

Wolfgang Löwer

Das Stiftungsmodell Universität – ein neuer Weg ?*

A Die janusköpfige Universität

Bilder aus der Mythologie sind nicht unproblematisch. Die deutsche Universität janusköpfig? Janus – nach Ovid – der kosmologisch erste Gott *im Chaos*¹. Soll damit eine subtile Anspielung auf den Zustand der Universitäten (oder gar der Universitätsreformen) verbunden sein? Die Doppelgesichtigkeit ist nach Ovid weiter ein Hinweis auf die *Formlosigkeit dieses Gottes*² und es geht heute auch um die *Form der Universität*.

Verlässt man aber das mythologische weite Feld und begreift den »Januskopf« ganz trivial, wie ihn auch die Kommentatoren der Hochschulgesetze verstehen³ stellt sich die Universität als Selbstverwaltungskörperschaft und – ich formuliere verkürzt – staatliche Anstalt⁴ dar. Dem entspricht ihre Aufgabengliederung: Sie nimmt die Forschungs- und lehrbezogenen Aufgaben als Selbstverwaltungsaufgaben wahr und die staatlichen Aufgaben als Fremdverwaltungsaufgaben (§ 58 HRG)⁵. Der Selbstverwaltungssektor hat nur mit staatlicher Rechtsaufsicht zu rechnen, während die Fremdverwaltungsaufgaben der Fachaufsicht unterliegen⁶. Hier ist die Steuerung durch Weisungen und Verwaltungsvorschriften möglich; im Sektor der Selbstverwaltung sind nur norminterpretierende Verwaltungsvorschriften denkbar, die aber weder für die Selbstverwaltungseinrichtung noch für den Richter Verbindlichkeit im Sinne von »Geltung« beanspruchen können. Rechtsbeziehungen zwischen den Selbstverwaltungskörperschaften im Sektor der Autonomie zum Staat sind intersubjektiver Art. Rechtsbeziehungen hinsichtlich staatlicher Aufgaben hingegen gewissermaßen intrasubjektiv⁷ (wenn die Konsequenzen damit auch etwas überzeichnet sind).

Wer diese Doppelnatur der Universitäten für ein Problem hält, wer die staatlichen Angelegenheiten für zu viel Staat in der Universität hält, kann dafür manche Gründe anführen.

* Vortrag auf dem Symposium „Die janusköpfige Rechtsfigur der Universität – ein deutscher Irrweg?“ 18.–20. März 2004 (der Arbeitsgruppe Fortbildung im Sprecherkreis der Universitätskanzler), Symposium zu Ehren von Professor Dr. Dr. h.c.G. Sandberger; die Vortragsform wurde überwiegend beibehalten..

1 Graf, F., Stichwort: Janus, in: H. Cancik/H. Schneider (Hrsg.), *Der Neue Pauly. Enzyklopädie der Antike*. Altertum Band 5, 1988, Sp. 858 (860 f.).

2 Graf, F., wie vor.

3 S. Geis, M.-E., in: K./M.-E. Geis (Hrsg.), *Kommentar zum Hochschulrahmengesetz*, Loseblatt, § 58 (2001) Rn. 16.

4 Im Einzelnen ist hier dogmatisch manches streitig: Über den Begriff des Gesetzes „staatliche Einrichtung“ (§ 58 HRG) werden jedenfalls die anstaltlichen Züge der Hochschule deutlich; s. nur Geis, M.-E., wie vor, § 58 Rn. 16 f.

5 Zu den Abgrenzungsschwierigkeiten s. Geis, M.-E., a.a.O., (Fn. 3), § 58 Rn. 49 ff. mit der richtigen Feststellung, dass zum Gegensatzpaar Selbstverwaltung – staatlicher Bereich noch ein Kooperationssektor hinzutritt. Siehe weiter z.B. die Überlegungen von Thieme, W., *Deutsches Hochschulrecht*, 3. Aufl. 2004, Rn. 171 ff.

6 S. dazu Oppermann, T., *Staatliche Aufsicht*, in: C. Flämig, a.a.O. (Hrsg.), *Handbuch des Wissenschaftsrechts*, 2. Aufl. 1996, S. 1107 ff.; aktuelle Hinweise bei Kempen, B., *Hochschulautonomie und Selbstverwaltung*, in: M. Hartmer/H. Detmer (Hrsg.), *Hochschulrecht. Ein Handbuch für die Praxis*, 2004, S. 1 (43 f.).

7 Dazu, dass diese Sicht etwas holzschnittartig ist, also der Verfeinerung bedarf, s. etwa Kempen, B. wie vor, sowie Thieme, W. (Fn. 5), Rn. 205.

Systematisch: Die Dinge lassen sich nicht immer trennscharf auseinanderhalten⁸. Das hat für die Hochschulen auch praktische Konsequenzen. Anders als die Gemeinden, die sich auf ihre Rechtsposition aus Art. 28 Abs. 2 GG resp. die Parallelvorschriften in den Landesverfassungen geradezu monstranzhaft zurückziehen und ihr Recht auch durchzusetzen versuchen können, sind die Universitäten Zuschussbetriebe, die Konflikte mit dem Geldgeber (die politische Belohnung für Wohlverhalten ist im Zweifel höher als die für widerständige Kritikbereitschaft) nur wagen können, wenn sie substantielle freiheitsrechtliche Bedeutung haben. Vor dieser Schwelle werden die Konflikte nicht ausdiskutiert, so dass die staatliche Intervention einen breiteren Raum haben kann, als er ihr nach zutreffender Abgrenzung zustehen mag.

Pragmatisch: Eine Fülle von staatlichen Vorbehaltsrechten sind schlicht lästig und auch schädlich für eine bewegliche Universität, wie sie gemeinhin erwartet wird. Berufungsverhandlungen, die Eingriffe sogar von minderer Bedeutung in die Bausubstanz eines universitären Gebäudes voraussetzen, stehen z.B. unter keinem günstigen Stern. Die Grundstücks- und Gebäudeverwaltung ist Sache des Staates und schlimmer: seines Landesbaubetriebes (wenn es um Nordrhein-Westfalen geht). Das Gebührenwesen ist (z.B. in Nordrhein-Westfalen) Landessache; die Studienförderung ebenfalls usw.

B Das Modell der Stiftungsuniversität

Von daher habe ich unter dem Gesichtswinkel meines Themas relativ frohe Kunde: Im niedersächsischen Modell⁹ der Stiftungsuniversität¹⁰ sind die staatlichen Angelegenheiten als Selbstverwaltungsaufgaben Sache der Stiftung. So sagt es – und das verdeutlicht auch der Abgleich mit Universitäten in der Trägerschaft des Staates – § 55 Abs. 3 NHG ganz deutlich. Für die Universitäten in der Trägerschaft des Staates (§ 47 NHG) sind es hingegen Fremdverwaltungsaufgaben. Im Personalsektor zeigen sich die Differenzen: Die Stiftung besitzt Dienstherrenfähigkeit (§ 58 Abs. 1 u. 2 NHG), ihr kann die Berufung von Professoren allein über-

8 S. z.B. *Thieme, W.* (Fn. 5), Rn. 205: „Im Grunde gibt es den scharfen Gegensatz zwischen Angelegenheiten der Selbstverwaltung und staatlichen Angelegenheiten an der Hochschule schon deshalb nicht, weil für beide Arten von Aufgaben die Einheitsverwaltung ... auch heute noch besteht.“ Andererseits: Spätestens beim Aufsichtsmaßstab wird die Unterscheidung zwingend.

9 Niedersächsisches Hochschulgesetz (NHG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. Juni 2002 (Art. 1 des Gesetzes zur Hochschulreform in Niedersachsen, Nds.GVBl. S. 286).

10 Aus der Literatur zum Stiftungsmodell s. (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) *Conrads, C.*, Die Hochschule in Stiftungsträgerschaft – ein tragfähiges Modell?, in: Strafrecht. Bierecht. Rechtsphilosophie. Fs. f. Hans-Ludwig Schreiber (herausgegeben von K. Amelung u.a.), 2003, S. 1003 f.; *Ipsen, J.*, Hochschulen als Stiftungen des Öffentlichen Rechts? Nds.VBl. 2000, S. 240; ders.; Hochschulen in Trägerschaft von Stiftungen des öffentlichen Rechts. Ein Betrag Niedersachsen zur Hochschulreform?, Nds.VBl. 2003, S. 1; ders., Stiftungshochschule und Hochschulstiftung – Rechtsformen der Hochschulen im Wandel – , In: Recht der Jugend und des Bildungswesens 2003, S.36; Koch, T., Verfassungsfragen eines neuen Hochschulrechts für Niedersachsen, WissR 34 (2001), S. 57; *Geis, M.-E.*, Gesetz zur Hochschulreform in Niedersachsen – Rechtsgutachten (Forum Heft 70), 2001; ders. Die Entstaatlichung der Hochschulen. Legitimationsprobleme von Hochschul- und Stiftungsräten nach der Niedersächsischen Hochschulreform, in: Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart. Fs. f. Winfried Brohm (hrsgg. v. Carl-Eugen Eberle u.a.), 2002, S. 297 f.; *Müller-Brohme, N.*, Der Stiftungsrat in Niedersachsen – Mehr Hochschulautonomie oder „Das entfesselte Präsidium“?, in: Die neue Hochschule (HLB) 1/2004, S. 13 f.; *Löwer, W.*, Das Modell der Niedersächsischen Stiftungsuniversität, in: Die Welt als ganze denken. Fs. f. Hermann Josef Schuster (Schriftenreihe des Forum Guardini 12) (hrsgg. von L. von Pufendorf u. W. Löwer), 2003, S. 187 f. sowie die Sammelbände: T. Oppermann (Hrsg.), Vom Staatsbetrieb zur Stiftung. Moderne Hochschulen für Deutschland, 2002 sowie *Behrends, O.* (Hrsg.), Göttingen, Stiftungsuniversität? Eine rechtswissenschaftliche Überprüfung der gesetzlichen Grundlagen der niedersächsischen Stiftungsuniversitäten. (Akademie der Wissenschaften zu Göttingen. Sondertagung der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ vom 9. April 2003), Göttingen, 2003.

lassen werden, den Hochschulen in staatlicher Trägerschaft nicht (§ 48 Abs. 1 u. 2 NHG). Die Stiftung unterliegt nur der Rechtsaufsicht (§ 62 NHG im Abgleich mit § 51 NHG), die Hochschule wird vom Stiftungsrat gesteuert und unterliegt seiner Rechtsaufsicht (§ 55 Abs. 2 – 5 NHG). Die Janusköpfigkeit ist aufgelöst, soweit einer der beiden Janusköpfe dem Staat zugewandt ist. Der »neue Weg«, wie ihn der Titel meines Beitrags anspricht, entbindet uns davon, in den Kategorien staatliche Aufgaben/Selbstverwaltungsaufgaben zu denken, soweit Stiftungen und Stiftungsuniversitäten als Einheit gesehen werden könnten. Das Modell verheißt einen beträchtlichen Autonomiegewinn, weil der gesamte Raum universitärer Arbeit zwar erheblich normativ determiniert bleibt, aber eben doch in die Hand der Selbstverwaltung – allerdings geteilt zwischen Stiftung und Stiftungshochschule – gelegt ist. Die Dinge wollen aber genau gelesen sein. Die Fremdverwaltungsaufgaben sind nicht in die Hand der Hochschule gelegt, sondern in die Hand der Stiftung. Sie sind deren Selbstverwaltungsaufgaben, nicht die der Hochschule.

