

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 1253

**Die wirtschaftliche Betätigung  
von Universitäten**

**Legitimation und Grenzen**

**Von**

**Ilse-Dore Gräf**



**Duncker & Humblot · Berlin**

ILSE-DORE GRÄF

Die wirtschaftliche Betätigung  
von Universitäten

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1253

# Die wirtschaftliche Betätigung von Universitäten

Legitimation und Grenzen

Von

Ilse-Dore Gräf



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät  
der Ruhr-Universität Bochum  
hat diese Arbeit im Jahre 2013  
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: Konrad Tritsch GmbH, Ochsenfurt  
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0582-0200  
ISBN 978-3-428-14191-3 (Print)  
ISBN 978-3-428-54191-1 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-84191-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Sommersemester 2013 von der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum als Dissertation angenommen. Sie wurde mit dem Preis für Wissenschaftsrecht 2013 ausgezeichnet.

Mit der Fertigstellung der Dissertation endete zugleich meine siebenjährige Tätigkeit als studentische und nachfolgend als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Herrn Professor Dr. Martin Burgi. Der Dank, der meinem Doktorvater gebührt, ist kaum in Worte zu fassen. Lieber Herr Burgi, Sie haben mich nicht nur juristisch, sondern auch persönlich stark geprägt! An Ihrem nahezu unerschöpflichen Wissen haben Sie mich stets teilhaben lassen und mich kontinuierlich in der Gewinnung fachlicher Expertise gefördert (und gefordert). Darüber hinaus unterstützten bzw. initiierten Sie meine Teilnahme an kulturellen und interdisziplinären Projekten. Zudem gewährten Sie mir uneingeschränkte Freiheit bei der Erstellung der Dissertation, nahmen sich aber auch sofort die erforderliche Zeit, wenn ich Diskussionsbedarf hatte. Stets haben Sie mir das Gefühl gegeben, dass Sie an mich bzw. meine juristischen Fähigkeiten glauben und bedingungslos hinter mir stehen. Das ist ein riesiger Vertrauensvorschuss, der in keiner Weise selbstverständlich ist und dem ich hoffe gerecht geworden zu sein. Ich bin über alle Maßen dankbar und sehr stolz, dass Sie mein Doktorvater waren!

Ich möchte die Gelegenheit ergreifen, mich auf diesem Wege noch einmal bei allen Kollegen und Kolleginnen zu bedanken, die die Zeit am Lehrstuhl so wertvoll und unvergesslich gemacht haben. Jörg, Robin, Frauke und Tobi – meine Mistreiter von Beginn an – und Christian, Dennis, Alexandra und Ataner, was haben wir gut und gern zusammen gelacht, kontroverse Diskussionen insbesondere beim Mensabesuch geführt und uns gegenseitig unterstützt und beraten. Ich danke euch von Herzen für die vergnügliche, lehrreiche Zeit, die wir am Lehrstuhl hatten und hoffe, dass wir uns nicht aus den Augen verlieren werden! Auch möchte ich all denen danken, die mich als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl unterrichtet haben (insbesondere Markus B., Markus S., Hinnerk und Pamela), und den HiWis, denen ich mein Wissen weitergeben durfte (Inga, Lena, Laura und Christopher)!

Des Weiteren bedanke ich mich herzlich bei meinen Kollegen und Kolleginnen aus dem Projekt „Neue Steuerung von Universitäten“ für die vielen spannenden Diskussionen, die vergnüglichen Tagungsreisen, den fächerübergreifenden Austausch und den lockeren, ungezwungenen Umgang. In diesem Sinne sage ich: Jörg, Rolf, Sascha, Linda, Maren und Manfred, auf dass wir noch einmal mit einem Bier auf den gelungenen Abschluss des Projektes anstoßen werden! Ich freue mich darauf!

Ganz herzlich möchte ich mich auch bei Herrn Professor Dr. Stefan Magen für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens und für die angenehme Leitung des Prüfungsvorsitzes bei meinem Rigorosum bedanken.

Des Weiteren freue ich mich sehr darüber, dass meine Dissertation in die hoch renommierte Schriftenreihe zum Öffentlichen Recht aufgenommen wurde und spreche an dieser Stelle noch einmal ein großes Dankeschön an den Verlag aus.

