

Alexander Thiele

## Die Stiftungsuniversität auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand – Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 26.11.2009, 2 C 15/08 –

### 1 Einführung

Mit Wirkung zum 01.03.2003 wurde die Georg-August-Universität Göttingen in die Trägerschaft einer eigens zu diesem Zweck errichteten Stiftung überführt.<sup>1</sup> Die dadurch aufgeworfenen Rechtsfragen waren und sind so vielfältig und umstritten,<sup>2</sup> dass abzusehen war, dass sich nicht nur die Wissenschaft, sondern auch die Gerichte alsbald mit der Zulässigkeit eines solchen Hochschulorganisationsmodells auseinandersetzen würden. Durch das letztinstanzliche Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 26.11.2009 haben diese Rechtstreitigkeiten nunmehr ein vorläufiges Ende gefunden.<sup>3</sup> Insofern erscheint der Zeitpunkt günstig, die Argumente des BVerwG in den Diskurs aufzunehmen und einer kritischen Betrachtung zu unterziehen. Dabei soll sich vorliegend auf die unmittelbar das Hochschulrecht betreffenden verfassungsrechtlichen Fragen beschränkt werden, die zwangsläufig Relevanz für die Hochschulgesetze aller Bundesländer aufweisen (können)<sup>4</sup> und die durch das Bundesverfassungsgericht zudem unlängst erneut konkretisiert worden sind.<sup>5</sup> Dies umfasst zum einen die generelle Zulässigkeit des Stiftungsmodells (3.), des Weiteren die Rolle der Stiftungsorgane (Stiftungsrat und Präsidium) im Hinblick auf deren Verantwortung für wissenschaftsrelevante Entscheidungen (4.) und zuletzt die Aufsichtsfunktion des Stiftungsrats gegenüber der Hochschule (5.). Nicht behandelt wird demgegenüber die dem Rechtsstreit vor dem BVerwG an sich zu Grunde liegende Frage der Zulässigkeit der Übernahme der bisherigen Landesbeamten durch die neu errichtete Stiftung,<sup>6</sup> die freilich eine Klärung der hier genannten Punkte inzident voraussetzt.<sup>7</sup> Vorab soll der wesentliche rechtliche Rahmen skizziert werden, der dem niedersächsischen Stiftungsmodell zu Grunde liegt (2.).

1 Verordnung über die Errichtung der Stiftung „Georg-August-Universität Göttingen Stiftung öffentlichen Rechts“ (StiftVO-UGÖ vom 17.12.2002 (NdsGVBl. S. 812).

2 Umfassend dazu siehe *Röpke, A. B.*, Hochschule und Stiftung des öffentlichen Rechts – eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung von Verfassung und Haushalt in Niedersachsen, Berlin 2006.

3 BVerwG, Urteil vom 26.11.2009, 2 C 15/08.

4 Verfassungsrechtlich bezieht sich in diesem Zusammenhang auf die Bundesverfassung, also das Grundgesetz. Auch das Bundesverwaltungsgericht hat seine Argumentation (aufgrund der Vorgaben des Revisionsrechts) im Wesentlichen auf die Regelung des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gestützt.

5 BVerfG, Beschluss vom 20. Juli 2010, 1 BvR 748/06.

6 Hierbei handelt es sich nicht um eine primär hochschulrechtliche, sondern eine dem allgemeinen Beamtenrecht zuzurechnende Frage. Vgl. auch *Gärditz, K. F.*, Die niedersächsische Stiftungshochschule vor dem Bundesverwaltungsgericht, *WissR* 43 (2010), S. 220–249 (223) sowie *Löwer, W.* Das Stiftungsmodell Universität – ein neuer Weg?, *WissR Beiheft* 15 (2005), S. 69–98 (94 ff.). Zu den verwaltungsprozessualen Problemen aufgrund der durch die Klagen hervorgerufenen aufschiebenden Wirkung *Fittschen, D.*, Universität Göttingen in der Trägerschaft einer Stiftung des öffentlichen Rechts?, *NdsVBl.* 2006, S. 216–219.

7 Sofern nämlich das Stiftungsmodell generell oder dessen Ausgestaltung im Einzelnen nicht mit dem Grundgesetz vereinbar sein sollte, ist auch die Übernahme der Beamten durch die Stiftung als verfassungswidrig anzusehen. Auch das BVerwG sah sich aus diesem Grund genötigt, zu diesen Fragen Stellung zu nehmen.

## 2 Der wesentliche rechtliche Rahmen der Stiftungsuniversität<sup>8</sup>

Nach § 55 Abs. 1 S. 1 NHG<sup>9</sup> kann eine Hochschule auf ihren Antrag durch eine Verordnung der Landesregierung in die Trägerschaft einer rechtsfähigen Stiftung des öffentlichen Rechts überführt werden. Mit der Errichtung der Stiftung wird diese nach § 55 Abs. 1 S. 5 NHG Eigentümerin der in der Verordnung genannten Grundstücke und dinglichen Rechte. Nach § 55 Abs. 2 NHG hat die Stiftung als Trägerin der Hochschule die Aufgabe, die Hochschule zu unterhalten und zu fördern. Sie übt die Rechtsaufsicht über die Hochschule aus (§ 55 Abs. 4 NHG), wahrt jedoch bei der Erfüllung ihrer Aufgaben die Selbstverwaltung der Hochschule (§ 55 Abs. 5 NHG). Nach § 56 Abs. 4 NHG erhält die Stiftung zur Erfüllung ihrer Aufgaben eine jährliche Finanzhilfe des Landes, die unter anderem zur Deckung des Lehrangebots und der Grundausstattung der Forschung dient.<sup>10</sup> Die Stiftung besitzt nach § 58 Abs. 1 NHG Dienstherrenfähigkeit; Dienstvorgesetzter der Hochschulbeamten ist der Präsident der Hochschule, der zugleich Präsident der Stiftung ist (§ 58 Abs. 1 und Abs. 3 NHG). Die Stiftung unterliegt ihrerseits der Rechtsaufsicht des Fachministeriums, § 62 Abs. 1 NHG. Die bisherigen in akademischer Selbstverwaltung wahrgenommenen Aufgaben der Hochschule werden durch das Stiftungsmodell nicht verändert. Aufgabenverschiebungen erfolgen damit allein vom Land auf die Stiftung.<sup>11</sup>

Organe der Stiftung sind nach § 59 NHG der Stiftungsrat und das Präsidium der Hochschule.<sup>12</sup> Letzteres ist zugleich ein Organ der Hochschule und nimmt damit eine Doppelstellung ein. Der Stiftungsrat besteht aus insgesamt sieben Mitgliedern (§ 60 NHG). Dabei handelt es sich um fünf mit dem Hochschulwesen vertraute, aber der Hochschule nicht angehörende Personen,<sup>13</sup> ein vom Senat zu bestimmendes Mitglied der Hochschule sowie einen Vertreter des Fachministeriums des Landes.<sup>14</sup> Die fünf der Hochschule nicht angehörenden Personen sind ehrenamtlich tätig und an Aufträge und Weisungen nicht gebunden (§ 60 Abs. 1 S. 3 NHG). Sie werden nach § 60 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 NHG im Einvernehmen mit dem Senat der Hochschule vom Fachministerium bestellt und können von diesem aus wichtigem Grund auch wieder entlassen werden.