Ob in diesem Modell ein insgesamt vorzugswürdiger Weg liegt, ist Gegenstand der folgenden Überlegungen. Dabei konzentriere ich mich in einem ersten Teil auf einige rechtspolitische Anmerkungen, denen ich notwendig eine ganz knappe Skizze des Modells zur Stiftungsuniversität voranstelle (I). Dann folgen einige kritische Anmerkungen rechtspolitischer Art (II) sowie zum Entscheidungsverfahren (III). Schließlich ist zu fragen, ob der »neue Weg« verfassungsrechtlich überhaupt gangbar ist (IV).

I Zum Umfang der Autonomie der Stiftungshochschule

Was das Modell betrifft, ist für die Frage der Reichweite der Autonomie zuerst die Frage nach der Finanzierung (1) zu stellen und dann nach der Organisation (2).

1.1 Die Finanzierungsregelung des Landes ist rechtlich gutwillig. § 56 Abs. 3 NHG definiert, was gefördert werden soll, vergibt die Mittel leistungsbezogen und verspricht auch, den Hochschulen selbst erwirtschaftete Deckungsbeiträge zu belassen und sie nicht auf den Zuschuss anzurechnen (§ 57 Abs. 2 NHG). Hinzuzufügen ist: Das ist für Niedersachsen kein Spezifikum der Stiftungshochschule; es gilt auch für Hochschulen in staatlicher Trägerschaft. *Stiftungskapital* hat die Stiftung initial nur dadurch, dass das Verwaltungsvermögen, das bis dahin in den Hochschulen in staatlicher Trägerschaft gewidmet war, zu Eigentum übertragen wird. Die Stiftung ist insoweit also reine Anstaltsstiftung¹¹, weil sie ein Zweckvermögen verwalten. Solange sie keine eigenen Einnahmen hat, ist sie reine Zuwendungsstiftung¹².

1.2 Das organisatorische Konzept für die Hochschule unterscheidet sich nicht von dem einer Hochschule in staatlicher Trägerschaft. Es greift der mittlerweile gewissermaßen handels-

11 Zur Anstaltsstiftung s. *Hof, H./Hartmann, M./Richter, A.*, Stiftungen, 2004, S. 14: „Anstaltsstiftungen ist typischerweise der Betrieb einer bestimmten Einrichtung, eines Krankenhauses oder eines Museumsdorfes vorgegeben. Sie setzen ihr Vermögen insbesondere für Immobilien unmittelbar für die Erfüllung der ihnen vorgegebenen Zwecke ein.“ Die Stiftungsuniversität ist im Übrigen auch noch Funktionsträgerstiftung, weil ihnen der Stifter die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben aufgetragen hat (s. a.a.O., S. 14).

12 Das folgt auch der Nähe der Anstalt des öffentlichen Rechts und der Stiftung des Öffentlichen Rechts; dass der Stiftung übertragene Vermögen dient von vornherein abschließend dem festgestellten Stiftungszweck zugunsten Dritter. Soweit das Vermögen zur Aufgabenerfüllung nicht ausreicht, tritt die das Anstaltsrecht charakterisierende Anstaltslast hinzu, die der Stiftung jene Finanzmittel verschafft, die sie für die dauerhafte Aufgabenerfüllung braucht; s. zum Zusammenhang von Anstalt und Stiftung, *Freiherr von Campenhausen, A.* in: W. Seifert/A. Freiherr von Campenhausen, Handbuch des Stiftungsrechts, 2. Aufl. 1999, § 16 Rn. 13.

übliche Cäsarismus als Organisationsprinzip ein¹³. Das Präsidium lässt sich vom Senat nur beraten, der Dekan vom Fachbereichsrat. Mittel der Kontrolle ist rechtserheblich die Abwahl von Präsidiumsmitgliedern mit 2/3-Mehrheit (§§ 40 f. NHG).

Hier liegt auf den ersten Blick keine Besonderheit der Stiftungsuniversität vor. Allerdings zeigt der zweite Blick doch einen bedeutungsvollen Machtzuwachs auf Seiten des Präsidiums der Stiftungshochschule¹⁴: Das Präsidium ist nämlich doppelfunktionelles Organ, es ist Organ der Hochschule und Organ der Stiftung (§ 59 Abs. 1 i.V.m. § 61 NHG). Insofern sitzt das Präsidium wie die Spinne im Netz: Es führt die laufenden Geschäfte der Stiftung, bereitet die Beschlüsse des Stiftungsrates vor und führt sie aus. Es entscheidet über den Abschluss der Zielvereinbarung, die zugleich mit der Stiftung abgeschlossen wird (§ 1 Abs. 5 Satz 3 NHG). Das Präsidium führt die staatlichen Angelegenheiten aus, in Selbstverwaltungsangelegenheiten ist es Vorbereiter, Mitkreator (Zielvereinbarung) und Ausführer.

Das eröffnet bereits den Blick auf die Organstruktur der Stiftung. Zentrales Stiftungsorgan ist der Stiftungsrat. § 60 Abs. 1 NHG regelt die Zusammensetzung: 5 Personen gesellschaftlicher Repräsentanz mit Nähe zum Hochschulwesen, ein Senatsmitglied, ein Vertreter des Ministeriums. Sie arbeiten weisungsfrei; ihr Amt gewinnen sie durch ministerielle Ernennung im Einvernehmen mit dem Senat. Die wesentlichen Aufgaben sind in § 60 Abs. 2 NHG normiert: Der Rat ernennt und entlässt die Präsidiumsmitglieder, er muss dem Wirtschaftsplan zustimmen und hat auch sonst wirtschaftlich zentrale Fragen in seiner Hand; er führt die Rechtsaufsicht über die Hochschule, also auch über das Präsidium. Dabei ist nochmals daran zu erinnern: Das Präsidium ist zugleich Organ der Hochschule und Organ der Stiftung. Der Stiftungsrat ist außerdem an der Zielvereinbarung beteiligt, die das Präsidium mit dem Land abschließt.

Die Stiftung selbst untersteht – in allen Angelegenheiten – nur der staatlichen *Rechtsaufsicht*.

Insgesamt: Aus dem janusköpfigen Modell ist ein Three-Layer-Cake geworden. Der Staat bleibt als Mittelgeber über die Zielvereinbarung im Spiel und als Rechtsaufsichtsbehörde. Ansonsten tritt sozusagen an seine Stelle die Stiftung mit den Organen Stiftungsrat und Präsidium, die in die Trägerschaft des Staates einrückt. Die Hochschule bleibt als Körperschaft des öffentlichen Rechts mit ihrem Recht auf Selbstverwaltung erhalten. Die Unterscheidung von Fremdverwaltungsaufgaben und Selbstverwaltungsaufgaben ist insoweit obsolet, als diese Aufgaben *von der Stiftung* als eigene Angelegenheiten wahrgenommen werden.

Der Befund, der damit zu Tage tritt, ist allerdings auch durchaus besorgniserregend: Es ist jetzt also die Stiftung, die die Aufgabe »der Krankenversorgung« und andere Aufgaben auf dem Gebiet des öffentlichen Gesundheitswesens erfüllt (dann haftet sie z.B. für ärztliche Kunstfehler!), sie beteiligt sich an staatlichen Prüfungen usw. (was typische Fremdverwaltungsaufgaben sind)¹⁵. Genau besehen heißt das: Das Präsidium hat faktisch die Organkompetenz für diese staatlichen Angelegenheiten, es nimmt sie nur unter der körperschaftsinternen

13 Zur Kritik s. Löwer, W., „Starke Männer“ oder „Starke Frauen“ an die Spitze der Universität? Zur Verfassungsmäßigkeit der „neuen Leitungsstrukturen“, in: M. Ruffert (Hrsg.), *Recht und Organisation. Vorträge und Diskussionen zum Symposium anlässlich des 60. Geburtstags von Professor Dr. Meinhard Schröder in Trier*, 2003, S. 25 ff.

14 S. die Kritik bei Starck, C., Die „Stiftung“ einer Landesuniversität, in: O. Behrends (Hrsg.), a.a.O., (Fn. 10), S. 65 (70 f.) und Müller-Bromley, N. a.a.O., (Fn. 10), S. 16.

15 S. etwa den Katalog der Fremdverwaltungsaufgaben bei Geis, M.-E., a.a.O., (Fn. 3), § 58 Rn. 56.

Kontrolle des Stiftungsrates und unter der Rechtsaufsicht des Landes wahr. Das ist ungewöhnlich: Selbst ein so selbstverwaltungsfreundliches Kommunalrecht wie das Nordrhein-Westfalens, das die Fremdverwaltungsaufgaben kraft Landesrechts abgeschafft hat, behält dem Land für genuin staatliche Aufgaben in der Gestalt der Pflichtaufgaben zu Erfüllung nach Weisung ein sachlich zwar limitiertes, aber eben doch ein Fachweisungsrecht vor¹⁶.

2 Rechtspolitische Erwägungen zur Stiftungshochschule

Fünf kritische rechtspolitische Erwägungen sind anzustellen.