Zuletzt möchte ich meiner Familie danken. Meinen Eltern danke ich von Herzen für das zeitaufwändige Korrekturlesen meiner Arbeit. Ansonsten kann das Dankeschön, das ich euch gegenüber aussprechen möchte, nur eine Annäherung dessen sein, was ich tatsächlich meine und für euch empfinde. Ich danke euch aus ganzem Herzen für meine wunderschöne, sorgenfreie Kindheit, das Gefühl, dass ich bedingungslos geliebt werde, eure fortwährende Unterstützung sowie euer tiefes Vertrauen und Zutrauen in mich und meine Fähigkeiten. Auch dank der wohl besten Geschwister der Welt und ihrer Klugheit, Gewitztheit, Kreativität und Musikalität auf der einen Seite und ihrer Empathie, ihrem Enthusiasmus, ihrer Spielfreude und ihrer Authentizität auf der anderen Seite bin ich zu der Person geworden, die ich heute bin. Durch euch, Anna, Jennie, Charly und Till, weiß ich von klein auf, was miteinander Wetteifern wirklich heißt und wie man sich durchzusetzen lernt, gleichzeitig aber auch wie viel größer geteilte Freude ist und wie sich absolute Loyalität anfühlt. Dafür danke ich euch aus tiefstem Herzen! Und Carina, seitdem du in meinem Leben bist, ist alles einfach nur noch schöner, noch fröhlicher und noch lebendiger geworden. Ich danke dir für deine unbedingte Unterstützung, dein Vertrauen und dein Liebe! Dich gefunden zu haben, ist mein größtes Glück!

Jena, den 23. Juni 2013

*Ilse-Dore Gräf*

# Inhaltsverzeichnis

## *1. Kapitel*

<b>Einführung in die Problematik, Zielsetzung der Arbeit und Gang der Untersuchung</b>	19
A. Einführung in die Problematik	19
I. Kultur- und zeitgeschichtlicher Kontext der wirtschaftlichen Betätigung von Hochschulen	21
II. Mögliche Gründe für eine Intensivierung der wirtschaftlichen Betätigung von Hochschulen	23
III. Konfliktpotential der wirtschaftlichen Betätigung von Hochschulen	25
B. Zielsetzung und Thesen der Arbeit	30
C. Gang der Untersuchung	32
D. Nicht behandelte Themen	33

## *2. Kapitel*

<b>Begriff, Erscheinungsformen und Systematisierung der wirtschaftlichen Betätigung von Hochschulen</b>	34
A. Begriff der wirtschaftlichen Betätigung	35
I. Wirtschaftsgut	37
II. Synallagmatisches Austauschverhältnis	38
III. Im Wirtschaftsverkehr	38
1. Charakteristika eines Marktes	39
2. Kritische Würdigung	41
a) Ausklammerung der Grundlagenforschung aus dem Bereich der wirt- schaftlichen Betätigung?	41
b) Lediglich Eröffnung eines Marktes?	42

IV. Ergebnis .....	43
B. Erscheinungsformen der wirtschaftlichen Betätigung von Hochschulen .....	44
I. Marktakteure .....	44
II. Orientierung an dem materiellen Gehalt der wirtschaftlichen Tätigkeiten .....	45
1. Wissens- und Technologietransfer .....	45
a) Verkauf von Patenten, Gebrauchsmustern, Geschmacksmustern etc. und Lizenzierung .....	46
b) Gründung von Unternehmen oder Unternehmensbeteiligungen .....	48
c) Forschungsk Kooperationen und Auftragsforschung .....	50
2. Wissenstransfer durch Weiterbildung .....	51
3. Wissenstransfer durch Validierung und Franchising im Ausland .....	54
4. Universitätsdruckereien und -verlage .....	54
5. Vermietung und Verpachtung .....	55
6. Werbung, Sponsoring und Merchandising .....	56
a) Werbung .....	56
b) Sponsoring .....	57
c) Merchandising .....	58
III. Ergebnis .....	59
C. Systematisierung der Erscheinungsformen .....	59
I. Parameter für die Systematisierung .....	60
1. Bezug zu Forschung und Lehre .....	60
2. Keine Notwendigkeit der Hinzuziehung weiterer Parameter .....	62
II. Kategorisierung anhand des Parameters „Forschungs- und Lehrbezug“ .....	62
1. Kategorie mit unmittelbarem Bezug zu Forschung und Lehre .....	63
2. Kategorie mit mittelbarem Bezug zu Forschung und Lehre .....	63
3. Kategorie ohne unmittelbaren oder mittelbaren Bezug zu Forschung und Lehre .....	64
III. Ergebnis .....	64

*3. Kapitel***Der verfassungs- und europarechtliche Rahmen  
der wirtschaftlichen Betätigung von Hochschulen**

65

A. Erkenntnisse für die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung von Hochschulen aus der Diskussion über die wirtschaftliche Betätigung des Staates .....	66
I. In Betracht kommende positivrechtliche Aussagen im Grundgesetz .....	67
1. Art. 110, 134, 135, 135a GG, Art. 87e, Art. 87 f GG und Finanzmonopole ..	67
2. Art. 15 Abs. 1 S. 1 GG .....	68
3. Zwischenergebnis .....	68
II. Grundgesetz und Wirtschaftsverfassung .....	68
III. Einschränkungsversuch der verfassungsrechtlichen Statthaftigkeit aus dem As- pekt des Schutzes privater Wettbewerber .....	70
1. Verfassungsrechtlich verankertes Subsidiaritätsprinzip .....	71
2. Ergebnis .....	74
IV. Steuerstaatsprinzip .....	74
V. Allgemeine verfassungsrechtliche Legitimation für jedes staatliche Handeln ..	76
1. Die Verpflichtung zum Gemeinwohlbezug .....	76
2. Das Erfordernis eines öffentlichen Zwecks .....	78
3. Bindung an die verfassungsrechtliche Kompetenzregelung .....	81
4. Der Grundsatz vom Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes .....	82
VI. Ergebnis .....	86
B. Erkenntnisse für die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung von Hochschulen aus dem Aspekt möglicher Grundrechtsverletzungen von Konkurrenten .....	87
I. Die Grundrechtsbindung der Universitäten im Falle der Wirtschaftsbetätigung	88
1. Inhalt und Reichweite des Art. 1 Abs. 3 GG .....	90
2. Keine Modifizierung der Grundrechtsbindung durch die Grundrechtsträger- schaft der Hochschulen .....	92
3. Grundrechtsbindung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen .....	93
4. Ergebnis .....	93