Der Stiftungsrat berät die Hochschule, beschließt über Angelegenheiten der Stiftung von grundsätzlicher Bedeutung und überwacht die Tätigkeit des Präsidiums (§ 60 Abs. 2 S. 1 NHG). Diese Tätigkeit umfasst unter anderem folgende Aufgaben: Ernennung, Bestellung und Entlassung der

8 Siehe dazu auch *Ipsen, J.*, Hochschulen in Trägerschaft von Stiftungen des öffentlichen Rechts – Ein Beitrag Niedersachsens zur Hochschulreform?, NdsVBl. 2003, S. 1–6. Umfassend auch *Röpke* (Anm. 2), S. 52 ff. sowie *Pautsch, A.*, Autonomiegewinn durch Rechtsträgerwechsel? Das Modell der niedersächsischen Stiftungshochschule, Beiträge zur Hochschulforschung 2006, S. 28–48. Zu den unterschiedlichen Modellen in den Ländern auch *Hener, Y./Kaudelka, S./Kirst, S.*, Stiftungshochschulen in Deutschland – Ein Zukunftsmodell?, CHE Arbeitspapier 110, Oktober 2008, S. 23 ff.

9 Niedersächsisches Hochschulgesetz in der Fassung der Neubekanntmachung vom 26.02.2007 (NdsGVBl. S. 69), zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes zur Entwicklung der Fachhochschulen in Niedersachsen vom 18.06.2009 (NdsGVBl. S. 280).

10 Daneben dient die Finanzhilfe insbesondere der Ausstattung für fachliche Schwerpunkte und Sonderaufgaben, der Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses, der Erfüllung des Gleichstellungsauftrags und der Bauunterhaltung. Das tatsächlich der Stiftung zur Verfügung stehende Vermögen (im Wesentlichen Grundstücke) macht im Vergleich zu dieser Finanzhilfe damit nur einen sehr kleinen Teil aus.

11 Vgl. *Gärditz* (Anm. 6), S. 222.

12 Bei diesen beiden Organen bündelt sich damit praktisch die gesamte Entscheidungsgewalt über die Angelegenheiten der Hochschule, vgl. *Röpke* (Anm. 2), S. 72.

13 Diese sollen vornehmlich aus Wirtschaft, Wissenschaft oder Kultur stammen.

14 Damit ist der Stiftungsrat mehrheitlich mit Personen besetzt, die nicht der Hochschule angehören. Siehe auch *Gärditz* (Anm. 6), S. 223, der insoweit auf die Ähnlichkeit zu den in einigen Bundesländern vorgesehenen Hochschulräten hinweist.

Mitglieder des Präsidiums der Hochschule (jeweils auf Vorschlag des Senats der Hochschule),<sup>15</sup> Zustimmung zur Entwicklungsplanung der Hochschule sowie die Rechtsaufsicht über die Hochschule (§ 60 Abs. 2 S. 2 NHG). Grundsätzlich führt das Präsidium die laufenden Geschäfte der Stiftung, bereitet diese vor und führt sie durch (§ 61 Abs. 1 S. 1 NHG). Etwas anderes gilt allein für den Bereich der Rechtsaufsicht über die Hochschule bzw. das Präsidium. In diesen Fällen werden die Maßnahmen vom Stiftungsrat selbst vorbereitet und gegenüber der Hochschule<sup>16</sup> oder dem Präsidium durchgeführt (§ 60 Abs. 3 NHG).

### 3 Die generelle Zulässigkeit des Stiftungsmodells

#### 3.1 Allgemeine Grundsätze des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG

Nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG sind Forschung und Lehre frei. Damit wird die Wissenschaftsfreiheit des Grundgesetzes zunächst einmal als klassisches Freiheitsrecht in Form eines Abwehrrechts gegen den Staat konzipiert.<sup>17</sup> In dieser subjektiv-rechtlichen Bedeutung erschöpft sich die Wissenschaftsfreiheit allerdings nicht; sie wird vielmehr durch einzelne objektive Prinzipien ergänzt, die im Kern der Verstärkung der subjektiven Garantien dienen, indem sie eine freie Ausübung der Wissenschaft erst ermöglichen.<sup>18</sup> Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, dem sich das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung ausdrücklich anschließt, folgt aus Art. 5 Abs. 3 GG insoweit die Pflicht des Staates, die personellen, finanziellen und organisatorischen Mittel bereitzustellen, um die Pflege der freien Wissenschaft und ihre Vermittlung an die nachfolgende Generation zu ermöglichen und zu fördern.<sup>19</sup> Der Staat (bzw. das jeweilige Land) muss daher insbesondere funktionsfähige Institutionen für einen freien Wissenschaftsbetrieb zur Verfügung stellen.<sup>20</sup> Eine völlige „Entstaatlichung“ der Hochschulen wäre mit diesen Vorgaben jedenfalls nicht vereinbar.<sup>21</sup> Auch wenn im Hinblick auf das niedersächsische Stiftungsmodell immer wieder dieser Begriff der Entstaatlichung angeführt wird,<sup>22</sup> kommt es zu einer solchen jedoch gerade nicht. Der Staat (genauer: das Land Niedersachsen) zieht sich aus dem Hochschulwesen keineswegs vollständig zurück.<sup>23</sup> Zwar wird das bisher bestehende unmittelbare Band zwischen Staat und Hochschule tatsächlich gekappt,<sup>24</sup> über die Stiftung wird jedoch eine mittelbare Verknüpfung dieser beiden Einheiten weiterhin aufrecht erhalten. Die Stiftung selbst steht nämlich in der Trägerschaft des Landes, so dass sie nunmehr als Mittler zwischen Hochschule und Staat fungiert.<sup>25</sup> Zudem wer-

15 Vgl. § 38 Abs. 2 und § 40 NHG.

16 Dabei wirkt das Mitglied der Hochschule, welches dem Stiftungsrat angehört nicht mit, § 60 Abs. 3 S. 3 NHG.

17 Siehe etwa BVerfGE 50, 290 (337) sowie v. Brünneck, A., Verfassungsrechtliche Probleme der öffentlich-rechtlichen Stiftungshochschule, WissR 35 (2002), S. 21–44 (24 ff.).

18 Vgl. Starck, C., in: v. Mangoldt, H./Klein, F./Starck, C. (Hrsg.), Grundgesetz Band 1, 6. Auflage, München 2010, Art. 5 Abs. 3, Rn. 292; Bethge, H., in: Sachs, M. (Hrsg.), Grundgesetz, 5. Auflage, München 2009, Art. 5, Rn. 201, 217 ff.; Kempen, B., in: Epping, V./Hillgruber, C. (Hrsg.), Grundgesetz, München 2009, Art. 5, Rn. 186 ff.; Geis, M.-E., Das Selbstbestimmungsrecht der Universitäten, WissR 37 (2004), S. 2–25 (12 ff., 16 ff.); Smeddinck, U., Die deregulierte Hochschule, DÖV 2007, S. 269–279 (272 f.); v. Brünneck (Anm. 17), S. 27 ff. Ausführlich zu diesen Inhalten Gärditz, K. F., Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, Tübingen 2009, S. 312 ff.