2.1. Die erste Feststellung betrifft nicht nur das Modell der Stiftungshochschule: Insgesamt gesehen hat es so viel Steuerung der universitären Aufgabenfelder ›Bildung und Wissenschaft‹ und ›Mehrung des Wissens durch Forschung‹ nie gegeben, wenn man das System aus der Perspektive der beiden akademischen Bürgergruppen Studenten und Wissenschaftler betrachtet. Gewiss bringen Globalhaushalte wichtige bürokratische Entlastungen, zugleich wird das Zweckreglement für das verfügbare Geld immer enger. Fremdwissen (Stiftungsrat) nennt Schwerpunkte jener Forschung, für die Gelder bewilligt werden. Die Koalition der willigen Akademiker modifiziert die eigenen Pläne, bis sie ins Grobraster der von der Landespolitik maßgeblich mitgestalteten Zielvereinbarung¹⁷ passen; die Zielvereinbarung des Stiftungsrates mit der Hochschule und die des Präsidiums mit dem einzelnen Fach oder der einzelnen Fakultät schaffen dem Fremdwissen weiteren Raum. Gewiss, das ist (hoffentlich) alles keine Einbahnstraße, sondern es geschieht raumordnerisch gesprochen im Gegenstromprinzip¹⁸; es gibt selbstverständlich Input von unten, der oben aufgenommen wird (was aber rechtlich nicht gesichert ist)¹⁹. Qualitätsstandards werden monetär relativiert: Sinkt die Zahl der Absolventen unter die Größe x verliert der Fachbereich eine Professur. So etwas liest man durchaus in Entwürfen von Zielvereinbarungen seitens der Ministerialbürokratie. Der Examensfehlschlag nach dem gewohnten Leistungsprofil wird so zur fakultären Selbstentlebung. Man kann sich vorstellen, dass eine Schweijk'sche Antwort dahin gehen würde, Studienplätze mit der Garantie des Bestehens auf dem Marktplatz auszubieten. Oder: Der Stiftungsrat beschließt Studiengänge einzustellen, die *ihm* nicht genehm sind.

Das *Konsensprinzip*, das hinter der Vereinbarungseuphorie steckt, liefert nur wenig Legitimation. Da auch in der Stiftungsuniversität das Geld zunächst bei der Stiftung ankommt und letztlich vom Stiftungsrat verteilt wird, gibt es zwischen der Hochschule, dem Land und der

16 Zu den Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung im nordrhein-westfälischem Recht s. *Tettinger, P.J.*, in: W. Löwer/P.J. Tettinger (Hrsg.), Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2002, Art. 78 Rn. 27 f.; für die Qualifikation als Selbstverwaltungsaufgaben s. VerfGH NJW DVBl. 1985, S. 685 (687); OVG NRW NWVBl. 1995, 300 (301); VerfG Bbg, NVwZ-RR 1997, 352 ff.

17 Zu den Zielvereinbarungen s. grundlegend *Lynen, P.*, in: D. Leuze/V. Epping, Hochschulgesetz NRW, § 9 (2001) Rn. 9 ff. sowie insbesondere die Kritik von *Hoffacker, W.* Kontrakt und Kontraktmanagement: Neue Instrumente der Steuerung im Hochschulbereich, DÖV 2001, 681 ff.; s. weiter *Battis, U./Kersten, J.*, Die rechtlichen Rahmenbedingungen für die verhandelnde Verwaltung im Hochschulbereich, DVBl. 2003, 349 ff.; *Seidler, H.H.*, Grundzüge der Hochschulfinanzierung, in: Hartner/Detmer, a.a.O. (Fn. 6), S. 484 ff.; *Thieme, W.*, a.a.O. (Fn. 5) Rn. 573: „Allerdings ändert das nichts daran, dass der Staat das Mittel der Zielvereinbarungen einsetzen kann, um durch seine finanzielle Überlegenheit seinen Willen durchzusetzen, indem er die Hochschule zwingt, die staatlichen Ziele zu erfüllen. So gesehen gibt die Zielvereinbarung nicht mehr, sondern weniger Freiheit.“

18 Formulierung bei *Schmidt-Aßmann, E.*, Wissenschaftsplanung im Wandel, Fs. f. Hoppe, S. 649

19 Das ist evident, wenn das Landesrecht, wie in Hessen, für den Fall der nicht Einigung über eine Zielvereinbarung vorsieht, dass dann staatliche Zielvorgaben erlassen werden können (§ 88 HessHSchG).

Stiftung kein Verhandlungsgleichgewicht. Es handelt sich in diesem Verhältnis immer um ein »Verhandeln im Schatten der Hierarchie«.

So ist es auch hier: Unbotmäßigkeit muss gegebenenfalls mit verdeckten Sanktionen rechnen.

2.2 Die zweite rechtspolitische Erwägung gilt der Finanzierungsseite. Die Stiftung ist bloße Anstalt- und Zuwendungsstiftung. Ihre Abhängigkeit vom Staat ist nicht geringer als die staatlicher Hochschulen. Der Zuschuss des Staates steht immer unter Haushaltsvorbehalt, der letztlich den Blick von eigenen Einnahmen einer Einrichtung nicht abwenden wird, unter dem Gesichtswinkel der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit nicht einmal abwenden darf. Niedersachsen bemüht sich insofern schon um Fairness, wenn das – allerdings flüchtige – Gesetz verspricht, die eigenen Einnahmen der Hochschulen zu ignorieren. Es ist deshalb zu fragen, ob die Finanzierungssituation, die auch die Stiftung und ihre Hochschule letztlich in Abhängigkeit von diskretionär gewährtem Geld hält, nicht geändert werden kann.

Ich formuliere sehr ins Unreine folgende Idee, die allerdings (mit Modifikationen) für alle Hochschule in öffentlicher Trägerschaft gelten könnte:

(a) Es gäbe nachlaufend gezahlte Studiengebühren, die abhängig vom Berufserfolg geleistet werden. Zahlungsempfänger ist eine rechtlich abgetrennte Zahlstelle des Stiftungsvermögens; die nachgelagerten Studiengebühren führen so binnen einer Generation zu einem durchaus ernstzunehmenden Kapitalstock. Die Erträge dieses Kapitalstocks, die sofort, wenn auch zunächst auf bescheidenem Niveau, anfallen, werden wiederum zweckgebunden für die Förderung talentierter junger Leute aufgewendet. In einer sehr langfristigen Perspektive könnte man sich vorstellen, dass die staatliche Ausbildungsförderung so deutlich entlastet werden kann. Wegen dieser Zweckbestimmung würde die Universität nicht von Aufgaben entlastet, die der Finanzminister finanzwirksam in Anrechnung bringen könnte.

(b) *Zweitens* wird für die Finanzierung ein System gewählt, das grosso modo der Privatschulfinanzierung entspricht: Die zu den Kosten-Normwerten angestellten Überlegungen könnten hier fruchtbar gemacht werden. Studienplätze könnten in Geld ausgedrückt werden. Die Universität erhielte einen *gesetzlichen* Anspruch auf einen entsprechenden Transferbetrag pro Studienplatz. Dem Staat bliebe die Möglichkeit, nach ordentlichen, transparenten Kriterien auf die Zahl der Studienplätze und ihre Zuordnung zu Studiengängen an den einzelnen Hochschulen Einfluss zu nehmen. Soweit aber Studienplätze danach »beschult« würden, muss der entsprechende Transferbetrag auch geleistet werden. Das ist auch deshalb wichtig, um allen Studenten, unabhängig von der Hochschätzung ihrer Universität im Wettbewerbsmarkt der Forschungs- und akademischen Lehreinheiten, eine Chance auf einen ordentlich ausgestatteten Studienplatz zu geben.

(c) Dazu wird *drittens* weiter ein Grundbetrag Forschung definiert, der daran anknüpft, dass für den einzelnen Wissenschaftler aus Art. 5 Abs. 3 GG ein Grundausrüstungsanspruch folgt²⁰, der jedem Universitätslehrer ein Mindestmaß an Forschungsmöglichkeiten eröffnet.

(d) *Viertens* kommt es zu Elementen leistungsbezogener Mittelverteilung, die nicht mehr gesetzlich definiert sind. Sie honorieren deutlich den unterschiedlichen Wettbewerbsplatz der einzelnen Universitäten in einer Wettbewerbslandschaft.

20 Zum Grundausrüstungsanspruch s. mit weit. Nachw. *Seidler, H.H.*, a.a.O., (Fn. 17), S. 503.

(e) Schließlich hat die Stiftung *fünftens* die Möglichkeit, Spenden zu aquirieren. Auch hier kann mit der Zeit vielleicht jenes Plus an Kapital entstehen, das die Autonomie der Hochschule substantiell stärken könnte. Aber an dieser Stelle darf man sich nichts vormachen: Gerade solche Einkünfte der Universität aus ihrem eigenen Vermögen würde der Finanzminister bei seinen Finanzzuweisungen berücksichtigen dürfen. Er stattet das Gesamtsystem selbstverständlich nach dem Prinzip politisch definierter Bedürftigkeit aus.

Die Hochschulen in der Trägerschaft des Staates würden sich über das ihnen zugestandene Körperschaftsvermögen²¹ im Übrigen ebenso verhalten können; hier liegt kein spezifischer Vorteil einer Stiftung. Der Vorzug für eine Lösung über das Körperschaftsvermögen ist sogar, dass die Hochschulen die Verfügungsgewalt über die Vermögensmassen selbst haben, während im Organisationsmodell der Stiftungsuniversität die Verfügungsmacht bei der Stiftung liegt.

2.3 Die dritte rechtspolitische Anmerkung gilt der *Organstruktur*. Es liegt auf der Hand, dass der eigentliche Gewinner in dieser Organstruktur das Präsidium als doppelfunktionelles Organ von Hochschule und Stiftung ist²². Das Präsidium ist weitgehend Herr der Informationen aus der Hochschule gegenüber dem Stiftungsrat. Das Präsidium bereitet schließlich dessen Sitzungen vor. Es ist auch weitgehend Herr der Informationen aus der Stiftung gegenüber dem Senat. Dass zwei Senatoren Mitglieder des Stiftungsrates sind, hilft nicht besonders viel, weil das Präsidium gegenüber dem Senat ebenfalls die Informationsherrschaft durch Informationsvorsprung hat. Es hat auch weitgehend die Interpretationsherrschaft über die Entscheidungen, die es im Hochschulstiftungsrat herbeiführt. Es ist *im Ergebnis* auch das Präsidium, das die staatlichen Aufgaben als eigene Angelegenheiten wahrnimmt. Es ist das Präsidium, das hier ohne fachaufsichtliche Kontrolle z.B. die Aufgabe der Krankenversorgung usw. zu vollziehen hat. Die Auflösung des Janus-Kopfes führt also zu einem erheblichen Kompetenzzuwachs beim Präsidium. Es trifft in Selbstverwaltungsangelegenheiten der Hochschulen nur auf guten Rat und wenig sanktionierte Kontrolle. Die Amtsentfernung als Hochschulpräsidiumsmitglied ist dem Senat nicht möglich. Der Senat kann lediglich mit 2/3-Mehrheit die Entlassung *vorschlagen* (§ 40 Satz 1 NHG), die Entlassung ist Sache des Stiftungsrates (§ 60 Abs. 2 Nr. 1 NHG). Hier lassen sich durchaus Konfliktszenarien denken, bei denen der Stiftungsrat das Präsidium stützt, während die hochschulische Selbstverwaltung den Vertrauensverlust unheilbar dokumentiert hat.

