 40; vgl. auch die ausführlichen Erörterungen von Voormann, ZfG 1984 S. 237 ff.; Thümmel, DB 1995 S. 2461.

⁵⁷³ Vgl. Schaffland, in: Lang/Weidemüller/Metz/Schaffland, § 27 Rdnr. 13; Müller, K., § 27 Rdnr. 7; Schubert/Steder, § 27 Rdnr. 6.

⁵⁷⁴ Ausgenommen Abs. 2 S. 1.

⁵⁷⁵ Die Wissenschaftliche Hochschule für Unternehmensführung Koblenz (Otto-Beisheim-Hochschule) wird von einer gemeinnützigen Stiftung gleichen Namens getragen. Die Stiftung Bayerische Elite-Akademie ist dagegen nicht direkt Träger, sondern alleiniger Gesellschafter der von einer GmbH betriebenen Bayerischen Elite-Akademie.

zungsgestaltung durch den Stifter ein breiter Raum gelassen⁵⁷⁶, so daß auch die Einrichtung zusätzlicher fakultativer Organe – in der Praxis sind insbesondere Kuratorien häufig – rechtlich zulässig ist.⁵⁷⁷ Aus der Satzungsautonomie folgt auch, daß Einzelheiten über die Zuweisung von Rechten und Pflichten an den Vorstand und gegebenenfalls weitere Organe nach Belieben geregelt werden können.⁵⁷⁸ Demnach wäre es auch zulässig, einer als zusätzlichem Organ in der Satzung vorgesehenen „Findungskommission“ die Zuständigkeit für die Rekrutierung des wissenschaftlichen Personals zu übertragen. Ist die von einer Stiftung bürgerlichen Rechts getragene Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens staatlich, so kommt auch hier hinsichtlich des Berufungsverfahrens § 45 HRG⁵⁷⁹ zur Anwendung.

5. Abschnitt

Rechtstellung und Auswahl der Studierenden

Die Rechtsstellung der Studierenden im Verhältnis zu einer von einem privatrechtlich organisierten Träger errichteten und betriebenen Hochschule bzw. oder einer Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens richtet sich grundsätzlich nach privatem Recht, da zwischen Privatrechtssubjekten als solchen nur privatrechtliche Beziehungen begründet, verändert und beendet werden können. Zwischen dem Träger der privatrechtlichen Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens und den Nachfragern (Kunden) wird ein Vertrag geschlossen, der u. a. das Angebot und die Teilnahme an Lehrveranstaltungen, das dafür zu entrichtende Entgelt, die Abnahme und Gestaltung von Prüfungen, das Recht zur Nutzung der für das Studium notwendigen Einrichtungen usw. betrifft⁵⁸⁰

Dabei hat der jeweilige Träger der Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens je nach Einfluß des Staates und/oder

⁵⁷⁶ Vgl. *Neuhoff*, in: *Soergel*, § 85 Rdnr. 11.

⁵⁷⁷ Vgl. *Reuter*, in: *MK*, § 85 Rdnr. 6.

⁵⁷⁸ Vgl. *Neuhoff*, in: *Soergel*, § 85 Rdnr. 11.

⁵⁷⁹ Ausgenommen Abs. 2 S. 1.

⁵⁸⁰ Vgl. auch *Eckert*, S. 60.

einer oder mehrerer Hochschulen oder sonstigen öffentlich-rechtlich organisierten Funktionssubjekte unterschiedliche Vorgaben zu beachten. Einschlägig können in diesem Zusammenhang einmal verfassungsrechtliche, des weiteren hochschul- und verwaltungsverfahrenrechtliche sowie gesellschafts- und bürgerlich-rechtliche Regelungen sein. Es können öffentlich-rechtliche Normen die privatrechtliche Vertragsgestaltung beeinflussen bzw. eigenständige öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehungen neben den durch privatrechtlichen Ausbildungsvertrag begründeten bestehen.

I. Die Bindung an Grundrechte

Wie oben bereits ausgeführt⁵⁸¹ geht es auch dann, wenn sich der Staat allein oder gemeinsam mit öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen einer für alle verfügbaren Organisationsform zur Aufgabenerfüllung bedient, um die Ausübung von Staatsgewalt. Dementsprechend ist – wie oben⁵⁸² dargelegt – das Privatrechtssubjekt insoweit im Verhältnis zu den Studierenden an die einschlägigen Grundrechte des Art. 12. Abs. 1, 2 Abs. 1 i. V. m. 1 Abs. 1, Art. 3 und 5 Abs. 3 GG gebunden. Insbesondere sind dabei das aus Art. 3 GG folgende Diskriminierungsverbot, sowie die objektiv-rechtliche Dimension des Art. 5 Abs. 3 GG zu beachten, die zu einer Teilhabeberechtigung von Studienbewerberinnen und Studienbewerbern führen und organisatorische Vorkehrungen erfordern kann, die der Förderung der Freiheit von Lehre und Studium dienen.⁵⁸³ Zu gewährleisten ist insbesondere die Möglichkeit einer aktiven Teilnahme der Studierenden an der die Organisation des Ablaufs und der Gestaltung der Lehrveranstaltungen betreffenden Willensbildung.⁵⁸⁴

Soweit indes an dem privatrechtlich organisierten Träger der Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens neben dem Staat und/oder öffentlich-rechtlich organisierten Hochschulen auch Private beteiligt sind, gelten die Grundrechte im Außenverhältnis zu den Nachfragern

⁵⁸¹ Vgl. S. 107, 113.

⁵⁸² Vgl. S. 109 f.

⁵⁸³ Vgl. BVerfGE 88, 129, 137.

⁵⁸⁴ Vgl. *Leibholz/Rink/Hesselberger*, Art. 5 Rdnr. 1216.

(Kunden) nicht unmittelbar. Sie entfalten vielmehr – wie oben⁵⁸⁵ dargelegt – lediglich indirekte Wirkungen, indem sie die Ausübung der Anteilsrechte steuern und so je nach Verteilung der Anteilmehrheiten im Rahmen und damit in den Grenzen des privaten Organisationsrechts erheblich werden.

II. Die Bindung an das Hochschulrecht und sonstiges öffentliches Recht

A) Staatliche, privatrechtlich organisierte Hochschulen

Soweit es sich um Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens handelt, die ausschließlich oder mehrheitlich von der öffentlichen Hand; d.h. vom Staat und/oder einem oder mehreren öffentlich-rechtlich organisierten Funktionssubjekten beherrscht werden, handelt es sich nach dem oben Dargelegten⁵⁸⁶ um staatliche Hochschulen, für die das Hochschulrecht insoweit gilt, als es nicht durch die im HRG vorausgesetzte Organisationsform der Körperschaft des öffentlichen Rechts geprägt ist. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob bei der Bemessung der im Rahmen des Ausbildungsvertrages vereinbarten privatrechtlichen Entgelte Obergrenzen zu beachten sind, wie sie sich für die Erbringung staatlicher Leistungen nach Maßgabe öffentlichen Rechts durch allgemeine Grundsätze des Gebührenrechts ergeben. Zu denken ist insbesondere an die, z. B. in § 10 GO NRW normierte Verpflichtung der Gemeinde bei Bemessung der Gebühren auf die Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Bürger Rücksicht zu nehmen. Während eine Anwendung auf die Erbringung von Leistungen in der Form des Privatrechts durch kommunale Unternehmen für NRW abgelehnt wird,⁵⁸⁷ sehen andere GO'en insoweit einen Gleichlauf öffentlicher Gebühren und privater Entgelte vor,⁵⁸⁸ so daß es zu dieser Frage einer Entscheidung des Gesetzgebers bedarf.⁵⁸⁹

⁵⁸⁵ Vgl. S. 110, 113, 119 f.

⁵⁸⁶ Vgl. S. 162 ff., 165 ff.

⁵⁸⁷ Vgl. *Krämer*, in: Held/Becker/Decker u. a., AG § 76 Anm. 2.1.

⁵⁸⁸ Vgl. z. B. für Sachsen Quecke/Schmid/Mentze/Wahl, § 73 Rdnr. 37 bzw. § 73 Abs. 2 Nr. 1 Sächs GO; für Niedersachsen: Bedhof in: Kommunalverfassungsrecht Niedersachsen, § 83, Rdnr.

3

⁵⁸⁹ Vgl. auch VerfGH Berlin DVBl 2000 S. 51 ff.

B) Nicht-staatliche Hochschulen

Bei den nicht-staatlichen Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens mit Mindestbeteiligung der öffentlichen Hand ergeben sich Folgerungen für die Vertragsgestaltung aus § 70 HRG und die diese Vorschrift umsetzenden Landesgesetze. Durch § 70 HRG werden zwar lediglich bundesrechtliche Mindestanforderungen für die Anerkennung nichtstaatlicher Hochschulen nach Landesrecht festgelegt, so daß die Norm das Rechtsverhältnis zu den Studierenden nicht unmittelbar betrifft.⁵⁹⁰ Allerdings werden die Vorbereitung und Abnahme von Hochschulprüfungen und die Verleihung von Hochschulgraden in der Regel einen wesentlichen Vertragszweck des privatrechtlichen Ausbildungsvertrages darstellen. Die privatrechtlich organisierte Hochschule kann einen darauf gerichteten Vertrag nur erfüllen, wenn sie gem. § 70 Abs. 1 HRG staatlich anerkannt wird.

1. Öffentlich-rechtliche Beziehungen als Folge staatlicher Anerkennung nach § 70 HRG

Mit der staatlichen Anerkennung nach § 70 Abs. 1 HRG ist gem. Abs. 3 dieser Vorschrift i.V.m. den einschlägigen landesrechtlichen Vorschriften die nicht-staatliche Hochschule berechtigt, Hochschulprüfungen abzunehmen und Hochschulgrade zu verleihen. Damit wird nicht das Prüfungsmonopol des Staates aufgelockert, sondern auf die Prüfungstätigkeit der nicht-staatlichen Hochschule ausgedehnt. Bei der Abnahme von Hochschulprüfungen und der Verleihung von Hochschulgraden tritt die staatlich anerkannte privatrechtlich organisierte Hochschule somit als Beliehene auf und übt nach Maßgabe landesgesetzlicher Regelung Staatsgewalt aus.⁵⁹¹ Im Rahmen der durch die staatliche Anerkennung gem. § 70 Abs. 3 HRG vermittelten Teilhabe der privaten staatlich anerkannten Hochschule am staatlichen Prüfungs- und Berechtigungswesen bestehen zwischen der privatrechtlich organisierte Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens und den Studierenden somit öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehungen wie im Verhältnis zu staatlichen Hochschulen. Ge-

⁵⁹⁰ Vgl. *Lüthje*, in: Denninger, § 70 Rdnr. 12.

⁵⁹¹ Vgl. *Reich*, § 70 Rdnr. 8.

gen Prüfungsentscheidungen staatlich anerkannter Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens ist daher das Verwaltungsgericht anzurufen.⁵⁹²

2. Einfluß der Anerkennung nach § 70 HRG auf die Wahl der Vertragspartner der Hochschule

Nach § 70 Abs. 1 Nr.3 HRG setzt die staatliche Anerkennung voraus, daß gewährleistet ist, daß die Studienbewerberinnen und Studienbewerber die Voraussetzungen für die Aufnahme in entsprechende staatliche Hochschule erfüllen. Über diese nach den §§ 70 Abs. 1 Nr.3 i.V.m. 27 ff. HRG geforderten notwendigen Zulässigkeitsvoraussetzungen hinaus haben die privatrechtlich unter Minderheitsbeteiligung der öffentlichen Hand organisierten Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens das Recht, die Eignung durch eigene Eignungs- und Einstufungsprüfungen festzustellen.⁵⁹³ Umgekehrt verpflichtet § 70 Abs. 1 Nr.3 HRG die staatlich anerkannte privatrechtlich unter Minderheitsbeteiligung der öffentlichen Hand organisierte Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens aber nicht, jeden Bewerber, der an einer staatlichen Hochschule eingeschrieben werden müßte, zu immatrikulieren bzw. einen entsprechenden Ausbildungsvertrag abzuschließen.⁵⁹⁴ Demnach ist die Privatautonomie der nicht-staatlichen Hochschule nach § 70 HRG nur im Hinblick auf die notwendigen §§ 27 ff. HRG entsprechenden Zugangsvoraussetzungen eingeschränkt.

3. Einfluß der Anerkennung nach § 70 HRG auf den Inhalt des privatrechtlichen Ausbildungsvertrages

Aus § 70 Abs. 1 Nr.1,5 i.V.m. § 7 HRG können sich weitere Einflüsse auf den Inhalt des privatrechtlichen Ausbildungsvertrages ergeben. Nach § 70 Abs. 1 Nr. 1 HRG muß das Studium an einer staatlich anerkannten nicht-staatlichen Hoch-

⁵⁹² BVerwGE, 17, 41; BayVGH, BayVBl. 1973 S. 212; VGH Mannheim NJW 1971 S. 2089; DVBl. 1989 S. 1262.

⁵⁹³ Reich, § 70 Rdnr. 4.

⁵⁹⁴ VGH Mannheim, KMK-HSchR 1980 S. 442.

schule am Studienziel des § 7 HRG ausgerichtet sein. Damit wird zum einen ein bestimmtes Leistungsprofil gefordert, zum anderen wird damit ein Leistungs-niveau festgelegt, dessen Erreichung nur bei Gewährleistung einer gewissen Freiheit im Studium möglich sein wird.⁵⁹⁵ Schließlich enthält § 7 HRG ein staatspoliti-sches Bildungsziel, daß die Befähigung der Studenten zu einem verantwortlichen Gebrauch ihrer Freiheitsrechte, sowie die Entwicklung der Bereitschaft gesell-schaftlicher und sozialer Verantwortung umfaßt.⁵⁹⁶ Dabei handelt es sich um eine Umschreibung der unverzichtbaren Grundlagen einer öffentlichkeitsbezogenen Ausbildung unter der Herrschaft des GG und damit auch um ein bei der Festle-gung der Lehrinhalte durch privatrechtlichen Vertrag zu beachtendes Bildungs-ziel.⁵⁹⁷ Die Verfolgung weiterer Bildungsziele bleibt, solange diese den Anforde-rungen des § 7 HRG nicht widersprechen, unberührt, so daß die Träger der staat-lich anerkannten privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. Hochschulfunkti-onen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens frei sind, das Ausbildungs-verhältnis an weiteren Grundvorstellungen, etwa der Internationalität auszurich-ten.⁵⁹⁸

Nach § 70 Nr.5 HRG muß weiter gewährleistet sein, daß die Angehörigen der Einrichtung in sinngemäßer Anwendung der für staatliche Hochschulen geltenden Grundsätze an der Gestaltung des Studiums mitwirken. Da die Vorschrift von „Angehörigen“ spricht, ist eine körperschaftliche Struktur und damit ein den all-gemeinen Grundsätzen des § 37 HRG entsprechendes Mitbestimmungsrecht oder eine der staatlichen Hochschule entsprechende Binnenstruktur der privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens nicht erforderlich.⁵⁹⁹ Vielmehr ist damit ein Mindestmaß an Mitbestimmung bei der Regelung von Lehre und Studium gefordert. Die lediglich sinngemäße Anwendung der Grundsätze und die dem Wortlaut des 70 Abs. 1Nr.5 HRG entsprechende Beschränkung auf notwendige Mitwirkung läßt abweichende, etwa der jeweiligen privatrechtlichen Organisation besser entsprechende Beteili-

⁵⁹⁵ *Lüthje*, in: Denninger, § 70 Rdnr. 5.

⁵⁹⁶ *Lüthje*, in: Denninger, § 70 Rdnr. 5.

⁵⁹⁷ *Lorenz*, in: Hailbronner/Geis, § 70 Rdnr. 16.

⁵⁹⁸ *Lüthje*, in: Denninger, § 70 Rdnr. 5.

⁵⁹⁹ *Lorenz* in: Flämig/Kimminich, Band 1, S. 1157 u. 1170; *Lüthje*, in: Denninger, § 70 Rdnr. 9.

gungsformen zu.⁶⁰⁰ Dem HRG läßt sich lediglich ein eingeschränktes Ja zu der Frage des „Ob“ studentischer Mitwirkung entnehmen, während das „Wie“ der Ausgestaltung eine Frage des privaten Organisationsrechts ist.

III. Bindungen und Gestaltungsmöglichkeiten nach Privatrecht

Das Privatrecht prägt zum einen das Organisationsrecht der privatrechtlich unter Beteiligung der öffentlichen Hand organisierten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens und zum anderen die zwischen ihr und den Studierenden abzuschließende vertragliche Bindung.

A) Organisationsrecht

Im Hinblick auf Auswahl und Mitwirkungsbefugnisse der Studierenden stellt sich die Frage, inwieweit sich aus dem gesellschaftsrechtlichen Organisationsrecht Bindungen und Gestaltungsmöglichkeiten ergeben.

1. Die Auswahl der Studierenden

Während die Auswahl der Studierenden bei öffentlich-rechtlichen Hochschulen im Rahmen eines an standardisierte Zulassungsvoraussetzungen geknüpften Massenverfahrens abgewickelt wird, läßt sich feststellen, daß auch unter Beteiligung der öffentlichen Hand privatrechtlich organisierte nicht-staatliche Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens in der Regel von der Möglichkeit Gebrauch machen, ihre Studierenden einzelfallbezogen, nach individuellen Beurteilungskriterien auszuwählen. Fraglich ist dabei die organisationsrechtliche Zuständigkeit d.h., ob etwa neben der Geschäftsleitung eigenständige, z.B. mit Hochschullehrern und Vertretern der Studierenden und der Träger besetzte Gremien die Auswahlentscheidung treffen dürfen.

Insofern kann grundsätzlich auf die bei der Frage der Auswahl des wissenschaftlichen Personals aufgezeigten gesellschaftsrechtlichen Grundsätze verwiesen werden.⁶⁰¹ Da die Bedeutung der Auswahl der einzelnen Studierenden im Verhältnis

⁶⁰⁰ Baldus, WissR 1997 S. 9; Reich, § 70 Rdnr. 6.

⁶⁰¹ Rdnr. S. 197 ff.

zu der des wissenschaftlichen Personals schon wegen der viel höheren Fluktuation, der zeitlich begrenzten Verweildauer und der größeren Anzahl weit hinter der des wissenschaftlichen Personals zurückbleibt, es sich mithin schwerlich um eine der Gesellschafter-, Haupt- oder Mitgliederversammlung vorbehaltene Grundlagenscheidung handelt, besteht grundsätzlich eine Kompetenz der Geschäftsleitung bzw. der ihr nachgeordneten Stellen.⁶⁰² Eine Übertragung der Auswahlfunktion auf ein eigenständiges in der Satzung bzw. dem Gesellschaftsvertrag vorgesehenes Gremium dürfte wegen der im Vergleich somit eher untergeordneten Bedeutung auch für diejenigen Organisationsformen unproblematisch sein, in denen ein Regelungsvorbehalt für wichtige Geschäftsführungsentscheidungen besteht, wie bei der AG und der e.G.⁶⁰³

2. Die studentische Mitwirkung

Wie bereits ausgeführt, gilt bei staatlich anerkannten nicht-staatlichen Hochschulen nach § 70 Abs. 1 Nr.5 HRG lediglich eine grundsätzliche, auf eine notwendige Mitwirkung beschränkte, inhaltlich nicht näher bestimmte Organisationsvorgabe. Zwingende organisationsrechtliche Vorgaben ergeben sich, wenn und soweit den Studierenden Mitglieder- bzw. Gesellschafterrechte von Gesetzes wegen zustehen. Das kommt indes nur für den Fall der als Verein oder eingetragene Genossenschaft organisierten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens in Betracht. Im übrigen ist es Sache des jeweiligen Trägers, den Inhalt bzw. die Reichweite derartiger Mitwirkung im Rahmen des privatrechtlichen Organisationsrechts festzulegen. Die öffentliche Hand hat in Ausübung ihrer Anteilsrechte allerdings darauf hinzuwirken, eine der objektivrechtlichen Dimension des Art. 5 Abs. 3 GG entsprechende Mitwirkung der Studierenden zu organisieren.