19 BVerfGE 35, 79 (114 f.); BVerwG (Anm. 3), Rn. 41. Siehe auch Röpke (Anm. 2), S. 41 ff.

20 BVerfGE 35, 79 (115); BVerwG (Anm. 3), Rn. 41.

21 Bethge (Anm. 18), Rn. 218.

22 So bereits der niedersächsische Landtag, LT-DS 14/2541, S. 60–62. Aus der Literatur etwa Geis, (Anm. 18), S. 5; Smeddinck (Anm. 18), S. 274; Palandt, K., Stiftungshochschulen, HSW 2002, S. 202–206 (203); Pautsch (Anm. 8), S. 38; v. Brünneck (Anm. 17), S. 21.

23 Vgl. auch Gärditz (Anm. 6), S. 224.

24 Siehe auch Ipsen (Anm. 8), S. 2 f.

25 Koch, T., Verfassungsfragen eines neuen Hochschulrechts für Niedersachsen, WissR 34 (2001), S. 56–81 (56, 64).

den bisher vom Staat wahrgenommene Aufgaben zwar nunmehr von der Stiftung im eigenen Namen erfüllt,<sup>26</sup> diese untersteht indes ihrerseits der Rechtsaufsicht des Landes. Einer solchermaßen (ohne Zweifel herbeigeführten) größeren Staatsferne<sup>27</sup> steht Art. 5 Abs. 3 GG jedoch nicht von vornherein entgegen. Auch das Bundesverwaltungsgericht stellt insofern zu Recht fest, dass „der Landesgesetzgeber [...] nicht auf bestimmte Organisationsstrukturen und Finanzierungsmodelle festgelegt [ist].“<sup>28</sup> Tatsächlich besteht damit jedenfalls aus verfassungsrechtlicher Perspektive eine grundsätzliche Organisationsfreiheit des Landesgesetzgebers,<sup>29</sup> die aufgrund der Formenwahlfreiheit des Verwaltungsrechts auch nicht auf bestehende einfachrechtliche privatrechtliche Organisationsformen begrenzt wird.<sup>30</sup> Der vereinzelt erhobene Vorwurf des „Formenmissbrauchs“<sup>31</sup> ist insofern jedenfalls aus verfassungsrechtlicher Sicht unbeachtlich. Entscheidend ist allein, dass das letztlich gewählte Organisationsmodell geeignet erscheint, die freie Wissenschaft zu erhalten und zu fördern.<sup>32</sup> Abgesehen von der Frage staatlicher Aufsicht, die vorliegend erst im Zusammenhang mit dem Aufsichtsorgan, dem Stiftungsrat, erläutert werden soll (5.), betrifft dies vor allem die fortbestehende Finanzierungsverantwortung des Staates.

### 3.2 Die Finanzierungsverantwortung des Staates

Bereits das Bundesverfassungsgericht hat in einer frühen Entscheidung richtig ausgeführt, dass in der heutigen Zeit praktisch nur noch der Staat über ausreichende Mittel verfügt, um eine angemessene Hochschulfinanzierung (dauerhaft) zu gewährleisten.<sup>33</sup> Insbesondere in den Naturwissenschaften könnte ohne die Garantie staatlicher Finanzierung keine unabhängige Forschung und wissenschaftliche Lehre mehr betrieben werden. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG begründet daher eine Finanzierungsverantwortung des Staates für die Hochschulen, die unabhängig von der konkret gewählten Organisationsform besteht. Zutreffend stellt insofern auch das Bundesverwaltungsgericht fest, dass es nicht darauf ankommt, ob die Hochschule unmittelbar vom Staat oder – wie im Falle der Stiftung – mittelbar (nämlich über die Stiftung) finanziert wird, solange der Wissenschaftsbetrieb an der Hochschule und die freie wissenschaftliche Betätigung strukturell nicht gefährdet werden.<sup>34</sup> Eine solche strukturelle Gefährdung sieht das Bundesverwaltungsgericht im Stiftungsmodell jedoch nicht angelegt. Das Land nehme seine Finanzierungsverantwortung nämlich dadurch wahr, dass es der Stiftung aus Haushaltsmitteln die jährliche Finanzhilfe zur Verfügung

26 Vgl. § 55 Abs. 3, Abs. 4 NHG.

27 Ohnehin weist das gesamte Hochschulwesen im Hinblick auf die jeweils bestehende Staatsnähe bzw. Staatsferne beträchtliche Schwankungen auf. Vgl. nur *Ipsen, J.*, Hochschulen als Stiftungen des öffentlichen Rechts?, NdsVBl. 2000, S. 240–244 (241).

28 BVerwG (Anm. 3), Rn. 41.

29 Richtig insoweit *Starck* (Anm. 18), Rn. 389: „Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG fordert nicht ein ganz bestimmtes Organisationsmodell der Selbstverwaltung und verlangt auch nicht einen Bestandsschutz der überkommenen deutschen Universitätsstruktur.“ Siehe auch *Pernice, I.*, in: Dreier, H. (Hrsg.), Grundgesetz, Band I, 2. Auflage, Tübingen 2004, Art. 5 III, Rn. 21, 52, 57; *Geis* (Anm. 18), S. 14; *Pausch* (Anm. 8), S. 42 f.; *Herfurth, R./Kirmse, D.*, Die Stiftungsuniversität, WissR 36 (2003), S. 51–67 (52) sowie BVerfG, Beschluss vom 20. Juli 2010, 1 BvR 748/06, Rn. 93.

30 Zutreffend *Gärditz* (Anm. 6), S. 225.

31 So etwa *Behrends, O.*, Eine „Stiftung“ als Trägerin und Leitungselement einer Körperschaft. Miß- und Fehlgebrauch rechtlicher Institutionen, in: Behrends, O. (Hrsg.), Göttingen Stiftungsuniversität?, Göttingen 2003, S. 17 ff., 29 ff. Ob es sich also um eine „wirkliche“ Stiftung handelt, ist aus der Perspektive des Art. 5 Abs. 3 GG irrelevant.

32 Vgl. *Kaluza, C.*, Zur verfassungs- und dienstrechtlichen Problematik der niedersächsischen Stiftungsuniversitäten am Beispiel der Georg-August-Universität Göttingen, NdsVBl. 2007, S. 233–238 (235); *Pernice* (Anm. 29), Rn. 52; v. *Brünneck* (Anm. 17), S. 28. Vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 20. Juli 2010, 1 BvR 748/06, Rn. 91.