II. Verletzung der Berufsfreiheit konkurrierender Privater durch die wirtschaftliche Betätigung der Hochschulen .....	94
1. Die Wettbewerbsfreiheit als Teil der Berufsfreiheit .....	95
2. Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit .....	96
a) Der „mittelbar-faktische Eingriff“ im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 GG ...	96
b) Der Eingriffsbegriff nach Rechtsprechung und Teilen der Literatur bei einer staatlichen Wirtschaftsbetätigung i.w.S. ....	98
aa) Überblick .....	98
bb) Übertragung auf die wirtschaftliche Betätigung der Hochschulen ....	99
c) Der Eingriffsbegriff von anderen Teilen der Literatur bei einer staatlichen Wirtschaftsbetätigung i.w.S. ....	102
aa) Überblick .....	102
bb) Spezifizierung auf die wirtschaftliche Betätigung der Hochschulen ..	103
3. Stellungnahme .....	105
III. Verletzung der Eigentumsfreiheit konkurrierender Privater durch eine wirtschaftliche Betätigung der Hochschulen .....	106
IV. Verletzung der Wissenschaftsfreiheit konkurrierender Hochschulen durch eine wirtschaftliche Betätigung der Hochschulen .....	107
V. Ergebnis .....	108
C. Erkenntnisse für die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung von Hochschulen aus dem Europarecht .....	109
I. Positive Wertentscheidung des Primärrechts zu Gunsten der wirtschaftlichen Betätigung von Hochschulen .....	111
1. „Forschung, technologische Entwicklung und Raumfahrt“, Art. 179 ff. AEUV 111	
2. „Freiheit der Kunst und der Wissenschaft“, „Recht auf Bildung“, Art. 13 und 14 EU-GRCharta .....	112
II. Ausprägungen der positiven Wertentscheidung auf das Beihilfe- und Kartellrecht .....	113
1. Besonderheiten im Beihilferecht .....	113
2. Besonderheiten im Kartellrecht .....	116
D. Zwischenfazit .....	117

*4. Kapitel*

**Die Wissenschaftsfreiheit und die Wirtschaftsbetätigung  
der Hochschulen im Fokus**

118

A. Die Universität zwischen staatlicher Kompetenzwahrnehmung und grundrechtlicher Freiheitsausübung .....	119
B. Personeller Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG .....	120
I. Allgemeine Grundrechtsfunktionen der Wissenschaftsfreiheit .....	120
II. Universitäten als Träger der Wissenschaftsfreiheit .....	121
1. Begriff der juristischen Person .....	121
2. Anwendbarkeit des Grundrechts „seinem Wesen nach“ .....	123
a) Juristische Personen des öffentlichen Rechts als Grundrechtsträger .....	123
b) Juristische Personen des öffentlichen Rechts in privater Rechtsform sowie gemischtwirtschaftliche Unternehmen .....	124
c) Ausnahme: Universitäten .....	126
aa) Die Sicht des BVerfG: Durchgriffstheorie .....	126
bb) Die überwiegende Sicht der Literatur: Grundrechtstypische Gefähr- dungslage .....	128
cc) Stellungnahme .....	130
III. Anwendung der ermittelten Voraussetzungen auf die einzelnen Hochschulein- heiten .....	133
1. Fachbereiche und Fakultäten .....	134
2. Zentrale und dezentrale wissenschaftliche Hochschulinstitute .....	135
3. Zentrale Betriebseinheiten .....	136
4. Technologietransferunternehmen .....	136
5. Universitäre Weiterbildungsgesellschaften .....	137
6. Hochschuldruckereien und -verlage .....	137
IV. Zwischenergebnis .....	138
C. Sachlicher Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG .....	139
I. Die Struktur des Grundrechts .....	140
II. Begriffsbestimmung .....	142
1. Der Begriff der Wissenschaft .....	142