2.4 Eine vierte rechtspolitische Anmerkung gilt dem Stiftungsrat und seiner Kompetenzfülle. Der Stiftungsrat – ehrenamtlich tätig, weisungsfrei agierend und nur der Rechtsaufsicht unterworfen – nimmt seinerseits die Funktion des Dienstherrn wahr²³, was nach entsprechender Übertragung auch die Berufung der Professoren einschließt. Zumindest rechtspolitisch ist es wagemutig, den fünf Laien und dem Ministerialvertreter die Rechtsaufsicht über die Hochschule zu überlassen, zumal die Rechtsaufsicht sich in einem überaus grundrechtssensiblen Bereich bewegt, soweit es nämlich um die Angelegenheiten von Forschung und Lehre geht²⁴. Es ist aus der Sicht der Hochschule genau besehen eine gestufte Rechtsaufsicht, weil das Unterlassen von ge-

21 Seidler, H.H., a.a.O., (Fn. 17), S. 480 Rn. 3; Thieme, W., a.a.O., (Fn. 5), Rn. 181 f. Die Universitäten werden prüfen müssen, ob das Körperschaftsvermögen als gemeinnützig zuwendungsfähiges Potential zukünftig stärker in das Bewusstsein spendenfähiger Bürger gehoben werden kann.

22 S. schon oben die Hinweise in Fn. 14 sowie Geis, M.-E., in: Festschrift für Brohm, a.a.O. (Fn. 10), S. 314.

23 Das ist in Niedersachsen durch entsprechende Übertragsakte geschehen. In Niedersachsen berufen die Stiftungsuniversitäten Professoren ohne ministerielle Mitwirkung.

24 S. dazu Oppermann, T. (Fn. 6), S. 1121 f.

botenen Rechtsaufsichtsmaßnahmen des Stiftungsrates die ministerielle Rechtsaufsicht über die Stiftung auf den Plan rufen würde. Überdies ist es wieder das Präsidium, das die vorgeblich notwendigen Rechtsaufsichtsmaßnahmen vorbereiten würde. Rechtsaufsichtsmaßnahmen gegenüber dem Präsidium würden wohl regelmäßig mittelbare Ministerialaufsichtsmaßnahmen sein, die das Ministerium vorbereiten müsste. Wegen der Janusköpfigkeit sei aber nochmals betont: Fachaufsicht in ursprünglich staatlichen Angelegenheiten gibt es nicht mehr. Alle staatlichen Aufsichtsmaßnahmen sind im Verhältnis zur Stiftung intersubjektiver Art, enden also gegebenenfalls vor den Verwaltungsgerichten. Diese Übertragung der Landesverwaltungsaufgaben auf die Stiftung geht, wie schon bemerkt, viel weiter, als etwa die parallelen Übertragungsakte im Kommunalrecht der Länder.

2.5 Die fünfte und letzte rechtspolitische Bemerkung: Wer als Satz in Anlehnung an eine heute gern gebrauchte Formulierung postulieren wollte, wo »Stiftung draufsteht«, »muss auch Stiftung drin sein«, müsste von Verbrauchertäuschung sprechen²⁵. Stiftung ist jenes Rechtsgebilde, das rechtsgeschäftlichem Willen unwiderufliche Dauer verschafft. Der Stifterwille hat ewige Geltung bei stark reduzierter *clausula rebus sic stantibus*; selbst bei Veränderung der Verhältnisse in der Zeit ist es der Stifterwille, der das Gesetz für die Anpassung vorgibt²⁶. Wir akzeptieren solche autonome Selbstperpetuierung deshalb auch nicht mehr für rein privatnützige Zwecke. Privatnützige Verfügungen sind heute durch Vor- und Nacherbschaft auf zwei Generationen beschränkt. Wer stiften will, muss Gemeinnützigkeit verwirklichen.

Dieses Grundmuster ist bei der Universitätsträgerschaftsstiftung völlig anders: Sie beruht auf einem geradezu theokratisch flüchtigen Willen: Der Herr hat's gegeben, der Herr hat's genommen – in der säkularisierten Variante: der berühmte Federstrich des Gesetzgebers. Dem Staat ist Gemeinnützigkeit als einzige Legitimation ohnehin eingestiftet. Dafür braucht es keine bestimmte Form. Verlässlichkeit in die Zeit bietet solche Stiftung wegen ihrer Gesetzesabhängigkeit auch nicht.

Das Typische der Stiftung, dass das Gemeinwesen profitiert, wenn bisher für fremdnützige Zwecke nicht zur Verfügung stehende Sach- oder Geldmittel für das gemeine Wohl gewidmet werden, trifft auch nicht zu, weil das Stiftungskapital nur aus bisher schon sachenrechtlich öffentlich-rechtlich verstricktem Fahrnis- und Grundeigentum gebildet wird.

Der Staat wird also nicht zum Mäzen, wie weiland Maximilian II. von Bayern, als er aus seinem Schatullenvermögen die Stiftung Maximilianeum zur Förderung junger begabter Bayern gründete²⁷. Die hier gewählte Stiftungsform wäre ohne weiteres substituierbar durch einen Trägerschaftsverein oder eine gemeinnützige GmbH, ohne dass sich an der Substanz des Modells etwas ändern würde.

Letztlich ist es vor allem ein psychogener Grund, der die Stiftung tragen soll. So liest man beim damaligen Niedersächsischen Wissenschaftsminister Thomas Oppermann, welche Vor-

25 S. Thieme, W. (Fn. 5), Rn. 179: Es handelt sich nur um „Pseudo-Stiftungen“, allenfalls um „Nenn-Stiftungen“. Die Hochschulgebäude als „Stiftungsvermögen“ zu bezeichnen, führe „in die Irre, weil sie keine Rendite brächten, aus der die Hochschule unterhalten werden könnte, sondern selbst Unterhalt kosteten; s. auch die weitgreifende Kritik bei Okko Behrends, Eine „weitgreifende Stiftung“ als Trägerin und Leitungselement einer Körperschaft – Miss- und Fehlgebrauch rechtlicher Institutionen, in: ders., (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 10), S. 11 ff.

26 Zum Vorgang des Stifterwillens s. Hof, H., in: W. Seifart/A. Freiherr von Campenhausen, Handbuch des Stiftungsrechts, 2. Aufl. 1999, § 4 Rn. 17 sowie dort *ders.*, in § 11 Rn. 274 ff.

27 Zur Stiftung Maximilianeum als Sonderfall einer Rechtsperson des öffentlichen Rechts, die nicht an Grundrechte (hier Art. 3 Abs. 1 GG) gebunden ist, s. BayVerfGH, v. 5. Februar 1974 – Vf. – 18-VII-71-, BayVerfGHE 27, 1 = Leisner, W. (Hrsg.), Stiftungen in der Rechtsprechung, Band 2, 1982, S. 105 ff.

teile er sich von der Stiftungsuniversität verspricht²⁸: »Während die als Staatsbetrieb organisierte Hochschule auf den armen Staat fixiert ist, öffnet sich die Stiftungshochschule für private Geldgeber. Dieser Ansatz ist außerordentlich erfolgversprechend. Es ist kein Naturgesetz, dass die Deutschen öffentliche Aufgaben nur über den Staat finanzieren können. Das Geldvermögen der privaten Haushalte beträgt (brutto) 3,6 Billionen Euro. Von der riesenhaften Summe werden jedes Jahr etwa 10 Prozent also rund 360 Mrd. Euro vererbt. Angesichts der Tatsache, dass Bund und Länder jedes Jahr nicht einmal ein Zehntel dessen, nämlich insgesamt gut 35 Mrd. Euro, für die Hochschulen ausgeben, wäre ein 1 Prozent dieser Summe, nämlich 3,6 Mrd. Euro, genug, um die Unterfinanzierung der deutschen Hochschule sofort zu beseitigen. Natürlich lassen sich die märchenhaften Vermögen amerikanischer Universitäten nicht einfach kopieren. So hat die Harvard University inzwischen ein Stiftungsvermögen von 18 Mrd. Dollar. ... Auch wenn solche Erfolge in kurzer Zeit in Deutschland nicht zu erreichen sein werden, gibt es ein großes Spenderpotential. Dies kann allerdings nur durch gezieltes Fundraising erschlossen werden. Wer es erfolgreich betreiben will, muss es professionell betreiben. Bis zu 400 Personen sind an der Harvard University mit Fundraising beschäftigt. Sie haben allein im Jahr 2001 rund 683 Millionen Dollar eingeworben. Der Aufbau eines Stiftungskapitals, das relevante Beiträge für die Finanzierung von Forschung und Lehre erwirtschaftet, ist ein langer Weg.«

In Deutschland ist der Weg sicher lang, ob er auch erfolgreich sein kann, ist völlig ungewiss. Aber wer nichts riskiert, wird auch nichts gewinnen. Insofern ist zu hoffen, dass Fundraiser, die in ihren Gesprächen die Stiftungsqualität der von ihnen vertretenen Institution in den Vordergrund rücken, dadurch einen Platzvorteil haben werden. Dass ist der Stiftungsuniversität sehr zu wünschen, eine Erfolgsgarantie gibt es nicht; hier wird die Zeit zeigen, ob der psychogene Grund für die Stiftung trägt.

Angesichts der rechtspolitisch zwiespältigen Bilanz bleibe ich auch nach erneutem Nachdenken bei meiner bisherigen Position²⁹. In der Stiftungskonstruktion steckt, was die Autonomie im Sinne einer Minderung von staatlichem Einfluss betrifft, möglicherweise eine Chance. Die staatlichen Bindungen werden allerdings eingetauscht gegen Bindungen an die maßgeblichen Akteure in der Stiftung als Träger der Hochschule. Diese maßgeblichen Akteure sind die Mitglieder des Stiftungsrates. Die institutionelle Erwartung an solche Stiftungsratsmitglieder (das gleiche für Hochschulratsmitglieder) sind zweifellos die, dass sie nicht, wie man umgangssprachlich gerne sagt, als bloße »Frühstücksdirektoren« fungieren, d.h. im Wesentlichen ihre eigene Eitelkeit dadurch bedienen, dass sie zwar die Mitgliedschaft im Stiftungsrat annehmen, sich aber mit dem Decorum einer solchen Zugehörigkeit zu einem solchen Gremien begnügen. Der hochkarätig besetzte Stiftungsrat (Hochschulrat) will – übrigens unabhängig von der Kompetenzausstattung, die dem Gremium zugeordnet ist – etwas *bewirken*. Es wird also eine Abhängigkeit der Hochschule von *anderem* Fremdwillen begründet, nicht aber verschwindet die Bindung an heteronome Vorstellungen.