33 BVerfGE 35, 79 (115).

34 BVerwG (Anm. 3), Rn. 41.

stelle, wodurch diese den Betrieb der Hochschule gewährleiste.<sup>35</sup> Diese Finanzhilfe sei nach Aufwendungen für einzelne Aufgaben und Bereiche der Hochschule aufgeschlüsselt, woran die Stiftung gebunden sei. Die Höhe der Aufwendungen werde nach den grundlegenden Entwicklungs- und Leistungszielen der Hochschule bemessen, die sich aus der für mehrere Jahre abgeschlossenen Zielvereinbarung zwischen Fachministerium, Hochschule und Stiftung ergäben. Zudem stelle das Land die Mittel für Besoldung, Versorgung und Beihilfe der Beamten der Stiftung.<sup>36</sup> Tatsächlich erscheint die Finanzierung der Hochschule damit durch die Zwischenschaltung der Stiftung im Grundsatz nicht gefährdet. Unerwähnt bleibt vom Bundesverwaltungsgericht freilich die Tatsache, dass diese finanziellen Mittel zunächst einmal allein der Stiftung zur Verfügung gestellt werden. Über die Verteilung dieser Finanzmittel im Einzelnen entscheidet anschließend die Stiftung selbst, wobei strikte gesetzliche Vorgaben fehlen. *Gärditz* weist insoweit zu Recht darauf hin, dass allein die Zuweisung ausreichender Mittel an die Stiftung eine freie Wissenschaft damit nicht automatisch sicherstellt, solange nicht gewährleistet ist, dass diese Mittel anschließend auch wissenschaftsadäquat eingesetzt werden.<sup>37</sup> Die erwähnten Zielvereinbarungen stellen eine solche Verwendung angesichts ihrer notwendigen Allgemeinheit und Laufzeit über mehrere Jahre<sup>38</sup> allein nicht sicher. Insofern erscheint es durchaus fraglich, ob das gewählte Modell den Anforderungen der Finanzierungsverantwortung gerecht wird. Dies hängt insbesondere davon ab, inwieweit den Grundrechtsträgern, also der Gruppe der Hochschullehrer, ein ausreichender Einfluss auf die Mittelvergabe im Einzelnen zukommt, da jedenfalls dann eine wissenschaftsadäquate Verwendung sichergestellt wäre. Das leitet über zu der allgemeinen Frage, ob und inwieweit die Stiftungsorgane (also der Stiftungsrat und das Präsidium) generell als ausreichend legitimiert angesehen werden können, über wissenschaftsrelevante Angelegenheiten (zu denen eben auch die Verteilung der Finanzmittel gehört)<sup>39</sup> zu entscheiden.

#### 4 Die Rolle der Stiftungsorgane in Wissenschaftsfragen

Die Freiheit der Wissenschaft nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG verlangt vom Gesetzgeber, dass dieser die Wissenschaftsadäquanz der Entscheidungen in wissenschaftsrelevanten Angelegenheiten sicherstellt. Das ist – auch nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts – nur dann sichergestellt, wenn der Gruppe der Hochschullehrer in diesen Bereichen zumindest maßgeblicher, in Fragen der Forschung ausschlaggebender, Einfluss eingeräumt ist, was wiederum voraussetzt, dass dieser Gruppe die absolute Mehrheit der Stimmen in dem entscheidungszuständigen Gremium zusteht.<sup>40</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat dieses grundsätzliche Erfordernis in einer unlängst ergangenen Entscheidung noch einmal bekräftigt.<sup>41</sup> Erforderlich ist folglich eine ausreichende Legitimation solcher Entscheidungen, wobei sich als Legitimationssubjekt in diesen Wissenschaftsfragen allerdings nicht das Staatsvolk, sondern die Gruppe der Hochschullehrer (die Verbandsmitglieder als Grundrechtsträger) präsentiert. Angesichts dieser Ausführungen ist es zumindest überraschend, wenn das Bundesverwaltungsgericht unmittelbar zuvor ausführt, dass der demokratisch legiti-

35 Vgl. §§ 56 Abs. 3 Nr. 1, 57 NHG.

36 BVerwG (Anm. 3), Rn. 42.

37 *Gärditz* (Anm. 6), S. 226 f.

38 Vgl. § 1 Abs. 3 NHG.

39 Das BVerfG hat in seinem Beschluss vom 20. Juli 2010, 1 BvR 748/06, Rn. 112 ausdrücklich festgehalten, dass die Zuweisung von Mitteln und die Zuordnung von Stellen wissenschaftsrelevant sind. Siehe auch *Geis* (Anm. 18), S. 17: „Eine Gefahr für die Wissenschaftsfreiheit besteht heute weniger in direkten inhaltlichen Vorgaben als vielmehr in der mittelbaren Einflussnahme durch gesteuerte Finanzausstattung und die Ausgestaltung der Binnenstrukturen.“

40 BVerwG (Anm. 3), Rn. 51.

41 BVerfG, Beschluss vom 20. Juli 2010, 1 BvR 748/06, Rn. 90 ff.

mierte Gesetzgeber grundsätzlich nicht gehindert ist, „Entscheidungs- und Mitwirkungsbefugnisse in wissenschaftsrelevanten, d. h. Forschung und Lehre betreffenden Angelegenheiten der Hochschule auf Gremien zu übertragen, die sowohl gegenüber dem Fachministerium als auch gegenüber den Organen der Hochschule unabhängig sind.“<sup>42</sup> Ein solches Gremium hängt im Hinblick auf seine Legitimation buchstäblich in der Luft und wie ein solcher Zustand mit den zuvor geäußerten Prämissen des maßgeblichen bzw. ausschlaggebenden Einflusses der Gruppe der Hochschullehrer zusammenpassen soll, erscheint jedenfalls nicht unmittelbar ersichtlich<sup>43</sup> und ist daher auch im Vorfeld der Entscheidung vielfach als grundsätzliches Defizit des Stiftungsmodells kritisiert worden.<sup>44</sup> Das Bundesverwaltungsgericht geht hingegen davon aus, dass dieser notwendige Einfluss auch dann gewährleistet wird, sofern dem Senat der Hochschule dauerhaft ausschlaggebender Einfluss auf die personelle Zusammensetzung der Stiftungsorgane eingeräumt wird. Es ist also nicht erforderlich, dass der mehrheitlich aus Hochschullehrern bestehende Senat selbst entscheidet, sofern er zumindest die Besetzung der entscheidenden Organe maßgeblich bzw. ausschlaggebend und dauerhaft determinieren kann. Eine solchermaßen durchgeführte Verlängerung der Legitimationskette ist in der Tat möglich, setzt aber voraus, dass der vermittelte Einfluss insgesamt ein ausreichendes „Niveau der Partizipation der Grundrechtsträger“<sup>45</sup> garantiert. Betrachtet man die Regelungen des NHG im Hinblick auf diese Vorgaben, so ergibt sich folgender Befund: Nach § 60 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 NHG werden zunächst die ehrenamtlichen Mitglieder des Stiftungsrates im Einvernehmen mit dem Senat vom Ministerium ernannt. Zwar findet insofern keine Wahl durch den Senat statt, immerhin ist aber sichergestellt, dass „niemand gegen den Willen des Senats Mitglied des Stiftungsrats werden“<sup>46</sup> kann. Auch das Bundesverfassungsgericht sieht einen solchermaßen begründeten Einfluss im Hinblick auf die Besetzung eines Gremiums zunächst einmal als ausreichend an.<sup>47</sup> Für die Sicherstellung eines hinreichenden und dauerhaften Legitimationsniveaus insgesamt kann dies freilich schwerlich ausreichen, schon angesichts der gegenüber dem Stiftungsrat kürzeren Amtszeit des Senats<sup>48</sup> könnten einem neu gewählten Senat ansonsten Stiftungsratsmitglieder (wenn auch nur für einen begrenzten Zeitraum) „aufgezwungen“ werden. Der Einfluss bei der Ernennung der Stiftungsratsmitglieder muss daher zwingend mit einem entsprechenden Mitwirkungsrecht bei der Entlassung einhergehen, wenn der Einfluss tatsächlich als „dauerhaft“ angesehen werden soll, da andere wirksame Einfluss-, Kontroll-, Veto- und Informationsrechte des Senats nicht bestehen. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Notwendigkeit in seiner Entscheidung zum hamburgischen Hochschulgesetz ebenfalls betont: Die weitreichenden Befugnisse des (hamburgischen) Dekanats seien aufgrund der fehlenden Befugnis des Fakultätsrats zu dessen Abwahl mit den Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG nicht vereinbar.<sup>49</sup> Allein die Tatsache, dass der Fakultätsrat die Möglichkeit habe, mit einer Mehrheit von drei Vierteln dem Präsidium die Abwahl des Dekans vorzuschlagen, sei schon aufgrund der sich aus dem Wortlaut ergebenden fehlenden Bindung des Präsidiums an diesen Vorschlag nicht als ausreichend anzusehen.<sup>50</sup> Ein solches ausdrückliches Abwahlrecht im Hinblick auf die Mitglieder des Stiftungsrats