2. Die Begriffe wissenschaftliche Forschung und wissenschaftliche Lehre . . . .	146
III. Der Freiheitsbereich von Forschung, Lehre und Wissenschaft . . . . .	148
1. Die Wissenschaftsfreiheit . . . . .	148
2. Das geschützte Verhalten . . . . .	149
a) Die Forschungsfreiheit . . . . .	149
b) Die Lehrfreiheit . . . . .	150
D. Der Schutz von wirtschaftlicher Betätigung der Hochschulen . . . . .	151
I. Einbeziehung in den sachlichen Schutzbereich von wirtschaftlichen Tätigkeiten, die einen unmittelbaren Bezug zu wissenschaftlicher Forschung aufweisen . . .	154
1. Reichweite der Einflussnahme bei der Fragestellung . . . . .	155
2. Reichweite der Einflussnahme bei der Wahl der Methode . . . . .	157
3. Reichweite der Einflussnahme bei der Bewertung . . . . .	158
4. Reichweite des Einflusses auf die Veröffentlichung des Forschungsergebnis- ses . . . . .	160
a) Das Erfordernis eines ernsthaften Veröffentlichungswillens . . . . .	160
b) Dauerhafte Geheimhaltungsklauseln . . . . .	163
c) Temporäre Geheimhaltungsklauseln . . . . .	166
5. Zwischenergebnis . . . . .	167
6. Bedeutung für den grundrechtlichen Schutz der Universitäten bzw. ihrer Un- tergliederungen . . . . .	168
II. Einbeziehung in den sachlichen Schutzbereich von wirtschaftlichen Tätigkeiten, die einen unmittelbaren Bezug zur Lehre aufweisen . . . . .	169
1. Auf eigenen oder fremden forschungsbasierten Erkenntnissen beruhend . . . .	170
2. Zum kritischen Denken und Urteilen anleitende Vermittlung . . . . .	171
3. Zwischenergebnis . . . . .	172
4. Bedeutung für den grundrechtlichen Schutz der Universitäten bzw. ihrer Un- tergliederungen . . . . .	173
III. Einbeziehung in den sachlichen Schutzbereich von wirtschaftlichen Tätigkeiten, die einen mittelbaren Bezug zur Forschung aufweisen . . . . .	173
1. Abgrenzung des Beginns der Transformation in Wirtschaftsgüter von der Beendigung der Erkenntnissuche . . . . .	174
2. Schutz der Transformation von Forschungserkenntnissen in Wirtschaftsgüter durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG oder Art. 12 Abs. 1 GG bzw. Art. 14 Abs. 1 GG	176

3. Zwischenergebnis und zugleich Bedeutung für den grundrechtlichen Schutz der Universitäten bzw. ihrer Untergliederungen .....	179
IV. Einbeziehung in den sachlichen Schutzbereich von wirtschaftlichen Tätigkeiten, die einen mittelbaren Bezug zur wissenschaftlichen Lehre aufweisen .....	179
V. Ergebnis .....	179
E. Konfliktfälle im Binnengefüge der Universität: Grenzen der universitären Wirtschaftsbetätigung, die aus möglichen Grundrechtsverletzungen der Hochschulwissenschaftler resultieren .....	180
I. Der „klassische“ und der „mittelbar-faktische Eingriff“ .....	182
II. Eingriffssituationen, die im Zusammenhang mit wirtschaftlichen Tätigkeiten auftreten, die einen unmittelbaren Bezug zu Forschung und Lehre aufweisen ..	184
1. Formen der unmittelbaren Beeinträchtigung .....	185
a) Anordnung inhaltlicher Änderungen, Zustimmungsvorbehalt vor Veröffentlichungen, Veröffentlichungszwang .....	185
b) Vereinbarung temporärer Geheimhaltungsklauseln .....	187
c) Beispielsfall „Quantitative Products Laboratory“ .....	187
2. Mittelbar-faktische Beeinträchtigung .....	189
III. Eingriffssituationen, die im Zusammenhang mit wirtschaftlichen Tätigkeiten auftreten, die einen mittelbaren Bezug zu Forschung und Lehre aufweisen ...	190
1. Formen der unmittelbaren Beeinträchtigung .....	191
a) Meldepflicht einer Diensterfindung gem. § 5 i.V.m. § 42 Nr. 2 ArbNErfG	191
b) Temporäres Offenbarungsverbot gemäß § 24 Abs. 2 i.V.m. § 42 Nr. 1 S. 1 ArbNErfG .....	193
c) Verpflichtung zur Durchführung universitärer Wirtschaftstätigkeiten in Lehre oder Forschung .....	195
d) Wirtschaftlich-orientierte Leistungskriterien zur Verteilung der universitären Ressourcen .....	195
e) Zwischenergebnis .....	196
2. Mittelbar-faktische Beeinträchtigung .....	196
IV. Grundsätzliches zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Eingriffen in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG .....	197
1. Verfassungsimmanente Schranken .....	197
2. In Betracht kommende widerstreitende Verfassungsgüter und Grundrechte Dritter .....	199

V. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Eingriffe, die im Zusammenhang mit wirtschaftlichen Tätigkeiten stehen, die einen unmittelbaren Bezug zu Forschung und Lehre aufweisen .....	200
1. Anordnung der Durchführung inhaltlicher Modifizierungen .....	200
a) Die Wissenschaftsfreiheit der Universität als widerstreitendes Verfassungsgut .....	200
b) Ergebnis .....	201
2. Veröffentlichungszwang und Zustimmungsvorbehalte vor Veröffentlichungen	201
3. Vertragliche Vereinbarung von temporären Geheimhaltungsklauseln zum Schutz privater Auftraggeber .....	202
a) Art. 12 Abs. 1 GG bzw. Art. 14 Abs. 1 GG als kollidierende Grundrechte Dritter .....	202
b) Ergebnis .....	203
4. Erzeugen eines faktischen Drucks mit dem Ziel der Gewährleistung der Finanzierung von universitären Wirtschaftstätigkeiten .....	203
a) Das Prinzip der Wirtschaftlichkeit als widerstreitendes Verfassungsgut ..	204
b) Ergebnis .....	205
VI. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Eingriffe, die im Zusammenhang mit wirtschaftlichen Tätigkeiten stehen, die einen mittelbaren Bezug zu Forschung und Lehre aufweisen .....	205
1. Das temporäre Offenbarungsverbot gem. § 24 Abs. 2 i.V.m. § 42 Nr. 1 S. 1 ArbNErfG .....	205
a) Art. 33 Abs. 5 GG als widerstreitendes Verfassungsgut .....	206
b) Funktionsfähigkeit der Hochschule als widerstreitendes Verfassungsgut ..	207
c) Ergebnis .....	208
2. Zwang zur Durchführung eines Weiterbildungskurses .....	208
3. Verpflichtung zur Durchführung einer universitären Wirtschaftstätigkeit in der Forschung .....	210
4. Heranziehung wirtschaftlich-orientierter Leistungskriterien im Rahmen der leistungsorientierten Mittelvergabe .....	211
a) Grundsätze des BVerfG zur evaluationsbasierten Ressourcenverteilung ..	211
b) Transfer der Grundsätze des BVerfG auf den vorliegenden Fall .....	212
c) Ergebnis .....	213
VII. Gesamtergebnis – konkrete Grenzen für die wirtschaftliche Betätigung der Universitäten im Binnengefüge .....	213

F. Zwischenfazit .....	215
------------------------	-----

### *5. Kapitel*

## **Hochschulgesetzliche Legitimation und Begrenzung der wirtschaftlichen Betätigung von Hochschulen** 217

A. Der hochschulgesetzliche Begriff der wirtschaftlichen Betätigung .....	218
B. Zulässigkeitsrahmen für alle Wirtschaftstätigkeiten der Hochschulen .....	219
I. Konkretisierung des öffentlichen Zwecks durch die Hochschulaufgaben .....	221
II. Verbot der Beeinträchtigung von Forschung und Lehre .....	224
1. Begrenzung des wirtschaftlichen Risikos der Hochschulen .....	224
2. Begrenzung der Inanspruchnahme von sachlichen und personellen Ressourcen .....	224
3. Ergebnis .....	225
III. Schlussfolgerungen für die Legitimation der wirtschaftlichen Betätigung der Hochschulen .....	225
IV. Die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung von Hochschulen, die einen mittelbaren Bezug zu Forschung und Lehre aufweist .....	226
1. Der Bezug zu den Hochschulaufgaben als Grenze .....	226
2. Das Verbot der Beeinträchtigung von Forschung und Lehre als Grenze .....	228
3. Ergebnis .....	230
C. Erweiterung der Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung der Hochschulen .....	231
I. Der Katalog der Hochschulaufgaben als Pflicht- und Rahmenvorgabe .....	231
1. „Wissenschaftliches Aufgabenfindungsrecht“ der Hochschulen .....	232
2. „Hochschulaufgabenbezogenes Aufgabenfindungsrecht“ einiger Landeshochschulgesetze .....	233
3. Zwischenergebnis und Schlussfolgerung für die Legitimation der wirtschaftlichen Betätigung der Hochschulen .....	233
II. Legitimation von wirtschaftlichen Betätigungen, die weder einen unmittelbaren noch einen mittelbaren Bezug zu Forschung oder Lehre aufweisen .....	234
1. Begriffsbestimmungen: Hilfstätigkeiten, Annexstätigkeiten und Randnutzungen .....	234
2. Rechtsgrundlagen der Annexstätigkeiten und der Randnutzungen .....	237