Es wird insbesondere um die Schaffung eigenständiger, nicht an eine Gesellschafter- oder Mitgliederstellung anknüpfender Mitwirkungsgremien. Deren Zulässigkeit und Mitwirkungskompetenz richtet sich nach dem jeweils einschlägigen Gesellschaftsrecht. Dabei sind allerdings, was den Einfluß der Studierenden in

⁶⁰² S. 202, 205 ff.

⁶⁰³ S. 206 ff.

einem zu schaffenden Mitwirkungs-gremium angeht, die folgenden Vorgaben zu beachten.

Bei privatrechtlich organisierten staatlichen Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens ist den Anforderungen des Art. 5 Abs. 3 GG Rechnung zu tragen. Allerdings scheidet die Geltung des § 37 HRG, wonach jeder Student das Recht und die Pflicht zur Mitwirkung in der Selbstverwaltung der Hochschule hat, für staatliche, privatrechtlich organisierte Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens aus, da § 37 HRG an die körperschaftliche Struktur der öffentlich-rechtlichen Hochschule anknüpft bzw. diese mit prägt. Insofern verbleibt es auch hier wie bei den staatlich anerkannten nicht-staatlichen Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens bei der Festlegung des „Ob“ einer im einzelnen indes der Gestaltungsfreiheit der Hochschule überlassenen organisationsrechtlichen Ausgestaltung der Mitwirkung.

Mitwirkungsrechte in Bezug auf Planungs-, Finanz- und Personalfragen sind nach dem oben Gesagten für die GmbH zulässig, wenn dies im Gesellschaftsvertrag so vereinbart würde. Bei der AG wären danach insoweit keine der Zuständigkeit der Hauptversammlung nach § 149 Abs. 1 AktG unterliegenden Grundlagengeschäfte, sondern Maßnahmen der Geschäftsführung nach den § 76 f. AktG betroffen, so daß der Vorstand dafür zuständig wäre. Während die Einrichtung eines diesen bei der Entscheidung beratenden Gremiums daneben zulässig wäre, wäre eine vollständige Übertragung von Entscheidungskompetenzen in diesen Regelungsbereichen nach den oben dargelegten Grundsätzen ein unzulässiger Eingriff in eine zwingende gesetzliche Kompetenzverteilung.⁶⁰⁴ Ähnlich verhält es sich für die eingetragene Genossenschaft, bei der nach den aufgezeigten Grundsätzen allenfalls eine Beratung des Vorstandes in wichtigen Personal-, Finanz-, und Verwaltungsaufgaben durch ein Gremium möglich wäre. Demgegenüber bestehen beim rechtsfähigen Verein und der Stiftung bürgerlichen Rechts keine Bedenken, nicht nur beratende, sondern auch Entscheidungskompetenzen in derartigen Fragen an ein eigenständiges Mitwirkungs-gremium zu delegieren.

⁶⁰⁴ Vgl. S. 205 f.

B) Vertrags- und Deliktsrecht

Privatrechtlich organisierte staatliche Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens sind ebenso wie staatlich anerkannte nicht-staatliche Hochschulen Privatrechtssubjekte, so daß die Normen des Privatrechts auf sie anwendbar sind. Allerdings können sich aus der überwiegenden Beteiligung der öffentlichen Hand Konsequenzen bei der Anwendung und Auslegung der Privatrechtsnormen im einzelnen ergeben.⁶⁰⁵ Auswahl und Rechtsstellung der Studierenden als Vertragspartner der privatrechtlich organisierten Hochschule oder Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens bestimmen sich indes im wesentlichen nach dem privatrechtlichen Ausbildungsvertrag, ergänzend nach deliktischen Grundsätzen.

1. Die Auswahl der Studierenden

Als Privatrechtssubjekt ist die unter Beteiligung der öffentlichen Hand privatrechtlich organisierte Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens grundsätzlich frei, mit wem sie einen Ausbildungsvertrag schließt oder nicht schließt.⁶⁰⁶ Fraglich ist jedoch, ob insoweit ausnahmsweise ein Kontrahierungszwang in Betracht kommt. Ein solcher kann sich aus den Grundrechten oder mittelbar aus zivilrechtlichen Generalklauseln wie den §§ 826 BGB ergeben.⁶⁰⁷

a) Staatliche Hochschulen

Für staatliche privatrechtlich organisierte Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens ergibt sich aus der unmittelbaren bzw. über die objektiv-rechtliche Steuerungsvorgabe faktisch wirksamen⁶⁰⁸ Grundrechtsbindung gem. Art. 3 Abs. 1 GG ein Diskriminierungsverbot, das zu einer Abschlußpflicht führen kann. Mit dem Diskriminierungsverbot ist jedoch

⁶⁰⁵ Vgl. *Maitre*, S. 135; *Lorenz*, in: Flämig/Kimminich, Band 1, S. 1162; Reich.

⁶⁰⁶ Vgl. dazu *Kramer*, in: MK, Vor 145 Rdnr. 9 ff.

⁶⁰⁷ Vgl. *Larenz*, S. 41 ff.

⁶⁰⁸ Vgl. S. 212 f.

eine an sachlichen Kriterien wie Eignung und Begabung orientierte Auslese vereinbar, während eine durch hohe Studienentgelte bewirkte soziale Auslese unzulässig ist, wenn sie nicht durch Zurverfügungstellung von Stipendien abgedeckt wird.⁶⁰⁹ Solche Stipendien lassen sich als vertraglich vereinbarte Stundung der Studienentgelte oder zinsfreie oder verzinsliche Darlehen nach §§ 607, 608 BGB realisieren. Ein über diese Grundsätze hinausgehender Abschlußzwang aus dem Gesichtspunkt einer Monopolstellung bei Erfüllung wichtiger Versorgungsaufgaben nach §§ 826 oder 242 BGB kommt nicht in Betracht, da die Bildungslandschaft jedenfalls auf weitere Sicht durch die öffentlich-rechtlich organisierten Hochschulen geprägt bleiben wird, so daß eine Monopolstellung privatrechtlich organisierter Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens nicht zu befürchten ist.

b) Staatlich anerkannte nicht-staatliche Hochschulen

Für staatlich anerkannte nicht-staatliche Hochschulen mit Minderheitsbeteiligung der öffentlichen Hand kann nur über eine vertragliche oder satzungsmäßige, Art. 3 Abs. 1 GG Rechnung tragende Klausel oder eine auf eine entsprechende Praxis einwirkende Wahrnehmung der Anteilsrechte eine Steuerung des Kontrahierungsverhaltens erreicht werden. Im übrigen kommt die Herleitung eines Abschlußzwangs allenfalls aus dem oben genannten Gesichtspunkt einer Monopolstellung nach den §§ 826 oder 242 BGB in Betracht.

2. Die vertraglich begründete Rechtsstellung der Studierenden

Die vertraglich begründete Rechtsstellung der Studierenden richtet sich maßgeblich nach den im Ausbildungsvertrag vereinbarten Rechten und Pflichten der Vertragspartner⁶¹⁰ sowie den daneben geltenden gesetzlichen Vorschriften. Bei allen Abweichungen im einzelnen wird die Bereitstellung eines durch qualifiziertes wissenschaftliches Personal vermittelten, zu einem staatlich anerkannten Abschluß führenden Lehrangebots und die Abnahme entsprechend qualifizierter Prüfungen wesentliche Leistungspflicht der privatrechtlich organisierten Hoch-

⁶⁰⁹ Vgl. dazu *Maître*, S. 124.

⁶¹⁰ Vgl. *Larenz*, Band II/1, S. 2 ff.

schule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens sein. Ergänzend dazu wird diese sich verpflichten, entsprechende Räumlichkeiten und Lehrmaterialien wie Bibliotheken und elektronische Medien zur Nutzung zur Verfügung zu stellen. Zu denken ist außerdem an die Zurverfügungstellung von weiteren der Erholung dienenden kulturellen, sozialen oder sportlichen Einrichtungen und Veranstaltungen, das Angebot eine Mensa zu nutzen oder auf dem Campusgelände zu wohnen, etc. Diese Vertragsleistungen werden in der Regel nur gegen die Verpflichtung zur Zahlung eines dafür zu entrichtenden Entgelts durch die Studierenden vereinbart werden, so daß der Ausbildungsvertrag im Kern vor allem dienst- und teilweise auch mietrechtliche Elemente enthält.

Hinzutreten können weitere vertragstypische Leistungspflichten wie etwa die auf Seiten des Trägers der Hochschule als Schenkung, Darlehen oder Stundungsabrede zu qualifizierende Gewährung von Stipendien. Außerdem können im Rahmen der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit beliebige, auch vertragsuntypische Nebenpflichten vereinbart werden.⁶¹¹ Zu denken ist etwa an die vertragliche Vereinbarung von Präsenzpfllichten, eine Pflicht der Studierenden, auf dem Campusgelände zu wohnen, die Pflicht zur Absolvierung ergänzender, außerhalb des angebotenen Lehrangebots wahrzunehmender Ausbildungen, Praktika oder Sprachkurse im Ausland oder die Pflicht, sich an sportlichen oder sozial ausgerichteten Veranstaltungen zu beteiligen.

Insgesamt handelt es sich bei dem Ausbildungsvertrag damit um einen typengemischten Vertrag.⁶¹² Rechtliche Vorgaben ergeben sich dabei aus dem Gesetz, soweit für die einzelnen Rechtsverhältnisse zwingende Vorschriften existieren.⁶¹³ Neben den vertraglich vereinbarten Haupt- und Nebenleistungspflichten und den sich daraus ergebenden vertraglichen oder gesetzlichen Konsequenzen gelten schließlich auch im Vertrag oder Gesetz nicht ausdrücklich geregelte, sich aus dem vertraglichen Vertrauensverhältnis ergebende Nebenpflichten, insbesondere Obhuts-, Schutz- und Fürsorgepflichten.⁶¹⁴

⁶¹¹ *Larenz*, Band I, S. 41 ff.

⁶¹² Vgl. dazu *Larenz/Canaris*, S. 41 ff.

⁶¹³ Vgl. *Heinrichs*, in: Palandt, Einf. v. § 305 Rdnr. 24 ff.

⁶¹⁴ *Heinrichs*, in: Palandt, Einf. v. § 242 Rdnr. 23 ff.

Die privatrechtlich organisierten Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens werden die Ausbildungsverträge zumindest teilweise auch unter Bezug auf AGB ausgestalten, so daß insoweit die Vorschriften des AGBG zu beachten sind. Allerdings werden auch solche Vertragsgestaltungen erwogen, in denen die Vertragspartner individuelle Studienvereinbarungen verbindlich festlegen, auf AGB also gerade verzichten. So ist für das ICGS an der Universität Hamburg vorgesehen, daß der Studierende gemeinsam mit einem ihm als Mentor zugeordneten Professor eine Studienvereinbarung abschließt, in der – ausgehend von den persönlichen Fachinteressen und der individuellen Ausgangsqualifikation des Studierenden – die einzelnen Studienleistungen festgelegt werden, die erforderlich sind, um den angestrebten Abschluß zu erreichen. Dabei sollen sogar Abweichungen von der einschlägigen Prüfungsordnung möglich sein.⁶¹⁵ Auch bei diesem Modell dürften indes Rahmenvereinbarungen etwa über die Grundbedingungen des Lehrangebots, Laufzeit und Kündigung des Vertrages, die Zurverfügungstellung von Wohnungen und sonstigen Einrichtungen und Veranstaltungen, Ordnungsregeln und das für die angebotenen Leistungen zu entrichtende Entgelt durch AGB festgelegt werden.

Wegen der Vielzahl denkbarer Gestaltungsmöglichkeiten sollen im folgenden einzelne, durch zwingendes Gesetzesrecht geprägte und für die Rechtsstellung der Studierenden besonders wichtige Regelungsbereiche skizziert werden.

a) Preisgestaltung und Zahlungsbedingungen

Was die Höhe des zu zahlenden Entgelts angeht, so gelten die oben S. 212 gemachten Ausführungen. Gem § 614 BGB ist das Entgelt nach Leistung der Dienste (Satz 1) bzw., wenn sie nach Zeitabschnitten bemessen ist, nach dem Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten (S. 2). Praktisch wird es im Interesse der privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens liegen, in Abweichung der somit nach dem Ende eines Quarters, Tri- oder Semesters fälligen Vergütung eine Vorleistungspflicht der Studierenden zu vereinbaren. Da § 614 BGB dispositives,

⁶¹⁵ Vgl. Pressemitteilung der Behörde für Wissenschaft und Forschung der Freien und Hansestadt Hamburg vom 23.03.1999 S. 4.

also vertraglich abdingbares Gesetzesrecht darstellt, ist dies zulässig, solange es durch Individualvereinbarung erfolgt.⁶¹⁶ Durch AGB begründete Vorleistungspflichten werden ausdrücklich durch das AGBG nicht erfaßt, insbesondere auch nicht von § 11 Nr. 2 AGBG, so daß die Generalklausel des § 9 AGBG Grundlage der Inhaltskontrolle ist.⁶¹⁷ Danach sind solche AGB-Bestimmungen unwirksam, die den Vertragspartner nach Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Allgemein sind dabei solche Klauseln zulässig, für die ein sachlicher Grund gegeben ist und soweit ihnen keine überwiegenden Belange des Kunden entgegenstehen, wobei auch die Höhe des Entgelts eine Rolle spielt.⁶¹⁸ Eine Auslegungsrichtlinie für das Tatbestandsmerkmal der „unangemessenen Benachteiligung“ kann insofern § 2 Abs. 2 S. 2 FernUSchG sein, wonach Voraus- und Teilzahlungen nur jeweils für einen Zeitraum von maximal drei Monaten zulässig sind.⁶¹⁹ Dabei ist zu berücksichtigen, daß das FernUSchG auf einzelne, nicht auf einen vollwertigen Studienabschluß zielende Studiengänge zugeschnitten ist, während der Ausbildungsvertrag mit der privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens auf einen berufsqualifizierenden Studienabschluß ausgerichtet ist. Jedenfalls bei solchen länger andauernden Vertragsbeziehungen von einigem finanziellen Gewicht stellt die Vorauszahlung des Entgelts für drei und wohl auch für sechs Monate eine angemessene Vorleistungsverpflichtung dar⁶²⁰, die sachlich dadurch gerechtfertigt ist, daß die Entgelte der Studierenden eine wichtige Säule des finanziellen Fundaments der privatrechtlich organisierten Hochschule darstellen.⁶²¹ Die Bereitschaft des Studierenden, für seine Ausbildung ganz oder zum Teil aufzukommen gehört außerdem gerade zum wesentypischen Erscheinungsbild der Studienalternative „Privatuniversität“, so daß auch insofern ein eher weniger strenger Maßstab an die Zulässigkeit von Vorleistungsklauseln anzusetzen ist.⁶²²

⁶¹⁶ Vgl. *Putzo*, in: Palandt, § 614 Rdnr. 1.

⁶¹⁷ BGHZ 100, 161.

⁶¹⁸ Vgl. auch LG Aachen, NJW-RR 1994 S. 609.

⁶¹⁹ Vgl. *Dörner*, NJW 1979 S. 241, 248.

⁶²⁰ Vgl. *Dörner*, NJW 1979 S. 241, 248.

⁶²¹ Vgl. *Maitre*, S. 122.

⁶²² Vgl. *Maitre*, S. 122.

b) Nachträgliche Preiserhöhung

Auch wenn nach dem Ausbildungsvertrag eine kurze Studienzeit angestrebt werden wird, stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit von Preisanpassungsklauseln, um auf veränderte Umstände bei der Kalkulation der Studienentgelte reagieren zu können. Das in § 11 Nr. 1 AGBG enthaltene Verbot solcher Klauseln gilt ausdrücklich nicht für Dauerschuldverhältnisse, so daß hier wieder § 9 Abs. 1 AGBG eingreift.⁶²³ Nach der Rspr. sind Preisänderungsklauseln danach nur zulässig, wenn darin Voraussetzungen und Ausmaß der Preisänderung konkret bezeichnet sind und dem Studierenden für den Fall der Preisänderung ein Kündigungsrecht eingeräumt ist.⁶²⁴ Im übrigen sind sie unwirksam, wenn der Erhöhungsbetrag bereits bei Vertragsschluß in den Preis hätte einkalkuliert werden können.⁶²⁵

c) Kündigung

Sofern der Ausbildungsvertrag grundsätzlich eine feste Laufzeit, entweder nach Studienabschnitten- Quartern, Tri- oder Semestern- oder dem Erreichen des Ausbildungsziels bemessen, aufweist, kommt eine ordentliche Kündigung nach § 620 BGB nicht in Betracht. Da § 620 BGB ebenfalls dispositiv ist, kann ein Kündigungsrechts vertraglich vereinbart werden. Geschieht dies durch AGB, darf gem. § 11 Nr. 12 AGBG keine längere Laufzeit als zwei Jahre und keine längere Kündigungsfrist als drei Monate festgelegt werden.

Das Recht zur außerordentlichen, d.h. fristlosen Kündigung nach § 626 BGB ist demgegenüber weder durch AGB noch Individualvereinbarung abdingbar.⁶²⁶ Grund ist die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung, ohne daß es auf ein Verschulden ankommt.⁶²⁷ Nicht ausreichend dürfte insofern sein, daß der Studierende die Arbeitsbelastung, seine Lernbereitschaft oder intellektuellen Fähigkeiten überschätzt hat.⁶²⁸

⁶²³ *Heinrichs*, in: Palandt, AGBG, § 11 Rdnr. 5.

⁶²⁴ BGH NJW 1985 S. 856.

⁶²⁵ Vgl. *Dörner*, NJW 1979 S. 241, 248.

⁶²⁶ *Putzo*, in: Palandt, § 626 Rdnr. 2.

⁶²⁷ *Putzo*, in: Palandt, § 626 Rdnr. 37 ff.