42 BVerwG (Anm. 3), Rn. 51.

43 Vgl. auch *Gärditz* (Anm. 6), S. 239: „Unabhängigkeit gepaart mit inhaltlicher Entscheidungsfreiheit ist hingegen selbstherrliche, verantwortungsfreie Autokratie in einem legitimationsabstinenten Niemandsland.“

44 Vgl. nur *Braukmann*, M., Mangelnde demokratische Legitimation und funktionswidrige Organisationsstrukturen der niedersächsischen Stiftungsuniversitäten, JZ 2004, S. 662–666. Anders hingegen v. *Brünneck* (Anm. 17), S. 29. Dieser erkennt jedoch, dass der Stiftungsrat eben nicht nur ehemals staatliche, sondern auch wissenschaftsrelevante Aufgaben übernimmt.

45 BVerfG, Beschluss vom 20. Juli 2010, 1 BvR 748/06, Rn. 94.

46 BVerwG (Anm. 3), Rn. 53.

47 BVerfG, Beschluss vom 20. Juli 2010, 1 BvR 748/06, Rn. 126.

48 Vgl. *Braukmann* (Fn 44), S. 663.

49 BVerfG, Beschluss vom 20. Juli 2010, 1 BvR 748/06, Rn. 129 f.

50 BVerfG, Beschluss vom 20. Juli 2010, 1 BvR 748/06, Rn. 130.

sucht man freilich auch im niedersächsischen Stiftungsmodell vergeblich. Vielmehr erfolgt eine Entlassung allein „aus wichtigem Grund durch das Fachministerium.“<sup>51</sup> Das Bundesverwaltungsgericht erkennt das daraus resultierende Legitimationsproblem und behilft sich an dieser Stelle mit einer durchaus als kühn zu bezeichnenden „verfassungskonformen Auslegung“. Danach sei bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs des wichtigen Grundes dem verfassungsrechtlich gebotenen Einfluss des Senats Rechnung zu tragen.<sup>52</sup> So könne der Senat die Voraussetzungen einer Entlassung in der Grundordnung der Hochschule konkretisieren (§ 41 Abs. 1 S. 1 NHG). Unabhängig davon müsse dem Vorschlag des Senats zudem maßgebende Bedeutung für die Entscheidung des Fachministeriums zukommen. Dies gelte sowohl für durch den Senat initiierte Entlassungsverfahren als auch für die Ablehnung einer vom Fachministerium ins Auge gefassten Entlassung. Das Fachministerium wandelt sich dadurch praktisch zum reinen Vollzugsorgan des Senats.<sup>53</sup> Wie dieser Prozess in der Praxis im Einzelnen aussehen soll, wird vom Bundesverwaltungsgericht allerdings nicht näher ausgeführt. Da es sich aus der Perspektive des Bundesverwaltungsgerichts um verfassungsrechtlich zwingende Vorgaben handelt, wird man es für zulässig ansehen müssen, dass das genaue Verfahren ebenfalls in der Grundordnung der Hochschule näher konkretisiert wird. Was die Besetzung des Präsidiums angeht, behilft sich das Bundesverwaltungsgericht ebenfalls mit einer verfassungskonformen Auslegung, die freilich aufgrund der bereits gesetzlich vorgesehen Mitwirkungspflicht des Senats sowohl bei der Besetzung als auch bei der Entlassung weniger problematisch erscheint: In beiden Fällen ergebe sich aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben eine Bindung des Stiftungsrats an den jeweiligen Vorschlag des Senats, der zudem an den Vorschlag der Findungskommission nicht gebunden sei. Hier ist es also der Stiftungsrat, der zum verlängerten Arm des Senats mutiert. Immerhin: Der durch diese „Auslegung“ erzielte Zustand erweist sich im Ergebnis damit wohl tatsächlich als mit den verfassungsrechtlichen (vom Bundesverfassungsgericht noch einmal betonten) Vorgaben vereinbar. Der Senat kann sowohl die Bestellung als auch die Entlassung der Stiftungsratsmitglieder und der Mitglieder des Präsidiums „maßgeblich“ beeinflussen. Damit wird man zugleich die oben angesprochene Finanzierungsverantwortung des Staates als gewahrt ansehen können.

Das Problem verlagert sich nunmehr freilich auf das Feld der juristischen Methodik, genauer der Grenzen verfassungskonformer Auslegung. Schranken unterliegt diese „zum gesicherten Methodenbestand der Rechtswissenschaft“<sup>54</sup> gehörende Form der Auslegung jedenfalls dort, wo sie mit dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch tritt oder wo sie das gesetzgeberische Ziel in einem wesentlichen Punkt verfehlen oder verfälschen bzw. einem klaren Wortlaut einen geradezu entgegen gesetzten Sinn geben würde.<sup>55</sup> Diese Grenzen zu wahren ist notwendig auch und gerade im Hinblick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung. Tatsächlich kann sich eine extensive verfassungskonforme Auslegung nämlich als sehr viel gravierenderer Eingriff in die legislativen Kompetenzen darstellen, als die schlichte Erklärung der Verfassungswidrigkeit.<sup>56</sup> Angesichts des Wortlauts der vom Bundesverwaltungsgericht herangezogenen

51 § 60 Abs. 1 S. 2 NHG.

52 BVerwG (Anm. 3), Rn. 54.

53 Gärditz (Anm. 6), S. 241 spricht davon, dass das Ministerium zum bloßen Notar der materiell vom Senat zu treffenden Personalentscheidungen werde.

54 Lüdemann, J., Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, JuS 2004, S. 27–30 (27).

55 Tettinger, P./J./Mann, T., Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 4. Auflage, München 2009, Rn. 274. Generell zur verfassungskonformen Auslegung auch Schlaich, K./Korioth, S., Das Bundesverfassungsgericht, 8. Auflage 2010, Rn. 440 ff. sowie – speziell zur Vorgehensweise der Fachgerichte – Voßkuhle, A., Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte, AöR 125 (2000), S. 177–201.

56 So zutreffend Lüdemann (Anm. 54), S. 29 sowie Naumann, K., Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen gebundener Entscheidungen, DÖV 2011, 96–104 (100). Siehe auch die Überlegungen bei Voßkuhle (Anm. 55), S. 185 ff.