Für die *universitas literarum*, die den Kosmos der wissenschaftlichen Fächer in sich vereinigt, halte ich eine Stiftungsratskonstruktion mit wenigen Ratmitglieder für außerordentlich problematisch. Bei einer kleinen Mitgliederzahl ist es sehr leicht denkbar, dass in solchen Kollegialgremien, die ohnehin nicht von der Abstimmung leben, sich ganz wenige Meinungsführer durchsetzen. Diese Meinungsführer können eine sehr dezidierte Vorstellung davon ha-

28 Oppermann, T., Vom Staatsbetrieb zur Stiftung – Impulse für neue Hochschulen, in: ders. (Hrsg.), a.a.O., (Fn. 10), S. 10 (13 f.).

29 Löwer, W., a.a.O., Fs. für Schuster (Fn. 10).

ben, welche Fächer in einer Universität von wesentlicher Bedeutung sind und welche Fächer angesichts des wie auch immer definierten Bedarfes³⁰ eigentlich keine Existenzchance haben sollten. Solche wirkungsmächtigen Persönlichkeiten können sehr entschiedene Vorstellungen davon haben, wo die Felder zukünftiger Forschung mit Sicherheit liegen werden. Sie können ihren ganzen Einfluss geltend machen, um das von ihnen für richtig Erkannte (vielleicht aber in Wahrheit grob Falsche) auch durchzusetzen. Das muss nicht so sein, ist aber durch institutionelle Vorkehrungen nicht abzuwehren. Institutionelle Konstruktionen, die darauf angewiesen sind, dass die personelle Besetzung im guten Fall zu einem vernünftigen Ergebnis führen wird, sind aber hoch problematisch, weil im ungünstigen Fall auch miserable Ergebnisse institutionell hingenommen werden müssen. Für die Universität mit den Schwierigkeiten der Prioritätensetzung zwischen Naturwissenschaften, marktgängigen Fächern und nicht markt-gängigen geisteswissenschaftlichen Disziplinen ist die Steuerung durch ein externes Kollegialgremium, das von spezifischen Fachkenntnissen gänzlich ungetrübt entscheiden kann, ein hohes Risiko.

Ich halte das Risiko für geringer, wenn es um *Einrichtungen* geht, die eine *begrenzte Zwecksetzung* verfolgen. So könnte ich mir vorstellen, dass für Kunst- oder Musikhochschulen, medizinische oder tierärztliche Hochschulen solche Hochschulräte wesentlich weniger kompliziert zu besetzen sind. Die Persönlichkeiten, die in ein solches Gremium hineingewählt werden, dürften regelmäßig ein gewisses Näheverhältnis zu den Erkenntnisgegenständen dieser Einrichtungen haben. Es ist durchaus denkbar, dass ein solcher Stiftungsrat mit Personen besetzt wird die eine verhältnismäßig hohe Gewähr dafür bieten, dass sie homogene Interessen mit der von ihnen gesteuerten Einrichtung verfolgen. Bei inhomogenen Fachinteressen ist die Besetzung eines solchen Stiftungsrates (Hochschulrats) nach meinem Dafürhalten ein so hohes Risiko, dass eine Universität dieses besser nicht eingeht.

3 Das Entscheidungssystem der Stiftungsuniversität

Wenn man nach der zentralen Bruchlinie in der Tradition der Organisationsform der Universität sucht, die im Stiftungsmodell so besonders deutlich wird, ist es die Absage an das Kollegialitätsprinzip, das – ob nun in der Form der Gruppenuniversität oder ihres Vorgängermodells, in der immer doch auch und besonders durch Kollegialität geprägten Ordinariuniversität – weitgehend verdrängt wird durch hierarchische Strukturen und das Vertrauen auf auch rechtlich gesichertes einflussreiches Fremdwissen (Stiftungsrat, Hochschulrat). Eine solche Lösung ist Antwort auf eine gewisse Unbeweglichkeit und Kompromissabhängigkeit im früheren Entscheidungssystem, die der Präponderanz der Kollegialität zuzurechnen ist. Allerdings darin *nur* die Ursache für Unbeweglichkeit und Reformunlust zu suchen, wäre nicht richtig. So lange der externe Reformdruck nicht besonders hoch gewesen ist – existenzgefährdende Finanzknappheit als zwingenden Reformmotor gab es ebenso wenig wie wettbewerbliche Strukturen –verhalten sich Institutionen selbstgenügsam. Die Akteure des politischen Entscheidungssystems des Bundes und der Länder sind an dieser Stelle gewiss nicht diejenigen, die die Hochschulen rügen dürften für ihren Beharrungswillen im Herkömmlichen, weil sie den ihnen gestellten Problemen auch schon sehr lange (und auch gegenwärtig immer noch durch Verschuldung statt mit veränderter Prioritätensetzung) nicht mit durchgreifenden

30 Im Hochschulprogramm 2010 der Landesregierung NRW will man den Bedarf für bestimmte Berufe bis 2010 kennen und entsprechend Studienplätze bereitstellen. Das ist von großer intellektueller Kühnheit, weil solche Prognosen für die Staatsbewirtschaftung von Gütern noch nie erfolgreich waren.

Reformen begegnen. Ob die herkömmlichen Leitungssysteme unter solchen Knappheitsbedingungen nicht auch erfolgreich gewesen wären, ist nie erprobt worden.

Die den Universitäten jetzt neu normativ vorgegebenen institutionellen Wandlungen folgen einem nicht ungefährlichen Muster: Weil Kollegialität die Probleme nicht löst, soll es die Entscheidungskonzentration auch zu effektiver Willensbildung befähigter Entscheidungskörper richten, die dem Baumuster der Wirtschaft entlehnt sind. Man vertraut darauf, dass die richtigen Personen am richtigen Platz die richtigen Entscheidungen treffen. Die Richtigkeitsgewähr für Entscheidungen wird nicht mehr in der institutionellen Form der Willensbildung gesucht, die die Risiken durch ein System von Checks and Balances effektiv moderiert (so das bisherige System), sondern im *hier* risikoreichen hierarchischen Entscheiden. Solches »einsames« Entscheiden ist besonders risikoreich, wenn die wesentlichen Entscheidungsparameter nicht *normativ* vorgegeben sind, wie das im Sektor von Wissenschaft und Forschung typischerweise der Fall ist, weil es auf die Frage nach der Focussierung auf bestimmte Forschungsfelder etc. keine normativen Antworten gibt. Hier auf die durch rechtliche Rücksichtnahmen nicht moderierte Entscheidung des Rektors (Rektorat) zu vertrauen, ist so risikoreich wie das (häufig genug schiefgehende) Vertrauen auf den Chief Executiv Officer als Hauptträger von Entscheidungen in Unternehmen. Dort verspielen Fehlentscheidungen allerdings (hoffentlich) nur Kapital; Fehlweichenstellungen in Forschung und Lehre sind auf der Zeitschiene viel nachhaltiger und gegebenenfalls im Schadenspotential auch sehr viel höher.

Im Entscheidungssystem Stiftung hängt also alles davon ab, ob die zur Entscheidung Berufenen jenes Maß an Vernunft repräsentieren, das Erfolgsbedingung ist. Sicherheit dafür gibt es nicht, wie immer, wenn es allein auf Vertrauen ankommt. Aber es gibt auch keine institutionelle Vorkehrung durch Zustimmung- und oder Vetopositionen der kollegialen Wissensträger. Eine solche Konstruktion ist nicht ohne Leichtsinn.

4 Rechtliche Zweifel

Nachdem das Modell beschrieben und kritisch betrachtet wurde, sollen nun noch einige rechtliche Fixpunkte benannt werden, die Zweifel an der rechtlichen Validität der Konstruktion begründen, aber auch einige im Schrifttum erhobene Rechtszweifel ausräumen.

4.1 Die Stiftungs konstruktion führt zu einer gesteigerten Staatsferne, was aber nichts daran ändert, dass die akademische Berufsvorbereitung Staatsaufgabe bleibt. Es ist der Staat, der weithin als faktischer Monopolist die Hochschulen finanziert und auch reglementiert – bis zur Grenze der Wissenschaftsfreiheit. Eine tektonische Verschiebung zwischen dem Privatsektor und dem Staat als Träger von Wissenschaft und Forschung im Zusammenhang mit der Ausbildung des akademischen Personals findet also nicht statt, so dass dadurch Verfassungsfragen auch nicht aufgeworfen werden können.

4.2 Der Weg für das Stiftungsmodell ist rechtlich dadurch freigemacht, dass das Hochschulrahmengesetz die frühere (unsinnige) Enge rahmenrechtlicher Vorgaben für die Rechtsform aufgegeben hat und damit den Weg auch für verwaltungsprivatrechtliche Rechtsformen, aber eben auch für die Stiftungslösung öffnet³¹. Die Position von Andreas Reich³², es sei ausgeschlossen, Hochschulen zu Stiftungen zu machen, weil so die Forscher an den Forschungsinstituten eine Objektstellung erhielten, berücksichtigt im Ansatz nicht, dass die Stiftung nur

31 S. § 58 Abs. 1 Satz 2 HRG: Hochschulen „können auch in anderer Rechtsform errichtet werden.“; s. dazu die Hinweise bei Geis, *M.-E.*, a.a.O. (Fn. 3), § 58 Rn. 23 – 26.

32 Reich, *A.*, Hochschulrahmengesetz. Kommentar, 6. Aufl. 1999, § 58 Rn. 2.

Träger der Hochschule ist und nicht die Hochschule selbst Stiftung ist. Aber selbst wenn dem so wäre, spräche das Argument aus der »Objektstellung des Forschers« nicht gegen die Stiftungslösung, weil die Arbeit in der Stiftung unter dem Schutz von Art. 5 Abs. 3 GG gewiss nicht zu einer Objektstellung des Forschers führte. Max-Emanuel Geis hat in diesem Zusammenhang zu recht darauf hingewiesen, dass grundrechtliche Freiheit und Anstaltscharakter nicht etwa a limine unvereinbar seien, wie das Beispiel der Rundfunkanstalten zeige³³.

4.3 Soweit namentlich Thorsten Koch³⁴ und Okko Behrends³⁵ übergangsrechtliche Rechtsprobleme sehen, sind diese wohl doch lösbar.

a) Für den *Personalübergang* wird gerügt, dass das Personal des Landes, das bisher in der Universität mit dem Dienstherrn Land gearbeitet habe, beim Dienstherrn Stiftung gar nicht ankommen könne, weil ein solcher Dienstherrnwechsel von keiner der Alternativen des § 128 BRRG³⁶ erfasst werde. Wenn man die Vorschrift durchmustert, bleibt in der Tat nur die letzte Alternative in § 128 Abs. 4 BRRG. Aber auch der Wortlaut dieser Alternative stellt den Ausleger vor Probleme, weil die Aufgaben der Universität nach dem organisatorischen Akt der Stiftungserrichtung so bleiben, wie sie vordem gewesen sind. Lediglich die staatlichen Aufgaben gehen von der Universität auf die Stiftung über. Die Professoren dienen aber nicht typischerweise den staatlichen Aufgaben. Das Prinzip des § 128 Abs. 4, dass Beamte bei einem Eingriff in den Aufgabenbestand einer Behörde ihren Aufgaben folgen, greift also nicht ein. Wenn man auf die Aufgaben der Universität abhebt, die von den beamteten Professoren erfüllt werden, so werden diese nicht »bewegt«. Für Forschung und Lehre sind vor wie nach die Universitäten zuständig. § 128 BRRG griffe bei einer solchen Auslegung nicht. Trotz der Errichtungsverordnungen wäre die Stiftung nicht Dienstherr der beamteten Professoren geworden.