⁶²⁸ *Dörner*, NJW 1979 S. 241, 247.

d) Leistungsstörungs- und Ordnungsrecht

Neben der dienstvertraglichen Sonderregelung des § 626 BGB, der bei einer außerordentlichen Kündigung aufgrund vertragswidrigen Verhaltens Schadensersatz vorsieht, gelten die allgemeinen Leistungsstörungsregeln der §§ 320 ff. BGB sowie die Rechtsinstitute der c.i.c. und p.F.V. und das Deliktsrecht nach den §§ 823 ff. BGB. Im Regelungsbereich des Mietvertragsrechts sind auch die Gewährleistungsregeln der §§ 537 ff. BGB anwendbar. Dabei ist im Hinblick auf die Rechtsstellung der Studierenden hervorzuheben, daß sie bei der Benutzung der von der privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens zur Verfügung gestellten Räumlichkeiten, Lehrmittel und Einrichtungen möglichst schonend zu verfahren haben. Das ist ein Ausfluß des Rechtsgedankens des § 242 BGB, wonach jeder Vertragspartner verpflichtet ist, den Vertragszweck nicht zu gefährden, wird sich aber im Einzelfall auch aus in AGB-Form festgelegten Nebenpflichten der Studierenden ergeben.⁶²⁹ Weiter gehören zu den aus § 242 BGB abgeleiteten Nebenpflichten Informations- und Aufklärungspflichten, die für alle Vertragspartner gelten, aber im Rahmen des Ausbildungsvertrages besonders auf Seiten der privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens zu beachten sind. Das folgt daraus, daß im Verhältnis zu den Studierenden, die mit dem Abschluß des Ausbildungsvertrages eine für ihre gesamte Zukunft wesentliche Entscheidung treffen, die entsprechende Informations- und Aufklärungspflichten begründet werden, darunter auch eine Pflicht der Hochschule bzw. der Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens zu ausbildungsbegleitender Beratung.

6. Abschnitt

Erfordernisse und Möglichkeiten einer Rechnungsprüfung und- kontrolle

Im Hinblick auf eine Rechnungsprüfung und –kontrolle privatrechtlich organisierter Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmender Einrichtungen

⁶²⁹ Siehe dazu *Heinrichs*, in: Palandt, § 242 Rdnr. 35.

des Bildungswesens ergeben sich zwingende Erfordernisse und freie Gestaltungsmöglichkeiten einer Rechnungsprüfung und -kontrolle aus dem Gesellschaftsrecht und den einschlägigen Vorschriften des HGrG und der LHO'en. Dabei ist zu differenzieren zwischen Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens in privatrechtlicher Organisationsform,

- die mit über 50 % Beteiligung des Landes und/oder öffentlich-rechtlicher Hochschulen als staatlich zu qualifizieren sind,
- mit einer unter 50 % liegenden Beteiligung des Landes und/oder öffentlich-rechtlichen Hochschulen als nicht-staatlich zu qualifizieren sind.

I. Die Gesellschaftsrechtlich vorgegebene bzw. zulässige Prüfung und Kontrolle

Für alle durch einen privatrechtlich organisierten Träger errichteten und betriebenen Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens kommt zunächst eine Prüfung nach Maßgabe des Gesellschaftsrechts in Betracht.

A) Interne Kontrolle

Die Kontrolle erfolgt dabei durch interne, in den betrieblichen Ablauf eingegliederte, mit der Prüfung beauftragte Funktionseinheiten,⁶³⁰ also durch die Geschäftsführung und ggf. dieser nachgeordnete Kontrollinstanzen, d.h. bei einer durch eine AG, durch einen Verein oder durch eine Stiftung getragenen und betriebenen Hochschule durch den Vorstand nach §§ 76 ff. AktG bzw. §§ 26 ff. BGB, und §§ 86, 26 BGB, bei einer durch eine GmbH betriebenen Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens durch den oder die Geschäftsführer nach § 6 GmbHG.

Kontrollfunktionen nimmt bei einer durch eine AG betriebenen Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens darüber

⁶³⁰ Eckert, S. 60.

hinaus der Aufsichtsrat wahr, zu dessen wesentlichen Aufgaben nach § 111 AktG die Überwachung der Geschäftsführung gehört.⁶³¹ Zu diesem Zweck ist der Vorstand nach § 90 AktG zur Berichterstattung gegenüber dem Aufsichtsrat verpflichtet.⁶³² Des weiteren ist dieser nach § 111 Abs. 2 AktG berechtigt, die Unterlagen der AG einzusehen und zu prüfen, um sich ein Bild von den Vermögensverhältnissen der AG zu verschaffen.⁶³³ Im GmbH-, Vereins- und Stiftungsrecht ist eine dem Aufsichtsrat entsprechende interne Kontrollinstanz nicht zwingend vorgesehen, jedoch ist die Errichtung durch Gesellschaftsvertrag bei der GmbH nach § 52 GmbHG möglich.⁶³⁴ Zwingend ist die Errichtung eines Aufsichtsrates allerdings nach § 1 MitbestG für solche GmbH's, die mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigen.

Während diese gesellschaftsrechtlichen Grundlagen für alle in Privatrechtsform betriebenen Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen gelten, folgt für solche, an denen die öffentliche Hand – gleich in welchem Umfang – beteiligt ist, aus § 65 Abs. 1 Nr. 3 LHO'en, der – wie oben dargelegt⁶³⁵ – gem. § 105 LHO'en unmittelbar für das Land und entsprechend für die öffentlich-rechtlich organisierten Hochschulen gilt, daß ein Aufsichtsrat gebildet wird, in dem sie angemessen vertreten ist. Angemessenheit der Vertretung liegt vor, wenn ein der Höhe der Kapitalbeteiligung und der Bedeutung der staatlichen Beteiligung entsprechender Einfluß ausgeübt wird.⁶³⁶ Fraglich ist, ob alle Rechtsformen, in denen eine private Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens betrieben werden kann, von § 65 LHO erfaßt werden. Nach der hier vertretenen Auffassung des Begriffs des Unternehmens in den § 65 BHO/LHO'en gehören dazu neben den Handelsgesellschaften jedenfalls auch die Stiftungen des privaten Rechts⁶³⁷, so daß die Anwendbarkeit lediglich für Vereine des privaten Rechts fraglich ist. Insoweit von § 65 BHO/LHO'en alle selbständigen Organisationseinheiten erfaßt werden, die zu

⁶³¹ Vgl. Hüffer, S. 279.

⁶³² Hüffer, S. 279.

⁶³³ Hüffer, S. 279.

⁶³⁴ Hüffer, S. 310.

⁶³⁵ S. 156.

⁶³⁶ Eckert, S. 184.

⁶³⁷ S.o. S. 156 f.

erwerbswirtschaftlichen Zwecken am Wirtschaftsleben teilnehmen,⁶³⁸ scheidet daher lediglich der Idealverein aus dem Anwendungsbereich der Norm aus.

Eine weitere interne Kontrollinstanz ist die Haupt-, Gesellschafter – bzw. Mitgliederversammlung bei AG's, Vereinen und GmbH's nach den §§ 119 ff. AktG, 32 ff. BGB, 45 ff. GmbHG.⁶³⁹

B) Externe Prüfung

Die Verpflichtung zur Kontrolle durch Abschlußprüfer ergibt sich aus § 316 Abs. 1 HGB, sofern die Handelsgesellschaft eine Kapitalgesellschaft i.S.d. Norm darstellt, d.h. keine „kleine“ i.S.d. § 267 Abs. 1 HGB ist. Abschlußprüfer gem. § 319 Abs. 1 S. 1 HGB können ein unabhängiger Wirtschaftsprüfer bzw. eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft und bei einer mittelgroßen GmbH i.S.d. § 267 Abs. 2 HGB auch ein vereidigter Buchprüfer bzw. eine Buchprüfungsgesellschaft (§ 319 Abs. 1 S. 2 HGB) sein. Diese werden gem. § 318 Abs. 1 S. 1 HGB von der Haupt- und Gesellschafterversammlung gewählt und vom Vorstand gem. § 318 Abs. 1 S. 4 HGB mit der Prüfung beauftragt. Gegenstand der Prüfung ist gem. 317 Abs. 1 S. 1 HGB hauptsächlich der Jahresabschluß und die Buchführung i.S.d. §§ 238 ff. HGB sowie der Lagebericht.

Unabhängig von den Voraussetzungen der §§ 316 Abs. 1, 267 Abs. 1 HGB folgt aus einer Beteiligung der öffentlichen Hand an privatrechtlichen Unternehmen nach § 65 Abs. 1 Nr.4 LHO'en, daß eine den aktienrechtlichen Vorschriften entsprechende Abschlußprüfung erfolgen muß. Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens, die von einer GmbH, AG oder Stiftung mit Beteiligung der öffentlichen Hand gegründet und betrieben werden, sind Unternehmen i.S.d. § 65 HGB; sie unterliegen daher dem Erfordernis einer aktienrechtlichen Abschlußprüfung.⁶⁴⁰

⁶³⁸ S.o. S 156.

⁶³⁹ Vgl. *Eckert*, S. 184.

⁶⁴⁰ *Ehlers*, S. 161.

II. Die haushaltsrechtliche Kontrolle

Ist an dem privatrechtlich organisierten Träger einer Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens die öffentliche Hand beteiligt, so eröffnen die §§ 65 ff., 91 f., 104 LHO'en, § 53 HGrG die Möglichkeit einer Rückbindung und zusätzlichen Kontrolle der privatrechtlich organisierten Funktionseinheiten.⁶⁴¹ Sie erfolgt auf drei Ebenen, durch den Abschlußprüfer nach § 53 HGrG, die staatliche Beteiligungsverwaltung nach §§ 65 ff. LHO'en und die Rechnungshöfe nach §§ 91 f., 104 LHO'en in zeitlicher Aufeinanderfolge. Die Ergebnisse dieser Prüfung und Kontrolle schaffen eine Grundlage für die Außensteuerung der unter Beteiligung der öffentlichen Hand in privatrechtlicher Organisationsform errichteten und betriebenen Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens.⁶⁴²

A) Geschäftsführungsprüfung durch Abschlußprüfer nach § 53 HGrG i.V.m. handelsrechtlichen Vorschriften

Zunächst erweitert § 53 HGrG die handelsrechtliche Abschlußprüfung, wenn einer Gebietskörperschaft allein oder mit anderen eine qualifizierte Anteilsmehrheit an dem Privatunternehmen zusteht. Im einzelnen gibt § 53 HGrG voraus, daß einer Gebietskörperschaft entweder die Mehrheit der Anteile eines Unternehmens in einer Rechtsform des privaten Rechts gehört oder aber mindestens der vierte Teil der Anteile, wenn ihr zusammen mit anderen Gebietskörperschaften die Anteilsmehrheit zusteht. Als Anteile rechnen gem. § 53 Abs. 2 HGrG auch solche, die einem Sondervermögen der Gebietskörperschaft gehören sowie Anteile von Unternehmen, bei denen die Mehrheit der Anteile der Gebietskörperschaft allein oder gemeinsam mit anderen zusteht.⁶⁴³ Demnach werden von der erweiterten Prüfung nach § 53 HGrG nur solche privatrechtlich organisierten Träger von Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens erfaßt, bei denen eine Anteilsmehrheit des Bundes oder eines oder mehrerer Län-

⁶⁴¹ Müller, N., S. 279; Püttner, S. 194 ff.

⁶⁴² Vgl. Eckert, S. 60 u. 78.

⁶⁴³ Karehnke, DVBl. 1981 S. 173, 175.

der gegeben ist, die, also nach dem oben Ausgeführten⁶⁴⁴, den staatlichen Hochschulen zuzurechnen sind. Von öffentlich rechtlichen Hochschulen gehaltene Anteile fallen nicht ins Gewicht, da die öffentlich-rechtlich organisierten Hochschulen als juristische Personen des Öffentlichen Rechts kein Sondervermögen darstellen und auch keine Gebietskörperschaften sind. Im Fall einer ausschließlichen Beteiligung von öffentlich-rechtlichen Hochschulen und Privatpersonen oder einer Bundes-/Landesgesamtbeteiligung von unter 50 % an einem privatrechtlich organisierten Funktionssubjekt scheidet eine Anwendung des § 53 HGrG somit aus.

Gem. § 53 Abs. 1 HGrG kann die Gebietskörperschaft verlangen, daß das Unternehmen im Rahmen der handelsrechtlichen Abschlußprüfung auch die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung prüfen läßt (Geschäftsführungsprüfung) und die Abschlußprüfer beauftragt, in ihrem Bericht auch die Entwicklung der Vermögens- und Ertragslage sowie die Liquidität und Rentabilität der Gesellschaft, verlustbringende Geschäfte und die Ursachen der Verluste, wenn diese Geschäfte und die Ursachen für die Vermögens- und Ertragslage von Bedeutung waren und die Ursachen eines in der Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesenen Jahresfehlbetrages darzustellen (erweiterter Prüfungsbericht).⁶⁴⁵

Der Prüfungsbericht des Abschlußprüfers sowie ein etwa erstatteter Konzernprüfungsbericht sind der Beteiligungsverwaltung gem. § 53 Abs. 1 Nr. 3 HGrG vom Unternehmen auf Verlangen unverzüglich nach Eingang beim Unternehmen zu übersenden (Anspruch auf Aushändigung des Prüfungsberichts).⁶⁴⁶ Der Prüfungsbericht soll der Beteiligungsverwaltung und dem zuständigen Landesrechnungshof zur Urteilsbildung dienen, um ggf. erforderliche Maßnahmen ergreifen zu können.⁶⁴⁷ Er dient damit zum einen der Beteiligungsverwaltung als Grundlage der Überwachung des die Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens betreibenden Unternehmens, zugleich auch den in die Aufsichtsorgane entsandten Vertretern der Gebietskörperschaft zur effektiven Geltendmachung ihrer gesellschaftsrechtlichen Befugnisse im Rahmen der internen Kontrolle.⁶⁴⁸ Schließlich bildet er zusammen mit dem Ergebnis der Über-

⁶⁴⁴ S. 165 ff.

⁶⁴⁵ Vgl. auch *Achterberg*, JA 1985 S. 503, 509; *Karehnke*, DVBl. 1981 S. 173, 175.

⁶⁴⁶ *Karehnke*, DVBl. 1981 S. 173, 175.

⁶⁴⁷ *Eichhorn*, S. 55 u. 57.

⁶⁴⁸ *Eckert*, S. 78.

prüfung durch die Beteiligungsverwaltung das Material für die Prüfung durch den Landesrechnungshof.⁶⁴⁹ Der handelsrechtlich bestellte Abschlußprüfer hat im Rahmen des § 53 HGrG die handelsrechtlich vorgeschriebene Abschlußprüfung und die darauf basierende Berichterstattung so auszugestalten, daß sich der Aufsichtsrat, die Beteiligungsverwaltung und der Landesrechnungshof auf der Grundlage des Berichts ein eigenes Urteil bilden können.⁶⁵⁰

Die Prüfung umfaßt dabei nicht die Prüfung der Geschäftsführung schlechthin, sondern deren "Ordnungsmäßigkeit".⁶⁵¹ Geprüft wird, ob die Geschäftsführung kaufmännischen Grundsätzen entsprochen und ob sie in Übereinstimmung mit dem Gesetz und dem Gesellschaftsvertrag oder der Satzung gestanden hat.⁶⁵² Da die beteiligte(n) Gebietskörperschaft(en) das Unternehmen im Gesellschaftsvertrag oder in der Satzung auf von ihm (ihnen) verfolgten öffentlichen Zwecke festlegen können, ist die Geschäftsführungsprüfung nicht notwendigerweise auf eine reine Wirtschaftlichkeitsprüfung beschränkt.⁶⁵³

Die Prüfung kann sich auch auf die Aufbauorganisation und Arbeitsweise der Geschäftsführung, Zweckmäßigkeit des Rechnungswesens und der Informationsverarbeitung einschließlich des internen Kontrollsystems in bezug auf die Tätigkeit der Geschäftsführung sowie die Wahrnehmung von Führungsaufgaben vor dem Hintergrund der Zielvorgaben, Alternativenentwicklung, Entscheidungsrationali-tät und Risikominimierung erstrecken.⁶⁵⁴

Die Ausübung der Rechte aus § 53 Abs. 1 HGrG obliegt gemäß § 68 Abs. 1 S. 1 der LHO'en dem für die Beteiligung zuständigen Minister. Die Vorschrift des § 68 Abs. 1 S. 1 LHO'en bringt neben der Zuständigkeitsregelung zugleich zum Ausdruck, daß der Minister von seinen Rechten Gebrauch machen muß, sofern nicht auf eine Rechtsausübung nach Maßgabe des § 68 Abs. 2 LHO'en verzichtet worden ist.⁶⁵⁵ Ein Verzicht kommt nur in Frage, wenn ein wichtiger Grund vorliegt und die in § 68 Abs. 2 LHO'en genannten verfahrensmäßigen Voraussetzun-

⁶⁴⁹ Eckert, S. 78.

⁶⁵⁰ Potthoff, S. 212-223.

⁶⁵¹ Ehlers, S. 167.

⁶⁵² Ehlers, S. 167.

⁶⁵³ Ehlers, S. 167.

⁶⁵⁴ Eichhorn, S. 57.

⁶⁵⁵ Ehlers, S. 167.

gen eingehalten werden.⁶⁵⁶ Besteht keine Mehrheitsbeteiligung im Sinne des § 53 HGrG, soll der zuständige Minister nach § 67 der LHO'en darauf hinwirken, daß dem Staat die Befugnisse des § 53 HGrG eingeräumt werden, soweit das Staatsinteresse dies erfordert und es sich nicht um Unternehmen in der Rechtsform der Aktiengesellschaft, einer Kommanditgesellschaft auf Aktien oder Genossenschaft handelt.⁶⁵⁷

B) Rechnungskontrolle durch die Beteiligungsverwaltung der öffentlichen Hand

Ein privatrechtlich organisierter Träger einer Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens unterliegt weiter einer in § 69 S. 2 LHO'en vorausgesetzten staatlichen „Inhaberaufsicht“ durch die jeweilige Beteiligungsverwaltung der öffentlichen Hand, die neben der Fachaufsicht durch die zuständige Fachbehörde steht.⁶⁵⁸ Sie erfolgt durch den nach § 69 Nr.2 LHO'en zuständigen Fachminister hinsichtlich des Vorliegens der Voraussetzungen für eine Beteiligung der öffentlichen Hand nach § 65 Abs. 1 LHO'en.⁶⁵⁹ Ferner prüft die Beteiligungsverwaltung die Berichte der Wirtschaftsprüfer. Diese Prüfung erstreckt sich auf die Tätigkeit der Geschäftsleitung, der auf Veranlassung in die Unternehmensorgane gewählten oder entsandten Mitglieder sowie der Bediensteten, die mit der Verwaltung der Beteiligungen befaßt sind.⁶⁶⁰ Selbständige Prüfungsrechte im Unternehmen, d. h. beim mit staatlicher Beteiligung privatrechtlich organisierten Träger einer Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens stehen der Beteiligungsverwaltung insoweit nicht zu.⁶⁶¹ Sie muß daher auf die Unterlagen, die dem Staat als Aktionär oder Gesellschafter zugänglich sind, und auf die Berichte der Vertreter der öffentlichen Hand in den Unternehmensorganen und die Berichte der Abschluß- bzw. Sonderprüfer zurückgreifen.⁶⁶² Insoweit bleibt die Beteiligungsverwaltung auf die gesellschaftsrechtlich vorgesehene Einflußnahme im Rahmen der üblichen Befug-

⁶⁵⁶ Ehlers, S. 167.

⁶⁵⁷ Ehlers, S. 167.

⁶⁵⁸ Soldner, § 69 Rdnr. 7; Piduch, § 69, Rdnr. 2; Eckert, S. 127 ff.

⁶⁵⁹ Wiesner, S. 280.

⁶⁶⁰ Vgl. Eckert, S. 127 f.; Karehnke, DöH, 1974 S. 204; Ehlers, S. 168.