Bestimmungen (jedenfalls im Hinblick auf den Stiftungsrat) und der Degradierung des Fachministeriums bzw. des Stiftungsrats zu einem verlängerten Hebel des Senats, erscheint es doch als sehr zweifelhaft, ob diese notwendigen Grenzen hier gewahrt wurden. Immerhin sah sich selbst das Bundesverfassungsgericht zu einer solch weitgehenden verfassungskonformen Auslegung in seiner Entscheidung zum hamburgischen Hochschulgesetz nicht in der Lage, obwohl dort sogar ein Vorschlagsrecht des Fakultätsrats für die Abwahl des Dekans bestand, das als Anknüpfungspunkt für eine solche Interpretation – wie hier im Falle des Präsidiums – in Betracht gekommen wäre. Eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG wäre aus dieser Perspektive damit die weit bessere Lösung gewesen. Ob eine solche tatsächlich vor allem wegen der überzogenen Substantiierungsanforderungen im Rahmen von Richtervorlagen<sup>57</sup> unterblieben ist, wie *Gärditz* annimmt,<sup>58</sup> kann nur spekuliert werden. Jedenfalls erscheint es doch mehr als fraglich, ob diese durch „Auslegung“ gefundene Lösung des Bundesverwaltungsgerichts im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde Bestand haben wird.

## 5 Der Stiftungsrat als Aufsichtsorgan

Abgesehen von den skizzierten Kompetenzen in wissenschaftlichen Angelegenheiten ist der Stiftungsrat vor allem als Aufsichtsorgan über die Hochschule und das Präsidium konzipiert.<sup>59</sup> Nach § 55 Abs. 3 S. 1 NHG nimmt zwar zunächst einmal die Stiftung als Ganzes die Rechtsaufsicht über die Hochschule wahr. Da das Präsidium aufgrund seiner Doppelrolle als Stiftungs- und Hochschulorgan jedoch notwendigerweise für eine Aufsicht über die Hochschule und sich selbst nicht in Betracht kommt, ist diese Aufgabe nach § 60 Abs. 2 Nr. 7 NHG allein dem Stiftungsrat übertragen worden. Für das Bundesverwaltungsgericht ist eine solchermaßen bestehende Rechtsaufsicht nicht nur im Grundsatz verfassungsrechtlich gestattet, sondern vielmehr zwingend erforderlich: „Die aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG folgende Verantwortung des Landes für den freien Wissenschaftsbetrieb an den Hochschulen erfordert eine wirkungsvolle Rechtsaufsicht.“ Eine nähere Begründung des in dieser Form jedenfalls in der Rechtsprechung noch nicht vertretenen Junktims sucht man allerdings vergeblich. Es scheint auch zunächst einmal dem Gedanken der größtmöglichen Autonomie der Hochschulen zu widersprechen, der bei praktisch allen neueren Reformüberlegungen Pate steht.<sup>60</sup> Dennoch steckt dahinter ein durchaus treffender Gedanke: größere Autonomie der Hochschule geht nämlich nicht zwingend auch mit größerer Autonomie der Grundrechtsträger einher.<sup>61</sup> Die Selbstorganisation der Hochschule kann also durchaus zu einer Situation führen, in der die individuelle Wissenschaftsfreiheit zur kleinen Münze verkommt.<sup>62</sup> Wenngleich die

57 Zu diesen siehe nur *Heun, W.*, Normenkontrolle, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, Tübingen 2001, S. 615–639 (625).

58 *Gärditz* (Anm. 6), S. 246 f.

59 Vgl. *Braukmann* (Anm. 44), S. 665.

60 Vgl. auch *Geis* (Anm. 18), S. 4 f. Zu den verschiedenen „Hochschulleitbildern“ siehe *Smeddinck* (Anm. 18), S. 270 ff. Siehe aber *Bull, H. P./Mehde, V.*, Reform der Hochschulorganisation – die populären Modelle und ihre Probleme, JZ 2000, S. 650–659 (651 f.), die auf die Unklarheiten bzgl. der im Einzelnen verfolgten Ziele hinweisen.

61 So zutreffend bereits *Gärditz* (Anm. 6), S. 228 f. Deutlich auch *Geis* (Anm. 18), S. 5 ff. Zu kritisieren ist vor allem die zunehmende Ökonomisierung der Hochschulen, die vor allem kleinere Fächer und Fakultäten in einen permanenten Rechtfertigungsdruck zwingt. Vgl. etwa *Hufeld, U.*, Staatlicher Schutz der Universitas litterarum, DÖV 2002, S. 309–318. Die Bedenken jedenfalls in Bezug auf das Modell Stiftungsuniversität nicht teilend hingegen *Pautsch* (Anm. 8), S. 45.

62 Plastisch *Gärditz* (Anm. 6), S. 229: „[...] könnten sich schnell rechtsfreie Ghettos akademischer Parallelgesellschaften herausbilden, in denen die Bindung an die individuelle Wissenschaftsfreiheit ‚pragmatisch‘ nur noch als Frage tagespolitischer Opportunität gehandhabt wird und zur bloßen – durch Hierarchisierung einseitig zugunsten der Leitungsorgane vorgezeichneten – Machtfrage verkommt.“



bloße Rechtsaufsicht – schon aufgrund des Fehlens vorgezeichneter und konkreter rechtlicher Maßstäbe – kaum alle damit verbundenen Gefahren beseitigen kann, erscheint sie insofern tatsächlich als ein Mittel, um diese zumindest zu reduzieren, indem staatliche Organe jedenfalls bei offensichtlichen Missständen einschreiten. Grundrechte dienen in dieser Lesart also nicht mehr allein zur Abwehr und Mäßigung,<sup>63</sup> sondern zur Begründung effektiver Rechtsaufsicht, um individuelle Wissenschaftsfreiheit sicherzustellen. Wenngleich diese durchaus innovativen Gedanken des Bundesverwaltungsgerichts in der Tendenz durchaus zu begrüßen sind, stößt freilich die Übertragung dieser (notwendigen) Aufsichtsfunktion gerade auf den Stiftungsrat auf zwei Probleme, von denen das Bundesverwaltungsgericht freilich nur eines anspricht, was zudem keiner überzeugenden Lösung zugeführt wird.