Man muss allerdings sehen, dass § 128 BRRG nur die Fälle sozusagen der Territorialreform und der Funktionalreform im Auge hat. Dafür werden Rechtsregeln bereitgestellt. Die Organisationsreformfähigkeit des Staates kann allerdings nicht allein von § 128 BRRG her gedacht werden. Das verdeutlicht die Privatisierung der deutschen Bundespost, die ebenfalls mit dem Status der bisherigen Dienstnehmer der öffentlich-rechtlichen Deutschen Post konfrontiert war. Auch hier war der Gesetzgeber nicht etwa wegen § 128 BRRG genötigt, auf die Privatisierung zu verzichten. Der Gesetzgeber musste vielmehr maßgeschneiderte organisationsrechtliche Lösungen suchen, die die »wohlerworbenen Rechte« der Beamten respektierten³⁷. Die Organisationskraft des Staates findet nicht ihre Grenze im Beamtenrecht des

33 Geis, M.-E., a.a.O. (Fn. 3), § 58 Rn. 23.

34 Koch, T., Die Übernahme des Hochschulpersonals durch eine Hochschulstiftung, in: O. Behrends (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 10), S. 81 f.

35 Behrends, O., Eine „Stiftung“ als Trägerin und Leitungselement einer Körperschaft – Miss- und Fehlgebrauch rechtlicher Institutionen, in: ders. (Hrsg.), a.a.O., (Fn. 10), S. 11 ff. –

36 Koch, T. (Fn.), S. 89 – 95. § 128 Abs. 1 erfasst die vollständige Eingliederung einer Körperschaft in eine andere Körperschaft. Abs. 2 beschäftigt sich mit der Eingliederung einer Körperschaft, die in mehrere andere Körperschaften eingegliedert wird. In Abs. 3 geht um Beamte einer Körperschaft, die teilweise in eine oder mehrere andere Körperschaften eingegliedert wird. In Betracht kommen könnte nur allenfalls Abs. 4. Die Vorschrift lautet: „Die Absätze 1 – 3 geltend entsprechend, wenn eine Körperschaft mit einer oder mehreren anderen Körperschaften zu einer neuen Körperschaft zusammengeschlossen wird (der Fall liegt gewiss nicht vor), wenn aus einer Körperschaft oder aus Teilen einer Körperschaft eine oder mehrere neue Körperschaften gebildet werden (auch das ist nicht vergleichbar), oder wenn Aufgaben einer Körperschaft vollständig oder teilweise auf eine oder mehrere andere Körperschaften übergehen.“

37 Der Bund hat diese Lösung allerdings auf der Ebene der Verfassungsänderung gesucht, so dass die Parellele nicht vollständig durchgreift (s. Art. 143a, Art. 143b GG). Das materiell-rechtliche Prinzip wird in Art. 143a Abs. 1

§ 128 BRRG. Für solche Organisationsmaßnahmen jenseits der Territorial- und Funktionalreform müssen die jeweiligen Organisationsakte für das Personal Regeln finden, die allerdings materiell-rechtlich durch deren Status vorgegeben sind: Es darf nicht zu einer Gefährdung ihrer Rechtsposition kommen. Das bedeutet, dass die übertragene Dienstherrenfähigkeit die Insolvenzunfähigkeit der Stiftung bedingt (die nach geltendem niedersächsischen Landesrecht wie für alle niedersächsischen öffentlich-rechtlichen Trabanten gesichert ist³⁸) und dass der Staat verpflichtet ist, über die Insolvenzunfähigkeit hinaus (die noch keine Zahlungsfähigkeit gewährleistet³⁹) in einer etwaigen Krise der Anstellungskörperschaft für das beamtete Personal stets genügend Mittel bereitzustellen. Dienstherrenfähigkeit darf nur übertragen werden, wenn der Staat bereit ist, Besoldung und Versorgung bei der verselbstständigten juristischen Person des öffentlichen Rechts notfalls selbst zu leisten. Mit dieser Maßgabe ist der Dienstherrenwechsel dann allerdings auch verfassungsmäßig. Es bietet sich daneben noch die Deutungsvariante an, den Wechsel der Dienstherrenfähigkeit als Aufgabenübergang anzusehen, so dass § 128 Abs. 4 BRRG in diesem Fall tatbestandlich eingriffe.

b) Wegen Art. 126 EGBGB⁴⁰ werden sachenrechtliche Bedenken dahingehend geltend gemacht, die Grundstücke seien auch nicht bei der Stiftung angekommen, weil die im Anhang zu dem Stiftungsgründungsverordnungen⁴¹ aufgelisteten Grundstücke nicht ex lege auf die Stiftung als neuen Eigentümer hätten übergehen können⁴². Richtig ist, dass Art. 126 EGBGB gesetzliche Eigentumsübergänge nur auf das Verhältnis Kommunalverband – Staat bezieht⁴³. Dabei lasse ich dahinstehen, ob es ein belangvolles Argument ist, dass sich die gewählte Regelung einer Verordnung mit einem Anhang genaubezeichneter Grundstücke, die zu Eigentum übertragen werden, »sachenrechtlich nicht einordnen lässt.«⁴⁴. Entscheidend ist vielmehr, dass die Trägerschaftsübertragung ein Rechtsnachfolgetatbestand⁴⁵ ist, für den es den Landesorganisationsrechtsgesetzgeber – das ist eine in den Kern der Eigenstaatlichkeit der Länder gehörige verfassungsrechtliche Befugnis⁴⁶ – bindende Normen nicht gibt. Der Gesetzgeber

Satz 1 indes deutlich: „Beamte der Bundesbahn können durch Gesetz unter Wahrung ihrer Rechtsstellung und der Verantwortung des Dienstherrn einer privat-rechtlich organisierten Eisenbahn des Bundes zur Dienstleistung zugewiesen werden.“

38 Zur Insolvenzunfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts s. die Hinweise bei *Ott*, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 1, 2001, § 12 Rn. 23 auch mit Hinweisen auf die niedersächsische Rechtslage.

39 Insolvenzunfähigkeit bedeutet nur, dass über das Vermögen der juristischen Person des öffentlichen Rechts kein Gesamtvollstreckungsverfahren erfolgen darf. Die Insolvenzunfähigkeit ist nicht etwa im Gläubigerinteresse angeordnet, sondern wie die Kommentatoren der Insolvenzordnung im Anschluss an die Gesetzesbegründung betonen, zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung s. etwa *Ott*, wie vor, § 12 Rn. 1; *Schmerbach, U.*, in: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Aufl. § 12 Rn. 2; *Kirchhof, H. P.*, in: Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2001, § 12 Rn. 1; *Hess, H.*, Insolvenzordnung, Band 1, 2. Aufl. 2001, § 12 Rn. 2.

40 Art. 126 EGBGB lautet: „Durch Landesgesetz kann das dem Staat an einem Grundstück zustehende Eigentum auf einen Kommunalverband und das einem Kommunalverband an einem Grundstück zustehende Eigentum auf einen anderen Kommunalverband oder auf den Staat übertragen werden.“

41 S. als Beispielverordnung über die Neuregelung der Trägerschaft der Georg-August-Universität Göttingen und der Aufgabenorganisation ihres Bereiches Humanmedizin vom 17. Dezember 2002, GVBl. 812; die Aufzählung der rund 400 Grundstücke S. 818 – 832.

42 S. dazu eindrucksvoll *Behrends, O.*, in: ders. (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 10), S. 24 f.

43 Das bedeutet allerdings nicht, dass die Vorschrift nicht eventuell entsprechend auf den hier vorliegenden Eigentumstraditionsvorgang zwischen Land und Stiftung des öffentlichen Rechts angewendet werden könne.

44 S. dazu *Ipsen, J.*, a.a.O. (Fn. 10). NdsVBl. 2003, S. 5.

45 S. dazu *Dietlein, J.*, Nachfolge im Öffentlichen Recht. Staats- und verwaltungsrechtliche Grundfragen, 1999, S. 529 ff.

46 S. dazu *Pützer, H.-J.*, Landesorganisationshoheit als Schranke der Bundeskompetenzen, 1988, S. 165 ff.

hätte folglich auf die Liste der dem Hochschulbetrieb gewidmeten Grundstücke auch verzichten können, wenn auch ohne Liste ein rechtsklarer Zustand eingetreten wäre, also über die Widmung für universitäre Zwecke nicht hätte gestritten werden können. Das Listenprinzip dient in diesem Zusammenhang nur der Rechtsklarheit hinsichtlich der Konsequenzen aus dem Rechtsnachfolgetatbestand, die dem gesteigerten Bedürfnis des Immobiliarsrechtsverkehrs nach solcher Eindeutigkeit Rechnung trägt.

4.4 Weiter wird gegen die Stiftungskonstruktion vorgetragen, sie sei deshalb unzulässig, weil eine Stiftung keine Körperschaft tragen können; eine Körperschaft könne nicht wie ein »Unternehmen« eines Zweckvermögens geführt werden⁴⁷. Soweit solche Argumente Rechtsfolgen aus dem Rechtsbegrifflichkeiten der Stiftung und der Selbstverwaltungskörperschaft herleiten, übersehen deren geistige Väter die Beweglichkeit öffentlich-rechtlicher Organisationsentscheidungen, soweit sie gesetzlich getroffen werden. Der Gesetzgeber kann die Stiftung des öffentlichen Rechts sehr unterschiedlich ausgestalten⁴⁸, indem diese Organisationsrechtsform den verfolgten Zwecken angepasst wird. Die gewählte Form führt dann nur dazu, dass ein ergänzendes Rechtsregime für den speziellen Organisationsakt – hier das Stiftungsrecht – anzuwenden ist. Nicht aber ist der Gesetzgeber gezwungen, seine Organisation durch den gewählten Personentypus inhaltlich eng zu begrenzen. Eine ganz andere Frage, ob die Stiftungsorgane (nicht wie Okko Behrends sagt: die Stiftung) die Universität »führen« können. Das ist keine Frage der Rechtsform der Stiftung sondern führt zu dem letzten hier zu behandelnden Problem demokratischer Legitimation.