3. Reichweite der Legitimation .....	238
III. Ergebnis .....	241
D. Begrenzung der Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung von Hochschulen ...	242
I. Überblick über die hochschulgesetzlichen Regelungen zur unternehmerischen Betätigung .....	242
1. Gemeinsamkeiten der hochschulgesetzlichen Regelungen zur unternehmerischen Betätigung der Hochschulen .....	243
a) Gründung, Übernahme, wesentliche Erweiterung oder Beteiligung an wirtschaftlichen Unternehmen .....	243
b) Öffentlicher Zweck: Bezug zu den Hochschulaufgaben .....	245
2. Keine Einschränkung des Anwendungsbereichs durch einzelne hochschulgesetzliche Normen .....	246
II. Kategorisierung der hochschulgesetzlichen Regelungen zur unternehmerischen Betätigung .....	248
III. Die hochschulgesetzlichen Grenzen der unternehmerischen Betätigung .....	248
1. Kategorie der „Speziell-gesetzlichen-Normierung“ .....	249
a) Angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit und zum voraussichtlichen Bedarf .....	249
b) Angemessener Einfluss der Hochschule in den Organen des Unternehmens	250
c) Beschränkung der Einlageverpflichtung und der Haftung der Hochschule	251
d) Zwischenergebnis .....	252
e) Subsidiaritätsklausel im Hochschulgesetz von Nordrhein-Westfalen und von Sachsen .....	252
aa) Nordrhein-Westfalen .....	254
bb) Sachsen .....	256
cc) Zwischenergebnis .....	257
f) Anzeige- und Genehmigungspflichten als Ersatz für eine Subsidiaritätsklausel .....	257
g) Prüfungsrechte und -pflichten des Landesrechnungshofs .....	258
h) Zusammenfassung .....	259
2. „Verweis-auf-LHO“-Kategorie .....	260
3. „Weder-noch“-Kategorie .....	262
a) Mögliche Auslegungsleitlinie .....	263

b) Ergebnis ..... 264

IV. Regelung zur Verwendung der finanziellen Erträge ..... 264

V. Unternehmerische Hochschulbetätigung im In- und Ausland ..... 265

E. Vereinbarkeit des einfachgesetzlichen Rahmens mit dem Verfassungsrahmen ..... 267

    I. Eingriff in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ..... 268

    II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung ..... 268

F. Gesamtergebnis ..... 269

*6. Kapitel*

**Fazit und Reformperspektiven** ..... 273

**Literaturverzeichnis** ..... 284

**Sachwortregister** ..... 306



## 1. Kapitel

# Einführung in die Problematik, Zielsetzung der Arbeit und Gang der Untersuchung

Wenn Hochschulen<sup>1</sup> Auftragsforschungen durchführen, Wirtschaftsunternehmen an Hochschulerfindungen entgeltpflichtige Nutzungsrechte einräumen oder sich mit der Hoffnung auf Rendite an akademischen Spin-Offs<sup>2</sup> beteiligen, wenn innerstaatliche Hochschulen ausländischen Hochschulen Curricula von Studiengängen zum Franchising anbieten, bezahlungspflichtige Weiterbildungskurse für Hochschulmitglieder und Dritte durchführen oder das Auditorium Maximum beispielsweise an die Bochumer Symphoniker vermieten, dann ist von Tätigkeiten die Rede, die allesamt unter den Begriff der wirtschaftlichen Betätigung von Hochschulen zusammengefasst werden können.

## A. Einführung in die Problematik

Erstaunlicherweise finden sich in der wissenschaftsrechtlichen Literatur fast<sup>3</sup> ausschließlich Abhandlungen, die einzelne Phänomene der hier<sup>4</sup> als „wirtschaftliche

---

<sup>1</sup> Diese Arbeit bezieht sich ausschließlich auf *staatliche* Hochschulen. Sie legt den Fokus wiederum auf staatliche *Universitäten*. Viele Ausführungen gelten jedoch z. B. für Fachhochschulen entsprechend. Dies wird durch den Beschluss des BVerfG vom 13.4.2010 bestärkt, in dem das Gericht klarstellte, dass sich grundsätzlich auch Fachhochschullehrer auf die Freiheit von Wissenschaft, Lehre und Forschung berufen dürften; vgl. BVerfGE 126, 1 ff.

<sup>2</sup> Bei einem akademischen Spin-Off handelt es sich um eine neue unternehmerische Tätigkeit, die auf einer spezifischen, wissenschaftlichen Erkenntnis basiert (corporate Spin-Offs resultieren hingegen aus der Privatwirtschaft). Des Weiteren ist für ein solches Spin-Off kennzeichnend, dass diese Erkenntnis von Wissenschaftlern im Rahmen ihrer Tätigkeit an einer Hochschule oder an einem anderen Forschungsinstitut erworben wurde und diese Wissenschaftler nun in dem neu gegründeten akademischen Spin-Off arbeiten. Es handelt sich demnach um eine Form der Verwertung von Forschungsergebnissen. Ausführlich dazu *Hemer/Schleinkofer/Göthner*, Akademische Spin-Offs, S. 30 ff.

<sup>3</sup> Ausnahmen bilden die Beiträge von *Fehling*, in: ders./Kämmerer/Schmidt (Hrsg.), *Hochschulen zwischen Gleichheitsidee und Elitestreben*, S. 35 ff., und *Knauff*, *WissR* 43 (2010), 28 ff.; etwas häufiger wurde das Verhältnis der Universitäten zur Wirtschaft untersucht. Hervorgehoben werden sollen hierbei die neueren Arbeiten von *Lux*, *Rechtsfragen der Kooperation zwischen Hochschulen und Wirtschaft*; *Dähne*, *Forschung zwischen Wissenschaftsfreiheit und Kommerz*; *Kamp*, *Forschungsfreiheit und Kommerz*.