⁶⁶¹ Ehlers, S. 168.

⁶⁶² Ehlers, S. 168; Eckert, S. 144.

nisse eines Aktionärs bzw. Gesellschafters, also in der Hauptversammlung bzw. Gesellschafterversammlung und im Aufsichtsrat bzw. einem entsprechenden Überwachungsorgan angewiesen.⁶⁶³ Nach § 69 der LHO'en ist der zuständige Minister verpflichtet, die wesentlichen Prüfungsunterlagen dem Rechnungshof zuzusenden und ihm dabei das Ergebnis der Prüfung der Beteiligungsverwaltung mitzuteilen.

C) Rechnungskontrolle durch die Rechnungshöfe

Auf der Grundlage der Prüfungsergebnisse des Abschlußprüfers und der Beteiligungsverwaltung prüfen die Landesrechnungshöfe nach §§ 91, 92 LHO'en zum einen die Betätigung der öffentlichen Hand im Rahmen des unter ihrer Beteiligung privatrechtlich organisierten Trägers einer Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens als auch, nach § 104 LHO'en diesen selbst. Dabei prüfen die Rechnungshöfe auf der Grundlage von Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG grds. die Ordnungsmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Haushalts- und Wirtschaftsführung der staatlichen Verwaltung, insbesondere unter den in § 90 LHO'en festgelegten Aspekten. Bei ihren Prüfungen haben die Rechnungshöfe das Recht, die Vorlage aller Akten zu verlangen.⁶⁶⁴ Prüfungen dieser Art werden vor Ort, d.h. unmittelbar bei der zu prüfenden Einrichtung vorgenommen.⁶⁶⁵ Zeitlich sind sie nicht an den Abschluß von Maßnahmen bzw. die Rechnungslegung gebunden, vielmehr ist eine gegenwartsnahe, Korrekturen eher ermöglichende Prüfungstätigkeit schon durch Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG intendiert.⁶⁶⁶ Rechtlich gesehen kommt den Prüfungsergebnissen der Rechnungshöfe allerdings keine Verbindlichkeit zu, sie erzwingen lediglich Informationstransparenz und einen darauf gründenden Begründungsdialog.⁶⁶⁷

⁶⁶³ *Karehnke*, DVBl. 1981 S. 173, 175.

⁶⁶⁴ *Wiesner*, S. 331.

⁶⁶⁵ *Wiesner*, S. 331.

⁶⁶⁶ *Kisker*, in: Isensee/Kirchhof, S. 289.

⁶⁶⁷ Vgl. *Heuer*, Anm. zu BVerwG DÖV 1986 S. 518 in DÖV 1986 S. 518.

1. Betätigungskontrolle

Die Kontrolle der Betätigung der öffentlichen Hand erfolgt gem. § 92 LHO'en zum einen bei der Beteiligungsverwaltung und gem. § 91 LHO'en bei dem Träger der Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens, als Erhebungsadressat, der insofern aber nicht Prüfungsadressat ist.⁶⁶⁸ Vielmehr bezieht sich die Prüfung auch hier auf die staatliche Betätigung der öffentlichen Hand im Rahmen des Trägers, nicht auf ihn selbst.⁶⁶⁹

a) Kontrolle bei der Verwaltung gem. § 92 LHO'en

Die Betätigung der öffentlichen Hand bei Unternehmen des privaten Rechts, an denen das Land oder eine landesunmittelbare juristische Person des öffentlichen Rechts unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist, unterliegt gem. § 92 Abs. 1 LHO der Kontrolle des Landesrechnungshofes unter Beachtung kaufmännischer Grundsätze. Die Prüfung ist eine reine Betätigungsprüfung, betrifft also nur die Behörden, die die Beteiligung verwalten, insbesondere Rechte aus ihr wahrnehmen, und bedeutet keine Prüfung vor Ort.⁶⁷⁰ Das Unternehmen, d. h. der mit Beteiligung der öffentlichen Hand privatrechtlich organisierte Träger einer Hochschule bzw. einer Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens als solcher ist davon nicht erfaßt.⁶⁷¹

Die Prüfung gem. § 92 LHO'en erstreckt sich auf die Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 65 LHO'en und die unternehmensinterne Vertretung der staatlichen Interessen durch die Beteiligungsverwaltung.⁶⁷² Zu prüfen ist vor allem, ob ein wichtiges Staatsinteresse i.S.d. § 65 LHO'en gegeben war und noch gegeben ist, ob sich die mit der Beteiligung angestrebten Zwecke nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen lassen – § 65 Abs. 1 Nr. 1 LHO'en – und ob die Möglichkeiten gesellschaftsrechtlicher Einflußnahme durch die Vertreter der öf-

⁶⁶⁸ *Kisker* in: *Isensee/Kirchhof*, § 89 Rdnr. 107; vgl. *Kammer*, in: *Heuer*, § 91 Rdnr. 1 f.

⁶⁶⁹ Vgl. v. *Köckritz/Ermisch/Lamm*, § 91 Rdnr. 1.

⁶⁷⁰ *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 114 Rdnr. 36; *Nebel*, in: *Piduch*, § 92 Rdnr. 1; *Kammer*, in: *Heuer*, § 91 Rdnr. 1.

⁶⁷¹ *Stern*, StR II, S. 430.

⁶⁷² Vgl. auch *Eckert*, S. 149 ff.

fentlichen Hand in den Unternehmensorganen hinreichend und zielorientiert genutzt werden.⁶⁷³ Hinsichtlich des Vorliegens eines wichtigen staatlichen Interesses i.S.d. § 65 LHO'en dürfte die Prüfung bei privatrechtlich organisierten Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens unproblematisch sein, da die Förderung von Kultur und Wissenschaft nach dem oben Gesagten⁶⁷⁴ ein solches darstellt.⁶⁷⁵ Das Augenmerk wird daher der Prüfung, ob die Beteiligungsverwaltung ihre gesellschaftsrechtlichen Einflußmöglichkeiten genutzt hat, zu gelten haben.⁶⁷⁶ Geprüft werden soll insgesamt "unter Beachtung" kaufmännischer Grundsätze, nicht "nach" kaufmännischen Grundsätzen.⁶⁷⁷ Die Prüfung vollzieht sich an Hand der Unterlagen, die der für die Beteiligung zuständige Minister dem Landesrechnungshof gemäß § 69 der LHO'en zu übersenden hat.⁶⁷⁸ In den Fällen des § 53 HGrG kann gem. § 54 Abs. 1 HGrG in der Satzung oder im Gesellschaftsvertrag mit Dreiviertelmehrheit des vertretenen Kapitals zusätzlich ein unmittelbares Unterrichts- und Einsichtsrecht des Landesrechnungshofs bestimmt werden. Dem für die Beteiligung zuständigen Minister obliegt es gem. § 66 der LHO'en, darauf hinzuwirken, daß der Landesrechnungshof diese Befugnisse auch tatsächlich erhält. Besteht keine Mehrheitsbeteiligung im Sinne des § 53 HGrG soll gem. § 67 der LHO'en prinzipiell die Einräumung eines unmittelbaren Unterrichts- und Einsichtsrechts angestrebt werden.

b) Kontrolle der Betätigungsverwaltung bei dem privatrechtlich organisierten Träger der Hochschule bzw. der Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens

Nach § 91 Abs. 1 LHO'en ist der Landesrechnungshof berechtigt, bei Stellen außerhalb der staatlichen Verwaltung zu prüfen, wenn sie gem. Nr. 2 Landesmittel oder Vermögensgegenstände des Landes verwalten. Damit werden jene Fallgruppen erfaßt, in denen von dem Träger der privatrechtlich organisierten Hochschule

⁶⁷³ Ehlers, S. 169; Eckert, S. 149.

⁶⁷⁴ S. 76 ff.

⁶⁷⁵ Vgl. Eckert, S. 157.

⁶⁷⁶ Eckert, S. 183.

⁶⁷⁷ Nebel, in: Piduch, § 92 Rdnr. 1.

⁶⁷⁸ Ehlers, S. 169.

bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens etwa Gebäude oder sonstige Sachen, die im Eigentum eines Landes stehen, verwaltet werden.

Sinn der Regelung ist es, den Landesrechnungshöfen die Möglichkeit zu geben, die Letztverfügung über Haushaltsmittel auch dann unmittelbar am Ort des Geschehens zu prüfen, wenn sie externen Dritten übertragen worden sind.⁶⁷⁹ Gegenstand der Prüfung bleibt jedoch das Verhalten des Landes als Prüfungsadressat, das also im Fall des § 91 LHO'en auch bei externen Stellen als Erhebungsadressaten untersucht werden kann.⁶⁸⁰

2. Kontrolle der Hochschule selbst gem. § 104 Abs. 1 LHO

Neben § 91 sieht auch § 104 der LHO'en eine Finanzkontrolle bei privaten Dritten vor, die im Fall des § 104 der LHO'en allerdings nicht nur Erhebungs-, sondern selbst auch Prüfungsadressaten sind.⁶⁸¹ D.h. im Anwendungsbereich des § 104 LHO'en wird wie bei § 91 LHO'en ein Prüfungsrecht beim Träger einer privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. einer Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens begründet, wobei im Unterschied zu § 91 LHO'en die Tätigkeit der privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. der Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung selbst, also deren Wirtschaftsführung, geprüft wird.⁶⁸²

Eine solche Prüfung des privatrechtlich organisierten Trägers erfolgt nach § 104 Abs. 1 Nr.1 LHO'en, wenn dieser aufgrund eines Gesetzes vom Land Zuschüsse erhält oder eine Garantieverpflichtung des Landes gesetzlich begründet ist, nach § 104 Abs. 1 Nr.2 LHO'en, wenn er vom Land oder einer vom Land bestellten Person allein oder überwiegend verwaltet wird, gem. § 104 Abs. 1 Nr. 3 LHO'en, wenn mit dem Landesrechnungshof eine Prüfung durch ihn vereinbart ist oder nach § 104 Abs. 1 Nr.4 LHO'en, wenn der private Dritte kein Unternehmen ist

⁶⁷⁹ V. Köckritz/Ermisch/Lamm, § 91 Rdnr. 1.

⁶⁸⁰ Nebel, in: Piduch, § 91 Rdnr. 2.

⁶⁸¹ Nebel, in: Piduch, § 104, Rdnr. 1.

⁶⁸² Vgl. v. Köckritz/Ermisch/Lamm, § 104 Rdnr. 1.

und in seiner Satzung mit Zustimmung des Landesrechnungshofes eine Prüfung durch diesen vorgesehen ist.

Je nach Ausgestaltung der jeweiligen Struktur des unter Beteiligung des Landes bzw. öffentlich-rechtlicher Hochschulen privatrechtlich organisierten Trägers einer Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens kommen die ersten drei Alternativen des § 104 Abs. 1 LHO in Betracht. § 104 Abs. 1 Nr. 2 LHO ist insbesondere dann einschlägig, wenn bei einer staatlichen Mehrheitsbeteiligung an dem privatrechtlich organisierten Träger einer Hochschule bzw. einer Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens Vertreter des Landes die Mehrheit in den gesellschaftsrechtlichen Leistungsorganen stellen. Die Vorschrift kann aber auch anzuwenden sein, wenn bei Minderbeteiligung des Landes entsprechende organschaftsrechtliche Einflüsse im Gesellschaftsvertrag bzw. der Satzung ausbedungen worden sind. Im Falle des § 104 Abs. 1 Nr. 3 folgt das Prüfungsrecht aus einer entsprechenden Vereinbarung des Trägers einer privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. einer Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens und dem Landesrechnungshof. Daß ein solches Prüfungsrecht bei Vorliegen einer qualifizierten Mehrheit einer staatlichen Beteiligung im Gesellschaftsvertrag bzw. der Satzung ausbedungen wird, ist durch § 54 HGrG sichergestellt.

Die Prüfung durch den Landesrechnungshof richtet sich bei § 104 LHO'en, anders als bei der Betätigungsprüfung der §§ 91, 92 LHO'en, unmittelbar auf die Haushalts- und Wirtschaftsführung der juristischen Person des privaten Rechts. Die §§ 90, 93, 94 Abs. 1 und Abs. 2, 95, 96, 98 und 99 der LHO'en gelten entsprechend.⁶⁸³ Da es sich nicht um die Prüfung der Wahrnehmung der Anteilsrechte der öffentlichen Hand handelt, sind die in § 90 LHO'en konkretisierten Kriterien der Ordnungsmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit unter dem Blickwinkel der für die geprüfte juristische Person des privaten Rechts maßgebenden Vorschriften und Grundsätze anzuwenden.⁶⁸⁴

Fraglich ist allerdings, ob der Prüfungsumfang der Rechnungskontrolle durch die in Art. 5 Abs. 3 GG verbürgte Wissenschaftsfreiheit begrenzt wird. Da die öffent-

⁶⁸³ *Eibels Häuser/Wallis*, in: Heuer, § 104 Rdnr. 2.

⁶⁸⁴ *Eibels Häuser/Wallis*, in: Heuer, § 104 Rdnr. 2.

lich-rechtlich organisierte Hochschule grundrechtsfähig nach Art. 5 Abs. 3, 19 Abs. 3 GG ist,⁶⁸⁵ gilt dies erst recht für die von einem unter Beteiligung der öffentlichen Hand privatrechtlich organisierten Träger betriebene Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens wie auch für die nicht-staatliche, privatrechtlich organisierte Hochschule oder Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung.⁶⁸⁶ Der durch Art. 5 Abs. 3 vermittelte Grundrechtsschutz steht zwar unter keinem Vorbehalt, ist jedoch durch gegenläufiges Verfassungsrecht begrenzt.⁶⁸⁷ Insoweit fällt ins Gewicht, daß die Rechnungshöfe nach Art. 114 GG von Verfassungen wegen grundsätzlich einen „Generalauftrag“ zur Prüfung haben, „insoweit also ein Prinzip der Lückenlosigkeit“ zur Vermeidung „prüfungsfreier Räume“ gilt.⁶⁸⁸ In der zu dieser Frage bisher einzig ergangenen Entscheidung,⁶⁸⁹ in der es um die Stiftung Volkswagenwerk ging, hat das BVerwG eine Einschränkung des Prüfungsrechts weitgehend abgelehnt.⁶⁹⁰ Allerdings ist auch nach dieser Entscheidung eine Kontrolle insoweit eingeschränkt, als eine Bewertung der wissenschaftsbezogenen Entscheidungen – hier der Stiftung – den Kernbereich ihrer Aufgabe der Wissenschaftsförderung berühren würde.⁶⁹¹

III. Ergebnis

Mit Beteiligung der öffentlichen Hand privatrechtlich organisierte Träger von Hochschulen oder Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens unterliegen den üblichen gesellschaftsrechtlichen Kontrollen durch die jeweiligen Organe der Gesellschaft sowie der gesellschaftsrechtlich vorgesehenen Kontrolle durch den Abschlußprüfer.

Privatrechtlich organisierte Träger von Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens, an denen das Land ganz, überwiegend oder teilweise beteiligt ist, unterliegen einer im wesentlichen auf die

⁶⁸⁵ Vgl. BVerfG 85, 360, 384 f.

⁶⁸⁶ *Bethge*, in: Sachs, Art. 5 Rdnr. 3, 210.

⁶⁸⁷ Vgl. *Oppermann*, in: Isensee/Kirchhof, § 145 Rdnr. 27; *Scholz, R.*, in: Maunz/Dürig, Art. 5 Abs. 3 Rdnr. 185.

⁶⁸⁸ *Stern*, StR II, S. 429.

⁶⁸⁹ *Stern*, StR II, S. 430, Fn. 102.

⁶⁹⁰ Vgl. BVerwG, DÖV 1986 S. 518 ff.

⁶⁹¹ BVerwG, DÖV 1986 S. 519; m. zust. Anm. *Heuer*, DÖV 1986 S. 516 ff.

Wahrnehmung der Befugnisse des Gesellschaftsrechts ausgerichteten Inhaberaufsicht der staatlichen Verwaltung.

Der Landesrechnungshof prüft die Wahrnehmung der Beteiligung des Landes bei dem Träger der privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens nach § 91 LHO'en und diese selbst nach § 104 LHO'en. Die staatliche Beteiligung als solche wird nach § 92 LHO'en geprüft, wobei lediglich die Prüfung bei dem Träger der Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens durchgeführt wird, die die entsprechenden Erhebungen des Rechnungshofs insoweit zu dulden haben. Aus den Ergebnissen der Prüfung können sich Auswirkungen, etwa im Hinblick auf die Ausübung gesellschaftsrechtlicher Befugnisse des Landes ergeben.

7. Abschnitt

Das Recht zur Führung der Bezeichnung „Universität“ oder „Hochschule“

I. Regelungen in den Ländern

In den meisten Ländern ist das Recht zur Führung der Bezeichnung "Universität" bzw. "Hochschule" mit dem Akt staatlicher Anerkennung verbunden, d. h. ohne staatliche Anerkennung der Hochschule darf die Bezeichnung nicht geführt werden.⁶⁹² Zum Teil erstreckt sich dieses Verbot auf gleichsinnige ausländische Bezeichnungen.⁶⁹³ In einigen Ländern darf die Bezeichnung "Universität" bzw. "Fachhochschule" nur geführt werden, wenn dies durch Gesetz ausdrücklich zugelassen wird⁶⁹⁴. In Brandenburg, Bremen und im Saarland ist nicht ausdrücklich geregelt, ob die Bezeichnung geführt werden darf.

⁶⁹² Art. 120 Abs. 1 bay HSG, Art. 125 Abs. 1 HSG Berl., § 145 HSG HH, § 129 Abs. 1 Nr. 1 HSG MV, § 135 Abs. 1 S. 1 NHG, § 141 a UG NW, § 124 Abs. 1 Nr. 1 HSG SA, § 112 Abs. 1 Nr. 3 HSG SH, § 133 Abs. 1 HSG Th, in Rheinland-Pfalz und Hessen besteht eine eigenständige Genehmigungspflicht im Hinblick auf Führung der Bezeichnung "Universität" § 104 Abs. 2 hess. HG, § 115 a UG RP.

⁶⁹³ § 129 Abs. 1 Nr. 1 HSG MV; § 135 Abs. 1 S. 1 NHG, § 124 Nr. 1 HSG SA.

⁶⁹⁴ § 2 Abs. 1 UG, PHG, FHG, KHG BW; § 2 Abs. 1 HSG Sachsen; in Hessen besteht die Besonderheit, daß nichtstaatliche Hochschulen nur aufgrund gesetzlicher Grundlage errichtet werden dürfen (§ 2 Abs. 4 S. 2 hessHSG), diese besteht nur für Fachhochschulen (§ 41 Abs. 1 FHG) und die European Business School (Gesetz betreffend die European Business School v. 28.10.87, GVBl. S. 181, 191).

II. Die Verfassungsmäßigkeit bestehender Regelungen

In den Ländern mit ausdrücklicher gesetzlicher Regelung der Namensführung stellt sich die Frage der Verfassungsmäßigkeit einer solchen Regelung.

A) Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 GG

Sie könnte gegen Art. 5 Abs. 3 GG verstoßen. Das setzt voraus, daß das Grundrecht überhaupt einschlägig ist. Durch Art. 5 Abs. 3 GG wird die Freiheit von Forschung und Lehre und damit der auf wissenschaftlicher Eigengesetzlichkeit beruhende, auf das Auffinden von Erkenntnissen, ihrer Deutung und Weitergabe gerichtete Prozeß geschützt.⁶⁹⁵ Da die Universität bzw. die Hochschule eine für die Verwirklichung der Wissenschaftsfreiheit weitgehend konstitutive Funktion inne hat,⁶⁹⁶ läßt sich effektiver Schutz grundrechtlicher Freiheit nur dann herstellen, wenn auch die Aufgaben der Wissenschaftsorganisation und –koordination in den Gewährleistungsgehalt des Art. 5 Abs. 3 GG aufgenommen werden.⁶⁹⁷ Indes sind Aufbau und Pflege der organisatorischen Strukturen, die erst die Verwirklichung der Wissenschaftsfreiheit ermöglichen, nicht davon abhängig, daß das Organisationsgebilde unter dem Begriff Universität bzw. Hochschule vergegenwärtigt werden kann, so daß die Regelung des Art. 5 Abs. 3 GG insoweit nicht einschlägig ist.

B) Verstoß gegen Art. 9 Abs. 1 GG

Die gesetzliche Regelung der Namensführung könnte indes gegen Art. 9 Abs. 1 GG verstoßen. Durch Art. 9 Abs. 1 GG wird neben der Gründung auch die Betätigung von Vereinigungen geregelt,⁶⁹⁸ so daß bei Vereinigungen, die die Bezeichnung “Universität” bzw. „Hochschule“ führen, der Regelungsbereich des Grundrechtes

⁶⁹⁵ Vgl. nur BVerfGE 47, 327, 367 *Bethge*, in: Sachs, Art. 5 Rdnr. 205; BVerwG, DVBl. 1979 S. 909.

⁶⁹⁶ BVerfGE 35, 79, 115.

⁶⁹⁷ Vgl. *Ericksen/Scherzberg*, NVwZ 1990 S. 8, 11 f.

⁶⁹⁸ Vgl. BVerfGE 13, 174, 175; 30, 227, 241; 50, 290, 353 f.

betroffen sein könnte. Welche Tätigkeiten erfaßt sind, ist indes umstritten.⁶⁹⁹ Berücksichtigt man, daß das Verhalten der Mitglieder der Vereinigungen vielfach durch andere, im Einzelfall speziellere Grundrechte geregelt wird, so kann vom Regelungsbereich des Art. 9 Abs. 1 GG nur das auf die Sicherung der Vereinigung bezogene Verhalten erfaßt werden. Da der Name einer Vereinigung ihr Selbstverständnis ausdrückt, zur Identifikation mit ihr beiträgt und einem wirksamen Auftreten in der Öffentlichkeit dient, stellt das Führen eines bestimmten Namens ein auf die Sicherung der Funktionsfähigkeit der Vereinigung bezogenes Verhalten dar, so daß die Namensführung von der Regelung des Art. 9 Abs. 1 GG erfaßt wird.⁷⁰⁰ Durch die gesetzlichen Regelungen ist daher Art. 9 Abs. 1 GG betroffen.

Fraglich ist, ob dies verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist. Da eine Einschränkung des Schutzbereichs des Art. 9 Abs. 1 GG mangels eines dieser Norm beigefügten Gesetzesvorbehalts nicht zulässig ist, können die gesetzlichen Regelungen der Namensführung im Hochschulbereich nur dann rechtmäßig sein, wenn sie eine dem Übermaßverbot entsprechende Konkretisierung einer verfassungstextlich nicht benannten Schutzbereichsbegrenzung enthalten. Schutzbereichsbegrenzungen können sich aus kollidierenden Grundrechten Dritter und anderen mit Verfassungsrang ausgestatteten Rechtswerten ergeben.⁷⁰¹

Die Regelungen über das Recht zur Führung der Bezeichnung Universität bzw. Hochschule bezwecken bei nichtstaatlichen Einrichtungen des Bildungswesens einen den staatlichen Hochschulen vergleichbaren Forschungs- und/oder Lehrbetrieb zu gewährleisten. Bei Erreichung dieses Regelungsziels wird verhindert, daß unseriöse Anbieter von Forschungs- und Lehrleistungen das notwendige Vertrauen der Bevölkerung in die Qualität von Forschung und Lehre erschüttern. Ein solcher Vertrauensverlust könnte die Arbeit der Forschenden und Lehrenden beeinträchtigen, so daß mit den Regelungen auch ein Schutz der in der Forschung und Lehre Tätigen bewirkt werden soll. Aus Art. 5 Abs. 3 GG, der eine objektive Wertentscheidung des Grundgesetzes für die Idee einer freien, qualitätsorientierten Wissenschaft darstellt, ergibt sich die Pflicht des Staates, die freie Wissenschaft als

⁶⁹⁹ Darstellung des Streitstandes bei *Nolte/Planker*, Jura 1993 S. 635, 636.

⁷⁰⁰ So im Ergebnis auch BVerfGE 30, 227, 241 f.

⁷⁰¹ Vgl. nur BVerfGE 28, 243, 261.

Institution zu schützen.⁷⁰² Dies schließt auch den Schutz der in der Forschung und Lehre Tätigen ein, so daß die Regelungen dem Schutz eines mit Verfassungsrang ausgestatteten Rechtswertes dienen.

Die Regelungen entsprechen dem Übermaßverbot, wenn sie zur Erreichung des angestrebten Zwecks geeignet, erforderlich und verhältnismäßig i. e. S. sind. Die Regelung ist geeignet, wenn sie den erstrebten Zweck fördert. Da private Einrichtungen des Bildungswesens darauf angewiesen sind, die Bezeichnung Hochschule oder Universität zu führen, um Studenten oder Sponsoren zu gewinnen, kann der Gesetzgeber dadurch, daß die o. g. Bezeichnungen erst nach staatlicher Anerkennung geführt werden dürfen, einen den staatlichen Hochschulen vergleichbaren Qualitätsstandard bei den privaten Einrichtungen des Bildungswesens durchsetzen. Ein milderes Mittel zur Durchsetzung eines Standards ist nicht ersichtlich, so daß die Regelungen auch erforderlich sind. Die Regelung ist des weiteren verhältnismäßig, wenn der für die Vereinigungen eintretende Nachteil in einem angemessenen Verhältnis zu dem erstrebten Erfolg steht. Insofern ist zum einen zu berücksichtigen, daß es keinen sehr schwerwiegenden Eingriff in Art. 9 Abs. 1 GG darstellt, wenn irgendeine personenrechtliche Vereinigung die Bezeichnung Universität oder Hochschule nicht führen darf. Diese hat immer noch die Möglichkeit, einen anderen identifikationsstiftenden Namen zu wählen. Der Staat kann auf der anderen Seite die Sicherung eines gewissen Forschungs- und Ausbildungsniveaus bei privaten Einrichtungen des Bildungswesens bewirken und somit seine aus Art. 5 Abs. 3 GG folgende Pflicht des Schutzes einer freien, qualitätsorientierten Wissenschaft erfüllen. Angesichts dessen haben die Landesgesetzgeber eine verhältnismäßige Begrenzung des Regelungsbereichs zum Schutz der freien Wissenschaft vorgenommen, so daß die entsprechenden Regelungen in den Landeshochschulgesetzen verfassungsgemäß sind.

⁷⁰² Vgl. BVerfGE 35, 79, 114 f. und oben S. 77 f., 81f., 87.

III. Sonstige, das Führen der Bezeichnung „Universität“ oder „Hochschule“ betreffende Regelungen

Es fragt sich, ob in den Ländern, in denen keine ausdrückliche Regelung über die Erlaubnis zur Führung der Bezeichnung “Universität” oder “Hochschule” besteht, im Einzelfall einer privaten Einrichtung des Bildungswesens verboten werden kann, die o. g. Bezeichnungen zu führen.

A) des Privatrechts

Ein solches Verbot könnte sich aus Normen des Privatrechts ergeben.

1. § 12 BGB

Gem. § 12 BGB, darf die Bezeichnung Universität nicht geführt werden, wenn dadurch das Namensrecht staatlich anerkannter Hochschulen verletzt wird. Von § 12 BGB werden bloße Gattungsbezeichnungen indes nicht erfaßt,⁷⁰³ so daß in dem Führen der Bezeichnung Universität oder Hochschule noch keine Namensrechtsverletzung zu sehen ist. Ein Einschreiten unter dem o. g. Gesichtspunkt kommt also nur in den Ausnahmefällen in Betracht, in denen eine Verwechslungsgefahr gegeben ist.

2. § 3 UWG

Aus § 3 UWG könnte sich ergeben, daß staatlich nicht anerkannte Einrichtungen des Bildungswesens sich nicht als Universität oder Hochschule bezeichnen dürfen. § 3 UWG verbietet, daß im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs über geschäftliche Verhältnisse irreführende Angaben gemacht werden. Handeln im geschäftlichen Verkehr liegt bei jeder Tätigkeit vor, die der Führung eines bestimmten Geschäftszwecks dient.⁷⁰⁴ Das Handeln erfolgt zu Zwecken des Wettbewerbs, wenn dieses äußerlich geeignet ist, den Absatz einer Person zum

⁷⁰³ *Heinrichs*, in: Palandt, § 12 Rdnr. 12.

⁷⁰⁴ *Baumbach/Hefermehl*, § 3 Rdnr. 58.

Nachteil einer anderen Person, mit der ein konkretes Wettbewerbsverhältnis besteht, zu fördern.⁷⁰⁵ Bei einem solchen Verhalten wird vermutet, daß es in Wettbewerbsabsicht erfolgt.⁷⁰⁶ Wenn private Einrichtungen des Bildungswesens nach außen mit der Bezeichnung “Universität” auftreten, so dient dies der Anwerbung von – in der Regel zur Zahlung von Studiengebühren verpflichteten – Studienbewerbern und -bewerberinnen sowie Sponsoren, so daß trotz aller immateriellen Ziele ein Handeln im geschäftlichen Verkehr vorliegt. Dieses Verhalten ist geeignet, ihre geschäftliche Tätigkeit zum Nachteil anderer privater Einrichtungen des Bildungswesens, mit denen sie hinsichtlich der Anwerbung von Studienbewerbern und -bewerberinnen im Wettbewerb stehen, zu fördern, so daß vermutet wird, daß sie insofern in Wettbewerbsabsicht und damit zu Zwecken des Wettbewerbs handeln.

Fraglich ist allerdings, ob ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs auch dann angenommen werden kann, wenn eine private Einrichtung des Bildungswesens aufgrund ihres Studienangebots nur mit staatlichen Hochschulen um die Anwerbung von Studienbewerbern und -bewerberinnen konkurriert. Das setzt voraus, daß ein Wettbewerbsverhältnis zwischen staatlichen und privaten Einrichtungen des Bildungswesens besteht. Zweifel an dem Vorliegen eines privatrechtlichen Wettbewerbsverhältnisses bestehen, weil staatliche Universitäten ihre Leistungen jedenfalls bis heute in der Form des öffentlichen Rechts erbringen. Allerdings befinden sich staatliche Hochschulen mit privaten Einrichtungen des Bildungswesens im Wettbewerb um Studienbewerber und -bewerberinnen und Drittmittel. Die Rechtsprechung⁷⁰⁷ vertritt die Ansicht, daß bei Bestehen eines faktischen Wettbewerbsverhältnisses stets die Normen des Wettbewerbsrechts anwendbar seien mit der Folge, daß ein privatrechtliches Wettbewerbsverhältnis auch dann besteht, wenn ein Hoheitsträger Leistungen in Form des öffentlichen Rechts erbringt.⁷⁰⁸

Wenn indes Private gegen wettbewerbswidriges Verhalten des seine Leistungen nach Maßgabe öffentlichen Rechts erbringenden Hoheitsträgers vorgehen wollen,

⁷⁰⁵ *Baumbach/Hefermehl*, Einl. Rdnr. 215 f.

⁷⁰⁶ *Köhler/Piper*, § 3 Rdnr. 47.

⁷⁰⁷ Vgl. Gem-OBG, BGHZ 97, 312, 316 f.; 102, 280, 284 ff.; BGH GS, BGHZ 67, 81, 84 ff.

⁷⁰⁸ Der BGH hat in seiner AKI-Entscheidung (BGHZ 37, 1, 17) ausdrücklich hervorgehoben, daß ein Hoheitsträger sich in einem solchen Fall auf den Schutz des Wettbewerbsrecht berufen kann.

machen sie letztlich einen Anspruch auf Steuerung öffentlich-rechtlichen Verhaltens geltend.⁷⁰⁹ Ein solcher Anspruch kann sich jedoch immer nur aus dem öffentlichen Recht ergeben, so daß die ihre Leistungen in der Form des öffentlichen Rechts erbringenden Universitäten nicht als Adressaten der Normen des UWG anzusehen sind. Es besteht mithin kein privatrechtliches Wettbewerbsverhältnis zwischen staatlichen und privaten Einrichtungen des Bildungswesens, so daß nach der hier vertretenen Ansicht eine nur mit öffentlich-rechtlich organisierten und handelnden staatlichen Hochschulen um die Anwerbung von Studienbewerbern und –bewerberinnen konkurrierende private Einrichtung des Bildungswesens nicht zu Zwecken des Wettbewerbs handelt, wenn sie nach außen mit der Bezeichnung Universität auftritt.

Soweit indes das Wettbewerbsverhältnis besteht, und eine nicht staatlich anerkannte Einrichtung des Bildungswesens mit anderen privatrechtlich organisierten staatlichen oder nichtstaatlichen Einrichtungen des Bildungswesens konkurriert, müßte sie irreführende Angaben machen, wenn sie sich als Universität bezeichnet. Angaben sind alle nachprüfbaren Aussagen über geschäftliche Verhältnisse.⁷¹⁰ Mithin auch Aussagen über den Gegenstand des Geschäftes, so daß eine Angabe i. S. d. § 3 UWG vorliegt, wenn die Bezeichnung Universität verwendet wird. Eine Angabe ist irreführend, wenn sie nach Auffassung eines nicht völlig unbeachtlichen Teiles des betroffenen Verkehrskreises nicht den tatsächlichen Verhältnissen entspricht.⁷¹¹ Zum betroffenen Verkehrskreis gehören bei Hochschulen in erster Linie Studienbewerber und -bewerberinnen und Studierende. Wohl ein nicht unbeachtlicher Teil der Studienbewerber und -bewerberinnen verbindet mit dem Begriff der Universität oder Hochschule, daß diese vom Staat betrieben wird oder doch zumindest in Deutschland staatlich anerkannt ist,⁷¹² so daß die Angabe irreführend ist. Eine nicht staatlich anerkannte Einrichtungen des Bildungswesens verstößt daher gegen § 3 UWG, wenn sie sich als Universität oder Hochschule bezeichnet.

3. § 37 Abs. 2 HGB

⁷⁰⁹ Vgl. *Erichsen*, Kommunalrecht, § 11 D 2 d, S. 287 f.

⁷¹⁰ *Baumbach/Hefermehl*, § 3 Rdnr. 13.

⁷¹¹ *Baumbach/Hefermehl*, § 3 Rdnr. 23 ff.

⁷¹² Vgl. BVerwG, DVBl. 1979, 909, 910 f. In dieser Hinsicht zweifelnd *Thieme*, DÖV 1977 S. 485, 488.

Des weiteren könnte nicht anerkannten Einrichtungen des Bildungswesens gem. § 37 Abs. 2 HGB verboten sein, sich als Hochschule oder Universität zu bezeichnen. Das setzt indes voraus, daß sie die o. g. Bezeichnungen als Bestandteil ihrer Firma, d. h. zur Kennzeichnung ihres Unternehmens, gebrauchen. Eine Verpflichtung zur Unterlassung nach § 37 Abs. 2 HGB kommt hingegen nicht in Betracht, wenn eine der Bezeichnungen lediglich Bestandteil der Geschäftsbezeichnung eines Unternehmens ist. In einem solchen Fall ist nur § 3 UWG anwendbar.

Die Firma muß ferner unbefugt, d. h. unter Verstoß gegen die Grundsätze des Firmenrechts gebraucht werden. Gem. § 18 Abs. 2 HGB darf die von einem Kaufmann benutzte Firma nicht geeignet sein, über die Art des Geschäftes zu täuschen. Wird die Bezeichnung Universität oder Hochschule benutzt, so wird damit die Vorstellung erweckt, daß eine staatliche oder doch in Deutschland staatlich anerkannte Bildungseinrichtung vorliegt. Soweit also die o. g. Bezeichnungen von nicht staatlich anerkannten Einrichtungen des Bildungswesens firmenmäßig benutzt werden, ist dies geeignet, über die Art ihres Geschäftes zu täuschen. Aus § 37 Abs. 2 HGB folgt daher, daß nicht anerkannte Einrichtungen des Bildungswesens es zu unterlassen haben, die Bezeichnung „Hochschule“ oder „Universität“ als Bestandteil ihrer Firma zu verwenden.

B) des öffentlichen Rechts

Fraglich ist ferner, inwiefern auf der Grundlage öffentlichen Rechts in Deutschland nicht staatlich anerkannten Einrichtungen des Bildungswesens verboten werden kann, sich als Hochschule oder Universität zu bezeichnen.

1. § 37 Abs. 1 HGB

Eine staatlich nicht anerkannte Einrichtungen des Bildungswesens kann gem. § 37 Abs. 1 HGB von dem Registergericht von Amts wegen dazu angehalten werden, die Bezeichnung Universität oder Hochschule nicht als Bestandteil ihrer Firma zu benutzen.

2. Die polizei- und ordnungsrechtliche Generalklausel

Als Grundlage für ein Verbot kommt ferner die polizei- und ordnungsrechtliche Generalklausel in Betracht. Das setzt voraus, daß die öffentliche Sicherheit oder Ordnung betroffen ist, wenn eine private Einrichtung des Bildungswesens die Bezeichnung „Universität“ oder „Hochschule“ führt. In den Ländern, in denen das Recht zur Führung der o. g. Bezeichnungen ausdrücklich geregelt ist,⁷¹³ ist die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung als von der öffentlichen Sicherheit umfaßtes Schutzgut⁷¹⁴ bei einem Verstoß gegen diese Vorschriften betroffen.

Fraglich ist, ob in den verbleibenden Ländern, in denen lediglich ein Verstoß gegen §§ 3 UWG, 37 HGB in Betracht kommt, die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung bei einem Verstoß gegen diese Vorschriften betroffen ist. Bei einem Verstoß gegen das Firmenrecht wird durch § 37 Abs. 1 HGB die Zuständigkeit des Registerrichts begründet, so daß wegen dieser Spezialregelung der Rückgriff auf die polizei- und ordnungsrechtliche Generalklausel unzulässig ist.

Zu prüfen bleibt, ob bei einem Verstoß gegen § 3 UWG die Tatbestandsvoraussetzungen der polizei- und ordnungsrechtlichen Generalklausel vorliegen. Auch Normen des Privatrechts sind Bestandteil der Rechtsordnung. Ihr Schutz obliegt indes in erster Linie den ordentlichen Gerichten, so daß wegen der Subsidiarität der Generalklausel diese keine Anwendung findet.⁷¹⁵ Anderes gilt zwar, wenn Rechte und Rechtsgüter zugleich durch Vorschriften des öffentlichen Rechts geschützt sind.⁷¹⁶ Dies ist aber gerade nicht der Fall, wenn das Recht zur Führung der Bezeichnung „Universität“ oder „Hochschule“ nicht ausdrücklich geregelt ist. Allerdings könnte der Bestand der staatlichen Universitäten und Hochschulen und damit von staatlichen Einrichtungen, mithin die öffentliche Sicherheit i. S. der Generalklausel betroffen sein, wenn staatlich nicht anerkannte Bildungseinrichtungen sich als Universität oder Hochschule bezeichnen. Aber auch wenn durch den Betrieb privater Hochschulen und Universitäten, die diese Bezeichnung nicht verdienen, die Zahl der sich an staatlichen Universitäten und Hochschulen bewerbenden Studienanfängerinnen und –anfänger sowie der

⁷¹³ Vgl. Nachweise in Fn. 638, 640.