4.5 Verfassungsrechtliche Probleme bereitet in der Tat der Stiftungsrat, der kraft seiner Vertreterstellung für die Stiftung als Träger der Hochschule in die bisherige Position des Landes hinsichtlich dessen Rechtsstellung einrückt.

Mit dem Stiftungsrat sind zum Teil jene Probleme verbunden, die entscheidungsbefugte Hochschulräte verfassungsrechtlich aufwerfen⁴⁹ und mit dem Niedersachsen in Sachen Vechta schon einige Erfahrung hat⁵⁰. Diese Probleme werden hier sogar noch verschärft, weil *dieser* Stiftungsrat eben die Rechtsstellung des Landes im Verhältnis zur Universität partiell substituiert.

a) Der Maßstab für das Problem liegt im Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG. Weil alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht, müssen die Entscheidungsträger ihren Amtsgewinn einer ununterbrochenen Legitimationskette verdanken, die über den verantwortlichen Minister auf das Volk zurückführt⁵¹. Aber auch die Entscheidungen müssen sachlich legitimiert wer-

47 Behrends, O. in: ders. (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 10), S. 29 f.

48 Einen Überblick über die existenten Stiftungen des öffentlichen Rechts gibt *Freiherr von Campenhausen, A.*, Stiftung des öffentlichen Rechts, in: Seifart/v. Campenhausen, a.a.O. (Fn. 12), § 15 Rn. 7 mit Fn. 16.

49 Zur Problematik des Hochschulrates vgl. *Kempen, B.*, Bayerische Hochschulräte, BayVBl. 1999, 454; *Fittchen, D.*, Wider die Einführung von Hochschulräten, WissR 30 (1997), S. 325 ff.; *Berchen, T.*, Fremdkörper Hochschulrat, FuL 1998, 129; *Krüger, H.*, Der Hochschulrat aus verfassungsrechtlicher Sicht, FuL 1997, 287; Einen Überblick über die Vielfalt der Rätemodell gibt Jürgen Schlegel, Hochschulräte – Diktatur der Funktionäre oder Verbesserung der strategischen Planungskompetenz der Hochschule?, in: Brücken bauen und begehen, Fs. f. Knut Ipsen (hrsgg. von V. Epping/H. Fischer/W. Henschel von Heinegg, 2000, 507 (509 – 516).

50 S. dazu *Schulz, V./Kürschner, W.*, Der Hochschulrat an der Hochschule in Vechta, FuL 1997, 2089; Fink, U., Der Hochschulrat in Vechta, in: Wissenschaftsrecht im Umbruch. Gedächtnisschrift für Hartmut Krüger (hrsgg. von P. Hanau u.a.), 2001, 111 ff.

51 Aus der verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Judikatur s. dazu: BVerfGE 47, 253 (275 ff.); 52, 95 (130); 77, 1 (40 ff.); 83, 60 (71 ff.); 93, 37 (66 ff.); BVerwGE 106, 64 (72 ff.); BVerwG NVwZ 1999, 870 (872 ff.); VerfGHNRW, OVG 39, 292 (293 ff.); DVBl. 1997, 1107; Rh.Pf.VerfGH NVwZ-RR 1994, S. 655 ff.; Nds. StGH NVwZ 1997, 267 (271). Aus der Literatur grundlegend (anknüpfend an eigene Arbeiten) *Böckenförde,*

den: Auch für sie gilt das Prinzip der ununterbrochenen Legitimationskette⁵². Solche Legitimationszusammenhänge können auf der Selbstverwaltungsebene z.B. im Bereich der Gemeinden dort für die Ortsstufe auf das Gemeindevolk projiziert werden⁵³. Sonstige Selbstverwaltungszusammenhänge machen die Argumentationen komplizierter, sind aber auch dort möglich⁵⁴.

Es liegt auf der Hand, dass das hierarchische Weisungsmodell⁵⁵ dem demokratischen Anforderungen vollkommen entspricht. Ein Blick auf die Wirklichkeit lehrt aber, dass angesichts der bestehenden Organisationsvielfalt mittelbarer Staatsverwaltung, des breiten Sektors der funktionalen Selbstverwaltung⁵⁶, der keineswegs seltenen ministerialfreien Räume⁵⁷ das Prinzip notwendig Ausnahmen resp. Relativierungen kennen muss, dass Sachgründe für eine Lockerung des »Kettenmodells« sprechen können⁵⁸. Das Bundesverfassungsgericht ist insoweit schon vor den jüngsten Entscheidungen zu den Wasserverbänden⁵⁹, um ein einigermaßen flexibles Modell bemüht⁶⁰, für das es die etwas rätselhafte und schwer greifbare Formulierung vom »bestimmten Legitimationsniveau« kreiert hat⁶¹.

Im Blick auf den Stiftungsrat ist klar, dass die notwendige Legitimation für den Amtsgewinn bei den Stiftungsratsmitgliedern vorliegt. Sie verdanken ihre Berufung dem Einvernehmen von Hochschulen und Minister, dem die parlamentarische zu verantwortende Letztverantwortung zukommt.

Der Kern des Problems liegt vielmehr darin, dass die Entscheidungen des Stiftungsrates ohne jede sachliche Rückanknüpfung an das Volk im Sinne des Kettenmodells⁶² bleiben. Die Mitglieder des Stiftungsrates entscheiden *weisungsfrei* – nur im Rahmen der Rechtskontrolle. Soweit strategische Entscheidungen für die Hochschule nicht den kondominialen Zielvereinbarungen unterliegen, trifft der Stiftungsrat solche Entscheidungen trotz ihres diskretionären Charakters – und das, obwohl der Staat die finanzielle Verantwortung für die Hochschule nach wie vor praktisch alleine trägt. Im herkömmlichen Modell der Hochschule in der Träger-

E. W. Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. Band II: Verfassungsstaat (2004) § 24 Rn. 11 f.; zu der neuen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den Wasserverbänden (BVerfGE 107, 59 – Lippe Verband/Emscher Genossenschaft s. unten d).

52 Zur Notwendigkeit sachlich-innerhaltlicher Legitimation s. *Böckenförde*, E. W. wie vor.

53 Ernst-Wolfgang Böckenförde, wie vor.

54 Hinweise auf die entsprechenden literarischen Konzeptionen bei *Ossenbühl*, F., Stiftungen als institutionelle Sicherung der Wissenschaftsfreiheit, in: „in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen. ...“ *Liber amicorum* Thomas Oppermann (hrsgg. von K.D. Classen u.a.), 2001, 841 (842 ff.); der Beitrag beschäftigt sich mit Stiftungen *privaten Rechts*.

55 *Dreier*, H., Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 139 ff.; Hubertus Gersdorf, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie und Wirtschaftlichkeitsprinzip, 2000, S. 187 ff.

56 Dazu *Kluth*, W., Funktionale Selbstverwaltung, 1997.

57 Dazu *Klein*, E., Die verfassungsrechtliche Problematik des ministerialfreien Raumes, 1974; *Böckenförde*, E. W., a.a.O. (Fn. 51), Rn. 24.

58 S. *Löwer*, W., Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60 (2001) S. 416.

59 BVerfGE 107, 59 – Lippe Verband/Emscher Genossenschaft.

60 S. die Nachweise oben in Fn. 51.

61 BVerfGE 93, 37 (66 f.) – MBGSchlH

62 Dieses Kettenmodell ist Gegenstand lebhafter Auseinandersetzung im Schrifttum; s. die Nachweise der Kritik bei *Ehlers*, D., Die Staatsgewalt in Ketten, in: Demokratie in Staat und Wirtschaft. Fs. f. Ekkehart Stein (hrsgg. von H. Faber und G. Frank), 2002, 125 (126 ff.); Ehlers hat im Lichte dieser Kritik das Kettenmodell nochmals geprüft und es (wie es sich für eine gute Kette gehört) m.E. völlig zutreffend für valide gehalten; auch das Bundesverfassungsgericht hat sich in der Entscheidung BVerfGE 107, 28 – Lippe Verband/Emscher Genossenschaft davon durchaus nicht verabschiedet, aber eine neue Position für funktionale Selbstverwaltung definiert; s. dazu unten d).

schaft des Staates, in dem die Hochschulen im wesentlichen allein in Verbindung mit der Ministerialbürokratie entscheiden, greift insoweit die besondere Legitimation aus der Binnenwillensbildung der Hochschule ein, die wegen ihrer Selbstverwaltungsstruktur mit dem Focus auf der Wissenschaftsfreiheit eine Legitimation liefert, die das Kettenmodell schwächen darf⁶³. Aber hier bleibt der Staat immer noch für die staatlichen Angelegenheiten in seiner Anstalt dadurch verantwortlich, dass er fachaufsichtsberechtigt ist; er kann dann z.B. die Hochschulen auf diesem Spielfeld auch mittels Verwaltungsvorschriften steuern.

b) Das ist im Stiftungsmodell ganz anders: Es bleibt immer nur die Rechtsaufsicht über die Stiftung.

Natürlich dürfte der Staat seine Angelegenheiten in die Selbstverwaltungsstrukturen der Hochschulen überführen, weil dann deren spezifischer Legitimationsmodus eingriffe⁶⁴. Der Stiftungsrat, dessen Legitimation gerade nicht aus den Sachbezug der Wissenschaftsfreiheit herauswächst, weist aber eine solche Selbstverwaltungsstruktur gerade nicht auf. Am deutlichsten wird dies am Genehmigungsvorbehalt für Satzungen. Hier wird dem Stiftungsrat im Verhältnis zur Hochschule eine kondominale Regelungsbefugnis zugewendet⁶⁵, d.h. wie sonst der Staat überwacht der Stiftungsrat die Satzungen, soweit sie »staatlich genehmigungsbefähigt sind« fachaufsichtlich. Seine Wahrnehmung der Fachaufsicht unterliegt nur der staatlichen Rechtsaufsicht. Jene Sieben agieren also sachlich ohne jede Rückanknüpfung an den Volkswillen für ihren konstitutiven Anteil an der Normgebung. Hier wird man von einem hinreichenden Legitimationsniveau nicht mehr sprechen können.