<sup>4</sup> Zum Begriff vgl. sogleich 2. Kap. A.

Betätigung“ bezeichneten Tätigkeiten thematisieren.<sup>5</sup> Es fehlt an einer Arbeit, die sich mit der ganzen Bandbreite der bestehenden und zukünftigen wirtschaftlichen Tätigkeiten einer Hochschule übergreifend auseinandersetzt und die durch diese Tätigkeiten aufgeworfenen rechtlichen Probleme aufzeigt sowie diesbezügliche Lösungsstrategien entwickelt. Dieser Befund ist umso überraschender, als sich die Aktualität und Relevanz des Themas gerade in der jüngsten Gesetzgebung verschiedener Bundesländer widerspiegelt. Denn die Landesgesetzgeber haben ihren jeweiligen Hochschulgesetzen<sup>6</sup> in den vergangenen Jahren (mehr oder weniger)<sup>7</sup> spezifische Regelungen zur wirtschaftlichen Betätigung hinzugefügt, teilweise auch unter der gleichlautenden Überschrift,<sup>8</sup> die den Akteuren der hochschulischen

---

<sup>5</sup> Zum Bereich des Technologietransfers, vgl. z. B. *Püttner/Mittag*, Rechtliche Hemmnisse der Kooperation zwischen Hochschulen und Wirtschaft, S. 1 ff.; *Ullrich*, in: Schuster (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftstransfers, S. 101 ff.; *Kuhn*, in: Schuster (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftstransfers, S. 121 ff.; *Berger*, in: Geis (Hrsg.), Hochschulrecht im Freistaat Bayern, S. 252 ff.; zum Bereich von Unternehmensbeteiligungen, vgl. z. B. *Blum*, Spin-Offs in strategischen Unternehmensnetzwerken, S. 19 ff.; *Hemer/Dornbusch/Kulicke*, Beteiligungen von Hochschulen an Ausgründungen, S. 4 ff.; zum Bereich des Sponsorings, vgl. z. B. *Kocyan*, Rechtsprobleme des Hochschulsponsorings, S. 100 ff.; *Hampe*, Hochschulsponsorings und Wissenschaftsfreiheit, S. 1 ff.

<sup>6</sup> Viele Hochschulgesetze wurden jüngst erneut geändert. Der hier zu Grunde gelegte Stand ist vom September 2012: LHG BW v. 1.1.2005 (GBl.BW. S. 1), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 10.7.2012 (GBl.BW S. 457); BayHSchG v. 23.5.2006 (BayGVBl. S. 245), zuletzt geändert durch § 1 Nr. 18 des Gesetzes vom 8.4.2013 (GVBl. S. 174); BerlHG in d. Fassung v. der Bek. v. 26.7.2011 (Berl.GVBl. S. 378); BbgHG v. 18.12.2008 (GVBl. I S. 318), zuletzt geändert durch Gesetz vom 4.4.2013 (GVBl. I Nr. 11); BremHG in d. Fassung v. 9.5.2007 (Brem.GBl. S. 339), zuletzt geändert durch Nr. 2.1 d. Bek. v. 24.1.2012 (Brem.GBl. S. 24, 153); HmbHG v. 18.7.2001 (HmbGVBl. S. 171), zuletzt geändert durch Art. 1 d. G. v. 20.12.2011 (HmbGVBl. S. 550); HessHG v. 14.12.2009 (GVBl. I S. 666), zuletzt geändert durch Art. 1 d. G. v. 26.6.2012 (GVBl. I S. 227); LHG MV in d. Fassung d. Bek. v. 25.1.2011 (GVBl. MV S.18), zuletzt geändert durch Art. 6 d. G. v. 22.6.2012 (GVBl. MV S. 208); NHG i. d. Fassung d. Bek. v. 26.2.2007 (Nds. GVBl. S. 69), zuletzt geändert durch Art. 7 des Gesetzes vom 12.12.2012 (Nds. GVBl. S. 591); HG NRW v. 31.10.06 (GV. NRW. S. 474), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 18.12.2012 (GV. NRW. S. 672); HochSchG Rh.-Pf. i. d. Fassung d. Bek. v. 19.11.2010 (GVBl. S. 463), zuletzt geändert durch Art. 1 d. G. v. 20.12.2011 (GVBl. S. 455); UG Saarland v. 23.6.2004 (Amtsbl. S. 1782), zuletzt geändert durch Art. 1 d. G. v. 10.2.2010 (Amtsbl. I S. 28); SächsHSFG in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.1.2013 (SächsGVBl. S. 3); HSG LSA in d. Fassung d. Bek. v. 14.12.2010 (GVBl. LSA S. 600), zuletzt geändert durch Gesetz vom 23.1.2013 (GVBl. LSA S. 45); HSG SH v. 28.2.2007 (GVBl. Schl.-H. S. 184), zuletzt geändert durch Art. 1 d. G. v. 4.2.2011 (GVBl. Schl.-H. S. 34, 67); ThürHG v. 21.12.2006 (GVBl. S. 601), zuletzt geändert durch Art. 16 d. G. v. 21.12.2011 (GVBl. S. 531).