⁷¹⁴ Vgl. hierzu nur *Götz*, Rdnr. 89.

⁷¹⁵ *Schlink*, NVwZ 1982 S. 529, 530; vgl. auch die Regelung in § 1 Abs. 2 PolG NW.

eingeschriebenen Studierenden verringert und das Vertrauen der Bevölkerung in die Qualität von Forschung und Lehre beeinträchtigt werden kann, so erscheint die Annahme, daß der Bestand der staatlichen Universitäten oder Hochschulen hierdurch gefährdet wird, als nicht gerechtfertigt.⁷¹⁷ Die im wesentlichen von staatlichen Mittelzuweisungen abhängigen staatlichen Hochschulen bleiben auch in einem solchen Fall funktionsfähig.

Es bleibt die Frage, ob eine Verletzung der öffentlichen Ordnung i. S. der Generalklausel vorliegt⁷¹⁸, wenn eine private Einrichtung des Bildungswesens die Bezeichnung “Universität” oder “Hochschule” führt. Eine Verletzung der öffentlichen Ordnung liegt vor, wenn gegen ungeschriebene Regeln verstoßen wird, deren Beachtung nach den in den betroffenen Kreisen herrschenden Anschauungen als ungeschriebene Voraussetzung eines geordneten Zusammenlebens angesehen wird.⁷¹⁹ Das Führen der Bezeichnung könnte deswegen gegen die öffentliche Ordnung verstoßen, weil sich in der Öffentlichkeit mit dem Begriff der “Universität” bzw. “Hochschule” die Vorstellung verbindet, daß eine staatliche oder in Deutschland staatlich anerkannte Einrichtung Forschung und Lehre betreibt.⁷²⁰ Es kann auch heute noch davon ausgegangen werden, daß bei der Mehrheit der Bevölkerung eine derartige Vorstellung besteht.⁷²¹ Die Beachtung dieser Vorstellung müßte ferner ungeschriebene Voraussetzung eines geordneten Zusammenlebens sein. Insofern ist zum einen zu beachten, daß die mit der Hochschule in Kontakt tretenden Personen – dies betrifft vor allem Studienbewerberinnen und -bewerber und Studierende – davor geschützt werden müssen, daß sie in Bildungseinrichtungen lernen, die ihnen nicht die gewünschten Ausbildungsperspektiven und berufsqualifizierenden Abschlüsse bieten. Bei ihnen droht die Gefahr, daß sie einen wesentlichen Teil ihrer Lebenszeit vergeuden. Zum anderen kann das Vertrauen der Bevölkerung und insbesondere der Industrie in die Qualität von Forschung und

⁷¹⁶ *Götz*, Rdnr. 96.

⁷¹⁷ So auch *Thieme*, DÖV 1977 S. 484, 488.

⁷¹⁸ In Bremen und Saarland wird das Schutzgut der öffentlichen Ordnung in der Generalklausel nicht erwähnt, vgl. § 10 Abs. 1 S. 1 BremPolG, § 8 Abs. 1 Saarl PolG. Die Frage, ob ein Einschreiten aufgrund einer Störung der öffentlichen Ordnung möglich ist, ist angesichts dessen, daß das Führen der Bezeichnung “Universität” oder “Hochschule” nur in Brandenburg, Bremen und Saarland nicht ausdrücklich verboten ist, daher nur für Brandenburg relevant.

⁷¹⁹ Vgl. nur *Götz*, Rdnr. 122.

⁷²⁰ So OVG Hamburg, wiedergegeben in: BVerwG, DVBl. 1979 S. 909, 910.

⁷²¹ A. A. *Thieme*, DÖV 1977 S. 484, 488, der angesichts der Einführung der Fachhochschulen davon ausgeht, daß der Hochschulbegriff sich gewandelt habe.

Lehre erschüttert werden, wenn die Bezeichnung „Universität“ oder „Hochschule“ mißbraucht wird. Es ist daher die öffentliche Ordnung betroffen, wenn die o. g. Bezeichnungen mißbraucht werden, so daß auf der Grundlage der polizei- und ordnungsrechtlichen Generalklausel das Führen der Bezeichnung “Universität” oder “Hochschule” untersagt werden kann.

8. Abschnitt

Die Aufsicht über privatrechtlich organisierte, staatliche Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens als Folge staatlicher Anerkennung

I. Die Aufsicht über privatrechtlich organisierte, staatliche Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens

Wie oben⁷²² bereits ausgeführt, handelt es sich bei den Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens, die von einer GmbH, AG, Stiftung des privaten Rechts, etc. betrieben werden, dann um staatliche Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens, wenn an dem betreffenden Privatrechtssubjekt ein Land und/oder eine bzw. mehrere öffentlich-rechtlich organisierte, staatliche Hochschulen allein oder mit beherrschendem Einfluß neben Privaten beteiligt sind. Kommt der Landesgesetzgeber seiner Verpflichtung nach, derartige Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens in den Adressatenkreis der §§ 1 bzw. 2 der Hochschulgesetze der Länder aufzunehmen, so kommen die hochschulrechtlichen Vorschriften grundsätzlich zur Anwendung.⁷²³

Daraus folgt, daß für die privatrechtlich organisierten, staatlichen Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens im Grundsatz auch hinsichtlich der staatlichen Aufsichtsbefugnisse das HRG und die Landeshochschulgesetze gelten. Gemäß § 59 S. 1 HRG unterliegen die staatlichen Hochschulen grundsätzlich der Rechtsaufsicht des Staates. Nur soweit sie

⁷²² Vgl. oben S. 169.

⁷²³ Vgl. insoweit oben S. 162 ff.

staatliche Aufgaben wahrnehmen, ist durch die Landesgesetzgeber gemäß § 59 S. 3 HRG eine weitergehende Aufsicht vorzusehen. Diese ist in der Regel als Fachaufsicht ausgestaltet.⁷²⁴

Allerdings ist auch insoweit die Anwendung dieser Vorschriften dahingehend einzuschränken, daß sie nur insofern Geltung beanspruchen können, als sie nicht Strukturen voraussetzen, die auf den Regelfall der als Körperschaft des öffentlichen Rechts organisierten, staatlichen Hochschule ausgerichtet sind.⁷²⁵ Ausgehend vom in § 58 Abs. 1 S. 1 HRG benannten Regelfall der Hochschule als Körperschaft des öffentlichen Rechts könnte § 59 S. 1 HRG so zu verstehen sein, daß sich die darin normierte Rechtsaufsicht in Abgrenzung zur weitergehenden Aufsicht über die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben i.S.d. § 59 S. 3 HRG auf die Selbstverwaltungsangelegenheiten der Hochschule bezieht⁷²⁶, und insofern für ihren Anwendungsbereich die Organisationsform einer Körperschaft des öffentlichen Rechts voraussetzt. Gegen eine solche Einschränkung des Regelungsgehalts der Vorschrift spricht jedoch § 58 Abs. 1 S. 2 HRG, der ausdrücklich die Möglichkeit vorsieht, Hochschulen in anderen Rechtsformen zu errichten. Danach muß § 59 S. 1 HRG auch auf diese Anwendung finden. § 59 S. 1 HRG statuiert folglich auch für die privatrechtlich organisierten, staatlichen Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens grundsätzlich die Rechtsaufsicht des Staates.

Diese umfaßt die Kontrolle der Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben und Vereinbarkeit ihrer Beschlüsse, Entscheidungen und Rechtsnormen mit dem geltenden Recht.⁷²⁷ Die Mittel der Rechtsaufsicht sind gemäß § 59 S. 2 HRG durch Landesgesetz zu bestimmen, so daß insofern auch nur die in den jeweiligen Landesgesetzen⁷²⁸ festgelegten Aufsichtsmittel eingesetzt werden dürfen. Diese reichen von Informationsrechten über die Beanstandung rechtswidriger Beschlüsse und Maß-

⁷²⁴ So bspw. in § 107 UG NW; vgl. auch *Oppermann*, in: Flämig/Kimminich, Band 1, S. 1118, 1120.

⁷²⁵ Vgl. oben S. 171.

⁷²⁶ Vgl. *Reich*, § 59 Rdnr. 1; *Hailbronner*, in: Hailbronner/Geis, § 58 Rdnr. 13.

⁷²⁷ Vgl. *Hailbronner*, in: Hailbronner/Geis, § 59 Rdnr. 2.

⁷²⁸ Vgl. bspw. § 106 UG NW; §§ 125 f. UG BW; § 118 BayHSchG; § 96 HessHSchG; §§ 104 f. UG RP.

nahmen bis hin zur Ersatzvornahme, der Bestellung von Beauftragten, und im Extremfall der Schließung der Hochschule.

Faßt man den Zweck der Rechtsaufsicht dahingehend zusammen, daß die rechtskonforme Tätigkeit der Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens nach außen und ebenso die ungehinderte wissenschaftliche Betätigung innerhalb der Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens sichergestellt werden soll, so muß sich die Rechtsaufsicht über privatrechtlich organisierte, staatliche Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens auch darauf erstrecken, ob zum einen die durch § 70 HRG schon für die nicht-staatlichen Hochschulen als Voraussetzung staatlicher Anerkennung aufgestellten Anforderungen erfüllt werden, und zum anderen die Sicherung der Freiheitsrechte der in Forschung und Lehre Tätigen i.S.d. § 4 HRG und die Einhaltung der insofern bestehenden Schutzpflichten der Hochschule gewährleistet sind.⁷²⁹

Fraglich ist, ob und inwieweit dem Staat über diese Rechtsaufsicht hinaus gegenüber den privatrechtlich organisierten, staatlichen Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens auch eine weitergehende Aufsicht i.S.d. § 59 S. 3 HRG zukommt. Dafür wäre Voraussetzung, daß die staatlichen, privatrechtlich organisierten Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens staatliche Aufgaben wahrnehmen. Welche Angelegenheiten der Hochschule als staatliche Aufgaben übertragen werden, bestimmt sich abschließend nach den einschlägigen landesgesetzlichen Vorschriften. Es ist damit im Einzelfall darauf abzustellen, welche staatlichen Aufgaben den Hochschulen und Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen durch oder aufgrund Gesetzes übertragen worden sind.

Zu den privatrechtlich organisierten, staatlichen Hochschulen übertragenen und der Fachaufsicht unterliegenden staatlichen Aufgaben dürfte insofern zumindest die Durchführung staatlicher Prüfungen zu zählen sein.⁷³⁰ Soweit die Landeshochschulgesetze dies bestimmen, kann sich die Fachaufsicht desweiteren beispielsweise auf die Zulassung, Immatrikulation, Rückmeldung, Beurlaubung und Ex-

⁷²⁹ Vgl. *Oppermann*, in: Flämig/Kimminich, Band 1, S. 1119.

⁷³⁰ Vgl. *Reich*, § 59 Rdnr. 3.

matrikulation der Studierenden⁷³¹, die Ermittlung der Ausbildungskapazität und Festsetzung der Zulassungszahlen⁷³², sowie die Vergabe von Studienplätzen⁷³³ beziehen.

Soweit die den Umfang der Fachaufsicht bestimmenden Vorschriften der Landeshochschulgesetze dagegen Strukturen voraussetzen, die auf die im Regelfall als Körperschaft des öffentlichen Rechts organisierte, staatliche Hochschule zugeschnitten sind, finden sie keine Anwendung. Vielmehr ist hier hinsichtlich weitergehender Aufsichtsbefugnisse auf das der jeweiligen privatrechtlichen Organisationsform zugeordnete Recht zurückzugreifen.⁷³⁴ Entscheidend sind insofern die staatlichen Einfluß- und Überwachungsmöglichkeiten im Aufsichtsrat oder einem entsprechenden Überwachungsorgan.

II. Die Aufsicht über nicht-staatliche Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens als Folge staatlicher Anerkennung

Fraglich ist, welche Aufsichtsbefugnisse und -pflichten dem Staat im Hinblick auf privatrechtlich organisierte, nicht-staatliche Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens als Folge deren staatlicher Anerkennung zukommen. Vergegenwärtigt man sich, daß nicht-staatliche Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens durch ihre Anerkennung als Teil des öffentlichen und vom Staat verantworteten Bildungssystems erscheinen, ergibt sich aus der für das öffentliche Hochschulwesen insofern bestehenden Garantiestellung des Staates die Notwendigkeit einer entsprechenden staatlichen Aufsicht.⁷³⁵

Anknüpfend an § 70 HRG haben die Landeshochschulgesetze die Voraussetzungen für die staatliche Anerkennung näher geregelt. Während diese Voraussetzungen jedoch weitgehend identisch sind, bestehen hinsichtlich der die Aufsicht über die staatlich anerkannten Hochschulen normierenden landesrechtlichen Vorschriften Unterschiede.

⁷³¹ Vgl. z.B. § 124 Abs. 2 Nr. 8 UG BW.

⁷³² Vgl. bspw. § 124 Abs. 2 Nr. 9 UG BW; § 89 Abs. 2 BerIHSchG.

⁷³³ Vgl. z.B. § 107 Abs. 2 Nr. 4 UG NW.

⁷³⁴ Vgl. oben S. 227 ff.

⁷³⁵ Vgl. *Lorenz*, in: Flämig/Kimminich, Band 1, S. 1172, 1174; *Lee*, S. 115.

Prinzipiell sehen zwar alle Landeshochschulgesetze eine staatliche Aufsicht über die staatlich anerkannten Hochschulen vor, jedoch reicht der Umfang dieser Aufsicht von einer umfassend normierten Rechtsaufsicht⁷³⁶ bis hin zu einer lediglich auf das Fortbestehen der Voraussetzungen staatlicher Anerkennung beschränkten Aufsicht.⁷³⁷

Für Prüfungs- und meist auch Studienordnungen ist in allen Ländern die Genehmigung des zuständigen Ministeriums erforderlich⁷³⁸, oftmals gebunden an die Feststellung der Gleichwertigkeit mit den Ordnungen der staatlichen Hochschulen.⁷³⁹ Bayern hat darüber hinaus auch die Prüfungen selbst ausdrücklich staatlicher Aufsicht unterstellt⁷⁴⁰; Rheinland-Pfalz und das Saarland neben den Prüfungen auch die Verleihung von Hochschulgraden.⁷⁴¹ Mitwirkungsrechte für den Staat sehen die Landeshochschulgesetze auch hinsichtlich der Anstellung von Lehrkräften vor, teils in Form einer Genehmigung⁷⁴², teils durch das Erfordernis der Anzeige.⁷⁴³

Hinsichtlich der dem Staat gegenüber privatrechtlich-organisierten, nicht-staatlichen Hochschulen zustehenden Aufsichtsmittel bestehen in den Landeshochschulgesetzen teilweise erhebliche Unterschiede. So gesteht Bayern dem Staat für die Aufsicht über die nicht-staatlichen Hochschulen grundsätzlich die gleichen Aufsichtsmittel zu wie gegenüber den staatlichen Hochschulen (Art. 119 Abs. 1 i.V.m. Art. 117, 118 BayHSchG). Die meisten anderen Länder haben dagegen lediglich ein Auskunfts- und Informationsrecht⁷⁴⁴ bzw. Akteneinsichtsrecht⁷⁴⁵ des zuständigen Ministeriums statuiert. Teilweise wird dem Ministerium auch aus-

⁷³⁶ Vgl. Art. 119 Abs. 1 i.V.m. Art. 117, 118 BayHSchG; § 123 Abs. 5 BerlHSchG; § 3 Abs. 1 i.V.m. § 34 Abs. 3 HessFHSchG; § 72 SaarlFHSchG.

⁷³⁷ Vgl. § 128 Abs. 2 UG BW i.V.m. § 91 Abs. 1 FHSchG BW; § 117 Abs. 1 UG RP; § 136 Abs. 3 NdsHSchG; § 109 Abs. 1 HSchG SH.

⁷³⁸ Vgl. § 116 Abs. 1 HSchG RP; § 115 Abs. 4 ThürHSchG; § 123 Abs. 6 BerlHSchG; § 127 Abs. 2 HSchG MV.

⁷³⁹ Vgl. § 116 Abs. 3 UG NW; § 105 Abs. 2 HessHSchG; § 109 HSchG LSA; § 99 Abs. 3 BbgHSchG; § 136 Abs. 1 NdsHSchG; § 155 Abs. 3 SächsHSchG; § 115 Abs. 2 BayHSchG.

⁷⁴⁰ Art. 109 Abs. 2 S. 1 BayHSchG; vgl. auch *Lorenz*, in: Flämig/Kimminich, Band 1, S. 1175.

⁷⁴¹ § 117 Abs. 1 S. 4 HSchG RP; § 72 Abs. 2 SaarlFHSchG.

⁷⁴² Vgl. bspw. § 111 Abs. 1 BayHSchG; § 106 Abs. 1 HessHSchG; § 70 Abs. 1 SaarlFHSchG; § 107 Abs. 3 HSchG SH.

⁷⁴³ So z.B. § 116 Abs. 4 UG NW.

⁷⁴⁴ Vgl. bspw. § 116 Abs. 6 UG NW; § 109 Abs. 6 HSchG LSA; § 115 Abs. 6 ThürHSchG; § 117 Abs. 1 S. 3 HSchG RP.

⁷⁴⁵ So bspw. § 109 Abs. 2 S. 1 HSchG SH; § 136 Abs. 3 NdsHSchG.

drücklich das Recht zu Besichtigungen und Besuchen durch Beauftragte zugestanden.⁷⁴⁶

Im Ergebnis erreicht die dem Staat über die von ihm anerkannten, nicht-staatlichen Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens zukommende Aufsicht mit Ausnahme Bayerns folglich nicht die Dichte der Aufsicht über das staatliche Hochschulwesen.⁷⁴⁷ Sie entspricht vielmehr im wesentlichen einer Gleichwertigkeitsaufsicht,⁷⁴⁸ die auf die Sicherstellung eines dem Niveau der staatlichen Hochschulen äquivalenten Qualitätsstandards gerichtet ist.

Fraglich ist, ob dem Staat im Fall einer Minderheitsbeteiligung an einer privatrechtlich organisierten, staatlich anerkannten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens über die in den Hochschulgesetzen der Länder vorgesehene und oben dargelegte Aufsicht hinaus allein aufgrund seiner Beteiligung weitergehende Aufsichtsbefugnisse zustehen. In den Landeshochschulgesetzen ist diese Konstellation nicht gesondert erfaßt. Angesichts der von den jeweiligen Landesgesetzgebern getroffenen detaillierten Regelungen hinsichtlich der Aufsicht über die staatlich anerkannten Hochschulen ist jedoch davon auszugehen, daß diese insofern auch abschließend sind. Raum für darüber hinausgehende staatliche Aufsichtsbefugnisse besteht damit nicht.