### 5.1 Der Stiftungsrat als defizitäres Aufsichtsorgan

Zunächst stellt sich die Frage, ob der Stiftungsrat angesichts seiner Zusammensetzung und Kompetenzen überhaupt in der Lage ist, die in dieser Form (verfassungsrechtlich) geforderte effektive Rechtsaufsicht durchzuführen. Problematisch ist zunächst, dass der Stiftungsrat bei seiner Tätigkeit grundsätzlich vom Präsidium unterstützt wird, indem dieses seine Beschlüsse vorbereitet und anschließend ausführt (§ 61 Abs. 1 S. 1 NHG). Zwar wird diese Zusammenarbeit für den Bereich der Rechtsaufsicht formell ausgeschlossen. Schon angesichts des fortbestehenden Anwesenheitsrechts des Präsidiums bei den Beratungen des Stiftungsrats nach § 60 Abs. 4 NHG – auch in Angelegenheiten der Aufsicht – wird sich ein maßgeblicher Einfluss des Präsidiums (und damit eines an sich der Aufsicht unterliegenden Hochschulorgans) faktisch kaum vermeiden lassen.<sup>64</sup> Es kommt also zwangsläufig zu einer personellen Vermischung von Aufsichtssubjekt und Aufsichtsobjekt, die dem Aufsichtskonzept diametral entgegensteht.<sup>65</sup> Hinzu kommt die Tatsache, dass das Hochschulgesetz zwar die formelle Trennung des Stiftungsrats vom Präsidium anordnet, es zugleich aber völlig offen lässt, wie der Stiftungsrat die für eine effektive Rechtsaufsicht notwendigen Informationen ohne Hilfe des Präsidiums überhaupt erlangen soll. Schon aufgrund der Besetzung mit mehrheitlich ehrenamtlichen Mitgliedern ohne eigene Mitarbeiter oder Geschäftsstelle, bleibt damit völlig unklar, wie dieser eine effektive Rechtsaufsicht wahrnehmen soll.<sup>66</sup> Auch für das Bundesverwaltungsgericht ergeben sich angesichts dieses Befundes „durchgreifende Zweifel, ob er [der Stiftungsrat] in der Lage ist, die Hochschule, insbesondere deren Präsidium, wirkungsvoll zu beaufsichtigen.“<sup>67</sup> Die Lösung dieses Problems sieht das Bundesverwaltungsgericht in einer Stärkung der Rolle des Fachministeriums. Diesem komme die Aufgabe zu, eine wirkungsvolle Rechtsaufsicht des Stiftungsrats sicherzustellen.<sup>68</sup> Ausgangspunkt ist dabei die Überlegung, dass die Stiftung ihrerseits der Rechtsaufsicht des Fachministeriums unterliegt und bei der Ausübung der Rechtsaufsicht an die Weisungen des Fachministeriums gebunden ist (§ 62 Abs. 1 und 2 NHG). Diese Vorschrift sei verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass das Fachministerium nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet sei, die Ausübung der Rechtsaufsicht durch den Stiftungsrat inhaltlich uneingeschränkt zu steuern. Insbesondere müsse das Fachministerium den

63 Abgewehrt wird eine Fachaufsicht, gemäßigt die verbleibende Rechtsaufsicht. Vgl. nur *Starck* (Anm. 18), Rn. 398 sowie *Gärditz* (Anm. 18), S. 383.

64 *Starck*, Die „Stiftung“ der Landesuniversität, in: Behrends, O. (Hrsg.), Göttingen Stiftungsuniversität?, Göttingen 2003, S. 65–80 (72); *Gärditz* (Anm. 6), S. 233.

65 Das Aufsichtsmodell setzt ganz grds. die Trennung von Aufsichtssubjekt und Aufsichtsobjekt voraus und unterscheidet sich damit von allen Formen der Selbstverwaltung.

66 *Braukmann* (Anm. 44), S. 665.

67 BVerwG (Anm. 3), Rn. 45.

68 BVerwG (Anm. 3), Rn. 46 f.

Stiftungsrat bei der Aufklärung möglicherweise aufsichtsrelevanter Vorgänge und bei der Vorbereitung von Aufsichtsmaßnahmen unterstützen. Das Weisungsrecht dürfe also nicht zurückhaltender wahrgenommen werden als die Rechtsaufsicht über Hochschulen in der Trägerschaft des Landes nach § 51 Abs. 1 NHG. Diese vom Bundesverwaltungsgericht gefundene Lösung ist freilich schon deshalb wenig überzeugend, da sie das Problem der Vermischung von Aufsichtsobjekt (hier nun die Stiftung) und Aufsichtssubjekt (das Fachministerium) lediglich auf die nächst höhere Stufe verlagert. Von einem effektiven Aufsichtsverhältnis zwischen Stiftungsrat und Fachministerium kann in einer solchen Situation jedenfalls nicht gesprochen werden. Das ohnehin schon bestehende Problem, dass ein Mitglied des Stiftungsrats vom Fachministerium entsandt wird, so dass eine für die Rechtsaufsicht zuständige Person bereits dem zu beaufsichtigenden Organ angehört,<sup>69</sup> wird dadurch zusätzlich verschärft. Es erscheint damit erneut zweifelhaft, ob die vom Bundesverwaltungsgericht gefundene Lösung vor dem Hintergrund der mit dem Stiftungsmodell verfolgten gesetzgeberischen Zwecke verfassungsrechtlich überzeugen kann – zumal das Problem des besonderen faktischen Einflusses des Präsidiums auf den Stiftungsrat nur bedingt gelöst wird.

## 5.2 Die demokratische Legitimation des Stiftungsrats

Das zweite – vom Bundesverwaltungsgericht nicht explizit angesprochene – Problem betrifft die notwendige demokratische Legitimation des Stiftungsrats, wenn dieser seine Funktion als Aufsichtsorgan ausübt. Diese Aufsichtstätigkeit bedarf als hoheitliche Tätigkeit der demokratischen Legitimation in Form einer Rückbindung an das Volk im Sinne des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG. Ausdrücklich ausgeschlossen ist in diesem Bereich hingegen eine Legitimation über die Grundrechtsträger selbst, da sich Aufsicht nicht als eine Form der Selbstverwaltung, sondern als originäres Staatshandeln präsentiert. Es wäre insofern auch widersinnig, den Hochschulmitgliedern die Legitimationslast für das eigene Aufsichtsorgan zuzuweisen. Hier sind also zwei Legitimationsstränge zu unterscheiden, die jeweils unterschiedliche Funktionen erfüllen und in diesem Sinne auch nicht austauschbar sind.<sup>70</sup> Notwendig ist also nicht irgendeine, sondern stets die funktionell angemessene Legitimation. Entscheidend ist damit auch für den Stiftungsrat, dass er sich im Hinblick auf die Aufsichtsfunktion auf eine hinreichende funktionell angemessene Legitimation berufen kann. Festzuhalten ist insoweit zunächst, dass jedenfalls eine gewisse Bindung des Stiftungsrats an das Fachministerium besteht. Immerhin unterliegt der Stiftungsrat gerade für den Bereich der Rechtsaufsicht seinerseits den Weisungen des Ministeriums. Jedenfalls eine sachlich-inhaltliche Legitimation im Sinne des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG wird man dem Stiftungsrat insofern nicht absprechen können. Über die Frage, ob diese materielle Legitimation auch ein hinreichendes Legitimationsniveau garantiert, lässt sich sicher streiten<sup>71</sup> – immerhin ist der Einfluss des Fachministeriums durch die vom Bundesverwaltungsgericht geforderte „Kooperation mit dem Stiftungsrat im Bereich der Rechtsaufsicht“ zusätzlich gesteigert worden.