Der zweite neuralgische Punkt ist die kühne Konstruktion des Gesetzes, dem Stiftungsrat die Rechtsaufsicht über die Hochschule anzuvertrauen. Die Hochschule wird einer Rechtsaufsichtsinstanz ausgesetzt, die ihrerseits parlamentarisch nicht verantwortlich ist. Der Stiftungsrat vermag wissenschaftsrelevante Entscheidungen als Hochschulrechtsaufsicht zu beanstanden, ohne dass dafür der Minister die parlamentarische Verantwortung trüge. Die Wissenschaftsfreiheit der Grundrechtsträger in der Hochschule und der Hochschule⁶⁶, deren Grenzen typischerweise nicht durch präzise Normen eingegrenzt sind, weil es sich um ein vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht handelt, wird dem Zugriff eines parlamentarisch nicht verantwortlichen Gremiums ausgesetzt. So etwas mag noch hingehen, wenn die anzuwendenden Normen einen hohen Determinationsgrad aufweisen. Aber je diskretionärer der Bereich ist, um so weniger kann auf parlamentarische Kontrolle verzichtet werden. In diesem Licht könnte sich manche Hochschule – je nach Intensität der Stiftungsaufsicht – eines Tages an die »gute alte Ministerialbürokratie« wehmütig zurückerinnern, weil dort wegen der parlamentarischen Verantwortung des Ministers die Rechtsaufsicht immer moderiert gehandhabt worden ist. Die Verfassungsrechtsfrage muss sich an der Potentialität der Normen ausrichten, nicht an fragilen Erwartungen und Hoffnungen auf vernünftige Akteure, die rechtsaufsichtlich eventuell nur im Evidenzfall eingreifen würde.

63 Zur Legitimation der Entscheidungsstruktur aus der Wissenschaftsfreiheit, die letztlich in ein Selbstverwaltungsmodell mündet, s. im Anschluss an BVerfGE 35, 76 *Schröder, M.*, Grundlagen und Anwendungsbereich des Parlamentsrechts. Zur Übertragbarkeit parlamentsrechtlicher Grundsätze auf Selbstverwaltungsorgane, insbesondere in der Kommunal- und Hochschulverwaltung, 1979, S. 456; zustimmend *Löwer, W.*, a.a.O. (Fn. 13) zu Fn. 67 f.

64 S. die Hinweise in Fn. 63 sowie die Absicherung der Selbstverwaltungsgarantie der Hochschulen in den Landesverfassungen.

65 Zur kondominalen Genehmigung s. die Hinweise bei *Löwer, W.*, in: v. Münch/Kunig, GGK II, 5. Aufl. 2001, Art. 28 Rn. 63 für das Kommunalrecht.

66 S. dazu die Hinweis bei *Wendt, R.*, in: von Münch/Kunig, GGK I, 5. Aufl. 2000, Art. 5 Rn. 104a.

Deshalb ist das hinreichende Legitimationsniveau für die Entscheidung des Stiftungsrates nicht erreicht. Wenn der Staat die Verantwortung für die Hochschulen trägt, seine unmittelbare Einwirkung aber zurücknehmen will, kann er dies durch Überantwortung seiner Entscheidungsanteile an die Selbstverwaltung der Hochschule bewirken. Die hier gewählte Alternative der Verlagerung staatlicher Verantwortung auf fünf gewillkürte und zwei geborene Amtsträger, die zum Anstaltsherrn über eine gewaltige Leistungsverwaltungseinheit werden, die überdies innerlich – für eine Staatsanstalt atypisch – von grundrechtlicher Freiheit für die Leistungsträger erfüllt ist⁶⁷, unterschreitet für die Legitimation der Sachentscheidung denn doch das geforderte hinreichende Legitimationsniveau.

c) Es kommt noch ein zweites hinzu. Man muss sich das in aller Deutlichkeit klar machen: Der Stiftungsrat ist ehrenamtliche Verwaltung. Es geht um *Laienverwaltung* (soweit es nicht um das ministerielle Mitglied geht) durch *nebenamtlich* Tätige.

Das Schicksal der Hochschule wird also Ehrenamtsinhabern anvertraut, die nicht selbst parlamentarischer Kontrolle unterliegen, die aber auch dem Kontrollzusammenhang der Hochschule, wie dies für Hochschulorgane gelten würde, nicht effektiv ausgesetzt sind. Sie sind überhaupt nur dem Stiftungszweck gegenüber verpflichtet, sind aber in einen Mechanismus politischer Verantwortlichkeit nicht einbezogen, weil sie nur »aus wichtigem Grund« entlassen werden können (was im Verhältnis zum Land in mancher Hinsicht durchaus seinen Sinn haben mag). Sie können ihr Amt also nur wegen gravierender Pflichtverletzung verlieren. Sie zeichnen sich auch nicht durch Fachkompetenz für ihre Kontrollaufgabe aus gegenüber Haushalten, die die Milliardengrenze (wenn man die Medizin hinzunimmt) erreichen können. Sie zeichnen sich auch nicht durch Fachkompetenz in Sachen Rechtsaufsicht gegenüber der Hochschule aus.

Sie sind als Akteure nicht existentiell mit der Einrichtung verbunden, sie sind nicht einmal essentiell mit ihr verbunden, weil sie ihr berufliches Betätigungsfeld außerhalb der Hochschule haben.

Darf die Rechtsordnung einem solchen Gremium wirklich die Rechtsaufsicht, aber auch den Haushaltsvoranschlag und die Haushaltsüberwachung anvertrauen? Darf es eine neben- und ehrenamtliche, persönlich im Wesentlichen unverantwortliche (der Verlust des Stiftungsratssitzes ist nicht gerade eine ernste Kontrollkonsequenz) Rechtsaufsicht gegenüber einer Einrichtung geben, der die akademisch-berufliche Bildung tausender junger Menschen anvertraut ist? Nach der Prämisse auch im System der Stiftungsuniversität ist die akademische Bildung Staatsaufgabe. Das kann nicht ohne Konsequenzen für die Organisation bleiben. Man kann die Idee einer dotierten privatrechtlichen Stiftung amerikanischer Provenienz nicht derart ausbeuten, dass man deren Steuerung durch einen Board der Trustees in ein System überträgt, in dem die Hochschulaufgaben als Staatsaufgabe firmieren. Der Vorrang der Verfassung bleibt beachtlich.

Allerdings ist es verfassungsrechtlich nicht einfach, für die gestellte Frage Maßstäbe zu finden. Die Rechtsordnung hält wenig zwingende Organisationsdirektiven neben dem etwas diffusen Demokratieprinzip bereit. Zu denken ist aber immerhin daran, dass eine solche Konstruktion an der Leitvorstellung funktionsgerechter Organstruktur⁶⁸ gemessen werden muss.

67 S. dazu meine Überlegungen zum „Berufsbeamtentum für den Professor: Notwendigkeit oder Privileg?“, *WissR* 33 (2000), S. 302 (303 – 310).

68 S. dazu zuletzt von *Danwitz, T.*, Der Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur. Verfassungsvorgaben für die staatlichen Entscheidungsstrukturen und ihre gerichtliche Kontrolle, *Der Staat* 35 (1996), 329 ff.; *Gross, T.*, Das

Dieser aus dem Gewaltenteilungsprinzip gewonnene Topos wird neuerdings häufiger als Teil eines rechtsstaatlichen organisationsrechtlichen Rationalitätsgebotes diskutiert. Unter diesem Signum ist es überaus zweifelhaft, ob so viel Ehrenamtlichkeit und Nebenamtlichkeit bei wesentlicher Steuerungsgewalt verfassungsrechtlich akzeptabel ist.

d) Man mag überlegen, ob das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber mit seiner neuen Rechtsprechung zur demokratischen Legitimation funktionaler Selbstverwaltung nachträglich zu Hilfe gekommen ist⁶⁹. Der Zweite Senat verabschiedet das Kettenmodell für den Sektor der funktionalen Selbstverwaltung, behält dieses also der unmittelbaren Staatsverwaltung und der Gemeindeverwaltung vor, während Kammern, Wasserverbände etc. nicht auf dieses Legitimationsmodell verpflichtet sein sollen⁷⁰. Was allerdings funktionelle Selbstverwaltung ist, wird vorausgesetzt, aber nicht definiert. Es scheint so, als sei funktionell alles, was nicht staats- oder gemeindeunmittelbar ist. Ob für diesen Sektor des sonstigen das Legitimationsmodell, das jetzt für die Wasserverbände formuliert worden ist, flächendeckend geltend kann, ist allerdings noch unsicher.

Wendet man die Grundsätze des Bundesverfassungsgerichts an, ergibt sich als Befund: Aus dem Prinzip demokratischer Legitimation soll jetzt folgen, dass das Volk seine Selbstbestimmung in diesem Sektor dadurch wahrt, dass es seinen maßgeblichen Einfluss in die Normgebung verlagert. »Das erfordert, dass die Aufgaben und Handlungsbefugnisse der Organe in einem von der Volksvertretung beschlossenen Gesetz ausreichend vorherbestimmt sind und ihre Wahrnehmung der Aufsicht personell dem demokratisch legitimierter Amtswalter unterliegt.«⁷¹ Es liegt auf der Hand, dass das Wasserverbandsmodell, für die die entsprechenden Aussagen jetzt getroffen sind, für die Universitäten nun überhaupt nicht passt. Die »Steueraufgabe« des Stiftungsrates gegenüber der Universität ist gerade nicht gesetzlich determiniert. Es werden zwar Kompetenzen beschrieben, aber eine inhaltliche Direktion der Aufgaben fehlt. Die Legitimation der Aufgabe zur Wissenschaft, Forschung und Lehre folgt bislang aus einem einzigartigen Zusammenspiel von Grundrechtslegitimation und amtlicher Kollegialität. Der Stiftungsrat ist in diesem Zusammenhang ein Fremdkörper und er gewinnt auch keine hinreichende Legitimation durch normative Determiniertheit seiner Aufgabenstellung. Das Bundesverfassungsgericht stellt sich außerdem, so steht doch zu vermuten, unter den demokratisch legitimierten Amtswalter nicht nebenamtliche und ehrenamtliche Amtswalter vor. Wenigstens die Kontrollaufgaben muss von Amtswaltern wahrgenommen werden, die ihre personellen Legitimation in der bis zum Minister heraufreichenden Weisungshierarchie wahrnehmen.

Wie man es auch immer drehen und wenden mag: Legitimatorisch wirft das Stiftungsmodell kaum lösbare Probleme auf.

*Verf.: Prof. Dr. Wolfgang Löwer, Institut für Öffentliches Recht,
Abt. Wissenschaftsrecht, Adenauerallee 44, 53113 Bonn*

Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, 200 ff. m. weit. Nachw.; Löwer, W., a.a.O. (Fn. 58) S. 443 f.

69 BVerfGE 107, 59 – Lippe-Verband/Emscher Genossenschaft; vgl. dazu nur unter Bezug auf die Debatte um die Schulautonomie *Unruh, P.*, „Schulautonomie“ und Demokratieprinzip – im Lichte der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: *Recht der Jugend und des Bildungswesens* 2003, S. 466.

70 BVerfGE 107, 59 (86 – 94).

71 BVerfGE 107, 59 (94).