Hält folglich ein Land und/oder eine öffentlich-rechtlich organisierte, staatliche Hochschule an einer privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens eine Minderheitsbeteiligung, so bleibt als über die entsprechenden Vorschriften der Landeshochschulgesetze hinausgehende Einwirkungsmöglichkeit für die öffentliche Hand nur der Weg über die jeweiligen Organe des entsprechenden Privatrechtssubjekts.

⁷⁴⁶ Vgl. § 91 Abs. 5 S. 1 FHSchG BW; § 109 Abs. 2 HSchG SH.

⁷⁴⁷ Vgl. auch *Karpen*, Hochschulplanung, S. 545; *Lee*, S. 115.

⁷⁴⁸ Vgl. *Baldus*, in: Flämig/Kimminich, Band 1, S. 1148.

Ergebnisse

1. Im Hinblick auf die Frage, ob Hochschule notwendige Staatsaufgabe ist, vermag die Staatstheorie nicht mit einer apriorischen Definition von Staatsaufgaben zu dienen, so daß es des Rückgriffs auf die jeweilige Verfassung bei der Bestimmung dessen bedarf, was zu den Staatsaufgaben gehört und ob de constitutione lata zwischen möglichen und notwendigen Staatsaufgaben unterschieden werden kann oder muß. (2. Kap. 1. Abschn. I.)

2. Die Versuche einer Umschreibung lassen bereits erkennen, daß es auch de constitutione lata kaum überzeugend gelingen kann, den Begriff der notwendigen Staatsaufgabe allgemein zu definieren. Es ist vielmehr nötig, die Verfassung mit Hilfe der Methoden der Verfassungsinterpretation daraufhin durchzumustern, welche Aufgaben sie dem Staat vorbehält. (2. Kap. 1. Abschnitt II.)

3. Die geschichtliche Entwicklung des deutschen Hochschulwesens liegt die Feststellung nahe, daß die Hochschule sich als „eine sehr eng mit dem Staat verknüpfte Einrichtung“ herausgebildet hat. (2. Kap. 2. Abschnitt III.)

4. Die in Literatur und Rechtsprechung gelegentlich vertretene Tendenz, die staatlichen Aufgaben unter Rückgriff auf die geschichtliche Entwicklung des Staates zu bestimmen, müssen allerdings der Einsicht Rechnung tragen, daß der historischen Entwicklung im Rahmen der Verfassungsinterpretation kein entscheidendes Gewicht zukommen kann. (2. Kap. 2. Abschnitt III.)

5. Geht man davon aus, daß die Grundrechtsnormen nicht nur subjektive Abwehrrechte gegen den Staat begründen, sondern daneben auch eine *objektiv-rechtliche* Dimension besitzen, daß sie eine *Wertordnung* statuieren, die als verfassungs-

rechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts Geltung beansprucht, daß sie die dem Staat durch das Sozialstaatsprinzip der Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG auferlegte Verpflichtung, die Gesellschaft zu gestalten und fortzuentwickeln, inhaltlich determinieren, so darf der Staat sich nicht darauf beschränken, bloß den durch Art. 12 Abs. 1 GG umschriebenen Freiheitsbereich zu respektieren. Die in Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Freiheit ist vielmehr ein ihm zu *positiver Verwirklichung* aufgegebenen Zweck. In Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip wird so der Staat in die Pflicht genommen, auch für das Vorliegen der *Voraussetzungen* der Freiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG Sorge zu tragen. (2. Kap. 3. Abschnitt I. A))

6. Angesichts der in Deutschland traditionell vergleichsweise geringen privaten Bereitschaft zur Gründung und Finanzierung von Hochschulen ist nicht nur die finanzielle oder sächliche Förderung eines privat organisierten Hochschulsektors durch den Staat, sondern die Existenz vom Staat selbst betriebener Hochschulen zu den unabdingbaren Voraussetzungen einer Verwirklichung der Berufswahlfreiheit im akademischen Bereich zu zählen. Art. 12 Abs. 1 GG begründet i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip, solange eine ausreichende Versorgung mit Studienplätzen auf rein privatwirtschaftlicher Grundlage nicht gewährleistet ist, eine Verpflichtung des Staates zum Betrieb sowie ggf. auch zur Neuerrichtung von Hochschulen. (2. Kap. 3. Abschnitt I. A))

7. Auch die aus Grundrechtsnormen folgenden Handlungspflichten des Staates werden durch konkurrierende, verfassungsrechtlich festgelegte Staatszwecke begrenzt; sie stehen (nach einer Formulierung des BVerfG) unter dem „Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der einzelne vernünftigerweise“ – d.h. unter Berücksichtigung sonstiger Gemeinschaftsbelange – „von der Gesellschaft beanspruchen kann“. (2. Kap. 3. Abschnitt I. A))

8. Staatliche Pflichten in bezug auf das Hochschulwesen lassen sich nicht mit einer Einrichtungsgarantie der staatlichen Hochschule aus Art. 5 Abs. 3 GG begründen. (2. Kap. 3. Abschnitt I. B) 1.)

9. Aus der objektiven Wertentscheidung des Art. 5 Abs. 3 GG folgt eine Pflicht der öffentlichen Hand, „funktionsfähige Institutionen für einen freien Wissenschaftsbetrieb zur Verfügung zu stellen“. (2. Kap. 3. Abschnitt I. B) 2.)

10. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht bedarf zu seiner Verwirklichung funktionsfähiger Hochschulen. Insoweit folgt aus dem sozialstaatlich begründeten Auftrag, die in den Grundrechtsnormen zum Ausdruck kommenden objektiven Wertentscheidungen zu verwirklichen, in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG eine Verpflichtung des Staates, für das Vorhandensein solcher Einrichtungen Sorge zu tragen. (2. Kap. 3. Abschnitt I. C))

11. Es herrscht weitgehend Einigkeit darüber, daß aus dem Sozialstaatsprinzip schon aufgrund seiner inhaltlichen Offenheit unmittelbar keine judizierbaren Rechte und Pflichten resultieren. Für sich betrachtet (also unabhängig von der durch die Grundrechte statuierten objektiven Wertordnung) kann daher dieses Prinzip, , nicht zur Begründung einer Pflicht des Staates zum Bau und zur Unterhaltung von Hochschulen herangezogen werden. (2. Kap. 3. Abschnitt II.)

12. Die einschlägigen Regelungen des Landesverfassungsrechts enthalten, anders als Art. 5 Abs. 3 GG, Einrichtungsgarantien der staatlichen Hochschule, die zwar nicht den Bestand der einzelnen Hochschule, wohl aber die grundsätzliche Existenz eines staatlich organisierten Hochschulsystems gewährleisten. Man wird darüber hinaus davon auszugehen haben, daß in diesen Regelungen vorausgesetzt wird, daß staatliche Hochschulen in der Regel als Körperschaft des öffentlichen Rechts verfaßt sind, und es sich daher um institutionelle Garantien handelt. Hieraus resultiert – unbeschadet der auch für Private bestehenden Möglichkeit, Hoch-

schulen zu gründen – eine entsprechende Handlungspflicht des Staates zur Unterhaltung und ggf. Errichtung von als öffentlich-rechtliche Körperschaft organisierten Hochschulen. Das wird man auch denjenigen Verfassungen entnehmen können, die sich darauf beschränken, die Zulässigkeit von Hochschulen in freier Trägerschaft ausdrücklich anzuordnen. (2. Kap. 3. Abschnitt III.)

13. Eine Verpflichtung des Staates, Hochschulen zu errichten und zu betreiben, ergibt sich verfassungsrechtlich aus Art. 12 Abs. 1, Art. 5 Abs. 3 und Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG sowie in den meisten Bundesländern auch aus Landesverfassungsrecht. Die Verpflichtung steht unter dem Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der einzelne unter Berücksichtigung der sonst dem Staat obliegenden Aufgaben vernünftigerweise verlangen kann. Insoweit steht dem Gesetzgeber ein Einschätzungs-, Gestaltungs- und Wertungsspielraum zu. (2. Kap. 3. Abschnitt IV.)

14. Aus der Formulierung in § 58 Abs. 1 HRG „in der Regel ... staatliche Einrichtung“ läßt sich keine Aussage zur Frage der Verpflichtung des Staates zur Errichtung von Hochschulen im allgemeinen entnehmen. (2. Kap. 3. Abschnitt V.)

15. Das Hochschulwesen ist Staatsaufgabe nicht nur im Sinne der rechtlichen Zulässigkeit einer Betätigung des Staates auf dem Gebiet des Hochschulwesens ist, sondern daß dem Staat darüber hinaus auch verfassungsrechtlich verbindlich aufgegeben ist, sich auf dem Gebiet des Hochschulwesens zu betätigen. Damit ist indes noch nichts über die Organisations- und Handlungsformen gesagt, die dem Staat zur Wahrnehmung dieser Aufgaben zur Verfügung stehen, insbesondere darüber, ob und inwieweit der Staat die von ihm – in Wahrnehmung der oben ermittelten Verpflichtung – betriebenen Hochschulen öffentlich-rechtlich organisieren muß oder privatrechtlich organisieren darf. (3. Kap.)

16. Gründet und betreibt ein privatrechtlich organisierter Träger, an dem ausschließlich die öffentliche Hand beteiligt ist, eine Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens, so ist sie wie jede staatliche, öffentlich-rechtlich organisierte Hochschule im Verhältnis zu Dritten unmittelbar an die Grundrechte gebunden, muß also insbesondere bei der Ausgestaltung ihrer (privatrechtlichen) Rechtsbeziehungen die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG ebenso respektieren wie die Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG. Studierenden und wissenschaftlichem Personal dürfen keine weitergehenden (Grundrechts-) Beschränkungen auferlegt werden, als sie bei öffentlich-rechtlicher Gestaltung zulässig wären. (3. Kap. 2. Abschnitt I. A) 3. c))

17. Etwas anderes gilt, wenn an einer privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens neben dem Staat und/oder seinen öffentlich-organisierten Untergliederungen auch Private beteiligt sind: Hier besteht keine unmittelbare Grundrechtsbindung im Verhältnis zu Dritten. Für *diese* Konstellation stellt sich daher die Frage, ob die Privatisierung zu einer unzulässigen Umgehung grundrechtlicher Bindungen führt. (3. Kap. 2. Abschnitt I. A) 3. c))

18. Sowohl eine Mehrheits- als auch eine Minderheitsbeteiligung des Staates und/oder seiner öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen an einer gemischt staatlich/privaten privatrechtlichen Organisationseinheit, die ihrerseits im Rechtsverkehr als Trägerin einer Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens auftritt, steht mit dem Geltungsanspruch der Grundrechte in Einklang. (3. Kap. 2. Abschnitt I. A) 3. d))

19. Das Demokratieprinzip steht der Gründung von Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens in Privatrechtsform nicht generell entgegen. Es läßt aber die Gründung einer privatrechtlichen Organisationseinheit allein durch den Staat bzw. eine seiner öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen dann nicht zu, wenn damit die Einrich-

tung eines mitbestimmten Aufsichtsrats verbunden ist. (3. Kap. 2. Abschnitt I. B) 2.)

20. Die Privatisierung von bestehenden öffentlich-rechtlich organisierten Hochschulen oder einzelner von ihnen wahrgenommener Funktionen im Bereich von Forschung, Lehre und Studium sowie die Gründung und der Betrieb von privatrechtlich organisierten Hochschulen oder Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens durch ein Land und/oder durch öffentlich-rechtlich organisierte Hochschulen oder die Beteiligung des Staates und/oder einer seiner öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen, wozu auch die Hochschulen gehören, unterliegen einem aus Art. 12 Abs. 1, 5 Abs. 3 S. 1, 2 Abs. 1 i.v.m. 1 Abs. 1 GG abzuleitenden Gesetzesvorbehalt. Diesem Gesetzesvorbehalt genügt die in § 58 Abs. 1 S. 2 HRG und in § 65 BHO bzw. den entsprechenden Vorschriften der Landeshaushaltsordnungen vorgesehene Möglichkeit privatrechtlicher Organisationsformen für die vom Staat bzw. seinen öffentlich-rechtlichen Untergliederungen gegründeten privatrechtlich organisierten Hochschulen nicht. (3. Kap. 2. Abschnitt I. C) 4.)

21. Privatisiert der Staat bzw. gründen er oder die öffentlich-rechtlich organisierten Hochschulen Hochschulen in privatrechtlich organisierter Trägerschaft oder gliedern sie die Wahrnehmung einzelner Hochschulfunktionen aus und übertragen sie privatrechtlich organisierten Einrichtungen oder Unternehmen, so ist damit schon wegen der eigenständigen Rechtsträgerschaft der privatrechtlichen Organisationseinheit eine Abschwächung staatlicher Ingerenz verbunden, mit der Folge, daß der institutionelle Gesetzesvorbehalt ausgelöst wird und ein dazu ermächtigendes Gesetz erforderlich ist. (3. Kap. 2. Abschnitt I. C) 5.)

22. Angesichts der Begrenztheit der zur Verfügung stehenden Formen privatrechtlicher Organisation und ihrer im Gesellschaftsrecht erfolgten Durchformung und Strukturierung wird man es als ausreichend zu erachten haben, daß der parlamentarische Gesetzgeber zu erkennen gibt, daß er generell auch die Wahl privat-

rechtlicher Organisationsformen für die Gründung und den Betrieb von Hochschulen oder die Wahrnehmung von Hochschulfunktionen durch privatrechtlich organisierte Einrichtungen oder Unternehmen durch die Verwaltung als zulässig ansieht. Insoweit wird man nicht verlangen können, daß der parlamentarische Gesetzgeber detailliert die Entscheidung über die Organisationsform einer Hochschule oder der Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens trifft. Dem Parlament verbleibt die Kontrolle durch seine Haushaltsentscheidungen und durch sein, allerdings den aus der gewaltengliedernden demokratischen Verfassungsordnung folgenden Schranken unterliegendes, sich insbesondere nicht auf den Kernbereich der Exekutivkompetenzen erstreckendes Zugriffsrecht. (3. Kap. 2. Abschnitt I. C) 6.)

23. Art. 33 Abs. 4 GG stellt sich als eine Vorschrift dar, die lediglich für den Fall der in anderen Regelungen des Grundgesetzes entschiedenen Notwendigkeit der Aufgabenerfüllung in öffentlich-rechtlicher Organisationsform für die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse eine Regelung aufstellt. Aus Art. 33 Abs. 4 GG ergibt sich folglich keine Sperre für die Privatisierung von Hochschulen. (3. Kap. 2. Abschnitt I. D))

24. Im Ergebnis erlaubt § 58 Abs. 1 HRG die Errichtung und den Betrieb von staatlichen Hochschulen in privatrechtlicher Organisationsform, solange sie im Verhältnis zu den öffentlich-rechtlich organisierten staatlichen Hochschulen nicht Überhand nehmen. Ob und in welchem Ausmaß sowie unter welchen Bedingungen der Staat und seine öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen, insbesondere staatliche Hochschulen berechtigt sind, bisher öffentlich-rechtlich organisierte Hochschulen oder Teile von ihnen, d.h. Hochschulfunktionen, zu privatisieren oder Hochschulen bzw. Hochschuleinrichtungen in privatrechtlicher Organisationsform zu gründen und zu betreiben oder sich daran zu beteiligen, richtet sich nach dem Landesrecht.(3. Kap. 2. Abschnitt II. A) 3.)

25. Der Gründung, Errichtung und der Betrieb einer Hochschule oder der Wahrnehmung von Hochschulfunktionen dienenden Einrichtung des Bildungswesens in der Rechtsform einer GmbH, AG, eingetragenen Genossenschaft, eines eingetragenen Vereins sowie einer Stiftung des privaten Rechts steht das jeweils einschlägige Recht (GmbHG, AktG, GenG bzw. BGB) nicht entgegen. Die Rechtsform der OHG, KG oder einer stillen Gesellschaft kommen dagegen nicht in Betracht. (3. Kap. 2. Abschnitt II. B) 6.)

26. Bei den im Rahmen der Rechtsform der AG, der GmbH, der eingetragenen Genossenschaft, des Vereins als auch bei den in der Rechtsform der Stiftung des privaten Rechts organisierten Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens handelt es sich um Unternehmen i. S. d. § 65 Abs. 1 LHO. An diesen dürfen sich ein Land und eine öffentlich-rechtlich organisierte Hochschule somit nur unter den Voraussetzungen des § 65 Abs. 1 LHO beteiligen. (3. Kap. 2. Abschnitt II. C) 1.)

27. § 65 Abs. 1 LHO läßt es zu, daß ein Land und/oder eine öffentlich-rechtlich organisierte staatliche Hochschule sich an einem privatrechtlich, organisierten Träger beteiligen, der eine Hochschule bzw. eine Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens in der Rechtsform einer GmbH, einer AG, einer eingetragenen Genossenschaft, eines eingetragenen Vereins, einer Stiftung des privaten Rechts errichten und betreiben will, wenn der Betrieb der Hochschule auf diese Weise besser und wirtschaftlicher erfolgen kann als durch eine andere Einrichtung oder Beteiligungsform, wenn die Einzahlungsverpflichtung von Land und/oder öffentlich-rechtlich organisierter Hochschule begrenzt ist, wenn das Land und/oder die öffentlich-rechtlich organisierte Hochschule sich einen angemessenen Einfluß im Überwachungsorgan der Organisationseinheit vorbehalten und wenn die private Organisationseinheit ihren Jahresabschluß und Lagebericht in entsprechender Anwendung der in der jeweiligen LHO genannten Normen aufstellt. Allerdings obliegt letztlich dem Finanzminister gem. § 65 Abs. 2 LHO die Entscheidung darüber, ob sich ein Land oder eine öffentlich-rechtlich

organisierte staatliche Hochschule an einem solchen privatrechtlichen Unternehmen beteiligen darf.(3. Kap. 2. Abschnitt II. C) 3.)

28. Wie schon § 1 HRG deutlich macht, sind Hochschulen i. S. dieses Gesetzes nicht nur die dort aufgeführten Universitäten, Pädagogischen Hochschulen, Kunsthochschulen und Fachhochschulen sondern auch „die sonstigen Einrichtungen des Bildungswesens“. Damit gehören Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens auch dann in die Kategorie der Hochschule i. S. d. HRG, wenn sie nicht dem in der Aufzählung der Hochschularten vergegenwärtigten Typus einer Hochschule entsprechen, sondern sich nur selektiv und sektoral auf dem in § 1 HRG vorausgesetzten Niveau zur Erfüllung der in § 2 HRG definierten Aufgaben betätigen.(4. Kap. 1. Abschnitt A) 3.)

29. Bei den Bildungseinrichtungen, die von einer GmbH, AG, oder von einer Stiftung des privaten wie des öffentlichen Rechts, etc. gegründet und/oder betrieben werden, handelt es sich um staatliche Hochschulen i. S. § 1 HRG, wenn an den Privatrechtssubjekten ein Land und/ oder öffentlich- rechtlich organisierte, staatliche Hochschulen allein oder mit beherrschendem Einfluß neben Privaten beteiligt sind. Der jeweilige Landesgesetzgeber ist gem. § 72 HRG verpflichtet, derart organisierte Hochschulen in den enumerativ gefaßten Anwendungsbereich der Landeshochschulgesetze aufzunehmen. Ist dieses geschehen, so sind die Landeshochschulgesetze grundsätzlich auf sie anwendbar. Das gilt auch für einzelne Veranstaltungen, Einrichtungen oder Institute, die aus einer öffentlich- rechtlich organisierten, staatlichen Hochschule ausgegründet werden, wenn sie der Erfüllung von in § 2 HRG aufgeführten Aufgaben und damit der Wahrnehmung von Hochschulfunktionen dienen und dem Niveau der von § 1 Abs. 1 S. 1 HRG genannten Bildungseinrichtungen – „Universität“, „Fachhochschule“, etc. – entsprechen. (4. Kap. 1. Abschnitt A) 10.)