Problematisch ist hingegen, dass das Bundesverwaltungsgericht in personeller Hinsicht gerade eine völlige Abkopplung des Stiftungsrats vom Staat (bzw. dem Fachministerium) verlangt, um den verfassungsrechtlich notwendigen Einfluss der Grundrechtsträger in Wissenschaftsangelegen-

69 Vgl. *Starck* (Anm. 18), S. 72; *Röpke* (Anm. 2), S. 82.

70 Zutreffend *Gärditz* (Anm. 6), S. 243. Nicht überzeugend hingegen die Überlegungen von *Koch, T.* (Anm. 25), S. 69 f.

71 Im Ergebnis bejahend etwa *Pautsch* (Anm. 8), S. 41 ff. sowie v. *Brünneck* (Anm. 17), S. 41 ff. Allerdings sprechen beide nicht das Problem der sich überkreuzenden Legitimationsstränge an, die sich ja letztlich auch erst aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts („verfassungskonforme Auslegung“) ergeben.

heiten zu gewährleisten. Die Zwitterstellung des Stiftungsrats – nämlich zum einen Aufsichtsorgan und zum anderen Organ mit wissenschaftsrelevanten Entscheidungsbefugnissen – spiegelt sich somit in der Überschneidung der Legitimationsstränge (auf der einen Seite das Volk, auf der anderen die Grundrechtsträger) wider. Eine solche Doppelung der Legitimation ist mit den Vorgaben des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG jedoch nicht vereinbar. Denn zwangsläufig hat der Senat damit auch einen Einfluss auf die Tätigkeit des Stiftungsrats in Aufsichtsangelegenheiten und kann – wenn ihm dessen Auffassung nicht passt – letztlich sogar die Absetzung seines eigenen Aufsichtsorgans herbeiführen (was für eine effektive Aufsicht offensichtlich nicht die besten Voraussetzungen sind). Bedeutsam aus der Perspektive des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG ist aber vor allem, dass damit die Staatsgewalt nicht mehr allein vom Volk, sondern eben zusätzlich von den Grundrechtsträgern als den Verbandsmitgliedern ausgeht. Einem solchermaßen begründeten zusätzlichen Einfluss einzelner Personen neben dem Volk steht Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG zwar nicht grundsätzlich entgegen. Eingriffe in die durch Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG gewährleistete Volkssouveränität sind also durchaus denkbar. Freilich müssen diese Eingriffe grds. in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der zu erledigenden Aufgabe (hier also der Aufsicht) stehen, wenn sie gerechtfertigt sein sollen. Typisch war insoweit etwa die Rechtfertigung der nur einfach-gesetzlich garantierten Unabhängigkeit der Deutschen Bundesbank vor Eintritt in die Europäische Währungsunion, die unmittelbar mit der Funktion einer Zentralbank begründet werden konnte.<sup>72</sup> Die Rückbindung zum Volk wird also gelockert, um die Wahrnehmung der übertragenen Aufgabe zu verbessern. Gerade dieser Bezug zur Aufsichtsfunktion fehlt vorliegend jedoch vollständig. Der maßgebliche Einfluss des Senats in personeller Hinsicht wird ja gerade nicht mit dieser, sondern mit der notwendigen Mitwirkung in Angelegenheiten der Wissenschaft begründet, wobei diese letzte Aufgabe die Aufsichtsfunktion nicht nur nicht fördert, sondern sogar erschwert. Eine Rechtfertigung des Eingriffs in die Legitimationskette des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG kommt vorliegend damit nicht in Betracht. Das vom Bundesverwaltungsgericht konstruierte und in der Tat in wissenschaftsrelevanten Fragen unabdingbare personelle Besetzungsrecht des Senats erweist sich damit als strukturell unvereinbar mit der gleichzeitigen Aufsichtsfunktion des Stiftungsrats. Beide Aufgaben sind in einem Organ schlicht nicht ohne Verstoß gegen Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG zu vereinen. Auf die Frage, ob das materielle Legitimationsniveau als solches für die Aufsichtsfunktion des Stiftungsrats ausreicht, kommt es insofern zunächst einmal überhaupt nicht an.<sup>73</sup> Das bedeutet freilich keine generelle Absage an das Stiftungsmodell. Erforderlich ist allein die Trennung der Aufsichtsfunktion von der Wahrnehmung der Angelegenheiten der Wissenschaft, indem die Aufsicht entweder einem weiteren (neuen) Stiftungsorgan übertragen oder wieder unmittelbar in die Hände des Landes gelegt wird.

## 6 Fazit

Das Fazit zum niedersächsischen Stiftungsmodell fällt durchwachsen aus. Zwar ist es grds. ohne Weiteres mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbar (wenngleich ernsthafte Zweifel bzgl. der Zweckmäßigkeit verbleiben). Entscheidend ist allein, dass die Ausgestaltung im Einzelnen einen adäquaten Wissenschaftsbetrieb erlaubt. In dieser Hinsicht enthält das niedersächsische Mo-

72 Vgl. BVerwGE 41, 334 (354) sowie *Blanke, H.-J.*, in: v. Mangoldt, H./Klein, F./Starck, C. (Hrsg.), Grundgesetz Band 3, 6. Auflage, München 2010, Art. 88, Rn. 25 und ausführlich *Brosius-Gersdorf, F.*, Deutsche Bundesbank und Demokratieprinzip, Berlin 1997, S. 174 ff. Zu den Zusammenhängen aus ökonomischer Sicht siehe nur *Jarchow, H.-J.*, Grundriss der Geldpolitik, 9. Auflage, Stuttgart 2010, S. 1 ff.

73 Diesbezüglich ist es entscheidend, ob das bestehende Aufsichtssystem als ausreichend effektiv angesehen werden kann, vgl. *Schiedermaier, S.*, Selbstkontrollen der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem, W./Schmidt-Abmann, E./Voßkuhle, A. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrecht, Band III, München 2009, S. 541–612 (547 f.).

dell freilich zahlreiche Unzulänglichkeiten, die auch das Bundesverwaltungsgericht nicht sämtlich überzeugend zu umschiffen vermag. In dieser Form droht dem niedersächsischen damit ein ähnliches Schicksal vor dem Bundesverfassungsgericht wie unlängst dem hamburgischen Stiftungsmodell.

*Verf.: Akad. Rat a. Z. Dr. Alexander Thiele, Institut für Allgemeine Staatslehre und Politische Wissenschaften, Götterstraße 11, 37073 Göttingen, E-Mail: alexander.thiele@jura.uni-goettingen.de*

*Christian Pestalozza*

## **Rechtsfragen des Zugriffs der Regierung des Landes Brandenburg auf die Rücklagen der Brandenburgischen Hochschulen 2010. Rechtsgutachten, erstattet im Auftrag der Brandenburgischen Landesrektorenkonferenz. 15. August 2010**

Die Brandenburgische Landesrektorenkonferenz hat den Verfasser um eine kurzfristige rechtsgutachtliche Beurteilung des im Jahr 2010 beschlossenen Zugriffs der Regierung des Landes Brandenburg auf die Rücklagen der Brandenburgischen Hochschulen in Höhe von insgesamt 10 Millionen Euro gebeten.

Die Analyse ergibt, dass der Zugriff auf die Rücklagen

- **inhaltlich** einen Bruch der im Hochschulpakt II rechtsverbindlich zugesagten Garantie der Übertragung nicht verbrauchter Haushaltsmittel und der damit verbundenen Rücklagenbildung darstellt und zudem
- **prozedural** gegen das paktbedingte und verfassungsrechtlich abgesicherte Gebot verstößt, die Hochschulen in das sie betreffende haushaltsrechtliche Entscheidungsverfahren angemessen einzubeziehen.

Im Einzelnen nimmt die Untersuchung den folgenden Gang:

1. Der Zugriff auf die Rücklagen der Hochschulen
2. Die Rücklagengarantien der Hochschulpakete
  - 2.1 Der Hochschulpakt I
  - 2.2 Der Hochschulpakt II
3. Auslegung des Hochschulpaktes II
  - 3.1 Systematische Auslegung
  - 3.2 Teleologische Auslegung
  - 3.3 Historische Auslegung
  - 3.4 Fazit: Sonderschutz der Rücklagen