<sup>7</sup> Sehr allgemein gehalten sind: § 4 Abs. 4 BremHG; § 3 Abs. 9 HmbHG; § 2 Abs. 6 UG Saarl.; § 4 Abs. 11 BerlHG; § 3 Abs. 2 HSG SH; detaillierte Vorschriften sind: § 5 Abs. 7 HG NRW; § 2 Abs. 5 LHG BW; § 6 Abs. 3 SächsHSG; § 104 Abs. 4 HochSchG Rh.-Pf.; § 15 ThürHG; § 3 Abs. 9 HessHG; Art. 73 Abs. 3 BayHSchG; § 50 Abs. 4 NHG; § 3 Abs. 9 LHG MV; § 113 HSG LSA; keine Regelung trifft das Landeshochschulgesetz von Brandenburg.

<sup>8</sup> Vgl. § 113 HSG LSA und § 15 ThürHG deren Überschrift jeweils „Wirtschaftliche Betätigung“ lautet.

Wirtschaftsbetätigung einen klaren Rechtsrahmen bieten sollen. Doch kann man bereits von einem „Hochschulwirtschaftsrecht“<sup>9</sup> sprechen oder liegt ein solches noch in weiter Ferne? Inwieweit können die hochschulischen Wirtschaftstätigkeiten durch das Verfassungs-, das Europa-<sup>10</sup> oder das jeweilige Landeshochschulrecht legitimiert werden, inwiefern setzt ihnen die Rechtsordnung welche Grenzen? Welche Risiken resultieren aus der Wirtschaftsbetätigung der Hochschulen insbesondere im Hinblick auf die Wissenschaftsfreiheit? Welche Chancen eröffnen sich möglicherweise auch für Hochschulen? Dies sind die zentralen Fragen, die es in dieser Arbeit aus europa-, verfassungs- und hochschulrechtlicher Perspektive zu beantworten gilt und zwar übergreifend für alle Tätigkeiten, die per definitionem zur wirtschaftlichen Betätigung von Hochschulen zählen.

## I. Kultur- und zeitgeschichtlicher Kontext der wirtschaftlichen Betätigung von Hochschulen

Bei jeder Annäherung an ein Thema ist es wichtig, dieses in den kultur- und zeitgeschichtlichen Kontext einzubetten, um ein umfassendes Verständnis zu ermöglichen. Dabei sind nicht nur „harte“, sondern auch „weiche Faktoren“<sup>11</sup> zu beachten. Folglich soll hier zunächst ein kurzer Überblick über die Veränderung der universitären Wirtschaftsbetätigung und über in Frage kommende Gründe für diese gegeben werden, bevor das Stimmungsbild der betroffenen Hochschulakteure auf diese Veränderung nachgezeichnet wird.

Die wirtschaftliche Betätigung der Universitäten ist keine spezifische Erscheinung der vergangenen Jahre. Vielmehr haben Universitäten bereits seit ihren Gründungen, d. h. seit Ende des 14. Jahrhunderts,<sup>12</sup> z. B. ihre Ländereien<sup>13</sup> verpachtet und sich mithin (äußerlich betrachtet)<sup>14</sup> wirtschaftlich betätigt. Auch der Wissens-

---

<sup>9</sup> Terminologie erstmals von *Knauff*, *WissR* 43 (2010), 28 (44), verwendet.

<sup>10</sup> Das Europarecht spielt in dieser Arbeit, wie im 3. Kap. B. dargelegt wird, nur eine untergeordnete Rolle, da es keinerlei Anforderungen bezüglich des „Ob“ wirtschaftlicher Betätigung normiert. Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union haben dieser keine diesbezüglichen Kompetenzen eingeräumt.

<sup>11</sup> Harte Faktoren sind nachprüfbar Fakten, die sich z. B. in betriebswirtschaftlichen Kennzahlen ausdrücken lassen. Weiche Faktoren sind beispielsweise Stimmungen; vgl. *Zell*, *Die Grundlagen der Organisation Lernen und Lehren*, S. 79.

<sup>12</sup> *Tomerius*, *Die Hochschulautonomie und ihre Einschränkungen beim Zusammenwirken von Land und Hochschule*, S. 9 ff., gibt einen Überblick über die Entwicklung der deutschen Universitäten. Die ersten waren Heidelberg (1386), Köln (1388), Erfurt (1392) und Leipzig (1409).

<sup>13</sup> Die Universitäten erhielten diese so genannte Pfründe von dem jeweiligen Landesherren zu dem Zweck der Bewirtschaftung, da sie oftmals an Geldmangel litten; so beschreibt es *Knauff*, *WissR* 43 (2010), 28 (32) unter Verweis auf *Ellwein*, *Die deutsche Universität*, S. 31.

<sup>14</sup> Zur notwendigen Unterscheidung von einem phänomenologischen und einem rechtlichen Begriff der wirtschaftlichen Betätigung, vgl. sogleich 2. Kap. A.