30. Allerdings kann diese Bindung an die hochschulrechtlichen Normen nur so weit reichen, wie die Normen nicht Strukturen voraussetzen, die auf die im Regel-

fall als Körperschaft des öffentlichen Rechts organisierte, staatliche Hochschule zugeschnitten und ausgerichtet sind. So sind z.B. die den §§ 36 ff HRG entsprechenden landesrechtlichen Normen, die eine mitgliedschaftliche Struktur und damit die Rechtsform der Körperschaft des öffentlichen Rechts voraussetzen, auf Hochschulen, die von einer Stiftung des privaten Rechts oder einer GmbH, AG, etc. getragen werden, nicht anwendbar. Durch die gem. § 58 Abs. 1 HRG eröffnete Möglichkeit, Hochschulen in einer anderen Organisationsform zu betreiben, als der der Körperschaft des öffentlichen Rechts, wird vielmehr zugleich das der jeweiligen Organisationsform zugeordnete Recht für verbindlich erklärt. (4. Kap. 1. Abschnitt B))

31. Die durch § 70 HRG aufgestellten Anforderungen, die schon eine nichtstaatliche Hochschule zu erfüllen hat, um staatlich anerkannt zu werden, müssen auch von den nicht als Körperschaft des öffentlichen Rechts organisierten, staatlichen Hochschulen beachtet werden. (4. Kap. 1. Abschnitt B))

32. Ausgangspunkt für jede Einflußnahme von Trägern öffentlicher Verwaltung auf Gesellschaften des privaten Rechts, an denen sie beteiligt sind, ist der Grundsatz vom Vorrang des Gesellschaftsrechts. Zwar sind – wie dargelegt – Träger öffentlicher Verwaltung nach den jeweiligen öffentlich-rechtlichen Vorschriften, etwa den Normen der LHO'en, berechtigt, sich unter den dort normierten Voraussetzungen an Gesellschaften des Zivilrechts zu beteiligen; sie sind dann aber in ihrer Rechtsstellung als Gesellschafter ausschließlich durch das Gesellschaftsrecht gebunden. Danach sind sie als Gesellschafter verpflichtet, im Rahmen der gemeinsamen Zweckverfolgung die Interessen der Mitgesellschafter und der Gesellschaft zu wahren, zu fördern und alles zu unterlassen, was die Verfolgung dieser Interessen hindern oder schädigen könnte. (4.Kap. 2. Abschnitt I.)

33. Als Instrumente einer Einflußnahme eines an der Hochschule oder Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung beteiligten Landes und/oder einer daran beteiligten öffentlichen Hochschule kommen grundsätzlich eine den Interessen

der öffentlichen Hand entgegenkommende Ausgestaltung des Gesellschaftsstatuts (d.h. der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrags) und einzelfallbezogenes Einwirken auf die Leitungsorgane der jeweiligen Gesellschaft in Betracht. (4. Kap. 2. Abschnitt I.)

34. Die Angehörigen einer privatrechtlich organisierten, staatlichen Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens als auch einer unter Beteiligung der öffentlichen Hand privatrechtlich organisierten nicht staatlichen Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens, die staatlich anerkannt werden möchte, sind in sinngemäßer Anwendung der in § 37 HRG zum Ausdruck kommenden Grundsätze an Ablauf und Organisation von Forschung und Lehre zu beteiligen. (4. Kap. 3. Abschnitt I. A) 1.)

35. Die Vorschriften zur Frauenförderung setzen eine körperschaftliche Struktur nicht voraus, so daß die staatlichen, privatrechtlich organisierten Hochschulen bzw. zur Wahrnehmung von Hochschulfunktionen errichteten Einrichtungen des Bildungswesens an sie gebunden sind. (4. Kap. 3. Abschnitt II. A))

36. Beteiligt sich der Staat oder eine seiner öffentlich-rechtlich organisierten Untergliederungen an einer privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. zur Wahrnehmung von Hochschulfunktionen errichteten Einrichtung des Bildungswesens, so hat er bei der Ausübung seiner Beteiligungsrechte die Grundrechte zu beachten. Der Staat und die sich beteiligende(n) öffentlich-rechtlich organisierte(n) Hochschule(n) haben daher im Rahmen ihrer Einflußmöglichkeiten, die sich aus dem jeweiligen Beteiligungsverhältnis ergeben, auf die Beachtung des Art. 3 Abs. 2 GG hinzuwirken. (4. Kap. 3. Abschnitt II. B))

37. Werden Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens mit Beteiligung der öffentlichen Hand im Rahmen einer

privatrechtlichen Organisationsform errichtet, so übernehmen die dem jeweiligen Privatrechtssubjekt eigenen Organe die Aufgaben der in den §§ 61 - 66 HRG a.F. genannten Organe auf der zentralen Ebene und der Fachbereichsebene. (4. Kap. 3. Abschnitt III. A))

38. Die Beschäftigung sowohl bei der nicht-staatlichen als auch der staatlichen, unter Beteiligung der öffentlichen Hand privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. der Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens erfolgt aufgrund privatrechtlicher Arbeitsverträge, die mit sie betreibenden GmbH, AG, Stiftung usw. geschlossen werden. (4. Kap. 4. Abschnitt I.)

39. Halten das Land und/oder eine oder mehrere öffentlich-rechtlich organisierte, staatliche Hochschulen die Gesamtheit der Anteile des privatrechtlich organisierten, die Hochschule bzw. die Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens betreibenden Funktionssubjekts, so geht es bei der Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zu ihrem wissenschaftlichen Personal um die Ausübung von Staatsgewalt in einer allgemein verfügbaren Rechtsform mit der Folge, daß eine unmittelbare Bindung an die Grundrechte besteht. Insbesondere die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG und die Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG sind dann ebenso zu respektieren wie dem wissenschaftlichen Personal keine weitergehenden Grundrechtsbeschränkungen auferlegt werden dürfen, als sie bei öffentlich-rechtlich organisierten Hochschulen zulässig wären. (4. Kap. 4. Abschnitt I.)

40. Maßgeblich für die Entscheidung über die Anstellung ist bei einer staatlichen, privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen den Organen der jeweiligen privatrechtlichen Organisationsform. Grundsätzlich beschränken sich damit die Einwirkungsmöglichkeiten der öffentlichen Hand im Berufungsverfahren auf die Einflußnahme über die entsprechenden Organe des jeweiligen Privatrechtssubjekts. Ist an dem Träger ein Land und/oder

eine öffentlich-rechtlich organisierte, staatliche Hochschule allein oder zumindest mit beherrschendem Einfluß beteiligt, so verbleibt der öffentlichen Hand auch bei einer solchen privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens letztlich über die Steuerung der Organe des Privatrechtssubjekts im Ergebnis die Möglichkeit, über Berufungen von wissenschaftlichem Personal zu entscheiden. (4. Kap. 4. Abschnitt II. B))

41. Vergegenwärtigt man sich die „hervorragende Bedeutung“ des Berufungsverfahrens für die Struktur der Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens, so muß, da die Vorschrift bis auf Abs. 2 S. 1 auch nicht die Organisationsform der Körperschaft des öffentlichen Rechts voraussetzt, auch bei staatlichen, privatrechtlich organisierten Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens § 45 HRG mit Ausnahme von Abs. 2 S. 1 gelten, es sei denn das für das jeweilige Privatrechtssubjekt maßgebliche privatrechtliche Regime läßt das nicht zu. (4. Kap. 4. Abschnitt II. B))

42. Im Ergebnis ist die eine Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens betreibende GmbH im Hinblick auf die Organisation des Rekrutierungsverfahrens für wissenschaftliches Personal weitgehend frei. Insbesondere ist die Übertragung der entsprechenden Zuständigkeit auf ein als Findungskommission tätig werdendes Gremium unterhalb der regulierten Ebene der GmbH möglich. Im übrigen kommt für das Berufungsverfahren an einer staatlichen, von einer GmbH getragenen und betriebenen Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens die Vorschrift des § 45 HRG zur Anwendung, da das Gesellschaftsrecht insofern nichts anderes bestimmt. (4. Kap. 4. Abschnitt II. B) 1.)

43. Die Entscheidung über die Einstellung wissenschaftlichen Personals verbleibt bei der AG beim Vorstand, gegebenenfalls geknüpft an einen Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates. Im übrigen findet auch auf das Berufungsverfahren an

einer staatlichen, von einer Aktiengesellschaft getragenen Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens § 45 HRG Anwendung, da das Aktienrecht insofern keine speziellen Regelungen enthält. (4. Kap. 4. Abschnitt II. B) 2.)

44. Für die von einem rechtsfähigen Verein getragene oder als solche organisierte Hochschule oder Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtung des Bildungswesens besteht die Möglichkeit, die Rekrutierung des wissenschaftlichen Personals einem als Findungskommission tätigen, speziellen Gremium zu übertragen. Auch für das Berufungsverfahren an einer staatlichen, in der Rechtsform eines rechtsfähigen Vereins organisierten oder von diesem betriebenen Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens gilt im übrigen § 45 HRG. (4. Kap. 4. Abschnitt II. B) 3.)

45. Bei der eingetragenen Genossenschaft kann die Satzung zwar die Einrichtung einer Findungskommission oder eines ähnlichen Gremiums zur Rekrutierung wissenschaftlichen Personals festsetzen; diesem darf jedoch nicht die alleinige Entscheidung übertragen. Zulässig wäre allenfalls, die Leitungsbefugnis des Vorstands in diesem Punkt an die Zustimmung des besagten Gremiums zu binden. Bei einer staatlichen, als eingetragene Genossenschaft organisierten bzw. von dieser getragenen Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens ist im Hinblick auf das Berufungsverfahren mangels abweichender Regelungen des Genossenschaftsrechts im übrigen § 45 HRG zu beachten. (4. Kap. 4. Abschnitt II. B) 4.)

46. Bei einer Stiftung des bürgerlichen Rechts ist es zulässig, einer als zusätzlichem Organ in der Satzung vorgesehenen „Findungskommission“ die Zuständigkeit für die Rekrutierung des wissenschaftlichen Personals zu übertragen. Ist die von einer Stiftung bürgerlichen Rechts getragene Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens staatlich, so kommt auch hier hinsichtlich des Berufungsverfahrens § 45 HRG zur Anwendung.

(4. Kap. 4. Abschnitt II. B) 5.)

47. Die Rechtsstellung der Studierenden im Verhältnis zu einer von einem privatrechtlich organisierten Träger errichteten und betriebenen Hochschule bzw. einer Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens richtet sich grundsätzlich nach privatem Recht, da zwischen Privatrechtssubjekten als solchen nur privatrechtliche Beziehungen begründet, verändert und beendet werden können. Zwischen dem Träger der privatrechtlichen Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens und den Nachfragern (Kunden) wird ein Vertrag geschlossen, der u. a. das Angebot und die Teilnahme an Lehrveranstaltungen, das dafür zu entrichtende Entgelt, die Abnahme und Gestaltung von Prüfungen, das Recht zur Nutzung der für das Studium notwendigen Einrichtungen usw. betrifft. Dabei hat der jeweilige Träger der Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens je nach Einfluß des Staates und/oder einer oder mehrerer Hochschulen oder sonstigen öffentlich-rechtlich organisierten Funktionssubjekte unterschiedliche Vorgaben zu beachten. Einschlägig können in diesem Zusammenhang einmal verfassungsrechtliche, des weiteren hochschul- und verwahrungsverfahrensrechtliche sowie gesellschafts- und bürgerlich-rechtliche Regelungen sein. Es können öffentlich-rechtliche Normen die privatrechtliche Vertragsgestaltung beeinflussen bzw. eigenständige öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehungen neben den durch privatrechtlichen Ausbildungsvertrag begründeten bestehen.

(4. Kapitel 5. Abschnitt)

48. Für alle durch einen privatrechtlich organisierten Träger errichteten und betriebenen Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens kommt eine Kontrolle und Prüfung nach Maßgabe des Gesellschaftsrechts in Betracht. (4. Kap. 6. Abschnitt I.)

49. Träger privatrechtlich organisierter und betriebener Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmender Einrichtungen des Bildungswesens mit Beteili-

gung des Landes und/oder öffentlich-rechtlich organisierter Hochschulen unterliegen den üblichen gesellschaftsrechtlichen Kontrollen durch die jeweiligen Organe der Gesellschaft sowie der gesellschaftsrechtlich vorgesehenen Kontrolle durch den Abschlußprüfer. (4. Kap. 6. Abschnitt III.)

50. Privatrechtlich organisierte Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens, an denen das Land ganz, überwiegend oder teilweise beteiligt ist, unterliegen einer im wesentlichen auf die Wahrnehmung der Befugnisse des Gesellschaftsrechts ausgerichteten Inhaberaufsicht der staatlichen Verwaltung gem. § 69 LHO'en. Der Landesrechnungshof prüft die Wahrnehmung der Beteiligung des Landes bei dem Träger der privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens nach § 91 LHO'en und diese selbst nach § 104 LHO'en. Die staatliche Beteiligung als solche wird nach § 92 LHO'en geprüft, wobei die Prüfung bei dem Träger der Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung durchgeführt wird, der die entsprechenden Erhebungen des Rechnungshofs insoweit zu dulden hat. Aus den Ergebnissen der Prüfung können sich Auswirkungen, etwa im Hinblick auf die Ausübung gesellschaftsrechtlicher Befugnisse der Verwaltung ergeben. (4. Kap. 6. Abschnitt III.)

51. In den meisten Ländern ist das Recht zur Führung der Bezeichnung "Universität" bzw. "Hochschule" mit dem Akt staatlicher Anerkennung verbunden, d. h. ohne staatliche Anerkennung der Hochschule darf die Bezeichnung nicht geführt werden. Zum Teil erstreckt sich dieses Verbot auf gleichsinnige ausländische Bezeichnungen. In einigen Ländern darf die Bezeichnung "Universität" bzw. "Fachhochschule" nur geführt werden, wenn dies durch Gesetz ausdrücklich zugelassen wird. In Brandenburg, Bremen und im Saarland ist nicht ausdrücklich geregelt, ob die Bezeichnung geführt werden darf. (4. Kap. 7. Abschnitt)

52. Eine nicht staatlich anerkannte Einrichtungen des Bildungswesens verstößt gegen § 3 UWG, wenn sie sich als Universität oder Hochschule bezeichnet.

(4. Kap. 7. Abschnitt III. A) 2.)

53. Soweit die Bezeichnungen „Universität“ oder „Hochschule“ von nicht staatlich anerkannten Einrichtungen des Bildungswesens firmenmäßig benutzt werden, ist dies geeignet, über die Art ihres Geschäftes zu täuschen. Aus § 37 Abs. 2 HGB folgt daher, daß nicht anerkannte Einrichtungen des Bildungswesens es zu unterlassen haben, die Bezeichnung „Hochschule“ oder „Universität“ als Bestandteil ihrer Firma zu verwenden. (4. Kap. 7. Abschnitt III. A) 3.)

54. Eine staatlich nicht anerkannte Einrichtungen des Bildungswesens kann gem. § 37 Abs. 1 HGB von dem Registergericht von Amts wegen dazu angehalten werden, die Bezeichnung Universität oder Hochschule nicht als Bestandteil ihrer Firma zu benutzen. (4. Kap. 7. Abschnitt III. B) 1.)

55. In den Ländern, in denen das Recht zur Führung der Bezeichnungen „Universität“ bzw. „Hochschule“ ausdrücklich geregelt ist, ist die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung als von der öffentlichen Sicherheit umfaßtes Schutzgut bei einem Verstoß gegen diese Vorschriften betroffen. Es ist auch die öffentliche Ordnung betroffen, wenn die o. g. Bezeichnungen mißbraucht werden, so daß auf der Grundlage der polizei- und ordnungsrechtlichen Generalklausel das Führen der Bezeichnung „Universität“ oder „Hochschule“ untersagt werden kann.

(4. Kap. 7. Abschnitt III. B) 2.)

56. § 59 S. 1 HRG statuiert auch für die staatlichen Hochschulen und Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen des Bildungswesens in privatrechtlicher Organisationsform grundsätzlich die Rechtsaufsicht des Staates.

(4. Kap. 8. Abschnitt I.)

57. Faßt man den Zweck der Rechtsaufsicht dahingehend zusammen, daß die rechtskonforme Tätigkeit der Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung des Bildungswesens nach außen und ebenso die ungehinderte wissenschaftliche Betätigung innerhalb der Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtung sichergestellt werden soll, so muß sich die Rechtsaufsicht über privatrechtlich organisierte, staatliche Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens auch darauf erstrecken, ob zum einen die durch § 70 HRG schon für die nicht-staatlichen Hochschulen als Voraussetzung staatlicher Anerkennung aufgestellten Anforderungen erfüllt werden, und zum anderen die Sicherung der Freiheitsrechte der in Forschung und Lehre Tätigen i.S.d. § 4 HRG und die Einhaltung der insofern bestehenden Schutzpflichten der Hochschule gewährleistet sind. (4. Kap. 8. Abschnitt I.)

58. Es ist im Einzelfall darauf abzustellen, welche staatlichen Aufgaben den Hochschulen und Hochschulfunktionen wahrnehmenden Einrichtungen durch oder aufgrund Gesetzes mit der Folge einer Fachaufsicht übertragen worden sind. (4. Kap. 8. Abschnitt I.)

59. Hinsichtlich weitergehender Aufsichtsbefugnisse ist auf das der jeweiligen privatrechtlichen Organisationsform zugeordnete Recht zurückzugreifen. Entscheidend sind insofern die staatlichen Einfluß- und Überwachungsmöglichkeiten im Aufsichtsrat oder einem entsprechenden Überwachungsorgan. (4. Kap. 8. Abschnitt I.)

60. Im Ergebnis erreicht die dem Staat über die von ihm anerkannten, nicht-staatlichen Hochschulen bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens zukommende Aufsicht mit Ausnahme Bayerns nicht die Dichte der Aufsicht über das staatliche Hochschulwesen. Sie entspricht vielmehr im wesentlichen einer Gleichwertigkeitsaufsicht, die auf die Sicherstellung eines

dem Niveau der staatlichen Hochschulen äquivalenten Qualitätsstandards gerichtet ist. (4. Kap. 8. Abschnitt II.)

61. Hält ein Land und/oder eine öffentlich-rechtlich organisierte, staatliche Hochschule an einer privatrechtlich organisierten Hochschule bzw. Hochschulfunktionen wahrnehmende Einrichtungen des Bildungswesens eine Minderheitsbeteiligung, so bleibt als über die entsprechenden Vorschriften der Landeshochschulgesetze hinausgehende Einwirkungsmöglichkeit für die öffentliche Hand nur der Weg über die jeweiligen Organe des entsprechenden Privatrechtssubjekts.

(4. Kap. 8. Abschnitt II.)